



Report of the EFTA Court

1997

© EFTA Court, Luxembourg, June 1998

Reproduction is authorized, except for commercial purposes, provided that the source is acknowledged.



Report of the EFTA Court

1997

Foreword

The EFTA Court was set up under the Agreement on the European Economic Area (the EEA Agreement) of 2 May 1992. This was originally a treaty between, on the one hand, the European Communities and their then twelve Member States and, on the other hand, the EFTA States Austria, Finland, Iceland, Liechtenstein, Norway, Sweden and Switzerland. The treaty came into force on 1 January 1994 except for Liechtenstein and Switzerland. Liechtenstein became a member of the EEA on 1 May 1995. Austria, Finland and Sweden joined the European Union on 1 January 1995. The EFTA Court continued its work in its original composition of five Judges until 30 June 1995, under a Transitional Arrangements Agreement. Since that date, the Court has been comprised of three Judges appointed by common accord of the Governments of Iceland, Liechtenstein and Norway.

The first *Report of the EFTA Court* covers the period from 1 January 1994 to 30 June 1995 and contains an overview of the activities of the Court, including its decisions during that period. The Report also contains general information on the establishment of the Court, its jurisdiction, legal status and procedures. The reader is referred to the first Report of the Court for information on these general matters.

The second *Report of the EFTA Court* covers the period from 1 July 1995 to 31 December 1996. Like the first Report, it contains a general overview of the activities of the Court, with the main emphasis placed on the decisions of the Court.

The present *Report of the EFTA Court* covers the period 1 January 1997 to 31 December 1997.

The language of the Court is English, and its Judgments, Advisory Opinions as well as other decisions and Reports for the Hearing are published in English. In the case of Advisory Opinions, the opinions as well as the Reports for the Hearing are also written in the language of the requesting national court. Both language versions of an Advisory Opinion are authentic. When a case is published in two languages, the different language versions are published with corresponding page numbers to facilitate reference.

A collection of the relevant legal texts for the EFTA Court can be found in the booklet *EFTA Court Texts* (latest edition September 1996). The Statute of the Court was amended by decision of 10 August 1996 of the Committee of Representatives of the Contracting Parties. Amendments to the Rules of Procedure were adopted by the Court on 22 August 1996 and approved by the Governments. Instructions to the Registrar, adopted on 7 April 1994 and amended on 22 August 1996, complement the Rules of Procedure. The booklet *EFTA Court Texts* may be obtained from the Registry.

Decisions of the EFTA Court which have not yet been published in the Report may be obtained from the Registry. Decisions are also available on the EFTA Court Home Page on the Internet, cf. below.

Table of Contents

<i>Foreword</i>	I
I. Administration of the Court	V
II. Judges and Staff.....	VII
III. Decisions of the Court.....	1
<i>Case E-3/96</i>	
– Advisory Opinion.....	3
– Report for the Hearing	14
<i>Case E-4/96</i>	
– Order of the President.....	28
<i>Case E-5/96</i>	
– Advisory Opinion.....	32
– Report for the Hearing	41
<i>Case E-6/96</i>	
– Advisory Opinion.....	56
– Report for the Hearing	79
<i>Case E-7/96</i>	
– Order of the Court.....	101
<i>Case E-1/97</i>	
– Advisory Opinion.....	110
– Report for the Hearing	119
<i>Case E-2/97</i>	
– Advisory Opinion.....	129
– Report for the Hearing	138

Innholdsfortegnelse

<i>Foreword</i>	I
I. Administration of the Court	V
II. Judges and Staff.....	VII
III. Avgjørelser av Domstolen.....	1
<i>Sak E-3/96</i>	
– Rådgivende uttalelse	3
– Rettsmøterapport.....	14
<i>Sak E-5/96</i>	
– Rådgivende uttalelse	32
– Rettsmøterapport.....	41
<i>Sak E-6/96</i>	
– Rådgivende uttalelse	56
– Rettsmøterapport.....	79
<i>Sak E-1/97</i>	
– Rådgivende uttalelse	110
– Rettsmøterapport.....	119
<i>Sak E-2/97</i>	
– Rådgivende uttalelse	129
– Rettsmøterapport.....	138

I. Administration of the Court

The ESA/Court Agreement contains provisions on the role of the Governments in the administration of the Court. Thus, Article 43 of the Agreement stipulates that the Rules of Procedure shall be approved by them. Article 48 of the Agreement states that the Governments shall establish the annual budget of the Court, based on a proposal from the Court. A committee of representatives of the participating States has been established and has been charged with the task of determining the annual budgets. This Committee, the ESA/Court Committee, is composed of the heads of the Icelandic, Liechtenstein and Norwegian Permanent Missions to the European Union in Brussels. During the period covered by this Report, the Committee has, *inter alia*, been dealing with the budget of the Court and the appointment of judges, cf. II below.

In accordance with Article 45 of the ESA/Court Agreement, the Governments of the EFTA/EEA States decided on 14 December 1994 that the seat of the Court should be moved from Geneva to Luxembourg as soon as suitable premises could be made available. Since 1 September 1996, the Court has had its seat at 1, rue du Fort Thüngen, Luxembourg, where the European Court of Justice and the Court of First Instance as well as the other European institutions are also situated.

Provisions regarding the legal status of the Court are to be found in Protocol 7 to the ESA/Court Agreement entitled: Legal Capacity, Privileges and Immunities of the EFTA Court. The Court has concluded a Headquarters Agreement with Luxembourg, which was signed in Luxembourg on 17 April 1996 and approved by the Luxembourg Parliament on 11 July 1996. This Agreement contains detailed provisions on the rights and obligations of the Court and its staff as well as privileges and immunities of persons appearing before the Court. Excerpts of the Agreement are published in *EFTA Court Texts*, and the full text may be found in the Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg A-No. 60 of 4 September 1996 p. 1871.

Provisions for the internal administration of the Court are laid down in the Staff Regulations and Rules and in the Financial Regulations and Rules, adopted effective 1 July 1995.

As provided for in Article 14 of the Statute, the Court remains permanently in session. Its offices are open from Monday to Friday each week, except for official holidays.

The Court held a public sitting on 11 November 1997 in which the appointed *ad hoc* judges took their oath and signed a declaration, pursuant to Article 30, fourth paragraph, of the ESA/Court Agreement, Article 2 of the Statute of the EFTA Court and Article 3 of the Rules of Procedure.

The Court has received a number of visits during the period covered by this Report.

In cooperation with the EFTA Secretariat and the EFTA Surveillance Authority, a Home Page on the Internet has been created in 1997. The Court has the following Internet address:

<http://www.efta.int/structure/court/efta-crt.cfm>

covering general information on the Court, its publications including decisions and press releases, and legal texts governing the activities of the Court.

The Court may be reached by e-mail at the following address:

eftacourt@eftacourt.lu

II. Judges and Staff

The members of the Court are as follows:

Mr Bjørn HAUG (nominated by Norway)
Mr Thór VILHJÁLMSOON (nominated by Iceland)
Mr Carl BAUDENBACHER (nominated by Liechtenstein)

Judge Haug has been appointed for a period of six years commencing 1 January 1994. Judge Baudenbacher has been appointed for a period of six years commencing 6 September 1995. Judge Vilhjálmssoon was appointed (under the then-existing rotation rules) for a period of three years from 1 January 1994 and has been reappointed for a period of six years commencing 1 January 1997.

On 5 December 1996 Judge Haug was re-elected President of the Court for a period of three years, commencing 1 January 1997.

Mr Per Christiansen was appointed Registrar of the Court for a period of three years commencing 1 September 1995.

The ESA/Court Committee decided on 24 October 1997 to approve, by common accord, for a period of 3 years, a list of persons who may be chosen to serve as an *ad hoc* Judge when a regular Judge, in accordance with Article 15 of the Statute, is prevented from acting in a particular case. The appointed *ad hoc* Judges are the following:

Nominated by Iceland:

Mr Davíð Þór Björgvinsson, professor
Mr Stefán Már Stefánsson, professor

Nominated by Liechtenstein:

Mr Marzell Beck, lawyer
Mr Martin Ospelt, lawyer

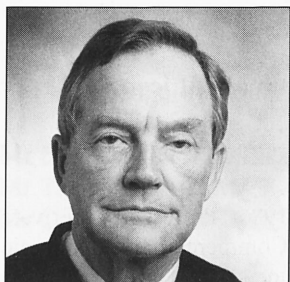
Nominated by Norway:

Mr Erling Selvig, professor
Ms Bjørg Ven, lawyer

In addition to the Judges, at the end of the year the following persons are employed by the Court:

Mr Asle AARBAKKE, Norwegian, Legal Secretary
Ms Svava ARADÓTTIR, Icelandic, Secretary
Ms Harriet BRUHN, Norwegian, Financial and Administrative Officer
Mr Per CHRISTIANSEN, Norwegian, Registrar
Ms Hrafnhildur EYJOLFSDÓTTIR, Icelandic, Administrative Assistant
Ms Dóra GUDMUNDSDÓTTIR, Icelandic, Legal Secretary
Ms Sigrid HAUSER-MARTINSEN, Norwegian, Secretary
Ms Janet JACKSON, British, Secretary
Mr Thomas NORDBY, Norwegian, Lawyer-Linguist
Mr Meinhard NOVAK, Austrian, Legal Secretary
Mr Gilles PELLETIER, French, Caretaker
Ms Diana L. TORRENS, Canadian, Lawyer-Linguist

CURRICULA VITAE OF THE JUDGES AND THE REGISTRAR



Bjørn HAUG

Born 16 December 1928 Oslo, Norway.

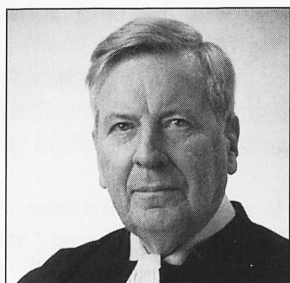
Studies: University of Oslo, cand jur 1954; University of California, Berkeley, LL.M. 1958.

Professional career: Lawyer in a Norwegian industrial concern (speciality: mergers and acquisitions, licensing agreements, joint ventures) 1962–72; Director, member of the concern administration (planning, investments, budgetary control) 1967–72; Attorney General (Civil Affairs) ("Regjeringsadvokat", i.e. attorney for the

Government and State bodies) 1972–1993.

Other national functions: Chairman of the Committee on the Pricing of North Sea Oil; Chairman of the Committee Revising Oil and Gas Legislation 1973–76; National Mediator of Labour Disputes 1982–88; Chairman of the Commission on Employee Participation 1973–93; Chairman of the Board, Oslo Chamber of Commerce Institute of Arbitration, 1983–95; Member of the Board of Directors, Christiania Bank og Kreditkasse, Oslo, 1991–1993.

International assignments: Chairman or member of arbitral tribunals in international commercial arbitration, 1979–93; Member of the Panel of Arbitrators of the IEA Dispute Settlement Centre, Paris, since 1981; Fellow of the Chartered Institute of Arbitrators, London, since 1982; Member of the ICC Commission on International Arbitration, Paris, since 1983; Member of the Panel of International Arbitrators, Stockholm, since 1991; Judge of the EFTA Court since 1 January 1994, President since 18 January 1995.



Thór VILHJÁLMSOHN

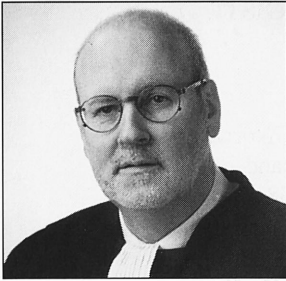
Born 9 June 1930 in Reykjavík, Iceland.

Studies: St. Andrews University, Scotland; University of Iceland (cand jur 1957); New York University; University of Copenhagen.

Professional career: Journalist 1957–1958; Assistant Lecturer, University of Iceland, 1959–62; Part-time Lecturer 1962–67; Professor 1967–76; Dean, Faculty of Law, 1968–70; Director, Institute of Law, 1974–76; Deputy Judge, Reykjavík Civil Court, 1960–62; Judge

1962–67; Judge, European Court of Human Rights, Strasbourg, since 1971; Judge, Supreme Court of Iceland, 1976–1993, President 1983–84 and 1993; Judge of the EFTA Court since 1 January 1994.

Member of Icelandic delegations to UN General Assembly 1963, UN Sea-Bed Committee 1972 and 1973, Law of the Sea Conference 1974 and 1975 and other international conferences. President, Association of Icelandic Lawyers, 1971–74; Editor, Icelandic Law Review, 1973–83.



Carl BAUDENBACHER

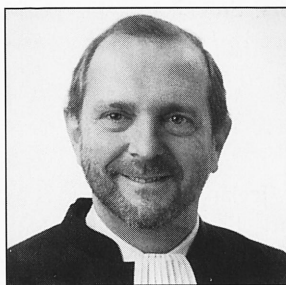
Born 1 September 1947 in Basel, Switzerland.

Studies: University of Berne 1967-1971; Dr. jur. University of Berne 1978, Alexander-von-Humboldt-scholar, Max Planck Institute of Intellectual Property Law Munich 1979-1981, Habilitation/Privatdozent University of Zurich 1983.

Professional career: University of Berne and Zurich, Assistant, 1972-1978; Legal Secretary, Bulach District Court, 1982-1984; Visiting Professor, Universities of

Bochum, Berlin, Tübingen, Marburg, Saarbrücken, 1984-1986; Professor of Private Law, University of Kaiserslautern, 1987; Chair of Private, Commercial and Economic Law, University of St. Gallen since 1987; Managing Director of the University of St. Gallen Institute of European Law 1991; Visiting Professor, University of Geneva, 1991; Expert advisor to the Liechtenstein Government in EEA matters 1990-1994; Visiting Professor, University of Texas School of Law, 1993-1995; offered the Chair of German and European Private, Commercial and Economic law at the University of Bochum, 1994; Member of the Supreme Court of the Principality of Liechtenstein, 1994-1995; Judge of the EFTA Court since 6 September 1995.

Publications: 15 books and over 70 articles on European and international law, law of obligations, law of unfair competition, antitrust law, company law, intellectual property law and comparative law.



Per CHRISTIANSEN

Born 26 October 1949 in Larvik, Norway.

Studies: University of Oslo, cand. jur. 1976, dr. jur. 1988; University of Glasgow 1978-1979.

Professional career: Legal Counsellor, Norges Bank (the Central Bank of Norway), 1976-82; Head of Division and Deputy Director, Ministry of Finance, 1982-85; Secretary to the Board of Governors, Norges Bank, 1985-86; Assistant Director General, Ministry of Finance, 1986-88; Counsellor for Economic and Financial Affairs,

Norwegian Mission to the European Communities (Brussels), 1988-94; Director General, Ministry of Finance 1994-95; 1997- Professor (II) at the Faculty of Law, University of Tromsø, Norway; Registrar at the EFTA Court since 1 September 1995.

Other: Member of several Royal Committees on the revision of national legislation; Member of the Euro Institute, Lyons; Member of the International Law Association and Norwegian representative on the "ILA Committee on Legal Aspects of Sustainable Development" and the "ILA Committee on International Monetary Law"; Member of the Editorial Board of Tidsskrift for forretningsjus (Business Law Report).

Publications include: Commentary to the Maastricht Treaty (in Norwegian), TANO, Oslo 1993, 477 pp; The Court of Justice of the EC and Procedural Law of the Community (in Norwegian), TANO, Oslo 1994, 613 pp.

III. Decisions of the Court

Case E-3/96

**Tor Angeir Ask and Others v ABB Offshore Technology AS
and Aker Offshore Partner AS**

(Request for an advisory opinion from Gulating lagmannsrett
(Gulating Court of Appeal), Norway)

(Council Directive 77/187/EEC – transfer of part of a business)

Advisory Opinion of the Court, 14 March 1997	3
Report for the hearing	14

Summary of the advisory opinion

1. A mere succession of two contracts for the provision of the same or similar services will not, as a rule, be sufficient for there to be a transfer of an undertaking, business or part of a business. The decisive criterion for establishing whether there has been a transfer of an undertaking, business or part of a business for the purposes of the Directive is whether the business in question is transferred as a going concern with its own identity, and whether it retains this identity after the transfer. The object of the transfer must constitute a stable economic entity, so that an activity

limited to performing one specific works contract falls outside the scope of the Directive.

2. For there to be a transfer of an undertaking, business or part of a business for the purposes of the Directive, a stable economic entity with its own identity must be transferred and it must retain its identity after the transfer. If there are no special circumstances which lead to the conclusion that an economic entity retaining its own identity has been transferred, the continuation of an activity by another undertaking is not by itself sufficient to constitute a

Sak E-3/96

Tor Angeir Ask med flere mot ABB Offshore Technology AS og Aker Offshore Partner AS

(Anmodning om en rådgivende uttalelse fra Gulating lagmannsrett, Norge)

(Rådsdirektiv 77/187/EØF – overdragelse av del av bedrift)

Rådgivende uttalelse fra Domstolen, 14 mars 1997	3
Rettsmøterapport.....	14

Sammendrag av den rådgivende uttalelsen

1. En ren suksesjon av to kontrakter om levering av det samme eller liknende tjenester vil som regel ikke være tilstrekkelig til at det foreligger en overdragelse av et foretak, en bedrift eller del av bedrift. Det avgjørende kriteriet ved vurderingen av om det foreligger en overdragelse av et foretak, en bedrift eller del av en bedrift i direktivets forstand er hvorvidt den aktuelle virksomheten er overført som en bestående økonomisk enhet med sin egen identitet, og om den har bevart denne identiteten etter overdragelsen. Gjenstanden for overdragelse må utgjøre en stabil økonomisk enhet, slik at en aktivitet som er begrenset til utføringen av ett bestemt oppdrag

faller utenfor direktivets anvendelsesområde

2. For at skal være en overdragelse av en virksomhet, en bedrift eller del av en bedrift i direktivets forstand, må det overføres en stabil økonomisk enhet med sin egen identitet, og den må bevare identiteten etter overføringen. Hvis det ikke er særskilte omstendigheter som leder til det resultatet at det er overført en økonomisk enhet som bevarer sin identitet, er videreføringen av en aktivitet av en annen virksomhet ikke i seg selv tilstrekkelig til å oppfylle kriteriene for en overdragelse i direktivets forstand.

transfer within the meaning of the Directive.

3. The taking over of assets may constitute an important element in the overall assessment of the transaction. The taking over of tangible or intangible assets of a business or part of a business may be a strong indication that the business or the relevant part of the business has, in fact, been transferred. Depending on the circumstances, in particular the type of the business in question and its means of operation, this factor may be decisive in the overall assessment. However, the absence of this factor does not by itself render the Directive inapplicable.

4. In cases where a high percentage of the personnel taken over and where the business of the first service provider is characterised by a high degree of expertise on the part of its personnel, the re-engagement of that same personnel by the second service provider may support a finding of identity and continuity of the business. This, however, depends on the entity in question and the importance of the personnel for that identity.

5. The fact that a transaction is subject to public procurement directives does not by itself prevent Council Directive 77/187/EEC from being applicable in a case such as the one at hand.

3. Overtakelse av aktiva kan utgjøre en viktig faktor i helhetsvurderingen av transaksjonen. Overtakelsen av materielle eller immaterielle aktiva fra en bedrift eller del av en bedrift kan sterkt indikere at bedriften, eller den relevante del av bedriften, faktisk har blitt overført. Avhengig av omstendighetene, særlig hvilken type bedrift det er snakk om og formålet med driften, kan denne faktoren bli avgjørende i helhetsvurderingen. Fraværet av denne faktoren gjør imidlertid ikke i seg selv direktivet uanvendelig.

4. I tilfeller der en høy prosentandel av de ansatte overtas,

og der den første tjenesteyters virksomhet kjennetegnes ved en høy grad av ekspertise hos arbeidstakerne, vil den annen tjenesteyters gjenansettelse av det samme personalet kunne støtte den konklusjon at virksomheten er videreført med identitet og kontinuitet. Dette avhenger imidlertid av enheten det er tale om og de ansattes betydning for dens identitet.

5. Det faktum at en transaksjon er omfattet av direktivene om offentlige anskaffelser utelukker ikke i seg selv anvendelsen av direktiv 77/187/EØF på et forhold som i den foreliggende sak.

ADVISORY OPINION OF THE COURT

14 March 1997*

(Council Directive 77/187/EEC – transfer of part of a business)

In Case E-3/96,

REQUEST to the Court under Article 34 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice from Gulating lagmannsrett (Gulating Court of Appeal) for an advisory opinion in the case pending before it between

Tor Angeir Ask and Others

and

ABB Offshore Technology AS and Aker Offshore Partner AS

on the interpretation of Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses,

THE COURT,

composed of: Bjørn Haug, President, Thór Vilhjálmsson (Rapporteur) and Carl Baudenbacher, Judges,

Registrar: Per Christiansen,

after considering the written observations submitted on behalf of:

- the appellants Tor Angeir Ask and Others, represented by Counsel Bent Endresen;

* Language of the request for an advisory opinion: Norwegian.

RÅDGIVENDE UTTALELSE FRA DOMSTOLEN

14 mars 1997*

(Rådsdirektiv 77/187/EØF - overdragelse av del av en bedrift)

I sak E-3/96,

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

Tor Angeir Ask med flere

og

ABB Offshore Technology AS og Aker Offshore Partner AS

om tolkningen av rådsdirektiv 77/187/EØF av 14 februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter.

DOMSTOLEN,

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

Justissekretær: Per Christiansen,

etter å ha vurdert de skriftlige saksfremstillinger inngitt av:

- de ankende parter Tor Angeir Ask med flere, representert ved advokat Bent Endresen;

* Språket i anmodningen om en rådgivende uttalelse: Norsk.

- the respondent ABB Offshore Technology AS (“ABB”), represented by Counsel Einar Østerdahl Poulsson;
- the respondent Aker Offshore Partner AS (“Aker”), represented by Counsel Kristine Schei;
- the Government of the Federal Republic of Germany, represented by Dr Ernst Röder and Sabine Maass, Officials in the Federal Ministry of Economics, acting as Agents;
- the Government of the United Kingdom, represented by John E. Collins, Treasury Solicitor's Department, acting as Agent, and Clive Lewis, Barrister;
- the EFTA Surveillance Authority, represented by Håkan Berglin, Director of the Legal and Executive Affairs Department, acting as Agent, assisted by Trygve Olavson Laake, Officer of that Department;
- the European Commission, represented by Hans Gerald Crossland and Maria Patakia, Members of its Legal Service, acting as Agents.

having regard to the Report for the Hearing, revised in order to incorporate answers from the appellants and respondents, respectively, to questions put to them by the EFTA Court in a letter of 8 November 1996,

after hearing the oral observations of the appellants, Tor Angeir Ask and Others, the respondents, ABB Offshore Technology AS, represented by Counsel Merete Bårdsen, and Aker Offshore Partner AS, the Government of the Federal Republic of Germany, represented by Agent Bernd Kloke, the EFTA Surveillance Authority, represented by Agent Trygve Olavson Laake, and the EC Commission, represented by Agent Hans Gerald Crossland, at the hearing on 15 January 1997,

gives the following

Advisory Opinion

- 1 By an order dated 21 May 1996, registered at the Court on 28 May 1996, Gulating lagmannsrett (the Gulating Court of Appeal) in Norway made a request for an Advisory Opinion in a case brought before it by Mr Tor Angeir Ask, Mr Per Gerhard Hallem, Mr Rolf Hole, Mr Knut H. Kattetvedt, Mr Tore G. Knudsen, Mr Kjell Kristoffersen, Mr Jostein Laukeland, Mr Ove Rognø, Mr Ivar Utland and Mr Sverre Weibell (appellants) against the respondents, ABB and Aker.

- ankemotparten ABB Offshore Technology AS ("ABB"), representert ved advokat Einar Østerdahl Poulsson;
- ankemotparten Aker Offshore Partner AS ("Aker"), representert ved advokat Kristine Schei;
- Den tyske regjering, representert ved dr. Ernst Röder og Sabine Maass, tjenestemenn ved Det føderale økonomidepartementet, som partsrepresentanter;
- Den britiske regjering, representert ved John E. Collins, Finansdepartementets rettsavdeling, som partsrepresentant, og advokat Clive Lewis;
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved direktør Håkan Berglin, Avdelingen for juridiske saker og eksekutivsaker, som partsrepresentant, assistert av Trygve Olavson Laake, saksbehandler samme sted;
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Hans Gerald Crossland og Maria Patakia, Rettsavdelingen, som partsrepresentanter.

med henvisning til rettsmøterapporten, revidert for å innarbeide svar fra henholdsvis de ankende parter og ankemotpartene på spørsmål fremmet til disse fra EFTA-domstolen i brev av 8 november 1996,

og etter å ha hørt de muntlige innleggene fra de ankende parter, Tor Angeir Ask med flere, ankemotparten ABB Offshore Technology AS, representert ved advokat Merete Bårdsen, ankemotparten Aker Offshore Partner AS, Den tyske regjering, representert ved Bernd Kloke, EFTAs overvåkningsorgan, representert ved Trygve Olavson Laake, og Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Hans Gerald Crossland, under den muntlige forhandlingen 15 januar 1997,

gir slik

Rådgivende uttalelse

- 1 Ved beslutning datert 21 mai 1996, registrert ved Domstolen 28 mai 1996, har Gulating lagmannsrett i Norge anmodet om en rådgivende uttalelse i en sak brakt inn for denne domstolen av Tor Angeir Ask, Per Gerhard Hallem, Rolf Hole, Knut H. Kattetvedt, Tore G. Knudsen, Kjell Kristoffersen, Jostein Laukeland, Ove Rognø, Ivar Utland og Sverre Weibell ("de ankende parter") mot ankemotpartene, ABB og Aker.

2 The questions referred by the Norwegian court concern the interpretation of Council Directive 77/187/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses (hereinafter "the Directive"). The Directive is referred to in point 23 of Annex XVIII to the Agreement on the European Economic Area ("EEA"). Thus, according to Article 2(a) of the Agreement, the Directive is to be considered as a part of that Agreement as the Directive has been adapted by way of Protocol 1 to it.

3 Article 1(1) of the Directive provides:

"1. This Directive shall apply to the transfer of an undertaking, business or part of a business to another employer as a result of a legal transfer or merger."

4 Articles 3(1) and 3(2) of the Directive provides:

"1. The transferor's rights and obligations arising from a contract of employment or from an employment relationship existing on the date of a transfer within the meaning of Article 1(1) shall, by reason of such transfer, be transferred to the transferee.

Member States may provide that, after the date of transfer within the meaning of Article 1(1) and in addition to the transferee, the transferor shall continue to be liable in respect of obligations which arose from a contract of employment or an employment relationship.

2. Following the transfer within the meaning of Article 1(1), the transferee shall continue to observe the terms and conditions agreed in any collective agreement on the same terms applicable to the transferor under that agreement, until the date of termination or expiry of the collective agreement or the entry into force or application of another collective agreement.

Member States may limit the period for observing such terms and conditions, with the proviso that it shall not be less than one year."

5 Article 4(1) of the Directive provides:

"1. The transfer of an undertaking, business or part of a business shall not in itself constitute grounds for dismissal by the transferor or the transferee. This provision shall not stand in the way of dismissals that may take place for economic, technical or organizational reasons entailing changes in the workforce.

Member States may provide that the first subparagraph shall not apply to certain specific categories of employees who are not covered by the laws or practice of the Member States in respect of protection against dismissal."

2 Spørsmålene fra den norske domstolen gjelder tolkningen av rådsdirektiv 77/187/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter (heretter "direktivet"). Dette direktivet er omhandlet i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde ("EØS-avtalen") Vedlegg XVIII nr 23. Direktivet, med de tilpasninger som følger av Protokoll 1 til avtalen, inngår følgelig som en del av avtalen, jf EØS-avtalen artikkel 2(a).

3 Direktivet artikkel 1 nr 1 lyder:

"1. Dette direktiv skal komme til anvendelse på overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter til en annen innehaver som følge av en kontraktsmessig overdragelse eller en fusjon."

4 Direktivet artikkel 3 nr 1 og artikkel 3 nr 2 lyder:

"1. Overdragerens rettigheter og plikter på grunnlag av en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold som foreligger på den dato en overdragelse i henhold til artikkel 1 nr. 1 finner sted, skal, i kraft av overdragelsen, overføres til erververen.

Medlemsstatene kan bestemme at overdrageren, i tillegg til erververen, fortsatt skal være ansvarlig for forpliktelser begrunnet i en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold etter denne dato en overdragelse i henhold til artikkel 1 nr. 1 har funnet sted.

2. Etter en overdragelse i henhold til artikkel 1 nr. 1 skal erververen opprettholde de arbeidsvilkår som er fastlagt i en tariffavtale på samme betingelser som overdrageren ifølge samme avtale, inntil den dato tariffavtalen sies opp eller utløper eller en annen tariffavtale treer i kraft eller kommer til anvendelse.

Medlemsstatene kan begrense perioden for opprettholdelse av slike arbeidsvilkår, forutsatt at perioden varer minst ett år."

5 Direktivet artikkel 4 nr 1 lyder:

"1. Overdragelsen av et foretak, en bedrift eller deler av en bedrift er i seg selv ingen oppsigelsesgrunn for overdrageren eller erververen. Denne bestemmelsen er ikke til hinder for at oppsigelser kan finne sted av økonomiske, tekniske eller organisasjonsmessige årsaker som medfører endringer i arbeidsstyrken.

Medlemsstatene kan bestemme at første ledd ikke skal komme til anvendelse på visse avgrensede kategorier ansatte som ikke er omfattet av medlemsstatenes lovgivning eller praksis når det gjelder vern mot oppsigelser."

Facts

- 6 In the autumn of 1994, the Norwegian company Statens Oljeselskap AS (Statoil) put out to tender certain maintenance and modification work on the Statfjord oil field in the North Sea. The respondent ABB had held a maintenance contract with Statoil for the Statfjord installations since 1988. After a pre-qualifying round, ABB was not considered qualified to take part in the tender competition. The respondent Aker was awarded the contract for the maintenance and modification work on the Statfjord field. Under the new contract the respondent Aker has an overall responsibility implying, *inter alia*, the responsibility to plan where, when and how inspections and tests are to be performed, to define the necessary works and inspections, to plan and carry out measures and reparations or alterations and to control and document the tasks. The company shall also perform tasks such as engineering, non-destructive testing and modification works. Payments are based on agreed annual goal-budgets, based on defined annual programmes, fixed net hourly rates, lease of machines, costs of materials, etc. Under the contract between ABB and Statoil, ABB performed only specific tasks as defined by Statoil, albeit with its own supervisors, and in principle received payment at fixed rates on an hourly basis.
- 7 Aker commenced its work on Statfjord in February 1995, when the contract between Statoil and ABB expired. However, ABB continued to work on the platforms for a few months, completing some of the maintenance work under its contract and, according to counsel for ABB, took on one specific work contract awarded by Statoil. It is agreed that Aker did not take over any tools or equipment from ABB, nor was there any agreement between the parties regarding a transfer of employees.
- 8 Maintenance workers on some of the Statoil oil platforms are employed by Statoil, while on other Statoil platforms the workers are primarily employees of a third company.
- 9 Both respondents describe their employment arrangements as being such that their employees are employed by the company but are not hired for a specific project, contract or platform. In 1995 ABB assigned about 220 person-years to the Statfjord field: approximately 200 on the installations offshore and approximately 20 onshore. In 1996 about 330 person-years were required to fulfil Aker's obligations under the new contract regarding Statfjord: approximately 245 on board the platforms and approximately 85 onshore. The total number of employees involved is higher than the number of person-years indicated above because of the organisation of the work in shifts.
- 10 ABB dismissed 74 employees when its contract with Statoil expired. Out of 60 employees hired by Aker in relation to the new Statfjord contract, only 10 had previously been employed with ABB.

Fakta

- 6 Høsten 1994 la det norske selskapet Statens Oljeselskap AS (Statoil) ut på anbud visse vedlikeholds- og modifikasjonsarbeider på Statfjordfeltet i Nordsjøen. Ankemotparten, ABB, hadde siden 1988 hatt en vedlikeholdskontrakt for Statoils installasjoner på Statfjord. Etter en innledende kvalifiseringsrunde ble ABB ikke funnet kvalifisert til å ta del i anbudskonkurransen. Ankemotparten Aker ble tildelt kontrakten for vedlikeholds- og modifikasjonsarbeider på Statfjordfeltet. Den nye kontrakten gir ankemotparten Aker et gjennomgående ansvar som bl a innbefatter å planlegge hvor, når og hvordan inspeksjoner og prøver skal foretas, å definere nødvendige arbeider og inspeksjoner, å utføre tiltak og reparasjoner eller ombygginger og å kontrollere og dokumentere oppgavene. Selskapet skal også utføre oppgaver så som engineering, NDT tjenester (non destructive testing) og modifikasjonsarbeider. Vederlag er basert på avtalte årlige målbudsjetter, basert på definerte årsprogram, fastlagte netto timelønnssetser, maskinleie, materialkostnader osv. Etter kontrakten mellom ABB og Statoil utførte ABB bare konkrete oppgaver som Statoil definerte, omenn med sine egne arbeidsledere, og ble i prinsippet betalt i henhold til medgåtte timer på grunnlag av fastlagte timesatser.
- 7 Aker påbegynte sitt arbeid på Statfjord i februar 1995, på det tidspunkt da kontrakten mellom Statoil og ABB utløp. Imidlertid fortsatte ABB å arbeide på plattformene i noen måneder, idet man avsluttet noe vedlikeholdsarbeid i henhold til kontrakten, og – i følge ABBs advokat – påtok seg en særskilt arbeidskontrakt tildelt av Statoil. Det er enighet om at Aker ikke tok over noe verktøy eller utstyr fra ABB, heller ikke forelå det noen avtale mellom partene om en overdragelse av ansatte.
- 8 Vedlikeholdsarbeiderne på noen av Statoils oljeplattformer er ansatt hos Statoil, mens arbeiderne på andre Statoil-plattformer er ansatt i utenforstående selskap.
- 9 Begge ankemotpartene beskriver ansettelsesforholdene slik at arbeidstakerne er ansatt i deres selskap, men ikke for et spesielt prosjekt, en spesiell kontrakt eller plattform. I 1995 utførte ABB rundt 220 årsverk på Statfjordfeltet; omtrent 200 på installasjonene ute i havet og omtrent 20 på land. I 1996 krevdes det rundt 330 årsverk for å gjennomføre Akers plikter under den nye Statfjord-kontrakten; omtrent 245 på plattformene og omtrent 85 på land. Det totale antall involverte arbeidstakere er høyere enn disse tallene indikerer fordi arbeidet er organisert i skiftordninger.
- 10 ABB sa opp 74 ansatte da kontrakten med Statoil utløp. Av 60 arbeidstakere som ble ansatt av Aker i forbindelse med den nye Statfjord-kontrakten hadde bare 10 tidligere vært ansatt i ABB.

11 Sixteen of the employees dismissed by ABB brought cases before Stavanger byrett (Stavanger City Court), petitioning for their dismissals by ABB to be ruled invalid. Stavanger byrett came to the conclusion that there had not been a transfer of an undertaking, business or part of a business under the Norwegian legislation implementing the Directive. Ten of the original sixteen plaintiffs, all of whom were scaffolding constructors, appealed the case to Gulating lagmannsrett, which decided to stay the proceedings and refer the case to the EFTA Court.

12 The following questions were referred to the EFTA Court:

"1. Does Article 1(1) of the Council Directive 77/187/EEC cover a situation where a time-limited contract regarding maintenance and modification expires, and the principal concludes new time-limited contracts covering the same or other maintenance work with one or more other contractors?"

2. Is it of any significance to the answer to question 1 that the contract falls under Council Directive 90/531/EEC and 93/38/EEC?"

3. Is it of any significance if employees and/or equipment are taken over or transferred between companies holding maintenance contracts with Statoil?"

General remarks

13 The questions presented to the Court in the request for an advisory opinion concern the concept of transfer of an undertaking, business or part of business as a result of a legal transfer within the meaning of Article 1(1) of the Directive. The referring Court further asks whether it is of significance for the application of the Directive that the contract falls under directives regarding the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors.

14 The EFTA Court has dealt with the concept of transfer in Article 1 of the Directive, as well as with certain other questions on the interpretation of the Directive, in three previous decisions, namely in the *Eidesund* case (Case E-2/95, not yet reported, hereinafter "*Eidesund*") and the *Langeland* case (Case E-3/95, not yet reported), see Advisory Opinions delivered on 25 September 1996, and in the *Ulstein and Røiseng* case (Case E-2/96, not yet reported, hereinafter "*Ulstein*") in which an Advisory Opinion was given on 19 December 1996.

15 As pointed out by the EFTA Court in these three cases, the European Court of Justice (the ECJ) has previously dealt with the concept of transfer in Article 1 of the Directive in numerous cases. Although none of these cases have dealt directly with the situation where an independent service provider is succeeded by another, the general principles of interpretation of the Directive seem to be well

11 Seksten av de oppsagte arbeiderne fra ABB anla sak for Stavanger byrett med påstand om at oppsigelsene skulle kjennes ugyldige. Stavanger byrett kom til det resultat at det ikke hadde funnet sted noen overføring av en virksomhet, bedrift eller del av bedrift i henhold til norske bestemmelser som gjennomfører direktivet. Ti av de opprinnelig seksten saksøkerne, alle stillasbyggere, anket avgjørelsen til Gulating lagmannsrett, som besluttet å stanse saksbehandlingen og forelegge saken for EFTA-domstolen.

12 Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:

"1. Dekker rådsdirektiv 77/187/EØF, artikkel 1 (1) det tilfellet hvor tidsbegrensede entreprisekontrakter innen vedlikehold og modifikasjon utløper og oppdragsgiveren inngår nye tidsbegrensede entreprisekontrakter som også omfatter det samme eller annet vedlikehold med en eller flere andre oppdragstakere ?

2. Har det noen betydning for svaret på spørsmål 1 at kontrakten faller inn under rådsdirektiv 90/531/EØF og 93/38/EØF ?

3. Ha det noen betydning om det mellom kontraktorselskapene for vedlikeholdskontrakten med Statoil rent faktisk blir overført eller overtatt ansatte og/eller utstyr ?"

Generelle merknader

13 De spørsmålene som er forelagt Domstolen i anmodningen om en rådgivende uttalelse gjelder begrepet overdragelse av foretak, bedrift eller del av bedrift i henhold til direktivet artikkel 1 nr 1. Den foreleggende domstol spør videre hvorvidt det er av betydning for anvendelsen av direktivet at kontrakten faller inn under direktiver om innkjøpsreglene for oppdragsgivere innen sektorene vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon.

14 EFTA-domstolen har behandlet begrepet overdragelse i direktivet artikkel 1 nr 1, så vel som visse andre spørsmål om tolkningen av direktivet, i tre tidligere avgjørelser, *Eidesund* (sak E-2/95, foreløpig ikke publisert, heretter "*Eidesund*") og *Langeland* (sak E-3/95, foreløpig ikke publisert), se rådgivende uttalelser avgitt 25 september 1996, og i *Ulstein og Røiseng* (sak E-2/96, foreløpig ikke publisert, heretter "*Ulstein*") der en rådgivende uttalelse ble avgitt 19 desember 1996.

15 Som påpekt av EFTA-domstolen i disse tre sakene har EF-domstolen tidligere behandlet begrepet overdragelse i direktivet artikkel 1 i en rekke saker. Selv om ingen av disse sakene direkte har omhandlet den situasjonen der en uavhengig tjenesteyter er etterfulgt av en annen, synes de generelle prinsipper for tolkning av direktivet å være vel etablert i EF-domstolens rettspraksis, og avgjørelsene fra EF-domstolen kan gi betydelig veiledning i forhold til slike situasjoner. Videre

established in ECJ case law and the decisions of the ECJ can give considerable guidance with respect to such situations. Furthermore, on 11 March 1997, the ECJ delivered its judgment in case C-13/95 *Ayşe Süzen v Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice* (hereinafter “*Süzen*”), regarding the application of the Directive in a situation where a contract for cleaning services was terminated and subsequently a new service contract was entered into between the principal and a new service provider.

The first and the third question

- 16 By its first question, the referring court seeks to establish whether the Directive covers a situation where a time-limited contract regarding maintenance and modification work on an oil platform expires and the principal concludes a new time-limited contract covering the same as well as other maintenance work with another contractor. In its third question, the referring court asks whether it is of any significance in such a situation if employees or equipment, or both, are taken over by the new contractor. These questions should be examined together.

Transfer of part of a business

- 17 Whereas the *appellants* propose an affirmative answer to the first question and the *respondents*, supported by the *German Government*, submit that the first question should be answered in the negative, the *Government of the United Kingdom*, the *EFTA Surveillance Authority* and the *EC Commission* all propose a qualified answer to the first question, to the effect that a situation like the one in the case at hand may be covered by the Directive provided that the relevant criteria for a transfer of an undertaking are met, i.e., that an economic entity is transferred and retains its identity after the transfer.
- 18 Referring to the stated purpose of the Directive and the wide and flexible interpretation given to the concept of transfer in the case law of the ECJ, the Court has on earlier occasions held that the Directive may be applicable in situations where fixed-term contracts for the provision of certain services are, upon their expiry, succeeded by new fixed-term contracts concluded with other service providers for the same or similar services. See the Court's Advisory Opinions in *Eidesund* and *Ulstein*.
- 19 However, the Court has held in *Ulstein*, at paragraph 27, that a mere succession of two contracts for the provision of the same or similar services will not, as a rule, be sufficient for there to be a transfer of an undertaking, business or part of a business. The decisive criterion for establishing whether there has been a transfer of an undertaking, business or part of a business for the purposes of the Directive is whether the business in question is transferred as a going concern with its own identity, and whether it retains this identity after the transfer. The object of the transfer must constitute a stable economic entity, so that an activity

avsa EF-domstolen 11 mars 1997 dom i sak C-13/95, *Ayse Süzen mot Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhauservice* (heretter "Süzen"), om anvendelsen av direktivet i en situasjon der en rengjøringskontrakt ble avsluttet og en ny kontrakt deretter ble inngått mellom oppdragsgiveren og en ny tjenesteyter.

Det første og tredje spørsmålet

- 16 Med sitt første spørsmål ønsker den foreleggende domstol å få fastslått hvorvidt direktivet omfatter en situasjon der en tidsbegrenset kontrakt om vedlikeholds- og modifikasjonsarbeid på en oljeplattform utløper og oppdragsgiveren slutter en ny tidsbegrenset kontrakt med en annen kontraktspart som dekker det samme så vel som annet vedlikeholdsarbeid. I sitt tredje spørsmål spør den foreleggende domstol hvorvidt det er av noen betydning om arbeidstakerne eller utstyr, eller begge deler, overtas av den nye kontraktsparten. Disse spørsmålene bør behandles samlet.

Overdragelse av del av en bedrift

- 17 Mens de *ankende parter* foreslår bekreftende svar på det første spørsmålet og *ankemotpartene*, støttet av *Den tyske regjering*, gjør gjeldende at det første spørsmålet bør besvares negativt, foreslår *Den britiske regjering*, *EFTAs overvåkningsorgan* og *Kommisjonen for de europeiske fellesskap* et kvalifisert svar på det første spørsmålet, derhen at direktivet kan være anvendelig i en situasjon som i den foreliggende sak forutsatt at de relevante kriteriene for en virksomhetsoverdragelse er oppfylt, dvs at en økonomisk enhet er overført og bevarer sin identitet etter overføringen.
- 18 Domstolen har, under henvisning til direktivets uttalte formål og den vide og fleksible tolkning av begrepet overdragelse i EF-domstolens rettspraksis, ved tidligere anledninger lagt til grunn at direktivet kan være anvendelig i situasjoner der tidsbegrensede kontrakter som regulerer visse tjenesteytelser er, ved deres utløp, etterfulgt av nye tidsbegrensede kontrakter sluttet med andre tjenesteytere for samme eller lignende tjenesteytelser. Se Domstolens rådgivende uttalelser i *Eidesund* og *Ulstein*.
- 19 Imidlertid, som Domstolen la til grunn i *Ulstein*, avsnitt 27, vil en ren suksessjon av to kontrakter om levering av det samme eller liknende tjenester som regel ikke være tilstrekkelig til at det foreligger en overdragelse av et foretak, en bedrift eller del av bedrift. Det avgjørende kriteriet ved vurderingen av om det foreligger en overdragelse av et foretak, en bedrift eller del av en bedrift i direktivets forstand er hvorvidt den aktuelle virksomheten er overført som en bestående økonomisk enhet med sin egen identitet, og om den har bevart denne identiteten etter overdragelsen. Gjenstanden for overdragelse må utgjøre en stabil økonomisk enhet, slik at en aktivitet som er begrenset til utføringen av ett bestemt oppdrag

limited to performing one specific works contract falls outside the scope of the Directive, see case C-48/94 *Rygaard v Strø Mølle Akustik* [1995] ECR I-2745. This view has also been expressed by the EFTA Court in *Ulstein* and in *Eidesund*.

- 20 In order to determine whether those conditions are met, it is necessary to consider all the facts characterising the transaction in question, including the type of undertaking or business concerned, whether or not tangible assets, such as buildings and moveable property, or intangible assets, such as patents or know-how, are transferred, the value of the assets at the time of the transfer, whether or not most of the personnel is taken over by the new employer, whether or not customers are transferred, the degree of similarity between the activities carried on before and after the transfer and the period of suspension of those activities, if any. All of these circumstances are, however, only individual factors in the overall assessment to be made and cannot, therefore, be considered in isolation. The elements to be considered were set out in Case C-24/85 *Spijkers v Benedik* [1986] ECR I-1119, at paragraph 13, and have consistently been invoked and referred to by the ECJ.
- 21 It is for the national court to assess the factual circumstances of the case and to take account of all the individual factors in the overall assessment. The core of the assessment is whether there is, in a particular case, a stable economic entity with its organisational structure and characteristics necessary for the operation of the entity that is transferred to another economic operator while retaining its characterising elements and continuing its activity. Further, as also pointed out in *Süzen*, in assessing the identity of the entity in question, it must be borne in mind that the activities carried on are not the only ones which characterise a business entity. Its organisation, workforce, managerial staff, organisation of the work, operating methods and, where appropriate, the operational resources available to it, are all factors contributing to the identity of a particular economic entity. It is important to note that individual factors carry different relevance in weight in relation to the business activity in question and its characteristics, see *Süzen*, at paragraphs 15 and 18.
- 22 In sum, for there to be a transfer of an undertaking, business or part of a business for the purposes of the Directive, a stable economic entity with its own identity must be transferred and it must retain its identity after the transfer. If there are no special circumstances which lead to the conclusion that an economic entity retaining its own identity has been transferred, the continuation of an activity by another undertaking is not by itself sufficient to constitute a transfer within the meaning of the Directive.
- 23 It seems to be uncontested that the entity in question in the case at hand would be the business unit working in ABB under the previous contract regarding the Staffjord field. As will be pointed out below, no assets were transferred from the first to the second service provider, nor were any tools or equipment taken over. Furthermore, only a very limited number of ABB's employees working under the

faller utenfor direktivets anvendelsesområde, se sak C-48/94, *Rygaard mot Strø Mølle Akustik* [1995] ECR I-2745. Dette synspunktet er også fremhevet av EFTA-domstolen i *Ulstein* og i *Eidesund*.

- 20 For å avgjøre om de nevnte vilkår er oppfylt er det nødvendig å ta hensyn til samtlige omstendigheter omkring den aktuelle transaksjonen, herunder hvilken type foretak eller bedrift det gjelder, om det har skjedd noen overdragelse av fysiske aktiva så som bygninger og løsøre, eller immaterielle aktiva så som patenter og know-how, verdien av aktiva på overdragelsestidspunktet, om mesteparten av de ansatte overtas av den nye innehaveren, om kundekretsen overtas, samt graden av likhet mellom de utførte aktiviteter før og etter overdragelsen, og varigheten av et eventuelt driftsavbrudd. Alle disse momentene utgjør imidlertid kun enkeltfaktorer i den helhetsvurderingen som må foretas, og kan derfor ikke vurderes isolert. Faktorene som skal tas i betraktning ble oppregnet i sak C-24/85, *Spijkers mot Benedik* [1986] ECR I-1119, avsnitt 13, og har konsekvent blitt påberopt og henvist til av EF-domstolen.
- 21 Det er den nasjonale domstolen som må vurdere de faktiske omstendigheter i saken og ta i betraktning enkeltfaktorene i helhetsvurderingen. Kjernen i vurderingen er om det i en konkret sak er en stabil økonomisk enhet med en organisatorisk struktur og karakteristika som er nødvendig for å drive enheten som er overført til en annen økonomisk operatør, idet den bevarer sine karakteristiske elementer og fortsetter sin aktivitet. Videre må det ved vurderingen av identiteten til den enheten det er tale om, som også understreket i *Süzen*, tas i betraktning at aktivitetene som utføres ikke er de eneste som karakteriserer en økonomisk enhet. Dens organisasjon, arbeidsforhold, lederstab, organiseringen av arbeidet, dens driftsmetoder og – der det er hensiktsmessig – også tilgjengelige driftsressurser, er faktorer som bidrar med å fastslå identiteten til en særskilt økonomisk enhet. Det er viktig å merke seg at vekten av de forskjellige faktorer varierer avhengig av bedriftsaktiviteten det er tale om og dens karakteristika, se *Süzen*, avsnitt 15 og 18.
- 22 I sammenfatning, for at skal være en overdragelse av en virksomhet, en bedrift eller del av en bedrift i direktivets forstand, må det overføres en stabil økonomisk enhet med sin egen identitet, og den må bevare identiteten etter overføringen. Hvis det ikke er særskilte omstendigheter som leder til det resultatet at det er overført en økonomisk enhet som bevarer sin identitet, er videreføringen av en aktivitet av en annen virksomhet ikke i seg selv tilstrekkelig til å oppfylle kriteriene for en overdragelse i direktivets forstand.
- 23 Det ser ut til å være ubestridt at enheten det er tale om i den foreliggende saken, ville være den foretaksenheten som arbeidet i ABB under den tidligere kontrakten vedrørende Staffjord-feltet. Som det vil bli påpekt nedenfor, ble ingen aktiva overdratt fra første til andre tjenesteyter, heller ikke ble noe verktøy eller utstyr overtatt. Videre ble bare et meget begrenset antall av ABBs ansatte som arbeidet under Staffjord-kontrakten gjenansatt av Aker. Ingen lederstab ble overtatt, bare

Statfjord contract were re-engaged by Aker. No managerial staff was taken over, only scaffolding contractors, and even they were not taken over as an organisational group but engaged on an individual basis in competition with other applicants.

Assets and equipment

- 24 The *Government of the Federal Republic of Germany* submits that it is an indispensable condition for there to be a transfer of part of a business that a body of assets be transferred. The German Government further argues in this context that it is appropriate to apply the criterion of operating resources in the form of tangible or intangible assets. At the oral hearing, the agent of the *EC Commission* stressed that there was nothing in the case law of the ECJ to support this contention; on the contrary, the case law shows that a number of factors must be taken into account, of which a transfer of a body of assets is one, but not a conclusive one.
- 25 As stated in *Eidesund*, at paragraph 39, the taking over of assets may constitute an important element in the overall assessment of the transaction. The taking over of tangible or intangible assets of a business or part of a business may be a strong indication that the business or the relevant part of the business has, in fact, been transferred. Depending on the circumstances, in particular the type of the business in question and its means of operation, this factor may be decisive in the overall assessment. However, as pointed out in *Ulstein*, at paragraph 33, the absence of this factor does not by itself render the Directive inapplicable. The importance of this factor in the overall assessment depends on the entity in question. Certain economic entities are thus less dependent on tangible and intangible assets for their operation than are other types of businesses, see judgment of the ECJ in *Süzen*, at paragraph 18.
- 26 Thus, where machinery or equipment needed for further production or operation has been taken over and used in the continued activity, it may underscore the notion that the business has been taken over as a going concern and that the identity and continuity of the business have been maintained. The Court notes, however, that in the present case no tools or equipment were taken over.

Employees

- 27 By its third question, the referring court seeks to establish whether it is of relevance in a case like the one at hand if employees are taken over by, or transferred from, the first to the second service provider.

stillasbyggere, og selv disse ble ikke overtatt som en organisatorisk enhet men ansatt på individuelt basis i konkurranse med andre søkere.

Aktiva og utstyr

- 24 *Den tyske regjering* gjør gjeldende at det er et ufravikelig vilkår for at det skal foreligge en overdragelse av en del av en bedrift at en aktivaenhet blir overført. Den tyske regjering hevder videre at det i denne sammenhengen er passende å anvende kriteriet operasjonelle ressurser i form av materielle og immaterielle aktiva. Under den muntlige høringen understreket agenten fra *Kommisjonen for de europeiske fellesskap* at ikke var noe i EF-domstolens rettspraksis som støttet denne påstanden, tvert i mot viser rettspraksis at en rekke faktorer må tas i betraktning, der overdragelsen av aktivaenheter er én, men ikke den avgjørende faktor.
- 25 Som uttalt i *Eidesund*, avsnitt 39, kan overtakelse av aktiva utgjøre en viktig faktor i helhetsvurderingen av transaksjonen. Overtakelsen av materielle eller immaterielle aktiva fra en bedrift eller del av en bedrift kan sterkt indikere at bedriften, eller den relevante del av bedriften, faktisk har blitt overført. Avhengig av omstendighetene, særlig hvilken type bedrift det er snakk om og formålet med driften, kan denne faktoren bli avgjørende i helhetsvurderingen. Imidlertid, som påpekt i *Ulstein*, avsnitt 33, gjør ikke fraværet av denne faktoren i seg selv direktivet uanvendelig. Betydningen av denne faktoren i helhetsvurderingen er avhengig av enheten det er tale om. Visse økonomiske enheter er således mindre avhengig av materielle og immaterielle aktiva for driften enn andre typer av bedrifter, se EF-domstolens dom i *Süzen*, avsnitt 18.
- 26 Når maskiner eller utstyr som er nødvendig for den fortsatte produksjon er overtatt og tatt i bruk i den videre virksomhet, kan dette således underbygge oppfatningen av at virksomheten er overtatt som en bestående økonomisk enhet, og at virksomhetens identitet og kontinuitet er i behold. Domstolen bemerker imidlertid at det i den foreliggende sak ikke ble overtatt verktøy eller utstyr.

Ansatte

- 27 Med sitt tredje spørsmål søker den nasjonale domstol også å få fastslått hvorvidt det er relevant i en sak som den foreliggende om arbeidstakere overtas av, eller overføres fra, den første til den andre tjenesteyteren.

- 28 As the Court has already stated, the re-engagement of the transferor's employees is one of various factors to be taken into account by the national court to enable it, when assessing the transaction as a whole, to decide whether an undertaking, business or part of a business has in fact been transferred. See *Ulstein*, at paragraph 35.
- 29 Further, as held by the Court in *Eidesund*, at paragraph 43, and *Ulstein*, at paragraph 36, in cases where a high percentage of the personnel taken over and where the business of the first service provider is characterised by a high degree of expertise on the part of its personnel, the re-engagement of that same personnel by the second service provider may support a finding of identity and continuity of the business. This, however, depends on the entity in question and the importance of the personnel for that identity. Where a business activity is primarily characterised by a stable workforce carrying out the activity and where the new contractor chooses to re-engage the workforce for the continued operation of the business, this may suffice to constitute a transfer within the meaning of the Directive.

Conclusion

- 30 It follows from the foregoing that Article 1(1) of the Directive must be interpreted as meaning that it does not apply to a situation in which a principal enters into a new contract with a second contractor with a view to having similar maintenance and modification work carried out when there is no transfer of significant tangible or intangible assets, including essential equipment, nor the taking over or re-engagement of an essential part of the workforce, in terms of number and expertise, who were especially assigned by the predecessor to the performance of the contract.

The second question

- 31 In its second question, the referring court asks whether it is of significance to the answer to the first question that the contract falls under Council Directive 90/531/EEC on the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors and Council Directive 93/38/EEC co-ordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors. These directives are referred to in point 4 of Annex XVI to the EEA Agreement, cf. an amendment by Decision of the EEA Joint Committee No 7/94 of 21 March 1994, see also Parliament and Council Directive 94/22/EC, referred to in point 12 of Annex IV

- 28 Som Domstolen allerede har fastslått, er gjenansettelse av overdragerens ansatte en av flere faktorer som må tas i betraktning av den nasjonale domstolen i dens samlede vurdering av transaksjonen for å avgjøre om et foretak, en bedrift eller del av en bedrift faktisk er overdratt. Se *Ulstein*, avsnitt 35.
- 29 Videre, som Domstolen påpekte i *Eidesund*, avsnitt 43, og *Ulstein*, avsnitt 36, i tilfeller der en høy prosentandel av de ansatte overtas, og der den første tjenesteyters virksomhet kjennetegnes ved en høy grad av ekspertise hos arbeidstakerne, vil den annen tjenesteyters gjenansettelse av det samme personalet kunne støtte den konklusjon at virksomheten er videreført med identitet og kontinuitet. Dette avhenger imidlertid av enheten det er tale om og de ansattes betydning for dens identitet. Der en bedrifts aktivitet først og fremst karakteriseres av at en stabil arbeidsstyrke utfører aktiviteten, og en ny kontraktsinnehaver velger å gjenansette arbeidsstyrken for driftens kontinuitet, kan dette være tilstrekkelig til å utgjøre en overdragelse i direktivets forstand.

Konklusjon

- 30 Det følger av det foregående at direktivet artikkel 1 nr 1 må tolkes slik at det ikke får anvendelse i en situasjon der oppdragsgiveren slutter en ny kontrakt med en annen kontraktspart med sikte på å utføre samme vedlikeholds- og modifikasjonsarbeid når det ikke er noen overføring av betydelige materielle eller immaterielle aktiva, inkludert nødvendig utstyr, og heller ikke overtakelse eller gjenansettelse av en betydelig del av de ansatte, hva angår antall og ekspertise, som av den tidligere kontraktsinnehaveren var satt til å utføre kontrakten.

Det andre spørsmålet

- 31 I sitt andre spørsmål spør den foreliggende domstol hvorvidt det er av betydning for svaret på det første spørsmålet om kontrakten faller inn under rådsdirektiv 90/531/EØF om innkjøpsreglene for oppdragsgivere innen sektorene vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon og rådsdirektiv 93/38/EØF om samordning av innkjøpsreglene for oppdragsgivere innen sektorene vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon omhandlet i EØS-avtalen Vedlegg XVI nr 4, som endret ved EØS-komiteens beslutning nr 7/94 av 21 mars 1994, jf også Europaparlaments- og rådsdirektiv 94/22/EF, omhandlet i EØS-

to the EEA Agreement, as amended by Decision of the EEA Joint Committee No 19/95 of 5 April 1995. Directive 93/38/EEC, which is to replace Directive 90/531/EEC, prescribes procedures for contracting entities when awarding supply, works or service contracts within the field of, *inter alia*, exploitation of a geographical area for the purpose of exploring for or extracting oil and gas.

- 32 The *Government of the Federal Republic of Germany*, the *Government of the United Kingdom*, the *EFTA Surveillance Authority* and the *EC Commission* are all agreed that it is of no significance for the answer to the first question that the contract in question falls under the above-mentioned Council Directives. The appellants and the respondents take the same view. However, both respondents submit that when these Directives apply, this supports or confirms the proposition that Council Directive 77/187/EEC is not applicable to such situations. The respondent *Aker* submits that Directive 93/38/EEC contains specific provisions aimed at fostering real competition, and thereby movement of goods and services. If the purpose of Directive 93/38/EEC is to be achieved, it is not possible to argue at the same time that a change of contractor is a transfer of a part of a business.
- 33 The Court notes that it addressed the same question in *Eidesund*. There the Court noted that the Directive, by its wording and purpose, is general in its application and held that the fact that a transaction is subject to public procurement directives does not by itself prevent the Directive from being applicable in a case such as the one then before the Court. The Court does not find any grounds to reach a different conclusion in the present case. The Court considers, however, that in most cases of public tenders, regardless of whether they are subject to EEA public procurement rules, the succession of service providers will not constitute a transfer within the meaning of the Directive.

Costs

- 34 The costs incurred by the *Government of the Federal Republic of Germany*, the *Government of the United Kingdom*, the *EFTA Surveillance Authority* and the *Commission of the European Communities*, which have submitted observations to the Court, are not recoverable. Since these proceedings are, in so far as the parties to the main proceedings are concerned, a step in the proceedings pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court.

avtalen Vedlegg IV nr 12, som endret ved EØS-komiteens beslutning nr 19/95 av 5 april 1995. Direktiv 93/38/EØF, som skal avløse direktiv 90/531/EØF, foreskriver prosedyrer for kontraktsenheter i tildeling av kontrakter om forsyning, arbeider eller tjenester, bl a i utnyttelsen av et geografisk område med henblikk på å lete etter eller utvinne petroleumsforekomster.

32 *Den tyske regjering, Den britiske regjering, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for de europeiske fellesskap* er alle enige om at det er uten betydning for svaret på det første spørsmålet at kontrakten det er tale om faller inn under de nevnte rådsdirektiver. *De ankende parter* så vel som *ankemotpartene* er av samme oppfatning. Imidlertid gjør begge ankemotpartene gjeldende at når disse direktivene får anvendelse, støtter eller bekrefter dette forslaget om at rådsdirektiv 77/187/EØF ikke er anvendelig på slike forhold. Ankemotparten Aker viser til at direktiv 93/38/EØF inneholder egne regler som tar sikte på å tilrettelegge for reell konkurranse, og derved flyt av varer og tjenester. Dersom formålet med direktiv 93/38/EØF skal oppnås, er det ikke mulig samtidig å argumentere for at skifte av tjenesteytere er en overdragelse av en del av en bedrift.

33 Domstolen bemerker at den behandlet det samme spørsmålet i *Eidesund*. Der uttalte Domstolen at direktivet etter sin ordlyd og sitt formål har generell anvendelse, og at det faktum at en transaksjon omfattes av innkjøpsdirektivene ikke i seg selv hinder at direktivet får anvendelse i en sak som den da foreliggende. Domstolen finner ikke noen grunn til å komme til et annet resultat i nærværende sak. Domstolen bemerker imidlertid at i de fleste tilfellene av offentlige anskaffelser, uavhengig av om de er omfattet av EØS-regler om offentlige innkjøp, vil ikke suksessen av tjenesteytere innebære en overføring i direktivets forstand.

Saksomkostninger

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

On those grounds,

THE COURT,

in answer to the questions referred to it by Gulating lagmannsrett by order of 21 May 1996, hereby gives the following Advisory Opinion, taking the first and the third questions together:

- 1. Article 1(1) of the Act referred to in point 23 of Annex XVIII to the EEA Agreement (Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses) is to be interpreted as meaning that it may cover a situation where a time-limited contract regarding maintenance and modification work on an oil platform expires and the principal concludes a new time-limited contract with another contractor. However, the Article does not apply in a situation in which there is no transfer of significant tangible or intangible assets, including essential equipment, nor the taking over or re-engagement of an essential part of the workforce, in terms of number and expertise, who were especially assigned by the predecessor to the performance of its contract.**
- 2. The fact that a transaction is subject to public procurement directives does not by itself prevent Council Directive 77/187/EEC from being applicable in a case such as the one at hand.**

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Delivered in open court in Luxembourg on 14 March 1997.

Per Christiansen
Registrar

Bjørn Haug
President

På dette grunnlag avgir

DOMSTOLEN,

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

1. **Artikkel 1(1) i rettsakten omhandlet i EØS-avtalen Vedlegg XVIII nr 23 (rådsdirektiv 77/187/EØF av 14 februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter) må tolkes slik at det kan dekke en situasjon der en tidsbegrenset kontrakt om vedlikeholds- og modifikasjonsarbeid på en oljeplattform utløper og oppdragsgiveren slutter en ny tidsbegrenset kontrakt med en annen kontraktspart. Artikkelen får imidlertid ikke anvendelse i en situasjon der det ikke er noen overføring av betydelige materielle eller immaterielle aktiva, inkludert nødvendig utstyr, og heller ikke overtakelse eller gjenansettelse av en betydelig del av de ansatte, hva angår antall og ekspertise, som av den tidligere kontraktsinnehaveren var satt til å utføre kontrakten.**
2. **Det faktum at en transaksjon er omfattet av direktivene om offentlige anskaffelser hindrer ikke i seg selv anvendelsen av direktiv 77/187/EØF på et forhold som i den foreliggende sak.**

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Avsagt i åpen rett i Luxembourg 14 mars 1997.

Per Christiansen
Justissekretær

Bjørn Haug
President

REPORT FOR THE HEARING
in Case E-3/96

– Revised –

REQUEST to the Court under Article 34 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice by *Gulating lagmannsrett* (*Gulating Court of Appeal*) for an advisory opinion in the case pending before it between

Tor Angeir Ask and Others

and

ABB Offshore Technology AS and Aker Offshore Partner AS

on the interpretation of Council Directive 77/187/EEC.

I. Introduction

1. By an order dated 21 May 1996, registered at the Court on 28 May 1996, *Gulating lagmannsrett*, a Norwegian Court of Appeal, made a request for an advisory opinion in a case brought before it by Mr Ask, Mr Hallem, Mr Hole, Mr Kattetvedt, Mr Knudsen, Mr Kristoffersen, Mr Laukeland, Mr Rogno, Mr Utland and Mr Weibell (the appellants) against the respondents, ABB Offshore Technology AS (ABB) and Aker Offshore Partner AS (Aker).

II. Legal background

2. The questions submitted by the Norwegian court concern the interpretation of *Council Directive 77/187/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*. This directive is referred to in Point 23 of Annex XVIII to the Agreement on the European Economic Area.

3. *Directive 77/187/EEC* states, *inter alia*:

[Section I / Scope and definitions]

Article 1

1. This Directive shall apply to the transfer of an undertaking, business or part of a business to another employer as a result of a legal transfer or merger.

...

[Section II / Safeguarding of employees' rights]

Article 3

1. The transferor's rights and obligations arising from a contract of employment or from an employment relationship existing on the date of a transfer within the meaning of Article 1(1) shall, by reason of such transfer, be transferred to the transferee.

RETTSMØTERAPPORT

i sak E-3/96

– Revidert –

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

Tor Angeir Ask med flere

og

ABB Offshore Technology AS og Aker Offshore Partner AS

om tolkningen av rådsdirektiv 77/187/EØS.

I. Innledning

1. Ved skriv datert 21 mai 1996, mottatt ved Domstolen 28 mai 1996, har Gulating lagmannsrett i Norge anmodet om en rådgivende uttalelse i en sak innbrakt for denne domstolen av Ask, Hallem, Hole, Kattetvedt, Knudsen, Kristoffersen, Laukeland, Rognø, Utland og Weibell (de ankende parter) mot ankemotpartene ABB Offshore Technology AS (ABB) og Aker Offshore Partner AS (Aker).

II. Rettslig bakgrunn

2. Spørsmålene fra den norske domstol gjelder tolkningen av *rådsdirektiv 77/187/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter*. Dette direktivet er omhandlet i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Vedlegg XVII nr 23.

3. *Direktiv 77/187/EØF sier bl a:*

[Avsnitt I / Virkeområde og definisjoner]

Artikkel 1

1. Dette direktiv skal komme til anvendelse på overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter til en annen innehaver som følge av en kontraktsmessig overdragelse eller en fusjon.

....

[Avsnitt II / Ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter]

Artikkel 3

1. Overdragerens rettigheter og plikter på grunnlag av en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold som foreligger på den dato en overdragelse i henhold til artikkel 1 nr. 1 finner sted, skal, i kraft av overdragelsen, overføres til erververen.

Member States may provide that, after the date of transfer within the meaning of Article 1(1) and in addition to the transferee, the transferor shall continue to be liable in respect of obligations which arose from a contract of employment or an employment relationship.

2. Following the transfer within the meaning of Article 1(1), the transferee shall continue to observe the terms and conditions agreed in any collective agreement on the same terms applicable to the transferor under the agreement

...

Article 4

1. The transfer of an undertaking, business or part of a business shall not in itself constitute grounds for dismissal by the transferor or the transferee. This provision shall not stand in the way of dismissals that may take place for economic, technical or organizational reasons entailing changes in the workforce.

Member States may provide that the first subparagraph shall not apply to certain specific categories of employees who are not covered by the laws or practice of the Member States in respect of protection against dismissal.

2. If the contract of employment or the employment relationship is terminated because the transfer within the meaning of Article 1(1) involves a substantial change in working conditions to the detriment of the employee, the employer shall be regarded as having been responsible for termination of the contract of employment or of the employment relationship.

III. Facts

4. In 1988 ABB was awarded a maintenance contract with Statoil, a Norwegian oil company responsible for the operation of, *inter alia*, the Statfjord oil field in the North Sea. Following prolongation of the contract pursuant to its own terms, the contract expired in February 1995. In the autumn of 1994, Statoil put out to tender certain maintenance and modification work on the Statfjord field and, in addition to the area covered by the contract with ABB, the Gullfaks field. ABB did not submit a tender. Aker was awarded the contract for Statfjord for maintenance and modification work.

5. Additional information sent to the Court at its request on behalf of both the respondents includes *inter alia* the following statement:

"Aker Offshore Partner AS's tasks according to the current contract with Statoil are related to preventive maintenance work, corrective maintenance work and modification work. The borderlines between these works are necessarily fluid.

Under the contract, Aker Offshore Partner AS has overall responsibility for tasks the company is to perform. This implies that Aker Offshore Partner AS is responsible for planning where, when and how inspections and tests shall be performed, define the necessary works, inspect, plan, work out solutions, carry out those measures and reparations or alterations which are current, and control and document the tasks. Aker Offshore Partner AS thus has a thoroughgoing responsibility.

In the contract between ABB Offshore Technology AS and Statoil, ABB Offshore Technology AS was, with its own supervisors, to perform only specific tasks as defined by Statoil.

Medlemsstatene kan bestemme at overdrageren, i tillegg til erververen, fortsatt skal være ansvarlig for forpliktelser begrunnet i en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold etter denne dato en overdragelse i henhold til artikkel 1 nr. 1 har funnet sted.

2. Etter en overdragelse i henhold til artikkel 1 nr. 1 skal erververen opprettholde de arbeidsvilkår som er fastlagt i en tariffavtale på samme betingelser som overdrageren ifølge samme avtale....

...

Artikkel 4

1. Overdragelse av et foretak, en bedrift eller deler av en bedrift er i seg selv ingen oppsigelsesgrunn for overdrageren eller erververen. Denne bestemmelsen er ikke til hinder for at oppsigelser kan finne sted av økonomiske, tekniske eller organisasjonsmessige årsaker som medfører endringer i arbeidsstyrken.

Medlemsstatene kan bestemme at første ledd ikke skal komme til anvendelse på visse avgrensede kategorier ansatte som ikke er omfattet av medlemsstatenes lovgivning eller praksis når det gjelder vern mot oppsigelse.

2. Dersom arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet oppheves fordi overdragelsen som nevnt i artikkel 1 nr. 1 innebærer en vesentlig endring i arbeidsvilkårene til skade for arbeidstakeren, skal arbeidsgiveren anses ansvarlig for at arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet oppheves."

III. Fakta

4. I 1988 vant ABB en anbudskonkurranse om oppdrag innen vedlikehold for Statoil, et norsk oljeselskap med operatøransvar bl a for Statfjordfeltet i Nordsjøen. Etter en forlengelse av kontrakten i henhold til dens bestemmelser, løp den ut i februar 1995. Høsten 1994 sendt Statoil ut anbudsforespørsler for visse vedlikeholds- og modifikasjonsarbeider på Statfjordfeltet og Gullfaksfeltet. ABB besvarte ikke anbudsforespørselen. Aker ble tildelt kontrakten på Statfjord for vedlikeholds- og modifikasjonsarbeider.

5. Ytterligere opplysninger gitt domstolen på dens forespørsel på vegne av begge ankemotparter omfatter bl. a. den følgende uttalelse:

"Aker Offshore Partner AS' oppgaver etter den aktuelle kontrakten med Statoil, knytter seg til forebyggende vedlikeholdsarbeider, korrektive vedlikeholdsarbeider og modifikasjonsarbeider. Grensen mellom disse arbeiderne er nødvendigvis flytende.

Etter kontrakten har Aker Offshore Partner AS et totalansvar for oppgaver selskapet skal utføre. Det innebærer at Aker Offshore Partner AS har som oppgave å forestå planer for hvor, når og hvordan inspeksjoner og tester skal foretas, definere nødvendige arbeider, inspisere, planlegge, utarbeide løsninger, utføre de tiltak og reparasjoner eller ombygginger som er aktuelle, og kontrollere og dokumentere oppgavene. Aker Offshore Partner AS har altså et gjennomløpende ansvar.

I kontrakten mellom ABB Offshore Technology AS og Statoil skulle ABB Offshore Technology AS med egne arbeidsledere bare utføre konkrete oppgaver som Statoil definerte.

The extent of the contracts is different, e.g., in that Aker Offshore Partner AS performs tasks such as engineering, NDT services (non-destructive testing) and modification works.

The principal model for payment in Aker Offshore Partner AS's contract with Statoil implies that annual goal-budgets based on defined annual programmes, fixed net hourly rates, lease of machines, costs of materials, etc., are drawn up and agreed upon. Aker Offshore Partner AS acts freely within these agreed frameworks. Any "profit" or "deficit" in relation to the annual budget in accordance with the annual programme is shared by the parties 50/50. Product development thus becomes an important element in the completion of the contract.

In the contract between ABB Offshore Technology AS and Statoil, ABB Offshore Technology AS was paid according to used hours based on fixed hourly rates."

6. According to the description of the requesting court, the employment arrangements for the workers on the platforms in the North Sea are organised in different ways, the decisions in most cases being based on considerations of what is most profitable for the business: either to provide services using the company's employees or to have the services provided by an outside company. At Statoil the catering service workers on some of the oil drilling platforms are employed by Statoil, while on other Statoil platforms the workers are employees of a professional catering company. The same is true of maintenance workers. According to the request, some Statoil employees were dismissed from their positions following the new maintenance contract with Aker. In her written observations, counsel for Aker has stated that if this is true, Aker was not aware of it.

7. Counsel for ABB states that the company is a part of ABB, a global group of industrial companies and enterprises operating in several countries and employing about 210 000 people. The head office is in Switzerland, while the head office for activities in oil, gas and petrochemicals is in Norway. The respondent in this case was established in 1993 through a merger of several companies in order to cover the Norwegian market. Today it employs about 1000 persons. They are not hired for a specific project, contract or platform. Counsel states that if the contracts fail to appear under circumstances indicating a permanent situation, or the company decides that it will no longer offer or provide a specific service, parts of the business will be wound up and the employees will be dismissed. When ABB was not awarded the new contract in 1995 and no similar contracts regarding extensions and professions were out for tender, the company dismissed the persons who were then left without work.

8. In 1987 ABB was awarded the maintenance contract for the Statfjord installations which Aker had held for three years. During the starting-up phase and the contract period, ABB employed workers of different professions to perform the work required under the contract. At the time of the expiry of ABB's maintenance contract regarding the Statfjord field (1995), approximately 220 persons were employed. Of these, 200 worked on the installation offshore, and approximately 20 onshore.

9. It is further stated in the written observations that there was no direct contact between ABB and Aker regarding a possible transfer of employees. Neither was there anything in the Statfjord contract that obliged Aker to give preference to former ABB employees. On behalf of the respondents it is stated that the tender request issued by Statoil was not based on European directives on public procurement. However, it is stated that the contract between Aker Offshore Partner AS and Statoil falls within the scope of Council Directive 93/38/EEC.

Kontraktens omfang er forskjellige for eksempel ved at Aker Offshore Partner AS for eksempel utfører engineeringoppgaver, NDT tjenester (non destructive testing) og modifikasjonsarbeider.

Hovedmodellen for vederlag i Aker Offshore Partner ASs kontrakt med Statoil, er at det utarbeides og avtales årlige målbudsjett basert på definerte årsprogram, fastlagte netto timelønnsrater, maskinleie, materiellkostnader osv. Innenfor disse avtalte rammene disponerer Aker Offshore Partner AS fritt. Eventuelt "overskudd" eller "underskudd" i forhold til årsbudsjett i henhold til årsprogram, deles 50/50 mellom partene. Produktutvikling blir således et sentralt element i kontraktoppfyllelsen.

I kontrakten mellom ABB Offshore Technology AS og Statoil ble ABB Offshore Technology AS honorerert i henhold til medgåtte timer på grunnlag av fastlagte timesatser."

6. Ifølge beskrivelsen fra den spørrende domstol er arbeidsforholdene for arbeiderne på plattformene i Nordsjøen organisert på ulike måter, i de fleste tilfelle avhengig av hensynet til hva som er mest bedriftsøkonomisk lønnsomt - enten å utføre tjenestene med egne ansatte eller å få dem utført av utenforstående selskap. Hos Statoil er forpleiningsarbeiderene på noen plattformer ansatt hos Statoil, mens på andre Statoil-plattformer er de ansatt hos et profesjonelt cateringselskap. Det samme gjelder for vedlikeholdsarbeidere. Ifølge anmodningen ble enkelte arbeidstakere i Statoil oppsagt fra sine stillinger, som en følge av den nye vedlikeholdskontrakten med Aker. I sitt skriftlige innlegg hevder Akers prosessfullmektig at dersom dette er tilfelle, er det ukjent for Aker.

7. ABBs advokat viser til at dette selskap er del av ABB, et verdensomspennende konsern med industriselskaper og -virksomheter i mange land og som sysselsetter mer enn 210.000 mennesker. Hovedkontoret er i Sveits, mens virksomheten innen olje, gass og petrokjemi har sitt hovedkontor i Norge. Ankemotparten i denne sak ble etablert i 1993 ved en fusjon av flere selskaper med sikte på å dekke det norske marked. I dag sysselsetter det ca 1.000 personer. De er ikke ansatt med sikte på et spesielt prosjekt, en spesiell kontrakt eller plattform. Advokaten viser til at dersom oppdragene uteblir på en slik måte at det må vurderes som permanent, eller bedriften fatter vedtak om ikke lenger å tilby eller inneha en gitt tjeneste, blir det tatt i bruk oppsigelser og nedlegging av deler av virksomheten. Da ABB ikke vant den nye kontrakten i 1995, og det ikke var tilsvarende avtaler av slikt omfang og med de samme fag som det skulle konkurreres om, gikk bedriften til oppsigelse av de personer som det da ikke ble arbeid til.

8. ABB ble i 1987 tildelt kontrakten for vedlikehold av installasjonene på Statfjord, en kontrakt som Aker hadde da hatt i tre år. Ved oppstart og i avtaleperioden ansatte ABB forskjellige fagkategorier for å utføre det arbeidet som fulgte av kontrakten. På det tidspunkt da avtaletiden for ABBs kontrakt for vedlikehold på Statfjordfeltet gikk ut (1995), var ca 220 personer engasjert med dette. Av disse arbeidet 200 på installasjonene ute i havet og ca 20 på land.

9. Det heter videre i den skriftlige saksfremstilling at det ikke var noen direkte kontakt mellom ABB og Aker om eventuell overtakelse av ansatte. Heller ikke var det noe i Statfjordkontrakten som forpliktet Aker til å gi tidligere ABB ansatte fortrinn. Det hevdes på vegne av ankemotpartene at anbudsforespørselen fra Statoil, ikke var basert på europeiske direktiver om offentlig innkjøp. Det hevdes imidlertid at kontrakten mellom Aker Offshore Partner AS og Statoil dekkes av rådsdirektiv 93/38/EØF.

10. According to the written observations submitted by counsel for Aker, the company has been involved in most of the oil and gas activities on the continental shelf off Norway since the early 1970s. It has 1400 employees who have a permanent appointment which is not limited to a specific project or a specific platform. In October 1996 about 330 employees were working under the contract dealt with in this case, about 245 on board the platforms and about 85 on shore. The number will be somewhat higher during 1997. To take over the activities dealt with in this case, the company needed 60 new employees, in particular scaffolding constructors and insulation workers. Aker did not take over any equipment from ABB in connection with its new activities. Nor did it, according to its counsel, take over any of ABB's employees. The request from Gulating lagmannsrett states that the appointments of the 60 new employees were effected following ordinary advertisements and in accordance with the general terms of contracts concluded by the company. Of the 60 new employees, 10 had been working for ABB. There were 400 applications for the 60 positions.

11. ABB dismissed 74 employees when its contract with Statoil expired. The ten appellants, all scaffolding constructors, brought cases before Stavanger byrett, together with six others, petitioning for the dismissals to be ruled invalid and, as an interim measure, for Aker to be ordered to re-employ the appellants. The second claim was, however, not made by one of the appellants, Mr Hole. Stavanger byrett came to the conclusion that there had not been a transfer of an undertaking or a part of an undertaking under the Norwegian legislation. Ten of the original sixteen plaintiffs appealed the case to Gulating lagmannsrett, which decided to stay the proceedings and refer the case to the EFTA Court.

IV. Questions

12. The following questions were referred to the EFTA Court:

"1. Does Article 1(1) of the Council Directive 77/187/EEC cover a situation where a time-limited contract regarding maintenance and modification expires, and the principal concludes new time-limited contracts covering the same or other maintenance work with one or more other contractors?"

2. Is it of any significance to the answer to question 1 that the contract falls under Council Directive 90/531/EEC and 93/38/EEC?"

3. Is it of any significance if employees and/or equipment are taken over or transferred between companies holding maintenance contracts with Statoil?"

V. Written observations

13. Pursuant to Article 20 of the Statute of the EFTA Court and Article 97 of the Rules of Procedure, written observations have been received from:

- The appellants, Tor Angeir Ask and others, represented by Counsel Bent Endresen;
- ABB Offshore Technology AS, represented by Counsel Einar Østerdahl Poulsson;
- Aker Offshore Partner AS, represented by Counsel Kristine Schei;
- The Government of the Federal Republic of Germany, represented by Dr Ernst Röder and Sabine Maass, Officials in the Federal Ministry of Economics, acting as Agents;

10. Ifølge den skriftlige saksfremstilling inngitt av Akers advokat, har selskapet erfaring fra olje- og gassvirksomheten på kontinentalsokkelen utenfor Norge siden tidlig på 1970-tallet. Det har 1.400 fast ansatte som ikke er begrenset til et spesielt prosjekt eller en spesiell plattform. I oktober 1996 arbeidet ca. 330 ansatte med kontrakten som er omhandlet i denne sak, ca. 245 på plattformene og ca. 85 på land. Det antas at dette tallet blir noenlunde høyere i 1997. For å ta over aktivitetene i den aktuelle sak, trengte selskapet 60 nye ansatte, spesielt stillasbyggere og isolatører. Aker overtok ikke noe utstyr fra ABB i samband med den nye aktiviteten. Heller ikke overtok det, ifølge dets advokat, noen av ABBs ansatte. I anmodningen fra Gulating lagmannsrett opplyses at ansettelsen av 60 nye ansatte skjedde etter vanlig kunngjøring og i samsvar med selskapets alminnelige bestemmelser. Av de 60 nyansatte hadde 10 arbeidet for ABB. Det var 400 søkere til de 60 stillingene.

11. ABB sa opp 74 ansatte da dets kontrakt med Statoil utløp. De ti ankende parter, alle stillasbyggere, anla sak for Stavanger byrett, sammen med seks andre, med påstand om at oppsigelsene skulle kjennes ugyldige, og, som midlertidig avgjørelse, at Aker skulle tilpliktes å gjeninnsette de ankende parter i sine stillinger. Denne andre påstanden ble imidlertid ikke fremsatt av én av de ankende parter, Hole. Stavanger byrett kom til det resultat at det ikke hadde funnet sted noen overføring av en virksomhet eller del av en virksomhet etter norsk rett. Ti av de opprinnelig 16 saksøkerne anket avgjørelsen til Gulating lagmannsrett, som besluttet å stanse saksbehandlingen og forelegge saken for EFTA-domstolen.

IV. Spørsmål

12. Følgende spørsmål er forelagt EFTA-domstolen:

"1. Dekker rådsdirektiv 77/187/EØF, artikkel 1 (1) det tilfellet hvor tidsbegrensede entreprisekontrakter innen vedlikehold og modifikasjon utløper og oppdragsgiveren inngår nye tidsbegrensede entreprisekontrakter som også omfatter det samme eller annet vedlikehold med en eller flere andre oppdragstakere ?

2. Har det noen betydning for svaret på spørsmål 1 at kontrakten faller inn under rådsdirektiv 90/531/EØF og 93/38/EØF ?

3. Ha det noen betydning om det mellom kontraktorselskapene for vedlikeholdskontrakten med Statoil rent faktisk blir overført eller overtatt ansatte og/eller utstyr ?"

V. Skriftlige saksfremstillinger

13. Skriftlige saksfremstillinger i medhold av Vedtektene for EFTA-domstolen artikkel 20 og Rettergangsordningen artikkel 97 er mottatt fra:

- De ankende parter, Tor Angeir Ask m.fl., representert av advokat Bent Endresen;
- ABB Offshore Technology AS, representert av advokat Einar Østerdahl Poulsson;
- Aker Offshore Partner AS, representert av advokat Kristine Schei;
- Den tyske regjering, representert ved dr. Ernst Röder og Sabine Maass, tjenestemenn ved Det føderale næringsdepartementet, som partsrepresentanter;

- The Government of the United Kingdom, represented by John E. Collins, Treasury Solicitor's Department, acting as Agent, and Clive Lewis, Barrister;
 - The EFTA Surveillance Authority, represented by Håkon Berglin, Director of the Legal and Executive Affairs Department, acting as Agent, assisted by Trygve Olavson Laake, Officer of that Department;
 - The European Commission, represented by Hans Gerald Crossland and Maria Patakia, Members of its Legal Service, acting as Agents.
14. As the first and the third question of Gulating lagmannsrett both concern the material scope of the Directive, they will be dealt with together in the following summary.

A. The first and the third question

15. The appellants propose that the reply to the first question should be in the affirmative. The Government of the United Kingdom, the EFTA Surveillance Authority and the Commission of the European Communities all propose a qualified answer to the first question, to the effect that a situation like the one in the case at hand may be covered by the Directive provided that the relevant criteria are met. The respondents and the German Government propose that the first question should be answered in the negative.

16. The appellants and the respondents propose a negative answer to the third question, both respondents stating that it is of a hypothetical nature in the present case, as they claim neither equipment nor employees were transferred. The German Government is of the view that it is appropriate to distinguish between equipment and employees. The Government of the United Kingdom, the EFTA Surveillance Authority and the Commission of the European Communities all argue that these factors are relevant but not conclusive in determining whether there has been a transfer within the meaning of the Directive.

The appellants

17. Counsel for the *appellants* states that the oil platforms are different but that they all need continuous maintenance. The type of the work does not depend on the employer of the workers carrying it out. The appellants are scaffolding constructors. Their work is of a special kind as approved by Norwegian authorities, who organise and approve training in the field. It is carried out under the supervision of a foreman (supervisor). In this case the contract between Statoil and Aker covered all the tasks previously placed with ABB. Counsel for the appellants further states that, under the contract, Aker is obliged to establish a dedicated organisation for maintenance and modification, called V & M. According to him, this has been done and Aker has established a separate unit to service the V & M contract. Certain internal qualification requirements have to be fulfilled by the Aker personnel in this field. It is further stated that the scaffolding constructors employed by Aker on the Statfjord contract work permanently there.

18. The appellants refer to the objective of the Directive, which is to safeguard employees' rights in the event of a transfer of undertaking. The necessity to protect employees does not lessen by there being several changes of owner or employer. Nor should employees' rights be dependent on how the employer organises the work. The appellants submit that the purpose of the Directive would be undermined if protection was afforded when parts of the business are contracted out

- Den britiske regjering, representert ved John E. Collins, Finansdepartementets Rettsavdeling, som partsrepresentant, og advokat Clive Lewis;
 - EFTAs overvåkningsorgan, representert ved direktør Håkan Berglin, Avdelingen for juridiske saker og eksekutivsaker, som partsrepresentant, assistert av Trygve Olavson Laake, saksbehandler samme sted;
 - Kommisjonen for De europeiske fellesskaper, representert ved Hans Gerald Crossland og Maria Patakia, Rettsavdelingen, som partsrepresentanter.
14. Siden første og tredje spørsmål fra Gulating lagmannsrett begge omhandler direktivets saklige virkeområde vil de bli behandlet under ett i det følgende sammendraget.

A. *Det første og tredje spørsmål*

15. De ankende parter foreslår at det første spørsmål besvares bekreftende. Den britiske regjering, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskap foreslår alle et kvalifisert svar på det første spørsmål, som går ut på at en situasjon som den foreliggende kan dekkes av direktivet dersom de relevante vilkår er oppfylt. Ankemotpartene og den tyske regjering foreslår at det første spørsmål besvares benektende.

16. De ankende parter og ankemotpartene foreslår et benektende svar på det tredje spørsmålet, begge ankemotpartene hevder at det er av hypotetisk karakter i den foreliggende sak, siden de hevder at verken utstyr eller ansatte ble overført. Den tyske regjering mener det er på sin plass å skille mellom utstyr og ansatte. Den britiske regjering, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskap hevder alle at disse forhold er relevante, men ikke avgjørende for å ta stilling til om det har funnet sted en overdragelse i direktivets forstand.

De ankende parter

17. De *ankende parters* advokat viser til at oljeplattformene er ulike, men at alle trenger løpende vedlikehold. Arbeidets art er ikke avhengig av den arbeidsgiver hvis arbeidere utfører arbeidet. De ankende parter er stillasbyggere. Deres arbeid utgjør et eget myndighetsgodkjent fag, og staten organiserer og godkjenner opplæringen i faget. Det utføres under tilsyn av en formann (arbeidsleder). I dette tilfellet dekket kontrakten mellom Statoil og Aker alle oppgavene som tidligere var tildelt ABB. De ankende parters advokat viser videre til at Aker etter kontrakten er forpliktet til å opprette en separat organisasjon for vedlikehold og modifikasjoner, kalt V&M. I følge advokaten er dette nå gjort og Aker har opprettet en egen enhet for å betjene V&M-kontrakten. Akers ansatte må oppfylle visse interne kvalifikasjonskrav på dette området. Det hevdes for øvrig at stillasbyggerne ansatt av Aker i forbindelse med Staffjord-kontrakten arbeider fast der.

18. De ankende parter viser til direktivets formål, som er å sikre arbeidstakeres rettigheter i tilfelle overdragelse av virksomhet. Nødvendigheten av å sikre arbeidstakere blir ikke mindre fordi om det er en rekke skifter av innehavere eller arbeidsgivere. Arbeidstakeres rettigheter bør heller ikke være avhengig av hvordan arbeidsgiveren organiserer arbeidet. De ankende parter hevder at formålet med direktivet vil bli undergravd dersom vern blir gitt når deler av en virksomhet blir satt ut på entrepriser, jfr *Watson/ISS*¹ og *Schmidt*², men ikke når den egentlige

¹ Sak C-209/91 *Watson Rask og Christensen* [1992] ECR I-5755.

² Sak C-392/92 *Schmidt* [1994] ECR I-1311.

(*Watson Rask and Christensen v ISS Kantineservice*¹, *Schmidt*²) but not when the principal transfers the work from one contractor to another. The appellants submit that case law from the ECJ also affords protection in the latter situation (*Redmond Stichting*³, *Merckx and Neuhuys*⁴).

19. The fact that the transfer takes place in a triangle operation between Statoil and the respondents, ABB and Aker, does not preclude the application of the Directive. Nor can it be decisive for the employees' protection that the transaction is labelled as a "tender competition", rather than as representing another type of contractual transaction. Further, it cannot be decisive that the principal is also the receiver of the service.

20. The appellants maintain that the business ABB previously had which Aker has taken over at the Statfjord field was organised as an economic unit, carried out in a specific place, with a permanent crew, and constituted an identifiable income item in ABB's accounts. Specific maintenance work was and is carried out continuously. They maintain that the maintenance work fulfils the requirements laid down in the case law of the ECJ for an identifiable economic unit. It is the submission of the appellants that it is the maintenance work which is the core of the business.

21. The fact that not all of ABB's employees continued working for Aker is not decisive; nor is the fact that Aker has not taken over the activity's moveables in connection with the take-over of the business.

ABB Offshore Technology AS

22. *ABB* proposes that the first question should be answered in the negative, and that the third question if it is to be answered despite its hypothetical interest in the case, should also be answered in the negative.

23. *ABB* draws attention to the fact that this case concerns the interpretation of a Norwegian statute, the relevant sections of which were enacted as Norway's implementation of Council Directive 77/187/EEC. With respect to the question of what constitutes a transfer of an undertaking within the meaning of the Directive, *ABB* maintains that there is a clear distinction to be made between a transfer of an undertaking and a replacement of a contractor.

24. The replacement of a contractor (service provider) has a number of special features. First, it is based on a business contract, made for a fixed term, which does not itself affect the means of production. Second, unlike the transfer of an undertaking, the replacement of a contracting party is not final; it is normally understood to be of limited duration and thus open for re-evaluation. Third, when an undertaking is transferred, the transferor withdraws from the activity. Under a service contract, by contrast, the recipient of the service continues to be the same and retains certain rights of control and instruction as well as the possibility of terminating the contract. Determining that the replacement of a contractor comes under the provisions of the Directive would, in *ABB's* view, have a very restrictive effect on competition in bidding situations. The only party which has full knowledge of the rights of the employees that may continue with a new contractor is the party already holding a contract.

¹ Case C-209/91 *Watson Rask and Christensen* [1992] ECR I-5755.

² Case C-392/92 *Schmidt* [1994] ECR I-1311.

³ Case C-29/91 *Redmond Stichting v Hendrikus Bartol* [1992] ECR I-3189.

⁴ Joined Cases C-171/94 and C-172/94 *Merckx and Neuhuys v Ford Motors Company Belgium SA* [1996] ECR I-1253.

oppdragsgiver overfører arbeid fra en driver til en annen. De ankende parter hevder at rettspraksis fra EF-domstolen gir beskyttelse også i sistnevnte situasjoner, jfr *Redmond Stichting*³ og *Merckx*⁴.

19. Det forhold at overføringen skjer som en trekantoperasjon mellom Statoil og anketpartene, ABB og Aker, forhindrer ikke at direktivet får anvendelse. Det kan heller ikke være avgjørende for vernet av arbeidstakerne at transaksjonen er betegnet som en "anbudskonkurranse", i stede for andre betegnelser på kontraktsmessige transaksjoner. Det kan heller ikke være avgjørende at oppdragsgiver også er mottaker av tjenesten.

20. De ankende parter fastholder at den virksomhet som ABB tidligere hadde på Statfjordfeltet, og som Aker har tatt over, var organisert som en økonomisk enhet, ble utført på et angitt sted, med et fast mannskap, og utgjorde en identifiserbar inntektspost i ABBs regnskap. Det ble, og blir, utført et fast vedvarende vedlikeholdsarbeid. De fastholder at vedlikeholdsarbeidene tilfredsstillende de krav som fremgår av EF-domstolens rettspraksis mht. en identifiserbar økonomisk enhet. Det er de ankende parters påstand at det er vedlikeholdsarbeidet som er kjernen i virksomheten.

21. Det forhold at ikke alle av ABBs ansatte fortsatte i arbeid for Aker er ikke avgjørende, heller ikke det faktum at Aker ikke har overtatt driftsløsøre i samband med virksomhetsovertakelsen.

ABB Offshore Technology AS

22. *ABB* foreslår at det første spørsmål besvares benektende, og at det tredje spørsmål, om det skal besvares til tross for sin hypotetiske interesse for saken, også besvares benektende.

23. *ABB* viser til saken gjelder tolkningen av en norsk lov, de paragrafene som ble vedtatt ved Norges gjennomføring av rådsdirektiv 77/187/EØF. Til spørsmålet om hva som utgjør en overdragelse av et foretak etter direktivet, fremholder *ABB* at det må skilles klart mellom en overføring av en virksomhet og et skifte av en medkontrahent.

24. Skifte av en medkontrahent (tjenesteyter) har flere spesielle kjennetegn. For det første er det basert på en forretningskontrakt, for en bestemt periode, som ikke i seg selv påvirker produksjonsmidlene. For det andre, i motsetning til en overføring av en virksomhet, er en utskiftning av en kontraktspart ikke endelig; vanligvis må den forstås som tidsbegrenset og derfor åpen for revurdering. For det tredje, når en virksomhet blir overført trekker den tidligere innehaveren seg fra aktiviteten. Ved en servicekontrakt vil tjenestemottakeren fortsatt være den samme og ha i behold en viss overvåknings- og kontrollmyndighet, samt muligheten til å avslutte kontrakten. Om det blir avgjort at skifte av en kontrahent faller inn under direktivet, vil dette, etter *ABBs* syn, virke sterkt hemmende på konkurransen i anbudssituasjoner. Den som allerede har kontrakten vil være den eneste parten med full kunnskap om rettighetene til de arbeidstakerne som kanskje skal fortsette hos den nye medkontrahenten.

³ Sak C-29/91 *Redmond Stichting mot Hendrikus Bartol* [1992] ECR I-3189.

⁴ Forenede saker C-171/94 og C-172/94 *Merckx og Neuhuys* [1996] ECR I-1253.

25. In his written observations, counsel for the respondent ABB analyses four judgments of the ECJ (*Watson Rask and Christensen*⁵, *Schmidt*⁶, *Rygaard v Strø Mølle Akustik*⁷ and *Merckx and Neuhuys*⁸) which he states support his conclusions. He also refers to judgments delivered by courts in Denmark, Sweden and France as well as a reply given by ESA.

Aker Offshore Partner AS

26. According to the respondent *Aker*, the answer to the first question should be in the negative. The third question is said to have no bearing on the case. If it is to be answered, the answer must be in the negative. The main argument of *Aker* is that time-limited service contracts for maintenance and modification are not covered by the Directive. When they expire and the principal concludes a new contract with another contractor, even covering the same or partly the same work, this is a new contractual relationship unconnected with the former one from a labour law perspective. According to *Aker*, an analysis of the case law of the ECJ does not support the appellants' point of view. Nor can support be found in the wording of the Directive or its purpose. Counsel for the respondent *Aker* also sets out the conclusions of several judgments from France, Denmark and Sweden, which in her opinion support her conclusion. *Aker's* position on the third question is based on the assertion that neither equipment nor employees were taken over in the case at hand.

27. The consequences of accepting the arguments of the appellants are, in the respondent's view, that employees would have to be engaged each time a new contract was obtained, and lost at the expiry of the contract. Employers would have no incentive to take care of or develop their employees or allocate resources to education and development. Nor would there, in the respondent's view, be any true competition, as the company holding the earlier contract has completely different premises for technical solutions and price-setting than its competitors, which do not know the employees in question.

28. The respondent *Aker* emphasises that it is common business practice for a principal to conclude a contract for the supply of goods or services with a new provider upon expiry or termination of a contract. There exists a *bona fide* contractual relationship between the principal and the contractor as an independent business entity. It is, in *Aker's* view, very much a part of the activities of businesses in the industry to compete for contracts. The better a business, the more contracts it obtains and the more successful it is financially. A new contract does not mean, however, that a business takes over a part of another's business: the new contract is obtained on the strength of that business' own activities.

The Government of the Federal Republic of Germany

29. The *German Government* is of the opinion that the first question should be answered in the negative. It argues that the transfer of a part of a business can take place only when a body of assets endowed with operating resources is transferred. A mere activity cannot be considered a transferable part of a business. The fact that the same or similar activities are resumed, as stated in ECJ's judgment in *Schmidt*⁹ is therefore not sufficient, in the opinion of the German

⁵ See footnote 1.

⁶ See footnote 2.

⁷ Case C-48/94 *Rygaard v Stro Mølle Akustik* [1995] ECR I-2745.

⁸ See footnote 4.

⁹ See footnote 2.

25. Ankemotpartens advokat analyserer i sin skriftlige saksfremstilling fire avgjørelser fra EF-domstolen (*Rask/ISS*⁵, *Schmidt*⁶, *Rygaard*⁷ og *Merckx*⁸), som han hevder understøtter hans konklusjoner. Han viser også til dommer avsagt av domstoler i Danmark, Sverige og Frankrike samt til et svar gitt av EFTA overvåkningsorgan.

Aker Offshore Partner AS

26. Ifølge ankemotparten *Aker*, bør det første spørsmål besvares benektende. Det tredje spørsmål hevdes ikke å ha noen betydning for saken. Dersom det skal besvares, bør det være benektende. Akers hovedargument er at tidsbegrensede tjenestekontrakter for vedlikehold og modifikasjoner ikke er omfattet av direktivet. Når de utløper og oppdragsgiver inngår en ny kontrakt med en annen tjenesteyter, selv om den helt eller delvis dekker det samme arbeid, er dette, sett fra et arbeidsrettslig synspunkt, et nytt kontraktsforhold uten sammenheng med det forrige. Ifølge *Aker*, vil en analyse av EF-domstolens rettspraksis ikke gi støtte for de ankende parters syn. Støtte kan heller ikke hentes fra direktivets ordlyd eller dets formål. Advokaten for ankemotparten *Aker* nevner også konklusjonene i flere rettsavgjørelser fra Frankrike, Danmark og Sverige, som etter hennes syn understøtte hennes konklusjon. Akers stillingtagen til det tredje spørsmål er begrunnet med at verken utstyr eller ansatte er tatt over i den foreliggende sak.

27. Etter ankemotpartens syn vil konsekvensen av å akseptere de ankende parters argumenter være at nye ansatte måtte ansettes hver gang man fikk et nytt oppdrag, og at man ville miste dem igjen når kontrakten gikk ut. Arbeidsgiverne vil ikke ha noe oppfordring til å ta vare på eller utvikle sine ansatte eller bruke ressurser på videre utdanning og utvikling. Etter ankemotpartens oppfatning vil det videre heller ikke bli noen virkelig konkurranse, siden det selskap som har den tidligere kontrakt, vil ha helt andre forutsetninger for å gi løsninger og prisfastsette løsningene enn konkurrentene, som ikke har kjennskap til de aktuelle personene.

28. Ankemotparten *Aker* understreker at det er vanlig forretningspraksis for en oppdragsgiver å inngå en kontrakt om levering av varer eller tjenester med en ny tilbyder ved utløpet av en kontrakt. Det foreligger et bona fide kontraktsforhold mellom oppdragsgiver og oppdragstaker som en uavhengig forretningsmessig virksomhet. Etter Akers syn er det i stor grad en del av forretningsvirksomheten i industrien å konkurrere om kontrakter. Jo dyktigere en bedrift er, jo flere kontrakter får den, og jo bedre gjør den det økonomisk. Men en ny kontrakt betyr ikke at den overtar en del av en annens bedrift: Den får en ny kontrakt i kraft av sin egne virksomhet.

Den tyske regjering

29. *Den tyske regjering* er av den oppfatning at det første spørsmål bør besvares benektende. Den hevder at overdragelse av en del av en virksomhet bare kan skje når en formuesenhet med operasjonelle ressurser blir overført. En aktivitet alene kan ikke anses som en overførbart del av en bedrift. Det forhold at den samme eller en lignende virksomhet blir gjenoptatt, som uttalt av EF-domstolen i *Schmidt*⁹, er derfor ikke tilstrekkelig etter den tyske regjeringens oppfatning, som hevder at *Schmidt* bør revurderes, spesielt pga. dens potensielt skadelige virkninger for konkurransen. Den foreliggende sak kan skilles fra *Schmidt*. Ved utskilling av aktiviteter som så

⁵ Se fotnote 1.

⁶ Se fotnote 2.

⁷ Sak C-48/94 *Rygaard mot Stro Mølle Akustik* [1995] ECR I-2745.

⁸ Se fotnote 4.

⁹ Se fotnote 2.

Government, which submits that *Schmidt* merits review, in particular because of its potentially dangerous consequences for competition. The case at hand is distinguishable from *Schmidt*. Contracting-out of activities hitherto carried out by the company itself allows for the contractor to request information from the principal regarding organisational and staffing structures, whereas this type of exchange of information will not occur when a service provider is changed. The German Government outlines, in general, the decisive criterion for distinguishing between contracting-out of an activity and the transfer of a business. In the case of a contract, the contractor does not acquire anything from the principal and thus does not make any payment to the principal in return for the contract. The principal is obliged to render payment for the services.

30. The German Government refers to *Spijkers*¹⁰, according to which the transfer of part of a business presupposes the existence of a corporate unit which is then transferred to a new owner whilst retaining its identity. The particular characteristics of a corporate unit are listed in paragraph 13 of the judgment. The German Government also refers to *Botzen*¹¹ regarding the necessity of an organisational connection of an employee to the relevant part of the business. In the view of the German Government, the performance of a maintenance contract entails no such organisational connection; otherwise a maintenance firm doing work for several clients would consist of several parts, the number of which would correspond to the number of its contracts. This would blur the concept of a “part of a business”.

31. The German Government submits that the transfer of part of a business presupposes the transfer of a body of assets (*Rygaard*¹²). It further submits that this requirement is indispensable and that it is appropriate to apply the criterion of operating resources in the form of tangible or intangible assets. Whether the work is done on a permanent or a temporary basis is of no consequence for the definition of “part of a business” within the meaning of the Directive. The decisive point in *Rygaard* was whether a body of assets existed and not whether the work was on a temporary basis or was permanently repeated work.

32. The fact that a contract for maintenance and modification work does not imply the existence of a part of a business becomes clear through comparison with *Redmond Stichting*¹³. The contractual transfer in that case was based on a transferable unit. Such a unit does not exist when the termination or expiry of a maintenance contract removes the sole decisive asset of the “part of the business”, i.e., the relationship with the client. The German Government further distinguishes *Merckx and Neuhuys*¹⁴ from the present case, as that case involved a large number of client relationships for which a sum of money usually has to be paid.

33. As regards the third question, the German Government finds it necessary to differentiate between equipment and employees. It is inherent in the requirement that a corporate unit, i.e., a body of assets, must be transferred, that tangible or intangible operating resources be transferred. When, in the case of an organisational unit being transferred, the operating resources are of essential significance for the operations in question, the transfer of equipment will constitute the transfer of (part of) a business.

¹⁰ Case 24/85 *Spijkers v Benedik* [1986] ECR 1119.

¹¹ Case 186/83 *Botzen v Rotterdamsche Droogdok Maatschappij* [1985] ECR 519.

¹² See footnote 7.

¹³ See footnote 3.

¹⁴ See footnote 4.

langt har blitt utført av selskapet selv kan medkontrahenten be om opplysninger fra oppdragsgiver mht. organisering og bemanningsstruktur, mens slik utveksling av informasjon ikke vil finne sted når en tjenesteyter blir skiftet. Den tyske regjering angir generelt det avgjørende kriterium for å skille mellom utskilling av en aktivitet og overdragelse av en bedrift. I tilfelle en kontrakt overtar ikke medkontrahenten noe fra oppdragsgiveren og betaler derfor heller ikke noen til oppdragsgiveren i vederlag for kontakten. Oppdragsgiveren er forpliktet til å betale for tjenestene.

30. Den tyske regjering viser til *Spijkers*¹⁰, ifølge hvilken overdragelsen av en del av en bedrift forutsetter eksistensen av en selskapsenhet som da blir overdratt til en ny eier samtidig som den beholder sin identitet. De særlige egenskaper ved en selskapsenhet fremgår av avsnitt 13 i dommen. Den tyske regjering viser også til *Botzen*¹¹ mht. nødvendigheten av en ansatts organisasjonsmessige tilknytning til den relevante del av bedriften. Etter den tyske regjeringens syn innebærer utføringen av en vedlikeholdskontrakt ingen slik organisasjonsmessig tilknytning; ellers ville et vedlikeholdsselskap som utførte arbeid for flere klienter bestå av flere deler, antall deler ville avhenge av antall kontrakter. Dette ville utvanne begrepet "del av bedrift".

31. Den tyske regjering hevder at en overføring av en del av en bedrift forutsetter overføring av aktiva, jfr *Rygaard*¹². Den hevder videre at dette krav er absolutt og at det er hensiktsmessig å anvende kriteriet om operasjonelle ressurser i form av fysiske eller immaterielle aktiva. Om arbeidet utføres på en varig eller midlertidig basis er ikke av betydning for definisjonen av "del av bedrift" i direktivets forstand. Det avgjørende punkt i *Rygaard* var om aktiva forelå, ikke om arbeidet ble utført på midlertidig basis eller var av varig art.

32. Det forhold at en kontrakt om vedlikeholds- og modifikasjonsarbeider ikke medfører at det foreligger del av en bedrift, blir klart gjennom en sammenligning med *Redmond Stichting*¹³. Den kontraktsmessige overføring i den saken var bygget på en overførbar enhet. En slik enhet eksisterer ikke når avslutningen eller utløpet av en vedlikeholdskontrakt fjerner det eneste avgjørende aktivum av en "del av en bedrift", dvs. forholdet til klienten. Den tyske regjering skiller videre *Merckx*¹⁴ ut fra den foreliggende sak, idet den saken omfattet et stort antall klientforhold, for hvilke vanligvis en pengesum må betales.

33. Vedrørende det tredje spørsmål finner den tyske regjering det nødvendig å sondre mellom utstyr og ansatte. Det ligger innbygget i vilkårene at en selskapsenhet, dvs. aktiva, må overføres, at fysiske og immaterielle operasjonelle ressurser må bli overført. I et tilfelle der en organisasjonsmessig enhet blir overført, og de operasjonelle ressurser er av vesentlig betydning for den aktuelle virksomhet, vil overføring av utstyr utgjøre overdragelsen av (del av) bedriften.

¹⁰ Sak 24/85 *Spijkers* mot *Benedik* [1986] ECR 1119.

¹¹ Sak 186/83 *Botzen* mot *Rotterdamsche Droogdok Maatschappij* [1985] ECR 519.

¹² Se fotnote 7.

¹³ Se fotnote 3.

¹⁴ Se fotnote 4.

34. By contrast, the re-employment of employees with the new contractor cannot be used to substantiate the transfer. The German Government submits that if the re-employment of employees was a criterion of transfer, the new contractor could block the application of Council Directive 77/187/EEC by refusing to take the workers on. This would run counter to the aim of the Directive: to safeguard the rights of employees. In the view of the German Government, that aim can only be achieved if the existence of a transfer can be established on the basis of objective criteria which are not placed at the discretion of the company taking over the contract.

The Government of the United Kingdom

35. In light of consistent case law from the ECJ (*Watson Rask and Christensen*¹⁵, *Spijkers*¹⁶, *Redmond Stichting*¹⁷), the *Government of the United Kingdom* observes that the Directive may be applicable to a situation where a time-limited contract for services expires and a new contract is entered into with another undertaking provided that the services in question constitute a stable economic entity which retains its identity after the transfer.

36. A distinction must be drawn between situations where contracting out of services constitutes transfer of a part of a business and where it involves only a business opportunity for a contractor to provide services. The guidelines drawn up by the Government of the United Kingdom are: that there must be some combination of assets, premises or employees involved with some degree of separate organisational identity from the main undertaking, so that the activity can be said to constitute a stable economic entity capable of retaining its identity. Moreover, the Government of the United Kingdom addresses the question whether it is of relevance that the new contract is broader in scope than the previous contract with a different distribution of responsibility. It is pointed out that this question is a part of the first question submitted to the Court, even if *Gulating lagmannsrett* does not identify in detail the extent of the differences. It is submitted that the Norwegian Court should assess the facts of the case before it in order to decide whether there exists an entity that has retained its identity. One of the relevant factors is whether the operation "is actually continued or resumed by the new employer with the same or similar economic activities" (*Rygaard*¹⁸).

37. The Government of the United Kingdom submits the following answer to the first question:

"Article 1(1) of the Council Directive 77/187/EEC may cover a situation where a time-limited contract regarding maintenance and modification expires and the principal concludes new time-limited contracts provided that the services covered by the contract constitute a stable economic entity which retains its identity after the change in the person responsible for providing the services. In order to determine whether that is the case, the national court must consider whether the operation of the entity in question is actually continued or resumed by the new employer, with the same or similar economic activities, and must consider all the facts characterizing the transaction in question, including the type of undertaking or business, whether or not the business's tangible assets, such as buildings and movable property, are transferred, the value of its intangible assets at the time of the transfer, whether or not the majority of its employees are taken over by the new employer, whether or not its customers are

¹⁵ See footnote 1.

¹⁶ See footnote 10.

¹⁷ See footnote 3.

¹⁸ See footnote 7.

34. Motsetningsvis kan en gjenansettelse hos den nye medkontrahenten av ansatte ikke benyttes til å dokumentere overdragelse. Den tyske regjering hevder at dersom en gjenansettelse av ansatte var et kriterium for overdragelse, ville en ny medkontrahent kunne blokkere anvendelsen av rådsdirektiv 77/187/EØF ved å nekte å ansette arbeiderne. Dette ville stå i strid med direktivets formål om vern av arbeidernes rettigheter. Etter den tyske regjeringens oppfatning kan dette formål bare nås dersom en overdragelse kan konstateres på grunnlag av objektive kriterier, uten rom for skjønsmessige vurderinger hos det selskap som overtar kontrakten.

Den britiske regjering

35. I lys av entydig rettspraksis fra EF-domstolen, jfr *Rask/ISS*¹⁵, *Spijkers*¹⁶ og *Redmond Stichting*¹⁷, bemerker *Den britiske regjering* at direktivet kan være anvendelig i en situasjon hvor en tidsbegrenset kontrakt utløper og en ny kontrakt inngås med et annet foretak, forutsatt at vedkommende tjenester utgjør en stabil økonomisk enhet som beholder sin identitet etter overdragelsen.

36. Det må trekkes et skille mellom situasjoner hvor utskillelse av tjenester utgjør en overdragelse av en del av en bedrift og situasjoner hvor det kun handler om en forretningsmulighet for en leverandør til å tilby tjenester. Den britiske regjering mener retningslinjene må være at det foreligger en viss kombinasjon av aktiva, lokaler og ansatte, sammen med en viss grad av egen organisasjonsmessig identitet, adskilt fra hovedselskapet, slik at aktiviteten kan sies å utgjøre en stabil enhet som er i stand til å bevare sin identitet. Videre tar den britiske regjering opp spørsmålet om det er relevant at den nye kontrakten har et videre område og en annen ansvarsfordeling enn den tidligere kontrakt. Det pekes på at dette spørsmål en del av det første spørsmål som er forelagt domstolen, selv om Gulating lagmannsrett ikke i detalj peker på omfanget av forskjellene. Det uttales at den norske domstol må bedømme fakta i den verserende sak og avgjøre om det foreligger en enhet som har bevart sin identitet. En av de relevante faktorer er om "den nye innehaver rent faktisk fortsætter eller genoptager driften af den pågældende enhed i form af de samme eller tilsvarende økonomiske aktiviteter", jfr *Rygaard*¹⁸.

37. Den britiske regjering foreslår følgende svar på det første spørsmålet:

"Rådsdirektiv 77/187/EØF artikkel 1 nr 1 kan omfatte en situasjon hvor en tidsbegrenset kontrakt om vedlikehold og modifikasjon utløper og oppdragsgiver inngår en ny tidsbegrenset kontrakt, forutsatt at de tjenester som dekkes av kontrakten utgjør en stabil økonomisk enhet som bevarer sin identitet etter et skifte av den person som er ansvarlig for utføringen av tjenestene. For å avgjøre om dette er tilfelle må den nasjonale domstol vurdere om vedkommende enhets aktiviteter virkelig fortsetter eller gjenopptas av den nye arbeidsgiver, med den samme eller tilsvarende økonomiske aktiviteter, og må ta hensyn til alle omstendigheter som karakteriserer den aktuelle transaksjon, herunder hvilke type foretak eller bedrift det gjelder, om bedriftens fysiske aktiva, slik som bygninger og løsøre, er overført eller ikke, verdien av de immaterielle aktiva på overdragelsestidspunktet, om flertallet av arbeiderne overtas eller ikke av den nye arbeidsgiver, om kundene overføres eller ikke og graden av likhet mellom de utførte aktiviteter før og etter overdragelsen og hvor lenge virksomhetens drift eventuelt har vært stanset. Det bør imidlertid bemerkes at alle disse omstendighetene bare er

¹⁵ Se fotnote 1.

¹⁶ Se fotnote 10.

¹⁷ Se fotnote 3.

¹⁸ Se fotnote 7.

transferred and the degree of similarity between the activities carried on before and after the transfer and the period, if any, for which those activities were suspended. It should be noted, however, that all those circumstances are merely single factors in the overall assessment which must be made and cannot therefore be considered in isolation."

38. The individual elements singled out in the third question of *Gulating lagmannsrett* (equipment/ employees) are relevant factors in considering whether there was a transfer, although none of them is, by itself, decisive. It is for the national court to determine, on the facts of the case as a whole, whether the expiry of one contract and the entry into another does or does not constitute a transfer of an undertaking, business or part of a business.

The EFTA Surveillance Authority

39. The *EFTA Surveillance Authority* maintains that the ECJ has consistently emphasised the social objective of the Directive and systematically given a broad interpretation to the expression "legal transfer" in keeping with the Directive's objective (*Redmond Stichting*¹⁹). The transfer must take place in the context of contractual relations (*Bork*²⁰) but it is not necessary that there be a direct contractual relationship between the transferor and the transferee. The emphasis has been on the final outcome of the transaction in question, whether a business comes into the hands of a transferee that continues to run it. The employment relationship has been seen to be essentially characterised by the link between the employee and the part of the undertaking or business to which he or she is assigned (*Botzen*²¹).

40. The EFTA Surveillance Authority submits that Article 1(1) of the Directive, as referred to in the EEA Agreement, is to be interpreted so as to mean that, where maintenance services for an undertaking have by a time-limited contract been entrusted to a company, the termination of that contract and the conclusion of a new time-limited contract for the same or similar services with another company do not as such fall within the scope of the Directive. However, where the subject matter of the transaction is arranged so as to form an organisational unit with its own identity, the transaction may come within the scope of the Directive, provided that the identity of the unit is retained.

41. According to the case law of ECJ, identity may be maintained, and hence there may be a transfer for the purpose of the Directive even if no assets are taken over by the transferee (*Schmidt*²², *Merckx and Neuhuys*²³). Furthermore, while the continuation of a business with the same staff after a transfer may be a strong indication of the identity being preserved, it is also clear from the ECJ case law that a transfer may well fall within the scope of the Directive, even if the majority of the employees engaged in the business before the transfer are not re-employed by the transferee (*Merckx and Neuhuys*).

42. When the question of identity is being considered, the subject-matter of the transaction must be seen as a whole. When considering the relative importance of the various elements, including employees, the organisational structure, the tangible and/or intangible assets, the EFTA Surveillance Authority emphasises the significance of these elements for the identity of the

¹⁹ See footnote 3.

²⁰ Case 101/87 *Bork International v Foreningen af Arbejdsledere i Danmark* [1988] ECR 3057.

²¹ See footnote 11.

²² See footnote 2.

²³ See footnote 4.

enkeltstående faktorer i den helhetsvurdering som må gjøres, og at de derfor ikke kan ses isolert."

38. De enkelte elementer som er fremhevet i det tredje spørsmål fra Gulating lagmannsrett (utstyr/ansatte) er relevante faktorer ved bedømmelsen av om det foreligger en overdragelse, selv om ingen av dem enkeltvis er avgjørende. Det er den nasjonale domstol som må avgjøre, basert på sakens samlede fakta, om utløpet av en kontrakt og inngåelsen av en annen utgjør en overdragelse av en bedrift eller del av en bedrift.

EFTAs overvåkningsorgan

39. *EFTAs overvåkningsorgan* fremholder at EF-domstolen entydig har understreket direktivets sosiale formål og systematisk, ut fra direktivets formål, har foretatt en utvidende tolkning av uttrykket "kontraktsmessig overdragelse", jfr *Redmond Stichting*¹⁹. Overdragelsen må skje i en kontraktsmessige sammenheng, jfr *Bork*²⁰, men det er ikke nødvendig at det er en direkte kontraktsmessig forbindelse mellom overdrageren og erververen. Tyngdepunktet er lagt på det endelige utfall av vedkommende transaksjon, hvorvidt en virksomhet kommer i hendene på en erverver som fortsetter å drive den. Arbeidsforholdet har blitt ansett for i det vesentligste å være karakterisert ved forbindelsen mellom den ansatte og den del av foretaket eller bedriften som han er knyttet til, jfr *Botzen*²¹.

40. EFTAs overvåkningsorgan hevder at direktivet artikkel 1 nr 1, slik det er omhandlet i EØS-avtalen, skal tolkes slik at et tilfelle der vedlikeholdstjenester for et foretak ved en tidsbegrenset kontrakt er gitt til et selskap, skal opphøret av den kontrakten og inngåelsen av en ny tidsbegrenset kontrakt for de samme eller tilsvarende tjenester med et annet selskap ikke som sådan falle innenfor direktivets virkeområde. Hvis imidlertid gjenstanden for transaksjonen er slik ordnet at det utgjør en organisasjonsmessig enhet med sin egen identitet, kan transaksjonen komme inn under direktivets virkeområde, gitt at enhetens identitet er i behold.

41. Etter EF-domstolens rettspraksis kan en identitet bli opprettholdt, slik at det foreligger en overdragelse etter direktivet, selv om ingen aktiva blir tatt over av erververen, jfr *Schmidt*²² og *Merckx*²³. Det følger videre av EF-domstolens rettspraksis at selv om en videreføring av virksomheten med samme bemanning etter en overføring er en sterk indikasjon på at identiteten er bevart, så følger det også av EF-domstolens rettspraksis at en overdragelse kan falle innenfor direktivets virkeområde selv når et flertallet av de ansatte som var engasjert i virksomheten for overdragelsen, ikke gjenansettes av erververen, jfr *Merckx*.

42. Når spørsmålet om identitet skal vurderes må gjenstanden for overdragelsen ses som et hele. Ved bedømmelsen av de ulike elementenes, så som ansatte, den organisasjonsmessige struktur, fysiske og/eller immaterielle aktiva, relative betydning, understreker EFTAs overvåkningsorgan at dette gjelder elementenes betydning for en virksomhets identitet, som ikke nødvendigvis er et uttrykk for elementenes økonomisk verdi. Gjenansettelsen av ansatte er en relevant faktor ved avgjørelsen av om en transaksjon er en overdragelse etter direktivet. Jo viktigere de ansatte er for virksomhetens identitet, jo mer avgjørende blir denne faktor.

¹⁹ Se fotnote 3.

²⁰ Sak 101/87 *Bork International mot Foreningen af Arbejdsledere i Danmark* [1988] ECR 3057.

²¹ Se fotnote 11.

²² Se fotnote 2.

²³ Se fotnote 4.

business which may or may not relate directly to an economic value. The re-employment of staff is one relevant factor in determining whether a transaction is a transfer for the purpose of the Directive. The more important the employees are for the identity of the business, the more decisive factor this becomes.

43. In the written observations, it is stated that the facts presented to this Court do not suffice for a final answer to the questions concerning identity. It will be for the Norwegian Court to establish the further facts needed.

The Commission of the European Communities

44. The Directive does not, according to the *Commission of the European Communities*, contain any express definition of transfer of an undertaking. The basis for the case law of the ECJ was put forth in its judgment in *Spijkers v Benedik*²⁴. In the Commission's opinion, it follows from this judgment that two conditions must be met. First, the undertaking must constitute a business with its own identity, and second, that business and its identity must be preserved after the change of ownership. If either of these conditions is not met, there is no transfer within the meaning of the Directive.

45. In order to assess whether these conditions are met, the ECJ laid down further criteria as listed in paragraphs 13 and 14 in *Spijkers v Benedik*. The same approach, it is submitted, is followed in subsequent judgments.

46. Based on this case law, the Commission considers it helpful to distinguish between three categories or types of situations, differentiated by the degree to which the substance of what is transferred between undertakings is tangible. The first category consists of businesses with means of production, such as a company's locksmith's workshop. The second consists of businesses offering a service which involves principally the use of non-material assets, such as knowledge and experience. The third category consists of businesses providing services where no specific knowledge, experience or expertise is required, such as "cleaning services and the care of children".

47. According to the Commission, there is usually no difficulty in determining the existence of a business with its own identity in the first category. In the case of the second category, it is necessary to determine whether the knowledge or other assets can be delimited from an organisational point of view. What matters is whether the functions, within the same or similar activities, are carried out by the new legal person. If they are of a special nature, constituting an independent function, they may fall under the Directive. In the case of the third category, the Commission submits that the central element is the work force and the somewhat unskilled work they perform. If the staff is disposed of in its entirety together with the order book, goodwill, client relationship, organisational structure, etc., a business with its own identity can be said to exist, even if it is difficult to determine when this is so. The Commission carries its analysis further by contrasting *Watson Rask and Christensen*²⁵ against *Rygaard v Strø Mølle Akustik*²⁶. In the former case there was a distinct permanent activity transferred from one company to another, whereas in the latter there was no distinct permanent activity carried out by an identifiable workforce but merely the assignment of a specific limited task, which had no identity as an economic entity.

²⁴ See footnote 10.

²⁵ See footnote 1.

²⁶ See footnote 7.

43. I den skriftlige saksfremstilling heter det at de faktiske forhold presentert for Domstolen er utilstrekkelig til å gi et endelig svar på spørsmålet om identitet. Det vil være opp til den norske domstol å avgjøre om ytterligere faktiske opplysninger trengs.

Kommisjonen for De europeiske fellesskap

44. Direktivet inneholder ifølge *Kommisjonen for De europeiske fellesskap* ingen klar definisjon av overdragelse av foretak. Kjernen i EF-domstolens rettspraksis ble klart framhevet i avgjørelsen i *Spijkers*-saken²⁴. Etter Kommisjonens mening følger det av denne avgjørelsen at to vilkår må være oppfylt. For det første må aktiviteten utgjøre en virksomhet med sin egen identitet, for det andre må virksomheten og dens identitet bli bevart etter skifte av eier. Om et av disse vilkårene ikke foreligger vil det heller ikke være snakk om overdragelse i direktivets forstand.

45. EF-domstolen har i *Spijkers*, avsnitt 13 og 14, listet opp ytterligere momenter til bruk ved avgjørelsen av om disse vilkårene er oppfylt. Det anføres at den samme framgangsmåte er fulgt i senere saker.

46. På bakgrunn av denne rettspraksis finner Kommisjonen det nyttig å sondre mellom tre kategorier eller situasjoner, inndelt etter i hvilken grad det som er overført mellom foretak består av fysiske aktiva. Den første gruppen består av virksomheter med produksjonsmidler, slik som verkstedet til låsesmeden i et selskap. Den andre gruppen består av virksomheter som tilbyr en tjeneste som i hovedsak benytter seg av immaterielle aktiva, slik som kunnskap og erfaring. Den tredje gruppen består av virksomheter som yter tjenester der ingen spesiell kunnskap, erfaring eller ekspertise er nødvendig, slik som "rengjøringstjenester eller tilsyn med barn".

47. Ifølge Kommisjonen er det vanligvis ikke problematisk å avgjøre om det finnes en virksomhet med sin egen identitet i situasjoner som faller i den første gruppen. For den andre gruppen vil det være nødvendig å avgjøre om kunnskapen eller andre aktiva kan avgrenses ut fra et organisatorisk ståsted. Det som har betydning er om funksjonene, innen samme eller tilsvarende aktiviteter, utføres av det nye rettssubjektet. Om de er av en helt spesiell art, utgjør en uavhengig funksjon, kan de falle inn under direktivet. Når det gjelder gruppe tre, sier Kommisjonen at det sentrale moment vil være arbeidsstyrken og det på mange måter ufaglærte arbeidet de utfører. Om staben blir overflyttet i sin helhet sammen med ordreboken, goodwill, kundeforhold, den organisatoriske struktur osv, kan det sies at en virksomhet med egen identitet foreligger, selv om det er vanskelig å avgjøre om det forholder seg slik. Kommisjonen fortsetter sin gjennomgang ved å sette *Rask/ISS*²⁵ opp mot *Rygaard*²⁶. I førstnevnte sak ble en distinkt, varig aktivitet overført fra ett selskap til et annet, mens i den sistnevnte sak var det ingen distinkt, varig aktivitet som ble utført av en identifiserbar arbeidsstyrke, men bare et ansvar for bestemt avgrenset oppgave, som ikke hadde noen identitet som en økonomisk enhet.

²⁴ Se fotnote 10.

²⁵ Se fotnote 1.

²⁶ Se fotnote 7.

48. Thereafter, the written observations of the Commission deal with the questions posed by the Norwegian court. It mentions, in connection with the first question, that the fact that a disposal is carried out in two stages does not prevent the Directive from being applied. The Directive may be applied if first one company and subsequently another provide a given service. A factor of relevance is the subject matter of the two contracts and the degree to which they are identical or differ. The greater their differences, the more there is an indication of a lack of identity.

49. Even if the subject-matter of the contracts is the same or similar, the continuation of the activities is merely one of many factors to be taken into account and is not conclusive. If the situation is merely that first one undertaking provides the services in question and subsequently another does so, it is difficult to see how there can be a transfer of the business within the meaning of the Directive, in the absence of a disposal from one to another of the organisational structure of the activity. Such a situation would merely be a case of succeeding companies executing a particular function. However, if equipment and/or staff are disposed of by one company to another, this is a factor indicating that the disposal is covered by the Directive.

50. Such an approach accords with the purpose of the Directive, which is to provide certain protection to employees. It is not, however, its purpose that when such a business changes hands by virtue of the fact that one provider of a service loses the contract to a competitor, that competitor acquires not only a new customer but also a new workforce.

51. Finally, the Commission states that the Directive is to be applied regardless of the duration of the contracts.

52. In the light of this, the Commission proposes the following answer to the first question:

"Council Directive 77/187/EEC, properly construed, envisages the disposal of a business with its own identity and the retention of that identity after it has changed hands. In order to ascertain whether or not this is the case, account must be taken of all the factual circumstances surrounding the transaction in question, including the extent to which the tasks to be performed under the contract with the first provider of the services are the same or similar to those to be performed under the contract with the second provider of the services."

53. The significance of the transfer of equipment and employees has been considered by the ECJ in *Spijkers*²⁷, paragraph 13. Both factors are significant but neither one conclusive. The Commission submits that, in *Merckx and Neuhuys*²⁸, the ECJ went further than in *Spijkers* by stating that the fact that the majority of the employees was dismissed when the transfer took place is not sufficient to preclude the application of the Directive.

B. *The second question*

54. In question 2, Gulating lagmannsrett seeks the opinion of this Court on whether it is of any significance to the answer to question 1 that the contract in question is covered by Council Directive 90/531/EEC on the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors and Council Directive 93/38/EEC co-ordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors.

²⁷ See footnote 10.

²⁸ See footnote 4.

48. Deretter går Kommissjonen over til spørsmålene fremsatt av den norske domstol. Den nevner, i samband med det første spørsmål, at det faktum at overdragelsen har skjedd i to etapper ikke er til hinder for at direktivet kommer til anvendelse. Direktivet kan komme til anvendelse om først et selskap og senere et annet yter en angitt tjeneste. Gjenstanden for de to kontraktene vil være en faktor av betydning, samt i hvilken utstrekning de er like eller forskjellige. Jo større forskjellene er, desto mer foreligger tegn på en manglende identitet.

49. Selv om kontraktens gjenstand er den samme eller tilsvarende, er videreføringen av aktiviteten bare ett av flere forhold som må tas i betraktning og det er ikke avgjørende. Om situasjonen bare er den at det først er ett selskap som tilbyr den aktuelle tjenesten, og deretter et annet selskap som gjør det samme, så er det vanskelig å se at det kan foreligge en overdragelse av en bedrift i direktivets forstand, så lenge det ikke foreligger en overføring mellom de to av virksomhetens organisasjonsmessige struktur. En slik situasjon vil bare være et tilfelle av selskaper som utfører en bestemt funksjon etter tur. Hvis imidlertid utstyr og/eller mannskap blir overført fra det ene selskapet til det andre, er dette en faktor som tyder på at disposisjonen er omfattet av direktivet.

50. En slik tilnæringsmåte er i overensstemmelse med direktivets formål, som er å gi et særlig vern for ansatte. Det er imidlertid ikke direktivets formål, når en slik virksomhet kommer på nye hender ved at en tjenesteyter mister kontrakten til en konkurrent, at konkurrenten ikke bare skal oppnå en ny kunde men også ny arbeidsstokk.

51. Kommissjonen sier avslutningsvis, at direktivet skal anvendes uavhengig av kontraktens varighet.

52. I lys av dette foreslår Kommissjonen følgende svar på det første spørsmål:

"Korrekt tolket tar rådsdirektiv 77/187/EØF sikte på overføring av en virksomhet med egen identitet som bevarer denne etter å ha kommet på nye hender. For å avgjøre om dette er tilfellet må alle faktiske omstendigheter rundt den aktuelle transaksjonen tas i betraktning, herunder i hvilket omfang oppgavene som skal utføres etter kontrakten med den første tjenesteyter er de samme eller tilsvarende som de som skal utføres etter kontrakten med den andre tjenesteyteren."

53. EF-domstolen har vurdert betydningen av overføring av utstyr og ansatte i *Spijkers*²⁷, avsnitt 13. Begge faktorer er viktige, men ingen av dem er utslagsgivende. Kommissjonen anfører at EF-domstolen i *Merckx*²⁸ gikk lengre enn i *Spijkers* ved å uttale at det forhold at flertallet av de ansatte ble sagt opp da overdragelsen fant sted ikke er tilstrekkelig til å forhindre at direktivet kommer til anvendelse.

B. Det andre spørsmål

54. I spørsmål 2 ber Gulating lagmannsrett om denne domstols uttalelse om hvorvidt det har noen betydning for svaret på spørsmål 1 at den aktuelle kontrakt faller inn under rådsdirektiv 90/531/EØF om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon og rådsdirektiv 93/38/EØF om samordning av innkjøpsreglene for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon.

²⁷ Se fotnote 10.

²⁸ Se fotnote 4.

The appellants

55. The *appellants* find no grounds in the texts of the Directives or in the case law to argue that Directive 77/187/EEC shall not apply in these circumstances. The appellants point out that, as much as the Directive applies to a purchase/sale of a company carrying on activities in the oil business in Norway, it must also be applicable in the case at hand, given that its conditions are otherwise fulfilled. Discrimination toward employees on those grounds is not justifiable.

ABB and Aker

56. The *respondents* both submit that it is not decisive for the answer to question 1 that the contracts in question are covered by Council Directives 90/531/EEC and 93/38/EEC. However, they both submit that when these Directives apply, this confirms that Council Directive 77/187/EEC is not applicable to such situations. The respondent *Aker* submits, that Directive 93/38/EEC contains specific provisions aimed at fostering real competition, and thereby movement of goods and services. The Directive applies to contracts such as in the case at hand, which means that competition for contracts of this type and scope is seen as a normal business activity. *Aker* concludes that if the purpose of Directive 93/38/EEC is to be achieved, it is not possible to argue at the same time that a change of contractor is a transfer of a part of a business.

The Governments of the Federal Republic of Germany and of the United Kingdom; The EFTA Surveillance Authority and the Commission of the European Communities

57. The *Government of the Federal Republic of Germany*, the *Government of the United Kingdom*, the *EFTA Surveillance Authority* and the *Commission of the European Communities* all submit that it is of no significance to the answer to question 1 that the contract in question falls under Council Directive 93/38/EEC.²⁹

58. The *Government of the United Kingdom* particularly points out that the Directives lay down criteria for advertising and awarding of contracts. They are therefore not relevant to the question of whether a transaction constitutes a transfer in the context of Directive 77/187/EEC, aimed at the protection of employees.

59. The *EFTA Surveillance Authority* submits that there is no direct conflict between the interests pursued by the two Directives which prevents them from being applied simultaneously. Excluding transfers from the scope of Directive 77/187/EEC because of the applicability of public procurement directives would, in the opinion of the *EFTA Surveillance Authority*, lead to disparity between similar contracts depending on their value and thereby affect employees in different ways depending on the value of the contract in question. There is no apparent justification for sacrificing the protection of employees altogether in situations falling under the public procurement directives. Furthermore, such a conclusion would imply a deviation from the apparently broad interpretation given by the ECJ to the concept "legal transfer".

60. Similarly, the *Commission of the European Communities* submits that the purpose of the Directive is to make it possible for the worker to continue to work for the transferee under the same conditions as before the transfer of the undertaking or business. In order to provide the protection intended, these terms must be interpreted broadly and must not exclude public supplies

²⁹ As pointed out by the *EFTA Surveillance Authority*, Directive 93/38/EEC co-ordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors replaces Directive 90/531.

De ankende parter

55. De *ankende parter* finner intet grunnlag i direktivenes ordlyd eller i rettspraksis for å hevde at direktiv 77/187/EØF ikke skal gjelde under disse omstendigheter. De ankende parter peker på at like så meget som direktivet gjelder for kjøp/salg av et selskap som utfører arbeid i oljevirkksomheten i Norge, må det også gjelde i den foreliggende situasjon, gitt at vilkårene ellers er oppfylt. Forskjellsbehandling av ansatte på slike grunnlag kan ikke forsvares.

ABB og Aker

56. *Ankempartene* hevder begge at det ikke er avgjørende for svaret på spørsmål 1 at kontraktene det er tale om er dekket av rådsdirektivene 90/531/EØF og 93/38/EØF. Begge hevder imidlertid at når disse direktivene kommer til anvendelse, bekrefter dette at direktiv 77/187/EØF ikke er anvendbar i slike situasjoner. Ankemparten *Aker* viser til at direktiv 93/38/EØF inneholder egne regler som tar sikte på å tilrettelegge for reell konkurranse, og derved flyt av varer og tjenester. Direktivet gjelder for kontrakter av den foreliggende art, noe som betyr at konkurranse om kontrakter av denne type og omfang betraktes som ordinære forretningsmessige forhold. *Aker* konkluderer med at dersom formålet med direktiv 93/38/EØF skal oppnås, er det ikke mulig samtidig å argumentere for at et skifte av tjenesteyter er en overdragelse av del av en bedrift.

Regjeringene i Tyskland og Storbritannia; EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskap

57. *Den tyske regjering, den britiske regjering, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskap* hevder alle at det ikke har noen betydning for svaret på spørsmål 1 at vedkommende kontrakt faller inn under rådsdirektiv 93/38/EØF²⁹.

58. Den britiske regjering peker særlig på at direktivene fastlegger kriterier for kunnngjøring og tildeling av kontrakter. De er derfor ikke relevante for spørsmålet om en transaksjon er eller ikke er en overdragelse i forhold til direktiv 77/187/EØF, med formål å verne ansatte.

59. EFTAs overvåkningsorgan hevder at det ikke er noen slik direkte konflikt mellom de interesser de to direktiver skal fremme som hindrer samtidig anvendelse. Å utelukke noen overdragelser fra virkeområde til direktiv 77/187/EØF fordi direktivene om offentlig anskaffelser kommer til anvendelse, vil etter EFTAs overvåkningsorgans oppfatning føre til en forskjellsbehandling av likeartede kontakter alt etter deres verdi, og dermed påvirke de ansattes rettigheter alt etter vedkommende kontrakts verdi. Det foreligger ingen åpenbar begrunnelse for hvorfor de ansatte skal være helt uten vern i situasjoner som faller inn under direktivet om offentlige innkjøp. En slik konklusjon ville dessuten medføre et avvik fra den tilsynelatende vide tolkning som EF-domstolen har gitt begrepet "kontraktsmessig overdragelse".

60. Tilsvarende hevder Kommisjonen for De europeiske fellesskap at direktivets formål er å gjøre det mulig for arbeideren å fortsette å arbeide hos erververen på de samme vilkår som før overdragelsen av foretaket eller bedriften. For å gi det tiltenkte vern må disse uttrykkene tolkes vidt og kontrakter om offentlige innkjøp må ikke utelukkes fra direktivets anvendelsesområde. Som en følge av dette hevder Kommisjonen at så sant vilkårene for anvendelse av direktiv

²⁹

Som påpekt av EFTAs overvåkningsorgan erstatter rådsdirektiv 93/38/EØF om samordning av innkjøpsreglene for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon rådsdirektiv 90/531/EØF.

contracts from its scope of application. Accordingly, the Commission submits that once the conditions for the application of Directive 77/187/EEC are met, it is irrelevant that the contract in question is also subject to the provisions of other directives.

Thór Vilhjálmsson
Judge-Rapporteur

77/187/EØF foreligger, er det uten betydning at vedkommende kontrakt også er undergitt bestemmelsene i andre direktiv.

Thór Vilhjálmsson
Saksforberedende dommer

ORDER OF THE PRESIDENT OF THE COURT

14 May 1997

(Withdrawal of a request for an Advisory Opinion)

In Case E-4/96,

Fridtjof Frank Gundersen v Oslo kommune (Oslo municipality)

With respect to a request for an Advisory Opinion by Oslo byrett (Oslo City Court) by order of that court of 14 May 1996 in the case *Fridtjof Frank Gundersen v Oslo kommune (Oslo municipality)*,

THE PRESIDENT OF THE COURT

makes the following

ORDER

A request was made to the EFTA Court by an order of 14 May 1996 by Oslo byrett (Oslo City Court), Norway, which was received at the Court Registry on 24 May 1996, for an Advisory Opinion in the case of *Fridtjof Frank Gundersen v Oslo kommune* (Oslo municipality), on the following questions:

"1. Assuming that there is differential treatment in Norway in the marketing of beer with an alcohol content of lower than 4.75% by volume as well as red wine, white wine and rosé wine, as stated above by the plaintiff (and not contested by the defendant), is this differential treatment in violation of **Article 4 EEA** which contains a general prohibition on discrimination, and/or **Article 11 EEA** which prohibits quantitative restrictions on imports and measures having equivalent effect. and/or **Article 16 EEA** in that A/S Vinmonopolet must be considered as being used to discriminate against goods from the other EEA countries with respect to conditions for sale?

In that connection, are beer with an alcohol content of lower than 4.75% by volume, red wine, white wine and rosé wine to be considered to be competing products on the same market under the EEA Agreement?

2. Section 1-1 of the *Alcohol Act (Alkoholloven)* states the purpose of the Act:
"The purpose of regulating the import and sale and serving of alcoholic beverages pursuant to this Act is to curb to the greatest possible extent the harm to society and the individual that may result from the consumption of alcoholic beverages. To this end the Act aims at limiting the consumption of alcoholic beverages."

High prices and limited availability are both considered to be important alcohol policy instruments for limiting the sale and consumption of alcohol in Norway, and are considerations behind the provision in section 3-1 of the Alcohol Act to the effect that spirits, wine and strong beer, i.e., beer containing over 4.75% alcohol by volume, may only be sold by A/S Vinmonopolet with permission from the municipality.

If the EFTA Court finds that the above-mentioned differential treatment in marketing is covered by Article 11 EEA, does Article 13 EEA enable the alcohol policy considerations behind section 3-1 of the Alcohol Act to justify an exception to Article 11?"

In letter of 18 June 1996, Oslo byrett asked the Court to stay the proceedings in the case. The President made the following decision on 27 June 1996:

"In accordance with request from Oslo byrett the proceedings in Case E-4/94 *Gundersen v Oslo kommune* are stayed pending the outcome of the appeal against the order of Oslo byrett to make reference for an advisory opinion."

On 22 April 1997 Oslo byrett decided to withdraw its request in order to replace it with a new request, which was received at the Court Registry on 29 April 1997 and has been registered as Case E-1/97.

Oslo byrett has withdrawn its request in the present case and costs have not been claimed or incurred before the EFTA Court.

On those grounds,

THE PRESIDENT OF THE COURT

hereby orders:

Case E-4/96 is removed from the Register.

Luxembourg, 14 May 1997

Per Christiansen
Registrar

Bjørn Haug
President

Case E-5/96

Ullensaker kommune and Others v Nille AS

(Request for an advisory opinion from Borgarting lagmannsrett
(Borgarting Court of Appeal), Norway)

(Admissibility – Free movement of goods – Licensing scheme)

Advisory Opinion of the Court, 14 May 1997	32
Report for the hearing	41

Summary of the Advisory Opinion

1. The Advisory Opinion procedure is a specially established means of judicial co-operation between the Court and national courts with the aim of providing the national courts with the necessary elements of EEA law to decide the cases before them. According to Article 34 of the Surveillance and Court Agreement, a national court or tribunal is entitled, if it considers it necessary to enable it to give judgment, to request the EFTA Court to give such an opinion.

2. It is for the national court to determine, in light of the particular

circumstances of the case, both the need for an advisory opinion in order to enable it to deliver judgment and the relevance of the questions which it submits to the Court.

3. Trade between the Member States is not likely to be impeded, directly or indirectly, actually or potentially, by the application to products from other Member States of national provisions restricting or prohibiting certain selling arrangements, so long as those provisions apply to all relevant traders operating within the national territory and so long as they affect in the same manner, in law and in fact, the marketing of domestic products

Sak E-5/96

Ullensaker kommune med flere mot Nille AS

(Anmodning om en rådgivende uttalelse fra Borgarting lagmannsrett, Norge)

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

Rådgivende uttalelse fra Domstolen, 14 mars 1997	32
Rettsmøterapport	41

Sammendrag av den rådgivende uttalelsen

1. Ordningen med rådgivende uttalelser er et spesielt etablert middel for juridisk samarbeid mellom Domstolen og de nasjonale domstoler med det formål å forsyne de nasjonale domstoler med nødvendige EØS-rettslige elementer for at de skal kunne avgjøre saker som verserer for dem. Ifølge artikkel 34 i Overvåknings- og domstolsavtalen har en nasjonal domstol, om den anser det nødvendig for å avsi dom i en sak, rett til å anmode EFTA-domstolen om en slik uttalelse.

2. Det er opp til den nasjonale domstol å avgjøre, i lys av de særskilte omstendighetene i saken, såvel nødvendigheten av en rådgivende uttalelse for å kunne avsi

dom som relevansen av de spørsmål den fremlegger for Domstolen.

3. Det ikke er sannsynlig at handelen mellom medlemsstatene blir hindret, direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt, i *Dassonville*-dommens forstand, ved anvendelsen av nasjonale bestemmelser som hindrer eller forbyr visse salgsformer på produkter fra andre medlemsstater, så lenge disse bestemmelsene får anvendelse på alle berørte næringsdrivende som opptrer på det nasjonale territoriet og så lenge de, rettslig og faktisk, påvirker omsetningen av innenlandske produkter og produkter fra andre medlemsland likt.

and of those from other Member States.

4. A licensing scheme does not imply any requirement to be met by the products themselves (such as requirements as to designation, form, size, weight, composition, presentation, labelling and packaging). On the contrary, the system only channels the sale and rental of videograms to certain outlets. Therefore, the licensing system must be viewed as a marketing regulation and not a regulation of videograms as a product.

5. The national legislation makes no distinction between domestic and

foreign traders, nor between domestic and foreign products, with regard to the conditions that licences should only be granted to shops which can be characterised as specialised dealers (speciality shops) for videograms and/or that expert knowledge should be built up by established dealers.

6. Article 13 EEA must be interpreted strictly, as it constitutes a derogation from the basic rule that all obstacles to the free movement of goods between the Member States must be eliminated. Since cultural policy is not being referred to in Article 13 EEA, the measure cannot be justified on that basis.

4. En lisensordning innebærer ingen krav til selve produktet (så som krav til betegnelse, form, størrelse, vekt, sammensetning, presentasjon, merking og pakking). Tvert om kanaliserte systemet bare salg og utleie av videogrammer til visse utsalgssteder. Konesjonsordningen må derfor ses på som en regulering av markedsføring og ikke som en regulering av videogrammer som et produkt.

5. Den nasjonale lovgivningen skiller ikke mellom innenlandske eller utenlandske næringsdrivende, heller ikke mellom innenlandske eller utenlandske produkter, med

hensyn til vilkårene om at konsesjon bare bør tildeles butikker som kan karakteriseres som faghandlere (spesialbutikker) for videogrammer og/eller at spesialkunnskap bør bygges opp hos allerede etablerte forhandlere.

6. EØS-avtalen artikkel 13 må tolkes restriktivt siden den utgjør et unntak fra den grunnleggende regel om at alle hindringer for den frie varebevegelse mellom medlemsstatene må fjernes. Da det ikke vises til kulturpolitikk i EØS-avtalen artikkel 13 må konklusjonen bli at tiltaket ikke vil kunne begrunnes på det grunnlaget.

ADVISORY OPINION OF THE COURT

14 May 1997*

(Admissibility - Free movement of goods - Licensing scheme)

In Case E-5/96,

REQUEST to the Court under Article 34 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice by Borgarting lagmannsrett (Borgarting Court of Appeal) for an Advisory Opinion in the case pending before it between

Ullensaker kommune and Others

and

Nille AS

on the interpretation of Article 11 and 13 of the EEA Agreement

THE COURT,

composed of: Bjørn Haug, President, Thór Vilhjálmsson and Carl Baudenbacher (Rapporteur), Judges,

Registrar: Per Christiansen,

after considering the written observations submitted on behalf of:

- The appellants, Ullensaker municipality and others, represented by Counsel Morten F. Arnesen;
- Nille AS (“Nille”), represented by Counsel Morten Steenstrup;
- The Government of the Kingdom of Norway, represented by Hege M. Hoff, legal adviser at the Royal Ministry of Foreign Affairs, acting as Agent;

* Language of the request for an advisory opinion: Norwegian.

RÅDGIVENDE UTTALELSE FRA DOMSTOLEN

14 mai 1997*

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

I sak E-5/96,

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

Ullensaker kommune med flere

og

Nille AS

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

DOMSTOLEN,

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

Justissekretær: Per Christiansen,

etter å ha vurdert de skriftlige saksfremstillinger inngitt av:

- De ankende parter, Ullensaker kommune med flere, representert ved advokat Morten F. Arnesen;
- Nille AS ("Nille"), representert ved advokat Morten Steenstrup;
- Den norske regjering, representert ved Hege M. Hoff, juridisk rådgiver i Utenriksdepartementet, som partsrepresentant;

* Språket i anmodningen om en rådgivende uttalelse: Norsk.

- The EFTA Surveillance Authority, represented by Håkan Berglin, Director of the Legal and Executive Affairs Department, assisted by Bjarnveig Eiriksdóttir, Officer of that Department, acting as Agent;
- The European Commission, represented by Richard B. Wainwright, Principal Legal Advisor, and Hans Støvlbæk, Member of its Legal Service, acting as Agents.

having regard to the Report for the Hearing,

after hearing the oral observations of Nille, the Norwegian Government, the EFTA Surveillance Authority and the EC Commission at the hearing on 26 February 1997

gives the following

Advisory Opinion

- 1 By order of 21 June 1996, received at the Court on 26 June 1996, Borgarting lagmannsrett referred to the Court for an Advisory Opinion a question on the interpretation of Articles 11 and 13 of the EEA Agreement (EEA).
- 2 That question was raised in appeals proceedings brought by Ullensaker municipality, Nes municipality, Eidsvoll municipality, Sørumsund municipality and Sunndal municipality (“the appellants”) against the respondent Nille. Sunndal municipality withdrew its appeal on 3 June 1996 and, by a ruling of 2 September 1996, the case on the part of Sunndal municipality was terminated.
- 3 The case before the national court concerns the validity of the refusal by four municipalities of applications for licences to sell videograms and claims for compensation for losses incurred as a result of the refusal. According to the description of the requesting court, Nille is a nation-wide chain of about 120 shops which, *inter alia*, sell video films. All shops have applied for a licence to sell videograms. Applications from seven shops situated in five different municipalities were refused in the autumn of 1994. The applications from the other shops were all granted. As grounds for their refusal, four of the municipalities stated that the applicants did not fulfil a requirement regarding specialised dealers. In two of these municipalities, Nes and Eidsvoll, it had been expressed prior to the final administrative decisions that the requirement regarding specialised dealers was applicable only to new establishments. Sunndal municipality had also stated that, from a cultural and political point of view, it

- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved direktør Håkan Berglin, Avdelingen for juridiske saker og eksekutivesaker, assistert av Bjarnveig Eiriksdóttir, saksbehandler samme sted, som partsrepresentant;
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Richard B. Wainwright, Førsterådgiver, og Hans Støvlbæk, ansatt i Rettsavdelingen, som partsrepresentanter.

med henvisning til rettsmøterapporten,

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

gir slik

Rådgivende uttalelse

- 1 Ved skriv datert 21 juni 1996, mottatt ved Domstolen 26 juni 1996, har Borgarting lagmannsrett anmodet om en rådgivende uttalelse i et spørsmål om tolkningen av EØS-avtalen artikkel 11 og artikkel 13.
- 2 Spørsmålet ble reist i ankesak innbrakt av Ullensaker kommune, Nes kommune, Eidsvoll kommune, Sørum kommune og Sunndal kommune ("de ankende parter") mot ankemotparten Nille. Sunndal kommune trakk tilbake sin anke 3 juni 1996, og ved kjennelse av 2 september 1996 ble ankesaken fra Sunndal kommune hevet.
- 3 Saken for den nasjonale domstol gjelder gyldigheten av avslagene fra fire kommuner på søknad om konsesjon for salg av videogrammer og krav på erstatning for tap som følge av avslagene. Ifølge opplysningene fra den nasjonale domstol er Nille en landsomfattende butikk-kjede bestående av ca 120 butikker som bl a selger videofilmer. Alle butikkene har søkt om konsesjon for salg av videogrammer. Søknadene fra syv butikker etablert i fem forskjellige kommuner ble avslått høsten 1994. Søknadene fra de øvrige butikkene ble alle innvilget. Begrunnelsen for avslagene fra fire av kommunene var at butikkene ikke oppfylte kravet som faghandlere. I to av disse kommunene, Nes og Eidsvoll, ble det forut for de endelige administrative avgjørelsene uttalt at kravet om faghandlere bare var anvendelig på nyetableringer. Sunndal kommune hadde også uttalt at det ut fra kulturelle og politiske hensyn måtte være en målsetting å bygge opp lokal fagkunnskap hva gjelder salg og utleie av videofilmer i de lokale firmaene som allerede var tildelt en lisens.

must be an aim to build up local expert knowledge in the field of sale and rental of video films in the local firms that have already been granted a licence.

4 In a lawsuit before Indre Follo herredsrett (Indre Follo County Court) Nille claimed that the refusals were invalid under national regulations and in conflict with Article 11 EEA .

5 The Norwegian *Act no. 21 of 15 May 1987 relating to films* provides in Section 2, first paragraph:

"No commercial showing, sale or renting out of films or videograms may take place without a licence granted by the municipal council or whomever authorised by the municipal council. This does not apply to sale or renting out of films and videograms for resale and rental."

6 Regarding the purpose of the provision, *Proposition No. 20 (1986-87)* to the Odelsting states *inter alia*:

"In the opinion of the Ministry such a licensing system scheme would, together with the regulations on the labelling and registration of videograms, be effective in preventing the sale or rental of illegal videograms. In addition, the licensing scheme would be an important measure in the cultural policy. The municipalities may, for example, require a certain diversity in the films and videograms supplied by the applicants for licences."

7 The county court ruled in favour of Nille and granted damages. All five municipalities appealed against this judgment to Borgarting lagmannsrett.

8 Borgarting lagmannsrett, considering that it was necessary to interpret provisions of the EEA Agreement in order for it to reach a decision and pursuant to Article 34 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice ("Surveillance and Court Agreement"), requested the EFTA Court to give an Advisory Opinion on the following question:

"Is Article 11 of the EEA Agreement, in conjunction with Article 13, to be understood to mean that it prohibits a municipality from refusing a permission for the retail sale of recorded video cassettes (videograms) on the grounds that such permission should only be granted to shops which can be characterised as specialised dealers (speciality shops) for videograms and/or that expert knowledge should be built up by established dealers ?"

9 Reference is made to the Report for the Hearing for the legal background to the case, the course of the procedure and the submissions and arguments of the parties, which are mentioned or discussed hereinafter only in so far as is necessary for the reasoning of the Court.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Admissibility of the last part of the question

- 10 As mentioned earlier, one of the appellants (Sunndal municipality) withdrew its appeal to Borgarting lagmannsrett on 3 June 1996, before the national court referred the case to the EFTA Court.
- 11 The *appellants* and the *Norwegian Government* submit that the last part of the question referred (“and/or that expert knowledge should be built up by established dealers”) is inadmissible on the grounds that it concerns a hypothetical question in so far as Sunndal municipality was the only one among the appellants which stated that expert knowledge should be built up by established dealers. At the oral hearing the *EFTA Surveillance Authority* and the *EC Commission* submitted that the dispute before the national court is genuine and the question as a whole should be declared admissible.
- 12 The Court observed in Case E-1/95 *Ulf Samuelsson v Svenska staten* [1994-1995] EFTA Court Report 145, paragraph 13 that the advisory opinion is a specially established means of judicial co-operation between the Court and national courts with the aim of providing the national courts with the necessary elements of EEA law to decide the cases before them. According to Article 34 of the Surveillance and Court Agreement, a national court or tribunal is entitled, if it considers it necessary to enable it to give judgment, to request the EFTA Court to give such an opinion. From the wording, which in essential parts is identical to that in Article 177 EC, it follows that it is for the national court to assess whether an interpretation of the EEA Agreement is necessary for it to give judgment. It is for the national court to determine, in light of the particular circumstances of the case, both the need for an advisory opinion in order to enable it to deliver judgment and the relevance of the questions which it submits to the Court (see, in particular, the judgment of the ECJ of 24 October 1996 in Case C-217/94 *Eismann Alto Adige Srl v Ufficio IVA di Bolzano*, not yet reported).
- 13 In the case at hand, it appears from the case file that the national court decided to refer the question to the EFTA Court after the withdrawal of the appeal, on the part of Sunndal municipality. Although this part of the appeal case has been formally terminated, the last part of the question has not been withdrawn and there is still a real dispute before the national court. The question appears to be closely related to the issues before the national court and cannot be considered hypothetical. In these circumstances, it must lie within the discretion of the national court to determine whether an Advisory Opinion is necessary on this part of the question: see Case C-412/93 *Leclerc-Siplec v TFI Publicité and M6 Publicité* [1995] ECR I-179 (hereinafter “*Leclerc*”).
- 14 Consequently, the Court finds that the arguments by the appellants and the Norwegian Government must be rejected and that the request for an Advisory Opinion concerning the last part of the question is admissible.

Spørsmål om avvisning av siste del av spørsmålet

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

The question put to the EFTA Court

15 Article 11 EEA states:

“Quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect shall be prohibited between the Contracting Parties.”

16 Article 13 EEA provides:

“The provisions of Articles 11 and 12 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property. Such prohibitions or restrictions shall not, however, constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between the Contracting Parties.”

17 The *appellants*, the *Norwegian Government*, *The EFTA Surveillance Authority* and the *EC Commission* submit, *inter alia*, that Article 11 EEA is not applicable in a situation where a municipality refuses permission for the retail sale of videograms on the grounds that such permission should only be granted to shops which can be characterised as specialised dealers for videograms and/or on the grounds that expert knowledge should be built up by established dealers, so long as, in law and in fact, the national rules in question do not distinguish between domestic products and products imported from other EEA States and all traders are affected in the same way. The position of the appellants, the Norwegian Government and The EFTA Surveillance Authority is based on the judgment of the ECJ in Joined Cases C-267/91 and C-268/91 *Keck and Mithouard* [1993] ECR I-6097 (hereinafter “*Keck*”) and subsequent decisions applying the same principles, while the EC Commission makes reference to the judgments of the ECJ in Case C-379/92 *Peralta* [1994] ECR I-3453 and Joined Cases C-140/94, C-141/94 and C-142/94 *DIP and Others v Comune di Bassano del Grappa and Comune di Chioggia* [1995] ECR I-3257 (hereinafter “*Bassano del Grappa*”).

18 In the event that the Court should find that the licensing scheme is contrary to Article 11 EEA, the appellants submit, in the alternative, that the scheme may be justified both under Article 13 EEA on grounds of public morality and public policy and by the fact that the scheme is based on a mandatory requirement deriving from cultural considerations and cultural policy, as expressed by the ECJ in its judgment in the case known as *Cassis de Dijon* (Case 120/78 *Rewe v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] ECR 649) (hereinafter “*Cassis de Dijon*”). The Norwegian Government submits that the scheme is based on a mandatory requirement and can be justified by public-interest objectives relating to cultural policy.

Spørsmålet som er forelagt EFTA-domstolen

15 EØS-avtalen artikkel 11 lyder:

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

16 EØS-avtalen artikkel 13 lyder:

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

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

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

- 19 In the opinion of the EFTA Surveillance Authority, the refusal of licences can neither be justified under Article 13 EEA nor by a mandatory requirement of the kind recognised by the ECJ in *Cassis de Dijon* if the national court finds the measures at issue in the present case to be tainted with discriminatory elements.
- 20 *Nille* submits that it is contrary to Article 11 EEA, read in conjunction with Article 13 EEA, for a municipality to refuse to grant permission for retail sales of videograms on the grounds that such permits should only be given to businesses which may be characterised as being specialised dealers for videograms and/or on the grounds that expert knowledge should be built up by established dealers. In the opinion of *Nille*, the current licensing scheme limits the number of sales outlets for videograms and thereby places restrictions on the sale or rental of videograms. Since many of the videograms sold or rented in Norway are imported, this leads to imports being reduced. Furthermore, the licensing scheme at issue here involves national requirements as to the good itself by prohibiting videograms from being sold except through businesses which have obtained special permission from the municipality. The licensing scheme allows each municipality to determine arbitrarily who may sell videograms.
- 21 *The Court* observes that, according to Article 11 EEA, quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect are prohibited between the Contracting Parties. That Article is identical in substance to Article 30 EC. Thus, Article 6 EEA and Article 3 (2) of the Surveillance and Court Agreement are applicable for the purpose of interpreting Article 11 EEA.
- 22 With regard to Article 30 EC, the ECJ has consistently held that any measure which is capable of, directly or indirectly, actually or potentially, hindering intra-Community trade constitutes a measure having equivalent effect to a quantitative restriction within the meaning of that provision: see, in particular, Case 8/74 *Procureur du Roi v Dassonville* [1974] ECR 837 (hereinafter “*Dassonville*”).
- 23 The ECJ has further held that trade between Member States is not likely to be impeded, directly or indirectly, actually or potentially, within the meaning of the *Dassonville* judgment, cited above, by the application to products from other Member States of national provisions restricting or prohibiting certain selling arrangements, so long as those provisions apply to all relevant traders operating within the national territory and so long as they affect in the same manner, in law and in fact, the marketing of domestic products and of those from other Member States. Where those conditions are fulfilled, the application of such rules to the sale of products from other Member States which meet the rules laid down by that State is not by nature such as to prevent access to the market or to impede access any more than it impedes the access of domestic products. Such rules, therefore, fall outside the scope of Article 11 EEA: see the judgments of the ECJ in *Keck*, cited above, paragraphs 16 and 17; Case C-292/92 *Hünermund and Others* [1993] ECR I-6787, paragraph 21; *Leclerc*, cited above; Case C-63/94 *Belgacom ITM and Vocarex* [1995] ECR I-2467, paragraph 12; and Case C-387/93 *Banchero* [1995] ECR I-4663.

- 19 Etter EFTA overvåkningsorgans oppfatning kan nektelsen av lisenser verken rettferdiggjøres i EØS-avtalen artikkel 13 eller i allmenne hensyn av den art EF-domstolen anerkjente i *Cassis de Dijon* dersom den nasjonale domstol finner at tiltakene som er omtvistet i den foreliggende sak inneholder diskriminerende elementer.
- 20 Nille gjør gjeldende at det er i strid med EØS-avtalen artikkel 11, sett i sammenheng med artikkel 13, at en kommune gir avslag på konsesjon for detalj salg av videogrammer med den begrunnelse at slike tillatelser bare bør gis til forretninger som kan karakteriseres som faghandlere for videogrammer og/eller med den begrunnelse at spesialkunnskap bør bygges opp hos allerede etablerte forhandlere. Etter Nilles oppfatning begrenser konsesjonsordningen antall utsalgsteder for videogrammer og derigjennom innebærer en restriksjon på salg og utleie av videogrammer. Ettersom mange av videogrammene som blir solgt eller utleid i Norge er importert leder dette til at importen reduseres. Enn videre innebærer konsesjonsordningen det her er tale om at det knyttes nasjonale krav til selve varen ved å forby at videogrammer ikke kan selges uten at det skjer gjennom forretninger som har fått en spesiell tillatelse fra kommunen. Konsesjonsordningen tillater hver kommune vilkårlig å avgjøre hvem som kan selge videogrammer.
- 21 *Domstolen* bemerker at ifølge EØS-avtalen artikkel 11 er kvantitative importrestriksjoner og alle tiltak med tilsvarende virkning forbudt mellom avtalepartene. Artikkelen er innholdsmessig identisk med EF-traktaten artikkel 30. EØS-avtalen artikkel 6 og Overvåknings- og domstolsavtalen artikkel 3 (2) er således anvendelig ved tolkningen av EØS-avtalen artikkel 11.
- 22 Med hensyn til EF-traktaten artikkel 30 har EF-domstolen konsekvent lagt til grunn at ethvert tiltak som direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt, hindrer samhandelen, utgjør et tiltak med tilsvarende effekt som en kvantitativ importrestriksjon i henhold til denne bestemmelsen, se særlig sak 8/74 *Procureur du Roi mot Dassonville* [1974] ECR 837 (heretter "*Dassonville*").
- 23 EF-domstolen har videre slått fast at det ikke er sannsynlig at handelen mellom medlemsstatene blir hindret, direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt, i *Dassonville*-dommens forstand, ved anvendelsen av nasjonale bestemmelser som hindrer eller forbyr visse salgsformer på produkter fra andre medlemsstater, så lenge disse bestemmelsene får anvendelse på alle berørte næringsdrivende som opptrer på det nasjonale territoriet og så lenge de, rettslig og faktisk, påvirker omsetningen av innenlandske produkter og produkter fra andre medlemsland likt. Når disse vilkårene er oppfylt, er anvendelsen av slike bestemmelser på salg av produkter fra andre medlemsstater ikke etter sin art egnet til å hindre adgangen til markedet eller å hindre adgangen i større grad enn den hindrer adgangen for innenlandske produkter. Slike bestemmelser faller derfor utenfor anvendelsesområdet til EØS-avtalen artikkel 11, se EF-domstolens dommer i *Keck*, sitert ovenfor, avsnitt 16 og 17; sak C-292/92 *Hünermund med flere* [1993] ECR I-6787, avsnitt 21; *Leclerc*, sitert ovenfor; sak C-63/94 *Belgacom ITM* og

- 24 The licensing scheme in the case at hand does not imply any requirement to be met by the products themselves (such as requirements as to designation, form, size, weight, composition, presentation, labelling and packaging). On the contrary, the system only channels the sale and rental of videograms to certain outlets. Therefore, the licensing system must be viewed as a marketing regulation and not a regulation of videograms as a product.
- 25 It appears that the national legislation applies to all traders acting on the Norwegian market.
- 26 Furthermore, the national legislation makes no distinction between domestic or foreign traders, nor between domestic or foreign products, with regard to the conditions that licences should only be granted to shops which can be characterised as specialised dealers (speciality shops) for videograms and/or that expert knowledge should be built up by established dealers. There is nothing in the provisions which implies discrimination between imported and domestic products which might otherwise prevent the application of the *Keck* exemption to Article 11 EEA.
- 27 In the light of the foregoing, the licensing scheme does not fall within the scope of Article 11 EEA, provided that it applies to all traders in Norway and provided that there is no discrimination, in law and in fact, between the marketing of domestic products and those being imported from other EEA States.
- 28 With regard to Article 11 EEA, the Court finally notes that the ECJ has recently ruled that an Italian statute which required a trading licence for the opening of shops for the retail sale of certain goods is not to be regarded as being capable of hindering trade between the Member States: see *Bassano del Grappa*, cited above. The ECJ held that it was sufficient to observe that rules such as those contained in the Italian statute made no distinction according to the origin of the goods distributed by the businesses concerned, that their purpose was not to regulate trade in goods with other Member States and that the restrictive effects which they might have on the free movement of goods were too uncertain and indirect for the obligation which they imposed to be regarded as being capable of hindering trade between Member States (see paragraph 29 of the judgment). The Court does not find it necessary to elaborate on this aspect of the present case.
- 29 It is for the national court to establish the relevant facts concerning the application of the licensing scheme in practice. Although there appears to be no discrimination in the law itself, there could be discrimination in fact. In the event that the national court should find that the licensing scheme, in fact or in law, gives rise to discrimination which brings it within the scope of Article 11 EEA, it becomes necessary to examine the possible applicability of an exemption under Article 13 EEA.

Vocarex [1995] ECR I-2467, avsnitt 12; og sak C-387/93 *Banchemo* [1995] ECR I-4663.

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

- 30 A discriminatory application of the licensing system in practice could not be justified by any of the "mandatory requirements" recognised by the ECJ in the *Cassis de Dijon* case, referred to above, and in other cases.
- 31 Under Article 13 EEA the provisions of Article 11 do not preclude discriminatory prohibitions or restrictions on imports which are justified on grounds of public morality, public policy or public security, the protection of health and life of humans, animals or plants, the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value, or the protection of industrial and commercial property. However, such prohibitions or restrictions shall not constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between the Contracting Parties.
- 32 Article 13 EEA is identical in substance to Article 36 EC. Thus, Article 6 EEA and Article 3(2) of the Surveillance and Court Agreement are applicable for the purpose of interpreting Article 13 EEA.
- 33 The ECJ has consistently held that Article 36 EC must be interpreted strictly, as it constitutes a derogation from the basic rule that all obstacles to the free movement of goods between the Member States must be eliminated. The case law shows that the ECJ is unwilling to extend the scope of available grounds of justification beyond those expressly mentioned in Article 36 EC: see Case 7/61 *Commission v Italy* [1961] ECR 317; Case 46/76 *Bauhuis v Netherlands* [1977] ECR 5; Case 113/80 *Commission v Ireland* [1981] ECR 1625; and Case 72/83 *Campus Oil Limited v Minister for Industry and Energy* [1984] ECR 2727.
- 34 Thus, cultural policy not being referred to in Article 13 EEA, the conclusion must be that the measure cannot be justified on that basis.
- 35 The ECJ has also held that in order for the exemption to apply, the competent national authorities in question have the burden of proving that the measure is justified: see Case 304/84 *Ministère public v Muller* [1986] ECR 1521.
- 36 It appears from the proposition to the Odelsting quoted above that the licensing system was viewed as effective in preventing the sale or rental of illegal videograms. Although an objective of this nature may, under certain circumstances, be covered by the expressions "public morality" or "public policy" in Article 13, there is nothing in the facts or arguments submitted to this Court to support a finding that the measures are justified in the present case.
- 37 Consequently, in the event that the national court should find that the licensing system is discriminatory in law or in fact, the exemption in Article 13 cannot be considered to be applicable.

anvendelsesområdet til EØS-avtalen artikkel 11, vil det bli nødvendig å vurdere en mulig anvendelse av unntaket i EØS-avtalen artikkel 13.

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

Costs

- 38 The costs incurred by the Government of the Kingdom of Norway, the EFTA Surveillance Authority and the EC Commission of the European Communities, which have submitted observations to the Court, are not recoverable. Since these proceedings are, in so far as the parties to the main proceedings are concerned, a step in the proceedings pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court.

On those grounds,

THE COURT,

in answer to the question referred to it by Borgarting lagmannsrett by an order of 21 June 1996, hereby gives the following Advisory Opinion:

Article 11 EEA is to be interpreted as not prohibiting a municipality from refusing permission for the retail sale of recorded video cassettes (videograms) on the grounds that such permission should only be granted to shops which can be characterised as specialised dealers (speciality shops) for videograms and/or that expert knowledge should be built up by established dealers if, in law or in fact, the national rule in question does not distinguish between domestic products and products imported from other EEA States and therefore does not discriminate against foreign products. In the event that the national court should find that the licensing system is discriminatory, in law or in fact, the exemption in Article 13 cannot be considered to be applicable.

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Delivered in open court in Luxembourg on 14 May 1997.

Per Christiansen
Registrar

Bjørn Haug
President

Saksomkostninger

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

På dette grunnlag avgir

DOMSTOLEN,

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

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

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Avsagt i åpen rett i Luxembourg 14 mai 1997.

Per Christiansen
Justissekretær

Bjørn Haug
President

REPORT FOR THE HEARING
in Case E-5/96

REQUEST to the Court under Article 34 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice by Borgarting lagmannsrett's (Borgarting Court of Appeal) for an advisory opinion in the case pending before it between

Ullensaker kommune and Others

and

Nille AS

on the interpretation of Article 11 and 13 of the EEA Agreement.

I. Introduction

1. By an order dated 21 June 1996, registered at the Court on 26 June 1996, Borgarting lagmannsrett, a Norwegian Court of Appeal, made a request for an advisory opinion in a case brought before it by Ullensaker municipality, Nes municipality, Eidsvoll municipality, Sørum municipality and Sunndal municipality (the appellants) against the respondent Nille AS (Nille). By a Ruling of 2 September 1996 the appeal on the part of Sunndal municipality was terminated.

II. Legal background

2. The questions submitted by the Norwegian court concern the interpretation of Article 11 and Article 13 of the EEA Agreement.

3. Article 11 EEA, which mirrors Article 30 of the EC Treaty provides:

"Quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect shall be prohibited between the Contracting Parties".

4. Article 13 EEA provides a derogation from Article 11 EEA under the same conditions as Article 36 EC:

"The provisions of Article 11 and 12 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property. Such prohibitions or restrictions shall not, however, constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between the Contracting Parties".

RETTSMØTERAPPORT

i sak E-5/96

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

Ullensaker kommune med flere

og

Nille AS

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

I. Innledning

1. Ved skriv datert 21 juni 1996, mottatt ved Domstolen 26 juni 1996, har Borgaring lagmannsrett i Norge anmodet om en rådgivende uttalelse i sak innbrakt for denne domstolen av Ullensaker kommune, Nes kommune, Eidsvoll kommune, Sørum kommune og Sunndal kommune (de ankende parter) mot ankemotpartene Nille AS (Nille). Ved beslutning av 2 september 1996 ble anken fra Sunndal kommune hevet.

II. Rettslig bakgrunn

2. Spørsmålet fra den norske domstol gjelder tolkningen av EØS-avtalen artikkel 11 og artikkel 13.

3. EØS-avtalen artikkel 11, som tilsvare EF-traktaten artikkel 30, bestemmer:

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

4. EØS-avtalen artikkel 13, som oppstiller et unntak fra EØS-avtalen artikkel 11, er utformet som EF-traktaten artikkel 36:

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

III. Facts and Procedure

5. The Case before the national Court concerns the validity of the refusal by four municipalities of applications for licences to sell videograms. According to the description of the requesting Court, the plaintiff, Nille, is a nation-wide chain of about 120 shops selling and renting out video films. Counsel for municipalities states that the sale of videos by Nille represent 3,5 % of the the total turnover of the shops. All shops have applied for a licence to sell videograms. Applications from seven shops situated in five different municipalities were refused in the autumn of 1994. The applications from the other shops were all granted. As grounds for their refusal four of the municipalities stated that the applicants did not fulfil a requirement regarding specialised dealers. In two of these municipalities, Nes and Eidsvoll, it had been expressed prior to the final administrative decisions that the requirement regarding specialised dealers was applicable to new establishments. Sunndal municipality stated that from a cultural and political point of view it must be an aim to build up local expert knowledge in the field of sale and rental of video films in the local firms that have already been granted a licence.

6. In a lawsuit before Indre Follo Herredsrett, Nille claimed that the refusals were invalid under national regulations and in conflict with Article 11 EEA .

7. The Norwegian *Act No. 21 of 15 May 1987* relating to Films provides in section 2, first paragraph:

"No commercial showing, sale or renting out of films or videograms may take place without a licence granted by the municipal council or whomever authorised by the municipal council. This does not apply to sale or renting out films and videograms for resale and rental."

Regarding the purpose of the provision, it is stated in *Proposition No. 20 (1986-87)* to the Odelsting *inter alia*:

"In the opinion of the Ministry such a licencing system scheme would, together with the regulations on the labelling and registration of videograms, be effective in preventing the sale or rental of illegal videograms. In addition, the licencing scheme would be an important measure in the cultural policy. The municipalities may, for example, require a certain diversity in the films and videograms supplied by the applicants for licences".

8. According to the description of the Norwegian licencing scheme given by the Norwegian Government, the system is based on two main considerations. First, the municipalities regard the sale and rental of videograms as part of the general cultural activities in the municipality. The public should be supplied with a reasonable selection of films and a certain amount of guidance. It must be noted that Norway has a very scattered population. Many parts of the country have no readily available alternatives to the local shops. Videograms are regarded as such important products that the authorities wish to encourage diversity. The other main consideration on which the licencing scheme is based, is to ensure that there is control of the retail stage of the sale and rental of videograms and that sanctions can be imposed if necessary. The purpose of introducing a municipal licencing requirement for the commercial sale and rental of videograms is closely linked and in accordance with the purpose of the labelling and registration scheme, which is to prevent the sale or rental of illegal videograms. In keeping with the principle of subsidiarity, the Norwegian authorities consider it important that the various municipal administrations are given a responsible role in the implementation of these objectives.

III. Fakta og prosedyre

5. Saken for den nasjonale domstol gjelder gyldigheten av avslaget fra fire kommuner på søknad om konsesjon for salg av videogrammer. I følge opplysningene fra den nasjonale domstol er anketparten, Nille, en landsomfattende butikkjede bestående av ca 120 butikker som selger og leier ut videofilmer. Advokaten for kommunene antar at salg og utleie av videogrammer representerer 3,5 % av den totale omsetningen i butikkene. Alle butikkene har søkt om konsesjon for salg av videogrammer. Søknadene fra syv butikker etablert i fem forskjellige kommuner ble avslått høsten 1994. Søknadene fra de øvrige butikkene ble innvilget. Begrunnelsen for avslagene fra fire av kommunene var at butikkene ikke oppfylte kravene som stilles til faghandlere. I to av kommunene, Nes og Eidsvoll, ble det forut for de endelige administrative avgjørelsene hevdet at kravene til faghandlere var anvendelige på nye etableringer. Sunndal kommune fastslo at det på bakgrunn av kulturelle og politiske hensyn måtte være en målsetting å bygge opp et en lokal fagkunnskap i de allerede etablerte videobutikkene.

6. I et søksmål for Indre Follo herredsrett, hevdet Nille at avslagene var ugyldige i henhold til nasjonal regulering og i strid med EØS-avtalen artikkel 11.

7. *Lov om film og videogram av 15. mai 1987 nr. 21 § 2, 1. ledd bestemmer:*

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

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

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

8. I følge beskrivelsen Den norske regjering gir av konsesjonsordningen, bygger systemet på to hovedhensyn. For det første ser kommunene salg og utleie av videogrammer som en del av den generelle kulturaktiviteten i kommunen. Befolkningen bør tilbys et rimelig utvalg av filmer og en viss veiledning. I denne sammenhengen må det merkes at Norge har en svært spredt befolkning, og at mange deler av landet gjerne ikke har tilgjengelige alternativer til den lokale butikken. Videogrammer er antatt å være et såvidt viktig produkt at myndighetene har valgt å oppmuntre til mangfold. Det andre hovedhensynet konsesjonsordningen baseres på, er å sikre at det er kontroll med detaljledet ved salg og utleie av videogrammer og at sanksjoner kan iverksettes hvis det er nødvendig. Formålet med å introdusere kommunal konsesjonsordning for kommersielt salg og utleie av videogrammer er nært knyttet til og i samsvar med formålet bak merkings- og registreringsordningen, som er å hindre salg eller utleie av ulovlige videogrammer. På bakgrunn av nærhetsprinsippet antar Den norske regjering at det er viktig å la de enkelte kommuneadministrasjoner spille en ansvarlig rolle i gjennomføringen av disse målene.

9. According to Nille, the appellants have chosen to amend their municipal regulations, such that there is no longer a requirement that businesses which are to sell videograms must be so-called "specialised" dealers. The shops which are the object of the present proceedings before the national Court have received permission to sell videograms. The municipalities have nonetheless maintained the action.

10. The municipalities claim that their administrative decisions do not represent any obstacle to trade. Alternatively they submit that the basic principles in the case-law of the ECJ do not prevent limitations in the selling arrangements from being allowed.

11. The County Court ruled in favour of Nille. All five municipalities appealed against this judgment to Borgarting lagmannsrett. In a written plea dated 3 June 1996, Sunndal municipality withdrew its appeal.

IV. Question

12. The following question was referred to the EFTA Court:

"Is Article 11 of the EEA Agreement, in conjunction with Article 13, to be understood to mean that it prohibits a municipality from refusing a permission for the retail sale of recorded video cassettes (videograms) on the grounds that such permission should only be granted to shops which can be characterised as specialised dealers (speciality shops) for videograms and/or that experts knowledge should be built up by established dealers?"

V. Written observations

13. Pursuant to Article 20 of the Statue of the EFTA Court and Article 97 of the Rules of procedure, written observations have been received from:

- The appellants, Ullensaker municipality and others, represented by Counsel Morten F. Arnesen;
- Nille, represented by Counsel Morten Steenstrup;
- The Government of the Kingdom of Norway, represented by Hege M. Hoff, legal adviser at the Royal Ministry of Foreign Affairs, acting as agent for the Norwegian Government;
- The EFTA Surveillance Authority, represented by Håkan Berglin, Director of the Legal and Executive Affairs Department, assisted by Ms. Bjarnveig Eiriks dóttir, Officer of that Department, acting as agent;
- The European Commission, represented by Richard B. Wainwright, Principal Legal Adviser, and Hans Støvlbæk, Member of its Legal Service, acting as agent.

9. I følge Nille har de ankende parter valgt å endre sine kommunale bestemmelser, slik at det ikke lenger er et krav om at butikker som selger videogrammer må være såkalte "faghandlere". Butikkene i den verserende sak for den nasjonale domstol har fått tillatelse til å selge videogrammer. Kommunene har likevel opprettholdt søksmålet.

10. Kommunene hevder at deres administrative avgjørelser ikke representerer noen hindring for handelen. Alternativt hevder de at grunnleggende prinsipper etter praksis fra EF-domstolen tilsier at reguleringen av bestemte former for salg er lovlig.

11. Herredsretten dømte i favor av Nille. Alle fem kommunene anket til Borgarting lagmannsrett mot avgjørelsen. I et prosesskrift datert 3 juni 1996, trakk Sunndal kommune sin anke.

IV. Spørsmål

12. Det følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:

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

V. Skriftlige saksfremstillinger

13. Skriftlige saksfremstillinger i medhold av Vedtektene for EFTA-domstolen artikkel 20 og Rettergangsordningen artikkel 97 er mottatt fra:

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

A. *Admissibility of the second part of the question referred to the Court*

14. The Counsel of the Sunndal municipality withdrew its appeal to the Borgarting Lagmannsrett before the national Court requested the EFTA Court to give an advisory opinion. The appeal case on the part of Sunndal municipality was terminated by a ruling of 2 September 1996.

The appellants

15. Counsel for the *appellants* states that the last part of the question referred by Borgarting lagmannsrett to the EFTA Court is without current legal interest, since it concerns a hypothetical question. Sunndal municipality was the only one among the appellants which, *inter alia*, stated as a ground for its refusal that expert knowledge should be built up by established dealers. There is no relevant legal basis for giving an opinion regarding this part of the question.

The Norwegian Government

16. The *Norwegian Government* supports this legal opinion and requests the EFTA Court to dismiss the second part of the question as to whether Article 11 in conjunction with Article 13 EEA prohibits a municipality from refusing permission on the ground that expert knowledge should be built up by established dealers.

17. The Norwegian Government refers to *Foglia*¹, according to which the European Court of Justice (the ECJ) has dismissed questions from the national courts in cases where no real dispute exists and the question is purely hypothetical.

B. *Article 11 EEA*

The appellants

18. The *appellants* do not agree that the Norwegian licencing scheme must be regarded as a measure having equivalent effect to quantitative restrictions on import under Article 11 EEA. The national law does neither prohibit nor impede import and sale of video cassettes. Neither does it demand that the goods meet certain requirements as to quality.

19. In the appellants' view the *Dassonville*² judgment does not give any guidance for the case at hand. According to this opinion, the licensing scheme is not aimed at hindering inter - state trade. Neither does the scheme and the appellants' application of it have an effect which impedes trade in the EEA. In this connection the appellants refer to the judgment in the case of *Keck and Mithouard*³, which lays down that national provisions regarding "certain selling arrangements" may be enacted without coming into conflict with Article 11 EEA (Article 30 EC).

¹ Case C-104/79 *Foglia I* [1980] ECR 745.

² Case C-8/74 *Procureur du Roi v. Dassonville* [1974] ECR 837.

³ Joined Cases C-267/91 and C-268/91 *Keck and Mithouard* [1993] ECR I-6097.

A. *Vurderinger av spørsmålets annen del*

14. Kommunestyret i Sunndal kommune trakk sin anke fra Borgarting lagmannsrett før den nasjonale domstol forela EFTA-domstolen spørsmål for rådgivende uttalelse. Ankesaken fra Sunndal kommune ble hevet ved beslutning av 2 september 1996.

De ankende parter

15. De ankende parters advokat viser til at siste del av spørsmålet forelagt av Borgarting lagmannsrett til EFTA-domstolen er uten aktuell rettslig interesse da det gjelder et hypotetisk spørsmål. Sunndal kommune var den eneste blant de ankende parter som, *bl a*, fastslo som grunnlag for sitt avslag at fagkunnskap skulle bygges opp blant etablerte forhandlere. Det er intet relevant juridisk grunnlag for å gi en uttalelse for denne del av spørsmålet.

Den norske regjering

16. Den norske regjering støtter dette synspunktet og anbefaler EFTA-domstolen å avvise andre del av spørsmålet om hvorvidt EØS-avtalen artikkel 11 i sammenheng med artikkel 13 forbyr en kommune å avslå tillatelse med den begrunnelse at fagkunnskap bør bygges opp blant etablerte forhandlere.

17. Den norske regjering viser til *Foglia*¹, ettersom EF-domstolen har avvist spørsmål fra nasjonale domstoler i saker hvor det ikke eksisterer noen reell tvist og spørsmålet er rent hypotetisk.

B. *EØS-avtalen artikkel 11 og allmenne hensyn*

De ankende parter

18. De ankende parter er ikke enig i at den norske konsesjonsordningen må betraktes som et tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner etter EØS-avtalen artikkel 11. Den nasjonale loven verken forbyr eller hindrer import og omsetning av videokassetter. Den stiller heller ikke krav til varens kvalitet.

19. Etter de ankende parters oppfatning gir ikke *Dassonville*² noen retningslinje i nærværende sak. Etter deres oppfatning har ikke konsesjonsordningen til formål å hindre samhandelen. Heller ikke representerer konsesjonsordningen eller de ankende parters praktisering av denne noe hindring av samhandelen i EØS. I denne forbindelse viser de ankende parter til *Keck og Mithouard*³, som fastsetter at det kan gis nasjonale bestemmelser om "bestemte former for salg" uten at dette rammes av EØS-avtalen artikkel 11 (EF-traktaten artikkel 30).

¹ Sak C-104/79 *Foglia I* [1980] ECR 745.

² Sak C-8/74 *Procureur du Roi mot Dassonville* [1974] ECR 837.

³ Forente saker C-267/91 og C-268/91 *Keck og Mithouard* [1993] ECR I-6097.

20. The appellants further submit that the licencing scheme does not concern the nature of products. Reference is made to the ruling of the ECJ in the case *Commission v. Greece*⁴. In this case the ECJ has confirmed that the expression "certain selling arrangements" applies to legislation which allocates the sale to certain outlets. The licencing sheme and the appellants' application of it should therefore be treated in the same way as the scheme which implies that a product may only be sold in a pharmacy, and thus be categorised as a selling arrangement. Reference is also made to the *Quietlynn and Richards*⁵ judgment .

21. Furthermore, the appellants state that the licencing scheme does not reduce the import of video films so that trade within the EEA is impeded in such ways as prohibited by Article 11 EEA. The licencing scheme and the municipalities' application of it applies to all involved in the business. It has an equal influence, both practical and legal, on domestic and foreign video cassettes. The appellants refer to the judgments *Commission v. Greece*⁶, *Bassano del Grappa*⁷ and *Leclerc-Siplec*⁸.

22. The appellants are of the opinion that the municipalities' application of the licencing system is a pure regulation of selling methods and not a regulation of video as a product. As a pure market regulation, which applies to anyone in the business, it may have the same influence on the sale of domestic products as foreign products.

23. Counsel for the appellants states that under any circumstances, the licencing scheme and the municipalities' application of it will be a mandatory requirement in the meaning of *Cassis de Dijon*⁹ judgment on the grounds of cultural considerations and cultural aims. Within the expression "specialised dealer" lies the demand for selection, wide range, diversity, representativity, also of quality movies, and a demand for expert knowledge among, and guidance from, the staff. Reference is also made to the *Cinéthèque v. Fédération national de cinémas français*¹⁰ judgment.

Nille AS

24. According to the *respondent*, the appellants have given identical explanations as to why they now no longer refuse a licence to businesses which only have videograms as part of their assortment. The respondent presents a quotation taken from the minutes of the executive committee for culture in Ullensaker kommune in which is stated, *inter alia*, that videogram hire no longer controls the market. Videograms for sale have made their entry on the market and have radically modified the distribution channels. In the light of the changes which have taken place on the market, proposals for changes have now been tabled recommending the abolition of the specialised trade principle. The consequences of the change to the licensing rules are that they will open the door to "everyone" being able to get a licence, including those types of businesses

⁴ Case C-391/92 *Commission v. Greece* [1995] ECR I-1621.

⁵ Case C-23/89 *Quietlynn and Richards* [1990] ECR I-3059.

⁶ See footnote 4.

⁷ Joined Cases C-140/94, C-141/94 and C-142/94 *DIP and Others v. Comune di Bassano del Grappa and Comune di Chioggia* [1995] ECR I-3257.

⁸ Case C-412/93 *Leclerc-Siplec v. TF1 Publicité and M6 Publicité* [1995] ECR I-179.

⁹ Case C-120/78 *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] ECR 649.

¹⁰ Joined Cases C-60/84 and 61/84 *Cinéthèque v. Fédération national de cinémas français* [1985] ECR 2605.

20. De ankende parter gjør videre gjeldende at konsesjonsordningen ikke knytter seg til varens art, og henviser til EF-domstolens dom i *Kommissjonen mot Hellas*⁴. I denne saken bekreftet EF-domstolen at begrepet "bestemte former for salg" får anvendelse på lovgivning som kanaliserte salg til bestemte utsalgssteder. Konsesjonsordningen og de ankende parters praktisering av denne må derfor likestilles med en ordning som innebærer at en vare kun kan selges fra et apotek, og således klassifiseres som en bestemt form for salg. Det vises også til *Quietlynn og Richards*⁵-dommen.

21. Videre hevder de ankende parter at konsesjonsordningen ikke reduserer importen av videofilmer slik at samhandelen innen EØS hindres på en slik måte som forbys i EØS-avtalen artikkel 11. Konsesjonsordningen og kommunenes praktisering av den kommer til anvendelse på alle berørte næringsdrivende. Den påvirker innenlandske og utenlandske videokassetter likt såvel rettslig som faktisk. De ankende parter refererer til *Kommissjonen mot Hellas*⁶, *Bassano del Grappa*⁷ og *Leclerc-Siplec*⁸.

22. De ankende parter er av den oppfatning at kommunenes praktisering av konsesjonsordningen er en ren regulering av salgsmetoden og ikke en regulering av video som et produkt. Som en ren omsetningsregulering, som gjelder alle involverte næringsdrivende, påvirker den omsetningen av innenlandske og utenlandske varer likt.

23. De ankende parters advokat er av den oppfatning at konsesjonsordningen og kommunenes praktisering av den under enhver omstendighet er et allment hensyn, jf *Cassis de Dijon*⁹, grunnet på kulturpolitiske hensyn og målsetninger. I begrepet "faghandel" ligger krav til utvalg, bredde, mangfold, representativitet, også av kvalitetsfilmer, og et krav om fagkunnskap hos og veiledning fra betjeningen. Det vises også til EF-domstolens dom i *Cinéthèque mot Fédération nationale de cinémas français*.¹⁰

Nille AS

24. I følge *ankemotparten*, har de ankende parter gitt likelydende forklaringer på hvorfor de nå ikke lenger avslår å gi konsesjon til forretninger som bare har videogrammer som en del av varesortement. Ankemotparten presenterer et sitat hentet fra møteboken til hovedutvalget for kultur i Ullensaker kommune hvor det *bl a* heter at videoutleie ikke lenger er enerådende på markedet. Videogrammer for salg har kommet på markedet, og har endret omsetningsformene radikalt. På bakgrunn av de endringene som har funnet sted i markedet fremmes det nå forslag om endringer hvor det anbefales at prinsippet om faghandlere fjernes. Konsekvensene av endringen av konsesjonsreglene er at det vil bli åpent for "enhver" til å få konsesjon, inkludert den type forretninger som ikke har fått tidligere. På bakgrunn av dette vil en miste kontrollfunksjonen som lå i de tidligere bestemmelsene. Fra et kulturpolitisk synspunkt er ikke dette en ønskelig utvikling.

⁴ Sak C-391/92 *Kommissjonen mot Hellas* [1995] ECR I-1621.

⁵ Sak C-23/89 *Quietlynn og Richards* [1990] ECR I-3059.

⁶ Se fotnote 4.

⁷ Forente saker C-140/94, C-141/94 og C-142/94 *DIP and Others mot Comune di Bassano del Grappa and Comune di Chioggia* [1995] ECR I-3257.

⁸ Sak C-412/93 *Leclerc-Siplec mot TF1 Publicité and M6 Publicité* [1995] ECR I-179.

⁹ Sak C-120/78 *Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] ECR 649.

¹⁰ Forente saker C-60/84 og 61/84 *Cinéthèque mot Fédération nationale de cinémas français* [1985] ECR 2605.

which were not able to earlier. Thus a right of control which formed part of the earlier rules will be lost. From the point of view of cultural policy, this is not a desirable development.

25. Even though some municipalities have now modified their practice, there are still some others which refuse to grant licences to businesses if, for example, they are unable to have a selection of at least 500 titles.

26. The current licencing scheme limits the number of sales outlets for videograms and thereby places restrictions on the sale of videograms. Since many of the videograms sold in Norway are imported from abroad, this leads to import being reduced.

27. The main contention of the respondents is that the municipal licencing scheme is, in its entirety, contrary to Article 11 EEA .

28. According to the respondents, ESA is currently dealing with a complaint concerning the municipal licencing scheme. A letter of formal notice concerning importation and marketing of videograms in Norway was sent out on 7 April 1995. In April 1996 the Norwegian Ministry of Culture sent out a consultation paper on amendments to the act relating films and videograms. The Ministry gave as its reasons for the consultation paper with proposals for amendments *inter alia* the fact that ESA had inquired as to whether the rules governing sales on videograms complied with obligations Norway had undertaken pursuant to the EEA Agreement.

29. In any case a practice of the licencing scheme which only extends to businesses which may be characterised as specialised dealers for videograms and/or a condition to the effect that specialised knowledge should be developed at already established dealers is contrary to the EEA Agreement. This is also true according to the *Keck*¹¹ judgment in which the ECJ established a distinction between national "requirements to be met by such goods" and "certain selling arrangements".

30. Reference is made to an article by Nina Holst Christensen¹².

31. The licencing scheme at issue here links national requirements as to the good itself by prohibiting videograms from being sold unless through businesses which have obtained special permission from the municipality. The use of a prohibition or limitation on sales of the good itself - the medium as a carrier of culture and information - will thus be a national requirement imposed on the product which is be contrary to Article 11 of the EEA Agreement.

32. The licencing scheme leads to many shops which would have taken in videograms as a minor part of their assortment now refraining from doing so, due to the extra work required to obtain a licence to sell videograms, as well as the ongoing extra work imposed on the businesses by having to collect a 2.5 per cent special tax on all videograms.

33. Reference is made to the fact that a number of businesses refrain from applying for a licence because they believe that they will not get a licence to sell videograms anyway. Furthermore it is a fact that when businesses which apply for a licence are turned down, sales for videograms are further reduced.

¹¹ See footnote 3.

¹² EU-ret & Menneskeret, 1995, 116.

25. Selv om enkelte kommuner har endret sin praksis, finnes det fortsatt enkelte som nekter å gi konsesjon til forretninger dersom de f eks ikke kan ha et utvalg av minst 500 titler.
26. Nåværende konsesjonsordning begrenser antall utsalg for videogrammer og representerer derigjennom restriksjoner på salg av videogrammer. Siden mange av videogrammene som selges i Norge er importert fra utlandet, fører dette til at importen reduseres.
27. Ankemotparten hevder prinsipielt at den kommunale konsesjonsordningen i sin helhet er i strid med EØS-avtalen artikkel 11.
28. I følge ankemotparten har EFTA overvåkningsorgan for tiden til behandling en klage vedrørende den kommunale konsesjonsordningen. Et åpningsbrev gjeldende import og omsetning av videoer i Norge ble sendt ut 7 april 1995. I april 1996 sendte Det norske kulturdepartementet ut et høringsbrev om endringer i lov om film og videogram. Departementet begrunnet sitt høringsbrev med forslag til endringer *bl a* med at EFTA overvåkningsorgan hadde reist spørsmål om hvorvidt reglene for omsetning av videogrammer var i samsvar med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.
29. I hvert fall må praktiseringen av konsesjonsordningen, som leder til at bare forretninger som kan karakteriseres som faghandlere for videogrammer og/eller vilkår om at spesialkunnskap bør bygges opp hos allerede etablerte forhandlere, være i strid med EØS-avtalen. Dette gjelder også i følge avgjørelsen i *Keck*¹¹ der EF-domstolen oppstilte et skille mellom "krav til selve varen" og "bestemte former for salg".
30. Det vises til en artikkel av Nina Holst Christensen.¹²
31. Konsesjonsordningen det er tale om her knytter nasjonale krav til selve varen ved å forby at videogram ikke kan selges uten at det skjer gjennom forretninger som har fått en spesiell tillatelse fra kommunen. Bruken av forbud eller begrensninger i omsetningen av selve varen – mediumet som kultur- og informasjonsbærer – vil dermed være et nasjonalt produktkrav som er stridende mot EØS-avtalen artikkel 11.
32. Konsesjonsordningen fører til at mange butikker som ville ha tatt inn videogrammer som en mindre del av sitt varesortement avstår fra det, fordi det medfører merarbeid å oppnå en tillatelse såvel som det løpende merarbeidet som pålegges forretningene ved å måtte innkreve 2,5 % særavgift på all omsetning av videogrammer.
33. Det vises til det faktum at en rekke forretninger avstår fra å søke om konsesjon fordi de antar at de uansett ikke får tillatelse til å selge videogrammer. Videre er det et faktum at når forretninger som søker om konsesjon får avslag, reduseres salget av videogrammer ytterligere.

¹¹ Se fotnote 3.

¹² EU-ret & Menneskeret, 1995, 116.

34. A municipal licencing scheme for videograms or conditions to the effect that videograms may only be sold through specialised trade cannot be said to be necessary for reasons of the effectiveness of fiscal supervision, the protection of public health, the fairness of commercial transactions or the defence of the consumer.

35. Further reference is made to the fact that in the vast majority of municipalities, licences are granted to everyone who applies. This implies that the scheme is merely bureaucratic, a source of delay and impediment, and almost a registration system without being a "mandatory requirement". There is thus no proportionality between the scheme and the achievement of the intended objectives.

36. Even if the licencing system is to be deemed to "forbid certain selling arrangements", the provision will not fall outside the scope of Article 11 EEA. Reference is made to the *Keck* judgment in which the ECJ sets out an additional requirement from which follows that "the national provision on certain selling arrangements" applies to all affected traders operating within the national territory. This condition is not met by the licencing scheme, even less so by a condition to the effect that only specialised trade (speciality shops) may sell videograms, or that shops are not to be allowed to sell videograms so that sales may be concentrated in a few shops so that they may develop their expertise on videograms.

37. The requirement that "certain selling arrangements" must be applied to all affected traders within the national territory is not met, because the licencing scheme allows each municipality to determine arbitrarily who may sell videograms. The current scheme, containing no objective criteria for when a business may sell videograms, leads to specific discrimination, both within some municipalities and in different municipalities.

The Norwegian Government

38. The *Norwegian Government* submits that Article 11 EEA does not prohibit a municipality from refusing permission for the retail of videograms on the grounds that such permission should only be granted to shops which can be characterised as specialised dealers.

39. The provision requiring sales of videograms to take place through specialised dealers falls outside the scope of Article 11 EEA. The restrictions with respect to sales channels apply to all traders operating within the municipalities in question, and therefore do not favour domestic products. The fact that videograms sold in Norway are to a large extent imported products does not undermine the non-discriminatory character of this arrangement.

40. Reference is made to *Dassonville*¹³, *Cassis de Dijon*¹⁴, *Keck and Mithouard*¹⁵, *Hünernmund*¹⁶, *Punto Casa*¹⁷, *Leclerc-Siplec*¹⁸, *Commission v. Greece*¹⁹ and *Quietlynn*²⁰

¹³ See footnote 2.

¹⁴ See footnote 9.

¹⁵ See footnote 3.

¹⁶ Case C-292/92 *Hünernmund v. Landesapothekerkammer* [1993] ECR I-6787.

¹⁷ Joined Cases C-69/93 and C-258/93 *Punto Casa SpA v. Sindaco del Comune and others* [1994] ECR I-2355.

¹⁸ See footnote 8.

¹⁹ See footnote 4.

34. En konsesjonsordning for videogrammer eller vilkår knyttet til at videogrammer bare skal selges gjennom faghandlere, kan ikke sies å være nødvendig av hensyn til effektiv skattekontroll, beskyttelse av den offentlige helsen, god handelsskikk eller forbrukerbeskyttelse.

35. Videre vises det til at det i de aller fleste kommuner gis konsesjon til alle som søker. Det innebærer at ordningen bare er byråkratisk, forsinkende og forhindrende, og nærmest et registreringsystem uten at å være et "allment hensyn". Det foreligger derfor heller ikke proposjonalitet mellom ordningen og gjennomføringen av de tilsiktede mål.

36. Selv om konsesjonsordningen anses som at den "forbyr bestemte former for salg", vil ikke bestemmelsen falle utenfor anvendelsesområdet for EØS-avtalen artikkel 11. Det vises til *Keck*-dommen der EF-domstolen oppstiller et tilleggsvilkår som innebærer at "nasjonale bestemmelser om bestemte former for salg" må finne anvendelse på alle ervervsdrivende som utøver virksomhet innenfor det nasjonale territoriet. Dette vilkår er ikke oppfylt ved konsesjonsordningen, og langt mindre når det stilles vilkår om at bare faghandlere (spesialbutikker) bør selge videogrammer slik at salget konsentreres gjennom noen få forretninger som får utviklet sin fagkunnskap om videogrammer.

37. Kravet om at "bestemte former for salg" må få anvendelse på alle berørte ervervsdrivende på det nasjonale territoriet er ikke oppfylt fordi konsesjonsordningen tillater hver kommune skjønnsmessig å avgjøre hvem som skal få selge videogrammer. Dagens ordning, med fravær av objektive kriterier for når en ervervsdrivende skal få selge videogram, leder til en konkret forskjellsbehandling både innenfor de enkelte kommuner og mellom kommunene.

Den norske regjering

38. *Den norske regjering* hevder at EØS-avtalen artikkel 11 ikke forbyr en kommune å nekte tillatelse til detaljomsetning av videogrammer på bakgrunn av at slik tillatelse bare skal gis til butikker som kan karakteriseres som faghandlere.

39. Kravet om at salg av videogrammer skal finne sted gjennom faghandlere faller utenfor anvendelsesområdet til EØS-avtalen artikkel 11. Restriksjonene knyttet til salgskanaler gjelder alle næringsdrivende som opererer innenfor de relevante kommunene, og favoriserer derfor ikke innenlandske produkter. Det faktum at de fleste videogrammer som selges i Norge er importerte, svekker ikke den ikke-diskriminerende karakteren av denne ordningen.

40. Det vises til EF-domstolens dommer i *Dassonville*¹³, *Cassis de Dijon*¹⁴, *Keck og Mithouard*¹⁵, *Hünernmund*¹⁶, *Punto Casa*¹⁷, *Leclerc-Siplec*¹⁸, *Kommisjonen mot Hellas*¹⁹ og *Quietlynn*²⁰. Fra disse avgjørelsene kan det trekkes ut at nasjonale restriksjoner på utsalg av visse produkter faller utenfor anvendelsesområdet for EØS-avtalen artikkel 11, under forutsetning av at følgende kriterier er

¹³ Se fotnote 2.

¹⁴ Se fotnote 9.

¹⁵ Se fotnote 3.

¹⁶ Sak C-292/92 *Hünernmund mot Landesapothekerkammer* [1993] ECR I-6787.

¹⁷ Forente saker C-69/93 og C-258/93 *Punto Casa SpA mot Sindaco del Comune and others* [1994] ECR I-2355.

¹⁸ Se fotnote 8.

¹⁹ Se fotnote 4.

²⁰ Se fotnote 5.

judgments. From these rulings can be deduced that national restrictions on outlets for certain products fall outside the scope of Article 11, provided that the following criteria are fulfilled: (1) they must affect domestic products and those from other Member States in the same manner, and (2) they must apply to all traders operating within the national territory.

41. The Norwegian Government contends that the provision that videograms must be sold through a specialised dealer fulfils these criteria.

42. The national provision requiring sales of videograms to take place through specialised dealers is not designed to regulate or hinder trade between Member States. The purpose of the scheme is to ensure that sales of videograms to consumers take place through dealers who can provide a reasonable selection of films and a certain level of expert guidance by the staff. The municipalities in question have only regulated where videograms may be sold. The regulations apply neither to sales of the product nor to the product itself. There is reason to interpret the practice of the ECJ as being based on the desire to prevent unnecessary interference with the legislation of a Member State where the access to the market in question is not affected.

43. A national provision laying down that videograms may only be sold by a particular type of dealer must be considered to be "a national provision restricting or prohibiting certain selling arrangements" since it regulates where, how and by whom videograms may be sold.

44. As a non-discriminatory provision, it can be justified by a public interest objective relating to cultural policy which takes precedence over the free movement of goods. In cases where a national arrangement can be regarded as restriction on imports, the practice of the ECJ is that such measures can be accepted if they are based on public interest and if they are necessary and proportionate in order to achieve a public interest objective.

45. A special reference is made to the ECJ's judgment *Cinéthèque*²¹ where it was found that the prohibition in Article 30 EC would in principle apply to a prohibition on the sale of films recorded on video cassettes before a specified time had elapsed since the film was shown at cinemas. In this case the ECJ held that the prohibition was not intended to favour domestic production over production in other Member States, but to encourage cinematographic production as such, and that this justified a mandatory requirement. Correspondingly, the provision that videograms must be sold by specialised dealers applies equally to Norwegian and imported videograms. The requirement has not been introduced to protect Norwegian production, but to ensure the best possible implementation of cultural policy objectives in individual municipalities. Sales of videograms should be viewed as part of the general cultural activities in a municipality.

46. In the opinion of the Norwegian authorities, it is an important consequence of the subsidiarity principle that individual municipalities should, within certain limits, be free to determine how to provide the best possible range of cultural products for their inhabitants.

47. The need for a municipal provision requiring sales of videograms to take place through specialised dealers must be seen in this light. Such a requirement is made on the assumption that it will ensure a reasonable selection and variety of films. Furthermore, it is made to ensure that the public can receive a certain amount of expert guidance from the staff. A "specialised dealer" is precisely the type of sales channel that can meet these requirements. Thus, the Norwegian Government does not consider that this arrangement has a greater impact than needed to achieve

²⁰ See footnote 5.

²¹ See footnote 10.

oppfylt: (1) de må påvirke innenlandske produkter og produkter fra øvrige medlemsland likt, og (2) de må gjelde alle forhandlere som opptrer på det nasjonale territoriet.

41. Den norske regjering hevder at kravet om at videogrammer må selges gjennom faghandlere oppfyller disse kriteriene.

42. Det nasjonale kravet om at salg av videogrammer skal finne sted gjennom faghandlere er ikke utarbeidet for å regulere eller hindre samhandelen mellom medlemsstatene. Formålet med ordningen er å sikre at salget av videogrammer til forbrukere finner sted gjennom forhandlere som kan skaffe til veie et rimelig utvalg av filmer og et visst nivå av fagkunnskap blant betjeningen. Kommunene det her gjelder har bare regulert hvor videogrammer skal selges. Bestemmelsene påvirker ikke salget av produktet eller produktet som sådan. Det er grunnlag for å tolke avgjørelsene fra EF-domstolen som at disse baserer seg på et ønske om å forhindre unødvendig innblanding i en medlemsstats nasjonale lovgivning hvor tilgangen på det aktuelle markedet ikke påvirkes.

43. Et nasjonalt krav om at videogrammer bare skal selges gjennom særskilte forhandlere må innebære "et nasjonalt krav som begrenser eller forbyr bestemte former for salg" siden det regulerer hvor, hvordan og av hvem videogrammene skal selges.

44. Som et ikke-diskriminerende krav kan det begrunnes i kulturpolitiske, allmenne hensyn som går foran den frie varebevegelse. I saker hvor nasjonale ordninger innebærer restriksjoner på importen, er EF-domstolens praksis at slike tiltak kan aksepteres hvis de baseres på allmenne hensyn og hvis de er nødvendige og proposjonale i gjennomføringen av det allmenne hensynet.

45. Det vises særlig til EF-domstolens dom i *Cinéthèque*²¹ hvor den fant at forbudet i EF-traktaten artikkel 30 i prinsippet fikk anvendelse på et forbud mot å selge filmer tatt opp på videokassetter før en viss tid hadde gått etter at filmene var vist på kino. I denne saken slo EF-domstolen fast at forbudet ikke hadde til formål å favorisere innenlandsk produksjon i forhold til produksjonen i øvrige medlemsstater, men å oppmuntre til produksjon av film for kino som sådan, og at dette kunne begrunnes i allmenne hensyn. Tilsvarende gjelder kravet om at videogrammer bare må selges gjennom faghandlere såvel norske som importerte videogrammer. Kravet er ikke introdusert for å beskytte norksproduserte filmer, men for å sikre best mulig gjennomføring av kulturpolitikken i den enkelte kommune. Salg av videogrammer bør sees på som en del av den generelle kulturaktiviteten i en kommune.

46. Norske myndigheter er av den oppfatning at en viktig konsekvens av nærhetsprinsippet er å la de enkelte kommunene, innenfor visse grenser, selv bestemme den best mulige bredden i kulturelle produkter for deres innbyggere.

47. Behovet for et kommunalt krav om faghandel for å selge videogrammer må sees i lys av dette. Et slikt krav er basert på antagelsen at det vil sikre et rimelig utvalg og variasjon av filmer. Videre er det basert på at publikum kan motta en viss fagveiledning fra de ansatte. En "faghandel" er akkurat den type salgskanal som kan imøtekomme disse kravene. Derfor mener norske myndigheter at denne ordningen ikke har en større påvirkning enn nødvendig for å sikre den kulturpolitiske målsettingen som ligger bak den. Som i *Cinéthèque*²²-saken er ordningen basert på allmenne hensyn som er nødvendige og proposjonale.

²¹ Se fotnote 10

²² Se fotnote 10.

the cultural policy objectives underlying it. As in the *Cinéthèque*²² case, the arrangement is based on a mandatory requirement, which is necessary and proportionate.

48. To substantiate the statement that cultural policy objectives are recognised in Community law, the Norwegian Government refers to Council Directive 89/552/EEC (the TV Directive). This recognises the validity of cultural policy objectives in that it gives consideration to European production of television programmes and on the promotion of distribution and production of television programmes.

49. In the light of this, the Norwegian Government proposes the following answer to the question:

"Article 11 of the EEA Agreement does not prohibit a municipality from refusing permission for the retail sale of recorded video cassettes (videograms) on the grounds that such permission should only be granted to shops which can be characterised as specialised dealers for videograms".

The EFTA Surveillance Authority

50. *ESA* refers to a judgment of the EFTA Court²³ and to several judgments of the ECJ²⁴. It follows from these judgments that the case at hand calls for similar considerations to be made. Although the quoted judgments of the ECJ have been delivered after the signing of the EEA Agreement, the principles laid down in *Keck and Mithouard*²⁵ and the subsequent case law on the matter should also be applied in the context of the EEA. To take another view would imply opening the door to divergent policies in a field of vital importance for the achievement of the objectives of the EEA Agreement.

51. *ESA* notes that the system of requiring prior authorization for the retail sale of videograms, and of allowing for the granting of such authorization to be restricted to certain categories of dealers, cannot be seen as being designed to regulate trade between the EEA States.

52. As the system is only concerned with the sale and renting out of the products in question, it does not imply any requirements to be met by the products themselves. In the view of *ESA*, the licencing scheme remains under these circumstances outside the scope of Article 11 EEA if the scheme is applicable to all traders affected in Norway and if it affects in the same manner, in law and fact, the marketing of domestic products and of those from other EEA States. On the basis of the facts contained in the reference to the EFTA Court, it would seem that the national legislation at stake applies to all traders affected on the Norwegian market, and that it applies without any formal distinction according to the origin of the products concerned. There is also nothing to indicate that, in their application in practice, the provisions would affect products originating in another EEA State any differently from Norwegian products. This being so, the licensing scheme does not prevent the access to the Norwegian market of products originating in another EEA State or impede such access any more than it impedes the access of domestic products.

²² See footnote 10.

²³ Case E-1/94 *Restamark* [1994-1995] EFTA Court Report 17.

²⁴ Case C-8/74 *Procureur du Roi v. Dassonville* [1974] ECR 837; Joined Cases C-267/91 and C-268/91 *Keck and Mithouard* [1993] ECR I-6097; Joined Cases C-140/94, C-141/94 and C-142/94 *DIP and Others v. Comune di Bassano del Grappa and Comune di Chioggia* [1995] ECR I-3257; Case C-391/92 *Commission v. Greece* [1995] ECR I-1621.

²⁵ See footnote 24.

48. For å underbygge påstanden om at kulturpolitiske hensyn er akseptert i fellesskapsretten, viser Den norske regjering til Rådsdirektiv 89/552/EØF (TV-direktivet). Dette aksepterer verdien av kulturpolitiske målsettinger ved at det tar hensyn til europeisk produksjon av tv-programmer gjennom utviklingen og distribusjonen av tv-programmene.

49. I lys av dette foreslår Den norske regjering følgende svar på spørsmålet:

"EØS-avtalen artikkel 11 forbyr ikke en kommune å nekte tillatelse for detaljomsetning av innspilte videokassetter (videogrammer) begrunnet i at en slik tillatelse bare skal gis til butikker som kan karakteriseres som faghandlere av videogrammer."

EFTAs overvåkningsorgan

50. *EFTA overvåkningsorgan* viser til en dom av EFTA-domstolen²³ og en rekke dommer fra EF-domstolen²⁴. Det følger av disse dommene at tilsvarende betraktninger kan legges til grunn i nærværende sak. Selv om de nevnte dommer fra EF-domstolen er avsagt etter undertegningen av EØS-avtalen, bør prinsippet som statueres i *Keck og Mithouard*²⁵ og etterfølgende praksis på dette området få anvendelse i EØS-sammenheng. Å ta et annet standpunkt ville åpne for ulike retningslinjer på et område av vesentlig betydning for gjennomføringen av mål i EØS-avtalen.

51. EFTA overvåkningsorgan bemerker at et system som krever forhåndstillatelse for detaljsalg av videogrammer, og som tillater at denne tillatelsen begrenses til et viss kategori av forhandlere, ikke kan sees på som utarbeidet for å regulere samhandelen mellom medlemsstatene.

52. Så lenge systemet bare gjelder salg og utleie av produktene det her er snakk om, innebærer det ingen produktkrav. Etter EFTA overvåkningsorgans oppfatning faller konsesjonsordningen under disse omstendighetene utenfor anvendelsesområdet for EØS-avtalen artikkel 11 så lenge ordningen gjelder alle forhandlere i Norge og så lenge den rettslig og faktisk påvirker innenlandske produkter og produkter fra øvrige EØS-stater på samme måte. På bakgrunn av det faktum som fremgår av foreleggelsen for EFTA-domstolen, ser det ut til at den nasjonale lovgivningen det her er snakk om gjelder alle forhandlere som opererer på det norske markedet, og at den gjelder uten formell forskjell i forhold til produktenes opprinnelsessted. Det er heller intet som tyder på at praktiseringen av søknadssystemet påvirker produkter med opprinnelse i en annen EØS-stat forskjellig fra norske produkter. Når det ligger slik an, forhindrer ikke konsesjonsordningen tilgangen for andre EØS-staters produkter på det norske markedet, eller hindrer en slik tilgang i større grad enn den hindrer tilgangen for innenlandske produkter.

²³ Sak E-1/94 *Restamark* [1994-1995] EFTA Court Report 17.

²⁴ Sak C-8/74 *Procureur du Roi mot Dassonville* [1974] ECR 837; forente saker C-267/91 og C-268/91 *Keck og Mithouard* [1993] ECR I-6097; forente saker C-140/94, C-141/94 og C-142/94 *DIP and Others mot Comune di Bassano del Grappa and Comune di Chioggia* [1995] ECR I-3257; sak C-391/92 *Kommisjonen mot Hellas* [1995] ECR I-1621.

²⁵ Se fotnote 24.

53. ESA recalls that this conclusion must be seen in the light of the facts presented in the reference to the EFTA Court and that it will be for the national Court to establish all the facts necessary in order to rule on the case in accordance with the principles of the relevant case law.

54. ESA notes that, while the national legislation presented in the case would not in itself seem to imply any discrimination of traders or products of other EEA States, the legislation may well be implemented at local level, be this by means of municipal ordinances or through administrative practice, so as to afford protection to, or otherwise favour the marketing of, domestic products. If so, Article 11 EEA would be applicable in ESA's opinion .

The Commission of the European Communities

55. In the Opinion of the *Commission*, it follows from the relevant jurisprudence of the ECJ²⁶ that Article 30 EC does not apply where the effect on trade is too uncertain and indirect.

56. The Commission states that it does not follow explicitly from the questions put by the national court, in which way the licence system would affect trade between the contracting parties of the EEA Agreement and the EC Treaty. The Commission supposes the national Court's reason for referring to Article 11 EEA is that if the overall numbers of outlets for selling and renting out of video films are limited, the import of video films will also be affected. Given such a hypothesis, the Commission notes that although the national law relating to films may result in an overall limitation of trading licences, it does not necessarily produce a decrease in the number or value of goods imported and sold in Norway²⁷.

57. Even though one of the municipalities, as a ground for the rejection of the application by Nille, refers to the need to protect the already established local shops that are selling or renting video films from competition, this consideration does not eo ipso imply a discrimination between imported and domestic video films.

58. The Norwegian rules with regard to films and videograms do not lay down requirements concerning the goods as such by example, conditions with regard to size, composition or labelling of the video films. The rules do not discriminate in law between imported and domestic products. In the opinion of the Commission it is for the national Court to assess, based on the merits of the case, whether the rules may discriminate in fact. The objective of the measures is not to regulate trade in video films with other states, members of the EFTA or the European Communities.

59. In the view of the Commission the restrictive effect of a legislation requiring a licence by the municipal council in order to sell or rent out video films may not be regarded as being capable of hindering intra-Community trade in the sense of Article 11 EEA so long as, in law or in fact, it does not discriminate between imports and domestic products.

60. The Commission therefore proposes that the reply to the question submitted by the national Court should be as follows:

²⁶ Joined Cases C-140/94, C-141/94 and C-142/94 *DIP and Others v. Comune di Bassano del Grappa and Comune di Chioggia* [1995] ECR I-3257; Case C-379/92 *Peralta* [1994] ECR I-3453.

²⁷ Opinion of the Advocate General in Case C-142/94 *DIP and Others v. Comune di Bassano del Grappa and Comune di Chioggia* [1995] ECR I-3257 at point 68.

53. EFTA overvåkningsorgan minner om at denne konklusjonen må sees i lys av det faktum som er presentert i foreleggelsen for EFTA-domstolen og at det er opp til den nasjonale domstol å bringe på det rene alle fakta som er nødvendig for å treffe en avgjørelse overensstemmende med prinsippene som er fastslått i den relevante rettspraksis.

54. EFTA overvåkningsorgan bemerker at selv om den nasjonale lovgivningen som gjelder i denne saken i seg selv ikke ser ut til å innebære noen diskriminering av forhandlere eller produkter fra andre EØS-stater, kan lovgivningen praktiseres av kommunale myndigheter eller gjennom administrativ praksis slik at det innebærer en beskyttelse eller annen favorisering av omsetningen av innenlandske produkter. Hvis det er tilfelle, vil EØS-avtalen artikkel 11 etter EFTA overvåkningsorgans oppfatning være anvendelig.

Kommisjonen for De europeiske fellesskap

55. *Kommisjonen* hevder at det følger av relevant praksis fra EF-domstolen²⁶ at EF-traktaten artikkel 30 ikke får anvendelse når effekten på samhandelen er for usikker og indirekte.

56. Kommisjonen konstaterer at det ikke fremgår eksplisitt av spørsmålene fremsatt av den nasjonale domstol hvorvidt konsesjonsordningen vil påvirke handelen mellom avtalepartene i EØS-avtalen og EF-traktaten. Kommisjonen antar at den nasjonale domstols begrunnelse for å vise til EØS-avtalen artikkel 11 er at dersom det totale antall av utsalgssteder for salg og utleie av videofilmer begrenses, vil også importen av videofilmer påvirkes. Gitt en slik hypotese, bemerker Kommisjonen at selv om den nasjonale loven vedrørende film skulle resultere i en samlet begrensning i handelslisenser, vil ikke det nødvendigvis medføre en nedgang i antall eller verdi av varer importert og solgt i Norge.²⁷

57. Selv om en av kommunene som begrunnelse for avslaget til Nille refererte til behovet for å beskytte allerede etablerte lokale butikker som selger og leier ut videofilmer fra konkurranse, innebærer ikke dette hensynet *eo ipso* noen diskriminering mellom importerte og innenlandske videofilmer.

58. De norske reglene om film og videogrammer oppstiller ingen krav til varen som sådan, for eksempel krav til størrelse, sammensetning eller merking av videofilmene. Reglene diskriminerer ikke rettslig mellom importerte og innenlandske produkter. Etter Kommisjonens oppfatning er det opp til den nasjonale domstol å vurdere, basert på sakens opplysninger, om reglene faktisk diskriminerer. Målet med tiltakene er ikke å regulere handelen av videofilmer med andre stater, medlemmer av EFTA eller Det europeiske fellesskap.

59. Etter Kommisjonens oppfatning kan ikke virkningene av lovgivning som krever tillatelse fra et kommunestyre for salg eller utleie av videofilmer være egnet til å hindre samhandelen etter EØS-avtalen artikkel 11 så lenge den, rettslig eller faktisk, ikke diskriminerer mellom importerte og innenlandske produkter.

60. Kommisjonen foreslår derfor at svaret på spørsmålet fra den nasjonale domstol bør være følgende:

²⁶ Forente saker C-140/94, C-141/94 og C-142/94 *DIP and Others mot Comune di Bassano del Grappa og Comune di Chioggia* [1995] ECR I-3257; sak C-379/92 *Peralta* [1994] ECR I-3453.

²⁷ Uttalelse fra generaladvokaten i forente saker C-140/94, C-141/94 og C-142/94 *DIP and Others mot Comune di Bassano del Grappa og Comune di Chioggia* [1995] ECR I-3257 i premiss 68.

"Article 11 of the EEA Agreement is not to be interpreted as meaning that it prohibits a municipality from refusing a permission for the retail sale of recorded video cassettes (videograms) on the grounds that such permission should only be granted to shops which can be characterised as specialised dealers (speciality shops) for videograms and/or that expert knowledge should be built up by established dealers, so long as, in law or in fact, the national rules in question do not discriminate between domestic products and products imported from states member of the EFTA or the EU".

C. *Article 13 of the EEA Agreement*

The appellants

61. Counsel for *appellants* submits that Article 13 EEA is applicable if the licencing scheme and/or the municipalities' application should be regarded as being in conflict with Article 11 of the EEA Agreement. In the opinion of the appellants, the licencing scheme is a proportional measure. It is not used for arbitrary discrimination and does not represent a disguised restriction on trade. Furthermore it is justified on grounds of public morality and public policy.

62. The appellants propose the following answer to the question:

"Article 11 of the EEA Agreement, in conjunction with Article 13, does not prohibit a municipality from refusing permission for the retail sale of recored video cassettes (videograms) on the grounds that such permissions should only be granted to shops which can be characterised as specialised dealers (speciality shops) for videograms".

Nille AS

63. The *respondent* also refers to Article 13 EEA, to the effect that the restrictions must not constitute a means of arbitrary discrimination. By its nature, the existing licencing scheme allows for precisely this sort of discrimination, in that businesses are treated differently both within the same municipality, and from one municipality to another. This point is illustrated by the facts in the case at hand pending before the national court. In case of discriminating measures, Article 13 EEA does not apply.

64. The Ministry of Culture in Norway itself states that the licencing scheme today is irrelevant in the prevention of sales of illegal videograms. This shows that the licencing scheme can not be justified on the base of Article 13 EEA .

65. The *respondent* Nille proposes the following answer to the question:

"It is contrary to Article 11 of the EEA Agreement, read in conjunction with Article 13, for a municipality to refuse to grant permission for retail sales of pre-recorded videogram cassettes (videograms) on the grounds that such permits should only be given to businesses which may be characterised as being specialised dealers (speciality shops) for videograms and/or on the grounds that expert knowledge should be built up by established dealers."

"EØS-avtalen artikkel 11 skal ikke tolkes slik at den forbyr en kommune fra å nekte tillatelse for detaljomsetning av videokassetter (videogrammer) på bakgrunn av at slik tillatelse bare skal gis til butikker som kan karakteriseres som faghandlere (spesialbutikker) for videogrammer og/eller at fagkunnskap skal bygges opp av etablerte forhandlere så lenge, rettslig eller faktisk, de nasjonale bestemmelser det gjelder ikke diskriminerer mellom innenlandske produkter og importerte produkter fra medlemstater i EFTA eller EU."

C. *EØS-avtalen artikkel 13*

De ankende parter

61. Advokaten for de ankende parter hevder at EØS-avtalen artikkel 13 er anvendelig dersom konsesjonsordningen og/eller kommunenes praktisering antas å være i strid med artikkel 11. Etter de ankende parters oppfatning er konsesjonsordningen et forholdsmessig tiltak. Den brukes ikke til vilkårlig forskjellsbehandling og representerer ikke en skjult handelshindring. Videre kan den begrunnes i hensyn til offentlig moral og offentlig orden.

62. De ankende parter foreslår følgende svar på spørsmålet:

"EØS-avtalen artikkel 11, sammenholdt med artikkel 13, setter ikke forbud mot at en kommune kan nekte tillatelse til detaljsalg av innspilte videokassetter (videogrammer) med den begrunnelse at slike tillatelser bare bør gis til forretninger som kan karakteriseres som faghandlere (spesialbutikker) for videogrammer."

Nille

63. *Ankemosparten* viser også til EØS-avtalen artikkel 13 og kravet om at restriksjonene ikke må utgjøre vilkårlig forskjellsbehandling. Den eksisterende konsesjonsordningen tillater etter sin natur nettopp denne form for diskriminering, ved at ervervsdrivende behandles ulikt både innen samme kommune og fra kommune til kommune. Dette poenget illustreres ved de fakta som foreligger i saken som verserer for den nasjonale domstol. Ved diskriminerende tiltak får ikke EØS-avtalen artikkel 13 anvendelse.

64. Kulturdepartementet har selv fastslått at konsesjonsordningen i dag er uten betydning for å hindre salg av ulovlige videogrammer. Dette viser at konsesjonsordningen ikke kan begrunnes på bakgrunn av EØS-avtalen artikkel 13.

65. *Ankemosparten* foreslår følgende svar på spørsmålet:

"Det er i strid med EØS-avtalen artikkel 11, lest i sammenheng med artikkel 13, dersom en kommune nekter tillatelse til detaljsalg av innspilte videokassetter (videogrammer) med den begrunnelse at slik tillatelse bare bør gis til forretninger som kan karakteriseres som faghandlere (spesialbutikker) for videogrammer og/eller med den begrunnelse at fagkunnskap bør bygges opp hos allerede etablerte forhandlere."

The EFTA Surveillance Authority

66. In the opinion of *ESA* there is no need to consider in general whether a licencing system of the kind involved could be justified under Article 13 EEA. Nevertheless the Authority notes that, should the national Court find the refusal of licences at stake in the present case to be tainted with discriminatory elements and, accordingly, find them to constitute measures which have an effect equivalent to quantitative restrictions within the meaning of Article 11 EEA, then the national Court would also have to find them incompatible with that provision. Thus, cultural policy not being referred to in Article 13 EEA, there would appear no ground on which the measures could be justified under that provision. Moreover, the discriminatory elements would exclude the possibility of the measures being justified by an mandatory requirement of the kind recognized by the ECJ in *Cassis de Dijon*.

67. *ESA* proposes that the question referred to the EFTA Court should be answered as follows:

"Article 11 of the EEA Agreement is to be interpreted as not applying to national legislation making the retail sale of videograms subject to prior authorization and allowing for such authorization to be restricted to dealers specialized in videograms and/or dealers possessing certain expert knowledge, provided that the legislation applies to all affected traders and that it is not designed or applied so as to hinder the marketing of products from other EEA States any more than it hinders the marketing of domestic products".

Carl Baudenbacher
Judge-Rapporteur

EFTAs overvåkningsorgan

66. Etter *EFTA overvåkningsorgan*s oppfatning er det ikke nødvendig å vurdere generelt om en konsesjonsordning av den typen vi her står overfor kan begrunnes i EØS-avtalen artikkel 13. Ikke desto mindre bemerker overvåkningsorganet at dersom den nasjonale domstol skulle anse avslagene på tillatelser i nærværende sak å innebære diskriminerende elementer og følgelig utgjøre et tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner i henhold til EØS-avtalen artikkel 11, må den nasjonale domstol også finne dem uanvendelige i forhold til den bestemmelsen. Det vises ikke til kulturpolitikk i EØS-avtalen artikkel 13, og det synes ikke å være grunnlag i denne bestemmelsen for å rettferdiggjøre tiltakene. Videre ville de diskriminerende elementene utelukke muligheten for at tiltaket kan begrunnes i allmenne hensyn av den art EF-domstolen anerkjente i *Cassis de Dijon*.

67. EFTA overvåkningsorgan foreslår at spørsmålet forelagt for EFTA-domstolen bør besvares som følger:

"EØS-avtalen artikkel 11 skal tolkes slik at den ikke får anvendelse på nasjonal lovgivning som krever forhåndstillatelse for detaljomsetning av videogrammer og gir adgang til at slik tillatelse begrenses til faghandlere i videogrammer og/eller forhandlere har en visse fagkunnskap, forutsatt at lovgivningen gjelder alle berørte forhandlere og at den ikke er utformet eller praktisert for å hindre omsetningen av produkter fra andre EØS-stater mer enn den hindrer omsetningen av innenlandske produkter."

Carl Baudenbacher
Saksforberedende dommer

Case E-6/96

Tore Wilhelmsen AS v Oslo kommune

(Request for an advisory opinion from Oslo byrett (Oslo City Court), Norway)

*(Alcohol sales – State monopolies of a commercial character
– Free movement of goods)*

Advisory Opinion of the Court, 27 June 1997	56
Report for the hearing	79

Summary of the Advisory Opinion

1. The Advisory Opinion procedure is a specially-established means of co-operation between the EFTA Court and national courts aimed at providing the latter with necessary elements of EEA law to decide on the cases before them. However, it is not a procedure to answer general or hypothetical questions.

2. The wording of Article 11 of Protocol 3 EEA is to be interpreted as not excluding the application of Article 11 EEA to beer. An interpretation resulting in the exclusion of the products listed in Table I to Protocol 3 EEA would mean that an important part of the

product coverage of the Agreement would not come into force, or rather be postponed for a period of time, even if the exclusion were to be temporary. On the basis of Article 11 of Protocol 3, certain provisions of the Free Trade Agreement that were in force when the EEA Agreement entered into force would continue to apply, while provisions such as Article 11 EEA would not apply. Such a state of affairs would hardly be reconcilable with the purpose of the Agreement as set out in its preamble and reflected in its text as a whole, unless the will of the Contracting Parties was clearly expressed. It would also be in discord with Article 120 EEA.

Sak E-6/96

Tore Wilhelmsen AS mot Oslo kommune

(Anmodning om en rådgivende uttalelse fra Oslo byrett, Norge)

(Salg av alkohol – Statlige handelsmonopoler – Fri bevegelse av varer)

Rådgivende uttalelse fra Domstolen, 27 juni 1997.....	56
Rettsmøterapport.....	79

Sammendrag av den rådgivende uttalelsen

1. Ordningen med rådgivende uttalelser er et spesielt etablert middel for samarbeid mellom Domstolen og de nasjonale domstoler med det formål å forsyne de nasjonale domstoler med nødvendige EØS-rettslige elementer for at de skal kunne avgjøre saker som verserer for dem, men ikke en ordning for besvarelse av generelle eller hypotetiske spørsmål

2. Ordlyden i EØS-avtalen protokoll 3, artikkel 11, bør tolkes slik at den ikke utelukker anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 11. En tolkning som resulterer i en utelukkelse av de produkter som er oppført i protokoll 3, tabell I, ville

innebære at en viktig del av avtalens produktområde ikke ville bli virksom, eller rettere sagt, bli utsatt en tid selv om utelukkelsen ville være midlertidig. På grunnlag av protokoll 3, artikkel 11, ville visse bestemmelser i frihandelsavtalen som var gjeldende da EØS-avtalen trådte i kraft fortsatt få anvendelse, mens bestemmelser så som EØS-avtalen artikkel 11 ikke ville få anvendelse. En slik situasjon ville neppe være forenlig med EØS-avtalens formål som uttalt i dens fortale, og gjenspeilet i teksten som et hele, med mindre kontraktspartenes vilje hadde blitt klart uttrykt. Det ville også være i disharmoni med EØS-avtalen artikkel 120.

3. It is not necessary to state whether the Norwegian legislation setting out 4.75% alcohol by volume as a dividing line deals solely with a selling arrangement or not. As set out below, the Court has come to the conclusion that there are certain aspects of the Norwegian system, including the 4.75% demarcation, which give rise to discrimination between foreign and local beer brands. Even if the legislation does restrict the volume of sales and thereby also the volume of sales of products from other EEA States, the relevant question is whether it impedes the access to the market of products from other EEA States any more than it impedes the access of domestic products.

4. If a legally neutral dividing line can be shown to affect domestic and foreign products differently because of elements inherent in the patterns of production in different States, this may amount to discrimination between domestic and foreign products.

5. When national legislation provides for a wholesale licence, which is required to sell a product to Vinmonopolet, to be automatically granted to domestic producers of the product, this constitutes discrimination contrary to Article 11 EEA.

6. In so far as the legislation governing the activities of Vinmonopolet or the marketing of strong beer gives rise to discrimination which brings it within the scope of Article 11 EEA, it becomes necessary to examine the possible applicability of an exemption under Article 13 EEA.

7. To combat alcohol abuse constitutes a public health concern. There is no reason to doubt that there are social and health considerations behind the Norwegian alcohol policy and that a monopoly system for the retail sale of alcoholic beverages is motivated by those concerns. Article 13 would only cease to be applicable if the national court were to find, based on evidence before it that has not come before the Court, that the measures in question were aimed at protecting domestic production as compared to foreign production or at restricting trade between the Member States in a disguised way.

8. Article 16 EEA does not require the abolition of national monopolies of a commercial character but rather requires the monopolies to be adjusted so as to ensure that no discrimination regarding the conditions under which goods are procured and marketed exists between nationals of Member States. Provisions granting an exclusive right for retail sale of beer containing more than 4.75% alcohol by volume to Vinmonopolet form an inherent part of the regulations designing the system. These provisions must, therefore, be examined in light of Article 16 EEA. However, since the Court has come to the conclusion that this regulation forms a part of Norwegian alcohol policy and is, as such, justified under Article 13 EEA, the Court does not find it necessary to examine this issue further under Article 16.

9. A State retail monopoly that retains an exclusive right to sell products is in practice in a position

3. Det er ikke nødvendig å fastslå hvorvidt den norske loven, som oppstiller en grense på 4,75 volumprosent alkohol, utelukkende angår en salgsform eller ikke. Som det vil fremgå nedenfor, kommer Domstolen til den konklusjonen at det er visse sider av den norske systemet, inkludert grensen på 4,75%, som fører til forskjellsbehandling mellom utenlandske og lokale ølmerker. Selv hvor lovgivningen begrenser salgsvolumet og derigjennom også salgsvolumet av produkter fra andre medlemsstater, er det relevante spørsmål om den hindrer markedsadgangen for produkter fra andre EØS-stater i større grad enn den hindrer markedsadgangen for innenlandske produkter.

4. Dersom det kan påvises at en rettslig nøytral skillelinje påvirker innenlandske og utenlandske produkter forskjellig som følge av elementer som er innebygd i produksjonsmønstrene i forskjellige stater, kan dette føre til forskjellsbehandling mellom innenlandske og utenlandske produkter.

5. Når nasjonal lovgivning fastsetter at en engrossalgsbevilling som trenges for å kunne selge et produkt til Vinmonopolet automatisk tildeles innenlandske produsenter, innebærer dette en forskjellsbehandling i strid med EØS-avtalen artikkel 11.

6. I den utstrekning lovgivningen som styrer Vinmonopolets aktiviteter eller markedsføring av sterkøl leder til forskjellsbehandling som bringer den under anvendelsesområdet for EØS-avtalen artikkel 11,

blir det nødvendig å undersøke den mulige anvendelse av et unntak i EØS-avtalen artikkel 13.

7. Å bekjempe alkoholmisbruk utgjør et offentlig helseanliggende. Det er ingen grunn til å betvile at det er sosiale og helsemessige overveielser bak den norske alkoholpolitikken og at en monopolordning for detaljsalg av alkoholholdige drikkevarer er begrunnet i disse bekymringene. Artikkel 13 ville bare opphøre å være anvendelig hvis den nasjonale domstol skulle finne, basert på bevis for den som ikke er kommet frem for Domstolen, at tiltakene det er tale om hadde som mål å beskytte innenlandsk produksjon sammenlignet med utenlandsk produksjon eller å hindre handelen mellom medlemslandene på en skjult måte.

8. EØS-avtalen artikkel 16 krever ikke at statlige handelsmonopoler oppheves, men stiller heller krav om at monopolene skal tilpasses for å sikre at det ikke forekommer noen forskjellsbehandling av statsborgere fra medlemsstatene når det gjelder vilkårene for forsyning og avsetning. Bestemmelser som gir Vinmonopolet enerett til å selge øl med mer enn 4,75 volumprosent alkohol utgjør en del av de bestemmelser som former systemet. Disse bestemmelsene må derfor vurderes i lys av EØS-avtalen artikkel 16. Siden Domstolen imidlertid har kommet til den konklusjon at denne forskriften utgjør en del av norsk alkoholpolitikk og som sådan er begrunnet i EØS-avtalen artikkel 13, finner Domstolen det ikke nødvendig å vurdere

to discriminate against goods from other countries. This can happen not only in obvious ways, but also in day-to-day decisions about pricing, advertising and deliveries.

10. It is for the national court to assess whether this selection of products is based only on factors such as higher transport costs for

foreign beer, local taste or whether it is a result of a discriminatory application of the retail monopoly. In this context, the national court must take into account whether the method of selection is able to replace the market mechanism to the fullest possible extent.

spørsmålet nærmere i forhold til EØS-avtalen artikkel 16.

9. Et statlig detaljsalgsmonopol som opprettholder en enerett til å selge produkter er i praksis i en posisjon til å diskriminere mot varer fra andre stater. Dette kan skje ikke bare på åpenbare måter, men også i daglige beslutninger om prising, reklame og leveringer.

10 Det er opp til den nasjonale domstol å vurdere om innkjøps-

praksisen som følger av alkoholloven og forskrifter virker på en slik måte at det resulterer i forskjellsbehandling mellom innenlandske produsenter og utenlandske produsenter for sammenlignbare produkter. I denne sammenhengen må den nasjonale domstol ta i betraktning om metoden for utvelgelse er egnet til å erstatte markedsmekanismene så langt dette lar seg gjøre.

ADVISORY OPINION OF THE COURT

27 June 1997*

*(Alcohol sales – State monopolies of a commercial character
– Free movement of goods)*

In Case E-6/96

REQUEST to the Court under Article 34 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice by Oslo byrett (Oslo City Court) for an Advisory Opinion in the case pending before it between

Tore Wilhelmsen AS

and

Oslo kommune

on the interpretation of Articles 11, 13 and 16 of the EEA Agreement.

THE COURT,

composed of: Bjørn Haug, President, Thór Vilhjálmsson and Carl Baudenbacher (Rapporteur), Judges,

Registrar: Per Christiansen,

after considering the written observations submitted on behalf of:

- The plaintiff, Tore Wilhelmsen AS, represented by Counsel Bjørn Stordrange and Counsel Amund Brede Svendsen, Smith Grette Wille DA MNA;

* Language of the request for an Advisory Opinion: Norwegian.

RÅDGIVENDE UTTALELSE FRA DOMSTOLEN

27 juni 1997*

(Salg av alkohol - Statlige handelsmonopoler - Fri bevegelse av varer)

I sak E-6/96

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

Tore Wilhelmsen AS

og

Oslo kommune

om tolkningen av EØS-avtalen artikler 11, 13 og 16.

DOMSTOLEN,

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

Justissekretær: Per Christiansen,

etter å ha vurdert de skriftlige saksfremstillinger inngitt av:

- Saksøkeren, Tore Wilhelmsen AS, representert ved advokat Bjørn Stordrange og advokat Amund Brede Svendsen, advokatfirmaet Smith Grette Wille DA MNA;

* Språket i anmodningen om en rådgivende uttalelse: Norsk.

- The Government of the Kingdom of Norway, represented by Didrik Tønseth, Office of the Attorney General, acting as Agent;
- The Government of the Kingdom of Sweden, represented by Erik Brattgård, Director for Legal Affairs, Ministry for Foreign Affairs, acting as Agent;
- The EFTA Surveillance Authority, represented by Håkan Berglin, Director of the Legal and Executive Affairs Department, assisted by Rolf Helmich Pedersen, Officer of that Department, acting as Agent;
- The EC Commission, represented by Richard B. Wainwright, Principal Legal Adviser, and Michael Shotter, a national official seconded to the Commission under an arrangement for the exchange of officials, acting as Agents,

having regard to the Report for the Hearing,

after hearing the oral observations of Tore Wilhelmsen AS, the Norwegian Government, the Swedish Government, the EFTA Surveillance Authority and the EC Commission at the hearing on 7 March 1997,

gives the following

Advisory Opinion

- 1 By an order dated 26 July 1996, registered at the Court on 7 August 1996, Oslo byrett made a request for an Advisory Opinion in a case brought before it by Tore Wilhelmsen AS (“Wilhelmsen”) against the municipality of Oslo (“Oslo kommune”).
- 2 The case before the national court concerns the validity of the refusal of an application for a licence to sell beer containing more than 4.75% alcohol by volume (“strong beer”). On 10 May 1995, the plaintiff applied to Oslo kommune for a licence to sell such beer, which is covered by section 3-1, first paragraph, of the Norwegian Act no. 27 of 2 June 1989 on the sale of alcoholic beverages (“the Alcohol Act”). On 20 June 1995, Oslo kommune, acting in its capacity as the licensing authority under the Alcohol Act, decided not to process the application on the grounds that only retail outlets of A/S Vinmonopolet (“Vinmonopolet”) could sell strong beer.

- Den norske regjering, representert ved Didrik Tønseth, regjeringsadvokatens kontor, som partsrepresentant;
- Den svenske regjering, representert ved Erik Brattgård, direktør for juridiske saker, Utrikesdepartementet, som partsrepresentant;
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved direktør Håkan Berglin, avdeling for juridiske saker og eksekutivsaker, assistert av Rolf Helmich Pedersen, saksbehandler samme sted, som partsrepresentant;
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Richard B. Wainwright, hovedrådgiver i juridiske saker, og Michael Shotter, en nasjonal tjenestemann utlånt til Kommisjonen ifølge en ordning om utveksling av tjenestemenn, som partsrepresentanter,

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt de muntlige innleggene fra Tore Wilhelmsen AS, Den norske regjering, Den svenske regjering, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskap under høringen 7 mars 1997,

gir slik

Rådgivende uttalelse

- 1 Ved beslutning datert 26 juli 1996, registrert ved Domstolen 7 august 1996, har Oslo byrett bedt om en rådgivende uttalelse i en sak som Tore Wilhelmsen AS ("Wilhelmsen") har reist i byretten mot Oslo kommune.
- 2 Saken for den nasjonale domstol gjelder gyldigheten av avslaget på en søknad om bevilling for å selge øl som inneholder mer enn 4,75 volumprosent alkohol ("sterkøl"). Saksøker søkte den 10 mai 1995 Oslo kommune om bevilling for å selge den type øl som er omfattet av § 3-1 første ledd i den norske lov om omsetning av alkoholholdig drikk m.v. av 2 juni 1989 nr 27 ("alkoholloven"). Den 20 juni 1995 besluttet Oslo kommune, som bevillingsmyndighet etter alkoholloven, at søknaden ikke skulle behandles ettersom bare AS Vinmonopolets ("Vinmonopolet") detaljutsalg kan selge sterkøl.

- 3 Under Norwegian legislation, the retail sale of alcoholic beverages containing more than 2.5% alcohol by volume is governed by a licensing system which leaves it to the respective municipalities to decide whether alcoholic beverages may be sold in the municipality, how many licences are to be granted, who is to receive such a licence, etc. However, according to section 3-1, first paragraph, of the Alcohol Act, licences to sell spirits, wine and strong beer may only be granted to Vinmonopolet, a wholly State-owned company. Thus, Vinmonopolet has an exclusive right to the retail sale of such products through its outlets, which currently number 112. By contrast, alcoholic beverages with less than 2.5% alcohol by volume may be sold freely, while licences to sell beer containing between 2.5% and 4.75% alcohol by volume (“medium-strength beer”) may, according to section 3-1, second paragraph of the Alcohol Act, be granted to anyone who is entitled to trade under Norwegian trade legislation. Medium-strength beer is sold in approximately 4 500 stores.
- 4 Until 1 March 1993, strong beer was governed by the same rules as described above for medium-strength beer. Changes in the Norwegian Alcohol Act, introduced effective 1 March 1993, transferred the sale of all strong beer to the retail outlets of Vinmonopolet and away from private shops.
- 5 According to the Alcohol Act, Vinmonopolet may not itself produce or import alcoholic beverages containing more than 2.5% alcohol by volume. Vinmonopolet may only purchase such beverages from someone holding a production or wholesale licence granted by Norwegian authorities. A production licence gives the holder the right to engage in import and wholesale sales of the same type of product for which the production licence has been granted.
- 6 The procurement by Vinmonopolet and its product ranges for retail sale are governed by detailed rules, see in particular Regulation of 30 November 1995 on A/S Vinmonopolet’s Purchasing Activity etc. (“the Purchasing Regulation”), and Regulation of 16 January 1996 on a Board to Test A/S Vinmonopolet’s Purchases etc. (“the Test Board Regulation”), both issued by the Ministry of Health and Social Affairs.
- 7 Section 3-1, fifth paragraph, of the Alcohol Act states that Vinmonopolet has an obligation not to discriminate between suppliers and products on the basis of nationality or country of origin. Section 1-1 of the Purchasing Regulation states further that Vinmonopolet’s sales of spirits, wine and beer to the consumer shall, within the framework of the alcohol policy, take place on ordinary commercial terms and conditions and be adjusted to market demand and ensure equal treatment.
- 8 Under the Purchasing Regulation, products are allocated to one of four ranges of Vinmonopolet: the basic range, the limited-consignment range, the supplementary range and the test range. In addition, the retail monopoly is required to order any product requested by consumers which can be obtained from a wholesaler.

- 3 I henhold til norsk lovgivning er detaljsalget av alkoholholdige drikkevarer som inneholder mer enn 2,5 volumprosent alkohol undergitt en bevillingsordning som overlater til de respektive kommunene å avgjøre hvorvidt alkoholholdige drikkevarer kan selges i kommunen, hvor mange bevillinger som skal tildeles, hvem som skal få en slik bevilling m.v. I henhold til alkoholloven § 3-1, første ledd, kan imidlertid bevilling for salg av brennevin, vin og sterkøl bare gis Vinmonopolet, et statlig heleiet selskap. Vinmonopolet har således en enerett til detaljsalg av denne type produkter gjennom sine utsalg, som for tiden er 112 i tallet. I motsetning til dette selges alkoholholdige drikkevarer med en alkoholstyrke på mindre enn 2,5 volumprosent fritt, mens bevilling for salg av øl mellom 2,5 og 4,75 volumprosent alkohol ("middels sterkt øl") i henhold til alkoholloven § 3-1, andre ledd, kan tildeles alle som har handelsrett etter handelslovgivningen. Middels sterkt øl selges i ca 4500 butikker.
- 4 Inntil 1 mars 1993 var sterkøl undergitt de samme bestemmelser som er beskrevet ovenfor for middels sterkt øl. Endringer i alkoholloven, med virkning fra 1 mars 1993, overførte salget av alt sterkøl fra private butikker til Vinmonopolets detaljutsalg.
- 5 I henhold til alkoholloven kan Vinmonopolet ikke selv produsere eller importere alkoholholdige drikkevarer som inneholder mer enn 2,5 volumprosent alkohol. Vinmonopolet kan bare kjøpe slike drikkevarer fra de som har produksjons- eller engrossalgsbevilling tildelt av norske myndigheter. En produksjonsbevilling gir innehaveren rett til å importere eller selge en gros produkteter av samme type som er omfattet av produksjonbevillingen.
- 6 Vinmonopolets innkjøp og produktutvalg for detaljsalg er undergitt utførlige bestemmelser, se særlig forskrift av 30 november 1995 om A/S Vinmonopolets innkjøpsvirksomhet m.v. ("innkjøpsforskriften") og forskrift av 16 januar 1996 om nemnd for prøving av A/S Vinmonopolets beslutninger om innkjøp m.v. ("prøvenemndsforskriften"), begge utferdiget av Sosial- og helsedepartementet.
- 7 Alkoholloven § 3-1, femte ledd, fastsetter at Vinmonopolet er forpliktet til ikke å forskjellsbehandle leverandører og produkter på grunnlag av nasjonalitet eller opprinnelsesland. I innkjøpsforskriften § 1-1 er det videre fastsatt at Vinmonopolets salg av brennevin, vin og øl innenfor de alkoholpolitiske rammevilkår skal skje på vanlige forretningsmessige betingelser, tilpasses etterspørselen og sikre likebehandling.
- 8 I henhold til innkjøpsforskriften vil produkter bli plassert i ett av Vinmonopolets fire utvalg: basisutvalg, partiutvalg, tilleggsutvalg og testutvalg. I tillegg er detaljsalgsmONOpolet forpliktet til å bestille ethvert produkt som ønskes av forbrukerne og som kan leveres av en grossist.

- 9 Purchases for the basic range and limited-consignment range are made by Vinmonopolet after offers have been invited. Offers, excluding prices, are to be recorded in a register. Vinmonopolet may decide that a sensory product judgement shall take place, which shall be undertaken by Vinmonopolet's sensory tasting agency. The regulation states explicitly that Vinmonopolet is to treat all offers for the supply of goods on equal terms and that the composition of the basic range and limited-consignment range is to be based on an assessment of current and expected demand. If sales of a product in the basic range fall below the prescribed minimum volume, no further purchases of the product are to be made.
- 10 Each retail outlet is to stock a supplementary range for products not included in the basic or limited-consignment ranges, the composition of which is to reflect local demand. Vinmonopolet sets guidelines for the supplementary range, but each retail outlet's choice of products forms the basis of the supplementary range of that outlet. For all other product ranges, Vinmonopolet decides on product procurement. In exceptional circumstances, the Ministry of Health and Social Affairs may order Vinmonopolet to refrain from including a product in the product range or to refrain from purchasing a product if there are weighty alcohol policy grounds for so doing.
- 11 Vinmonopolet is to stock a test range and products from that range are to be stocked for sale by a representative portion of Vinmonopolet's retail outlets. If a product achieves a higher sale volume than a prescribed minimum, the product is to be purchased for inclusion in the basic range, but if the product achieves a lower sale volume than the prescribed minimum, unsold stocks are to be returned to the wholesaler for his account.
- 12 Vinmonopolet may require the wholesaler to deliver products to all retail outlets in the country and at the same price. Vinmonopolet sets prices, which are to be calculated on the basis of the wholesaler's delivery price plus a mark-up to cover costs and profit. Under the Test Board Regulation, a special board of four members has the powers to revoke any decision taken by Vinmonopolet in regard to price-setting, purchasing of a product or halting of further purchases, but the board may not test the commercial judgement of Vinmonopolet exercised within the framework of the Purchasing Regulation.
- 13 Under section 9-2 of the Alcohol Act, all advertising of alcoholic beverages is prohibited in Norway. The Ministry of Health and Social Affairs may issue regulations to delimit, supplement and implement the provision on prohibition of advertising of alcoholic beverages and may make exemptions from the prohibitions when special reasons so justify. All products of Vinmonopolet as described in Vinmonopolet's price list must, however, be available to everyone.

- 9 Innkjøp til basisutvalget og partiutvalget foretas av Vinmonopolet etter at tilbud er innhentet. Tilbudene, med unntak av priser, skal føres inn i et register. Vinmonopolet kan bestemme at en sensorisk produktbedømmelse skal finne sted, utført av Vinmonopolets sensoriske prøveinstans. Forskriften fastsetter uttrykkelig at Vinmonopolet skal behandle alle produkttilbud på like vilkår og at basis- og partiutvalget skal være sammensatt ut fra en vurdering av faktisk og forventet etterspørsel. Dersom salget av et produkt i basisutvalget faller inn under det foreskrevne minimumsvolum, skal videre innkjøp av produktet ikke foretas.
- 10 Hvert detaljutsalg skal lagerføre et tilleggsutvalg for produkter som ikke er representert i basis- eller partiutvalget, der sammensetningen skal gjenspeile den lokale etterspørselen. Vinmonopolet fastsetter retningslinjer for tilleggsutvalget, men hvert detaljutsalgs valg av produkter danner grunnlaget for sammensetningen av tilleggsutvalget i det enkelte utsalg. For alle andre produktutvalg bestemmer Vinmonopolet hvilke produkter som skal anskaffes. I ekstraordinære tilfeller kan Sosial- og helsedepartementet pålegge Vinmonopolet å unnlate å ta inn et produkt i produktutvalget eller å unnlate å kjøpe inn et produkt dersom tungtveiende alkoholpolitiske grunner tilsier det.
- 11 Vinmonopolet skal lagerføre et testutvalg og produktene fra dette utvalget skal lagerføres for salg i en representativ andel av Vinmonopolets detaljutsalg. Dersom et produkt oppnår et høyere salgsvolum enn det foreskrevne minimum skal produktet kjøpes inn til Vinmonopolets basisutvalg, men dersom salget av et produkt blir lavere enn det foreskrevne minimum skal usolgt lager returneres til grossisten for hans regning.
- 12 Vinmonopolet kan pålegge grossisten å levere produkter til alle detaljutsalg i landet og til samme pris. Vinmonopolet fastsetter prisene, som beregnes på grunnlag av grossistenes leveringspris tillagt et påslag for dekning av kostnader og fortjeneste. Ifølge prøvenemndsforordningen har en særskilt nemnd på fire medlemmer myndighet til å oppheve enhver beslutning truffet av Vinmonopolet om prisfastsettelse, innkjøp av et produkt eller om stansing av videre innkjøp, men nemnda kan ikke prøve det forretningsmessige skjønn som Vinmonopolet har utøvd innenfor innkjøpsforordningens rammer.
- 13 Ifølge alkoholloven § 9-2 er all reklame for alkoholholdig drikk forbudt i Norge. Sosial- og helsedepartementet kan gi forskrifter om avgrensning, utfylling og gjennomføring av bestemmelsen om forbud mot reklame av alkoholholdige drikkevarer og kan gjøre unntak fra forbudene når det foreligger særlige grunner. Alle Vinmonopolets produkter som er beskrevet i Vinmonopolets prisliste må være tilgjengelige for alle.

- 14 The Purchasing Regulation states that Vinmonopolet is to prepare an annual marketing and product plan, which is to be available to the public; likewise for the register of offers kept by Vinmonopolet. For the order range, section 6-1 stipulates that wholesalers are entitled to have products recorded in a special price list which is to be available at all outlets. There are no provisions in the Regulation allowing Vinmonopolet to advertise alcoholic beverages.
- 15 Oslo byrett, considering that it was necessary to interpret provisions of the EEA Agreement in order for it to reach a decision and pursuant to Article 34 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice (“Surveillance and Court Agreement”), submitted a request to the EFTA Court for an Advisory Opinion on the following questions:
1. *Is a refusal to grant a licence to sell beer containing more than 4.75 per cent alcohol by volume, with reference to the established exclusive right of Vinmonopolet, compatible with Article 16 of the EEA Agreement on State monopolies of commercial character?*
 2. *Is a refusal to grant a licence to sell beer containing more than 4.75 per cent alcohol by volume, with reference to the established exclusive right of Vinmonopolet, compatible with the principles of free movement of goods in Articles 11 and 13 of the EEA Agreement?*
 3. *Do EEA rules stipulate, to what extent it is the State or the municipality that is competent to decide applications for licences to sell alcohol, regardless of the content of the national legislative provisions on the competence given to municipalities to decide certain cases?*
 4. *Do EEA rules contain substantive provisions on the unconditional right of individuals to sell alcohol to the general public, regardless of national legislation stipulating a licensing system for the sale of all types of alcohol to the general public?*
- 16 Reference is made to the Report for the Hearing for a fuller account of the legal framework, the facts, the procedure and the submissions and arguments of the parties, which are mentioned or discussed hereinafter only in so far as is necessary for the reasoning of the Court.

Material scope of the EEA Agreement

- 17 Before the specific questions referred to the Court are addressed, some discussion of the rules on product coverage, which determine whether a specific product falls within the scope of the Agreement, is necessary.

- 14 I innkjøpsforskriften er det fastsatt at Vinmonopolet skal utarbeide en årlig markeds- og produktplan som skal være tilgjengelig for offentligheten. Det samme gjelder registeret over tilbud som føres av Vinmonopolet. For bestillingsutvalget fastsetter § 6-1 at grossister har rett til å få produkter registrert i en spesiell prislister som skal være tilgjengelig på alle utsalgssteder. Det er ingen bestemmelser i forskriften som tillater Vinmonopolet å avertere for alkoholholdige drikkevarer.
- 15 Oslo byrett, som fant det nødvendig å tolke bestemmelser i EØS-avtalen for å treffe en avgjørelse, anmodet EFTA-domstolen, i medhold av artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol ("Overvåknings- og domstolsavtalen"), om en rådgivende uttalelse på følgende spørsmål:
1. *Er en nektelse av å gi bevilling til salg av øl med høyere alkoholinnhold enn 4,75 volumprosent alkohol under henvisning til den etablerte enerett for Vinmonopolet forenlig med EØS-avtalens bestemmelser om statlige handelsmonopoler (EØS-avtalen artikkel 16)?*
 2. *Er en nektelse av å gi bevilling til salg av øl med høyere alkoholinnhold enn 4,75 volumprosent alkohol under henvisning til den etablerte enerett for Vinmonopolet forenlig med EØS-avtalens bestemmelser om fri vareflyt (EØS-avtalen artikler 11 og 13)?*
 3. *Inneholder EØS-reglene personelle bestemmelser om hvorvidt det er staten eller kommunen som er personelt ansvarlig for å avgjøre søknader om alkoholsalgbevilling, uavhengig av innholdet i den nasjonale retts regler om hvilke alkoholavgjørelser som er lagt til kommunene?*
 4. *Inneholder EØS-reglene materielle bestemmelser om at privatpersoner har en ubetinget rett til å selge alkohol til almenheten, uavhengig av at den nasjonale rett har innført konsesjonsplikt for alle typer alkoholsalg til almenheten?*
- 16 Det vises til rettsmøterapporten for en fyldigere beskrivelse av den rettslige ramme, de faktiske forhold, gangen i prosedyren og anførselene og argumentene til partene, som i det følgende bare vil bli omtalt og drøftet så langt det er nødvendig for Domstolens begrunnelse.

EØS-avtalens materielle anvendelsesområde

- 17 Før de konkrete spørsmålene som er forelagt Domstolen behandles, er det nødvendig med en drøftelse av bestemmelsene om produktdekningen, som fastslår hvorvidt et konkret produkt faller innenfor avtalens anvendelsesområde.

- 18 Article 8(3) EEA provides that, unless otherwise specified, the Agreement applies only to: (a) products falling within Chapters 25 to 97 of the so-called “Harmonized System” (HS), established in the International Convention on Harmonized Commodity Description and Coding System of 1983, excluding the products listed in Protocol 2 EEA; and (b) products specified in Protocol 3 EEA, subject to specific arrangements as set out in that Protocol.
- 19 Beer is not among the products listed in the above-mentioned Chapters of the HS, although “beer made from malt” is listed as product 2203 in Table I to Protocol 3 EEA.
- 20 Article 1 of Protocol 3 reads as follows:
- “Subject to the provisions of this Protocol and unless otherwise specified in the Agreement, the provisions of the Agreement shall apply to products listed in Tables I and II.”
- 21 Chapter II of Protocol 3 (Articles 2 to 9) deals with “Price compensation arrangements”. Article 2(1) reads:
- “In order to take account of differences in the cost of the agricultural raw materials used in the manufacture of the products specified in Table I, the Agreement does not preclude the application of price compensation measures to these products; that is the levying of variable components upon import and the granting of refunds upon export.”
- 22 The price compensation arrangement dealt with in Chapter II of Protocol 3 has not been brought to completion.
- 23 The situation in which the conditions for applying the price compensation system set out in Articles 3 to 9 of Protocol 3 EEA are not fulfilled is dealt with in Article 11 of Protocol 3 EEA, which states *inter alia*:
- “In so far as trade between an EFTA State and the Community in a product covered by the respective Table of Protocol No 2 of the Free Trade Agreement is concerned ... the provisions of the Protocol No 2 and Protocol No 3 of the respective Free Trade Agreement as well as all other relevant provisions of the Free Trade Agreement shall apply:
- if the product is listed in Table I but the conditions for the application of the system set out in Articles 3 to 9 are not fulfilled, or
 - if the product falls within HS Chapters 1 to 24 but is not listed in Table I or II, or
 - if the product is listed in Protocol 2 of this Agreement.”
- 24 The relationship between the EEA Agreement and the agreements before it came into force is regulated by Article 120 of the EEA Agreement which states *inter alia*:

- 18 EØS-avtalen artikkel 8(3) bestemmer at avtalen, med mindre noe annet er særskilt angitt, bare får anvendelse på (a) varer som hører inn under kapittel 25 til 97 i det såkalte "harmoniserte system" (HS), etablert gjennom Konvensjonen fra 1983 om det harmoniserte system for beskrivelse og koding av varer, med unntak av varer oppført i EØS-avtalen protokoll 2, og (b) varer oppført i protokoll 3 til EØS-avtalen, i samsvar med de særlige ordninger som er fastsatt i protokollen.
- 19 Øl er ikke blant de produktene som er oppført i de nevnte kapitlene i HS, men "øl fremstilt av malt" er oppført som produkt 2203 i tabell I til EØS-avtalen protokoll 3.
- 20 Protokoll 3, artikkel 1, lyder:
- "Med forbehold for bestemmelsene i denne protokoll og med mindre annet er særskilt angitt i avtalen, får bestemmelsene i avtalen anvendelse for varer oppført i tabell I og II."
- 21 Protokoll 3, kapittel II (artiklene 2 til 9), omhandler "Prisutjevningsordninger". Artikkel 2(1) lyder:
- "For å ta hensyn til forskjellene i kostnader for landbruksråvarer som brukes i produksjonen av varer oppført i tabell I, skal avtalen ikke være til hinder for å anvende prisutjevningstiltak for de nevnte varer, dvs. at det oppkreves variable avgifter ved innførsel og ytes refusjon ved utførsel."
- 22 Prisutjevningsordningen omhandlet i protokoll 3, kapittel II, er ikke slutført.
- 23 Den situasjonen der vilkårene for anvendelsen av prisutjevningsordningen i protokoll 3, artiklene 3 til 9, ikke er oppfylt, er omhandlet i protokoll 3, artikkel 11, som bl a fastsetter:
- "For så vidt angår handel mellom en EFTA-stat og Fellesskapet med en vare som hører inn under vedkommende tabell i protokoll 2 til frihandelsavtalen ... får bestemmelsene i protokoll 2 og protokoll 3 til vedkommende frihandelsavtale samt alle andre relevante bestemmelser i frihandelsavtalen anvendelse:
- dersom varen er oppført i tabell I, men vilkårene for å anvende bestemmelsene i artikkel 3 til 9 ikke er oppfylt, eller
 - dersom varen hører inn under kapittel 1 til 24 i tolltariffen (HS), men ikke er oppført i tabell I eller II, eller
 - dersom varen er oppført i protokoll 2 til avtalen."
- 24 Forholdet mellom EØS-avtalen og avtalene før den trådte i kraft er regulert av EØS-avtalen artikkel 120 som bl a fastsetter:

“Unless otherwise provided in this Agreement ... the application of the provisions of this Agreement shall prevail over provisions in existing bilateral or multilateral agreements binding the European Economic Community, on the one hand, and one or more EFTA States, on the other, to the extent that the same subject matter is governed by this Agreement.”

- 25 Among the joint declarations attached to the EEA Agreement there is a “Joint Declaration on the Relation between the EEA Agreement and Existing Agreements” which stipulates :

“The EEA Agreement shall not affect rights assured through existing agreements binding one or more EC Member States, on the one hand, and one or more EFTA States, on the other, or two or more EFTA States, such as among other agreements concerning individuals, economic operators, regional cooperation and administrative arrangements, until at least equivalent rights have been achieved under the Agreement.”

- 26 The Stockholm Convention and the Free Trade Agreements have not been terminated even if their application is limited as set out in Article 120 EEA or specially dealt with as in Article 11 of Protocol 3 of EEA. The lists of products in the Free Trade Agreements and the rules of origin are not exactly identical to what is found in the EEA Agreement. Protocol 2 to the Free Trade Agreement of 1973 between the EEC and Norway regulated the tariff treatment and internal price compensation arrangements for certain processed agricultural products. Table II to that protocol lists “beer made from malt” and lays down basic duties of NOK 2.00 per litre for beer in bottles and NOK 1.80 for beer in other containers.
- 27 It is common ground among the parties who have submitted observations to the Court that, in the present situation, the Contracting Parties may continue to apply the price compensation measures under the respective Free Trade Agreements.
- 28 However, it is disputed whether in this situation products listed in Table I to Protocol 3 EEA are generally excluded from the scope of the EEA Agreement until a new price compensation system has been agreed on – and are governed entirely by the above-mentioned instruments - or whether the general rules of the EEA Agreement apply, subject to the possibility of price compensation measures being applied under the respective Free Trade Agreements.
- 29 The first alternative is advocated by the *Government of Norway*, which *inter alia* submits that the limitations set out in Article 8 EEA are in accordance with the fact that the parties to the EEA Agreement did not intend to include agricultural policy in the ordinary co-operation of the European Economic Area and that market access for products listed in Protocol 3 was to be achieved in accordance with the conditions listed in that Protocol. It would be inconsistent to apply the general rules of the EEA Agreement as long as the price compensation measures in Protocol 3 are not yet applicable, as this would distort the carefully negotiated balance between rights and obligations relating to each of the products listed.

"Med mindre annet er bestemt i denne avtale ... skal bestemmelsene i denne avtale gå foran bestemmelsene i bestående bilaterale eller multilaterale avtaler som forplikter Det europeiske økonomiske fellesskap på den ene side og en eller flere EFTA-stater på den annen side, i den utstrekning det samme saksområde er regulert av denne avtale."

- 25 Blant de felleserklæringer som følger som vedlegg til EØS-avtalen finnes en "Felleserklæring om forholdet mellom EØS-avtalen og bestående avtaler" som lyder:

"EØS-avtalen skal ikke berøre rettigheter som er sikret gjennom bestående avtaler som er bindende for en eller flere av EFs medlemsstater på den ene side, og en eller flere EFTA-stater på den annen side, eller som er bindende for to eller flere EFTA-stater, blant annet avtaler som gjelder enkeltpersoner, markedsdeltakere, regionalt samarbeid og forvaltningsordninger, før minst tilsvarende rettigheter er oppnådd gjennom avtalen."

- 26 Stockholmskonvensjonen og frihandelsavtalene har ikke blitt avsluttet selv om deres anvendelse begrenses av EØS-avtalen artikkel 120, eller særskilt behandlet slik som forutsatt i EØS-avtalen protokoll 3, artikkel 11. Listen over produkter i frihandelsavtalens bestemmelser om opprinnelsessted er ikke helt identisk med hva som finnes i EØS-avtalen. Protokoll 2 til frihandelsavtalen mellom EF og Norge fra 1973 regulerte tollbehandlingen og interne prisutjevningsordninger for visse bearbeidede landbruksprodukter. Tabell II til denne protokollen oppregner "øl fremstilt av malt" og fastsetter en basisbeskatning på NOK 2,00 pr liter for øl i flasker og NOK 1,80 for øl i andre beholdere.
- 27 Det hersker enighet mellom de parter som har fremlagt synspunkter for Domstolen at kontraktpartene, i den foreliggende situasjon, kan fortsette å anvende prisutjevningstiltakene under de respektive frihandelsavtalene.
- 28 Det er imidlertid omtvistet hvorvidt denne situasjonen innebærer at produkter som er oppført i protokoll 3, tabell I, er generelt ekskludert fra EØS-avtalens anvendelsesområde inntil et nytt prisutjevningssystem er avtalt – og helt ut er dekket av de ovennevnte systemer – eller om EØS-avtalens generelle bestemmelser får anvendelse, under hensyn til muligheten for prisutjevningstiltak under de respektive frihandelsavtalene.
- 29 Det første alternativet er gjort gjeldende av *Den norske regjering*, som bl a hevder at begrensningene som følger av EØS-avtalen artikkel 8 svarer til det faktum at partene i EØS-avtalen ikke hadde til hensikt å inkludere landbrukspolitikk i det ordinære samarbeidet i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde og at markedsadgangen for produkter oppført i protokoll 3 skulle gjennomføres i samsvar med vilkårene oppført i denne protokollen. Det ville være inkonsekvent å anvende EØS-avtalens generelle bestemmelser så lenge prisutjevningstiltakene i protokoll 3 ennå ikke er anvendelige, da dette ville fordreie den nøyte forhandlede balansen mellom rettigheter og forpliktelser knyttet til hvert av de produktene som er oppført. Dessuten er dette synspunktet i

Moreover, this view is in keeping with general principles of international law as set out in Article 44 of the Vienna Convention on the Law of Treaties concerning the separability of treaty provisions and according to which treaty provisions may not be separable unless the treaty itself provides for such a solution or the Contracting Parties so agree. Based on this, Article 11 of Protocol 3 EEA solves the issue by clearly providing that the Free Trade Agreement will be applicable under such conditions. As it follows from Article 108 EEA and Article 34 of the Surveillance and Court Agreement that the Free Trade Agreement may not be interpreted by the EFTA Court, the Government of Norway invites the Court to declare the request from Oslo byrett inadmissible pursuant to Articles 88(1) and 96(2) of the Rules of Procedure of the EFTA Court.

- 30 *Wilhelmsen, the EFTA Surveillance Authority and the EC Commission* submit that the general rules of the EEA Agreement are applicable to products listed in Table I to Protocol 3 EEA, although the Contracting Parties may, pursuant to Article 11 of that Protocol, apply the price compensation measures provided for in the respective Free Trade Agreements until a new system has been negotiated and agreed upon. The main rule set out in Article 1 of Protocol 3 is not conditional upon concrete arrangements being negotiated for products in Table I, and the wording of Article 2(1) of the Protocol indicates that such measures are not required, only possible. The object and purpose of the EEA Agreement points to the same conclusion. The tables in Protocol 3 include goods of such importance to the overall working of the EEA system that their exclusion, even temporary, as advocated by the Norwegian Government, would upset the balance of benefits set out in the Agreement.
- 31 The *Court* finds that the wording of Article 8(3)(b) EEA (“subject to the specific arrangements set out in that Protocol”) could, read in isolation, be interpreted in the way suggested by the Government of Norway. However, the Court has not found such an interpretation to be tenable. Similarly, and even more clearly, the Court finds that the wording of Article 11 of Protocol 3 EEA should be interpreted as not excluding the application of Article 11 EEA.
- 32 Thus, it becomes necessary for the Court to render an interpretation of the provisions in question. The Court finds it appropriate to focus on the object and purpose of the EEA Agreement. An interpretation resulting in the exclusion of the products listed in Table I to Protocol 3 EEA would mean that an important part of the product coverage of the Agreement would not come into force, or rather be postponed for a period of time, even if the exclusion were to be temporary. On the basis of Article 11 of Protocol 3, certain provisions of the Free Trade Agreement that were in force when the EEA Agreement entered into force would continue to apply, while provisions such as Article 11 EEA would not apply. Such a state of affairs would hardly be reconcilable with the purpose of the Agreement as set out in its preamble and reflected in its text as a whole, unless the will of the Contracting Parties was clearly expressed. It would also be in discord with Article 120 EEA.

overensstemmelse med generelle prinsipper i folkeretten slik de fremgår av artikkel 44 i Wien-konvensjonen om traktatretten vedrørende adgangen til atskillelse av bestemmelser i en traktat. I følge denne kan ikke traktatbestemmelser anvendes separat med mindre traktaten selv åpner for en slik løsning eller kontraktspartene avtaler det. Basert på dette løser protokoll 3, artikkel 11, spørsmålet ved klart å bestemme at frihandelsavtalen kommer til anvendelse under slike omstendigheter. Siden det følger av EØS-avtalen artikkel 108 og Overvåknings- og domstolsavtalen artikkel 34 at frihandelsavtalen ikke kan tolkes av EFTA-domstolen, innbyr Den norske regjering Domstolen til å avvise anmodningen fra Oslo byrett i overensstemmelse med Rettergangsordning for EFTA-domstolen artikler 88(1) og 96(2).

- 30 *Wilhelmsen, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for de europeiske fellesskap* hevder at EØS-avtalens generelle bestemmelser er anvendelige på produkter oppført i protokoll 3, tabell I, selv om kontraktspartene ifølge artikkel 11 kan anvende prisutjevningstiltakene i de respektive frihandelsavtalene inntil et nytt system er ferdigforhandlet og avtalt. Hovedregelen i protokoll 3, artikkel 1, er ikke betinget av at det er forhandlet frem konkrete ordninger for produkter i tabell I, og ordlyden i protokollens artikkel 2(1) indikerer at slike tiltak ikke er et vilkår, bare en mulighet. Formålet med EØS-avtalen peker i retning av samme konklusjon. Tabellene i protokoll 3 omfatter varer av en slik viktighet for EØS-systemets funksjon at deres utelukkelse, selv midlertidig, som hevdet av Den norske regjering, ville forstyrre balansen av fordeler som følge av avtalen.
- 31 *Domstolen* finner at ordlyden i EØS-avtalen artikkel 8(3)(b) ("i samsvar med de særlige bestemmelser som er fastsatt i protokollen") isolert sett kunne tolkes i den retning som foreslått av Den norske regjering. Imidlertid har ikke Domstolen funnet en slik tolkning holdbar. Samtidig, og enda klarere, finner Domstolen at ordlyden i EØS-avtalen protokoll 3, artikkel 11, bør tolkes slik at den ikke utelukker anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 11.
- 32 Det blir således nødvendig for Domstolen å gi en tolkning av bestemmelsene det er tale om. Domstolen finner det hensiktsmessig å fokusere på formålet med EØS-avtalen. En tolkning som resulterer i en utelukkelse av de produkter som er oppført i protokoll 3, tabell I, ville innebære at en viktig del av avtalens produktområde ikke ville bli virksom, eller rettere sagt, bli utsatt en tid selv om utelukkelsen ville være midlertidig. På grunnlag av protokoll 3, artikkel 11, ville visse bestemmelser i frihandelsavtalen som var gjeldende da EØS-avtalen trådte i kraft fortsatt få anvendelse, mens bestemmelser så som EØS-avtalen artikkel 11 ikke ville få anvendelse. En slik situasjon ville neppe være forenlig med EØS-avtalens formål som uttalt i dens fortale, og gjenspeilet i teksten som et hele, med mindre kontraktspartenes vilje hadde blitt klart uttrykt. Det ville også være i disharmoni med EØS-avtalen artikkel 120.

33 Consequently, the Court finds that beer, being a product listed in Table I to Protocol 3 EEA, is governed by Articles 11, 13 and 16 EEA, subject to the special arrangements set out in Protocol 3 and subject to the possibility of the Contracting Parties applying the price compensation measures under the respective Free Trade Agreements between the Community and the EFTA States.

Admissibility of the third and fourth questions

34 Under Article 34, second paragraph, of the Surveillance and Court Agreement, a national court in an EFTA State may, if it considers it necessary to enable it to give judgment, request an advisory opinion from the EFTA Court.

35 In the present case, the national court explained its need for an advisory opinion with the observation that it is decisive for that court to know whether the refusal to grant licences to sell strong beer is compatible with the EEA Agreement.

36 It follows from the request that *Oslo kommune* has requested that the EFTA Court also give an opinion on question 3 and 4 above.

37 The *EFTA Surveillance Authority*, referring to the wording and the purpose of Article 34 of the Surveillance and Court Agreement, states that questions 3 and 4 are general and hypothetical and without relevance to the determination of the issue to be ruled on by the national court. By contrast, the relevance of answers to questions 1 and 2 for the determination of the issues to be ruled on by *Oslo byrett* is clear from the information contained in the reference to the EFTA Court.

38 In the view of the EFTA Surveillance Authority, questions 3 and 4 should be declared inadmissible.

39 The *Court* notes that it is not apparent from the request why the national court would need an answer to questions 3 and 4 to give judgment in the case pending before it. The facts submitted to the EFTA Court concerning the first and second questions are clear and accurate. By contrast, there is no information in the case file concerning questions 3 and 4. In stating the need for an advisory opinion on these two questions, the national court only refers to a request by one of the parties that these questions also be referred to the EFTA Court and offers no further clarification.

40 Under the circumstances, and bearing in mind that the advisory opinion is a specially-established means of co-operation between the EFTA Court and national courts aimed at providing the latter with necessary elements of EEA law to decide on the cases before them, but not a procedure to answer general or hypothetical questions, the request to answer questions 3 and 4 is found to be inadmissible.

- 33 Følgelig finner Domstolen at øl, som er et produkt oppført i protokoll 3, tabell 1, er undergitt EØS-avtalen artikkel 11, 13 og 16 i samsvar med de spesialordninger som er oppført i protokoll 3 og forutsatt muligheten for at kontraktspartene anvender prisutjevningstiltakene under de respektive frihandelsavtalene mellom Fellesskapet og EFTA-statene.

Avvisning av det tredje og fjerde spørsmålet

- 34 Etter Overvåknings- og domstolsavtalen artikkel 34, andre ledd, kan en nasjonal domstol i en EFTA-stat, om den anser det nødvendig for å avsi dom, anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse.
- 35 I den foreliggende sak har den nasjonale domstolen forklart sitt behov for en rådgivende uttalelse med det forhold at det er avgjørende for denne domstolen å vite om et avslag på tildeling av bevilling for salg av sterkøl er forenlig med EØS-avtalen.
- 36 Det følger av foreleggelsen at *Oslo kommune* har anmodet om at EFTA-domstolen også uttaler seg om spørsmål 3 og 4 ovenfor.
- 37 *EFTAs overvåkningsorgan* viser til ordlyden og formålet med Overvåknings- og domstolsavtalen artikkel 34 og uttaler at spørsmål 3 og 4 er generelle og hypotetiske og uten relevans for det tvistepunkt som skal avgjøres av den nasjonale domstol. Motsetningsvis er relevansen av svarene på spørsmålene 1 og 2 for avgjørelsen av saken for Oslo byrett klar på bakgrunn av den informasjon foreleggelsen for EFTA-domstolen inneholdt.
- 38 Etter EFTAs overvåkningsorgans oppfatning bør spørsmål 3 og 4 avvises.
- 39 *Domstolen* bemerker at det ikke fremkommer av anmodningen hvorfor den nasjonale domstolen ville trenge svar på spørsmålene 3 og 4 for å dømme i den saken som verserer for den. De fakta som er fremlagt for Domstolen hva gjelder det første og andre spørsmålet er klare og presise. Motsetningsvis er det ingen informasjon i saksdokumentene vedrørende spørsmål 3 og 4. Ved omtalen av behovet for en rådgivende uttalelse for disse to spørsmålene har den nasjonale domstolen bare vist til en anmodning fra en av partene om at også disse spørsmålene burde refereres til EFTA-domstolen uten å gi noen nærmere forklaring.
- 40 Under disse omstendighetene, og med tanke på at den rådgivende uttalelsen er et spesielt etablert middel for samarbeid mellom Domstolen og de nasjonale domstoler med det formål å forsyne de nasjonale domstoler med nødvendige EØS-rettslige elementer for at de skal kunne avgjøre saker som verserer for dem, men ikke en prosedyre for besvarelse av generelle eller hypotetiske spørsmål, avvises anmodningen om å besvare spørsmål 3 og 4.

The second question

a) *Article 11 EEA*

- 41 By its second question, which the Court finds should be dealt with first, the referring court seeks, *inter alia*, to ascertain whether the exclusive right of Vinmonopolet to sell beer containing more than 4.75% alcohol by volume is a measure prohibited by Article 11 of the EEA Agreement.
- 42 Article 11 EEA reads as follows:
- “Quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect shall be prohibited between the Contracting Parties.”
- 43 Article 11 EEA is identical in substance to Article 30 EC. Thus Article 6 EEA and Article 3(2) of the Surveillance and Court Agreement are applicable when interpreting Article 11 EEA.
- 44 With regard to Article 30 EC, the ECJ has consistently held that any measure which is capable of, directly or indirectly, actually or potentially, hindering intra-Community trade constitutes a measure having equivalent effect to a quantitative restriction within the meaning of that provision: see, in particular, Case 8/74 *Procureur du Roi v Dassonville* [1974] ECR 837 (hereinafter “*Dassonville*”).
- 45 The ECJ has further held that trade between Member States is not likely to be impeded, directly or indirectly, actually or potentially, within the meaning of the *Dassonville* judgment, cited above, by the application to products from other Member States of national provisions restricting or prohibiting certain selling arrangements, so long as those provisions apply to all relevant traders operating within the national territory and so long as they affect in the same manner, in law and in fact, the marketing of domestic products and of those from other Member States. Where those conditions are fulfilled, the application of such rules to the sale of products from other Member States which meet the rules laid down by that State is not by nature such as to prevent access to the market or to impede access any more than it impedes the access of domestic products. Such rules, therefore, fall outside the scope of Article 11 EEA: see the judgments of the ECJ in Joined Cases C-267/91 and C-268/91 *Keck and Mithouard* [1993] ECR I-6097 (hereinafter “*Keck*”), paragraphs 16 and 17; Case C-292/92 *Hünemann and Others* [1993] ECR I-6787, paragraph 21; Case C-412/93 *Leclerc-Siplec v TFI Publicité and M6 Publicité* [1995] ECR I-179; Case C-63/94 *Belgapom ITM and Vocarex* [1995] ECR I-2467, paragraph 12; and Case C-387/93 *Banchemo* [1995] ECR I-4663 (hereinafter “*Banchemo*”).
- 46 The ECJ has also held in *Banchemo*, cited above, that the reasoning in *Keck* could be applied to the Italian prohibition on the retail sale of manufactured tobacco products otherwise than through authorised outlets. The fact that the legislation

*Det andre spørsmålet**a) EØS-avtalen artikkel 11*

- 41 Med sitt andre spørsmål, som Domstolen finner bør behandles først, søker den nasjonal domstolen bl a å bringe på det rene hvorvidt Vinmonopolets enerett til å selge øl som inneholder mer enn 4,75 volumprosent alkohol er et tiltak i strid med EØS-avtalen artikkel 11.
- 42 EØS-avtalen artikkel 11 lyder:
- "Kvantitative importrestriksjoner og alle tiltak med tilsvarende virkning skal være forbudt mellom avtalepartene."
- 43 EØS-avtalen artikkel 11 er innholdsmessig identisk med EF-traktaten artikkel 30. EØS-avtalen artikkel 6 og Overvåknings- og domstolsavtalen artikkel 3(2) er således anvendelige ved tolkningen av EØS-avtalen artikkel 11.
- 44 Med hensyn til EF-traktaten artikkel 30 har EF-domstolen konsekvent lagt til grunn at ethvert tiltak som direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt, hindrer samhandelen, utgjør et tiltak med tilsvarende effekt som en kvantitativ importrestriksjon i henhold til denne bestemmelsen, se særlig sak 8/74 *Procureur du Roi mot Dassonville* [1974] ECR 837 (heretter "*Dassonville*").
- 45 EF-domstolen har videre slått fast at det ikke er sannsynlig at handelen mellom medlemsstatene blir hindret, direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt, i *Dassonville*-dommens forstand, ved anvendelsen av nasjonale bestemmelser som hindrer eller forbyr visse salgsformer på produkter fra andre medlemsstater, så lenge disse bestemmelsene får anvendelse på alle berørte næringsdrivende som opptrer på det nasjonale territoriet og så lenge de, rettslig og faktisk, påvirker omsetningen av innenlandske produkter og produkter fra andre medlemsland likt. Når disse vilkårene er oppfylt, er anvendelsen av slike bestemmelser på salg av produkter fra andre medlemsstater ikke etter sin art egnet til å hindre adgangen til markedet eller å hindre adgangen i større grad enn den hindrer adgangen for innenlandske produkter. Slike bestemmelser faller derfor utenfor anvendelsesområde til EØS-avtalen artikkel 11, se EF-domstolens dommer i forente saker C-267/91 og C-268/91 *Keck og Mithouard* [1993] ECR I-6097 (heretter "*Keck*"), avsnitt 16 og 17; sak C-292/92 *Hünermund med flere* [1993] ECR I-6787, avsnitt 21; sak C-412/93 *Leclerc-Siplec mot TF1 Publicité og M6 Publicité* [1995] ECR I-179; sak C-63/94 *Belgapom ITM og Vocarex* [1995] ECR I-2467, avsnitt 12; og sak C-387/93 *Banchemo* [1995] ECR I-4663 (heretter "*Banchemo*").
- 46 EF-domstolen fant også i *Banchemo*, som er nevnt ovenfor, at begrunnelsen i *Keck* kunne gis anvendelse på det italienske forbudet mot detaljsalg av bearbejdede tobakksprodukter annet enn gjennom autoriserte utsalg. Det faktum

was limited to specific products, namely manufactured tobacco products, did not prevent from being considered as concerning a selling arrangement.

- 47 The ECJ adopted a similar approach in Case C-391/92, *Commission v Greece* [1995] ECR I-1621, concerning a requirement under Greek law that processed milk for infants should be sold exclusively by pharmacies.
- 48 In the opinion of *Wilhelmsen*, the retail monopoly of Vinmonopolet does not satisfy the conditions set out in the above-mentioned judgment in *Keck*. This view is based on a number of circumstances, most essentially that the relevant legislation contains product requirements, as opposed to selling arrangements, that the *Keck* exemption is not applicable where there is a clear restriction on trade, and that both the legislation and the practices of Vinmonopolet contain elements that discriminate against strong beer imported from other EEA States as compared to strong beer produced in Norway.
- 49 The *Norwegian Government*, the *Swedish Government*, the *EFTA Surveillance Authority* and the *EC Commission* all submit that the monopoly should be assessed in accordance with the criteria established by the ECJ in *Keck* and subsequent judgments applying the same principles, and that the retail monopoly is not contrary to Article 11 EEA so long as, in law and in fact, the national rules in question do not distinguish between domestic products and products imported from other EEA States and all traders are affected in the same way.
- 50 The *Court* finds that it is not necessary to state whether the Norwegian legislation setting out 4.75% alcohol by volume as a dividing line deals solely with a selling arrangement or not. As set out below, the Court has come to the conclusion that there are certain aspects of the Norwegian system, including the 4.75% demarcation, which give rise to discrimination between foreign and local beer brands. Accordingly, it becomes necessary in this case to deal with Articles 11 and 13 EEA.
- 51 Even if the legislation does restrict the volume of sales and thereby also the volume of sales of products from other EEA States, the relevant question is whether it impedes the access to the market of products from other EEA States any more than it impedes the access of domestic products.
- 52 With respect to strong beer then, the question is whether the Norwegian system for distribution of strong beer affects in the same manner, in law and in fact, the marketing of domestic products and of those from other EEA States.
- 53 Counsel for *Wilhelmsen* have pointed to several elements of the Norwegian legislation which, in their opinion, amount to discrimination against beer originating from other EEA States as compared to beer produced in Norway.
- 54 First, *Wilhelmsen* argues that the Norwegian legislation setting the limit between medium-strength beer and strong beer at 4.75% alcohol by volume is without a

at loven var begrenset til særskilte produkter, nemlig bearbejdede tobaksprodukter, utelukkende ikke at den ble ansett som å vedrøre en salgsform.

- 47 EF-domstolen anla en lignende innfallsvinkel i sak C-391/92, *Kommisjonen mot Hellas* [1995] ECR I-1621, som gjaldt et krav i gresk lovgivning om at tilvirket spedbarnemelk utelukkende skulle selges gjennom apotek.
- 48 Etter *Wilhelmsens* oppfatning oppfyller ikke Vinmonopolets detalj salgsmonopol vilkårene oppstilt i *Keck*-avgjørelsen, som er nevnt ovenfor. Dette synspunktet er basert på en rekke omstendigheter, mest vesentlig at den relevante lovgivningen rommer produktkrav i motsetning til en salgsordning, at *Keck*-unntaket ikke er anvendelig hvor det foreligger en klar handelshindring og at såvel lovgivningen som Vinmonopolets praksis inneholder elementer av forskjellsbehandling av sterkøl importert fra andre EØS-stater sammenlignet med sterkøl produsert i Norge.
- 49 *Den norske regjering, Den svenske regjering, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for de europeiske fellesskap* gjør alle gjeldende at monopolet bør vurderes i overensstemmelse med de kriterier EF-domstolen har etablert i *Keck* og i senere dommer som anvender de samme prinsippene, og at detalj salgsmonopolet ikke er i strid med EØS-avtalen artikkel 11 så lenge de nasjonale bestemmelsene verken rettslig eller faktisk skiller mellom innenlandske produkter og produkter importert fra andre EØS-stater og at alle involverte næringsdrivende påvirkes på samme måte.
- 50 *Domstolen* finner det ikke nødvendig å fastslå hvorvidt den norske loven som oppstiller en grense på 4,75 volumprosent alkohol utelukkende angår en salgsform eller ikke. Som det vil fremgå nedenfor, kommer Domstolen til den konklusjonen at det er visse sider av den norske systemet, inkludert grensen på 4,75%, som fører til forskjellsbehandling mellom utenlandske og lokale ølmerker. Følgelig er det i denne saken nødvendig å vurdere EØS-avtalen artikler 11 og 13.
- 51 Selv hvor lovgivningen begrenser salgsvolumet og derigjennom også salgsvolumet av produkter fra andre medlemsstater, er det relevante spørsmål om den hindrer markedsadgangen for produkter fra andre EØS-stater i større grad enn den hindrer markedsadgangen for innenlandske produkter.
- 52 Med hensyn til sterkøl er da spørsmålet hvorvidt den norske systemet for distribusjon av sterkøl rettslig og faktisk påvirker markedsføringen av innenlandske produkter og produkter fra andre EØS-stater på samme måte.
- 53 *Wilhelmsens* advokater har pekt på flere elementer i den norske lovgivningen som etter deres mening leder til forskjellsbehandling av øl med opprinnelse i andre EØS-stater sammenlignet med norskprodusert øl.
- 54 For det første argumenterer *Wilhelmsen* med at den norske loven, som setter grensen mellom middels sterkt øl og sterkøl ved 4,75 volumprosent alkohol, er

logical or technical basis and is arbitrary compared to the rules applied in the rest of the EEA Member States. Medium-strength beer, in many countries, contains between 4.5% and 6.0% alcohol by volume. In their written observations, counsel for Wilhelmsen have argued that the limit is a non-discriminatory measure having a restrictive effect on trade. At the oral hearing, they expressed the opinion that this has a discriminatory effect since, even though it is legally neutral, it gives rise to de facto discrimination against the European brewery industry.

- 55 As already described in paragraph 3 *et seq* of this Advisory Opinion, in Norway medium-strength beer is sold to consumers in groceries and other types of commercial establishments that have been granted a sales licence by the municipality where they are located. It appears from the case file that the number of licensed outlets is now roughly 4 500. Strong beer is sold only in Vinmonopolet outlets, which at present number 112 in all. It is clear that it is, in practice, more difficult to buy strong beer than the weaker beer products.
- 56 It appears that the demarcation between strong and medium-strength beer – 4.75% alcohol by volume – was introduced early this century as a dividing line between two different tax categories and not with the purpose of discriminating against imported beer. The established dividing line was also found to be suitable for the demarcation of stronger beer which was to be made subject to specific sales restrictions. Such a demarcation is necessarily a matter of discretion, and it is to be noted that other countries have discretionarily used other percentages: Iceland, for instance, has set a corresponding dividing line at 2.25%.
- 57 Nevertheless, if a legally neutral dividing line can be shown to affect domestic and foreign products differently because of elements inherent in the patterns of production in different States, this may amount to discrimination between domestic and foreign products. The Court assumes that the predominant alcohol content of beer produced in the Member States of the European Union is somewhere in the area of 5% to 5.5% (see European Commission Case IV/M.582 - Orkla/Volvo - OJ No L 66, 16.3.96, page 17). Although the production patterns for beer would primarily be attuned to the preferences of the local consumer markets, a retail system which severely restricts the marketing in Norway of important parts of the production in EU and other EEA countries must, under the circumstances of this case, be considered to give rise to discrimination against foreign products contrary to Article 11 EEA. Consequently, it becomes necessary to examine whether that discrimination is justified under Article 13 of the EEA Agreement, see below.
- 58 Secondly, it is submitted that the Norwegian legislation forces goods produced in another EEA State to be distributed through an additional level of distribution as compared to domestic products.
- 59 This submission of Wilhelmsen refers to the fact that Vinmonopolet may not import on its own and is only allowed by law to purchase products from a holder of a wholesale or production licence granted by Norwegian authorities. The

uten noe logisk eller teknisk grunnlag og at den er vilkårlig sammenlignet med bestemmelsene som anvendes i de øvrige EØS-medlemstatene. I mange land inneholder middels sterkt øl mellom 4,5 og 6 volumprosent alkohol. I deres skriftlige saksfremstilling har Wilhelmsens advokater argumentert med at grensen er et ikke-diskriminerende tiltak som virker handelshindrende. Under den muntlige høringen uttrykte de den oppfatning at dette har en diskriminerende effekt, selv om den rettslig er nøytral, fordi den forårsaker faktisk diskriminering mot den europeiske bryggeri-industrien.

- 55 Som allerede beskrevet i avsnitt 3 flg i denne rådgivende uttalelsen selges middels sterkt øl i Norge til forbrukere i dagligvareforretninger og andre typer av kommersiell virksomhet som har fått salgsbevilling av den kommunen der de er lokalisert. Det fremgår av saksdokumentene at antall konsesjonsbelagte utsalgssteder er omtrent 4500. Sterkøl selges bare gjennom Vinmonopolets utsalgssteder som for tiden teller i alt 112. Det er klart at det i praksis er vanskeligere å kjøpe sterkøl enn svakere ølprodukter.
- 56 Det fremgår at grensen mellom sterkøl og middels sterkt øl – 4,75 volumprosent alkohol – ble introdusert tidlig i dette århundret som en skillelinje mellom to forskjellige skatte kategorier og ikke med formål å forskjellsbehandle importert øl. Den etablerte skillelinjen ble også funnet egnet ved avgrensningen av sterkøl som skulle undergis særskilte salgstreksjoner. En slik gresedragning er nødvendigvis et spørsmål om skjønn, og det må bemerkes at andre land skjønnsmessig har brukt andre prosent. For eksempel har Island satt den tilsvarende skillelinjen ved 2,25%.
- 57 Men uansett dette, dersom det kan påvises at en rettslig nøytral skillelinje påvirker innenlandske og utenlandske produkter forskjellig som følge av elementer som er innebygd i produksjonsmønstrene i forskjellige stater, kan dette føre til forskjellsbehandling mellom innenlandske og utenlandske produkter. Domstolen antar at det fremherskende alkoholinnhold i øl produsert i EUs medlemsstater er et sted i området mellom 5% og 5,5% (se Kommisjonen for de europeiske fellesskap, sak IV/M.582 – Orkla/Volvo – EFT nr L 66, 16.3.96, side 17). Selv om produksjonsmønstrene for øl primært er tilpasset preferansene i de lokale forbruksmarkeder, må et salgssystem som i sterk grad hindrer markedsføringen i Norge av viktige deler av produksjonen i EU og andre EØS-land, etter forholdene i denne sak, anses å føre til diskriminering mot utenlandske produkter i strid med EØS-avtalen artikkel 11. Følgelig er det nødvendig å vurdere hvorvidt denne forskjellsbehandlingen kan begrunnes i EØS-avtalen artikkel 13, se nedenfor.
- 58 For det andre er det hevdet at den norske loven tvinger varer produsert i en annen EØS-stat til å distribueres gjennom et ekstra distribusjonsledd sammenlignet med innenlandske produkter.
- 59 Denne anførselen fra Wilhelmsens side har sammenheng med det faktum at Vinmonopolet ikke kan importere selv og etter loven bare har anledning til å

conditions for obtaining a wholesale or production licence are set out in Chapter 3 A of the Alcohol Act. A wholesale licence gives the right to engage in import, export and wholesale sales of all alcoholic beverages in Norway (unless restricted to certain product types). A production licence gives the right to produce the designated products and, additionally, a wholesale licence for its own products as well as for other products of the same type as covered by the production licence. It follows that a holder of a Norwegian production licence may sell its products directly to Vinmonopolet, whereas a producer in another EEA State would either have to obtain a Norwegian wholesale licence or go through a licensed wholesaler in Norway in order to sell its products to Vinmonopolet.

- 60 Wilhelmsen also contends that the Regulation of 30 November 1995 on Wholesales and Production of Beverages Containing Alcohol, supplementing chapter 3A in the Alcohol Act, and guidelines issued by the Norwegian Directorate for the Prevention of Alcohol and Drug Problems impose strict conditions for obtaining a wholesale licence. This, combined with the way the authorities practise the licensing conditions, make it impossible for a foreign company to get a wholesale licence in Norway. Consequently, a foreign manufacturer has to be represented in Norway by a company or an individual with a wholesale licence in order for its products to be offered for sale to Vinmonopolet and thereby resale to consumers.
- 61 As for the first of these arguments, it is evident that the licensing provisions make a distinction between domestic and foreign producers of beer, inasmuch as domestic producers do not need to go through the procedures of applying separately for a wholesale licence or, alternatively, to sell through another wholesale licence holder in order to sell strong beer to Vinmonopolet.
- 62 When national legislation provides for a wholesale licence, which is required to sell a product to Vinmonopolet, to be automatically granted to domestic producers of the product, this constitutes discrimination contrary to Article 11 EEA. It must also be considered, in this respect, that a foreign producer is subject to additional costs compared to a domestic producer, if it manages to get a wholesale licence in Norway at all. The provision is apt to place a foreign producer at a disadvantage in the marketing of its product, as the retail price is determined based on a wholesaler's delivery price.
- 63 With this finding, it becomes necessary to examine whether such discrimination is justified under Article 13 EEA, see below.
- 64 As for Wilhelmsen's second group of arguments, it would clearly constitute discrimination and therefore a violation of Article 11 EEA if it were to be proven that the way in which the authorities practise the licensing conditions for obtaining a wholesale licence makes it impossible for a foreign company to get a wholesale licence in Norway.

kjøpe produkter fra en innehaver av en engrossalgs- eller produksjonsbevilling utstedt av norske myndigheter. Vilkårene for å få en engrossalgs- eller produksjonsbevilling følger av alkoholloven kapittel 3A. En engrossalgsbevilling gir rett til å utøve import, eksport og engrossalg av alle typer alkoholholdige drikkevarer (med mindre den er begrenset til visse produkttyper). En produksjonsbevilling gir rett til å produsere de angitte produktene og gir i tillegg en engrossalgsbevilling for egne produkter så vel som for andre produkter av samme type som produksjonsbevillingen omfatter. Av dette følger at en innehaver av en norsk produksjonsbevilling kan selge sine produkter direkte til Vinmonopolet, mens en produsent i en annen EØS-stat enten må skaffe seg en norsk engrossalgsbevilling eller gå via en grossist i Norge med bevilling for å kunne selge sine produkter til Vinmonopolet.

- 60 Wilhelmsen hevder også at forskriften av 30 november 1995 om engrossalg og produksjon av alkoholholdige drikkevarer, som supplerer alkoholloven kapittel 3A, samt retningslinjer gitt av Rusmiddeldirektoratet, oppstiller strenge vilkår for å få en engrossalgsbevilling. Dette, sammen med måten myndighetene praktiserer bevillingsvilkårene på, gjør det umulig for et utenlandsk selskap å få en engrossalgsbevilling i Norge. Følgelig må en utenlandsk produsent representeres i Norge av et selskap eller en privatperson med engrossalgsbevilling for å tilby sine produkter for salg på Vinmonopolet og derigjennom salg til forbrukerne.
- 61 Når det gjelder det første av disse argumentene, er det klart at bevillingsbestemmelsene skiller mellom innenlandske og utenlandske ølprodusenter, for så vidt som innenlandske produsenter ikke behøver å gå gjennom prosessen med særskilt å søke engrossalgsbevilling eller, alternativt, å selge via en annen innehaver av engrossalgsbevilling for å kunne selge sterkøl til Vinmonopolet.
- 62 Når nasjonal lovgivning fastsetter at en engrossalgsbevilling som trenges for å kunne selge et produkt til Vinmonopolet automatisk tildeles innenlandske produsenter, innebærer dette en forskjellsbehandling i strid med EØS-avtalen artikkel 11. I denne sammenhengen må det også tas i betraktning at en utenlandsk produsent vil ha tilleggskostnader sammenlignet med en innenlandsk produsent, om han oppnår en engrossalgsbevilling i Norge i det hele tatt. Bestemmelsen er egnet til å sette en utenlandsk produsent i en ufordelaktig stilling ved markedsføringen av sitt produkt, ettersom utsalgsprisen bestemmes på grunnlag av grossistens leveringspris.
- 63 Med dette resultatet blir det nødvendig å undersøke om denne forskjellsbehandlingen kan begrunnes i EØS-avtalen artikkel 13, se nedenfor.
- 64 Når det gjelder Wilhelmsens andre gruppe av argumenter, ville det klart innebære en forskjellsbehandling og derfor være i strid med EØS-avtalen artikkel 11 om det skulle bli bevist at måten myndighetene praktiserer vilkårene for å erverve en engrossalgsbevilling på, gjør det umulig for et utenlandsk selskap å få engrossalgsbevilling i Norge.

- 65 The Court notes that there does not appear to be any distinction in the relevant legislation between domestic or foreign applicants, or between domestic and foreign products. There is no requirement of nationality, domicile, nor of representation or establishing a place of business in Norway. The Court also notes, as stated above, that Vinmonopolet has a statutory obligation not to discriminate between suppliers and products on the basis of nationality or country of origin.
- 66 Even if no discrimination can be found in law, there is still the possibility that foreign companies are discriminated against in the authorities' licensing practices. There is no evidence in the facts before this Court to support the contention that foreign applicants are discriminated against. It will be for the national court to ascertain whether there is evidence of any discrimination, in law or in fact, in the authorities' practice.
- 67 The Court adds that Wilhelmsen's arguments also contain a contention that foreign brewers, on account of the licensing and procurement system, are forced to establish a representation in Norway as an extra step in the sale of strong beer to Vinmonopolet. As pointed out above, no such requirement appears to be contained in the relevant provisions. However, there is still a possibility that this becomes a necessity in fact. There are no facts presented to this Court to support such a contention, but an indication may be seen in the fact that all sellers of foreign beer seem to have chosen to operate through a Norwegian licence holder. Again, it must be up to the national court to investigate and assess the facts.
- 68 Thirdly, Wilhelmsen submits that Vinmonopolet carries on a practice of not buying beers from foreign breweries, which constitutes clear discrimination against foreign strong beers. Wilhelmsen refers to the annual report of Vinmonopolet to substantiate that out of 796 000 litres of strong beer sold through Vinmonopolet in 1995, only 1.1% were of foreign origin and the rest (98.9%) were produced in Norway. At the oral hearing, counsel for Wilhelmsen quoted the most recent price list of Vinmonopolet, showing that out of 17 beer brands, seven were foreign brands and ten were Norwegian brands.
- 69 These arguments have been countered by the Norwegian Government, supported by the Swedish Government, on the basis that the Alcohol Act expressly states that Vinmonopolet has an obligation not to discriminate between suppliers and products on the basis of nationality or country of origin. This is ensured through a transparent system and access to the market is ensured on the basis of demand. The present detailed rules are set out in the Regulation of 30 November 1995. Price competition at the production, import and wholesale levels is reflected at the retail level. The fact that Norwegian strong beer accounts for most of the sale does not contradict the non-discriminatory character of the monopoly. Throughout Europe, the beer market is heavily dominated by domestic producers. The sales of foreign beers in the majority of the countries in the European Union appear to account for only a very small percentage of the total beer sales.

- 65 Domstolen bemerker at det ikke synes å være noe skille i den relevante lovgivning mellom innenlandske og utenlandske søkere, eller mellom innenlandske og utenlandske produkter. Det er ingen krav om nasjonalitet, bosted eller om representasjon eller etablering av et forretningssted i Norge. Domstolen bemerker også, som nevnt ovenfor, at Vinmonopolet har en lovbestemt plikt til ikke å gjøre forskjell mellom leverandører og produkter på grunnlag av nasjonalitet eller opprinnelsesland.
- 66 Selv om diskriminering ikke kan finnes i lovgivningen, er det fortsatt den mulighet at utenlandske selskaper forskjellsbehandles gjennom myndighetenes praktisering av bevillingsordningen. Det er ingen bevis i de fakta som er fremlagt for denne Domstolen som støtter påstanden om at utenlandske søkere forskjellsbehandles. Det er opp til den nasjonale domstol å bringe på det rene hvorvidt det foreligger bevis for rettslig eller faktisk forskjellsbehandling i myndighetenes praksis.
- 67 Domstolen tilføyer at Wilhelmsens argumenter også inneholder en påstand om at utenlandske bryggerier, som en følge av bevillings- og innkjøpsordningen, er tvunget til å etablere en representant i Norge som et ekstra ledd i salget av sterkøl til Vinmonopolet. Som påpekt foran synes ikke de relevante bestemmelsene å inneholde noen slike krav. Det er imidlertid fortsatt en mulighet at dette i praksis blir nødvendig. Denne påstanden støttes ikke av noe faktum som er presentert for denne Domstol, men en indikasjon kan muligens ses i det faktum at alle selgere av utenlandsk øl synes å ha valgt å operere gjennom en norsk bevillingshaver. Det må igjen bli opp til den nasjonale domstol å undersøke og vurdere fakta.
- 68 For det tredje hevder Wilhelmsen at Vinmonopolet driver en praksis med ikke å kjøpe øl fra utenlandske bryggerier, noe som innebærer en klar diskriminering av utenlandsk sterkøl. Wilhelmsen viser til Vinmonopolets årsrapport for å underbygge at av 796000 liter sterkøl solgt gjennom Vinmonopolet i 1995, var bare 1,1% av utenlandsk opprinnelse og resten (98,9%) norskprodusert. Under den muntlige høringen refererte Wilhelmsens advokater til den nyeste prislisten fra Vinmonopolet som viser at av 17 ølmerker var det syv utenlandske merker og ti norske merker.
- 69 Disse argumentene har blitt imøtegått av Den norske regjering, støttet av Den svenske regjering, på bakgrunn av at alkoholloven uttrykkelig fastsetter at Vinmonopolet har en forpliktelse til ikke å diskriminere mellom leverandører og produkter på bakgrunn av nasjonalitet eller opprinnelsesland. Dette er sikret gjennom et åpent system, og markedsadgangen er sikret på grunnlag av etterspørsel. De foreliggende detaljerte bestemmelsene følger av forskriften av 30. november 1995. Priskonkurranse på produksjons-, import- og engrossalgsnivå gjenspeiles på detaljleddet. Det faktum at norsk sterkøl står for mesteparten av salget motsier ikke monolets ikke-diskriminerende karakter. Over hele Europa er ølmarkedet i sterk grad dominert av innenlandske produsenter. Salget av utenlandsk øl synes å utgjøre bare en meget liten prosentandel av det totale ølsalget i hoveddelen av EU-landene.

- 70 The procurement and marketing system of Vinmonopolet is described above. The Court finds that the contentions of the Norwegian Government regarding the transparency of the system and its reflection of the market choice have not been successfully contradicted. There is no evidence before this Court that Vinmonopolet pursues a policy of not buying foreign-produced beer. Nor has it been established that the pricing of products sold through Vinmonopolet, which is calculated on the basis of the wholesalers' delivery prices plus a mark-up to cover Vinmonopolet's costs and profit, puts foreign beer producers at a disadvantage compared to domestic ones. The information on these points would appear not to be exhaustive, however, and it is thus for the referring court to ascertain the facts and assess their relevance.
- 71 The Court notes that Wilhelmsen documented an instance where correspondence between Vinmonopolet and producers wishing to sell their products on the Norwegian market had taken a long time (in the example brought forth, 15 months before acceptance of a Danish beer could be registered in the test range and 27 months before any sale could take place). However, it was not shown that correspondence takes longer between foreign producers and Vinmonopolet than it takes when domestic producers are concerned, or that there is a difference in practice relating to domestic and foreign products.
- 72 Fourthly, Wilhelmsen contends that the prohibition of advertising affects the sale of domestic and imported products in different ways.
- 73 The Court notes that the promotion and advertisement of products is essential if markets without discriminatory restrictions are to be found for imported products. The concept of non-discrimination is to be understood in a broad context. Even if exactly the same restrictions on advertising apply to both national and imported products, they may be discriminatory with respect to imported products which are not known on the national market. It is not the formulation of the provisions that counts but rather their effect on the free movement of goods. Importers have to be ensured equal opportunities in the field of promoting and advertising their products.
- 74 As far as the prohibition of advertising is concerned, the national court will have to consider whether discrimination against foreign products follows from the fact that they are not known on the Norwegian market and, if so, whether the discrimination can be justified under Article 13.

b) Article 13 EEA

- 75 In so far as the legislation governing the activities of Vinmonopolet or the marketing of strong beer gives rise to discrimination which brings it within the scope of Article 11 EEA, it becomes necessary to examine the possible applicability of an exemption under Article 13 EEA.

- 70 Vinmonopolets innkjøps- og markedsføringsordning er beskrevet ovenfor. Domstolen finner at påstandene fra Den norske regjering vedrørende systemets åpenhet og dets gjenspeiling av markedsvalg ikke er imøtegått med hell. Det er ingen bevis for Domstolen for at Vinmonopolet følger en politikk om ikke å kjøpe utenlandsprodusert øl. Heller ikke er det påvist at prissettingen av produkter solgt gjennom Vinmonopolet, som beregnes på grunnlag av grossistens leveringspriser tillagt et påslag for dekning av Vinmonopolets kostnader og fortjeneste, setter utenlandske produsenter i en ufordelaktig stilling sammenlignet med innenlandske. Informasjonen på disse punktene synes imidlertid ikke å være fullstendig, og det er således opp til den foreleggende domstol å bringe alle fakta på det rene og vurdere deres relevans.
- 71 Domstolen bemerker at Wilhelmsen dokumenterte et tilfelle der korrespondanse mellom Vinmonopolet og produsenter som ønsket å selge deres produkter på det norske markedet hadde tatt lang tid (i eksempelet som ble gitt tok det 15 måneder før det ble akseptert at et dansk øl kunne registreres i testutvalget og 27 måneder før noe salg kunne finne sted). Imidlertid ble det ikke påvist at korrespondansen tar lenger tid mellom utenlandske produsenter og Vinmonopolet enn det tar når innenlandske produsenter er berørt eller at det er en forskjell i praksisen når det gjelder innenlandske og utenlandske produkter.
- 72 For det fjerde hevder Wilhelmsen at forbudet mot reklame påvirker salget av innenlandske og importerte produkter på forskjellig måte.
- 73 Domstolen bemerker at markedsarbeide og reklame for produkter er helt vesentlig dersom et marked uten diskriminerende restriksjoner skal kunne finnes for importerte produkter. Ikke-diskrimineringsprinsippet må forstås i en bred sammenheng. Selv om nøyaktig de samme restriksjoner på reklame får anvendelse både på nasjonale og importerte produkter, kan de være diskriminerende når det gjelder importerte produkter som ikke er kjent på det nasjonale markedet. Det er ikke bestemmelsenes formuleringer som teller, men deres effekt på den frie bevegelse av varer. Importører må tilsikres like muligheter i området for markedarbeid og reklame for sine produkter.
- 74 Når det gjelder forbudet mot reklame må den nasjonale domstol overveie om forskjellsbehandling av utenlandske produsenter følger av det faktum at de ikke er kjent i det norske markedet og, i tilfelle, om forskjellsbehandlingen kan begrunnes etter EØS-avtalen artikkel 13.

b) EØS-avtalen artikkel 13

- 75 I den utstrekning lovgivningen som styrer Vinmonopolets aktiviteter eller markedsføringen av sterkøl leder til forskjellsbehandling som bringer den under anvendelsesområdet for EØS-avtalen artikkel 11, blir det nødvendig å undersøke den mulige anvendelse av et unntak i EØS-avtalen artikkel 13.

76 Article 13 EEA provides:

“The provisions of Articles 11 and 12 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property. Such prohibitions or restrictions shall not, however, constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between the Contracting Parties.”

77 Article 13 is identical in substance to Article 36 EC. Thus Article 6 EEA and Article 3(2) of the Surveillance and Court Agreement are applicable when interpreting Article 13 EEA.

The 4.75% limit

78 As concluded above, this limitation must be seen as constituting discrimination in the context of Article 11 and the *Keck* exemption.

79 *Wilhelmsen* contends that it cannot be right that the need for control which is connected to the health argument must be attained by having beers containing more than 4.75% alcohol by volume sold through Vinmonopolet, whereas other types of control measures which may be combined with sales in groceries are sufficient if the beer has an alcohol content of less than 4.75%. Thus, *Wilhelmsen* contends that the public health argument cannot be invoked to justify the provisions establishing the retail monopoly. *Wilhelmsen* submits that the retail sale monopoly of strong beer is not proportionate to the aims it is meant to serve, as less restrictive measures, such as a licensing system, could serve the same end.

80 The *Norwegian Government* and the *Swedish Government* contend that even if a State retail monopoly for strong beer such as Vinmonopolet is found to restrict imports or to discriminate between domestic and foreign products, it will at any rate be justified under Article 13 EEA.

81 The Norwegian Government submits that it is generally recognised that excessive alcohol consumption causes health problems and social problems, and that it is generally accepted that there is a direct link between availability and the harmful effects caused by the consumption of alcoholic beverages.

82 The Norwegian Government refers to WHO's report "Health for All by the Year 2000", adopted in 1980, in support of an established link between availability and consumption, as well as to WHO's recommendation to Member States to reduce alcohol consumption by 25% by the year 2000. The same objectives underlie the

76 EØS-avtalen artikkel 13 lyder:

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

77 EØS-avtalen artikkel 13 er innholdsmessig identisk med EF-traktaten artikkel 36. EØS-avtalen artikkel 6 og Overvåknings- og domstolsavtalen artikkel 3(2) er således anvendelige ved tolkningen av EØS-avtalen artikkel 11.

Grensen på 4,75%

78 Som konkludert ovenfor, må denne grensen anses å innebære forskjellsbehandling i sammenheng med EØS-avtalen artikkel 11 og *Keck*-unntaket.

79 *Wilhelmsen* hevder at det ikke kan være riktig at behovet for kontroll, som er knyttet til helseargumentet, kan oppnås ved at øl med alkoholinnhold over 4,75 volumprosent selges gjennom Vinmonopolet, mens andre typer av kontrolltiltak som kan være forbundet med salg i dagligvarebutikker er tilstrekkelige dersom ølet har et alkoholinnhold mindre enn 4,75%. *Wilhelmsen* hevder således at argumentet om offentlig helse ikke kan brukes til å begrunne bestemmelsene som etablerer detaljsalgsmonopolet. *Wilhelmsen* hevder at detaljsalgsmonopolet for sterkøl ikke står i forhold til målene det skal tjene og at mindre restriktive tiltak, så som et bevillingssystem, kunne tjene samme formål.

80 *Den norske regjering* og *Den svenske regjering* hevder at selv om man finner at et statlig detaljsalgsmonopol for sterkøl slik som Vinmonopolet hindrer import eller diskriminerer mellom innenlandske og utenlandske produkter, vil det i alle fall kunne begrunnes i EØS-avtalen artikkel 13.

81 Den norske regjering hevder at det er generelt antatt at overdrevet alkoholforbruk forårsaker helseproblemer og sosiale problemer, og at det er generelt akseptert at det er en direkte sammenheng mellom tilgjengelighet og de skadelige virkningene forårsaket av forbruket av alkoholholdige drikkevarer.

82 Den norske regjering viser til en rapport fra Verdens Helseorganisasjon ("WHO") "Health for All by the Year 2000" (Helse for alle innen år 2000), vedtatt i 1980, som støtte for en påvist sammenheng mellom tilgjengelighet og forbruk, så vel som til WHO's anbefaling til medlemsstatene om å redusere alkoholforbruket med 25% innen år 2000. De samme målene ligger til grunn for den europeiske handlingsplanen for alkohol av 1992, bifalt av WHO's europeiske medlemsstater.

European Alcohol Action Plan of 1992, endorsed by WHO's European Member States.

- 83 The Norwegian Government emphasizes that alcohol policy has not been harmonized either in the EU or in the EEA, leaving it up to each Member State to pursue an alcohol policy sensitive to health protection.
- 84 Regarding strong beer in particular, the Norwegian Government submits that over the last forty years the sale of strong beer in Norway has been in a continuous decline, falling from 33% of total beer consumption in 1955 to 1% in 1995. The Norwegian Government contends that a major step towards limiting the sale of strong beer was introduced in 1990, when strong beer was no longer sold by means of self-service. The channelling of the retail sale of strong beer through Vinmonopolet is a further step in the same direction.
- 85 The *Court* notes that the ECJ has confirmed that combating alcohol abuse constitutes a public health concern: see Joined Cases C-1/90 and C-176/90 *Aragonesa and Publivia* [1991] ECR I-4151. Under the EEA Agreement, a measure that is seen as restricting the free movement of goods may be justified when necessary and proportionate. This follows from Article 13 EEA with respect to the protection of health and life of humans.
- 86 The Court sees no reason to doubt that there are social and health considerations behind the Norwegian alcohol policy and that a monopoly system for the retail sale of alcoholic beverages is motivated by those concerns. Further, the Norwegian Government emphasizes that when the retail sale to consumers of strong beer was exclusively granted to Vinmonopolet as of 1 March 1993, the aim was to reduce availability and thereby the consumption of strong beer. This is clearly stated in the preparatory work relating to this amendment (Ot. prp. nr. 19 (1992-1993)).
- 87 With regard to the discretion of the Norwegian Government regarding its alcohol policy, the Court does not find that the measure of granting an exclusive right of retail sale of strong beer to Vinmonopolet is disproportionate to the policy aim of the Government. Neither can the measure be seen as constituting arbitrary discrimination or a disguised restriction within the meaning of Article 13. As referred to above, all beer containing more than 4.75% alcohol by volume is to be sold through the outlets of Vinmonopolet, regardless of origin. Admittedly, the division between strong and weaker beer under the Norwegian regulations is necessarily discretionary. The Court does not find that this dividing line which, according to the Norwegian Government, originates in old legislation regarding different tax categories, is unreasonable in its distinguishing between strong and weaker beer, or that it is manifestly unnecessary to draw a dividing line as is presently done. Article 13 would only cease to be applicable if the national court were to find, based on evidence before it that has not come before the Court, that the measures in question were aimed at protecting domestic production as

- 83 Den norske regjering understreker at alkoholpolitikken ikke er harmonisert verken i EU eller EØS, slik at det er opp til hver medlemsstat å følge en alkoholpolitikk som tar hensyn til helsebeskyttelse.
- 84 Når det særlig gjelder sterkøl, hevder Den norske regjering at salget har vært i konstant nedgang i de siste førti år, og har falt fra 33% av det totale ølkonsumet i 1955 til 1% i 1995. Den norske regjering hevder at et vesentlig skritt i retning av å begrense av salget av sterkøl ble innført i 1990, da sterkøl ikke lenger ble solgt ved selvbetjening. Kanaliseringen av detaljsalget av sterkøl gjennom Vinmonopolet er et videre skritt i den samme retningen.
- 85 *Domstolen* bemerker at EF-domstolen har bekreftet at bekjempelse av alkoholmisbruk utgjør et offentlig helseanliggende, se forente saker C-1/90 og C-176/90 *Aragonesa and Publivia* [1991] ECR I-4151. Etter EØS-avtalen kan et tiltak som hindrer fri bevegelighet av varer begrunnes når det er nødvendig og forholdsmessig. Dette følger av EØS-avtalen artikkel 13 når det gjelder beskyttelsen av helse og menneskers liv.
- 86 Domstolen ser ingen grunn til å betvile at det er sosiale og helsemessige overveielser bak den norske alkoholpolitikken og at en monopolordning for detaljsalg av alkoholholdige drikkevarer er begrunnet i disse bekymringene. Videre understreker Den norske regjering at da detaljsalget av sterkøl til forbrukere eksklusivt ble tildelt Vinmonopolet fra 1 mars 1993, var formålet å redusere tilgjengeligheten og derigjennom forbruket av sterkøl. Dette er klart uttalt i forarbeidene i forbindelse med denne endringen (Ot.prp. nr 19 (1992-1993)).
- 87 Med hensyn til regjeringens skjønn i dens alkoholpolitikk, finner ikke Domstolen at tiltaket som gir Vinmonopolet enerett til å selge sterkøl er uforholdsmessig i forhold til regjeringens politiske mål. Heller ikke kan tiltaket anses å innebære en vilkårlig forskjellsbehandling eller en skjult hindring etter EØS-avtalen artikkel 13. Som vist til ovenfor, selges alt øl med mer enn 4,75 volumprosent alkohol gjennom Vinmonopolets utsalgssteder, uavhengig av opprinnelse. Riktignok er skillet mellom sterkt og svakere øl etter den norske bestemmelsene nødvendigvis skjønnsmessig. Domstolen finner ikke at denne skillelinjen, som ifølge Den norske regjering har sin opprinnelse i eldre lovgivning som gjaldt forskjellige skatte kategorier, er urimelig i sin grensedragning mellom sterkt og svakere øl, eller at det er åpenbart unødvendig å trekke en skillelinje som det her er gjort. Artikkel 13 vil bare opphøre å være anvendelig hvis den nasjonale domstol skulle finne, basert på bevis for den som ikke er kommet frem for Domstolen, at tiltakene det er tale om hadde som mål å beskytte innenlandsk produksjon sammenlignet med utenlandsk produksjon eller å hindre handelen mellom medlemslandene på en skjult måte.

compared to foreign production or at restricting trade between the Member States in a disguised way.

The licensing system

- 88 As concluded above, the Court finds that a provision of national law which automatically grants a wholesale licence - a pre-condition for supplying beer to Vinmonopolet - to a domestically-established producer of beer and does not do so for a foreign producer constitutes a violation of Article 11 EEA.
- 89 The Court notes that the purpose of the licensing system appears from the conditions for obtaining licences. Section 3A-4, first paragraph of the Alcohol Act reads *inter alia* as follows:

“A licence shall be granted if the following conditions are satisfied:

1. The licensee ... [has] a spotless reputation in relation to legislation of significance for the operation of the establishment, including alcohol legislation, customs legislation, tax and duty legislation, accounting and company legislation and foodstuff legislation.
2. Satisfactory security has been furnished for demands for payment of alcohol tax.
3. Stocks are satisfactorily secured.
4. The licensee is not engaged in other activity that is incompatible with wholesale trade in alcoholic beverages.”

- 90 For such purposes as appear from these conditions, which are an integral part of the alcohol policy, the establishment of a licensing system for wholesale sales of strong beer must be seen as being justified under Article 13.
- 91 However, the question arises as to whether the discrimination established between domestic and foreign producers is a measure proportionate to the intended aims. In the view of the Court, such discrimination stands out as being unnecessary and disproportionate and cannot be justified under Article 13.

Other aspects of the distribution system

- 92 As pointed out above, there are several other aspects of the distribution system which should be explored further with a view to possible violations of Article 11 EEA. In the absence of the full factual picture, it is not possible for the Court to give more specific guidance on the various aspects that have been presented. However, it may serve as general guidance to point out that elements that are closely related to the policy of reducing the consumption of alcohol, such as prohibitions against advertising, may be justified under Article 13 even if the effects may be different for established or new brands, provided that the measure is proportionate to the aim.

Bevillingsordningen

- 88 Som det er konkludert med ovenfor, finner Domstolen at en bestemmelse i nasjonal lov som automatisk gir en engrossalgsbevilling – et vilkår for å kunne levere øl til Vinmonopolet – til innenlands-etablerte ølprodusenter og ikke gjør det for utenlandske produsenter, innebærer et brudd på EØS-avtalen artikkel 11.
- 89 Domstolen bemerker at formålet med bevillingsordningen fremgår av vilkårene for å få bevilling. Alkoholloven § 3A-4, første ledd sier bl a:

"Bevilling gis dersom følgende vilkår er oppfylt:

1. Bevillingshaver ... har utvist uklanderlig vandel i forhold til lovgivning av betydning for hvordan virksomheten skal utøves, herunder alkohollovgivningen, tolllovgivningen, skatte- og avgiftslovgivningen, regnskaps- og selskapslovgivningen og næringsmiddelovgivningen.
2. Det er stilt tilfredsstillende sikkerhet for oppfyllelsen av krav på alkoholavgift.
3. Varelageret er tilfredsstillende sikret.
4. Bevillingshaver ikke driver annen virksomhet som er uforenlig med engrossalg av alkoholholdig drikk."

- 90 For slike formål som fremgår av disse vilkårene, som er en integrert del av alkoholpolitikken, må opprettelsen av et bevillingssystem for engrossalg av sterkøl anses som begrunnet i artikkel 13.
- 91 Imidlertid oppstår spørsmålet om den etablerte forskjellsbehandlingen mellom innenlandske og utenlandske produsenter er et forholdsmessig tiltak i forhold til de tilsiktede mål. Etter Domstolens oppfatning fremstår slik forskjellsbehandling som unødvendig og uforholdsmessig og kan ikke begrunnes i artikkel 13.

Andre sider av distribusjonssystemet

- 92 Som påpekt ovenfor, er det flere sider av distribusjonssystemet som bør undersøkes nærmere med sikte på mulige brudd på EØS-avtalen artikkel 11. I mangelen av det fulle faktiske bilde, er det ikke mulig for Domstolen å gi en mer konkret veiledning om de forskjellige sidene som har vært presentert. Det kan imidlertid tjene som en generell veiledning å peke på at forhold som er nært knyttet til politikken for å redusere forbruket av alkohol, så som forbud mot reklame, kan være begrunnet i artikkel 13 selv om effekten kan bli forskjellig for etablerte og nye merker, under forutsetning at tiltaket er forholdsmessig i forhold til målet.

The first question - Article 16 EEA

- 93 By its first question, the national court in essence seeks to ascertain whether the exclusive right of Vinmonopolet to sell beer containing more than 4.75% alcohol by volume is compatible with Article 16 of the EEA Agreement.
- 94 Article 16 EEA provides:
- “1. The Contracting Parties shall ensure that any State monopoly of a commercial character be adjusted so that no discrimination regarding the conditions under which goods are procured and marketed will exist between nationals of EC Member States and EFTA States.
2. The provisions of this Article shall apply to any body through which the competent authorities of the Contracting Parties, in law or in fact, either directly or indirectly supervise, determine or appreciably influence imports or exports between Contracting Parties. These provisions shall likewise apply to monopolies delegated by the State to others.”
- 95 Article 16 EEA is identical in substance to Article 37(1) EC. Thus, Article 6 EEA and Article 3(2) of the Surveillance and Court Agreement are applicable when interpreting Article 16 EEA.
- 96 It is established case law of the ECJ that Article 37 does not require the abolition of national monopolies of a commercial character but rather requires the monopolies to be adjusted so as to ensure that no discrimination regarding the conditions under which goods are procured and marketed exists between nationals of Member States: see *inter alia* Case 59/75 *Pubblico Ministero v Manghera* [1976] ECR 91; Case 91/78 *Hansen v Hauptzollamt Flensburg* [1979] ECR 935; and Case 78/82 *Commission v Italy* [1983] ECR 1955. The Article is designed to ensure compliance with the fundamental rule of free movement of goods throughout the common market, in particular by the abolition of quantitative restrictions and measures having equivalent effect on trade between Member States and thereby to maintain normal conditions of competition between the economies of Member States where a given product is subject, in one or other of those States, to a national monopoly of a commercial character: see *Banchero*, cited above.
- 97 The EFTA Court has taken the same view in its *Restamark* ruling when it interpreted Article 16 EEA to mean that a State monopoly of a commercial character must be adjusted so as to eliminate the exclusive right of import from other Member States: see Case E-1/94 *Restamark* [1994-1995] EFTA Court Report 17.
- 98 It follows from the answers to the second question above, that provisions regarding the granting of a wholesale licence by law to a domestically-established producer of beer, when this is not the case for foreign producers and when such a licence is a pre-condition for providing beer to Vinmonopolet,

Det første spørsmålet - EØS-avtalen artikkel 16

- 93 Med sitt første spørsmål søker den nasjonale domstol i hovedsak å få brakt på det rene hvorvidt Vinmonopolets enerett til å selge øl som inneholder mer enn 4,75 volumprosent alkohol er i overensstemmelse med EØS-avtalen artikkel 16.
- 94 EØS-avtalen artikkel 16 lyder:
- "1. Avtalepartene skal sikre at statlige handelsmonopoler blir tilpasset slik at det ikke vil forekomme noen forskjellsbehandling av statsborgere fra EFs medlemsstater og EFTA-statene når det gjelder vilkårene for forsyning og avsetning.
2. Bestemmelsene i denne artikkel skal anvendes på ethvert organ som avtalepartenes myndigheter rettslig eller faktisk, direkte eller indirekte, bruker til å kontrollere, styre eller merkbart påvirke importen eller eksporten mellom avtalepartene. Bestemmelsen skal også anvendes på monopoler som er delegert rettigheter av staten."
- 95 EØS-avtalen artikkel 16 er innholdsmessig identisk med EF-traktaten artikkel 37(1). EØS-avtalen artikkel 6 og Overvåknings- og domstolsavtalen artikkel 3(2) er således anvendelige ved tolkningen av EØS-avtalen artikkel 16.
- 96 Det er EF-domstolens fast etablerte rettspraksis at artikkel 37 ikke krever at statlige handelsmonopoler oppheves, men heller stiller krav om at monopolene skal tilpasses for å sikre at det ikke forekommer noen forskjellsbehandling av statsborgere fra medlemsstatene når det gjelder vilkårene for forsyning og avsetning, se bl a sak 59/75 *Pubblico Ministero mot Manghera* [1976] ECR 91; Sak 91/78 *Hansen mot Hauptzollamt Flensburg* [1979] ECR 935; sak 78/82 *Kommisjonen mot Italia* [1983] ECR 1955. Artikkelen er utformet for å sikre tilpasningen til den grunnleggende bestemmelsen om fri beveglighet av varer i hele det felles markedet, i særdeleshet gjennom avskaffelsen av kvantitative restriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning på handelen mellom medlemsstatene og derigjennom å opprettholde normale vilkår for konkurranse mellom medlemsstatenes økonomier hvor et gitt produkt, i en eller flere av disse medlemsstatene, er underlagt et statlig handelsmonopol, se *Banchemo*, som er nevnt ovenfor.
- 97 EFTA-domstolen har inntatt samme standpunkt i *Restamark*-avgjørelsen da den tolket EØS-avtalen artikkel 16 derhen at statlige handelsmonopoler må tilpasses slik at eneretten til å importere fra andre medlemsstater fjernes, se sak E-1/94 *Restamark* [1994-1995] EFTA Court Report 17.
- 98 Det følger av svarene på det andre spørsmålet ovenfor at bestemmelsene om tildeling ved lov av engrossalgsbevilling til en innenlands-etablert produsent av øl, når dette ikke er tilfellet for en utenlandsk produsent, og denne bevillingen er et vilkår for å levere øl Vinmonopolet, innebærer en forskjellsbehandling av den

constitutes a discriminatory measure of the type prohibited by Article 11 EEA. The issue of whether such a measure is also contrary to Article 16 EEA must then be examined.

- 99 The *EFTA Surveillance Authority* and the *EC Commission* have argued that any discrimination against imported products found in this case should be shown to relate to the operation of the retail monopoly and not to other aspects of the legislation, such as the import stage. At the oral hearing, representatives of both the *EFTA Surveillance Authority* and the *EC Commission* argued that provisions concerning import and wholesale do not relate to the operation of the retail monopoly.
- 100 These contentions cannot be accepted. As already stated, an import licence is required as a condition for wholesale sales of beer to Vinmonopolet. These provisions are therefore so closely linked to the purchasing conditions of Vinmonopolet that they have to be seen as being subject to scrutiny in light of Article 16 EEA. It follows from the answer to the second question that provisions of the type described above are incompatible with Article 16 EEA.
- 101 Provisions granting an exclusive right for retail sale of beer containing more than 4.75% alcohol by volume to Vinmonopolet form an inherent part of the regulations designing the system. These provisions must, therefore, be examined in light of Article 16 EEA.
- 102 However, since the Court has come to the conclusion that this regulation forms a part of Norwegian alcohol policy and is, as such, justified under Article 13 EEA, the Court does not find it necessary to examine this issue further under Article 16.
- 103 As to the purchasing practises of Vinmonopolet within its exclusive rights which, it is not disputed, fall to be examined under Article 16, the Court refers to paragraphs 61 et seq. above. The Court notes in particular that, contrary to the submissions of *Wilhelmsen*, the view of the *EC Commission* must be upheld, i.e., the mere fact that the procurement practices of Vinmonopolet are centralized does not make the monopoly inherently contrary to Article 11, and the centralized character of Vinmonopolet is even less in violation of Article 16 EEA, in the absence of any discrimination in its procurement and marketing.
- 104 Even if the design of the retail monopoly essentially simulates market conditions, it does not follow from that fact alone that the express prohibition of discrimination between producers in the *Alcohol Act* can be or is complied with. Nor are there elements in the described purchasing and marketing system other than those discussed above which in law discriminate between domestic and foreign producers. The submissions of *Wilhelmsen* to the effect that Vinmonopolet discriminates in practice, that the system is not transparent and that some importers are not given the opportunity to offer their products for sale have not been substantiated in the present proceedings.

typen som er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 11. Spørsmålet om et slikt tiltak også strider mot EØS-avtalen artikkel 16 må da vurderes.

- 99 *EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for de europeiske fellesskap* har argumentert for at enhver diskriminering mot importerte produkter som måtte finnes i denne saken bør påvises å ha sammenheng med driften av detalj salgsmonopolet og ikke til andre sider av lovgivningen, så som på importnivået. Under den muntlige høringen argumenterte representanter både fra EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for de europeiske fellesskap at bestemmelsene om import og engrossalg ikke har sammenheng med driften av detalj salgsmonopolet.
- 100 Disse anførselene kan ikke aksepteres. Som det allerede er slått fast, kreves det en importbevilling som vilkår for engrossalg av øl til Vinmonopolet. Disse bestemmelsene er derfor så nær knyttet til Vinmonopolets innkjøpsvilkår at de må granskes i lys av EØS-avtalen artikkel 16. Det følger av svaret på det andre spørsmålet at bestemmelser av den typen som beskrevet ovenfor, er uforenlige med EØS-avtalen artikkel 16.
- 101 Bestemmelser som gir Vinmonopolet enerett til å selge øl med mer enn 4,75 volumprosent alkohol utgjør en del av de bestemmelser som former systemet. Disse bestemmelsene må derfor vurderes i lys av EØS-avtalen artikkel 16.
- 102 Siden Domstolen imidlertid har kommet til den konklusjon at denne forskriften utgjør en del av norsk alkoholpolitikk og som sådan er begrunnet i EØS-avtalen artikkel 13, finner Domstolen det ikke nødvendig å vurdere spørsmålet nærmere i forhold til EØS-avtalen artikkel 16.
- 103 Når det gjelder Vinmonopolets innkjøpspraksis innenfor dets enerett som, hvilket ikke er omstridt, må vurderes under artikkel 16, viser Domstolen til avsnitt 61 flg ovenfor. Domstolen bemerker særlig at i motsetning til Wilhelmsens anførsler, må den oppfatning som er fremmet av Kommisjonen for de europeiske fellesskap opprettholdes, dvs alene det faktum at Vinmonopolets innkjøpspraksis er sentralisert gjør ikke at Vinmonopolet i seg selv strider mot artikkel 11, og Vinmonopolets sentraliserte karakter er enn mindre i strid med EØS-avtalen artikkel 16 i fraværet av noen forskjellsbehandling i dets forsyning og avsetning.
- 104 Selv om utformingen av detalj salgsmonopolet i det vesentlige simulerer markedsvilkårene, følger det ikke av dette faktum alene at alkohollovens uttrykkelige forbud mot forskjellsbehandling av produsenter ikke kan bli eller ikke er overholdt. Heller ikke er det andre deler av den beskrevne innkjøps- og markedsføringsordningen enn de som er behandlet ovenfor, som rettslig diskriminerer mellom innenlandske og utenlandske produsenter. Anførselene fra Wilhelmsen om at Vinmonopolet faktisk diskriminerer, at systemet ikke er åpent og at noen importører ikke gis anledning til å tilby deres produkter for salg er ikke underbygget i denne saken.

- 105 The Court notes that a retail monopoly may be maintained if it is adjusted in such a way that it functions as a mere distribution monopoly. To meet those requirements, the monopoly may not in any way influence intra-community trade. Marketing conditions must not just be uniform but also non-discriminatory. Vinmonopolet, which enjoys exclusive rights for marketing at the retail sale level, must stay in a commercially neutral position regarding the goods it is marketing. Producers and exporters from the other Member States must be guaranteed equal access to the market.
- 106 Furthermore, the national court must take into consideration the fact that Article 16 EEA relates to discrimination in law and in fact. A State retail monopoly that retains an exclusive right to sell products is in practice in a position to discriminate against goods from other countries. This can happen not only in obvious ways, but also in day-to-day decisions about pricing, advertising and deliveries.
- 107 The Court notes that for the time being there are seven foreign strong beer brands available on the Norwegian market compared to ten Norwegian ones. It is for the national court to assess whether this selection of products is based only on factors such as higher transport costs for foreign beer, local taste or whether it is a result of a discriminatory application of the retail monopoly. In this context, the national court must take into account whether the method of selection is able to replace the market mechanism to the fullest possible extent.
- 108 It is for the national court to assess if the purchasing practice as laid down in the Alcohol Act and secondary regulations operates in such a way as to result in discrimination between domestic producers and foreign producers of comparable products.
- 109 *Wilhelmsen* contends that Vinmonopolet has an advertising monopoly, as the prohibition on advertising alcoholic beverages pursuant to section 9-2 of the Alcohol Act does not prevent Vinmonopolet from issuing publications giving product information to the consumers. The *Court* finds that the product information issued by Vinmonopolet to consumers is an inherent and necessary part of the marketing practices of the monopoly and does not as such discriminate against foreign producers. This could only be otherwise if there were in practice found to be disparities in information given by Vinmonopolet regarding imported and domestic products which, under the marketing rules of Vinmonopolet, were offered for sale or otherwise available to the consumers through the different ranges of Vinmonopolet.
- 110 Lastly, the Court notes that *Wilhelmsen* has argued that the exclusive right of Vinmonopolet to sell beer containing more than 4.75% alcohol by volume is incompatible with Article 59 EEA, *inter alia* because Vinmonopolet is not able to meet demand in the market. The requesting court has not asked for an interpretation of Article 59 EEA in this case, nor has it set out facts and

- 105 Domstolen bemerker at et detaljalgsmopol kan opprettholdes hvis det tilpasses på en slik måte at det alene fungerer som et distribusjonsmonopol. For å oppfylle disse krav må monopolet ikke på noen måte påvirke samhandelen. Markedsføringsvilkårene må ikke bare være ensartede men også ikke-diskriminerende. Vinmonopolet, som nyter en enerett til markedsføring på detaljalgsnivå, må forbli i en handelsmessig nøytral stilling i forhold til varene det markedsfører. Produsenter og eksportører fra andre medlemsstater må garanteres lik tilgang til markedet.
- 106 Videre må den nasjonale domstol ta i betraktning det faktum at EØS-avtalen artikkel 16 omfatter rettslig og faktisk forskjellsbehandling. Et statlig detaljalgsmopol som opprettholder en enerett til å selge produkter er i praksis i en posisjon til å diskriminere mot varer fra andre stater. Dette kan skje ikke bare på åpenbare måter, men også i daglige beslutninger om prising, reklame og leveringer.
- 107 Domstolen bemerker at det for tiden er syv utenlandske sterkøl-merker tilgjengelige på det norske markedet, sammenholdt med ti norske. Det er opp til den nasjonale domstol å vurdere hvorvidt dette produktutvalget er basert på faktorer så som høyere transportkostnader for utenlandsk øl, lokal smak eller om det er et resultat av diskriminerende anvendelse av detaljalgsmopolet. I denne sammenhengen må den nasjonale domstol ta i betraktning om metoden for utvelgelse er egnet til å erstatte markedsmekanismene så langt dette lar seg gjøre.
- 108 Det er opp til den nasjonale domstol å vurdere om innkjøpspraksisen som følger av alkoholloven og forskrifter virker på en slik måte at det resulterer i forskjellsbehandling mellom innenlandske produsenter og utenlandske produsenter for sammenlignbare produkter.
- 109 Wilhelmsen hevder at Vinmonopolet har et monopol på reklame da forbudet mot reklame av alkoholholdige drikkevarer etter alkoholloven § 9-2 ikke hindrer Vinmonopolet å utgi publikasjoner med produktinformasjon til forbrukerne. Domstolen finner at produktinformasjonen utgitt av Vinmonopolet til forbrukerne er en naturlig og nødvendig del av monopolets markedsføringspraksis og ikke som sådan forskjellsbehandler utenlandske produkter. Dette kunne bare være annerledes hvis det i praksis skulle finnes å være ulikheter i informasjonen fra Vinmonopolet med hensyn til importerte og innenlandske produkter som, under Vinmonopolets markedsføringsbestemmelser, ble tilbudt for salg eller på annen måte gjort tilgjengelig for forbrukerne gjennom de forskjellige produktutvalgene til Vinmonopolet.
- 110 Avslutningsvis bemerker Domstolen at Wilhelmsen har argumentert for at Vinmonopolets enerett til salg av øl som inneholder mer enn 4,75 volumprosent alkohol ikke er forenlig med EØS-avtalen artikkel 59, bl a fordi Vinmonopolet ikke er i stand til å møte etterspørselen i markedet. Den foreleggende domstol har ikke bedt om en tolkning av EØS-avtalen artikkel 59 i denne saken, heller ikke er det fremlagt fakta og omstendigheter i den sammenhengen. Følgelig finner ikke

circumstances in that regard. Accordingly, the Court does not see a reason to examine the arguments put forward under Article 59 EEA.

- 111 It follows from the answers to the second question above, that provisions regarding the granting of a wholesale licence by law to a domestically-established producer of beer, when this is not the case for foreign producers and when such a licence is a condition for providing beer to Vinmonopolet, constitute a discriminatory measure prohibited by Articles 11 and 16 EEA. It also follows that defining the scope of Vinmonopolet's exclusive rights to include beer containing more than 4.75% alcohol by volume is discriminatory and prohibited by Articles 11 and 16 EEA taken alone. The measure is, however, justified under Article 13 EEA on grounds of public health if the dividing line of 4.75% alcohol by volume was not implemented to protect domestic products against foreign products. Other aspects of the retail distribution system of beer in different categories in Norway and the practice of the State monopoly have been found to contradict neither the principle of free movement of goods in Article 11 EEA nor, consequently, Article 16 EEA.

Costs

- 112 The costs incurred by the Government of the Kingdom of Norway, the Government of the Kingdom of Sweden, the EFTA Surveillance Authority and the Commission of the European Communities, which have submitted observations to the Court, are not recoverable. Since these proceedings are, in so far as the parties to the main proceedings are concerned, a step in the proceedings pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court.

On those grounds,

THE COURT,

in answer to the questions referred to it by Oslo byrett by an order of 26 July 1996, hereby gives the following Advisory Opinion:

- 1. A State retail monopoly for the sale of beer containing more than 4.75% alcohol by volume is compatible with Article 16 EEA if, in law and in fact, such an exclusive right does not give rise to discrimination between domestic products and products imported from other Member States.**

Domstolen grunn til å vurdere de argumenter som er fremsatt om EØS-avtalen artikkel 59.

- 111 Det følger av svaret på det andre spørsmålet ovenfor at bestemmelser i lov som gir engrossalgsbevilling til innenlands-etablerte produsenter av øl, når dette ikke gjelder for utenlandske produsenter og når en slik bevilling er et vilkår for å levere øl til Vinmonopolet, innebærer en diskriminerende tiltak i strid med EØS-avtalen artikler 11 og 16. Det følger også at det å avgrense området for Vinmonopolets enerettigheter til å omfatte øl som inneholder mer enn 4,75 volumprosent alkohol ved grensedragningen av området for Vinmonopolets enerett er diskriminerende og i strid med EØS-avtalen artikler 11 og 16, isolert sett. Tiltaket kan imidlertid begrunnes under EØS-avtalen artikkel 13 av hensyn til offentlig helse dersom skillelinjen på 4,75 volumprosent alkohol ikke ble gjennomført for å beskytte innenlandske produkter mot utenlandske produkter. Andre sider av systemet for detaljdistribusjon av øl i ulike kategorier i Norge og praksisen ved det statlige monopolet er ikke funnet å være i strid verken med prinsippene om den fri bevegelse av varer i EØS-avtalen artikkel 11 eller, som en følge av dette, i strid med EØS-avtalen artikkel 16.

Saksomkostninger

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

På dette grunnlag avgir

DOMSTOLEN,

som svar på de spørsmålene som er forelagt av Oslo byrett ved beslutning av 26 juli 1996, følgende rådgivende uttalelse:

- 1. Et statlig detaljsalgsmonopol for salg av øl som inneholder mer enn 4,75 volumprosent alkohol er forenlig med EØS-avtalen artikkel 16 dersom en slik enerett ikke fører til rettslig eller faktisk diskriminering mellom innenlandske produkter og produkter importert fra andre medlemsstater.**

2. **A refusal to grant a licence to sell beer containing more than 4.75% alcohol by volume, with reference to the established exclusive right of a State alcohol retail monopoly, can lead to discrimination in law or in fact between domestic products and products imported from other Member States and is, in so far as it actually does so, incompatible with the principles of free movement of goods enunciated in Article 11 EEA.**

A definition of the scope of the exclusive right of a State alcohol retail monopoly including beer containing more than 4.75% alcohol by volume is discriminatory and prohibited by Articles 11 and 16 EEA. However, the measure can be justified under Article 13 EEA on grounds of public health if the dividing line of 4.75% alcohol by volume was not implemented to protect domestic products against foreign products.

A provision of national law which automatically grants a wholesale licence – a pre-condition for supplying beer containing more than 4.75% alcohol by volume to a State alcohol retail monopoly in that State – to a domestically-established producer of beer and does not do so for a foreign producer of beer is a discriminatory measure prohibited by Articles 11 and 16 EEA which cannot be justified under Article 13 EEA as the measure is not proportionate to the aim of curtailing the availability of strong beer to consumers.

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Delivered in open court in Luxembourg on 27 June 1997.

Per Christiansen
Registrar

Bjørn Haug
President

2. En nektelse av tildeling av salgsbevilling for øl som inneholder mer enn 4,75 volumprosent alkohol, under henvisning til et statlig detaljsalgsmonopols etablerte enerett, kan lede til rettslig eller faktisk diskriminering mellom innenlandske produkter og produkter importert fra andre medlemsstater og er, så langt dette faktisk forekommer, i strid med prinsippene om fri bevegelighet av varer som formulert i EØS-avtalen artikkel 11.

En avgrensning av området for et statlig detaljsalgsmonopols enerett til å omfatte øl som inneholder mer enn 4,75 volumprosent alkohol er diskriminerende og i strid med EØS-avtalen artikler 11 og 16. Tiltaket kan imidlertid begrunnes under EØS-avtalen artikkel 13 av hensyn til offentlig helse dersom skillelinjen på 4,75 volumprosent alkohol ikke ble gjennomført for å beskytte innenlandske produkter mot utenlandske produkter.

En bestemmelse i nasjonal lov som automatisk gir en engrossalgbevilling – et vilkår for å kunne levere øl som inneholder mer enn 4,75 volumprosent alkohol til et statlig detaljsalgsmonopol i dette landet – til en innenlands-etablert ølprodusent og ikke gjør det for en utenlandsk ølprodusent er et diskriminerende tiltak og i strid med EØS-avtalen artikler 11 og 16 og kan ikke begrunnes i EØS-avtalen artikkel 13 fordi tiltaket ikke er forholdsmessig i forhold til målsettingen om å begrense tilgjengeligheten av sterkøl for forbrukerne.

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Avsagt i åpen rett i Luxembourg 27 juni 1997.

Per Christiansen
Justissekretær

Bjørn Haug
President

REPORT FOR THE HEARING
in Case E-6/96

REQUEST to the Court under Article 34 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice by Oslo byrett (Oslo City Court) for an advisory opinion in the case pending before it between

Tore Wilhelmsen AS

and

Oslo kommune

on the interpretation of Article 11, 13 and 16 of the EEA Agreement.

I. Introduction

1. By an order dated 26 July 1996, registered at the Court on 7 August 1996, Oslo byrett, a Norwegian City Court, made a request for an advisory opinion in a case brought before it by Tore Wilhelmsen AS (Wilhelmsen) against Oslo kommune (Municipality of Oslo).

II. Legal background

2. The questions submitted by the Norwegian court concern the interpretation of Article 11, 13 and 16 of the EEA Agreement (EEA).

3. Article 11 EEA , which mirrors Article 30 of the EC Treaty (EC) provides:

"Quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect shall be prohibited between the Contracting Parties".

4. Article 13 of the EEA provides a derogation from Article 11 EEA under the same conditions as Article 36 EC:

"The provisions of Article 11 and 12 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property. Such prohibitions or restrictions shall not, however, constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between the Contracting Parties".

RETSMØTERAPPORT
i sak E-6/96

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

Tore Wilhelmsen AS

og

Oslo kommune

om tolkning av EØS-avtalen artikkel 11, 13 og 16.

I. Innledning

1. Ved skriv datert 26 juli 1996, mottatt ved Domstolen 7 august 1996, har Oslo byrett bedt om en rådgivende uttalelse i en sak som Tore Wilhelmsen AS (Wilhelmsen) har reist i byretten mot Oslo kommune.

II. Rettslig bakgrunn

2. Spørsmålene som den norske domstolen har reist, gjelder tolkning av EØS-avtalen artikkel 11, 13 og 16.

3. I EØS-avtalen artikkel 11, som tilsvare EF-traktaten artikkel 30, heter det:

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

4. EØS-avtalen artikkel 13, som oppstiller et unntak fra EØS-avtalen artikkel 11, er utformet som EF-traktaten artikkel 36:

“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.”

5. Article 16 of the EEA corresponds to Art. 37 EC:

"The Contracting Parties shall ensure that any State monopoly of a commercial character be adjusted so that no discrimination regarding the conditions under which goods are produced and marketed will exist between nationals of EC Member States and EFTA States.

The provisions of this Article shall apply to any body through which the competent authorities of the Contracting Parties, in law or in fact, either directly or indirectly supervise, determine or appreciably influence imports or exports between Contracting Parties. These provisions shall likewise apply to monopolies delegated by the State to others".

III. Facts and Procedure

6. The case before the national court concerns the validity of the refusal of an application for a licence to sell beer containing more than 4.75 % alcohol by volume. The plaintiff applied to the municipality of Oslo (Oslo kommune) for a licence to sell beer covered by Section 3-1, paragraph 1 of the Norwegian Alcohol Act. In June 1995, Oslo kommune, acting in its capacity as the licencing authority under the Alcohol Act, decided not to handle the application on the basis that only AS Vinmonopolet's retail outlets could sell strong beer.

7. The Norwegian Act No. 27 of 2 June 1989 on the sale of Alcoholic Beverages as amended at the relevant time, provides in section 3-1:

"Sale of spirits, wine and beer containing more than 4.75 per cent alcohol by volume (strong beer) to the consumer may only be carried out by A/S Vinmonopolet on the basis of a municipal licence. If a licence has been granted to sell spirits and/or wine, such licence shall apply for beer as mentioned in this paragraph.

Subject to the exceptions of sections 6-3 and 6-4, beer other than beer as mentioned in the first paragraph may only be sold by persons entitled to trade under the Trading Act, on the basis of municipal licence. This shall also apply where such sale is to be carried out by a company that is wholly or partly owned by the municipality.

A licensee may not hold more than one licence.

A licence to sell spirits, wine and/or strong beer to A/S Vinmonopolet may only be granted provided a licence to sell beer containing less than 4.76 per cent alcohol by volume has been granted in the municipality".

8. The Norwegian Alcohol Act was amended, effective 1 March 1993, so that beer in category 3 was from then on to be sold only in the retail outlets of Vinmonopolet, but not in private stores. Vinmonopolet has 112 retail outlets in Norway at present.

9. Following a legislative amendment in 1995, there is no longer a monopoly on the import, export and wholesale trade of alcohol products. Vinmonopolet may not import on its own.

10. According to the description of the organisation of the sale of beer and other alcoholic beverages in Norway given by the *Norwegian Government*, Vinmonopolet, which is a wholly state-owned company, has an exclusive right on the retail sale of wine and spirits which contain more than 2.5 % alcohol by volume. Since 1 March 1993, the monopoly has also included beer containing more than 4.75 % alcohol by volume (strong beer).

5. EØS-avtalen artikkel 16 svarer til EF-traktaten artikkel 37:

“Avtalepartene skal sikre at statlige handelsmonopoler blir tilpasset slik at det ikke vil forekomme noen forskjellsbehandling av statsborgere fra EFs medlemsstater og EFTA-statene når det gjelder vilkårene for forsyning og avsetning.

Bestemmelsene i denne artikkel skal anvendes på ethvert organ som avtalepartenes myndigheter rettslig eller faktisk, direkte eller indirekte, bruker til å kontrollere, styre eller merkbart påvirke importen eller eksporten mellom avtalepartene. Bestemmelsene skal også anvendes på monopoler som er delegert rettigheter av staten.”

III. Faktiske forhold og saksbehandling

6. Saken for den nasjonale domstolen gjelder gyldigheten av avslaget på en søknad om bevilling til å selge øl som inneholder mer enn 4,75 volumprosent alkohol. Saksøker søkte Oslo kommune om bevilling til å selge øl som omfattes av § 3-1 første ledd i den norske alkoholoven. I juni 1995 besluttet Oslo kommune som bevillingsmyndighet etter alkoholoven at søknaden ikke skulle behandles, ettersom bare AS Vinmonopolets detaljutsalgs kan selge sterkøl.

7. I den norske *lov av 2. juni 1989 nr. 27* om omsetning av alkoholholdig drikk m v heter det i § 3-1:

“Salg av brennevin, vin og øl med høyere alkoholinnhold enn 4,75 volumprosent alkohol (sterkøl), kan bare foretas av A/S Vinmonopolet på grunnlag av kommunal bevilling. Dersom bevilling til salg av brennevin og eller vin er gitt omfatter denne også øl som nevnt i dette leddet.

Salg av annet øl enn nevnt i første ledd kan bare foretas av den som har handelsrett etter handelsloven på grunnlag av kommunal bevilling. Det gjelder også der salget skal drives av et selskap som helt eller delvis eies av kommunen.

Bevillingshaver kan ikke inneha mer enn én salgsbevilling. (...)

Bevilling til salg av brennevin, vin og/eller sterkøl til A/S Vinmonopolet kan bare gis dersom det også gis bevilling til salg av øl med lavere alkoholinnhold enn 4,76 volumprosent i kommunen.”

8. Den norske alkoholoven ble med virkning fra 1. mars 1993 endret slik at øl i kategori 3 fra da av bare kunne selges i Vinmonopolets detaljutsalgs og ikke i private butikker. Vinmonopolet har for tiden 112 detaljutsalgs i Norge.

9. Etter en lovendring i 1995 er det ikke lenger monopol på import, eksport og engrossalg av alkoholholdige varer. Vinmonopolet kan ikke selv importere.

10. Ifølge beskrivelsen fra *Den norske regjering* om organisering av salg av øl og andre alkoholholdige drikker i Norge, har A/S Vinmonopolet (Vinmonopolet), som er et fullstendig stateid selskap, en eksklusiv rett til detalj salg av vin og brennevin som inneholder mer enn 2,5 volumprosent alkohol. Siden 1 mars 1993 har detalj salgsmonopolet også omfattet øl som inneholder mer enn 4,75 volumprosent alkohol (sterkøl).

11. It is expressly stated in the Alcohol Act that Vinmonopolet has an obligation not to discriminate between suppliers and products on the basis of nationality or country origin.

12. Reference is made to the Regulation of 30 November 1995, on Vinmonopolet's purchasing activity. Accordingly, products will be allocated to one of four ranges of Vinmonopolet: the basic range, the limited-consignment range, the supplementary range and the test range. In addition, the retail monopoly is required to order any product requested which can be obtained from a licensed wholesaler. The pricing system also ensures equal treatment. The various categories of beverages are priced according to the same criteria regardless of the origin of the products.

13. Reference is made to the Regulation establishing a board to test A/S Vinmonopolet's purchases.

14. According to *Wilhelmsen* the rules applied by Vinmonopolet do not give suppliers and manufacturers an unconditional market access. Manufacturers abroad may not deliver goods directly to Vinmonopolet. This follows from the fact that Vinmonopolet is not allowed to import the products itself. Furthermore, a foreign producer has to be represented in Norway by a company or a person with an import and wholesale licence in order for the products in question to be offered for sale to consumers through Vinmonopolet. The conditions for obtaining a wholesale licence are strict. Even if a foreign producer has a representative (importer) in Norway, it is difficult to obtain sales to Vinmonopolet. Correspondence between Egersunds Mineralvandfabrik AS and Vinmonopolet shows that Vinmonopolet did not respond to letters offering sale of Danish beer. When Vinmonopolet finally accepted "a registration for the test range" after 15 months, it was communicated that it would take another 27 months before any sale could take place.

15. Oslo byrett has based its decision to request an advisory opinion on the observation that the main issue in the case before the national court is whether the refusal to grant a licence to the plaintiff to sell beer containing more than 4.75 % alcohol by volume, is compatible with the EEA Agreement.

16. Oslo kommune has requested that the EFTA Court also give an opinion on questions 3 and 4 below.

IV. Question

17. The following questions were referred to the EFTA Court:

1. **Is a refusal to grant a licence to sell beer containing more than 4.75 per cent alcohol by volume, with reference to the established exclusive right of Vinmonopolet, compatible with Article 16 of the EEA Agreement on State monopolies of commercial character?**
2. **Is a refusal to grant a licence to sell beer containing more than 4.75 per cent alcohol by volume, with reference to the established exclusive right of Vinmonopolet, compatible with the principles of free movement of goods in Articles 11 and 13 of the EEA Agreement?**
3. **Do EEA rules stipulate, to what extent it is the State or the municipality that is competent to decide applications for licences to sell alcohol, regardless of the content of the national legislative provisions on the competence given to municipalities to decide certain cases?**

11. Det er uttrykkelig uttalt i alkoholloven at Vinmonopolet er forpliktet til ikke å forskjellsbehandle leverandører og varer på grunnlag av statsborgerskap eller opprinnelsesland.

12. Det vises til *forskrift av 30 november 1995* om Vinmonopolets innkjøpsvirksomhet. Ifølge forskriften blir varene fordelt i Vinmonopolets fire produktutvalg: basisutvalget, partiutvalget, tilleggsutvalget og testutvalget. Dessuten er Vinmonopolet forpliktet til å bestille på anmodning alle varer som kan leveres av grossist med bevilling. Systemet for prisfastsetting sikrer også lik behandling. De forskjellige kategoriene av drikker prises etter samme kriterier uten hensyn til produktenes opprinnelse.

13. Det vises til forskrift om opprettelse av et styre som skal teste Vinmonopolets innkjøp.

14. Ifølge *Wilhelmsen* gir ikke reglene som anvendes av Vinmonopolet, leverandører og produsenter uforbeholden adgang til markedet. Produsenter i utlandet kan ikke levere varer direkte til Vinmonopolet. Dette følger av det faktum at Vinmonopolet ikke har tillatelse til å importere varene selv. Videre må en utenlandsk produsent være representert i Norge gjennom et selskap eller en person med bevilling til import og engrossalg for at de aktuelle varene kan tilbys for salg til forbrukere gjennom Vinmonopolet. Vilåårene for å få bevilling til engrossalg er strenge. Selv om en utenlandsk produsent har en representant (importør) i Norge, er det vanskelig å få tillatelse til å selge til Vinmonopolet. Korrespondanse mellom Egersunds Mineralvandfabrik AS og Vinmonopolet viser at Vinmonopolet ikke besvarte brev med tilbud om salg av dansk øl. Da Vinmonopolet til slutt aksepterte "registrering i testutvalget" etter 15 måneder, ble det opplyst at det ville ta ytterligere 27 måneder for noe salg kunne finne sted.

15. Oslo byrett la til grunn for sin beslutning om å anmode om en rådgivende uttalelse, at hovedspørsmålet i saken som er reist ved den nasjonale domstolen, er om avslaget på å innvilge saksøker bevilling til salg av øl med et høyere alkoholinnhold enn 4,75 volumprosent, er forenlig med EØS-avtalen.

16. Oslo kommune har anmodet EFTA-domstolen om å avgjøre uttalelse også om spørsmål 3 og 4 nedenfor.

IV. Spørsmål

17. Følgende spørsmål er forelagt EFTA-domstolen:

1. Er en nektelse av å gi bevilling til salg av øl med høyere alkoholinnhold enn 4,75 volumprosent alkohol under henvisning til den etablerte enerett for Vinmonopolet forenlig med EØS-avtalens bestemmelser om statlige handelsmonopoler (EØS-avtalen artikkel 16)?
2. Er en nektelse av å gi bevilling til salg av øl med høyere alkoholinnhold enn 4,75 volumprosent alkohol under henvisning til den etablerte enerett for Vinmonopolet forenlig med EØS-avtalens bestemmelser om fri vareflyt (EØS-avtalen artikler 11 og 13)?
3. Inneholder EØS-reglene personelle bestemmelser om hvorvidt det er staten eller kommunen som er personelt ansvarlig for å avgjøre søknader om alkoholsalgbevilling, uavhengig av innholdet i den nasjonale retts regler om hvilke alkoholavgjørelser som er lagt til kommunene?

4. **Do EEA rules contain substantive provisions on the unconditional right of individuals to sell alcohol to the general public, regardless of national legislation stipulating a licencing system for the sale of all types of alcohol to the general public?**

V. Written observations

18. Pursuant to Article 20 of the Statute of the EFTA Court and Article 97 of the Rules of procedure, written observations have been received from:

- The plaintiff, Tore Wilhelmsen AS, represented by Advocate Bjørn Stordrange, Counsel, Smith Grette Wille DA MNA;
- The Government of the Kingdom of Norway, represented by Didrik Tønseth, Advocate, Attorney General's office, acting as an agent for the Norwegian Government;
- The Government of the Kingdom of Sweden, represented by Erik Brattgård, Director for Legal Affairs, Ministry for Foreign Affairs, acting as an agent for the Swedish Government;
- The EFTA Surveillance Authority, represented by Håkan Berglin, Director of the Legal and Executive Affairs Department, assisted by Rolf Helmich Pedersen, Officer of that Department, acting as an agent;
- The European Commission, represented by Richard B. Wainwright, Principal Legal Adviser, and Michael Shotter, a national official seconded to the Commission under an arrangement for the exchange of officials, acting as an agent.

Oslo kommune has stated that it does not wish to make any comments regarding the questions referred to the EFTA Court.

1. General observations

A. Scope of the EEA Agreement

19. According to the *Norwegian Government*, it follows from the wording and the position of Article 8 (3) EEA that this provision limits the substantive scope of the EEA Agreement in general. Products manufactured on the basis of agricultural products are not listed in the relevant chapter of the Harmonized Commodity Description and Coding System mentioned in Article 8 (3) EEA. Such products are excluded from the scope of the EEA Agreement unless otherwise provided therein.

20. Market access for products listed in Protocol 3 was to be achieved in accordance with the conditions listed in that protocol. For products listed in Table 1 the intention of the parties was to establish price compensation arrangements following the reasons given in Article 2 of Protocol 3. The price compensation system under Article 3 (1) of Protocol 3 has not been negotiated.

21. Furthermore, the general provision of Article 3 (2) of Protocol 3 on the abolition of customs duties or other fixed amounts on imported goods, unless otherwise provided for in Article 1 of Appendix 1, has not been put into effect by the Contracting Parties.

4. **Inneholder EØS-reglene materielle bestemmelser om at privatpersoner har en ubetinget rett til å selge alkohol til almenheten, uavhengig av at den nasjonale rett har innført konsesjonsplikt for alle typer alkoholsalg til almenheten?**

V. Skriftlige saksfremstillinger

18. Skriftlige saksfremstillinger i medhold av Vedtektene for EFTA-domstolen artikkel 20 og Rettergangsordningen artikkel 97 er mottatt fra:

- Saksøker, Tore Wilhelmsen AS, representert ved advokat Bjørn Stordrange, Smith Grette Wille DA MNA,
- Den norske regjering, representert ved advokat Didrik Tønseth, regjeringsadvokatens kontor, som partsrepresentant.
- Den svenske regjering, representert ved direktor Erik Brattgård, Avdeling for juridiske saker, Utenriksdepartementet, som partsrepresentant,
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved direktor Håkan Berglin, Avdelingen for justis- og eksekutivsaker, assistert av Rolf Helmich Pedersen, saksbehandler samme sted, som partsrepresentant,
- Kommissjonen for De europeiske fellesskaper, representert ved Richard B. Wainwright, Førsterådgiver, og Michael Shotter, en nasjonal tjenestemann utlånt til Kommissjonen ifølge en ordning om utveksling av tjenestemenn, som partsrepresentant.

Oslo kommune har uttalt at den ikke ønsker å komme med noen kommentarer til spørsmålene som er forelagt EFTA-domstolen.

1. Generelle bemerkninger

A. Virkeområde for EØS-avtalen

19. Ifølge *Den norske regjering* fremgår det av ordlyden i og plasseringen av EØS-avtalen artikkel 8 nr. 3 at denne bestemmelse begrenser EØS-avtalen materielle virkeområde generelt. Varer produsert på basis av landbruksprodukter, er ikke oppført i det aktuelle kapitlet i det harmoniserte system for beskrivelse og klassifisering av varer omhandlet i EØS-avtalen artikkel 8 nr. 3. Slike varer er unntatt fra EØS-avtalen virkeområde med mindre annet er fastsatt i avtalen.

20. Markedsadgang for varer oppført i protokoll 3 skulle oppnås i samsvar med vilkårene oppført i denne protokoll. For varer oppført i tabell I, var det partenes hensikt å opprette prisutjevningsordninger i samsvar med de begrunnelser som er gitt i protokoll 3 artikkel 2. Prisutjevningssystemet etter protokoll 3 artikkel 3 nr. 1 har ikke vært gjenstand for forhandling.

21. Videre har ikke avtalepartene gjennomført den alminnelige bestemmelsen i protokoll 3 artikkel 3 nr. 2 om oppheving av toll eller andre faste belop på importerte varer med mindre annet er fastsatt i artikkel 1 i tillegg 1.

22. As a consequence of these circumstances the Contracting parties are still applying the price compensation system of Protocol 2 of the Free Trade Agreements or Annex D of the Stockholm Convention to the products listed in Table 1, insofar as these products are also covered by these two provisions. Furthermore, since Appendix 1 of Protocol 3 is not in force, the Contracting Parties have not embarked on the foreseen reduction of customs duties provided for in that Appendix.

23. Reference is made to Article 44 of the Vienna Convention on the law of Treaties concerning the separability of treaty provisions. Neither the EEA Agreement nor the general provisions of its Protocol 3 provide for the partial application of Protocol 3 to certain products.

24. For the interpretation of the provisions relating to the free movement of goods under the Free Trade Agreements, the Government of Norway refers to ECJ's *Polydor*¹ and *Kupferberg*² judgments.

25. The conclusion for the Norwegian Government is that beer falls outside the scope of application of the EEA Agreement as long as Protocol 3 Table 1 does not apply. Therefore the Norwegian Government submits to decide the present case solely on this ground.

B. Article 59 of the EEA Agreement

26. Counsel for *Wilhelmsen* refers to Article 59 EEA, which corresponds to Article 90 EC, for the purpose of assessing the lawfulness of the retail monopoly. The exclusive right of Vinmonopolet brings it under the definition in Article 59 EEA. The exception clause of this provision has no application here.

27. Counsel for *Wilhelmsen* states that all measures taken by a member state, which entail that an undertaking will necessarily violate any of the provisions in the EC Treaty, are in violation of the Treaty. It is also forbidden for a member state to grant exclusive rights to an undertaking which is manifestly incapable of satisfying demand for a product or service.

28. Reference is made to ECJ's *Höfner*³ and *France v. Commission*⁴ rulings.

29. The needs of all those consumers who prefer brands other than those traded by Vinmonopolet, are not met by the monopoly. The fact that a system has been established that makes it possible for consumers to procure goods not traded by Vinmonopolet, does not change this fact.

30. In the opinion of *Wilhelmsen* it is obvious that the exclusive right entails that Vinmonopolet has a dominant position in the meaning which determined in Article 54 EEA .

¹ Case C-270/80 *Polydor* [1982] ECR 329.

² Case C-104/81 *Kupferberg* [1982] ECR 3641.

³ Case C-41/90 *Höfner* [1991] ECR I-1979.

⁴ Case C-202/88 *France V. Commission* [1991] ECR I-1223.

22. Som følge av disse omstendigheter anvender avtalepartene fremdeles prisutjevningssystemet i protokoll 2 i frihandelsavtalen eller vedlegg D til Stockholm-konvensjonen for varer oppført i tabell I, i den grad disse varene også dekkes av disse to bestemmelsene. Ettersom vedlegg 1 til protokoll 3 ikke er trådt i kraft, har ikke avtalepartene gått i gang med den planlagte tollreduksjonen fastsatt i nevnte vedlegg.

23. Det vises til artikkel 44 i Vienna Convention on the Law of Treaties (Wien-konvensjonen om traktatretten) vedrørende muligheten for å skille ut enkelte traktatbestemmelser.

24. Når det gjelder tolkning av bestemmelsene om det frie varebytte etter frihandelsavtalen, viser Den norske regjering til avgjørelsene i sakene *Polydor*¹ og *Kupferberg*².

25. Den norske regjering konkluderer med at øl faller utenfor EØS-avtalens virkeområde så lenge protokoll 3 tabell I ikke får anvendelse. Derfor foreslår Den norske regjering å avgjøre den foreliggende sak utelukkende på dette grunnlag.

B. EØS-avtalen artikkel 59

26. *Wilhelmsens* advokat viser til EØS-avtalen artikkel 59, jf EF-traktaten artikkel 90, for å vurdere lovligheten av detaljsalgsmonopolet. På grunn av Vinmonopolets eksklusive rett faller det inn under definisjonen i EØS-avtalen artikkel 59. Unntaksklausulen i denne bestemmelse får ikke anvendelse her.

27. *Wilhelmsens* advokat uttaler at alle tiltak en medlemsstat treffer som fører til at et foretak nødvendigvis bryter en av EF-traktaten bestemmelser, er overtredelser av traktaten. Det er også forbudt for en medlemsstat å gi eksklusive retter til et foretak som åpenbart ikke er i stand til å tilfredsstille etterspørselen etter en vare eller tjeneste.

28. Det vises til avgjørelsene i sakene *Höfner*³ og *Frankrike mot Kommisjonen*⁴.

29. Behovene til alle de forbrukerne som foretrekker andre merker enn de Vinmonopolet forhandler, tilfredsstilles ikke av monopolet. Det faktum at det er blitt opprettet et system som gjør det mulig for forbrukere å skaffe seg varer som Vinmonopolet ikke forhandler, endrer ikke denne kjensgjerning.

30. Etter *Wilhelmsens* oppfatning er det klart at den eksklusive retten fører til at Vinmonopolet har en dominerende stilling i henhold til i EØS-avtalen artikkel 54.

¹ Sak C-270/80 *Polydor* [1982] ECR 329.

² Sak C-104/81 *Kupferberg* [1982] ECR 3641.

³ Sak C-41/90 *Höfner* [1991] ECR I-1979.

⁴ Sak C-202/88 *Frankrike mot Kommisjonen* [1991] ECR I-1223.

31. In case *Banchero*⁵ the ECJ attaches importance to the fact that the different retail outlets which had been licensed by the Italian state monopoly for tobacco were easily accessible for consumers all over Italy. Vinmonopolet has only approximately 110 retail outlets and it is for the manager of each outlet to decide which products from the additional range shall be traded in the outlet. Vinmonopolet is not capable of handling and offering all those goods which different producers wish to sell in the Norwegian market. The requirement that a product has to be included in one of the ranges, entails that all non-included products are denied access to the market.

32. The exclusive right of Vinmonopolet enables it to use its dominant position to limit the market contrary to the interests of consumers. The exclusive right of Vinmonopolet to retail sales of beer in class 3 is so structured that parallel imports do not and will not take place. In addition to representing a restriction on trade between the Contracting Parties to the EEA Agreement, this is also a restriction on competition, because it obstructs the access to the market through a parallel channel for those goods imported by distributors of the foreign producers. An effective division of markets is upheld, which is characterised by the importers avoiding competition of the brands in which they trade. Neither an interbrand nor an intrabrand competition does take place. From these points of view the exclusive rights arrangement is contrary to Article 54 (2) lit. b EEA .

2. *The first question referred to the Court*

Tore Wilhelmsen A/S

33. Counsel for *Wilhelmsen*, reiterating the arguments of the Norwegian Government put forward in the written observation states that the Norwegian Government accepts article 16 EEA applying to Vinmonopolet. Vinmonopolet's practice in respect of not buying beers from foreign breweries represents a clear discrimination of foreign strong beers.

34. In *Wilhelmsen's* view it follows from the wording of Article 37 EC and with regard to considerations of consistency and harmony, that potential discrimination should be covered, too. It is contended that Article 16 EEA should be interpreted correspondingly.

35. In this connection it is of no relevance that Vinmonopolet may not on purpose impose these disadvantages on foreign strong beers in particular.

36. The alternative that the retail monopoly should not be found to be discriminating, it is contended that it is, in any event, potentially discriminating and that, therefore Article 16 EEA applies.

37. Reference is made to Advocate General's opinions in *Manghera*⁶ and *France v. Commission*⁷ cases.

⁵ Case C-387/93 *Banchero* [1995] ECR I-4663.

⁶ Opinion of Advocate General Warner in case C-59/75 *Manghera* [1976] ECR 107.

⁷ Opinion of Advocate General Tesaro in case C-202/88 *France v. Commission* [1991] ECR I-1248.

31. I *Banchemo*⁵ la EF-domstolen vekt på at de forskjellige detaljutsalgene som hadde fått bevilling fra det italienske statlige monopol for tobakk, var lett tilgjengelige for forbrukere over hele Italia. Vinmonopolet har bare om lag 110 utsalg, og det er opp til lederen for hvert utsalg å avgjøre hvilke varer fra tilleggsetvalget som skal selges i utsalget. Kravet om at en vare må tilhøre et av produktutvalgene, fører til at alle varer som ikke tilhører noen av utvalgene, blir nektet adgang til markedet.

32. Vinmonopolets eksklusive rett gjør det mulig for Vinmonopolet å benytte sin dominerende stilling til å begrense markedet i strid med forbrukernes interesser. Vinmonopolets eksklusive rett til detalj salg av øl i klasse 3 er lagt opp slik at parallellimport ikke forekommer, og heller ikke vil forekomme. I tillegg til å utgjøre en restriksjon på handelen mellom partene i EØS-avtalen, er dette også konkurranseshemmende fordi det hindrer markedsadgang gjennom en parallell kanal for varer som importeres av utenlandske produsenters distributører. Det opprettholdes en faktisk markedsdeling på den måten at importorene unngår konkurranse om de merkene de forhandler. Det forekommer verken konkurranse innenfor de enkelte merker, eller mellom forskjellige merker. Fra disse synsvinklene er ordningen med eksklusive retter i strid med EØS-avtalen artikkel 54 nr. 2 bokstav b).

2. Det første spørsmålet forelagt Domstolen

Tore Wilhelmsen A/S

33. *Wilhelmsens* advokat gjentar argumentene fremsatt i den skriftlige uttalelsen fra Den norske regjering og uttaler at Den norske regjering godtar at EØS-avtalen artikkel 16 får anvendelse på Vinmonopolet. Vinmonopolets praksis med hensyn til ikke å kjøpe øl fra utenlandske bryggerier, utgjør en klar forskjellsbehandling av utenlandsk sterkøl.

34. Etter Wilhelmsens mening fremgår det av ordlyden i EF-traktaten artikkel 37 og hensynet til konsekvens og harmoni, at potensiell forskjellsbehandling også skulle være dekket. Det hevdes at EØS-avtalen artikkel 16 bør tolkes deretter.

35. I denne forbindelse har det ingen betydning at Vinmonopolet muligens ikke med hensikt gjør det vanskelig spesielt for utenlandsk sterkøl.

36. Dersom det fastslås at detalj salgsmonopolet ikke forskjellsbehandler, hevdes det at monopolet under enhver omstendighet potensielt kan føre til forskjellsbehandling, og at EØS-avtalen artikkel 16 derfor får anvendelse.

37. Det vises til generaladvokatens uttalelse i sakene *Manghera*⁶ og *Frankrike mot Kommissjonen*.⁷

⁵ Sak C-387/93 *Banchemo* [1995] ECR I-4663.

⁶ Uttalelse fra generaladvokat Warner i sak C-59/75 *Manghera* [1976] ECR 107.

⁷ Uttalelse fra generaladvokat Tesaro i sak C-202/88 *Frankrike mot Kommissjonen* [1991] ECR I-1248.

38. There is no basis to draw from ECJ's *Commission v. Greece*⁸ ruling the conclusion that Article 36 EC can be invoked as a basis for an exception from Article 37 EC. In that respect, reference is also made to the Opinion of the Advocate General in this case⁹.

39. Wilhelmsen states *inter alia* that the avoidance of the ECJ of taking a position on the issue of whether Article 36 EC may form the basis for a derogation from Article 37 EC, should give reasons for the conclusion that there is no possibility to justify a discriminating retail monopoly on the basis of Article 36.

40. Counsel for Wilhelmsen refers to ECJ's *Bauhuis*¹⁰ and *Marimex*¹¹ rulings in which it was found that Article 36 EC could not be understood in such a way as to permit measures of any other nature than those listed in Article 30-34 EC.

41. Counsel for Wilhelmsen proposes that the first question should be answered as follows:

"Article 16 of the EEA Agreement should be understood to entail an obligation for the Contracting Parties to adjust state monopolies of a commercial character so that no discrimination of nationals from the Contracting Parties can take place, in respect of the conditions for supply and marketing. When the exclusive right to retail sales of a product held by a state monopoly of a commercial character is so structured as to force goods produced in another Contracting Party to be distributed through an additional level of distribution as compared to the case for domestic products, this obligation has not been fulfilled. A system of exclusive retail distribution of beers in class 3 through the state-owned Vinmonopolet is contrary to Article 16 of the EEA Agreement. The EFTA Court needs not to take a standpoint on the question of whether the refusal of the application in question was justified"

The Government of the the Kingdom of Norway

42. In the Opinion of the *Norwegian Government* it follows from the wording of Article 16 EEA and also from the relevant case law of the ECJ related to Article 37 EC that state monopolies of a commercial character do not have to be abolished but simply adjusted so that no discrimination takes place.

43. The retail monopoly such as that of Vinmonopolet is designed in a way that no discrimination shall exist between imported and national products. The purchasing system ensures all economic operators access to the shops of the monopoly on equal and commercial terms.

44. The Norwegian Government proposes the following answer to the first question posed by the national court:

"An exclusive right of a state monopoly to sell strong beer is compatible with Article 16 of the EEA Agreement, provided that its practices are non-discriminatory."

⁸ Case C-347/88 *Commission v. Greece* [1990] ECR I-4747.

⁹ Opinion of Advocate General Tesaurò in case C-347/88 *Commission v. Greece* [1990] ECR I-4775.

¹⁰ Case C-46/76 *Bauhuis* [1977] ECR 5.

¹¹ Case C-29/72 *Marimex* [1972] ECR 1309.

38. Det er ikke grunnlag å trekke den slutning av avgjørelsen i EF-domstolens sak *Kommisjonen mot Hellas*⁸, at EF-traktaten artikkel 36 kan påberopes som et grunnlag for et unntak fra artikkel 37. I den anledning vises det også til generaladvokatens uttalelse i denne saken⁹.

39. Wilhelmsen uttaler, *blant annet*, at når EF-domstolen unngår å ta stilling til spørsmålet om EF-traktaten artikkel 36 kan danne grunnlag for et unntak fra EF-traktaten artikkel 37, bør dette gi grunnlag for den konklusjon at det ikke er noen mulighet for å rettferdiggjøre et detaljalgsmonopol som forskjellsbehandler på grunnlag av EF-traktaten artikkel 36.

40. Wilhelmsens advokat viser til EF-domstolens avgjørelser i *Bauhuts*¹⁰ og *Marimex*¹¹ der det ble fastslått at EF-traktaten artikkel 36 ikke kunne forstås på en slik måte at det kunne tillates tiltak av noen annen art enn de som var oppført i EF-traktaten artikkel 30-34.

41. Wilhelmsens advokat foreslår at det første spørsmålet bør besvares på følgende måte:

“Artikkel 16 i EØS-avtalen må forstås å innebære en plikt for Avtalepartene til å tilpasse statlige handelsmonopoler slik at det ikke kan forekomme noen forskjellsbehandling av statsborgere fra Avtalepartene når det gjelder vilkårene for forsyning og avsetning. Når et statshandelsmonopols enerett til detaljalg av en vare er slik innrettet at den påtvinger varer fremstilt i en annen Avtalepart å omsette gjennom et omsetningsledd mer enn hva som er tilfellet for innenlandske varer, er denne plikten ikke oppfylt. Systemet med detaljomsetning av øl i klasse 3 gjennom det statlige vinmonopolet er i strid med art. 16 i EØS-avtalen. Domstolen behøver ikke ta stilling til om det var berettiget å avslå den konkrete søknad eller ikke.”

Den norske regjering

42. Etter *Den norske regjering*s oppfatning fremgår det av ordlyden i EØS-avtalen artikkel 16 og også av EF-domstolens rettspraksis i forbindelse med EF-traktaten artikkel 37 at statlige handelsmonopoler ikke må avskaffes, men bare tilpasses slik at forskjellsbehandling ikke forekommer.

43. Detaljalgsmonopol som Vinmonopolet er lagt opp slik at det ikke skal forekomme noen forskjellsbehandling mellom importerte og innenlandske varer. Innkjøpssystemet sikrer at alle markedsdeltakere har adgang til monoopolets butikker på like og forretningsmessige vilkår.

44. Den norske regjering foreslår følgende svar på det første spørsmålet som den nasjonale domstolen har stilt:

“En eksklusiv rettighet som et statlig monopol har til å selge sterkøl, er forenlig med EØS-avtalen artikkel 16, forutsatt at den praksis monoopolet følger ikke medfører forskjellsbehandling.”

⁸ Sak C-347/88 *Kommisjonen mot Hellas* [1990] ECR I-4747.

⁹ Uttalelse fra generaladvokat Tesaro i sak C-347/88 *Kommisjonen mot Hellas* [1990] ECR I-4775.

¹⁰ Sak C-46/76 *Bauhuis* [1977] ECR 5.

¹¹ Sak C-29/72 *Marimex* [1972] ECR 1309.

The Government of the Kingdom of Sweden

45. The *Swedish Government* refers to ECJ's *Manghera*¹² and *Commission v. Italy*¹³ rulings. According to these rulings the EC Treaty does not demand that the state trade monopolies be abolished, only that they be adjusted in such a way that every type of discrimination of nationals of Member States regarding the conditions under which goods are procured and marketed be precluded.

46. If a retail trading monopoly is adjusted in such a way that it precludes discrimination of products from other Member States and sufficient measures are introduced to ensure the functioning and monitoring of the monopoly, the requirements applicable under Article 16 EEA are fulfilled.

47. Reference is also made to the facts and legal arguments put forward in the Case C-189/95 at the ECJ concerning the Swedish National Monopoly for retail Sale of Alcoholic Beverages (Systembolaget).

48. The Swedish Government propose that the first question referred by the Oslo byrett should be answered in the affirmative.

The EFTA Surveillance Authority

49. *ESA* refers to Article 16 EEA and states that AS Vinmonopolet is a State monopoly for the purpose of this provision.

50. It follows from the wording of Article 16 EEA and it is in line with ECJ's *Commission v. Italy*¹⁴ ruling that this provision does not require the abolition of a national monopoly having a commercial character. It only has to be adjusted in such a way as to ensure that no discrimination exists between national of the EEA States regarding the conditions under which goods are procured and marketed .

51. Reference is also made to ECJ's *Manghera*¹⁵ ruling. Following this ruling, *ESA* states that accordingly, Article 16 EEA is closely linked with the articles in the EEA Agreement concerning the free movement of goods.

52. In *ESA*'s opinion an exclusive right of the kind concerned is not in itself contrary to Article 16 EEA. This provision would be infringed only if such an exclusive right were to be designed or exercised so as to imply discrimination between nationals of EEA States with regard to the conditions under which the products concerned are procured and marketed.

53. The Norwegian legislation concerning Vinmonopolet applies equally to domestic traders and traders of other EEA States. On the basis of the facts presently available, there is nothing to show that products from other EEA States are affected any differently from Norwegian products.

¹² Case C-59/75 *Manghera* [1976] ECR 91.

¹³ Case C-78/82 *Commission v. Italy* [1983] ECR 1955.

¹⁴ See footnote 13.

¹⁵ See footnote 12.

Den svenske regjering

45. Den svenske regjering viser til EF-domstolens avgjørelser i *Manghera*¹² og *Kommisjonen mot Italia*¹³. Ifølge disse avgjørelsene krever ikke EF-traktaten at statlige handelsmonopoler skal oppheves, bare at de skal tilpasses på en slik måte at enhver forskjellsbehandling av statsborgere fra medlemsstatene utelukkes når det gjelder vilkår for innkjøp og omsetning av varer.

46. Dersom et handelsmonopol på detaljstnivå tilpasses på en slik måte at all forskjellsbehandling av varer fra andre medlemsstater utelukkes, og tilstrekkelig tiltak treffes for å sikre monopolets funksjon og kontroll, er kravene som får anvendelse etter EØS-avtalen artikkel 16, oppfylt.

47. Det vises også til de saksforhold og de rettslige argumenter som er fremkommet i sak C-189/95, som er under behandling ved EF-domstolen, vedrørende det svenske statlige monopolet for detaljsalg av alkoholholdige drikker (Systembolaget).

48. Den svenske regjering foreslår at det første spørsmålet som Oslo byrett har stilt, bør besvares bekreftende.

EFTAs overvåkningsorgan

49. EFTAs overvåkningsorgan viser til EØS-avtalen artikkel 16 og uttaler at Vinmonopolet er et statlig monopol i henhold til denne bestemmelse.

50. Det følger av ordlyden i EØS-avtalen artikkel 16, og det er i tråd med EF-domstolens avgjørelse i saken *Kommisjonen mot Italia*¹⁴, at denne bestemmelsen ikke krever at et nasjonalt handelsmonopol skal oppheves. Det må bare tilpasses på en slik måte at det sikrer at det ikke forekommer noen forskjellsbehandling av statsborgere fra EØS-statene når det gjelder vilkårene for innkjøp og omsetning av varer.

51. Det vises også til EF-domstolens avgjørelse i *Manghera*¹⁵. I tråd med denne avgjørelsen uttaler EFTAs overvåkningsorgan at EØS-avtalen artikkel 16 er nær knyttet til bestemmelsene i EØS-avtalen om det frie varebytte.

52. EFTA overvåkningsorgan mener at en eksklusiv rettighet av det slag det her gjelder, ikke i seg selv er i strid med EØS-avtalen artikkel 16. Det ville bare være en overtredelse av denne bestemmelsen dersom en slik eksklusiv rettighet var ment, eller praktisert slik at den ville innebære forskjellsbehandling av statsborgere fra EØS-statene når det gjelder vilkårene for innkjøp og omsetning av de aktuelle varene.

53. Den norske lovgivningen vedrørende Vinmonopolet får samme anvendelse på innenlandske forhandlere og forhandlere fra andre EØS-stater. På grunnlag av de opplysninger som er tilgjengelige på det nåværende tidspunkt, er det ikke noe som viser at varer fra andre EØS-stater blir berørt på noen annen måte enn norske varer.

¹² Sak C-59/75 *Manghera* [1976] ECR 91.

¹³ Sak C-78/82 *Kommisjonen mot Italia* [1983] ECR 1955.

¹⁴ Se fotnote 13.

¹⁵ Se fotnote 12.

54. ESA proposes to answer the first question as follows:

"Article 16 of the EEA Agreement is to be interpreted as not precluding national legislation which grants to an entity such as Vinmonopolet the exclusive right to sell beer containing more than 4.75 per cent alcohol by volume to consumers, provided that the legislation is not designed or applied so as to result in the discrimination of products from other EEA States".

The Commission of the European Communities

55. The Commission referring to ECJ's *Commission v. Italy*¹⁶ ruling, states that only exclusive rights of importation are inherently contrary to Article 37 EC. On the other hand, a retail sale monopoly, in the absence of any discrimination as to the procurement and marketing of goods, is not excluded by that provision.

56. Referring to the request of the national court it is the understanding of the Commission that the legislative amendment 1995 prohibits Vinmonopolet from discriminating between suppliers and products on the basis of nationality or country origin. It also seeks to ensure, to the greatest extent possible in the circumstances, that purchases made by Vinmonopolet should be subject to ordinary commercial terms and should be demand-led.

57. Accordingly, to the extent that Vinmonopolet is not permitted, in its procurement and marketing of strong beer to discriminate between suppliers and products on the basis of nationality and country of origin, and does not so in fact, then the retail monopoly for strong beer (underlying the refusal to grant the licence in question) is lacking in discrimination and was not excluded by Article 16 EEA .

58. The Commission also considers as worth noting a reference from a Swedish court currently before the ECJ concerning the compatibility of the Swedish retail monopoly on the sale of alcohol with Article 30 and 37 EC¹⁷.

59. The Commission proposes that the reply to the first question submitted by the national court should be as follows:

"Article 16 of the EEA Agreement does not preclude national legislation, according to which the retail sale of beer containing more than 4.75 per cent alcohol by volume is reserved to a State monopoly, provided that in law and fact such an exclusive right does not give rise to discrimination between domestic products and products imported from other States party to the EEA Agreement".

3. *The second question referred to the Court*

Tore Wilhelmsen A/S

60. Counsel for *Wilhelmsen* makes reference to corresponding provisions of the EC Treaty¹⁸ and to the *Dassonville*¹⁹ ruling.

¹⁶ See footnote 13

¹⁷ Case C-189/95 *Franzen*. Pending case.

¹⁸ Articles 30 and 36 of the EC Treaty.

54. EFTAs overvåkningsorgan foreslår at det første spørsmålet besvares på følgende måte:

“EØS-avtalen artikkel 16 skal tolkes slik at den ikke er til hinder for nasjonal lovgivning som gir en enhet slik som Vinmonopolet eksklusiv rettighet til å selge øl med et alkoholinhold på mer enn 4,75 volumprosent til forbrukere, forutsatt at lovgivningen ikke er utformet eller anvendes slik at det fører til forskjellsbehandling av varer fra andre EØS-stater.”

Kommisjonen for De europeiske fellesskap

55. *Kommisjonen* viser til EF-domstolens avgjørelse i saken *Kommisjonen mot Italia*¹⁶ og hevder at det bare er eksklusive retter til import som etter sin art er i strid med EF-traktaten artikkel 37. På den annen side er ikke et detaljalgsmonopol utelukket ved denne bestemmelse, med mindre det forekommer forskjellsbehandling ved innkjøp og omsetning av varer.

56. Med henvisning til anmodningen fra den nasjonale domstolen, er det *Kommisjonens* oppfatning at lovendringen i 1995 forbyr Vinmonopolet å forskjellsbehandle leverandører og varer på grunnlag av statsborgerskap eller opprinnelsesland. Lovendringen forsøker også å sikre så vidt mulig under de rådende forhold at innkjøp som Vinmonopolet foretar, skal underkastes vanlig forretningsmessige vilkår og skal styres av etterspørselen.

57. I den grad Vinmonopolet ved innkjøp og omsetning av sterkøl ikke har tillatelse til å forskjellsbehandle leverandører og varer på grunnlag av statsborgerskap og opprinnelsesland, og faktisk ikke gjør det, innebærer folgelig ikke detaljalgsmonopolet for sterkøl (som ligger til grunn for avslaget på å innvilge den aktuelle bevillingen) noen forskjellsbehandling og utelukkes derfor ikke av EØS-avtalen artikkel 16.

58. *Kommisjonen* mener det også er verdt å merke seg en henvisning fra en svensk domstol som nå er til behandling ved EF-domstolen, vedrørende spørsmålet om det svenske detaljalgsmonopolet for alkohol er forenlig med EF-traktaten artikkel 30 og 37¹⁷.

59. *Kommisjonen* foreslår at svaret på det første spørsmålet som er stilt av den nasjonale domstolen, bør besvares på følgende måte:

“EØS-avtalen artikkel 16 er ikke til hinder for nasjonal lovgivning der detaljalg av øl med et alkoholinhold høyere enn 4,75 volumprosent forbeholdes et statlig monopol, forutsatt at en slik eksklusiv rettighet verken rettslig eller faktisk fører til forskjellsbehandling av innenlandske varer og varer importert fra andre stater som er part i EØS-avtalen.”

3. *Det andre spørsmålet forelagt Domstolen*

Tore Wilhelmsen A/S

60. *Wilhelmsens* advokat viser til tilsvarende bestemmelser i EF-traktaten¹⁸ og avgjørelsen i saken *Dassonville*¹⁹.

¹⁶ Se fotnote 13.

¹⁷ Sak C-189/95 *Franzen*. Sak under behandling.

¹⁸ EF-traktaten artikkel 30 og 36.

61. Following the ECJ's case law²⁰ Wilhelmsen states that there is no requirement that the measures in question should be of binding nature.

62. Furthermore, Wilhelmsen refers to ECJ's *Cassis de Dijon*²¹ ruling and a communication of EC Commission²² concerning the question whether non-discriminating measures could be regarded as "measures having an equivalent effect" and the issue of mandatory requirements.

63. Analysing several rulings²³ up to the *Keck* ruling, Wilhelmsen comes to the conclusion that non-discriminating measures, which apply equally to domestic and imported products, may nevertheless be liable to hinder or restrict trade between the parties. Such barriers can be justified if there are mandatory requirements.

64. Counsel for Wilhelmsen gives an exposition and analyse of the *Keck* ruling²⁴ and states in substance that the ruling does not entail a new practice as regards national provisions laying down requirements concerning the product as such.

65. In so far as provisions on forms of sale are concerned, a modification of the *Dassonville* principle is introduced. It is important not to lose sight of the conditions that the ECJ lays down for this presumption, *i.e.* that the provisions in question should apply to all traders (trading with products) and the condition that the provision should have an equal effect on the trade with imported and domestic products, *i.e.* that it should not discriminate with respect to the nationality of traders or the origin of the goods. In Wilhelmsen's view, this interpretation is supported by ECJ's *Eurim-Pharm* ruling²⁵. Another characteristic feature of the *Keck* ruling is that focus is put on access to the market.

66. Showing the practice of the ECJ after the *Keck* judgment, counsel for Wilhelmsen lists ECJ rulings concerning national provisions on the goods themselves²⁶ and rulings concerning national provisions on forms of sale²⁷. In Wilhelmsen's opinion these rulings show that the *Keck* ruling establishes a new rule of presumption, but it does not exclude the possibility that national provisions on the forms of sale of goods may be measure with an equivalent effect in the sense of Article 30 EC, even if they are not discriminating. In the specific assessments, the effects on access to the market and the question of whether the national provision has special effect on foreign goods, has been decisive.

¹⁹ Case C-8/74 *Dassonville* [1974] ECR 83.

²⁰ Cases C-249/81 *Commission v. Ireland* [1982] ECR 4005; C-42/82 *Commission v. France* [1983] ECR 1013; C-177 and 178/82 *Van de Haar* [1984] ECR 1797.

²¹ Case C-120/78 *Cassis de Dijon* [1979] ECR 649.

²² OJ 1980 No. C 256, 3.

²³ Cases C-75/81 *Blesgen* [1982] ECR 1211; C-148/85 *Forest* [1986] ECR 3449; C-69/88 *Krantz* [1990] ECR I-583; C-23/89 *Quitlynn* [1990] ECR I-3059; C-286/81 *Oosthoek* [1982] ECR 4575; C-60 and 61/84 *Cinéthèque* [1985] ECR 2605; C-362/88 *GB-INNO* [1990] I-667; C-126/91 *Yves Rocher* [1993] ECR I-236; C-145/88 *Torfaen* [1989] ECR 3851; C-169/91 *Stoke-on-Trent* [1992] ECR I-6636.

²⁴ Joined cases C-267 and 268/91 *Keck and Mithouard* [1993] ECR I-6097.

²⁵ Case C-320/93 *Eurim-Pharm* [1994] ECR I-5234.

²⁶ Cases C-315/92 *Clinique* [1994] ECR I-317; C-293/93 *Houtwipper* [1994] ECR I-4249.

²⁷ Cases C-292/92 *Hünernmund* [1993] ECR I-6787 ; C-401 and 402/92 *Heukske* [1994] ECR I-2199; C-69/93 and 258/93 *Punto Casa* [1994] ECR I-2355; C-412/93 *Leclerc-Siplec* [1995] ECR I-179.

61. Wilhelmsen uttaler at det ifølge EF-domstolens rettspraksis²⁰ ikke er noe krav om at de aktuelle tiltakene skal være bindende.

62. Videre viser Wilhelmsen til EF-domstolens sak *Cassis de Dijon*²¹ og en meddelelse fra EF-kommisjonen²² vedrørende spørsmålet om tiltak mot forskjellsbehandling kan anses som "tiltak med tilsvarende virkning" og spørsmålet om allmenne hensyn.

63. Etter en gjennomgang av flere avgjørelser²³ frem til avgjørelsen i *Keck*-saken, kommer Wilhelmsen til den konklusjon at tiltak mot forskjellsbehandling, som får samme anvendelse på innenlandske og importerte varer, likevel kan være en barriere eller restriksjon på handelen. Slike barrierer kan være berettiget dersom det kan begrunnes i allmenne hensyn.

64. Wilhelmsens advokat gir en fremstilling og analyse av *Keck*-saken²⁴ og uttaler i hovedtrekk at avgjørelsen ikke medfører noen ny praksis når det gjelder nasjonale bestemmelser som fastsetter krav vedrørende varene som sådan.

65. Når det gjelder bestemmelser om former for salg, er det innført et noe modifisert *Dassonville*-prinsipp. Det er viktig ikke å tape av syne de vilkår som EF-domstolen fastsetter for denne presumsjonen, nemlig at de aktuelle bestemmelsene bør gjelde alle foretak (handel med varer), og det vilkåret at bestemmelsen skal ha samme virkning på handel med importerte og innenlandske varer, det vil si at det ikke skal forekomme forskjellsbehandling når det gjelder foretakenes nasjonalitet eller varens opprinnelse. Etter Wilhelmsens syn får denne tolkningen støtte av EF-domstolens avgjørelse i *Eurim-Pharm*²⁵. Et annet karakteristisk trekk ved *Keck*-saken er at adgang til markedet er stilt i fokus.

66. Wilhelmsens advokat viser til EF-domstolens praksis etter *Keck*-saken og lister opp EF-domstolens avgjørelser vedrørende nasjonale bestemmelser om selve varene²⁶ og avgjørelser vedrørende nasjonale bestemmelser om former for salg²⁷. Etter Wilhelmsens mening viser disse avgjørelsene at *Keck*-avgjørelsen etablerer en ny presumsjonsregel, men den utelukker ikke muligheten for at nasjonale bestemmelser om former for salg av varer kan være tiltak med tilsvarende virkning i henhold til EF-traktaten artikkel 30, selv om de ikke innebærer forskjellsbehandling. I de enkelte vurderingene har virkningene på adgang til markedet og

¹⁹ Sak C-8/74 *Dassonville* [1974] ECR 837.

²⁰ Sak C-249/81 *Kommisjonen mot Irland* [1982] ECR 4005; C-42/82 *Kommisjonen mot Frankrike* [1983] ECR 1013; forente saker C-177 og 178/82 *Van de Haar* [1984] ECR 1797.

²¹ Sak C-120/78 *Cassis de Dijon* [1979] ECR 649.

²² EFT nr. C 256,3, 1980.

²³ Sak C-75/81 *Blesgen* [1982] ECR 1211; C-148/85 *Forest* [1986] ECR 3449; C-69/88 *Krantz* [1990] ECR I-583; C-23/89 *Quitlynn* [1990] ECR I-3059; C-286/81 *Oosthoek* [1982] ECR 4575; forente saker C-60 og 61/84 *Cinéthèque* [1985] ECR 2605; C-362/88 *GB-INNO* [1990] I-667; C-126/91 *Yves Rocher* [1993] ECR-I-236; C-145/88 *Torfaen* [1989] ECR 3851; C-169/91 *Stoke-on-Trent* [1992] ECR I-6636.

²⁴ Forente saker C-267 og 268/91 *Keck and Mithouard* [1993] ECR I-6097.

²⁵ Sak C-320/93 *Eurim-Pharm* [1994] ECR I-5234.

²⁶ Sak C-315/92 *Clinique* [1994] ECR I-317; C-293/93 *Houtwipper* [1994] ECR I-4249.

²⁷ Sak C-292/92 *Hünernmund* [1993] ECR I-6787; forente saker C-401 og 402/92 *Haukske* [1994] ECR I-2199; forente saker C-69/93 og 258/93 *Punto Casa* [1994] ECR I-2355; C-412/93 *Leclerc-Siplec* [1995] ECR I-179.

67. The following criteria established by the ECJ's *Peijper*²⁸ ruling still apply.
68. Wilhelmsen contends that Vinmonopolet's exclusive right to retail sales of beer in class 3 is a national provision concerning the product itself, because specific legal consequences are connected to characteristics of the product.
69. The relation between beers with an alcohol content of up to 4,75 % and beers with an alcohol content above this level is clearly one of competition. The area of application of the products is the same, irrespective of whether the alcohol content is above or below the said limit. Most types of beer have the same area of application, being taken as a refreshing beverage or as a beverage used with food. The chosen limit is therefore arbitrary. It affects beers produced abroad to a special extent. The reason for this is that the dividing line established in Norway is unknown in other countries. Foreign breweries would have to adapt their production to this dividing line by brewing beer with a lower alcohol content than 4,76 % in order to be able to sell their beer with an alcohol content of say 4,8 %. These types of beer is clearly substitutable and competing with beers with an alcohol content lower than 4,76 %. As Norway must be considered by most foreign breweries as a relatively unimportant market, it would be uneconomical to adapt production in order to fall below the said limit.
70. A relatively significant part of foreign beer has a strength in alcohol which is above the Norwegian limit for strong beer.
71. The consequence of this is that a significantly larger proportion of the product range of foreign breweries has to be sold through Vinmonopolet instead of in groceries, as the case is with most Norwegian breweries' products. The established dividing line between beers in class 3 and others is therefore fully covered by the definition of measures having an equivalent effect given by ECJ's *Dassonville* ruling. The Norwegian rule restricts indirectly and actually the trade between the parties to the EEA Agreement.
72. Vinmonopolet may buy the product it sells - including strong beers - from Norwegian breweries and from companies or individuals that have a wholesale licence, but not from a foreign producer. This practice is discriminating. Foreign breweries have to sell those products which, on account of the retail monopoly, have to be retailed by Vinmonopolet, through an intermediary. Contrary to this, Norwegian breweries may sell directly to Vinmonopolet. Thus, foreign breweries are having forced upon them a cost increasing intermediary level in their distribution. In addition to the price increase entailed by this intermediary level, there is also the licence tax levied by the state on each litre sold at this level.
73. In Wilhelmsen's opinion, the discriminating practice which entails that foreign beers in class 3 having to go through an additional level of distribution, is connected to the product itself. Therefore, Wilhelmsen contends that this practice is an actual barrier to trade contrary to Article 11EEA.
74. Should the EFTA Court consider the said practice to be a question of a "provision on form of sale" in the sense that the practice refers to the way in which the products are distributed, Wilhelmsen contends that the actual requirement that imported beer in class 3 has to be sold through an extra intermediary level, is entirely parallel to the situation in ECJ's *Eurim-Pharm*²⁹ ruling being a discriminating system which is not covered by the rule of presumption expressed in the *Keck* judgement.

²⁸ Case C-104/75 *De Peijper* [1976] ECR 613.

²⁹ See footnote 25.

spørsmålet om en nasjonal bestemmelse har særlig virkning på utenlandske varer, vært avgjørende.

67. De kriterier som ble fastlagt ved EF-domstolens avgjørelse i *Peijper*²⁸ får fremdeles anvendelse.

68. Wilhelmsen hevder at Vinmonopolets eksklusive rett til detalj salg av øl i klasse 3 er en nasjonal bestemmelse vedrørende varen selv, fordi det er forbundet særlige rettslige konsekvenser med varens egenskaper.

69. Forholdet mellom øl med et alkoholinnhold på inntil 4,75 prosent og øl med et alkoholinnhold over dette nivå, er helt klart et konkurranseforhold. Varene har samme anvendelsesområde, uansett om alkoholinnholdet er over eller under nevnte grense. Den grensen som er valgt, er derfor vilkårlig. Det berører i særlig grad øl produsert i utlandet. Utenlandske bryggerier ville måtte tilpasse sin produksjon til denne skillelinjen ved å brygge øl med et lavere alkoholinnhold enn 4,76 prosent for å kunne selge sitt øl med et alkoholinnhold på for eksempel 4,8 prosent. Disse øslagene kan helt klart erstatte hverandre og konkurrerer med øl med et lavere alkoholinnhold enn 4,76 prosent. Ettersom de fleste utenlandske bryggerier må anse Norge som et forholdsvis lite viktig marked, vil det være uøkonomisk å tilpasse produksjonen for å komme under nevnte grense.

70. En relativt betydelig del av utenlandsk øl har et alkoholinnhold som ligger over den norske grensen for sterkøl.

71. Konsekvensen av dette er at en betydelig større andel av vareutvalget fra utenlandske bryggerier må selges gjennom Vinmonopolet i stedet for i dagligvarebutikker, slik tilfellet er for de fleste varer fra norske bryggerier. Skillelinjen som er etablert mellom øl i klasse 3 og annet øl dekkes derfor fullt ut av definisjonen av tiltak med tilsvarende virkning etter EF-domstolens avgjørelse i *Dassonville-saken*. Den norske regelen medfører restriksjoner, både indirekte og faktisk, på handelen mellom partene i EØS-avtalen.

72. Vinmonopolet kan kjøpe varen det selger - også sterkøl - fra norske bryggerier og fra selskaper eller enkeltpersoner som har bevilning til engrossalg, men ikke fra en utenlandsk produsent. Denne praksisen forskjellsbehandler. Utenlandske bryggerier må selge gjennom et mellomledd de varene som på grunn av detalj salgsmonopolet må forhandles av Vinmonopolet. Derimot kan norske bryggerier selge direkte til Vinmonopolet. Følgelig påtvinges utenlandske bryggerier et fordyrende mellomledd i sin distribusjon. I tillegg til prisøkningen som dette mellomleddet medfører, kommer også bevillingsavgiften til staten for hver liter som selges på dette nivået.

73. Etter Wilhelmsens oppfatning er den forskjellsbehandling som fører til at utenlandsk øl i klasse 3 må gjennom et ekstra distribusjonsledd, knyttet til selve varen. Derfor hevder Wilhelmsen at denne praksis er en handelshindring i strid med EØS-avtalen artikkel 11.

74. Dersom EFTA-domstolen skulle anse nevnte praksis som et spørsmål om en "bestemmelse om salgsform" i den forstand at praksisen gjelder måten varene distribueres på, hevder Wilhelmsen at kravet om at importert øl i klasse 3 skal selges gjennom et ekstra mellomledd, er helt parallelt med forholdet i EF-domstolens avgjørelse i *Eurim-Pharm*²⁹ med et system med forskjellsbehandling som ikke dekkes av presumsjonsregelen uttrykt i *Keck-saken*.

²⁸ Sak C-104/75 *De Peijper* [1976] ECR 613.

²⁹ Se fotnote 25.

75. Thus, it is sufficient in order to establish that it should be considered as a measure having equivalent effect in the sense of Article 11EEA, that the system can potentially limit imports. In the case of the retail monopoly, Wilhelmsen contends that the restriction on imports are actual and not just potential.

76. Should the EFTA Court find the system non-discriminatory, it is contended that it is restrictive of trade in any case. In this alternative it would fall under the presumption established in *Keck*. Reference is made to ECJ's *Commission v. Belgium*³⁰ ruling concerning a Belgian requirement of a government authorisation for the marketing of pesticides and phyto-pharmaceutical products.

77. The system makes it necessary for foreign producers to provide themselves with an importer holding licence or, alternatively, establish their own import business in Norway. Both alternatives entail extra costs, and especially the alternative of an establishment is out of the question for smaller foreign producers because of the investments required.

78. Furthermore, the Norwegian prohibition against advertising for alcohol strengthens the plaintiff's view that the distribution system itself is a measure with an effect equivalent to a restriction on imports.

79. The Norwegian prohibition of advertising differs from the facts in ECJ's *Leclerc-Siplec* ruling³¹. The prohibition on advertising in Norway is total.

80. Wilhelmsen contends that this has a special effect on the sales of foreign products because existing brands, specially those of domestic producers, are established and well known. The introduction of new types of beers or variants will therefore benefit from the brand name's position in the market.

81. The prohibition against advertising does not prevent Vinmonopolet from giving neutral product information in different publications targeted to the publicity. This very limited possibility of marketing is reserved for the products which Vinmonopolet has in its range.

82. Wilhelmsen holds the view that the national provisions on the alcohol content limit for strong beer, the retail monopoly, Vinmonopolet's purchasing practice and the prohibition against advertising for alcohol should be considered together as a "package of measures" against equal access to the market and against equal conditions of distribution for a considerable proportion of foreign beers.

83. Referring to ECJ's *Commission v. Greece*³² and *Banchero*³³ rulings Wilhelmsen states that these rulings can not be invoked to support an acceptance of the retail monopoly for beers in class 3, or for any other product under the exclusive right.

84. In Wilhelmsen's opinion the requirements that are in practice imposed in order for a foreign producer of beers in class 3 to get his product to the Norwegian consumers, hinders and discriminates specially small and medium - sized suppliers rather than the bigger companies. To establish an import company or to find a representative is especially prohibitive for smaller producers. The requirements that have to be fulfilled as regards turnover in order that the product

³⁰ Case C-155/82 *Commission v. Belgium* [1983] ECR 531.

³¹ Case C-412/93 *Leclerc-Siplec* [1995] ECR I-179.

³² Case C-391/92 *Commission v. Hellenic Republic* [1995] ECR I-1621.

³³ Case C-387/93 *Banchero* [1995] ECR I-4663.

75. Følgelig er det tilstrekkelig å vite at systemet potensielt kan begrense importen for at det skal anses som et tiltak med tilsvarende virkning i henhold til EØS-avtalen artikkel 11. Når det gjelder detaljsalgsmONOPOLET, hevder Wilhelmsen at importrestriksjonene er faktiske og ikke bare potensielle.

76. Dersom EFTA-domstolen fastslår at systemet ikke innebærer forskjellsbehandling, hevdes det at det i hvert fall innebærer en restriksjon på handelen. I så fall vil det komme inn under presumsjonen som ble etablert i *Keck*. Det vises til EF-domstolens avgjørelse i saken *Kommisjonen mot Belgia*³⁰ vedrørende et belgisk krav om tillatelse fra staten til å markedsføre plantevernmidler.

77. Systemet gjør det nødvendig for utenlandske produsenter å skaffe seg en importør med bevilling, eller alternativt etablere sin egen importvirksomhet i Norge. Begge alternativene innebærer ekstra kostnader, og særlig etableringsalternativet er utelukket for mindre utenlandske produsenter på grunn av de investeringer dette krever.

78. Etter saksøkers syn forsterker videre det norske forbudet mot alkoholreklame at distribusjonssystemet i seg selv er et tiltak med tilsvarende virkning som en importrestriksjon.

79. Det norske reklameforbudet atskiller seg fra forholdene i EF-domstolens avgjørelse i saken *Leclerc-Siplec*³¹. Det er fullstendig reklameforbud Norge.

80. Wilhelmsen hevder at dette har særlig virkning på salg av utenlandske varer fordi eksisterende merker, særlig merker fra innenlandske produsenter, er etablerte og velkjente. Innføring av nye ølslag eller varianter vil derfor nyte godt av varenavnets posisjon i markedet.

81. Reklameforbudet hindrer ikke Vinmonopolet fra å gi nøytrale vareopplysninger i forskjellige publikasjoner rettet mot publikum. Denne svært begrensede muligheten for markedsføring er forbeholdt de varene Vinmonopolet har i sitt vareutvalg.

82. Wilhelmsen mener at de nasjonale bestemmelsene om grensen for alkoholinnhold i sterkøl, detaljsalgsmONOPOLET, Vinmonopolets innkjøpspraksis og forbudet mot alkoholreklame bør anses for å utgjøre en "pakke av tiltak" mot lik adgang til markedet og mot like vilkår for distribusjon for en vesentlig andel av utenlandsk ol.

83. Med henvisning til avgjørelsene i sakene *Kommisjonen mot Hellas*³² og *Banchemo*³³, uttaler Wilhelmsen at disse avgjørelsene ikke kan påberopes til støtte for en godtakelse av detaljsalgsmONOPOLET for ol i klasse 3 eller for noen annen vare under den eksklusive retten.

84. Etter Wilhelmsens oppfatning innebærer de krav som i praksis er pålagt for at en utenlandsk produsent av ol i klasse 3 skal få sin vare frem til norske forbrukere, en særlig hindring og en forskjellsbehandling av små og mellomstore leverandører i forhold til de større selskapene. Å opprette et importselskap eller finne en representant er spesielt til hinder for mindre produsenter. Kravene som må oppfylles med hensyn til omsetning for at en vare ikke kuttes ut, vil i praksis utelukke et stort antall produsenter. Selv om en produsent har oppnådd kostnadene og gjort den nødvendige innsats som en norsk importør krever, er det på ingen måte sikkert at han vil nå frem til forbrukere gjennom Vinmonopolet. Faktum er at Vinmonopolet selv velger blant de

³⁰ Sak C-155/82 *Kommisjonen mot Belgium* [1983] ECR 531.

³¹ Sak C-412/93 *Leclerc-Siplec* [1995] ECR I-179.

³² Sak C-391/92 *Kommisjonen mot Hellas* [1995] ECR I-1621.

³³ Sak C-387/93 *Banchemo* [1995] ECR I-4663.

is not cut out, will in practice exclude a large number of producers. Even if a producer has obtained the costs and made the necessary efforts required to a Norwegian importer, it is by no way certain that he will, through Vinmonopolet, reach the consumer market. The fact is that Vinmonopolet chooses itself among the products offered by importers and representatives. There exists no possibility of parallel imports of beers in class 3, so that the goods could in this way reach the consumers. As Vinmonopolet does not purchase directly from abroad, and as the Norwegian importer, if there is one, of the brand in question would not import in this way, and because other established Norwegian importers would never involve themselves in parallel imports of goods competing with the brands they are representing, there is no possibility of parallel imports penetrating the consumer market.

85. Under no circumstances would Vinmonopolet be capable of treating imported goods in an equal way.

86. As opposed to the facts in the *Banchero*³⁴ case, the outlets of Vinmonopolet are not easily accessible to consumers in the whole country. Due to the number of outlets in many areas of the country, there is often a long distance to the nearest retail monopoly shop.

87. After reiterating the arguments put forward by the Norwegian Government in order to justify the retail monopoly for health and social policies reasons, counsel for Wilhelmsen, regarding the discriminating practice requiring that all imported strong beers have to be sold through an intermediary, which is not the case concerning domestically produced beers, tests the invoked arguments against Article 13 EEA.

88. For this reason, reference is made to ECJ's *Eurim-Pharm*³⁵, *Melkunie*³⁶, *Eyssen*³⁷ and *Peijper*³⁸ rulings.

89. In respect of the retail monopoly for beers in class 3 the question is whether the need for control can be attained by other measures. In this context it must be relevant to take into account that other countries are attaining this objective by exerting control on private operators in the chain of distribution, by means of licence or authorisation systems.

90. Wilhelmsen contends that it cannot be right that the need of control which is connected to the health argument has to be attained by having beers with an alcohol content of, say, 4.8 % sold through Vinmonopolet, whereas other types of control measures which may be combined with sales in groceries are sufficient if the beer has an alcohol content of 4.75 %. Thus, Wilhelmsen contends that the public health argument can not be invoked to justify the provisions establishing the retail monopoly.

91. In relation to the requirement that beer should have an alcohol content not exceeding 4.75 %, in order to be sold in groceries, Wilhelmsen's conclusion is that this provision is based on requirements concerning the goods themselves, and that, indirectly and actually, it restricts trade between Contracting Parties. The question as to whether the measure may nevertheless be justified and upheld, should therefore be answered on the basis of criteria that it must be necessary to satisfy mandatory requirements.

³⁴ See footnote 33.

³⁵ See footnote 25.

³⁶ Case C-97/83 *Melkunie* [1984] ECR 2367.

³⁷ Case C-53/80 *Eyssen* [1981] ECR 409.

³⁸ See footnote 28.

produktene importører og representanter tilbyr. Det finnes ingen mulighet for parallellimport av øl i klasse 3, slik at varene kunne nå frem til forbrukerne på den måten. Ettersom Vinmonopolet ikke kjøper direkte fra utlandet, og ettersom den norske importøren, dersom det er en norsk importør, for det aktuelle merket ikke ville importere varer på denne måten, og fordi andre etablerte norske importører aldri ville innlate seg på parallellimport av varer som konkurrerer med merkene de representerer, er det ingen mulighet for at parallellimport vil trenge gjennom på forbrukermarkedet.

85. Ikke under noen omstendighet ville Vinmonopolet være i stand til å behandle importerte varer på likeverdig måte.

86. I motsetning til forholdene i *Banchemo*-saken³⁴, er ikke Vinmonopolets utsalg lett tilgjengelige for forbrukere i hele landet. På grunn av antall utsalgssteder i landet er det ofte lang avstand til det nærmeste monopolutsalg.

87. Etter å ha gjentatt argumentene som Den norske regjering fremsetter for å rettferdiggjøre detalj salgsmONOpolet av helse- og sosialpolitiske grunner, tester Wilhelmsens advokat argumentene som er påberopt mot EØS-avtalen artikkel 13 når det gjelder den diskriminerende praksis at alt importert sterkøl må selges gjennom et mellomledd, noe som ikke er tilfelle når det gjelder innenlandsprodusert øl.

88. Av den grunn henvises det til avgjørelsene av EF-domstolen i *Eurlim-Pharm*³⁵, *Melkunie*³⁶, *Eyssen*³⁷ og *Peijper*³⁸.

89. Med hensyn til detalj salgsmONOpolet for øl i klasse 3, er spørsmålet om behovet for kontroll kan oppnås ved andre tiltak. I denne sammenheng må det være relevant å ta i betraktning at andre land oppnår dette målet ved å utøve kontroll over private foretak i distribusjonsleddet ved bruk av et bevillings- eller et godkjenningssystem.

90. Wilhelmsen hevder at det ikke kan være riktig at behovet for kontroll, som er knyttet til helseargumentet, må oppfylles ved at øl med et alkoholinnhold på for eksempel 4,8 prosent skal selges gjennom Vinmonopolet, mens andre typer kontrolltiltak som kan kombineres med salg i dagligvareforretninger, er tilstrekkelige dersom ølet har et alkoholinnhold på 4,75 prosent. Følgelig hevder Wilhelmsen at argumentet med offentlig helse ikke kan påberopes for å rettferdiggjøre bestemmelsene som oppretter detalj salgsmONOpolet.

91. I forhold til kravet om at øl bor ha et alkoholinnhold som ikke overstiger 4,75 prosent for å selges i dagligvareforretninger, er Wilhelmsens konklusjon at denne bestemmelsen er basert på kravene som gjelder varene selv, og at den, indirekte og faktisk, er en restriksjon på handelen mellom avtalepartene. Spørsmålet om tiltaket likevel kan rettferdiggjøres og opprettholdes, bør derfor besvares på grunnlag av det kriteriet at det må være nødvendig for å tilfredsstillende allmenne hensyn.

³⁴ Se fotnote 33.

³⁵ Se fotnote 25.

³⁶ Sak C-97/83 *Melkunie* [1984] ECR 2367.

³⁷ Sak C-53/80 *Eyssen* [1981] ECR 409.

³⁸ Se fotnote 28.

92. Concerning the question of mandatory requirements, counsel for Wilhelmsen tests, whether the measure in question or the actual provisions are proportionate. The Norwegian Government has chosen the measure of having beer with an alcohol content higher than an arbitrarily chosen limit sold through Vinmonopolet. This measure restricts trade between the parties to the EEA Agreement to an unnecessary degree. If the retail monopoly was found to be the only possible measure on account of its nature, then at least it ought to be used in such a way as to include all types of beer which are in reasonably strong and clear competition with one another.

93. Counsel for Wilhelmsen presents an alternative system of distribution to the state-owned outlets of Vinmonopolet which could also safeguard the same consideration of health and control. The alternative should be a licensing system, whereby private shops are granted a permission by the authorities for the sale of beers in class 3. A corresponding system is in force today for beers in class 2.

94. In Wilhelmsen's opinion, Vinmonopolet operates like any other business. It is not more difficult to buy beer in an outlet of Vinmonopolet than in other privately owned shops in Norway. The employees of Vinmonopolet act in the same way as employees of private commercial undertakings. They do not act as controllers, health or social workers, or anything similar.

95. Counsel for Wilhelmsen suggests the following answer to the second question posed by the national court:

"Article 11 of the EEA Agreement should be understood to prevent national provisions referring beers with an alcohol content exceeding 4.75 per cent to being retailed to consumers in a limited number of outlets owned and operated by Vinmonopolet, whereas beers with a lower alcohol content can be retailed in groceries, when the offers of beers from producers in other Contracting Parties has a larger proportion of the total offer of beers with an alcohol content in excess of 4.75 per cent, than of beers with lower alcohol content. Such a provision is a measure with an effect equivalent to a quantitative restriction on imports.

No such mandatory requirements exist which could form the basis for an exception from the prohibition of such a provision under Article 11. Considerations relating to public health cannot be held to require that beers with an alcohol content exceeding 4.75 per cent must be retailed to consumers by others than those who are retailing beers with a lower alcohol content.

Article 11 of the EEA Agreement must also be understood to prevent a national provision whereby the holder of an exclusive right to retail sales cannot purchase goods produced in other Contracting Parties from the producer or from others, except if they are established in the import country and have an import and wholesale licence. Such a provision is a measure with an effect equivalent to a quantitative restriction on imports. It is also discriminating and thus contrary to Article 4 of the EEA Agreement. The provision is an arbitrary discrimination and thus it cannot be exempted under the rule in Article 13 from the prohibition in Article 11 of the EEA Agreement.

The system of retail distribution of beers in class 3 through Vinmonopolet is contrary to Article 11 of the EEA Agreement. The EFTA Court need not take a standpoint on the question of whether the refusal of the application in question was justified".

92. Vedrørende spørsmålet om allmenne hensyn, vurderer Wilhelmens advokat om de aktuelle tiltakene eller de faktiske bestemmelsene er passende. Den norske regjering har valgt det tiltak at øl med et alkoholinnhold høyere enn en vilkårlig valgt grense skal selges gjennom Vinmonopolet. Dette tiltaket begrenser handelene mellom partene i EØS-avtalen i unødvendig grad. Dersom det ble fastslått at detaljsalgsmoenolet er det eneste mulige tiltaket på grunn av sin beskaffenhet, da burde i det miste brukes på en slik måte at det omfatter alle øslag som står i et rimelig sterkt og klart konkurranseforhold til hverandre.

93. Wilhelmens advokat presenterer et alternativt distribusjonssystem til Vinmonopolets statseide utsalg, som også kunne sikre de samme helse- og kontrollmessige hensyn. Alternativet burde være et bevilningssystem der private butikker får tillatelse fra myndighetene til å selge øl i klasse 3. Et tilsvarende system finnes i dag for øl i klasse 2.

94. Etter Wilhelmens oppfatning opererer Vinmonopolet som en hvilken som helst annen virksomhet. Det er ikke vanskeligere å kjøpe øl i et av Vinmonopolets utsalg enn i andre, privateide butikker i Norge. Vinmonopolets ansatte opptre på samme måte som ansatte i private kommersielle foretak. De opptre ikke som kontrollører, helse- eller sosialarbeidere, eller lignende.

95. Wilhelmens advokat forslår følgende svar på det andre spørsmålet:

“Artikkel 11 i EØS-avtalen må forstås å være til hinder for nasjonale bestemmelser som henviser øl med et alkoholinnhold over 4,75% til å omsettes til forbrukere i et tallmessig begrenset antall utsalg eiet og drevet av Vinmonopolet, mens øl med lavere alkoholinnhold kan omsettes i dagligvarehandelen, når utbudet av øl fra produsenter i andre Avtaleparter har en større andel av det totale utbudet av øl med alkoholinnhold over 4,75%, enn øl med et lavere alkoholinnhold. En slik bestemmelse er et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon

Det foreligger ikke slike tvingende behov som kan gi grunnlag for unntaket for forbudet i artikkel 11 mot en slik bestemmelse. Det kan ikke anses at hensynet til folkehelsen krever at øl med et alkoholinnhold over 4,75% må omsettes til forbrukerne av andre enn dem som omsetter øl med lavere alkoholinnhold

Artikkel 11 i EØS-avtalen må også forstås å være til hinder for en nasjonal bestemmelse hvoretter innehaveren av en enerett til detaljsalg ikke kan kjøpe varer fremstilt i andre Avtaleparter fra produsenten eller andre, medmindre de er etablert i importlandet og har import- og grossistbevilning. En slik bestemmelse er et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon. Den er også diskriminerende og dermed i strid med artikkel 4 i EØS-avtalen. Bestemmelsen er en vilkårlig forskjellsbehandling, og kan derfor ikke unntas fra forbudet i artikkel 11 etter regelen i artikkel 13.

Systemet med detaljomsetning av øl i klasse 3 gjennom Vinmonopolet er i strid med art. 11 i EØS-avtalen. Domstolen behøver ikke ta stilling til om det er berettigetå avslå den konkrete søknaden eller ikke.”

The Government of the the Kingdom of Norway

96. The *Norwegian Government* contends that Article 11 EEA is not applicable to a state retail monopoly for the sale of beer containing more than 4.75 % alcohol by volume.

97. Reference is made to ECJ's *Dassonville*³⁹, *Keck*⁴⁰, *Hünermund*⁴¹, *Leclerc-Siplec*⁴² and *Commission v. Hellenic Republic*⁴³ judgments.

98. Following the "*Keck jurisprudence*", national provisions restricting the sale of certain products, fall outside the scope of Article 30 EC. provided that they affect domestic products and those from other Member States in the same manner and provided that they apply to all traders operating within the national territory. Furthermore, in order to qualify as a selling arrangement, the national legislation must not relate to the characteristics of the products.

99. In the opinion of the Norwegian Government the exclusive right to the retail sale of strong beer should be considered a "selling arrangement".

100. The purpose of the retail monopoly for strong beer is to reduce the sale of stronger beer in favour of products containing less alcohol. This goal is in line with The European alcohol action plan of the regional Committee of World Health Organisation.

101. The Norwegian Government notes that the monopoly does not affect the sale of imported goods any more than domestic products. This fulfils the requirement set by the ECJ in *Banchero*⁴⁴ case. As of 1 November 1996 Vinmonopolet's price list included 10 Norwegian labels of beer and seven foreign labels.

102. The limit of 4.75 % alcohol was initially set for tax purposes. Nevertheless, from an alcoholic policy point of view, beer stronger than 4.75 % is more likely be used for the purpose of intoxication than beer containing less alcohol. A study of Brewers Association of Canada shows that in only one of 23 surveyed countries the average alcohol content was more than 5.1 % alcohol.

103. Furthermore, the Norwegian Government states that the restriction is justified under Article 13 EEA, if the EFTA Court were to consider the retail monopoly for strong beer as a measure having equivalent effect to quantitative restrictions on imports within the meaning of Article 11 EEA.

104. The Norwegian Government evaluates the effect of monopolisation based on experiences in Finland and Sweden.

105. Furthermore, the Norwegian Government refers to the study in "*Alcohol Policy and the Public Good*" published by Oxford University Press in association with WHO in Europe in 1994 from which follows that alcohol, including beer, is responsible for considerable problems, such as violence, crime and road accidents, and carries high social and health costs.

³⁹ See footnote 19.

⁴⁰ See footnote 24.

⁴¹ See footnote 27.

⁴² See footnote 31.

⁴³ See footnote 32.

⁴⁴ See footnote 33.

Den norske regjering

96. Den norske regjering hevder at EØS-avtalen artikkel 11 ikke er anvendelig på et statlig detaljalgsmonopol for øl som inneholder mer enn 4,75 volumprosent alkohol.

97. Det vises til avgjørelsene av EF-domstolen i *Dassonville*³⁹, *Keck*⁴⁰, *Hünernmund*⁴¹, *Leclerc-Siplec*⁴² og *Kommisjonen mot Hellas*⁴³.

98. Ifølge "*Keck-rettspraksis*" faller nasjonale bestemmelser som begrenser salg av visse varer, utenfor virkeområdet for EF-traktaten artikkel 30, forutsatt at de berører innenlandske varer og varer fra andre medlemsstater på samme måte, og forutsatt at de får anvendelse for alle foretak med virksomhet innenfor det nasjonale territoriet. For å kvalifisere som en salgsordning, må de nasjonale bestemmelsene videre ikke vedrøre varenes egenskaper.

99. Etter Den norske regjeringens mening bor den eksklusive retten til detaljalg av sterkøl anses som en "salgsordning".

100. Formålet med detaljalgsmonopolet for sterkøl er å redusere salget av sterkere øl til fordel for varer som inneholder mindre alkohol. Dette målet er i tråd med den europeiske handlingsplan for alkohol fra Verdens helseorganisasjons regionale komité.

101. Den norske regjering bemerker at monoopolet ikke berører salg av importerte varer noe mer enn innenlandske varer. Dette oppfyller kravet som EF-domstolen satte i *Banchemo*-saken⁴⁴. Per 1. november 1996 inneholdt Vinmonoopolets prisliste ti norske ølmerker og syv utenlandske merker.

102. Grensen på 4,75 prosent alkohol ble opprinnelig satt for avgiftsformål. Fra et alkoholpolitisk synspunkt er det likevel større sannsynlighet for at øl som er sterkere enn 4,75 prosent vil bli brukt til beruselse enn øl som inneholder mindre alkohol. En undersøkelse foretatt av den kanadiske bryggeriforeningen (Brewers' Association of Canada) viser at det bare i ett av 23 land som ble undersøkt, var gjennomsnittlig alkoholinnhold i øl høyere enn 5,1 prosent alkohol.

103. Videre uttaler Den norske regjering at restriksjonen er berettiget etter EØS-avtalen artikkel 13 dersom EFTA-domstolen skulle vurdere detaljalgsmonopolet for sterkøl som et tiltak med en virkning tilsvarende kvantitative importrestriksjoner i henhold til EØS-avtalen artikkel 11.

104. Den norske regjering vurderer virkningen av monopoliseringen på grunnlag av erfaringer i Finland og Sverige.

105. Videre viser Den norske regjering til en undersøkelse om "Alkoholpolitikk og det samfunnsmessig gode", offentliggjort av Oxford University Press i samarbeid med Verdens helseorganisasjon i Europa i 1994, der det fremgår at alkohol, herunder øl, er ansvarlig for

³⁹ Se fotnote 19.

⁴⁰ Se fotnote 24.

⁴¹ Se fotnote 27.

⁴² Se fotnote 31.

⁴³ Se fotnote 32.

⁴⁴ Se fotnote 33.

106. The ECJ has confirmed that combatting alcohol abuse constitutes a public health concern⁴⁵. Moreover it is generally accepted that there is a direct link between availability and the harmful effects caused by the consumption of alcohol beverages. This recognition has been acknowledged by the WHO in its strategic document "Health for All by the Year 2000". The aim of the WHO plan to reduce the consumption of alcohol is in conformity with the objectives introduced by Article 129 (1) EC. Although there is no similar provision in the EEA Agreement, the same general objective must also be considered to be part of the objective of the EEA Agreement.

107. Neither in the EU nor in the EEA is there a harmonisation of alcohol policy as such. In the absence of harmonisation, it is up to each EEA State to pursue an alcohol policy which takes sufficient account of health protection.

108. Under the EEA Agreement, states may restrict the free movement of goods when necessary and proportionate. This follows from Article 13 EEA with respect to public health, as well as from the jurisprudence of the ECJ as regards other public interest objectives.

109. The Norwegian Government contends that a state retail monopoly for strong beer such as that of Vinmonopolet will at any rate be justified under Article 13 EEA.

110. Concerning the second question posed by the national court, the Norwegian Government proposes the following answer:

"An exclusive right of a state monopoly to sell strong beer falls outside the scope of Article 11 of the EEA Agreement, provided that its practices are non-discriminatory and apply to all traders within the national territory".

The Government of the Kingdom of Sweden

111. Referring to ECJ's *Dassonville*⁴⁶, *Keck and Mithouard*⁴⁷, *Hünermund*⁴⁸, *Leclerc-Siplec*⁴⁹, *Commission v. Greece*⁵⁰ and *Banchemo*⁵¹ judgments the *Swedish Government* states that a retail monopoly which applies in the same way to all suppliers and affects, both in legal and real terms, the marketing of domestic products and products from Member States in the same way must be judged to be a sales method which falls outside the scope of Article 30 EC.

112. From the facts given to the Swedish Government, it seems that the Norwegian retail monopoly is motivated by considerations of life and health. The purpose of the retail monopoly is not to regulate trade between Member States and the intention of the legislation is not to prevent or obstruct imported products from reaching the market to a greater extent than domestic products.

⁴⁵ Cases C-1/90 and C-176/90 *Aragonesa and Publivia* [1991] ECR I-4151.

⁴⁶ See footnote 19.

⁴⁷ See footnote 24.

⁴⁸ See footnote 27.

⁴⁹ See footnote 31.

⁵⁰ See footnote 32.

⁵¹ See footnote 33.

omfattende problemer som vold, kriminalitet og trafikkulykker og forårsaker høye sosial- og helsekostnader.

106. EF-domstolen har bekreftet at bekjempelse av alkoholmisbruk er et offentlig helseanliggende⁴⁵. Enn videre er det allment akseptert at det er en direkte sammenheng mellom tilgjengelighet og de skadevirkninger forbruk av alkoholholdige drikker forårsaker. Denne oppfatningen er godtatt av Verdens helseorganisasjon i strategidokumentet "Helse for alle innen år 2000". Målet for Verdens helseorganisasjons plan om å redusere forbruket av alkohol, samsvarer med målene i EF-traktaten artikkel 129 nr. 1. Selv om det ikke er noen lignende bestemmelse i EØS-avtalen, må det samme generelle formålet anses for å være del av EØS-avtalen formål.

107. Verken i EU eller EØS er alkoholpolitikken harmonisert som sådan. I mangel av harmonisering er det opp til hver EØS-stat å drive en alkoholpolitikk som tar tilstrekkelig hensyn til helsebeskyttelse.

108. Etter EØS-avtalen kan stater ha restriksjoner på det frie varebytte når de er nødvendige og forholdsmessige. Dette følger av artikkel 13 hva gjelder offentlig helse samt av EF-domstolens rettspraksis når det gjelder andre allmenne hensyn.

109. Den norske regjering hevder at et statlig detaljsalgsmonopol for sterkøl som Vinmonopolet under enhver omstendighet vil være berettiget etter EØS-avtalen artikkel 13.

110. Vedrørende det andre spørsmålet som den nasjonale domstolen har forelagt, foreslår Den norske regjering følgende svar:

"Et statlig monopols eksklusive rett til å selge sterkøl faller utenfor virkeområdet for EØS-avtalen artikkel 11, forutsatt at dets praksis ikke innebærer forskjellsbehandling og gjelder alle foretak innen det nasjonale territoriet."

Den svenske regjering

111. Med henvisning til EF-domstolens avgjørelser i *Dassonville*⁴⁶, *Keck og Mithouard*⁴⁷, *Hünermund*⁴⁸, *Leclerc-Siplec*⁴⁹, *Kommisjonen mot Hellas*⁵⁰ og *Banchemo*⁵¹, uttaler Den svenske regjering at et detaljsalgsmonopol som gjelder alle leverandører i samme grad og berører omsetning av innenlandske varer og varer fra medlemsstater i samme grad, såvel rettslig som faktisk, må anses for å være en salgsmetode som faller utenfor virkeområdet til EF-traktaten artikkel 30.

112. På grunnlag av de opplysninger som Den svenske regjering har fått, synes det som om det norske detaljsalgsmonopolet er motivert ut fra hensyn til liv og helse. Formålet med detaljsalgsmonopolet er ikke å regulere handelen mellom medlemsstater, og hensikten med

⁴⁵ Forente saker C-1/90 og C176/90 *Aragonesa og Publivia* [1991] ECR I-4151.

⁴⁶ Se fotnote 19.

⁴⁷ Se fotnote 24.

⁴⁸ Se fotnote 26.

⁴⁹ Se fotnote 31.

⁵⁰ Se fotnote 32.

⁵¹ Se fotnote 33.

113. The Swedish Government emphasizes that there is no difference between a system where the exclusive right is given to a single monopolist and a system of several holders of an exclusive right.

114. If the EFTA Court were to find that Article 11 EEA is applicable and that the system could not be approved owing to such mandatory which results from the ECJ's case law, the Government of Sweden considers that legislation concerning retail trading monopolies regarding alcohol beverages is nevertheless permitted under the special provisions contained in Article 13 EEA concerning the protection of human health and life.

115. The Swedish Government proposes to answer the second question referred by the national court in the affirmative.

The EFTA Surveillance Authority

116. *ESA* makes references to EFTA-Court's *Restamark*⁵² ruling and ECJ's *Dassonville*⁵³, *Cassis de Dijon*⁵⁴, *Keck and Mithouard*⁵⁵, *Commission v. Greece*⁵⁶ and *Banchero*⁵⁷ rulings and submits that the case at hand calls for similar considerations to be made.

117. The principles laid down in *Keck and Mithouard*, and the subsequent case law on the matter, should in *ESA*'s view also be relevant in the EEA context.

118. The present case is different from the cases referred to in so far as all retail outlets are owned by one single entity, Vinmonopolet. In *ESA*'s view this fact alone should not distinguish this case from cases such as *Commission v. Greece* and *Banchero* in a decisive manner. The criteria established by the ECJ in these cases do not relate to the formal structure of the sales arrangements concerned, but to their effects with regard to market access and equal treatment of foreign and domestic producers and products. The ownership structure at the retail level is but one element to be taken into account.

119. While recognizing that it will be for the national court ultimately to establish the relevant facts, *ESA* notes that the exclusive right concerned is not designed to regulate trade between EEA states. Moreover, the exercise of this right does not imply any requirements to be met by the products concerned, whether related to designation, form, presentation, labelling or packaging. In view of this, the retail monopoly would in the Authority's view fall outside the scope of Article 11 EEA., if applicable to all affected traders on the Norwegian market and if affecting in the same manner, in law and in fact, the marketing of domestic products and those from other EEA States.

⁵² Case E-1/94 *Restamark* [1994-1995] EFTA Court Report 15

⁵³ See footnote 19.

⁵⁴ See footnote 21.

⁵⁵ See footnote 24.

⁵⁶ See footnote 32.

⁵⁷ See footnote 33.

lovgivningen er ikke å hindre eller gjøre det vanskelig for importerte varer å nå frem til markedet i større grad enn innenlandske varer.

113. Den svenske regjering understreker at det ikke er noen forskjell mellom et system der den eksklusive retten gis til en enkel monopolinnehaver, og et system der flere til sammen innehar en eksklusiv rett.

114. Dersom EFTA-domstolen skulle fastslå at EØS-avtalen artikkel 11 får anvendelse, og at systemet ikke kan begrunnes i allmenne hensyn som følger av EF-domstolens rettspraksis, mener Den svenske regjering at lovgivning som gjelder handelsmonopoler for detaljsalg av alkoholholdige drikker, likevel er tillatt etter de særlige bestemmelser som er tatt inn i EØS-avtalen artikkel 13 vedrørende beskyttelse av menneskelig helse og liv.

115. Den svenske regjering foreslar å svare bekreftende på det andre spørsmålet som er forelagt av den nasjonale domstolen.

EFTAs overvåkningsorgan

116. *EFTA overvåkningsorgan* viser til EFTA-domstolens avgjørelse i *Restamark*⁵² og EF-domstolens avgjørelser i *Dassonville*⁵³, *Cassis de Dijon*⁵⁴, *Keck og Mithouard*⁵⁵, *Kommisjonen mot Hellas*⁵⁶ og *Banchemo*⁵⁷, og foreslår at tilsvarende betraktninger legges til grunn i foreliggende sak.

117. Prinsippene fastsatt i *Keck og Mithouard* og etterfølgende rettspraksis på området, bør etter overvåkningsorganets syn også være relevant i EØS-sammenheng.

118. Den foreliggende sak atskiller seg fra de sakene som er nevnt, for så vidt som alle detaljsalgene eies av en enkelt enhet, Vinmonopolet. Etter EFTA overvåkningsorgans mening bør ikke dette faktum alene skille denne saken fra saker som *Kommisjonen mot Hellas* og *Banchemo* på en avgjørende måte. Kriteriene som EF-domstolen har etablert i disse sakene, gjelder ikke den formelle strukturen i de aktuelle salgsordningene, men den virkning de har med hensyn til markedsadgang og lik behandling av utenlandske og innenlandske produsenter og varer. Eierstrukturen på detaljnivå er bare ett element som må tas i betraktning.

119. EFTA overvåkningsorgan erkjenner at det til sist vil være opp til den nasjonale domstolen å fastslå de relevante fakta, og bemerker at den aktuelle eksklusive retten ikke er ment å skulle regulere handelen mellom EØS-statene. Videre innebærer ikke utøvelse av denne rettighet at de aktuelle varene skal oppfylle noe krav verken med hensyn til design, form, presentasjon, merking eller innpakning. I lys av dette faller detaljsalgsmONOPOLET etter overvåkningsorganets syn utenfor virkeområdet for EØS-avtalen artikkel 11 dersom det får anvendelse for alle berørte foretak på det norske markedet og berører på samme måte, rettslig og faktisk, omsetningen av innenlandske varer og varer fra andre EØS-stater.

⁵² Sak E-1/94 *Restamark* [1994] EFTA Court Report 15.

⁵³ Se fotnote 19.

⁵⁴ Se fotnote 21.

⁵⁵ Se fotnote 24.

⁵⁶ Se fotnote 32.

⁵⁷ Se fotnote 33.

120. The restriction on sale imposed by retail monopoly applies equally to domestic traders and traders from other EEA States operating in the market, since all traders have to sell their products through Vinmonopolet.

121. On the basis of the information received by the Authority in this case, there is nothing to suggest that the relevant Norwegian legislation would not apply without any formal distinction as to the origin of the products concerned. As a matter of law, products of other EEA States would appear to be affected in the same manner as domestic products.

122. As regards possible discriminatory effects in fact there is neither further information in the reference of the national court nor is there any other information in the case to suggest that the practical application of the legislation concerned would jeopardise a satisfactory supply to consumers or affect products originating in another EEA States any differently from Norwegian products.

123. For the national court, the key issues to be considered will be the way in which traders may have their products to be put on sale in its retail outlets, as well as rules and practices with regard to the pricing of products and information to the public on products available on the market.

124. In ESA's opinion there is no need to consider the exclusive right of Vinmonopolet to sell strong beer with regard to Article 13 EEA.

125. An exclusive right of the kind concerned could fall within the scope of Article 11 EEA. This would be the case, if the right were to be designed or applied in such a manner as to imply discrimination of products or producers of other EEA States. With regard to Article 13, ESA cannot see any reason why an exclusive right to sell strong beer through a retail monopoly could not be neutral as regards the origin of the products. No discrimination would be justified in the Authority's opinion.

126. ESA proposes the following answer to the second question:

"Article 11 of the EEA Agreement is to be interpreted as not applying to national legislation which grants to an entity such as Vinmonopolet the exclusive right to sell beer containing more than 4.75 per cent alcohol by volume to consumers, provided that the legislation applies to all affected traders and that it is not designed or applied so as to hinder the marketing of products originating in other EEA States any more than it hinders the marketing of domestic products".

The Commission of the European Communities

127. The *Commission* also refers to ECJ's *Dassonville*⁵⁸, *Keck and Mithouard*⁵⁹, *Banchero*⁶⁰ and *Commission v. Greece*⁶¹ rulings.

⁵⁸ See footnote 19.

⁵⁹ See footnote 24.

⁶⁰ See footnote 33.

⁶¹ See footnote 32.

120. Restriksjonen på salg som detalj salgsmonopolet innebærer, gjelder i like stor grad innenlandske foretak og foretak fra andre EØS-stater som er aktører i markedet, ettersom alle foretak må selge sine varer gjennom Vinmonopolet.

121. På grunnlag av de opplysninger overvåkningsorganet har mottatt i denne sak, er det ikke noe som tyder på at gjeldende norske lovgivning ikke vil få anvendelse uten noe formelt skille når det gjelder de aktuelle varenes opprinnelse. Juridisk sett synes det som om varer fra andre EØS-stater berøres på samme måte som innenlandske varer.

122. Når det gjelder mulige virkninger i form av forskjellsbehandling, foreligger det faktisk verken ytterligere opplysninger i henvisningen fra den nasjonale domstolen eller andre opplysninger i saken som tyder på at den praktiske anvendelsen av den aktuelle lovgivningen vil være noen risiko for tilfredsstillende forsyning til forbrukere, eller berøre varer med opprinnelse i andre EØS-stater på noen annen måte enn norske varer.

123. For den nasjonale domstolen vil det viktigste spørsmålet som skal behandles være måten foretak kan få sine varer frem til salg i dets detalj salg, samt bestemmelser og praksis med hensyn til prising av varer og opplysninger til publikum om varer som er tilgjengelige på markedet.

124. Etter EFTA overvåkningsorgans oppfatning er det ikke nødvendig å vurdere Vinmonopolets eksklusive rett til å selge sterkøl i forhold til EØS-avtalen artikkel 13.

125. En eksklusiv rett av det aktuelle slaget kan falle innenfor virkeområdet for EØS-avtalen artikkel 11. Dette ville være tilfelle dersom retten var ment, eller ble praktisert på en slik måte at den innebar forskjellsbehandling av varer eller produsenter fra andre EØS-stater. Når det gjelder EØS-avtalen artikkel 13, kan ikke overvåkningsorganet se noen grunn til at en eksklusiv rett til å selge sterkøl gjennom et detalj salgsmonopol ikke kan være nøytralt med hensyn til varenes opprinnelse. Ingen forskjellsbehandling ville kunne rettfærdiggjøres etter overvåkningsorganets mening.

126. EFTA overvåkningsorgan foreslår følgende svar på det andre spørsmålet:

“EØS-avtalen artikkel 11 skal tolkes slik at den ikke får anvendelse på nasjonal lovgivning som gir en enhet som Vinmonopolet eksklusiv rettighet til å selge øl som inneholder mer enn 4,75 volumprosent alkohol til forbrukere, forutsatt at lovgivningen får anvendelse på alle berørte foretak, og at den ikke er ment eller anvendes slik at den hindrer omsetning av varer med opprinnelse i andre EØS-stater noe mer enn den hindrer omsetning av innenlandske varer.”

Kommisjonen for De europeiske fellesskap

127. Kommisjonen viser også til avgjørelsene i EF-domstolens saker *Dassonville*⁵⁸, *Keck og Mithouard*⁵⁹, *Banchero*⁶⁰ og *Kommisjonen mot Hellas*⁶¹.

⁵⁸ Se fotnote 19.

⁵⁹ Se fotnote 24.

⁶⁰ Se fotnote 33.

⁶¹ Se fotnote 32.

128. In the opinion of the Commission it is immaterial whether, on the one hand, the exclusive right is reserved to a single monopoly operator or, on the other, to a plurality of operators collectively holding such exclusivity as a professional category regulated by law.

129. It follows from ECJ's *Banchero* ruling that the fact that the monopoly applies to specific products, namely strong beer, does not mean that it relates to the characteristics of the product, as opposed to constituting a selling arrangement.

130. For the Commission the main point is whether there can be said to be discrimination as to the procurement and marketing of strong beer.

131. Accordingly, to the extent that *Vinmonopolet* is not permitted to discriminate between suppliers and products on the basis of nationality and country of origin in its procurement and marketing of strong beer, and does not so in fact, then the retail monopoly for strong beer (underlying the refusal to grant the licence in question) should be seen as a selling arrangement limiting outlets for the products concerned, without preventing access to the national market for imported products, nor impeding such access any more than it does for domestic products. On this basis it would fall outside the scope of Article 11 EEA. This would be the case even though the operation of the retail monopoly for strong beer may restrict the volume of sales (including sales of products from other State party to the EEA Agreement) - indeed, this may be the very objective of the monopoly.

132. The Commission proposes the following answer to the second question:

"Article 11 and 13 of the EEA Agreement do not preclude national legislation according to which the retail sale of beer containing more than 4.75 per cent by volume is reserved to a State monopoly, provided that in law and in fact such an exclusive right does not give rise to discrimination between domestic products and products imported from other States party to the EEA Agreement".

4. *The third and fourth questions referred to the Court*

A. Admissibility of the third and fourth question referred to the Court

133. ESA, referring to the wording and the purpose of Article 34 of the Surveillance and Court Agreement states that questions 3 and 4 are general and hypothetical, without relevance to the determination of the issue to be ruled on by the national court. On the contrary, the relevance of answers to questions 1 and 2 for the determination of the Issues to be ruled by Oslo byrett is clear from the information contained in the reference to the EFTA Court. Reference is made to ECJ's *Leclerc-Siplec*⁶² judgment.

134. In ESA's view questions 3 and 4 should be declared inadmissible.

⁶² See footnote 31.

128. Etter Kommisjonens oppfatning er det uvesentlig om den eksklusive retten på den ene side er forbeholdt ett enkelt monopolforetak eller, på den annen side, en rekke foretak som sammen innehar en slik eksklusiv rett som en profesjonell kategori regulert ved lov.

129. Det følger av avgjørelsen i EF-domstolens sak *Banchemo* at det faktum at monopolet gjelder spesielle varer, nemlig sterkøl, ikke betyr at det vedrører varens egenart, i motsetning til å utgjøre en salgsordning.

130. For Kommisjonen er hovedpoenget om det kan sies å forekomme forskjellsbehandling når det gjelder innkjøp og omsetning av sterkøl.

131. I den grad Vinmonopolet ikke har tillatelse til å forskjellsbehandle leverandører og varer på grunnlag av nasjonalitet og opprinnelsesland ved innkjøp og omsetning av sterkøl, og faktisk ikke gjør det, bør detaljsalgsmonopolet for sterkøl (som ligger til grunn for avslaget på å innvilge den aktuelle bevillingen) folgelig betraktes som en salgsordning som begrenser utsalgsstedene for den aktuelle varen, uten at det hindrer importerte varer adgang til det innenlandske markedet eller vanskeliggjør slik adgang noe mer enn det gjør for innenlandske varer. På dette grunnlag faller det utenfor virkeområdet for EØS-avtalen artikkel 11. Dette vil være tilfellet selv om detaljsalgsmonopolet for sterkøl kan begrense salgsvolumet (herunder salg av varer fra andre parter i EØS-avtalen). Faktisk kan dette være selve målet med monopolet.

132. Kommisjonen foreslår følgende svar på det andre spørsmålet:

“EØS-avtalen artikkel 11 og 13 er ikke til hinder for nasjonal lovgivning som forbeholder rettigheten til salg av ol med et høyere alkoholinnhold enn 4,75 volumprosent for et statlig monopol, forutsatt at en slik eksklusiv rettighet verken rettslig eller faktisk fører til forskjellsbehandling av innenlandske varer og varer importert fra andre av medlemsstatene i EØS-avtalen.”

4. *Det tredje og fjerde spørsmålet forelagt Domstolen*

A. Avvisning av det tredje og fjerde spørsmålet forelagt Domstolen

133. EFTA overvåkningsorgan viser til ordlyden i og formålet med artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol, og uttaler at spørsmål 3 og 4 er generelle og hypotetiske og ikke har relevans for avgjørelsen av spørsmålet som den nasjonale domstolen skal behandle. Tvert imot fremgår relevansen av svarene på spørsmål 1 og 2 for avgjørelsen av spørsmålene som Oslo byrett skal behandle, klart av opplysningene som følger henvisningen til EFTA-domstolen. Det vises også til EF-domstolens dom i saken *Leclerc-Siplec*⁶².

134. Etter overvåkningsorganets syn bør spørsmål 3 og 4 avvises.

⁶² Sak C-412/93 *Leclerc-Siplec* [1995] ECR I-179.

B. The questions in substance

Tore Wilhelmsen A/S

135. Counsel of *Wilhelmsen* suggested the following answers to the third and fourth question:

"EEA rules do not limit the states' authority to apportion competence in the area of alcohol policies between state and municipal authorities.

EEA rules do not prevent the states from implementing a system of licences for the distribution of alcohol products, if the system in itself is not contrary to the substantive provisions of EEA Law".

The Government of the the Kingdom of Norway

136. The *Norwegian Government* proposes the following answer to the third and fourth question posed by the national court:

"The EEA Agreement contains no rules on whether it is state or local authorities which may grant licences to sell alcohol. Thus, national law will decide which national body may grant licences to sell alcohol, including strong beer.

The EEA Agreement contains no rules which give individuals an unconditional right to sell alcohol to the general public, regardless of national legislation stipulating a licencing system for the sale of all types of alcohol to the general public".

The EFTA Surveillance Authority

137. *ESA* has taken the view that the third and fourth question should be declared inadmissible. In the case the EFTA Court decided to answer these questions nonetheless, *ESA* has the following remarks to made.

138. In *ESA's* opinion, there are no provisions in the EEA Agreement dealing with decisions on licences of the kind concerned. The EEA Agreement does not provide for any unconditional right for individuals to sell alcoholic beverages to the general public.

139. Furthermore, *ESA* notes that any restrictions on the sale of goods, including alcoholic beverages, must be in accordance with the EEA Agreement. Any such restriction, as well as its implementation in practice, will have to satisfy certain conditions in order not to run counter Article 11 and 16 EEA .

140. In view of the third question, *ESA* notes that the conditions thus to be complied with apply to all national authorities involved, regardless of the level at which relevant decisions are taken.

The Commission of the European Communities

141. As far as the third and fourth questions are concerned, the *Commission* is of the view that the EEA Agreement does not cover such matters.

B. Spørsmålenes materielle del

Tore Wilhelmsen A/S

135. *Wilhelmsens* advokat foreslår følgende svar på det tredje og fjerde spørsmålet:

“EØS-retten innskrenker ikke statens myndighet til å fordele kompetanse på det alkoholpolitiske område mellom statlige og kommunale myndigheter

EØS-retten er ikke til hinder for at statene gjennomfører et lisensieringssystem for omsetning av alkoholprodukter, såfremt systemet i seg selv ikke er stridende mot EØS-rettens materielle regler.”

Den norske regjering

136. *Den norske regjering* foreslår følgende svar på det tredje og fjerde spørsmålet:

“EØS-avtalen inneholder ingen regler om det er statlige eller lokale myndigheter som skal kunne gi bevilling til å selge alkohol. Således vil nasjonale lover avgjøre hvilket nasjonalt organ som kan gi bevillinger til å selge alkohol, herunder også sterkøl.

EØS-avtalen inneholder ingen regler som gir enkeltpersoner noen uforbeholden rettighet til å selge alkohol til allmennheten, uten hensyn til nasjonal lovgivning som fasisetter et bevillingssystem for salg av alle typer alkohol til allmennheten.”

EFTAs overvåkningsorgan

137. *EFTA overvåkningsorgan* har inntatt det standpunkt at det tredje og fjerde spørsmålet ikke bør behandles. Dersom EFTA-domstolen likevel måtte beslutte å besvare disse spørsmålene, har overvåkningsorganet følgende kommentarer å komme med.

138. Etter overvåkningsorganets mening er det ingen bestemmelser i EØS-avtalen som regulerer avgjørelser om bevillinger av det aktuelle slaget. Ifølge EØS-avtalen har ingen enkeltpersoner uforbeholden rett til å selge alkoholholdige drikker til allmennheten.

139. Videre bemerker overvåkningsorganet at alle salgsrestriksjoner på varer, herunder alkoholholdige drikker, må være i samsvar med EØS-avtalen. Alle slike restriksjoner og praktiseringen av disse, må oppfylle visse vilkår dersom de ikke skal være i strid med EØS-avtalen artikkel 11 og 16.

140. I lys av det tredje spørsmålet bemerker overvåkningsorganet at de vilkår som således skal oppfylles, gjelder alle involverte nasjonale myndigheter, uansett på hvilket nivå de aktuelle avgjørelsene blitt tatt.

Kommisjonen for De europeiske fellesskap

141. Så vidt gjelder det tredje og fjerde spørsmålet, har *Kommisjonen* det syn at EØS-avtalen ikke dekker slike saker.

142. Therefore the Commission proposes the following answer to these questions:

"The EEA Agreement does not stipulate whether it is the State or the municipality that is competent to decide on applications for licences to sell alcohol".

"The EEA Agreement does not stipulate whether individuals have an unconditional right to sell alcohol to the general public".

Carl Baudenbacher
Judge Rapporteur

142. Derfor foreslår Kommissjonen følgende svar på disse spørsmålene:

“EØS-avtalen fastsetter ikke om det er staten eller kommunen som er kompetent til å avgjøre søknader om bevilling til å selge alkohol.

EØS-avtalen fastsetter ikke om enkeltpersoner har en uforbeholden rettighet til å selge alkohol til allmennheten.”

Carl Baudenbacher
Saksforberedende dommer

Case E-7/96

Paul Inge Hansen v EFTA Surveillance Authority

(Action for failure to act – Admissibility)

Order of the Court, 27 June 1997 101

Summary of the Order

It follows from the scheme of Article 37 of the Surveillance and Court Agreement that an application for failure to act must be preceded by a formal notice calling upon the Surveillance Authority to act, and that the subject-matter of that notice

must be set out in such a manner as to make it clear what decision the EFTA Surveillance Authority should have taken under EEA law.

ORDER OF THE COURT

27 June 1997

(Action for failure to act – Admissibility)

In Case E-7/96

Paul Inge Hansen, residing in Tiller (Norway), represented by Sigurd Knudtson of the Norwegian Bar (preceded by Jan E. Strand of the Norwegian Bar), with no address for service in Luxembourg,

applicant,

v

the EFTA Surveillance Authority, represented by Håkan Berglin, Director of the Legal and Executive Affairs Department, acting as Agent, with no address for service in Luxembourg,

defendant,

APPLICATION for a decision requiring the EFTA Surveillance Authority to take a decision, for compensation and for "preliminary authorisation",

THE COURT

composed of : Bjørn Haug, President, Thór Vilhjálmsson (Rapporteur) and Carl Baudenbacher, Judges,

Registrar: Per Christiansen,

makes the following

ORDER

I. Factual background - complaint to the EFTA Surveillance Authority

- 1 On 1 January 1996 the applicant lodged a complaint with the EFTA Surveillance Authority requesting:
 - "1. Easing/abolishment of the labour market monopoly [in Norway].
 2. Easing of the Social Security monopoly [in Norway].
 3. Easing of the Norwegian Industry and Regional Development Fund and the Ministry of Industry's monopoly on establishment grants, granting of loans to occupationally handicapped who have a realisable business project."
- 2 The applicant is a founder of the Rebecca Foundation. He describes the aims of the Foundation as promotion of employment for disabled people, *inter alia* through Community efforts, such as the Helios and Horizon programmes. For this purpose the foundation requires public approval by Norwegian authorities which, according to the applicant, has been denied.
- 3 In the complaint, the applicant requested the EFTA Surveillance Authority to bring a case before the EFTA Court in order to abolish the employment exchange monopoly in Norway.
- 4 The applicant referred to Articles 85 and 86 of the EC Treaty ("EC") in support of his claims, cf. Article 89 regarding procedure, and the parallel Articles 53 and 54 EEA, cf. Articles 55, 56 and 57 EEA regarding procedure. The applicant also referred to a judgment of the Court of Justice of the European Communities ("the ECJ") in case C-41/90 *Höfner and Elser* [1991] ECR I-1979.
- 5 In a letter of 22 February 1996, the EFTA Surveillance Authority notified the applicant that his complaint "alleging, *inter alia*, abuse of the monopoly of the Government Employment Service within the field of vocational rehabilitation and employment of disabled people" had been registered and was being examined by the Authority's services. The applicant would be kept informed of the examination of the complaint and its result, and, if necessary, he would be approached for further information.
- 6 In a second letter to the EFTA Surveillance Authority of 8 August 1996, the applicant referred to Article 37 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice ("the Surveillance and Court Agreement") and stated that a case would be brought before the EFTA Court if the Authority did not decide on the request before it within two months. In a letter of 26 August 1996, the EFTA Surveillance Authority answered the applicant's letter, informing him that the Authority did strive to decide cases as expediently as possible and that this case would be

processed and decided according to its merits. However, it was not clear if this could be managed within two months. The EFTA Surveillance Authority also informed the applicant that an application for failure to act can only lead to conviction in cases where the Surveillance Authority has violated an obligation to make a decision.

II. The application to the Court

7 By an application dated 5 December 1996, registered at the Court on 10 December 1996, the applicant requested the Court *inter alia* to order the EFTA Surveillance Authority to make certain decisions. The first part of this section of the document submitted by the applicant reads as follows:

"1. EFTA's Surveillance Authority is obliged to make the following decision:

I

- a. The employment exchange in Norway as it functions today contravenes the EEA [A]greement.
- b. The Norwegian Government is obliged to make it possible for physically disabled and occupationally handicapped - if they so wish - to join the labour market as genuine job seekers on the same lines as able-bodied unemployed.
- c. The Norwegian Government is ordered to reduce the employment exchange monopoly.
- d. The Norwegian Government is ordered to make it possible for the Rebecca Foundation to participate in EU's programmes for physically disabled and occupationally handicapped.
- e. The Norwegian Government is obliged to give the Rebecca Foundation the necessary approval
 - x. to run a business activity
 - y. to run private recruitment of personnel for people in Norway who fall under, or may fall under the provisions of the National Insurance Act:
 - i. 3 - illness
 - ii. 5 - rehabilitation
 - iii. 8 - disability
 - iv. 11 - occupational injury
 or who are a part of the physically disabled or occupationally handicapped group.
- f. The Norwegian Government is obliged to ensure that the Rebecca Foundation may be established and run its activities under the same framework conditions and with the same means as the Norwegian Government.

g. The Norwegian Government is obliged to ensure that the necessary changes in the law are made so that the Norwegian law agrees with the provisions in the EEA [A]greement."

- 8 The application also states that to ensure implementation of the foregoing, the Norwegian Government should be ordered to allow certain activities, to provide the Rebecca Foundation with adequate funds, to pay compensation to the foundation as well as costs, etc. The application lists subsidiary statements and requests that the Norwegian Government be ordered to give the Foundation preliminary permission to operate.
- 9 The application includes a summary of the applicant's account of the difficulties he and the Rebecca Foundation are said to have encountered in their dealings with Norwegian authorities in his attempts to set up business activities, especially an employment agency.
- 10 The applicant further asserts that the EFTA Surveillance Authority has not dealt with his complaint in due time and that his application to the Court is based on Article 37 of the Surveillance and Court Agreement, which reads as follows:

"Should the EFTA Surveillance Authority, in infringement of this Agreement or the provisions of the EEA Agreement, fail to act, an EFTA State may bring an action before the EFTA Court to have the infringement established.

The action shall be admissible only if the EFTA Surveillance Authority has first been called upon to act. If, within two months of being so called upon, the EFTA Surveillance Authority has not defined its position, the action may be brought within a further period of two months.

Any natural or legal person may, under the conditions laid down in the preceding paragraphs, complain to the EFTA Court that the EFTA Surveillance Authority has failed to address to that person any decision".

III. Further procedure

- 11 The EFTA Court invited the EFTA Surveillance Authority to lodge a defence in the case. On 17 January 1997, the EFTA Surveillance Authority raised a plea of inadmissibility and asked the Court to rule on the question of admissibility as a preliminary issue pursuant to Article 87 of the Rules of Procedure.
- 12 The European Commission submitted written observations dated 18 February 1997. The observations state that, in principle, the application should be dismissed without an oral procedure being opened.

New requests made by the applicant

- 13 In a document sent to the Court on 9 April 1997, the applicant opposed the plea of inadmissibility made by the EFTA Surveillance Authority. In the same document the applicant amended the form of order sought to read as follows:
- "1. Principally
The Authority is imposed to make a decision relating to the applicant's complaint within due time as stipulated by the Court.
 2. Alternatively,
The Authority is imposed to issue a position relating to the applicant's complaint within due time as stipulated by the Court.
 3. Another alternative,
The Authority's failure to act on the applicant's complaint is infringement of provisions of the Surveillance and Court Agreement and provisions of the EEA Agreement."
- 14 The document includes a statement of facts and a statement to the effect that, in the applicant's opinion, the EFTA Surveillance Authority is obliged to make a decision concerning his application to it, at least in connection with that part of the complaint where the applicant has a legitimate interest, as more specifically set out. Article 37 of the Surveillance and Court Agreement is referred to and it is contended that the EFTA Surveillance Authority, in dealing with the complaint, has not acted in accordance with general principles of administrative law.

IV. Findings of the Court

- 15 The Court notes that it follows from the scheme of Article 37 of the Surveillance and Court Agreement that an application for failure to act must be preceded by a formal notice calling upon the Surveillance Authority to act, and that the subject-matter of that notice must be set out in such a manner as to make it clear what decision the EFTA Surveillance Authority should have taken under EEA law. This view is in conformity with judgments of the ECJ, *e.g.*, in Case 25/85 *Nuovo Campsider v Commission* [1986] ECR 1531 and Joined Cases 81 and 119/85 *Usinor v Commission* [1986] ECR 1777. Neither the fact that those judgments are concerned with Article 35 ECSC, and not Article 175 EC upon which Article 37 of the Surveillance and Court Agreement is modelled, nor the fact that the EFTA Court is not required by Article 3(1) of the Surveillance and Court Agreement to follow that reasoning when interpreting the main part of that Agreement, prevents the reasoning which has led the ECJ to its interpretations from being of guidance for the EFTA Court in similar matters.

- 16 The Court further notes that whenever an undertaking is suspected of violating Articles 53 or 54 EEA, the EFTA Surveillance Authority may institute proceedings against such an undertaking in accordance with Protocol 4 to the Surveillance and Court Agreement. If the undertaking in question is one covered by Article 59(1) EEA, the EFTA Surveillance Authority may also, additionally or alternatively, take action against the EFTA State concerned, either under Article 59(3) EEA or under Article 31 of the Surveillance and Court Agreement. Those remedies available to the EFTA Surveillance Authority are governed by different procedural rules, granting *inter alia* different procedural rights to natural and legal persons initiating a procedure.
- 17 In the present case it is unclear, both from the complaint of 1 January 1996 and from the letter of 8 August 1996 to the EFTA Surveillance Authority, whether the applicant intended his application to the EFTA Surveillance Authority to initiate an infringement procedure by the EFTA Surveillance Authority against Norway, under Article 59 EEA or Article 31 of the Surveillance and Court Agreement, or whether he intended to commence a procedure under Protocol 4 to the Surveillance and Court Agreement against the Government Employment Service. While several of the claims contained in the application would seem to indicate the former, the only provisions explicitly relied on are Articles 53 and 54 EEA.
- 18 Moreover, the lack of clarity attached to the applicant's communications to the EFTA Surveillance Authority does in fact seem to have misled the latter regarding the legal basis for the claim. Both the EFTA Surveillance Authority's letter of 26 August 1996, in reply to the applicant's letter of 8 August 1996, and the submissions of the Surveillance Authority before this Court are based on the assumption that the applicant intended to initiate an infringement procedure against Norway under Article 31 of the Surveillance and Court Agreement. It follows from the applicant's pleadings of 9 April 1997 that this was in fact not the intention.
- 19 On this background, the Court finds that the applicant's letter of 8 August 1996 to the EFTA Surveillance Authority does not satisfy the requirements for setting in motion the two-month time-limit prescribed in Article 37 of the Surveillance and Court Agreement and, consequently, that the application for failure to act must be dismissed as inadmissible.

V. Costs

- 20 Under Article 66(3) of the Rules of Procedure, where each party succeeds on some heads and fails on others, or where the circumstances are exceptional, the Court may order that the costs be shared or that the parties bear their own costs. With reference to the findings of the Court and further bearing in mind the competence of the EFTA Surveillance Authority to investigate a complaint regarding infringements of Articles 53 or 54 EEA, and a certain duty of vigilance in procedural matters, the Court orders each party to bear their own costs.

On those grounds

THE COURT

hereby orders:

- 1. The application is dismissed as inadmissible.**
- 2. Each party shall bear their own costs.**

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Luxembourg, 27 June 1997.

Per Christiansen
Registrar

Bjørn Haug
President

Case E-1/97

**Fridtjof Frank Gundersen v Oslo kommune,
supported by the Government of the Kingdom of Norway**

(Request for an advisory opinion from Oslo byrett (Oslo City Court), Norway)

*(Alcohol sales – State monopolies of a commercial character
– Free movement of goods)*

Advisory Opinion of the Court, 3 December 1997.....	110
Report for the hearing	119

Summary of the Advisory Opinion

1. From the provisions concerning the product coverage of the EEA Agreement (see Article 8 EEA, Article 23(b), Protocol 8 and Protocol 47) it is clear that wine does not fall within the general scope of the EEA Agreement, nor are there any other specific provisions leading to a conclusion that Article 11 EEA in particular applies.

2. Article 16 EEA is specifically applicable to the exercise by a domestic commercial monopoly of its exclusive right. On the other hand, the effect on intra-Community trade of the other provisions of the domestic legislation, which are separable from the operation of the

monopoly although they have a bearing upon it, fall to be examined under Article 11 EEA.

3. Vinmonopolet enjoys and exercises the exclusive right for the retail sale of wine and strong beer. The provisions at issue define the scope and product coverage of that exclusive right. Consequently, these provisions, which define the scope of the exclusive right, are to be considered according to Article 16 EEA.

4. Article 16 EEA requires that the organization and operation of the monopoly be arranged so as to exclude any discrimination between

Sak E-1/97

Fridtjof Frank Gundersen mot Oslo kommune, støttet av Den norske regjering

(Anmodning om en rådgivende uttalelse fra Oslo byrett, Norge)

(Salg av alkohol – Statlige handelsmonopoler – Fri bevegelighet av varer)

Rådgivende uttalelse fra Domstolen, 3 desember 1997.....	110
Rettsmøterapport.....	119

Sammendrag av den rådgivende uttalelsen

1. Av bestemmelsene som gjelder EØS-avtalens produktspekter (se EØS-avtalen artikkel 8, artikkel 23(b), protokoll 8 og protokoll 47) er det klart at vin ikke faller innenfor EØS-avtalens generelle anvendelsesområde, det er heller ingen andre særlige bestemmelser som leder til en konklusjon om at EØS-avtalen artikkel 11 spesielt får anvendelse.

2. EØS-avtalen artikkel 16 er særlig anvendelig på et nasjonalt handelsmonopols utøvelse av sin enerett. På den annen side skal virkningene på samhandelen innenfor Fellesskapet av de andre bestemmelsene i den nasjonale lovgivningen, som kan holdes ut fra

monopolets funksjon selv om de har betydning for det, vurderes i forhold til EØS-avtalen artikkel 11.

3. Vinmonopolet nyter og utøver en enerett til detalj salg av vin og sterkøl. Som påpekt av EFTAs overvåkningsorgan fastsetter disse bestemmelsene anvendelsesområdet og produktspekteret for eneretten. Av den grunn må disse bestemmelsene, som fastsetter monolets enerett, vurderes i forhold til EØS-avtalen artikkel 16.

4. EØS-avtalen artikkel 16 krever at monolet utformes og drives på en slik måte at enhver forskjellsbehandling av medlems-

nationals of Member States as regards conditions of supply and outlets, so that trade in goods from other Member States is not put at a disadvantage, in law or in fact, as compared to trade in domestic goods, and so that competition between the economies of the Member States is not distorted.

5. There exists, at least in part, a competitive relationship between wine and medium-strength beer which warrants equal treatment. Such equal treatment is ensured in the Norwegian legislation for all alcoholic beverages containing more than 4.75% alcohol by volume, inasmuch as all such beverages, including beer and wine, may only be sold at the retail level through Vinmonopolet.

6. The fact that there are two dividing lines which determine where alcoholic beverages are to be

sold at the retail level leads to a situation in which alcoholic beverages having the same alcohol content as, for example, wine products and beer containing between 2.5% and 4.75% alcohol by volume, receive substantially different treatment by law. No comprehensive explanation has been offered in the present case as to the grounds for this differentiation. In the absence of any grounds for the differential treatment, the system of two dividing lines must be considered to be contrary to Article 16 EEA.

7. As regards the possible justification of the system of two dividing lines under the Norwegian legislation, no comprehensive explanation has been offered to justify the differential treatment of beverages with the same alcoholic content.

statenes statsborgere med hensyn til forsynings- og avsetningsvilkårene utelukkes, slik at handelen med varer fra andre medlemsland verken rettslig eller faktisk stilles i en ufordelaktig situasjon i forhold til handelen med innenlandske varer, og slik at det ikke skjer en konkurransevridning mellom medlemsstatene.

5. Det eksisterer, i det minste delvis, et konkurranseforhold mellom vin og middels sterkt øl som krever likebehandling. En slik likebehandling er sikret i den norske lovgivningen for alle alkoholholdige drikkevarer som inneholder mer enn 4,75 volumprosent alkohol så lenge alle slike drikkevarer, innbefattet øl og vin, bare kan selges på detaljnivå gjennom Vinmonopolet.

6. Det faktum at det er to skillelinjer som fastsetter hvor alkoholholdige drikkevarer kan

selges på detaljnivå leder til en situasjon hvor alkoholholdige drikkevarer med det samme alkoholinnhold, som for eksempel vinprodukter og øl som inneholder mellom 2,5 og 4,75 volumprosent alkohol, gjennom lov utsettes for vesentlig ulik behandling. Ingen utførlig forklaring om bakgrunnen for denne forskjellen er gitt i den foreliggende saken. I mangel av noe grunnlag for forskjellsbehandlingen, må systemet med to skillelinjer anses å være i strid med EØS-avtalen artikkel 16

7. Når det gjelder den mulige begrunnelse for systemet med to skillelinjer i den norske lovgivningen, er det tilstrekkelig å minne om at det ikke er gitt noen utførlig forklaring for å begrunne forskjellsbehandlingen av drikkevarer med det samme alkoholinnholdet.

ADVISORY OPINION OF THE COURT

3 December 1997*

*(Alcohol sales – State monopolies of a commercial character
– Free movement of goods)*

In Case E-1/97

REQUEST to the Court under Article 34 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice by Oslo byrett (Oslo City Court) for an Advisory Opinion in the case pending before it between

Fridtjof Frank Gundersen

and

Oslo kommune

Supported by the **Government of the Kingdom of Norway**

on the interpretation of Articles 4, 11, 13 and 16 of the EEA Agreement.

THE COURT,

composed of: Bjørn Haug, President, Thór Vilhjálmsson and Carl Baudenbacher (Rapporteur), Judges,

Registrar: Per Christiansen,

after considering the written observations submitted on behalf of:

- the Government of the Kingdom of Norway, represented by Ingvald Falch, Office of the Attorney General (Civil Affairs);

* Language of the request for an Advisory Opinion: Norwegian.

RÅDGIVENDE UTTALELSE FRA DOMSTOLEN

3 desember 1997*

(Salg av alkohol - Statlige handelsmonopoler - Fri bevegelighet av varer)

I sak E-1/97

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

Fridtjof Frank Gundersen

og

Oslo kommune

støttet av **Den norske regjering**

om tolkningen av EØS-avtalen artikler 4, 11, 13 og 16.

DOMSTOLEN,

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

Justissekretær: Per Christiansen,

etter å ha vurdert de skriftlige saksfremstillinger inngitt av:

- Den norske regjering, representert ved Ingvald Falch, regjeringsadvokatens kontor, som partsrepresentant;

* Språket i anmodningen om en rådgivende uttalelse: Norsk.

- the EFTA Surveillance Authority, represented by Håkan Berglin, Director of the Legal & Executive Affairs Department, assisted by Rolf Helmich Pedersen, Officer of that Department, acting as Agents;
- the EC Commission, represented by Richard Wainwright, Principal Legal Adviser and Michael Shotter, a national official seconded to the Commission under an arrangement for the exchange of officials, acting as Agents,

having regard to the Report for the Hearing,

after hearing the oral observations of the plaintiff, Fridtjof Frank Gundersen, the Norwegian Government, the EFTA Surveillance Authority and the EC Commission at the hearing on 4 November 1997,

gives the following

Advisory Opinion

- 1 By an order dated 22 April 1997, registered at the Court on 29 April 1997, Oslo byrett, a Norwegian City Court, made a request for an Advisory Opinion in a case brought before it by Fridtjof Frank Gundersen against Oslo kommune (the Municipality of Oslo), supported by the Government of Norway, intervener on behalf of Oslo kommune, concerning the validity of a refusal by Oslo kommune to process the application for a licence to sell wine.
- 2 Under the Norwegian legislation, the retail sale of alcoholic beverages containing more than 2.5% alcohol by volume is governed by a licensing system which leaves it up to the respective municipalities to decide whether alcoholic beverages may be sold in the municipality, how many licences are to be granted, who is to receive such a licence, etc. However, according to section 3-1, first paragraph, of Act No. 27 of 2 June 1989 on the sale of alcoholic beverages (the “Alcohol Act”), licences to sell spirits, wine and strong beer may only be granted to Vinmonopolet A/S (“Vinmonopolet”), a wholly State-owned company. Thus, Vinmonopolet has an exclusive right for the retail sale of such products through its outlets, which currently number 112. By contrast, alcoholic beverages with less than 2.5% alcohol by volume may be sold freely, while licences to sell beer containing between 2.5% and 4.75% alcohol by volume (“medium-strength beer”) may, according to section 3-1, second paragraph of the Alcohol Act, be granted to anyone who is entitled to trade under Norwegian trade legislation. Medium-strength beer is sold in approximately 4500 stores.

- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved direktør Håkan Berglin, avdeling for juridiske saker og eksekutivsaker, assistert av Rolf Helmich Pedersen, saksbehandler samme sted, som partsrepresentant;
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Richard B. Wainwright, hovedrådgiver i juridiske saker, og Michael Shotter, saksbehandler samme sted, som partsrepresentanter,

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt de muntlige innleggene fra saksøkeren, Den norske regjering, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskap under høringen 4 november 1997,

gir slik

Rådgivende uttalelse

- 1 Ved skriv datert 22 april 1997, mottatt ved Domstolen 29 april 1997, har Oslo byrett anmodet om en rådgivende uttalelse i sak innbrakt for denne domstolen av Fridtjof Frank Gundersen mot Oslo kommune, støttet av Den norske regjering, intervenient på vegne av Oslo kommune, vedrørende gyldigheten av et avslag fra Oslo kommune om å behandle en søknad om bevilling til å selge vin.
- 2 I henhold til norsk lovgivning er detaljsalget av alkoholholdige drikkevarer som inneholder mer enn 2,5 volumprosent alkohol undergitt en bevillingsordning som overlater til de respektive kommunene å avgjøre hvorvidt alkoholholdige drikkevarer kan selges i kommunen, hvor mange bevillinger som skal tildeles, hvem som skal få en slik bevilling mv. I henhold til alkoholloven (Lov om omsetning av alkoholholdig drikk mv. av 2 juni 1989 nr 27) § 3-1, første ledd, kan imidlertid bevilling for salg av brennevin, vin og sterkøl bare gis A/S Vinmonopolet ("Vinmonopolet"), et statlig heleiet selskap. Vinmonopolet har således en enerett til detaljsalg av denne type produkter gjennom sine utsalg, som for tiden er 112 i tallet. I motsetning til dette selges alkoholholdige drikkevarer med en alkoholstyrke på mindre enn 2,5 volumprosent fritt, mens bevilling for salg av øl mellom 2,5 og 4,75 volumprosent alkohol ("middels sterkt øl") i henhold til alkoholloven § 3-1, andre ledd, kan tildeles alle som har handelsrett etter handelslovgivningen. Middels sterkt øl selges i ca 4500 butikker.

- 3 In December 1994, the plaintiff, Fridtjof Frank Gundersen, applied for a municipal sales licence for wine. The application was rejected as inadmissible on the grounds that the Alcohol Act does not allow municipalities to grant licences for the sale of wine to any party other than Vinmonopolet. The legality of this refusal was challenged by the plaintiff on grounds of differential treatment of wine and beer. In the plaintiff's opinion, Articles 4, 11 and 16 EEA are violated by these licensing rules. While wine, according to the plaintiff, is only allowed to be sold through approximately 100 sales outlets of Vinmonopolet, beer containing up to 4.75% alcohol per volume may be sold in over 4000 grocery shops and other outlets. Almost all of the wine sold is imported, mostly from EEA countries, while the beer sold is mainly produced in Norway.
- 4 The defendant argues that the action should be dismissed. The Norwegian Government, as intervener, claims that Articles 4 and 11 are not applicable to the present case. With regard to Article 16 EEA, it argues that a comparison between wine and beer cannot be made. There is furthermore no discrimination since the system is based on objective criteria not related to the origin of the products concerned. Subsidiarily, if there is discrimination, it can be justified on health-related grounds.
- 5 Considering that it was necessary to interpret provisions of the EEA Agreement in order to reach a decision and pursuant to Article 34 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice ("Surveillance and Court Agreement"), Oslo byrett submitted a request to the EFTA Court for an Advisory Opinion on the following questions:
 1. *Is there "discrimination ... between nationals of EC Member States and EFTA States" contrary to Article 16 EEA if a national is refused the right to market red wine, white wine and rosé wine (wine) at the retail level, on the grounds that wine may only be sold at the retail level through a State commercial monopoly, in a situation where beer with an alcohol content of lower than 4.75% alcohol by volume (medium-strength beer) may be sold outside the commercial monopoly by parties who obtain a municipal licence?*
 2. *If question 1) is answered in the affirmative, can alcohol policy and/or health considerations - first and foremost the wish to reduce the availability and consumption of alcohol - be grounds for the differential treatment in marketing for wine and medium-strength beer as referred to in question 1) falling outside the scope of Article 16 EEA?*
 3. (a) *Does Article 4 and/or Article 11 apply to the retail sale of wine?*

(b) *If question 3) (a) is answered wholly or in part in the affirmative, is the differential treatment in marketing referred to in question 1) in violation of Article 4 and/or Article 11?*

- 3 I desember 1994 søkte saksøkeren, Fridtjof Frank Gundersen, Oslo kommune om kommunal salgsbevilling for vin. Søknaden ble avslått på grunnlag av at den ikke kunne realitetsbehandles da alkoholloven ikke tillater kommunene å gi andre enn Vinmonopolet salgsbevilling for vin. Gyldigheten av dette avslaget ble angrepet av saksøkeren på grunnlag av forskjellig behandling av vin og øl. Etter saksøkers oppfatning er EØS-avtalen artikler 4, 11 og 16 brutt ved disse bevillingsreglene. Mens vin ifølge saksøkeren bare tillates solgt gjennom Vinmonopolets ca 100 utsalgsteder, kan øl med opp til 4,75 volumprosent alkohol selges i mer enn 4000 dagligvareforretninger og andre utsalgsteder. Vin er nesten utelukkende importert, for det meste fra EØS-land, mens ølet som selges i alt vesentlig er norskprodusert.
- 4 Saksøkte anfører at saken må avvises. Den norske regjering, som intervenient, hevder at EØS-avtalen artikler 4 og 11 ikke er anvendelige i den foreliggende sak. Når det gjelder EØS-avtalen artikkel 16 kan ikke vin og øl sammenlignes. Videre foreligger det ikke noen diskriminering da systemet er basert på objektive kriterier som ikke er knyttet til de aktuelle produkters opprinnelse. Subsidiært, hvis det foreligger diskriminering, kan den aksepteres med helsemessige begrunnelser.
- 5 Oslo byrett fant det nødvendig å tolke bestemmelser i EØS-avtalen for å treffe en avgjørelse, og anmodet EFTA-domstolen, i medhold av artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol ("Overvåknings- og domstolsavtalen"), om en rådgivende uttalelse med følgende spørsmål:
1. *Vil det foreligge en "forskjellsbehandling av statsborgere fra EFs medlemsstater og EFTA-statene" i strid med EØS-avtalen artikkel 16, dersom en borger nektes rett til å omsette rødvin, hvitvin og rosévin (vin) i detalj med den begrunnelse at vin bare kan selges i detalj gjennom et statlig handelsmonopol, i en situasjon hvor øl med lavere alkoholinhold enn 4,75 volumprosent alkohol (middels sterkt øl) kan selges utenfor handelsmonopolet av dem som oppnår kommunal bevilling?*
 2. *Forutsatt at spørsmål 1) besvares bekræftende, vil alkoholpolitiske og/eller helsemessige hensyn – i første rekke ønsket om å begrense tilgjengeligheten og konsumet av alkohol – kunne begrunne at den omsetningsmessige forskjellsbehandling mellom vin og middels sterkt øl som er omtalt i spørsmål 1) likevel ikke rammes av EØS-avtalen artikkel 16?*
 3. *(a)Kommer bestemmelsen i EØS-avtalen artikkel 4 og/eller artikkel 11 til anvendelse ved omsetning av vin i detalj?*

(b)Dersom spørsmål 3(a) helt eller delvis besvares bekræftende, vil den omsetningsmessige forskjellsbehandling som er omtalt i spørsmål 1) være i strid med artikkel 4 og /eller artikkel 11?

(c) If question 3) (b) is answered wholly or in part in the affirmative, can alcohol policy and/or health considerations as referred to in question 2) be grounds for applying the exception rule as set out in Article 13 EEA?

- 6 Reference is made to the Report for the Hearing for a more complete account of the legal framework, the facts, the procedure and the written observations submitted to the Court, which are mentioned or discussed hereinafter only in so far as is necessary for the reasoning of the Court.
- 7 For the sake of convenience, the Court will address the third question before turning to the first and the second questions.

The third question

- 8 Having regard to the case law of the Court (Case E-1/94 *Restamark* [1994-1995] EFTA Court Report 17 (hereinafter "*Restamark*") and the provisions concerning the product coverage of the EEA Agreement (see Article 8 EEA, Article 23(b), Protocol 8 and Protocol 47) it is clear that wine does not fall within the general scope of the EEA Agreement, nor are there any other specific provisions leading to a conclusion that Article 11 EEA in particular applies.
- 9 With this finding, it also becomes unnecessary to examine Article 13 EEA.
- 10 Concerning the relationship between Articles 4 and 16 EEA, the Court notes that the latter provision is a *lex specialis* regarding the prohibition of discrimination by State monopolies.
- 11 Consequently, Articles 4, 11 and 13 EEA do not apply to the retail sale of wine.

The first question

- 12 By its first question, the national court seeks essentially to ascertain whether the criteria chosen by Norwegian authorities for determining the scope of the exclusive right of the retail monopoly for wine and beer, respectively, constitute discrimination between nationals of EC Member States and EFTA States contrary to Article 16 EEA.
- 13 Article 16(1) EEA reads as follows:

“The Contracting Parties shall ensure that any State monopoly of a commercial character be adjusted so that no discrimination regarding the conditions under which goods are procured and marketed will exist between nationals of EC Member States and EFTA States.”

(c) Dersom spørsmål 3(b) helt eller delvis besvares bekreftende, vil alkoholpolitiske og/eller helsemessige hensyn som omtalt i spørsmål 2) kunne begrunne anvendelse av unntaksregelen i EØS-avtalen artikkel 13?

- 6 Det vises til rettsmøterapporten for en fyldigere beskrivelse av den rettslige ramme, de faktiske forhold, gangen i prosedyren og de skriftlige saksfremstillinger fremlagt for Domstolen, som i det følgende bare vil bli omtalt og drøftet så langt det er nødvendig for Domstolens begrunnelse.
- 7 For enkelthets skyld vil Domstolen behandle det tredje spørsmålet før den kommer tilbake til det første og det andre spørsmålet.

Det tredje spørsmålet

- 8 Tatt i betraktning Domstolens rettspraksis (sak E-1/94 *Restamark* [1994-1995] EFTA Court Report 17, heretter "*Restamark*") og bestemmelsene som gjelder EØS-avtalens produktspekter (se EØS-avtalen artikkel 8, artikkel 23(b), protokoll 8 og protokoll 47) er det klart at vin ikke faller innenfor EØS-avtalens generelle anvendelsesområde, det er heller ingen andre særlige bestemmelser som leder til en konklusjon om at EØS-avtalen artikkel 11 spesielt får anvendelse.
- 9 Med dette resultatet er det ikke nødvendig å vurdere EØS-avtalen artikkel 13.
- 10 Når det gjelder forholdet mellom EØS-avtalen artikler 4 og 16, bemerker Domstolen at den sistnevnte bestemmelsen er en *spesialbestemmelse* ("lex specialis") for forbudet mot diskriminerende utøvelse av statlige monopoler.
- 11 Av den grunn får verken EØS-avtalen artikkel 4 eller artiklene 11 og 13 anvendelse ved detalj salg av vin.

Det første spørsmålet

- 12 Med sitt første spørsmål søker den nasjonale domstolen i alt vesentlig å bringe på det rene hvorvidt de kriterier som er valgt av norske myndigheter for å fastlegge anvendelsesområde for eneretten til detalj salgsmonopolet for henholdsvis vin og øl, innebærer en forskjellsbehandling av statsborgere fra EFs medlemsstater og EFTA-statene i strid med EØS-avtalen artikkel 16.
- 13 EØS-avtalen artikkel 16(1) lyder:

"Avtalepartene skal sikre at statlige handelsmonopoler blir tilpasset slik at det ikke vil forekomme noen forskjellsbehandling av statsborgere fra EFs medlemsstater og EFTA-statene når det gjelder vilkårene for forsyning og avsetning."

- 14 The Court notes that the questions do not call for a general assessment of the Norwegian monopoly for the retail sale of alcoholic beverages in relation to Article 16 EEA, such as the way in which the retail monopoly is operated, etc. The questions submitted to the Court concern only the criteria chosen for having certain, but not all, alcoholic beverages sold through Vinmonopolet.
- 15 The *Norwegian Government* argues that Article 16 EEA is inapplicable because this provision should only apply to national rules which concern the “exercise” of Vinmonopolet’s exclusive right and not to provisions that determine products over which Vinmonopolet may exercise its exclusive right.
- 16 In their oral observations, the *EFTA Surveillance Authority* and the *EC Commission* stated *inter alia* that the national rules establishing the scope of the exclusive right of the retail monopoly do not concern only the exercise of that exclusive right. The provisions also form part of the very foundation on which Vinmonopolet operates.
- 17 The *Court* notes that the ECJ has recently held that the rules relating to the existence and operation of a monopoly must be examined with reference to Article 37 EC, which is specifically applicable to the exercise by a domestic commercial monopoly of its exclusive right. On the other hand, the effect on intra-Community trade of the other provisions of the domestic legislation, which are separable from the operation of the monopoly although they have a bearing upon it, fall to be examined under Article 30 EC (see Case C-189/95, *Franzén*, not yet reported, paragraphs 35 and 36 (hereinafter “*Franzén*”)).
- 18 The ECJ has furthermore stated that the purpose of Article 37 EC is to reconcile the possibility for Member States to maintain certain monopolies of a commercial character as instruments for the pursuit of public interest aims with the requirements of the establishment and functioning of the common market. It aims at eliminating obstacles to the free movement of goods, save for restrictions on trade which are inherent in the existence of the monopolies in question (see *Franzén*, paragraph 39).
- 19 Following this approach, it must be pointed out that Vinmonopolet enjoys and exercises the exclusive right for the retail sale of wine and strong beer. As pointed out by the EFTA Surveillance Authority, the provisions at issue define the scope and product coverage of that exclusive right. Consequently, these provisions, which define the scope of the exclusive right, are to be considered according to Article 16 EEA.
- 20 Before answering the question from Oslo byrett concerning Article 16, the Court notes that, as a starting point, each Member State enjoys wide freedom in formulating and implementing its chosen alcohol policies. This freedom includes broad discretion as to how restrictive the policies generally should be and the choice of criteria for restricting the retail sale of specified products. Furthermore,

- 14 Domstolen bemerker at spørsmålene ikke krever en generell vurdering av den norske eneretten for salg av alkoholholdige drikkevarer i forhold til EØS-avtalen artikkel 16, så som f eks måten detaljmonopolet drives på mv. Spørsmålene som er fremlagt for Domstolen gjelder bare kriteriene som er valgt for å ha noen, men ikke alle, alkoholholdige drikkevarer til salgs gjennom Vinmonopolet.
- 15 *Den norske regjering* hevder at EØS-avtalen artikkel 16 ikke er anvendelig fordi denne bestemmelsen bare bør få anvendelse på nasjonale bestemmelser som gjelder "utøvelsen" av Vinmonopolets enerett, og ikke til bestemmelser som fastsetter hvilke produkter Vinmonopolet kan utøve eneretten for.
- 16 I sine muntlige innlegg hevdet *EFTAs overvåkningsorgan* og *Kommisjonen for De europeiske fellesskap* bl a at nasjonale bestemmelser som fastsetter anvendelsesområdet for detaljsalgsmonopolets enerett, ikke bare omfatter utøvelsen av den eneretten. Bestemmelsene danner også en del av selve grunnlaget Vinmonopolet opererer på.
- 17 *Domstolen* bemerker at EF-domstolen nylig fastslo at det er nødvendig å vurdere bestemmelsene som gjelder monopolets eksistens og dets funksjon under henvisning til EF-traktaten artikkel 37, som særlig er anvendelig på et nasjonalt handelsmonopols utøvelse av sin enerett. På den annen side skal virkningene på samhandelen innenfor Fellesskapet av de andre bestemmelsene i den nasjonale lovgivningen som kan holdes ut fra monopolets funksjon selv om de har betydning for det, vurderes i forhold til EF-traktaten artikkel 30 (se sak C-189/95, *Franzén*, foreløpig ikke publisert, avsnittene 35 og 36, heretter "*Franzén*").
- 18 Videre har EF-domstolen slått fast at formålet med EF-traktaten artikkel 37 er å forene medlemsstatenes mulighet for å opprettholde visse handelsmonopoler som middel til å forfølge mål i allmennhetens interesse med de krav som følger av fellesmarkedets opprettelse og funksjon. Den tar sikte på avskaffelse av hindringer for fri bevegelighet av varer, dog med unntak for begrensninger på samhandelen som er uløselig forbundet med de monopolene det gjelder (se *Franzén*, avsnitt 39).
- 19 Med denne tilnærmingen må det påpekes at Vinmonopolet nyter og utøver en enerett til detaljsalg av vin og sterkøl. Som påpekt av EFTAs overvåkningsorgan fastsetter disse bestemmelsene anvendelsesområdet og produktspekteret for eneretten. Av den grunn må disse bestemmelsene, som fastsetter monopolets enerett, vurderes i forhold til EØS-avtalen artikkel 16.
- 20 Som et utgangspunkt, og før behandlingen av spørsmålene fra Oslo byrett som gjelder EØS-avtalen artikkel 16, vil Domstolen minne om at hver medlemsstat i stor grad har frihet til å formulere og gjennomføre sin valgte alkoholpolitikk. Denne friheten omfatter en vid skjønnsadgang med hensyn til hvor restriktiv politikken generelt sett bør være, og valget av kriterier som setter begrensninger for detaljsalget av særskilte produkter. Videre er det på det rene at en medlemsstat

it is established that a Member State may restrict the retail sale of alcoholic beverages, including the availability thereof.

- 21 It follows from what is said in paragraph 17 above that such policies may be pursued through the use of a State retail sale monopoly. However, Article 16 EEA requires that the organization and operation of the monopoly be arranged so as to exclude any discrimination between nationals of Member States as regards conditions of supply and outlets, so that trade in goods from other Member States is not put at a disadvantage, in law or in fact, as compared to trade in domestic goods, and so that competition between the economies of the Member States is not distorted (see the Advisory Opinions of the EFTA Court in Cases E-1/94 *Restamark* [1994-95] EFTA Court Report 17, paragraphs 63 *et seq.*; and E-6/96 *Wilhelmsen*, not yet reported, paragraphs 96 and 97 (hereinafter “*Wilhelmsen*”); and the judgment of the ECJ in *Franzén*, paragraph 40).
- 22 The central question in the case at hand then becomes whether the dividing lines chosen to determine which alcoholic beverages are to be sold through Vinmonopolet constitute discrimination in the sense indicated above.
- 23 First, the Court notes that the fact that wine containing more than 2.5% alcohol by volume may only be sold through Vinmonopolet's 112 outlets, whereas medium-strength beer containing up to 4.75% alcohol by volume is sold through more than 4500 outlets, gives sufficient grounds to conclude that there are impediments to the marketing of wine which do not exist in respect of medium-strength beer.
- 24 Secondly, the Court notes that almost all of the wine sold in Norway is imported, mostly from other EEA countries, while the beer sold is mostly domestically produced. It follows that the scope of the exclusive right of the Norwegian retail sale monopoly for alcoholic beverages leads in fact to a situation where producers of wine in other EEA States are adversely affected by Norwegian law compared to Norwegian producers of beer.
- 25 The question remains, however, whether this differential treatment constitutes discrimination within the meaning of Article 16 EEA. In order to answer that question, it is necessary to examine to what extent wine and beer are comparable products and thus entitled to equal treatment.
- 26 Following several rulings of the ECJ (Cases 170/78 *Commission v UK* [1983] ECR 2265; 124/76 and 20/77 *Moulin Pont-à-Mousson* [1977] ECR 1795; 152/78 *Commission v France* [1980] ECR 2299) it is not possible to exclude the existence of a competitive relationship between medium-strength beer and wine. Wine and medium-strength beer are to some extent capable of meeting identical needs and therefore are at least in partial competition with each other on the market. In the first-mentioned case, it was submitted by the Italian Government that it was inappropriate to compare beer with wines of average alcoholic strength or, *a fortiori*, with wines of greater alcoholic strength, as it was, in its

kan begrense detaljsalget, herunder tilgjengeligheten, av alkoholholdige drikkevarer.

- 21 Fra det som er sagt i avsnitt 17 ovenfor, følger det at en slik politikk kan forfølges ved bruk av et statlig detaljsalgsmonopol. EØS-avtalen artikkel 16 krever imidlertid at monoopolet utformes og drives på en slik måte at enhver forskjellsbehandling av medlemsstatenes statsborgere med hensyn til forsynings- og avsetningsvilkårene utelukkes, slik at handelen med varer fra andre medlemsland verken rettslig eller faktisk stilles i en ufordelaktig situasjon i forhold til handelen med innenlandske varer, og slik at det ikke skjer en konkurransevridning mellom medlemsstatene (se den rådgivende uttalelsen fra EFTA-domstolen i *Restamark*, avsnittene 63 flg, og i sak E-6/96 *Wilhelmsen*, foreløpig ikke publisert, avsnittene 96 og 97 (heretter "*Wilhelmsen*") og EF-domstolens dom i *Franzén*, avsnitt 40).
- 22 Det sentrale spørsmålet i den foreliggende saken blir således hvorvidt skillelinjene, som er valgt for å bestemme hvilke alkoholholdige drikkevarer som skal selges gjennom Vinmonopolet, innebærer en forskjellsbehandling i den betydningen som er antydnet ovenfor.
- 23 For det første bemerker Domstolen at det faktum at vin som inneholder mer enn 2,5 volumprosent alkohol bare kan selges gjennom Vinmonopolets 112 utsalg, mens middels sterkt øl som inneholder opp til 4,75 volumprosent alkohol selges gjennom mer enn 4500 utsalgssteder, gir tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at det er hindringer for markedsføringen av vin som ikke eksisterer hva gjelder middels sterkt øl.
- 24 For det andre bemerker Domstolen at nesten all vin som selges i Norge er importert, i hovedsak fra EØS-land, mens ølet som selges i Norge i alt vesentlig er innenlandsprodusert. Det følger at anvendelsesområdet av det norske detaljsalgsmonopolets enerett innebærer en faktisk situasjon der produsenter av vin i andre EØS-stater er negativt påvirket av norsk lov sammenlignet med norske produsenter av øl.
- 25 Det gjenstår imidlertid spørsmål om denne forskjellsbehandlingen innebærer en forskjellsbehandling i EØS-avtalen artikkel 16s forstand. For å besvare det spørsmålet er det nødvendig å vurdere i hvilken grad vin og øl er sammenlignbare produkter og således har krav på likebehandling.
- 26 Ifølge flere avgjørelser fra EF-domstolen (sakene 170/78 *Kommisjonen mot Storbritannia* [1983] ECR 2265; 124/76 og 20/77 *Moulin Pont-à-Mousson* [1977] ECR 1795 og 152/78 *Kommisjonen mot Frankrike* [1980] ECR 2299) er det ikke mulig å utelukke eksistensen av et konkurrerende forhold mellom middels sterkt øl og vin. Vin og middels sterkt øl er til en viss grad egnet til å dekke samme behov og er derfor i det minste i delvis konkurranse med hverandre på markedet. I den førstnevnte saken var det anført av Den italienske regjering at det var u hensiktsmessig å sammenligne øl og vin med et vanlig alkoholinnhold,

opinion, the lightest wines with an alcoholic strength in the region of 9% alcohol by volume, that is to say the most popular and cheapest wines, which were genuinely in competition with beer. This observation was found to be pertinent by the ECJ, which went on to state that, in view of the substantial differences in the quality and, therefore, in the price of wines, the decisive competitive relationship between beer, a popular and widely consumed beverage, and wine must be established by reference to those wines which are the most accessible to the public at large, that is to say, generally speaking, the lightest and cheapest varieties.

- 27 Consequently, the Court is of the view that there exists, at least in part, a competitive relationship between and wines and medium-strength beer which warrants equal treatment.
- 28 Such equal treatment is ensured in the Norwegian legislation for all alcoholic beverages containing more than 4.75% alcohol by volume, inasmuch as all such beverages, including beer and wine, may only be sold at the retail level through Vinmonopolet. Consequently, provided that the dividing line is not set with a view to protecting domestic production (see also paragraph 30 below), restricting the retail sale of all alcoholic beverages containing more than 4.75% alcohol by volume to Vinmonopolet is not contrary to Article 16 EEA.
- 29 However, the Norwegian legislation institutes discriminatory measures with respect to products containing between 2.5% and 4.75% alcohol by volume, inasmuch as wine and wine products (as well as other products with an alcoholic content) are to be sold only through Vinmonopolet if they contain more than 2.5% alcohol by volume, whereas beer is only brought within the sphere of the retail monopoly if the alcoholic content exceeds 4.75% alcohol by volume.
- 30 It must, in the Court's opinion, lie within the discretion of the Member States to use the alcohol content of a product as a basis for differential treatment (see the Advisory Opinion of the EFTA Court in Case E-6/96, *Wilhelmsen*, paragraph 87). This is true even if the chosen dividing line affects domestic and foreign production differently, provided that the dividing line is not set with a view to protecting domestic production.
- 31 However, the fact that there are two dividing lines which determine where alcoholic beverages are to be sold at the retail level leads to a situation in which alcoholic beverages having the same alcohol content as, for example, wine products and beer containing between 2.5% and 4.75% alcohol by volume, receive substantially different treatment by law. No comprehensive explanation has been offered in the present case as to the grounds for this differentiation. In the absence of any grounds for the differential treatment, the system of two dividing lines must be considered to be contrary to Article 16 EEA, and the conclusion must be drawn that wine or wine products containing between 2.5% and 4.75% alcohol by volume appear to be subject to arbitrary discrimination

og så meget mer med viner med høyere alkoholstyrke, da det var, etter dennes oppfatning, de letteste vinene med en alkoholstyrke i området rundt 9 volumprosent alkohol, det vil si de mest populære og billigste vinene, som var i reell konkurranse med øl. EF-domstolen fant denne bemerkningen relevant, og fastslo videre at i betraktning de store forskjellene i kvaliteten og, derfor, i prisen på vin, må det avgjørende konkurranseforhold mellom øl, en populær og alminnelig konsumert drikkevarer, og vin må fastslås med henvisning til de viner som er mest tilgjengelige for det store publikum, hvilket i alminnelighet vil si de letteste og billigste varianter.

- 27 Følgelig er Domstolen av den oppfatning at det eksisterer, i det minste delvis, et konkurranseforhold mellom vin og middels sterkt øl som krever likebehandling.
- 28 En slik likebehandling er sikret i den norske lovgivningen for alle alkoholholdige drikkevarer som inneholder mer enn 4,75 volumprosent alkohol så lenge alle slike drikkevarer, innbefattet øl og vin, bare kan selges på detaljnivå gjennom Vinmonopolet. Følgelig, under forutsetning at skillelinjen ikke er utformet med det formål å beskytte innenlandsk produksjon (se også avsnitt 30 nedenfor), er det ikke i strid med EØS-avtalen artikkel 16 å begrense detaljsalget av alle alkoholholdige drikkevarer som inneholder mer enn 4,75 volumprosent alkohol.
- 29 Den norske lovgivningen etablerer diskriminerende tiltak hva gjelder produkter som inneholder mellom 2,5 og 4,75 volumprosent alkohol så lenge vin og vinprodukter (så vel som andre produkter med et alkoholinnhold) bare må selges gjennom Vinmonopolet dersom de inneholder mer enn 2,5 volumprosent alkohol, mens øl bare bringes innenfor detaljmonopolets sfære om alkoholinnholdet overstiger 4,75 volumprosent alkohol.
- 30 Etter Domstolens oppfatning må det ligge innefor medlemsstatenes skjønnsadgang å bruke alkoholinnhold på et produkt som et grunnlag for forskjellsbehandling (se den rådgivende uttalelsen fra EFTA-domstolen *Wilhelmsen*, avsnitt 87). Dette er tilfelle selv om den valgte skillelinjen påvirker utenlandsk og innenlandsk produksjon forskjellig, forutsatt at skillelinjen ikke er utformet med det formål å beskytte innenlandsk produksjon.
- 31 Det faktum at det imidlertid er to skillelinjer som fastsetter hvor alkoholholdige drikkevarer kan selges på detaljnivå leder til en situasjon hvor alkoholholdige drikkevarer med det samme alkoholinnhold, som for eksempel vinprodukter og øl som inneholder mellom 2,5 og 4,75 volumprosent alkohol, gjennom lov utsettes for vesentlig ulik behandling. Ingen utførlig forklaring om bakgrunnen for denne forskjellen er gitt i den foreliggende saken. I mangel av noe grunnlag for forskjellsbehandlingen, må systemet med to skillelinjer anses å være i strid med EØS-avtalen artikkel 16, og det må trekkes den konklusjon at vin eller vinprodukter som inneholder mellom 2,5 og 4,75 volumprosent alkohol synes å være gjenstand for vilkårlig forskjellsbehandling etter den norske lovgivningen, en forskjellsbehandling som ikke kan begrunnes med at det er integrert i eksistensen eller driften av monopolet.

under the Norwegian legislation, which discrimination cannot be justified as being inherent in the existence or operation of the monopoly.

- 32 It is for the national court to establish the facts of the case before it which, according to the above, are relevant for the interpretation of EEA law.

The second question

- 33 As regards the possible justification of the system of two dividing lines under the Norwegian legislation, it is sufficient to recall that no comprehensive explanation has been offered to justify the differential treatment of beverages with the same alcoholic content.
- 34 For the rest of the second question submitted by the national court, the Court does not, based on the findings set out above, find it necessary to provide an answer.

Costs

- 35 The costs incurred by the Government of the Kingdom of Norway, the EFTA Surveillance Authority and the Commission of the European Communities, which have submitted observations to the Court, are not recoverable. Since these proceedings are, in so far as the parties to the main proceedings are concerned, a step in the proceedings pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court.

On those grounds,

THE COURT,

in answer to the questions referred to it by Oslo byrett by the order of 22 April 1997, hereby gives the following Advisory Opinion:

- 32 Det er opp til den nasjonale domstolen å bringe på det rene de fakta i saken for den som, ifølge det ovennevnte, er relevant for tolkningen av EØS-retten.

Det andre spørsmålet

- 33 Når det gjelder den mulige begrunnelse for systemet med to skillelinjer i den norske lovgivningen, er det tilstrekkelig å minne om at det ikke er gitt noen utførlig forklaring for å begrunne forskjellsbehandlingen av drikkevarer med det samme alkoholinnholdet.
- 34 På bakgrunn av det som er fastslått ovenfor, finner ikke Domstolen det nødvendig å gi et svar på resten av det andre spørsmålet fremmet av den nasjonale domstolen.

Saksomkostninger

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

På dette grunnlag avgir

DOMSTOLEN,

som svar på de spørsmålene som er forelagt av Oslo byrett ved beslutning av 22 april 1997, følgende rådgivende uttalelse:

1. **Article 16 of the EEA Agreement does not preclude national provisions according to which red wine, white wine and rosé wine containing more than 4.75% alcohol by volume may only be sold at the retail level through a State alcohol retail monopoly, whereas beer with an alcoholic content of less than 4.75% alcohol by volume (medium-strength beer) may be sold outside the State alcohol retail monopoly by parties who obtain a municipal licence. However, the system of maintaining two dividing lines under which wine or wine products with an alcohol content of between 2.5% and 4.75% alcohol by volume may only be sold through the State alcohol retail monopoly, while beer with the same alcoholic content may be sold outside the State alcohol retail monopoly, may lead to discrimination contrary to Article 16 EEA.**
2. **Articles 4, 11 and 13 EEA do not apply to the retail sale of wine.**

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Delivered in open court in Luxembourg on 3 December 1997.

Per Christiansen
Registrar

Bjørn Haug
President

1. EØS-avtalen artikkel 16 utelukker ikke at rødvin, hvitvin og rosévin som inneholder over 4,75 volumprosent alkohol i henhold til nasjonale bestemmelser bare kan selges på detaljsalgsnivå gjennom et statlig detaljsalgsmonopol, mens øl med et alkoholinnhold på mindre enn 4,75 volumprosent alkohol (middels sterkt øl) kan selges utenfor det statlige detaljsalgsmonopolet av parter som anskaffer en kommunal bevilling. Systemet i den norske lovgivningen som opprettholder to skillelinjer hvor vin eller vinprodukter med et alkoholinnhold på mellom 2,5 og 4,75 volumprosent alkohol bare kan selges gjennom det statlige detaljsalgsmonopolet, mens øl med samme alkoholinnhold kan selges utenfor det statlige detaljsalgsmonopolet, kan imidlertid lede til en forskjellsbehandling i strid med EØS-avtalen artikkel 16.
2. EØS-avtalen artikler 4, 11 eller 13 får ikke anvendelse ved detaljsalg av vin.

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Avsagt i åpen rett i Luxembourg 3 desember 1997.

Per Christiansen
Justissekretær

Bjørn Haug
President

REPORT FOR THE HEARING
in Case E-1/97

REQUEST to the Court under Article 34 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice by Oslo byrett (Oslo City Court) for an advisory opinion in the case pending before it between

Fridtjof Frank Gundersen

and

Oslo kommune

on the interpretation of Articles 4, 11, 13 and 16 of the EEA Agreement.

I. Introduction

1. By an order dated 22 April 1997, registered at the Court on 29 April 1997, Oslo byrett, a Norwegian City Court, made a request for an advisory opinion in a case brought before it by Fridtjof Frank Gundersen against Oslo kommune (Municipality of Oslo) concerning the validity of a refusal by Oslo kommune to process the application for a licence to sell wine.

II. Legal background

2. The questions submitted by the Norwegian court concern the interpretation of Articles 4, 11, 13 and 16 of the EEA Agreement.

3. According to section 3-1, paragraph 1 and section 1-3, paragraphs 1 and 3 of the Norwegian Alcohol Act,¹ the sale of wine containing more than 2.5% alcohol by volume to the consumer may only be carried out by A/S Vinmonopolet ("Vinmonopolet"), the Norwegian State alcohol retail monopoly, on the basis of a municipal licence.

III. Facts and procedure

4. The plaintiff, Fridtjof Frank Gundersen, applied in December 1994 to Oslo kommune for a municipal sales licence for wine. The application was rejected as inadmissible on the basis that the Alcohol Act does not allow municipalities to grant licences for the sale of wine to any party other than Vinmonopolet. The legality of this refusal was challenged by the plaintiff on grounds of differential treatment of wine and beer. In his opinion, Articles 4, 11 and 16 EEA are thereby violated. While wine is only allowed to be sold through approximately 100 sales outlets of Vinmonopolet, beer containing up to 4.75% alcohol by volume may be sold in over 5000 grocery shops and other outlets. Wine is largely imported from EEA countries, while beer is mostly Norwegian-produced.

¹ Act no. 27 of 2 June 1989 on the sale of alcoholic beverages (Alcohol Act).

RETSMØTERAPPORT i sak E-1/97

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

Fridtjof Frank Gundersen

og

Oslo kommune

om tolkningen av EØS-avtalen artikler 4, 11, 13 og 16.

I. Innledning

1. Ved skriv datert 22 april 1997, mottatt ved Domstolen 29 april 1997, har Oslo byrett anmodet om en rådgivende uttalelse i sak innbrakt for denne domstolen av Fridtjof Frank Gundersen mot Oslo kommune vedrørende gyldigheten av et avslag fra Oslo kommune om å behandle en søknad om bevilling til å selge vin.

II. Rettslig bakgrunn

2. Spørsmålene fra den norske domstolen gjelder tolkningen av EØS-avtalen artikler 4, 11, 13 og 16.

3. I henhold til alkoholloven¹ § 3-1, 1 ledd og § 1-3, 1 og 3 ledd, kan salg av vin med høyere alkoholinnhold enn 2,5 volumprosent alkohol til forbrukerne bare foretas av Vinmonopolet AS (Vinmonopolet), det norske statlige detaljsalgsmonopolet, på grunnlag av en kommunal bevilling.

III. Fakta og prosedyre

4. Saksøkeren, Fridtjof Frank Gundersen, søkte i desember 1994 Oslo kommune om kommunal salgsbevilling for vin. Søknaden ble avslått på grunnlag av at den ikke kunne realitetsbehandles da alkoholloven ikke tillater kommunene å gi andre enn Vinmonopolet salgsbevilling for vin. Gyldigheten av dette avslaget ble angrepet av saksøkeren på grunnlag av forskjellsbehandling av vin og øl. Etter hans mening er EØS-avtalen artikler 4, 11 og 16 derved brutt. Mens vin bare tillates solgt gjennom Vinmonopolets ca 100 utsalgssteder, kan øl med opp til 4,75 volumprosent alkohol selges i mer enn 5000 dagligvareforretninger og andre utsalgssteder. Vin importeres i betydelig grad fra EØS-land, mens øl i alt vesentlig er norskprodusert.

¹ Lov om omsetning av alkoholholdig drikk m.v av 2 juni 1989 nr 27 (alkoholloven).

5. The defendant argues that the action should be dismissed. The Norwegian Government, as intervener, claims that Articles 4 and 11 EEA are not applicable in the present case. With regard to Article 16 EEA, a comparison between wine and beer cannot be made since beer falls outside the scope of the Agreement.

6. The following questions were referred to the EFTA Court:

IV. Questions

1. **Is there "discrimination ... between nationals of EC Member States and EFTA States" contrary to Article 16 EEA if a national is refused the right to market red wine, white wine and rosé wine (wine) at the retail level, on the grounds that wine may only be sold at the retail level through a State commercial monopoly, in a situation where beer with an alcohol content of lower than 4.75% alcohol by volume (medium-strength beer) may be sold outside the commercial monopoly by parties who obtain a municipal licence?**
2. **If question 1) is answered in the affirmative, can alcohol policy and/or health considerations - first and foremost the wish to reduce the availability and consumption of alcohol - be grounds for the differential treatment in marketing of wine and medium-strength beer as referred to in question 1) falling outside the scope of Article 16 EEA?**
- 3.(a) **Does Article 4 and/or Article 11 EEA apply to the retail sale of wine?**
 - (b) **If question 3(a) is answered wholly or in part in the affirmative, is the differential treatment in marketing referred to in question 1) in violation of Article 4 and/or Article 11 EEA?**
 - (c) **If question 3(b) is answered wholly or in part in the affirmative, can alcohol policy and/or health considerations as referred to in question 2) be grounds for applying the exception rule as set out in Article 13 EEA?**

V. Written observations

7. Pursuant to Article 20 of the Statute of the EFTA Court and Article 97 of the Rules of Procedure, written observations have been received from:

- the Government of the Kingdom of Norway, represented by Ingvald Falch, Office of the Attorney General (Civil Affairs), acting as Agent;
- the EFTA Surveillance Authority, represented by Håkan Berglin, Director, Legal and Executive Affairs, acting as Agent;
- the Commission for the European Communities, represented by Richard Wainwright, Principal Legal Adviser, and Michael Shotter, member of its Legal Service, acting as Agents.

5 Saksøkte anfører at saken må avvises. Den norske regjering, som intervenient, hevder at EØS-avtalen artikkel 4 og 11 ikke er anvendelige i den foreliggende sak. Når det gjelder EØS-avtalen artikkel 16 kan ikke øl og vin sammenlignes idet øl faller utenfor avtalens anvendelsesområde.

6. Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:

IV. Spørsmål

1. Vil det foreligge en "forskjellsbehandling av statsborgere fra EFs medlemsstater og EFTA-statene" i strid med EØS-avtalen artikkel 16, dersom en borger nektes rett til å omsette rødvin, hvitvin og rosévin (vin) i detalj med den begrunnelse at vin bare kan selges i detalj gjennom et statlig handelsmonopol, i en situasjon hvor øl med lavere alkoholinhold enn 4,75 volumprosent alkohol (middels sterkt øl) kan selges utenfor handelsmonopolet av dem som oppnår kommunal bevilling?
2. Forutsatt at spørsmål 1) besvares bekreftende, vil alkoholpolitiske og/eller helsemessige hensyn – i første rekke ønsket om å begrense tilgjengeligheten og konsumet av alkohol – kunne begrunne at den omsetningsmessige forskjellsbehandling mellom vin og middels sterkt øl som er omtalt i spørsmål 1) likevel ikke rammes av EØS-avtalen artikkel 16?
3. (a) Kommer bestemmelsen i EØS-avtalen artikkel 4 og/eller artikkel 11 til anvendelse ved omsetning av vin i detalj?
 - (b) Dersom spørsmål 3(a) helt eller delvis besvares bekreftende, vil den omsetningsmessige forskjellsbehandling som er omtalt i spørsmål 1) være i strid med artikkel 4 og/eller artikkel 11?
 - (c) Dersom spørsmål 3(b) helt eller delvis besvares bekreftende, vil alkoholpolitiske og/eller helsemessige hensyn som omtalt i spørsmål 2) kunne begrunne anvendelse av unntaksregelen i EØS-avtalen artikkel 13?

V. Skriftlige saksfremstillinger

7. I medhold av Vedtektene for EFTA-domstolen artikkel 20 og Rettergangsordningen artikkel 97 er skriftlige saksfremstillinger mottatt fra:

- Den norske regjering, representert ved Ingvald Falch, regjeringsadvokaten, som partsrepresentant;
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved direktør Håkan Berglin, Avdelingen for juridiske saker og eksekutivesaker, som partsrepresentant;
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Richard B. Wainwright, Førsterådgiver, og Michael Shotter, ansatt i Rettsavdelingen, som partsrepresentanter.

1. *The first question*

8. The *Norwegian Government* refers to the *Banchero*² and *Wilhelmsen*³ cases and argues that Article 16 EEA is inapplicable.

9. Should the EFTA Court find Article 16 EEA applicable, the Norwegian Government states that national legislation does not discriminate against nationals of EC States and EFTA States. The chosen dividing line is not based on the place of origin of goods; it applies to all products and all traders operating within the national territory. The criteria are completely neutral and objective.

10. Concerning discrimination in fact, the Norwegian Government argues that under Article 16 EEA, there is no basis for making a comparison between wine and medium-strength beer.

11. Nor is the scheme protective of beer, as it does not serve to influence consumer behaviour to favour beer. Thus, the scheme is not of a protective nature.

12. Referring to the case law of the ECJ,⁴ the Norwegian Government states that before a conclusion can be drawn as to whether discrimination is present, it must first be established before the Court that the competition or substitution between the products in question is actual and real.

13. Furthermore, the case law concerning Article 95(2) EC is not of relevance when interpreting Article 16 EEA. This provision comprises a broader range of products but it does not disallow every form of differential treatment between them.

14. Should the EFTA Court find the case law under Article 95(2) EC of relevance when interpreting Article 16 EEA, it is pointed out that not every form of discrimination between the products compared is incompatible with Article 16 EEA.

15. Referring to consumers' needs and to several studies, the Norwegian Government considers that the key question is whether wine and beer are substitutes for each other in a situation where the relative availability of the beverages changes.

16. According to the studies cited by the Norwegian Government, if the sales arrangements for wine become equivalent to the sales arrangements for medium-strength beer, a switch from beer to wine will most likely not occur.

17. Therefore, it follows from the facts that the case law concerning Article 95(2) EC should be precluded from being relevant to the interpretation of Article 16 EEA.

² Case C-387/93 *Banchero* [1995] ECR I-4663.

³ EFTA Court Case E-6/96 *Tore Wilhelmsen*, not yet reported (hereinafter "*Wilhelmsen*").

⁴ Cases 91/78 *Hansen v Hauptzollamt Flensburg* [1979] ECR 935; 59/75 *Pubblico Ministero v Manghera* [1976] ECR 91; C-391/92 *Commission v Greece* [1995] ECR I-1621 (hereinafter "*Baby milk*").

1. *Det første spørsmålet*

8. *Den norske regjering* viser til *Banchero*² og *Wilhelmsen-sakene*³ og hevder at EØS-avtalen artikkel 16 er uanvendelig.

9. Skulle EFTA-domstolen finne EØS-avtalen artikkel 16 anvendelig, anfører Den norske regjering at den nasjonale lovgivningen ikke forskjellsbehandler borgere i EF- og EFTA-statene. Den valgte skillelinjen er ikke basert på varens opprinnelsessted; den får anvendelse på alle produkter og alle næringsdrivende som opptrer på den nasjonale territoriet. Kriteriene er fullstendig nøytrale og objektive.

10. Når det gjelder faktisk diskriminering hevder Den norske regjering at det under EØS-avtalen artikkel 16 ikke er grunnlag for å sammenligne mellom vin og middels sterkt øl.

11. Heller ikke beskytter ordningen øl, siden den ikke tjener til å endre forbruksmønstrene i favor av øl. Av den grunn er ikke ordningen av en proteksjonistisk natur.

12. Med henvisning til EF-domstolens praksis,⁴ hevder Den norske regjering at før det kan trekkes en konklusjon om det foreligger forskjellsbehandling, må det først fastslås for Domstolen at det er en aktuell konkurranse eller substituerbarhet mellom produktene det er spørsmål om.

13. Videre er rettspraksis under EF-traktaten artikkel 95(2) ikke relevant ved tolkningen av EØS-avtalen artikkel 16. Denne bestemmelsen omfatter et videre produktspekter, men den forbyr ikke enhver form for forskjellsbehandling mellom dem.

14. Skulle EFTA-domstolen finne at rettspraksis under EF-traktaten artikkel 95(2) er relevant ved tolkningen av EØS-avtalen artikkel 16, påpekes det at ikke enhver form for diskriminering mellom produktene som er sammenlignet er uforenlig med EØS-avtalen artikkel 16.

15. Med henvisning til forbrukernes behov og til flere studier, anser Den norske regjering at nøkkelspørsmålet er hvorvidt vin og øl er substituerbare i en situasjon der den relative tilgjengeligheten av drikkevarene endres.

16. Om salgsordningene for vin blir den samme som salgsordningene for middels sterkt øl vil, ifølge en undersøkelse det er henvist til av Den norske regjering, et skifte fra øl til vin mest sannsynlig ikke inntreffe.

17. Av den grunn følger det av de faktiske forhold at rettspraksis som gjelder EF-traktaten artikkel 95(2) bør utelukkes som irrelevant for tolkningen av EØS-avtalen artikkel 16.

² Sak C-387/93 *Banchero* [1995] ECR I-4663.

³ EFTA-domstolens sak E-6/96 *Tore Wilhelmsen*, foreløpig ikke publisert (heretter "*Wilhelmsen*").

⁴ Saker 91/78 *Hansen mot Hauptzollamt Flensburg* [1979] ECR 935; 59/75 *Pubblico Ministero mot Manghera* [1976] ECR 91; C-391/92 *Kommisjonen mot Hellas* [1995] ECR I-1621 (heretter "*Spedbarnsmelk*").

18. Should the EFTA Court find that there is a basis for comparison between medium-strength beer and wine, the Norwegian Government submits that the comparison is both too wide and too narrow. The case law of the ECJ⁵ on Article 95 EC gives no legal arguments for comparing medium-strength beer and all types of wine.

19. Furthermore, it is impossible to compare beer and wine without including strong beer in the assessment.

20. The Norwegian Government proposes answering the first question as follows:

“Principally:

Article 16 EEA does not apply when a national is refused permission to retail wine on the grounds that wine must according to national legislation only be retailed through a State commercial monopoly, even though beer having an alcohol content of 4.75 per cent or less may be retailed outside the monopoly by parties who obtain a municipal licence.

Subsidiarily:

Discrimination contrary to Article 16 EEA does not take place when a national is refused permission to retail wine on the grounds that wine must according to national legislation only be retailed through a State commercial monopoly, even though beer having an alcohol content of 4.75 per cent or less may be retailed outside the monopoly by parties who obtain a municipal licence.”

21. In the opinion of the *EFTA Surveillance Authority*, it is necessary to consider whether the exclusive right of Vinmonopolet is so arranged as to render the marketing of wine in Norway more difficult than the marketing of medium-strength beer, whether these two products are in competition with one another on the market and whether the patterns of production and trade in wine and beer are such an impediment to the marketing of wine in Norway that they are likely to afford protection for domestic beer producers.

22. Referring to the *Wilhelmsen*⁶ case, the *EFTA Surveillance Authority* submits that the fact that wine may be sold only through Vinmonopolet's 112 outlets, while medium-strength beer is sold through more than 4500 outlets, gives sufficient grounds to conclude that there are impediments to the marketing of wine which do not exist in respect of medium-strength beer.

23. The *EFTA Surveillance Authority* considers that wine and medium-strength beer are to some extent capable of meeting identical needs and are therefore in partial competition with each other on the market.

24. Assuming that a substantial part of the imported wine originates in other EEA States and beer appears to come mostly from domestic production, the *EFTA Surveillance Authority* submits that a restriction on the trade in wine would in fact be capable of affording indirect protection to the domestic production of beer.

⁵ Case 170/78 *Commission v UK* [1983] ECR 2265.

⁶ See footnote 3.

18. Skulle EFTA-domstolen finne at det er grunnlag for sammenligning mellom middels sterkt øl og vin, hevder Den norske regjering at sammenligningen både er for vid og for snever. EF-domstolens rettspraksis⁵ om EF-traktaten artikkel 95 gir ingen rettslige argumenter for å sammenligne middels sterkt øl og alle typer av vin.

19. Videre er det umulig å sammenligne øl og vin uten å inkludere sterkøl i vurderingen.

20. Den norske regjering foreslår følgende svar på det første spørsmålet:

"Prinsipalt:

EØS-avtalen artikkel 16 får ikke anvendelse når en borger er nektet tillatelse for salg av vin på det grunnlag at vin i henhold til nasjonal lovgivning bare må selges gjennom et statlig handelsmonopol, selv om øl med et alkoholinnhold på 4,75 volumprosent eller mindre kan selges i detalj utenfor monopolet av parter som får en kommunal lisens.

Subsidiært:

Forskjellsbehandling i strid med EØS-avtalen artikkel 16 finner ikke sted når en borger er nektet tillatelse for salg av vin på det grunnlag at vin i henhold til nasjonal lovgivning bare må selges gjennom et statlig handelsmonopol, selv om øl med et alkoholinnhold på 4,75 volumprosent eller mindre kan selges utenfor monopolet av parter som får en kommunal lisens."

21. Etter EFTAs overvåkningsorgans oppfatning er det nødvendig å ta i betraktning hvorvidt Vinmonopolets eksklusive rett er lagt opp på en måte som gjør det vanskeligere å markedsføre vin enn å markedsføre middels sterkt øl i Norge, hvorvidt disse to produktene konkurrerer med hverandre på markedet og hvorvidt produksjons- og handelsmønstrene for vin og øl er en slik hindring i markedsføringen av vin i Norge at det er sannsynlig de innebærer en beskyttelse av innenlandske ølprodusenter.

22. Med henvisning til *Wilhelmsen*-saken⁶, hevder EFTAs overvåkningsorgan at det faktisk at vin bare kan selges gjennom 112 utsalgssteder, mens middels sterkt øl selges gjennom mer enn 4500 utsalgssteder, gir tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at det er hindringer for markedsføringen av vin som ikke eksisterer hva gjelder middels sterkt øl.

23. EFTAs overvåkningsorgan betrakter at vin og middels sterkt øl i en viss utstrekning er egnet til å dekke de samme behov og er derfor i partiell konkurranse med hverandre på markedet.

24. Antatt at en betydelig del av vinen som er import har opprinnelse i andre EØS-stater og at øl for det meste synes å komme fra innenlandsk produksjon, hevder EFTAs overvåkningsorgan at en restriksjon på vinhandelen faktisk er egnet til å gi indirekte beskyttelse av den innenlandske ølproduksjonen.

⁵ Sak 170/78 *Kommisjonen mot Storbritannia* [1983] ECR 2265.

⁶ Se fotnote 3.

25. The EFTA Surveillance Authority suggests answering the first question as follows:

"Article 16 EEA is to be interpreted to mean that a State monopoly for the sale of wine containing more than 2.5% alcohol by volume is discriminatory and prohibited under Article 16 EEA, if beer with an alcohol content of up to 4.75% can be sold outside the monopoly and if there is a substantial production of beer, but little or no wine, in the State concerned."

26. Referring to several rulings of the ECJ⁷ and the EFTA Court,⁸ the Commission states that it is not possible to exclude the existence of a competitive relationship between medium-strength beer and wine.

27. In a situation where wine is predominantly an imported product, while medium-strength beer is predominantly a domestic product, the operation of the retail monopoly, in particular in its scope and the limited number of outlets, would discriminate between nationals of EC Member States and EFTA States contrary to Article 16 EEA.

28. The Commission suggests answering the first question as follows:

"A refusal to grant a retail licence for the sale of red wine, white wine and rosé wine, on grounds that wine may only be sold at the retail level through a State commercial monopoly, in a situation where beer with an alcohol content of lower than 4.75% alcohol by volume may be sold outside the commercial monopoly by parties who obtain a municipal licence, will constitute discrimination between nationals of EC Member States and EFTA States within the meaning of Article 16 EEA, where the number of sales outlets thus available for the sale of medium-strength beer far exceeds that for the sale of wine, and where wine is predominantly an imported product whereas such beer is predominantly a domestic product."

2. The second question

29. Referring to the *Wilhelmsen*⁹ and *Baby milk*¹⁰ cases, the Norwegian Government argues that the exceptions contained in Article 13 EEA apply under Article 16 EEA.

30. Several studies reveal that the retail monopoly scheme for wine is an appropriate means of pursuing the aim of reducing alcohol-related public health problems and social problems. The retail monopoly results in lower availability of wine, which in turn results in lower alcohol consumption. Even if some research indicates that moderate alcohol consumption may reduce the risk of cardiovascular diseases (CVD) because small quantities of alcohol have a favourable effect on the concentration of cholesterol in the blood, the main conclusion of the research on alcohol consumption is that the choice of beverages does not appear to increase or decrease the risk of CVDs.

⁷ Cases 78/82 *Commission v Italy* [1983] ECR 1955; 170/78 *Commission v UK* [1983] ECR 2265; 124/76 and 20/77 *Moulin Pont-à-Mousson* [1977] ECR 1795; *Baby milk*; 152/78 *Commission v France* [1980] ECR 2299.

⁸ See footnote 3.

⁹ See footnote 3.

¹⁰ See footnote 4.

25. EFTAs overvåkningsorgan foreslår følgende svar på det første spørsmålet:

"EØS-avtalen artikkel 16 er slik å forstå at et statlig monopol for salg av vin som inneholder mer enn 2,5 volumprosent alkohol er diskriminerende og forbudt etter EØS-avtalen artikkel 16, dersom øl med et alkoholinnhold på inntil 4,75 volumprosent alkohol kan selges utenfor monolet og dersom det er en betydelig ølproduksjon, men lite eller intet vin, i den staten det gjelder."

26. Med henvisning til en rekke avgjørelser av EF-domstolen⁷ og EFTA-domstolen⁸, hevder Kommissjonen for De europeiske fellesskap at det ikke er mulig å ekskludere eksistensen av et konkurranseforhold mellom middels sterkt øl og vin.

27. Siden vin hovedsakelig er et importert produkt mens middels sterkt øl hovedsakelig er et innenlandsk produkt, vil driften av detaljsalgsmolet, særlig ved dets formål og det begrensede antall utsalgssteder, diskriminere mellom borgere av EFs medlemsstater og EFTA-statene i strid med EØS artikkel 16.

28. Kommissjonen for De europeiske fellesskap foreslår følgende svar på det første spørsmålet:

"Et avslag på tildeling av detaljsalgbevilgning for salg av rødvin, hvitvin og rosévin med det grunnlag at vin bare kan selges på detaljnivået gjennom et statlig handelsmonopol, i en situasjon hvor øl med et alkoholinnhold på mindre enn 4,75 volumprosent alkohol kan selges utenfor handelsmonolet av parter som får kommunal lisens, vil innebære forskjellsbehandling mellom borgere i EF-medlemsstater og EFTA-stater etter EØS-avtalen artikkel 16, hvor antall utsalgssteder som er tilgjengelig for middels sterkt øl langt overstiger det som gjelder salg av vin, og hvor vin hovedsakelig er et importert produkt mens slikt øl hovedsakelig er et innenlandsk produkt."

2. Det andre spørsmålet

29. Med henvisning til *Wilhelmsen*⁹ og *Spedbarnsmelk*-sakene¹⁰ hevder *Den norske regjering* at unntakene i EØS-avtalen artikkel 13 får anvendelse under EØS-avtalen artikkel 16.

30. Flere studier viser at detaljsalgordningen for vin er et hensiktsmessig tiltak for å fremme målsettingen om reduksjon i alkoholrelaterte folkehelseproblemer og sosiale problemer. Detaljsalgsmolet fører til lavere tilgjengelighet av vin, som i sin tur resulterer i lavere alkoholkonsum. Selv om noe forskning indikerer at et beskjedent alkoholkonsum kan redusere risikoen for hjerte- og karsykdommer fordi små mengder alkohol har gunstig effekt på konsentrasjonen av kolesterol i blodet, er hovedkonklusjonen av forskningen om alkoholkonsum at valget av drikkevarer ikke synes å høyne eller redusere risikoen for hjerte- og karsykdommer.

⁷ Saker 78/82 *Kommissjonen mot Italia* [1983] ECR 1955; 170/78 *Kommissjonen mot Storbritannia* [1983] ECR 2265; 124/76 og 20/77 *Moulin Pont-à-Mousson* [1977] ECR 1795; *Spedbarnsmelk*; 152/78 *Kommissjonen mot Frankrike* [1980] ECR 2299.

⁸ Se fotnote 3.

⁹ Se fotnote 3.

¹⁰ Se fotnote 4.

31. The Norwegian Government states that if there is uncertainty as to the medical effects of wine or the effects of changes in the availability of wine, then it should be for the State to decide upon the appropriate degree of protection.

32. The statistics on alcohol consumption show that no other European country seems to have succeeded in finding measures which are as effective as or more effective than those implemented in the Nordic countries. In light of experience, it is part of Norwegian alcohol policy to improve the availability of wine as much as possible without increasing overall consumption of alcohol. Therefore, the decision was made to open 50 additional sales outlets of Vinmonopolet and extend the opening hours of the outlets.

33. The Norwegian Government concludes that no means alternative to those already implemented in Norway, and which are less restrictive of trade between EC and EFTA States, will be as effective as the monopoly scheme for wine in safeguarding public health considerations.

34. Furthermore, the scheme reduces the consumption of beverages with a relatively high alcohol content, at the same time as the restricted beverages are made accessible on the market so that anyone who wishes to purchase such beverages (wine) may do so without any great difficulties.

35. Subject to the first question being answered in the affirmative, the Norwegian Government proposes that the second question be answered as follows:

"The discrimination can be justified under Article 16 EEA, with reference to Article 13 EEA, on grounds of public health and social policy."

36. In the opinion of the *EFTA Surveillance Authority*, it is for the Norwegian Government to clarify before the national court the grounds on which the discrimination rests and it will be for that court to ascertain whether the grounds are objective in nature and, accordingly, whether they constitute arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade.

37. Contrary to the *Wilhelmsen*¹¹ case where the arguments for setting the dividing line at 4.75% alcohol by volume allowed the EFTA Court to conclude that the measure did not constitute arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade, there is, in the view of the EFTA Surveillance Authority, no information in the present case concerning the differential treatment of wine and beer that would allow for any conclusion on the issue.

38. In conjunction with its answer to the first question, the EFTA Surveillance Authority suggests answering the second question as follows:

"Such a measure may be justified on the grounds set out in Article 13 EEA, however, if it is established that the measure does not constitute arbitrary discrimination or a disguised restriction of trade between EEA States."

39. Referring to *Commission v France*,¹² the *Commission* argues that there will be arbitrary discrimination which precludes reliance on the exception in Article 13 EEA where the effect of national legislation is to transfer the effort to restrict excessive alcohol consumption above all to imported products.

¹¹ See footnote 3.

¹² See footnote 7.

31. Den norske regjering anfører at dersom det er usikkerhet rundt de medisinske virkningene av vin eller virkningene av endringer i tilgjengeligheten av vin, bør det være for staten å avgjøre det egnede beskyttelsesnivået.

32. Statistikkene for alkoholkonsum viser at ikke noe annet europeisk land ser ut til å ha lykkes i å finne tiltak som er så effektive som eller mer effektive enn de som er gjennomført i de nordiske landene. I lys av erfaring er det en del av den norske alkoholpolitikken å forbedre tilgjengeligheten for vin så mye som mulig uten å øke det totale alkoholkonsum. Derfor ble det bestemt å åpne i tillegg 50 utsalg for Vinmonopolet og forlenge åpningstidene til utsalgsstedene.

33. Den norske regjering konkluderer med at ingen alternative tiltak til de som allerede er gjennomført i Norge, og som er mindre restriktive for handelen mellom EF- og EFTA-statene, vil bli like effektive som monopolordningen for vin i varetakelsen av hensynet til den offentlige helsen.

34. Videre reduserer ordningen forbruket av drikkevarer med et relativt høyt alkoholinnhold samtidig som de restriksjonsbelagte drikkevarene er gjort tilgjengelige på markedet så enhver som ønsker å kjøpe slike drikkevarer (vin), kan gjøre det uten store vanskeligheter.

35. Forutsatt at det første spørsmålet besvares bekreftende, foreslår Den norske regjering følgende svar på det andre spørsmålet:

"Forskjellsbehandlingen kan begrunnes under EØS-avtalen artikkel 16, med henvisning til EØS-avtalen artikkel 13, på grunnlag av offentlig helse- og sosialpolitikk."

36. Etter EFTAs overvåkningsorgans oppfatning er det opp til Den norske regjering å klargjøre overfor den nasjonale domstolen grunnene som diskrimineringen bygger på og det vil være opp til denne domstolen å bringe på det rene om grunnene er objektive av natur og, følgelig, om de innebærer vilkårlig forskjellsbehandling eller en skjult hindring for handelen.

37. I motsetning til *Wilhelmsen-saken*¹¹, hvor argumentene for å sette skillelinjen på 4,75 volumprosent alkohol tillot EFTA-domstolen å konkludere med at tiltaket ikke innebar vilkårlig forskjellsbehandling eller en skjult hindring for handelen, er det etter EFTA overvåkningsorgans oppfatning ingen informasjon i den foreliggende saken om forskjellsbehandlingen av vin og øl som kunne gi grunnlag for en konklusjon på dette spørsmålet.

38. I sammenheng med svaret på det første spørsmålet, foreslår EFTAs overvåkningsorgan følgende svar på det andre spørsmålet:

"Et slikt tiltak kan begrunnes som vist til i EØS-avtalen artikkel 13, dersom det bringes på det rene at tiltaket ikke innebærer vilkårlig forskjellsbehandling eller en skult hindring på handelen mellom avtalepartene."

39. Med henvisning til *Kommisjonen mot Frankrike*¹² argumenterer *Kommisjonen for De europeiske fellesskap* for at det vil være vilkårlig forskjellsbehandling som hindrer anvendelsen av unntaket i EØS artikkel 13 hvor virkningene av nasjonal lovgivning overfører anstrengelsene for å redusere overdrevent alkoholforbruk først og fremst på importerte produkter.

¹¹ Se fotnote 3.

¹² Se fotnote 7.

40. The Commission suggests that the second question be answered as follows:

"National legislation motivated by alcohol policy and/or health considerations – first and foremost the wish to reduce the availability and consumption of alcohol – will not be justified where its effect is to transfer the effort to restrict excessive consumption above all to imported products."

3. *The third question*

41. The Norwegian Government refers to the provisions concerning the product coverage of the EEA Agreement and the *Restamark*¹³ case. It suggests answering the third question as follows:

"Articles 4 and 11 EEA do not apply to the retail sale of wine."

42. The EFTA Surveillance Authority refers to the provisions concerning the product coverage of the EEA Agreement¹⁴ and suggests that wine does not fall within the general scope of the EEA Agreement.

43. Furthermore, it follows from Article 18 EEA that, without prejudice to the specific arrangements governing trade in agricultural products, the arrangements thus established in Protocol 47 for trade in wine are not to be compromised "by other technical barriers to trade".

44. The EFTA Surveillance Authority suggests answering the third question as follows:

"Article 11 EEA does not apply to the assessment of a retail monopoly for the sale of wine."

"Discrimination which in its entirety falls under Article 16 EEA is not to be assessed also under Article 4 EEA".

45. Referring to the *Restamark*¹⁵ ruling, the Commission states that wine is excluded from the general scope of the EEA Agreement.

46. The fact that Article 18 EEA (with Article 23(b) EEA and Protocol 47 EEA) applies to wine does not mean that Article 11 EEA applies to the retail sale of wine.

¹³ Case E-1/94 *Restamark* [1994-1995] EFTA Court Report 17.

¹⁴ See Article 8 EEA, Article 23(b), Protocol 8 and Protocol 47.

¹⁵ See footnote 13.

40. Kommissjonen for De europeiske fellesskap foreslår følgende svar på det andre spørsmålet:

"Nasjonal lovgivning motivert i alkoholpolitikk og/eller helsebetraktninger – først og fremst ønsket om å redusere tilgjengeligheten og forbruket av alkohol – vil ikke begrunnes hvor dets virkning overfører anstrengelsene for å redusere overdrevent alkoholforbruk først og fremst på importerte produkter."

3. *Det tredje spørsmålet*

41. *Den norske regjering viser til bestemmelsene som gjelder EØS-avtalens varenomenklatur og Restamark-saken.¹³ Den foreslår følgende svar på det tredje spørsmålet:*

"EØS-avtalen artikler 4 og 11 får ikke anvendelse på detaljsalg av vin."

42. *EFTAs overvåkningsorgan viser til bestemmelsene som gjelder avtalens varenomenklatur¹⁴ og foreslår at vin ikke faller under avtalens generelle anvendelsesområde.*

43. *Videre følger det av EØS-avtalen artikkel 18, med forbehold for de særlige ordninger som gjelder handelen med landbruksvarer, at ordningen som således er etablert i protokoll 47 om handel med vin ikke kan motvirkes "av andre tekniske handelshindringer".*

44. *EFTAs overvåkningsorgan foreslår følgende svar på det tredje spørsmålet:*

"EØS-avtalen artikkel 11 får ikke anvendelse i vurderingen av detaljmonopolet for salg av vin.

Forskjellsbehandling som i sin helhet faller inn under EØS-avtalen artikkel 16 skal ikke også vurderes under EØS-avtalen artikkel 4."

45. *Med henvisning til Restamark-saken¹⁵, anfører Kommissjonen for De europeiske fellesskap at vin ikke omfattes av EØS-avtalens generelle anvendelsesområde.*

46. *Det faktum at EØS-avtalen artikkel 18 (med EØS-avtalen artikkel 23(b) og EØS-avtalens protokoll 47) får anvendelse på vin betyr ikke at artikkel 11 får anvendelse på detaljsalg av vin.*

¹³ Sak E-1/94 *Restamark* [1994-1995] EFTA Court Report 17.

¹⁴ Se EØS-avtalen artikkel 8, artikkel 23(b), protokoll 8 og protokoll 47.

¹⁵ Se fotnote 14.

47. The Commission proposes answering the third question as follows:

"Neither Article 4 nor Article 11 of the EEA Agreement applies to the retail sale of wine."

Carl Baudenbacher
Judge-Rapporteur

47. Kommissjonen for De europeiske fellesskap foreslår følgende svar på det tredje spørsmålet:

"Verken EØS-avtalen artikkel 4 eller artikkel 11 får anvendelse på detaljsalget av vin."

Carl Baudenbacher
Saksforberedende dommer

Case E-2/97

Mag Instrument Inc. v California Trading Company Norway, Ulsteen

(Request for an advisory opinion from Fredrikstad byrett
(Fredrikstad City Court), Norway)

(Exhaustion of trade mark rights)

Advisory Opinion of the Court, 3 December 1997.....	129
Report for the hearing	138

Summary of the Advisory Opinion

1. The principle of international exhaustion is in the interest of free trade and competition and thus in the interest of consumers. Parallel imports from countries outside the European Economic Area lead to a greater supply of goods bearing a trade mark on the market. As a result of this situation, price levels of products will be lower than in a market where only importers authorized by the trade mark holder distribute their products.

2. Furthermore, the principle of international exhaustion is in line with the main function of a trade mark, which is to allow the consumer

to identify with certainty the origin of the products.

3. From the wording of Article 7(1) of the Trade Mark Directive, as reflected in point 4(c) of Annex XVII to the EEA Agreement, it does not follow clearly whether the EEA Contracting Parties are allowed to maintain or introduce at the national level the principle of international exhaustion of rights.

4. The meaning of Article 2 of Protocol 28 is *a priori* limited to the extent that EEA-wide exhaustion has to be established in the EEA/EFTA States as a minimum that Contracting Parties may provide for. The

Sak E-2/97

Mag Instrument Inc. mot California Trading Company Norway, Ulsteen

(Anmodning om en rådgivende uttalelse fra Fredrikstad byrett, Norge)

(Konsumpsjon av varemerkerettigheter)

Rådgivende uttalelse fra Domstolen, 3 desember 1997	129
Rettsmøterapport	138

Sammendrag av den rådgivende uttalelsen

Prinsippet om internasjonal konsumpsjon er i den frie handels og konkurransens interesse, og således i forbrukernes interesse. Parallellimport fra land utenfor Det europeiske økonomiske samarbeidsområde fører til et større tilbud av varemerkevarer på markedet. Som en følge av denne situasjonen vil prisnivåene på produkter bli lavere enn i et marked hvor bare importører som er autorisert av varemerke-innehaveren distribuerer deres produkter.

2. Videre er prinsippet om internasjonal konsumpsjon i tråd med et varemerkes hovedfunksjon,

som er å gjøre det mulig for forbrukeren med sikkerhet å identifisere produktenes opprinnelse.

3. Fra ordlyden i varemerke-direktivet artikkel 7(1), som den er gjenspeilet i EØS-avtalens vedlegg XVII, punkt 4(c), følger det ikke klart om EØS-avtalepartene på nasjonalt nivå tillates å opprettholde eller innføre prinsippet om internasjonal konsumpsjon av rettigheter.

4. Betydningen av Protokoll 28, artikkel 2, a priori begrenset til at EØS-omfattende konsumpsjon må etableres i EØS/EFTA-statene som et

provision is not relevant to answer the question whether these States may still provide for a general principle of international exhaustion.

5. Unlike the EC Treaty, the EEA Agreement does not establish a customs union, but a fundamentally improved free trade area. The purpose and the scope of the EC Treaty and the EEA Agreement are different. These differences between the Community and the EEA will have to be reflected in the application of the principle of exhaustion of trade mark rights. According to Article 8 EEA, the principle of free movement of goods as laid down in Articles 11 to 13 EEA applies only to goods originating in the EEA, while in the

Community a product is in free circulation once it has been lawfully placed on the market in a Member State. In general, the latter applies in the context of the EEA only in respect of products originating in the EEA. In the case at hand, the product was manufactured in the United States and imported into Norway. Accordingly, it is not subject to the principle of the free movement of goods within the EEA.

6. It is for the EFTA States, *i.e.* their legislators or courts, to decide whether they wish to introduce or maintain the principle of international exhaustion of rights conferred by a trade mark with regard to goods originating from outside the EEA.

minimum av hva kontraktspartene kan bestemme. Bestemmelsen er ikke relevant for å besvare spørsmålet om disse statene fortsatt kan foreskrive et generelt prinsipp om internasjonal konsumpsjon.

5. I motsetning til EF-traktaten etablerer ikke EØS-avtalen en tollunion. Formålet og anvendelsesområdet for EF-traktaten og EØS-avtalen er forskjellig. Disse forskjeller mellom Fellesskapet og EØS vil måtte reflekteres i anvendelsen av konsumpsjonsprinsippet for varemerkerettigheter. Ifølge EØS-avtalen artikkel 8 får prinsippet om fri bevegelse av varer, nedfelt i EØS-avtalen artikler 11 til 13, bare anvendelse på varer

med opprinnelse i EØS, mens et produkt innen Fellesskapet er i fri sirkulasjon med en gang det lovlig er brakt på markedet i en medlemsstat. Generelt sett får det sistnevnte i en EØS-kontekst bare anvendelse på produkter med opprinnelse i EØS. I den foreliggende saken var produktet fremstilt i De forente stater og importert inn i Norge. Følgelig er den ikke gjenstand for prinsippet om fri bevegelse av varer innen EØS.

6. Det er opp til EFTA-statene, dvs deres lovgivere eller domstoler, å fastlegge om de ønsker å innføre eller opprettholde prinsippet om internasjonal konsumpsjon av varemerkerettigheter når det gjelder varer med opprinnelse utenfor EØS.

ADVISORY OPINION OF THE COURT

3 December 1997*

(Exhaustion of trade mark rights)

In Case E-2/97

REQUEST to the Court under Article 34 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice by Fredrikstad byrett (Fredrikstad City Court) for an Advisory Opinion in the case pending before it between

Mag Instrument Inc.

and

California Trading Company Norway, Ulsteen

on the interpretation of First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks.

THE COURT,

composed of: Bjørn Haug, President, Thór Vilhjálmsson and Carl Baudenbacher (Rapporteur), Judges,

Registrar: Per Christiansen,

after considering the written observations submitted on behalf of:

- the plaintiff, Mag Instrument Inc., represented by Counsel Bente Holmvang, Advokatfirma Bull & Co. ANS, Oslo;

* Language of the Request for an Advisory Opinion: Norwegian.

RÅDGIVENDE UTTALELSE FRA DOMSTOLEN
3 desember 1997*

(Konsumpsjon av varemerkerettigheter)

I sak E-2/97

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

Mag Instrument Inc.

og

California Trading Company Norway, Ulsteen

om tolkningen av Første rådsdirektiv 89/104/EØF av 21 desember 1988 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om varemerker.

DOMSTOLEN,

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

Justissekretær: Per Christiansen,

etter å ha vurdert de skriftlige saksfremstillinger inngitt av:

- saksøker, Mag Instrument Inc., representert ved advokat Bente Holmvang, advokatfirmaet Bull & Co. ANS, Oslo;

* Språket i anmodningen om en rådgivende uttalelse: Norsk.

- the defendant, California Trading Company Norway, Ulsteen, represented by Counsel Camillo Mordt, Advokatene i Vægtergården, Fredrikstad;
- the Government of the Principality of Liechtenstein, represented by Christoph Büchel, EEA Coordination Unit, and Katja Gey-Ritter, Office for Foreign Affairs, acting as Agents;
- the Government of the Kingdom of Norway, represented by Jan Bugge-Mahrt, Assistant Director General, Royal Ministry of Foreign Affairs, acting as Agent;
- the Government of the Republic of France, represented by Kareen Rispal-Bellanger and Philippe Martinet, acting as Agents;
- the Government of the Federal Republic of Germany, represented by Alfred Dittrich and Ernst Röder, acting as Agents;
- the Government of the United Kingdom, represented by Lindsey Nicoll, Treasury Solicitor's Department, acting as Agent;
- the EFTA Surveillance Authority, represented by Håkan Berglin, Director, Legal & Executive Affairs, acting as Agent;
- the EC Commission, represented by Berend Jan Drijber, member of its Legal Service, acting as Agent,

having regard to the Report for the Hearing,

after hearing the oral observations of the Government of Liechtenstein, the Government of Norway, the EFTA Surveillance Authority and the EC Commission at the hearing on 11 November 1997,

gives the following

Advisory Opinion

- 1 By an order dated 16 May 1997, registered at the Court on 21 May 1997, Fredrikstad byrett, a Norwegian City Court, made a request for an Advisory Opinion in a case brought before it by Mag Instrument Inc., California, United States, against California Trading Company Norway, Ulsteen, Norway.
- 2 The questions submitted by the Norwegian court concern the interpretation of Article 7, paragraph 1 of Council Directive 89/104/EEC (OJ No L 40, 11.2.1989,

- saksøkte, California Trading Company Norway, Ulsteen, representert ved advokat Camillo Mordt, Advokatene i Vægtergården, Fredrikstad;
- Den liechtensteinske regjering, representert ved Christoph Büchel, EØS-koordinasjonsenheten, og Katja Gey-Ritter, Kontoret for utenriksaker, som partsrepresentanter;
- Den norske regjering, representert ved Jan Bugge-Mahrt, underdirektør, Utenriksdepartementet, som partsrepresentant;
- Den franske regjering, representert ved Kareen Rispal-Bellanger og Philippe Martinet, som partsrepresentanter;
- Den føderale tyske regjering, representert ved Alfred Dittrich og Ernst Röder, som partsrepresentanter;
- Den britiske regjering, representert ved Lindsey Nicoll, Treasury Solicitor's Department, som partsrepresentant;
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved direktør Håkan Berglin, direktør, Avdelingen for juridiske saker og eksekutivesaker, som partsrepresentant;
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Berend Jan Drijber, ansatt i Rettsavdelingen, som partsrepresentant.

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt de muntlige innleggene fra Den liechtensteinske regjering, Den norske regjering, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskap under høringen 11 november 1997,

gir slik

Rådgivende uttalelse

- 1 Ved beslutning datert 16 mai 1997, mottatt ved Domstolen 21 mai 1997, har Fredrikstad byrett anmodet om en rådgivende uttalelse i sak innbrakt for denne domstolen av Mag Instrument Inc., California, De forente stater, mot California Trading Company Norway, Ulsteen, Norge.
- 2 Spørsmålene som er forelagt av den norske domstolen gjelder tolkningen av artikkel 7, første ledd i Rådskonklusjon 89/104/EØF (OJ nr L 40, 11.2.1989, s 1,

p. 1, hereinafter the “Trade Mark Directive”). The Trade Mark Directive is referred to in Annex XVII to the EEA Agreement (EEA). Pursuant to Article 65(2) EEA and Annex XVII, point 4(c), Article 7(1) of the Trade Mark Directive shall, in the EEA context, be replaced by the following:

“The trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit its use in relation to goods which have been put on the market in a Contracting Party under that trade mark by the proprietor or with his consent.”

3 Article 2(1) of Protocol 28 on Intellectual Property deals with “exhaustion of rights”. It reads as follows:

“To the extent that exhaustion is dealt with in Community measures or jurisprudence, the Contracting Parties shall provide for such exhaustion of intellectual property rights as laid down in Community law. Without prejudice to future developments of case-law, this provision shall be interpreted in accordance with the meaning established in the relevant rulings of the Court of Justice of the European Communities given prior to the signature of the Agreement.”

4 The Norwegian Act No. 4 of 3 March 1961 relating to trade marks (the “Trade Mark Act”), as amended by Act No. 113 of 27 November 1992, contains no explicit rules on exhaustion. However, it is established Norwegian law that international exhaustion applies for trade marks.

5 The plaintiff, Mag Instrument Inc., is an American company that produces and sells the so-called Maglite lights. The lights are produced in the United States and sold around the world. In Norway, Viking International Products A/S, Oslo, is the authorized importer and sole distributor for these products. The plaintiff has protected the trade marks for its various products by registering them in Norway, partly by registering word trade marks and partly by registering design trade marks.

6 The defendant, California Trading Company Norway, Ulsteen, has carried on parallel imports by importing Maglite lights directly from the United States into Norway for sale in Norway. The plaintiff has not given its consent to these imports.

7 Arguing that the imports infringe its exclusive trade mark rights, the plaintiff brought proceedings against the defendant and requested that the defendant be prohibited from selling the various Maglite lights in Norway. The plaintiff also claims compensation for the loss it has sustained due to the defendant's sales.

8 The plaintiff considers the import and further sale of Maglite lights bearing the various registered trade marks in Norway without its consent to be a violation of section 4 of the Norwegian Trade Mark Act and Article 7(1) of the Trade Mark Directive. The plaintiff claims that its trade mark rights are not exhausted and that EEA regional exhaustion must apply in Norway. In the view of the plaintiff,

heretter kalt “varemerkedirektivet”). Varemerkedirektivet er vist til i EØS-avtalen (EØS) vedlegg XVII. Ifølge EØS-avtalen artikkel 65(2) og vedlegg XVII, punkt 4(c), skal varemerkedirektivet artikkel 7(1), i EØS-sammenheng, erstattes av følgende:

”Rettigheten til varemerket, skal ikke gi innehaveren rett til å forby bruken av det for varer som av innehaveren selv eller med dennes tillatelse er brakt på markedet i en stat som er avtalepart, under dette varemerket.”

- 3 Protokoll 28 om opphavsrett, artikkel 2(1), gjelder “rettighetenes opphør”. Den lyder som følger:

”I den utstrekning opphør behandles i Fellesskapets tiltak eller rettspraksis, skal avtalepartene fastsette samme opphør for opphavsrettigheter som er fastsatt i fellesskapsretten. Med forbehold for fremtidig utvikling av rettspraksis skal denne bestemmelse tolkes i samsvar med den forståelse som er fastslått i de aktuelle rettsavgjørelser truffet av De europeiske fellesskaps domstol før avtalen undertegnes.”
- 4 Den norske varemerkeloven (Lov av 3 mars 1961 nr 4 om varemerker, som endret ved lov av 27 november 1992 nr 113, heretter "varemerkeloven") inneholder ingen uttrykkelige bestemmelser om opphør (heretter betegnet "konsumpsjon"). Det er imidlertid etablert norsk rett at internasjonal konsumpsjon får anvendelse for varemerkerettigheter.
- 5 Saksøkeren, Mag Instrument Inc., er et amerikansk selskap som produserer og selger de såkalte Maglite-lyktene. Lyktene er produsert i De forente stater og selges over hele verden. I Norge er Viking International Products A/S, Oslo, den autoriserte importøren og eneforhandleren for disse produktene. Saksøker har beskyttet varemerkene for sine ulike produkter ved registrering i Norge, dels ved registrering av ordmerker, dels ved registrering av figurmerker.
- 6 Saksøkte, California Trading Company Norway, Ulsteen, har foretatt parallellimport ved å importere Maglite-lykter direkte fra De forente stater til Norge for salg i Norge. Saksøker har ikke gitt sitt samtykke til denne importen.
- 7 Saksøker, som hevder at importen krenker dets eksklusive varemerkerett, tok ut stevning mot saksøkte med påstand om at saksøkte forbys å selge de ulike Maglite-lyktene i Norge. Saksøker krever også erstatning for det tap det har lidt som følge av saksøktes salg.
- 8 Saksøker betrakter importen og videresalget av Maglite-lykter med de ulike registrerte varemerker i Norge uten dets samtykke å være i strid med varemerkeloven § 4 og varemerkedirektivet artikkel 7(1). Saksøker hevder at varemerkerettigheter ikke er konsumert og at det i Norge må gjelde EØS-regional konsumpsjon. Etter saksøkers oppfatning er EØS-regional konsumpsjon ikke bare minimum, men også maksimum av hva avtalepartene kan sørge for.

EEA-wide exhaustion is not only the minimum but also the maximum that Contracting Parties may provide for.

- 9 According to the defendant, the rule of international exhaustion of trade mark rights has continued to apply after the implementation of the Trade Mark Directive.
- 10 Considering that it was necessary to interpret provisions of the EEA Agreement in order to reach a decision and pursuant to Article 34 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice (“Surveillance and Court Agreement”), Fredrikstad byrett submitted a request to the EFTA Court for an Advisory Opinion on the following questions:
1. *Is Article 7, paragraph 1 of Council Directive 89/104/EEC to be understood as conferring a right on a trade mark proprietor to prevent an import from a third country outside the EEA, when said import takes place without the consent of the trade mark proprietor?*
 2. *In other words, is the same provision to be understood to the effect that exhaustion of the trade mark right may neither be limited to national exhaustion nor expanded to include international exhaustion?*
- 11 Reference is made to the Report for the Hearing for a fuller account of the legal framework, the facts, the procedure and the written observations submitted to the Court, which are mentioned or discussed hereinafter only in so far as is necessary for the reasoning of the Court.

The questions

- 12 The *plaintiff, the French Government, the German Federal Government, the Government of the United Kingdom and the EC Commission*, all referring to the wording, the legislative history and the purpose of the Trade Mark Directive, state that national law cannot properly be limited to national exhaustion nor provide for a general principle of international exhaustion.
- 13 The *Liechtenstein Government and the EFTA Surveillance Authority* argue that Art 7(1) of the Trade Mark Directive is not relevant for the determination of whether a trade mark proprietor in an EEA/EFTA State is entitled to rely on a national right in order to prevent a product which has been produced and placed on the market by a proprietor or with his consent in a country outside the EEA from being imported without his consent.

- 9 Ifølge saksøkte har prinsippet om internasjonal konsumpsjon av varemerkerettigheter fortsatt å gjelde etter gjennomføringen av varemerkedirektivet.
- 10 Fredrikstad byrett, som fant det nødvendig å tolke bestemmelser i EØS-avtalen for å treffe en avgjørelse, anmodet EFTA-domstolen, i medhold av artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol ("Overvåknings- og domstolsavtalen"), om en rådgivende uttalelse om følgende spørsmål:
1. *Er rådsdirektiv 89/104 EØF artikkel 7 nr. 1 slik å forstå at en rettighetshaver har rett til å hindre import fra tredje land utenfor EØS-området, når slik import skjer uten rettighetshavers samtykke?*
 2. *Er med andre ord den samme bestemmelse slik å forstå at konsumpsjonen av varemerkeretten verken kan begrenses til nasjonal konsumpsjon eller utvides til internasjonal konsumpsjon?*
- 11 Det vises til rettsmøterapporten for en fyldigere beskrivelse av den rettslige ramme, de faktiske forhold, gangen i prosedyren og de skriftlige saksfremstillinger fremlagt for Domstolen, som i det følgende bare vil bli omtalt og drøftet så langt det er nødvendig for Domstolens begrunnelse.

Spørsmålene

- 12 *Saksøkeren, Den franske regjering, Den føderale tyske regjering, Den britiske regjering og Kommisjonen for de europeiske fellesskap, som alle viser til ordlyden, forhistorien og formålet med direktivet, hevder at nasjonal lov ikke korrekt kan begrenses til nasjonal konsumpsjon eller fastlegge et generelt prinsipp om internasjonal konsumpsjon.*
- 13 *Den liechtensteinske regjering og EFTAs overvåkningsorgan gjør gjeldende at varemerkedirektivet artikkel 7(1) ikke er relevant for vurderingen av om en varemerkeinnhaver i en EØS/EFTA-stat har rett til å støtte seg på en nasjonal rettighet for å hindre et produkt, som er produsert og brakt på markedet av en innehaver eller med hans samtykke, i et land utenfor EØS fra å bli importert uten hans tillatelse.*

- 14 The *Norwegian Government* states that more limited exhaustion than international exhaustion will allow for price discrimination, stronger segmentation of the markets and reduced price competition, thereby lessening the efficiency of the economy.
- 15 The principle of exhaustion of the rights conferred by a trade mark was established by the ECJ case law in judgments interpreting Articles 30 and 36 of the EC Treaty on the free movement of goods before the enactment of the Trade Mark Directive. It has held that the owner of a trade mark protected by the legislation of a Member State cannot rely on that legislation to prevent the import or marketing of a product which was put on the market in another Member State by him or with his consent (see Cases 16/74 *Centrafarm v Winthrop* [1974] ECR 1183, paragraphs 7-11, and C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik v Ideal Standard* [1994] ECR I-2789, paragraph 33, hereinafter “*Ideal Standard*”). In the *EMI* ruling (Case 51/75 *EMI Records v CBS United Kingdom Limited* [1976] ECR 811, paragraph 10, hereinafter “*EMI*”), the ECJ held that the exercise of a trade mark right in order to prevent the marketing of products coming from a third country under an identical mark does not affect the free movement of goods between Member States and thus does not come under the prohibition set out in Article 30 of the EC Treaty.
- 16 From this case law it follows that the ECJ has ruled out national exhaustion and established Community-wide exhaustion as a minimum standard. According to this principle, the trade mark right cannot be used to hinder the free movement of goods once they have been marketed by the proprietor of the trade mark or by another person with his consent in a Member State of the Community.
- 17 The principle of exhaustion of trade mark rights and the exceptions to this rule have been laid down in Article 7 of the Trade Mark Directive. The case law cited above is reflected in this provision. The ECJ has stated that Article 7 of the Trade Mark Directive is worded in general terms and comprehensively regulates the question of the exhaustion of trade mark rights for products traded in the Community and that, where Community directives provide for the harmonization of measures necessary to ensure the protection of the interests referred to in Article 36 EC, any national measure relating thereto must be assessed in relation to the provisions of that directive and not Articles 30 to 36 EC (see joined Cases C-427/93, C-429/93 and C-436/93 *Bristol-Myers Squibb and Others v Paranova* [1996] ECR I-3457, paragraph 25-26).
- 18 In the EC context, the ECJ has so far not dealt with the question of whether Article 7(1) of the Trade Mark Directive prohibits the Member States from maintaining or introducing national legislation allowing for international exhaustion. For the time being, however, there are two cases pending before the ECJ concerning this question (see pending Cases C-355/96 *Silhouette Internationale Schmied Gesellschaft MbH & Co KG v Hartlauer Handelsgesellschaft MbH* and C-278/97 *Wrangler Germany GmbH v Metro Selbstbedienungs-Grosshandel GmbH*).

- 14 *Den norske regjering* hevder at en mer begrenset konsumpsjon enn internasjonal konsumpsjon vil tillate prisdiskriminering, en sterkere segmentering av markedene og redusert priskonkurranse og derigjennom en reduksjon av den økonomiske effektiviteten.
- 15 Konsumpsjonsprinsippet for rettigheter som følger av et varemerke ble etablert av EF-domstolen i dommer om tolkningen av EF-traktaten artikkel 30 og 36 om fri bevegelse av varer, før vedtagelsen av varemerkedirektivet. Den har fastslått at innehaveren av en varemerkerett som er beskyttet av et medlemslands lovgivning, ikke kan påberope seg denne lovgivningen for å forhindre innførsel eller markedsføring av et produkt som er markedsført i en annen medlemsstat av ham eller med hans samtykke (se sakene 16/74 *Centrafarm mot Winthrop* [1974] ECR 1183, avsnittene 7-11, og C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik mot Ideal Standard* [1994] ECR I-2789, avsnitt 33, heretter "*Ideal Standard*"). I *EMI-dommen* (sak 51/75 *EMI Records mot CBS United Kingdom Limited* [1976] ECR 811, avsnitt 10, heretter "*EMI*") fastslo EF-domstolen at utøvelsen av varemerkeretten for å hindre markedsføring av varer fra et tredjeland under et identisk merke ikke påvirker den frie bevegelsen av varer mellom medlemsstatene, og således ikke faller inn under forbudet som er nedfelt i EF-traktaten artikkel 30.
- 16 Av denne rettspraksisen følger det at EF-domstolen har utelukket nasjonal konsumpsjon og etablerte konsumpsjon på fellesskapsnivå som en minimumsstandard. Ifølge dette prinsippet kan ikke varemerkeretten brukes til å hindre den frie bevegelsen av varer så snart de har blitt markedsført av varemerkeinnhaveren, eller av en annen person med hans samtykke, i en medlemsstat i Fellesskapet.
- 17 Konsumpsjonsprinsippet av varemerkerettigheter og unntakene fra denne regelen er nedfelt i varemerkedirektivet artikkel 7. Den rettspraksis som er omtalt ovenfor, er gjenspeilet i denne bestemmelsen. EF-domstolen har uttalt at varemerkedirektivet artikkel 7 er generelt formulert og fullstendig regulerer spørsmålet om konsumpsjon av varemerkerettigheter for produkter som er markedsført innenfor Fellesskapet, og at der fellesskapsdirektiver foreskriver harmonisering av tiltak som er nødvendige for å sikre beskyttelsen av de hensyn som er nevnt i EF-traktaten artikkel 36 må ethvert nasjonalt tiltak i denne sammenheng vurderes i forhold til direktivbestemmelsene og ikke på grunnlag av EF-traktaten artikler 30 til 36 (forente saker C-427/93, C-429/93 og C-436/93 *Bristol-Myers Squibb m fl mot Paranova* [1996] ECR I-3547, avsnittene 25-26).
- 18 EF-domstolen har hittil, i EF-sammenheng, ikke behandlet spørsmålet om varemerkedirektivet artikkel 7(1) forbyr medlemsstatene å opprettholde eller innføre nasjonale bestemmelser som tillater internasjonal konsumpsjon. Det er imidlertid for tiden to verserende saker for EF-domstolen som gjelder dette spørsmålet (se verserende saker C-355/96 *Silhouette Internationale Schmied Gesellschaft mbH & Co KG mot Hartlauer Handelsgesellschaft mbH* og C-

- 19 The EFTA Court notes that the principle of international exhaustion is in the interest of free trade and competition and thus in the interest of consumers. Parallel imports from countries outside the European Economic Area lead to a greater supply of goods bearing a trade mark on the market. As a result of this situation, price levels of products will be lower than in a market where only importers authorized by the trade mark holder distribute their products.
- 20 Furthermore, the principle of international exhaustion is in line with the main function of a trade mark, which is to allow the consumer to identify with certainty the origin of the products. The ECJ has defined the specific subject-matter of a trade mark to be to guarantee the identity of the origin of the trade-marked product to the consumer or ultimate user, by enabling him or her to distinguish without any possibility of confusion that product from products which have another origin (see Case 102/77 *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH* ECR [1978] 1139, paragraph 7). This main goal does not come into question in the present case since the products imported are original goods bearing the original trade mark and stemming from the proprietor of the mark. The quality or guarantee function of a trade mark may be regarded as part of the function of origin. Furthermore, the ECJ has recently pointed out the importance of protecting the goodwill of a trade mark (see Case C-337/95 *Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v. Evora BV*, not yet reported, paragraphs 39 et seq.). The EFTA Court notes, however, that the protection of goodwill cannot be regarded as a main function of a trade mark right that would require a ban on parallel imports. The principle of international exhaustion is therefore fully consistent with the function of the mark as indicator of origin.
- 21 From the wording of Article 7(1) of the Trade Mark Directive, as reflected in point 4(c) of Annex XVII to the EEA Agreement, it does not follow clearly whether the EEA Contracting Parties are allowed to maintain or introduce at the national level the principle of international exhaustion of rights.
- 22 Article 2 of Protocol 28 to the EEA Agreement stipulates that the Contracting Parties shall provide for such exhaustion of intellectual property rights as are laid down in Community law. Without prejudice to future developments of case law, this provision is to be interpreted in accordance with the meaning established in the relevant rulings of the ECJ given prior to the signature of the Agreement. In this context, the Court notes that the judgments of the ECJ at the time of signature of the EEA Agreement ruled out national exhaustion but did not require the EC Member States to give up the principle of international exhaustion. Furthermore, there is no case law of the ECJ to date which rules out international exhaustion of rights. Therefore, the meaning of Article 2 of Protocol 28 is *a priori* limited to the extent that EEA-wide exhaustion has to be established in the EEA/EFTA States as a minimum that Contracting Parties may provide for. The provision is not relevant to answer the question whether these States may still provide for a general principle of international exhaustion.

278/97 *Wrangler Germany GmbH* mot *Metro Selbstbedienungs-Grosshandel GmbH*).

- 19 EFTA-domstolen bemerker at prinsippet om internasjonal konsumpsjon er i den frie handels og konkurransens interesse, og således i forbrukernes interesse. Parallellimport fra land utenfor Det europeiske økonomiske samarbeidsområde fører til et større tilbud av varemerkevarer på markedet. Som en følge av denne situasjonen vil prisnivåene på produkter bli lavere enn i et marked hvor bare importører som er autorisert av varemerke innehaveren distribuerer deres produkter.
- 20 Videre er prinsippet om internasjonal konsumpsjon i tråd med et varemerkes hovedfunksjon, som er å gjøre det mulig for forbrukeren med sikkerhet å identifisere produktenes opprinnelse. EF-domstolen definerte at varemerkets gjenstand er å garantere for varemerkets opprinnelse overfor forbrukeren eller den endelige bruker, ved å sette denne i stand til, uten noen mulighet for forveksling, å atskille dette produktet fra produkter av annen opprinnelse (se sak 102/77 *Hoffmann-La Roche & Co. AG* mot *Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH* ECR [1978] 1139, avsnitt 7). Dette hovedmålet reises det ikke spørsmål om i den foreliggende sak siden produktene som er importert er originale varer som bærer det originale varemerket og kommer fra innehaveren av merket. Kvalitets- eller garantifunksjonen til et varemerke kan betraktes som en del av opprinnelsesfunksjonen. Videre har EF-domstolen nylig påpekt viktigheten av beskyttelsen av varemerkets goodwill (se sak C-337/95 *Parfums Christian Dior SA* og *Parfums Christian Dior BV* mot *Evora BV*, foreløpig ikke publisert, avsnittene 39 flg). EFTA-domstolen bemerker imidlertid at beskyttelsen av goodwill ikke kan ses på som en hovedfunksjon av en varemerkerett som ville kreve et forbud mot parallellimport. Prinsippet om internasjonal konsumpsjon er derfor fullt ut i samsvar med merkets funksjon som en indikasjon på opprinnelse.
- 21 Fra ordlyden i varemerkedirektivet artikkel 7(1), som den er gjenspeilet i EØS-avtalens vedlegg XVII, punkt 4(c), følger det ikke klart om EØS-avtalepartene på nasjonalt nivå tillates å opprettholde eller innføre prinsippet om internasjonal konsumpsjon av rettigheter.
- 22 EØS-avtalen protokoll 28, artikkel 2, setter som betingelse at avtalepartene skal fastsette slik konsumpsjon for opphavsrettigheter som er fastsatt i fellesskapsretten. Med forbehold for fremtidig utvikling av rettspraksis skal denne bestemmelse tolkes i samsvar med den forståelse som er fastslått i de relevante rettsavgjørelser truffet av EF-domstolen før undertegningen av avtalen. I denne forbindelse bemerker Domstolen at dommene fra EF-domstolen på tiden for undertegning av EØS-avtalen utelukket nasjonal konsumpsjon, men stilte ikke krav om at EFs medlemsstater skulle oppgi prinsippet om internasjonal konsumpsjon. Videre eksisterer det ingen rettspraksis fra EF-domstolen som utelukker internasjonal konsumpsjon av rettigheter. Av den grunn er betydningen av Protokoll 28, artikkel 2, a priori begrenset til at EØS-omfattende konsumpsjon

- 23 The legislative history of the Directive shows that the first proposal of the Directive (OJ No C 351, 31.12.1980, p. 1), which made provision for international exhaustion, was changed and the modified proposal (COM(85) 793) explicitly limited the exhaustion rule to goods which had been put on the market “within the Community”. Nevertheless some Member States in the Community and in EFTA either retained international exhaustion or left the question open for interpretation by the national courts.
- 24 Further, the main argument of the Government of France, the Federal Government of Germany, the Government of the United Kingdom and the EC Commission against interpreting Article 7 of the Trade Mark Directive in favour of international exhaustion is that if individual States are allowed to determine freely whether holders of rights are able to object to imports from third countries, it could lead to a situation where the same products may be subject to parallel imports into one State, but not into another. This could lead to internal disparities in the market. Therefore, they submit that the principle of free movement of goods must be the same in all Member States and that that principle must also apply for the EEA.
- 25 This argumentation has to be rejected in so far as it concerns the EFTA States. Unlike the EC Treaty, the EEA Agreement does not establish a customs union. The purpose and the scope of the EC Treaty and the EEA Agreement are different (see Opinion 1/91 of the ECJ regarding the Draft Agreement between the Community, on the one hand, and the countries of the European Free Trade Association, on the other, relating to the creation of the European Economic Area [1991] ECR I-6079). Thus, the EEA Agreement does not establish a customs union, but a free trade area.
- 26 The above-mentioned differences between the Community and the EEA will have to be reflected in the application of the principle of exhaustion of trade mark rights. According to Article 8 EEA, the principle of free movement of goods as laid down in Articles 11 to 13 EEA applies only to goods originating in the EEA, while in the Community a product is in free circulation once it has been lawfully placed on the market in a Member State. In general, the latter applies in the context of the EEA only in respect of products originating in the EEA. In the case at hand, the product was manufactured in the United States and imported into Norway. Accordingly, it is not subject to the principle of the free movement of goods within the EEA.
- 27 Additionally, the EEA Agreement does not entail a common commercial policy towards third countries (see in particular Article 113 EC). The EFTA States have not transferred their respective treaty-making powers to any kind of supranational organs. They remain free to conclude treaties and agreements with third countries in relation to foreign trade (see Article 5 and 6 of Protocol 28 EEA). Requiring Article 7(1) to be interpreted in the EEA context as obliging the EFTA Member States to apply the principle of Community-wide exhaustion would impose restraints on the EFTA States in their third-country trade relations. Such a result

må etableres i EØS/EFTA-statene som et minimum av hva kontraktspartene kan bestemme. Bestemmelsen er ikke relevant for å besvare spørsmålet om disse statene fortsatt kan foreskrive et generelt prinsipp om internasjonal konsumpsjon.

- 23 Direktivets forhistorie viser at det første direktivforslaget (OJ nr C 351, 31.12.1980, s 1), som foreskrev internasjonal konsumpsjon, ble endret, og det modifiserte forslaget (COM(85) 739) begrenset uttrykkelig konsumpsjonsregelen til varer som var blitt brakt på markedet "i Fellesskapet". Ikke desto mindre beholdt enkelte medlemsstater i Fellesskapet og i EFTA internasjonal konsumpsjon eller lot spørsmålet stå åpent for tolkning av de nasjonale domstoler.
- 24 Videre er hovedargumentet fra Den franske regjering, Den tyske føderale regjering, Den britiske regjering og Kommisjonen for De europeiske fellesskap mot å tolke varemerkedirektivet artikkel 7 i favør av en internasjonal konsumpsjon, at dersom individuelle stater tillates fritt å fastsette om rettighetshavere kan motsette seg import fra tredjeland, ville dette kunne føre til en situasjon der de samme produkter kan bli gjenstand for parallellimport inn i en stat, men ikke inn i en annen. Dette kunne lede til interne misforhold i markedet. Derfor hevder de at prinsippet om fri bevegelse av varer må være den samme i alle medlemsstater, og at dette prinsippet også må gjelde for EØS.
- 25 Denne argumentasjonen må forkastes så langt det gjelder EFTA-statene. I motsetning til EF-traktaten etablerer ikke EØS-avtalen en tollunion. Formålet og anvendelsesområdet for EF-traktaten og EØS-avtalen er forskjellig (se uttalelse 1/91 om utkast til avtale mellom Fellesskapet på den ene side og landene i Det europeiske frihandelsområde på den annen side om opprettelsen av Det europeiske økonomiske samarbeidsområde [1991] ECR I-6079). Følgelig etablerer ikke EØS-avtalen en tollunion, men et frihandelsområde.
- 26 De ovenfor nevnte forskjeller mellom Fellesskapet og EØS vil måtte reflekteres i anvendelsen av konsumpsjonsprinsippet for varemerkerettigheter. Ifølge EØS-avtalen artikkel 8 får prinsippet om fri bevegelse av varer, nedfelt i EØS-avtalen artikler 11 til 13, bare anvendelse på varer med opprinnelse i EØS, mens et produkt innen Fellesskapet er i fri sirkulasjon med en gang det lovlig er brakt på markedet i en medlemsstat. Generelt sett får det sistnevnte i en EØS-kontekst bare anvendelse på produkter med opprinnelse i EØS. I den foreliggende saken var produktet fremstilt i De forente stater og importert inn i Norge. Følgelig er den ikke gjenstand for prinsippet om fri bevegelse av varer innen EØS.
- 27 I tillegg medfører ikke EØS-avtalen noen felles handelspolitikk overfor tredjeland (se særlig EF-traktaten artikkel 113). EFTA-statene har ikke overført deres respektive traktatkompetanse til noen form for overnasjonale organer. De står fritt til å slutte traktater og avtaler med tredjeland om utenrikshandel (se EØS-avtalen protokoll 28, artikler 5 og 6). Å kreve at artikkel 7(1) i en EØS-sammenheng skal tolkes slik at den pålegger EFTA-medlemsstatene å anvende prinsippet om konsumpsjon på fellesskapsnivå, ville legge begrensninger på EFTA-statene i

would not be in keeping with the aim of the EEA Agreement, which is to create a fundamentally improved free trade area but no customs union with a uniform foreign trade policy.

- 28 In light of these considerations, the EFTA Court notes that it is for the EFTA States, i.e. their legislators or courts, to decide whether they wish to introduce or maintain the principle of international exhaustion of rights conferred by a trade mark with regard to goods originating from outside the EEA.
- 29 This interpretation of Article 7(1) of the Trade Mark Directive in the EEA context is also in line with the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), where the issue is left open for the Member States to regulate.
- 30 The costs incurred by the Government of Liechtenstein, the Government of Norway, the Government of France, the Federal Government of Germany, the Government of the United Kingdom, the EFTA Surveillance Authority and the EC Commission, which have submitted observations to the Court, are not recoverable. Since these proceedings are, in so far as the parties to the main proceedings are concerned, a step in the proceedings pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court.

On those grounds,

THE COURT,

in answer to the question referred to it by Fredrikstad byrett by an order of 16 May 1997, hereby gives the following Advisory Opinion:

deres tredjelandsforbindelser. Et slikt resultat ville ikke være i overensstemmelse med EØS-avtalens formål, som er å skape et fundamentalt forbedret frihandelsområde, men ikke en tollunion med en uniform handelspolitikk.

- 28 På bakgrunn av disse betraktningene bemerker EFTA-domstolen at det er opp til EFTA-statene, dvs deres lovgivere eller domstoler, å fastlegge om de ønsker å innføre eller opprettholde prinsippet om internasjonal konsumpsjon av varemerkerettigheter når det gjelder varer med opprinnelse utenfor EØS.
- 29 Denne fortolkningen av varemerkedirektivet artikkel 7(1) i EØS-sammenheng er også i tråd med Avtalen om handelsrelaterte sider ved immaterielle rettigheter (TRIPS), hvor spørsmålet er latt åpent for medlemsstatene å regulere.
- 30 Omkostninger som er påløpt for Den liechtensteinske regjering, Den norske regjering, Den franske regjering, Den føderale tyske regjering, Den britiske regjering, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for de europeiske fellesskap, som har gitt saksfremstillinger for Domstolen, kan ikke kreves dekket. Fordi rettergangen her, for partene i hovedsaken, utgjør en del av rettergangen for den nasjonale domstolen, er avgjørelsen av saksomkostninger en sak for den nasjonale domstolen.

På dette grunnlag avgir

DOMSTOLEN,

som svar på de spørsmålene som er forelagt av Fredrikstad byrett ved beslutning av 16 mai 1997, følgende rådgivende uttalelse:

Article 7, paragraph 1 of Council Directive 89/104/EEC (Trade Mark Directive) referred to in Annex XVII to the EEA Agreement is, in the EEA context, to be interpreted as leaving it up to the EFTA States to decide whether they wish to introduce or maintain the principle of international exhaustion of rights conferred by a trade mark with regard to goods originating from outside the EEA.

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Delivered in open court in Luxembourg on 3 December 1997.

Per Christiansen
Registrar

Bjørn Haug
Presiden

Artikkel 7, paragraf 1 av Rådsdirektiv 89/104/EØF (varemerkedirektivet), vist til i EØS-avtalen Vedlegg XVII, skal, i EØS-sammenheng, tolkes slik at den overlater til EFTA-statene å bestemme om de ønsker å innføre eller opprettholde prinsippet om internasjonal konsumpsjon av varemerkerettigheter når det gjelder varer med opprinnelse utenfor EØS.

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Avsagt i åpen rett i Luxembourg 3 desember 1997.

Per Christiansen
Justissekretær

Bjørn Haug
President

REPORT FOR THE HEARING
in Case E-2/97

REQUEST to the Court under Article 34 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice by Fredrikstad byrett (Fredrikstad City Court) for an advisory opinion in the case pending before it between

Mag Instrument Inc.

and

California Trading Company Norway, Ulsteen

on the interpretation of First Council Directive of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (89/104/EEC).

I. Introduction

1. By an order dated 16 May 1997, registered at the Court on 21 May 1997, Fredrikstad byrett, a Norwegian City Court, made a request for an advisory opinion in a case brought before it by Mag Instrument Inc., California, United States, against California Trading Company Norway, Ulsteen.

II. Legal background

2. The questions submitted by the Norwegian court concern the interpretation of Article 7, paragraph 1 of Council Directive 89/104/EEC¹ (hereinafter referred to as the "Trade Mark Directive"). The Trade Mark Directive is referred to in Annex XVII to the EEA Agreement (EEA). Pursuant to Article 65(2) EEA and Annex XVII, point 4 (c), Article 7(1) of the Trade Mark Directive shall, in the EEA context, be replaced by the following:

"The trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit its use in relation to goods which have been put on the market in a Contracting Party under that trade mark by the proprietor or with his consent."

3. Article 2(1) of Protocol 28 on Intellectual Property deals with "exhaustion of rights". It reads as follows:

"To the extent that exhaustion is dealt with in Community measures or jurisprudence, the Contracting Parties shall provide for such exhaustion of intellectual property rights as laid down in Community law. Without prejudice to future developments of case-law, this provision shall be interpreted in accordance with the meaning established in the relevant rulings of the Court of Justice of the European Communities given prior to the signature of the Agreement."

¹ OJ No L 40, 11.2.1989, p. 1; OJ No. C 351, 31.12.1985, p. 4.

RETSMØTERAPPORT
i sak E-2/97

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

Mag Instrument Inc.

og

California Trading Company Norway, Ulsteen

om tolkningen av første rådsdirektiv av 21 desember 1988 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om varemerker (89/104/EØF).

I. Innledning

1. Ved skriv datert 16 mai 1997, mottatt ved Domstolen 21 mai 1997, har Fredrikstad byrett anmodet om en rådgivende uttalelse i sak innbrakt for denne domstolen av Mag Instrument Inc., California, De forente stater, mot California Trading Company Norway, Ulsteen.

II. Rettslig bakgrunn

2. Spørsmålene som er fremlagt av den norske domstolen gjelder tolkningen av artikkel 7, første ledd i rådsdirektiv 89/104/EØF¹ (heretter kalt "varemerkedirektivet"). Varemerkedirektivet er vist til i EØS-avtalen (EØS) vedlegg XVII. Ifølge EØS-avtalen artikkel 65(2) og vedlegg XVII, punkt 4(c), skal varemerkedirektivet artikkel 7(1), i EØS-sammenheng, erstattes av følgende:

"Rettigheten til varemerket, skal ikke gi innehaveren rett til å forby bruken av det for varer som av innehaveren selv eller med dennes tillatelse er brakt på markedet i en stat som er avtalepart, under dette varemerket."

3. Protokoll 28 om opphavsrett, artikkel 2(1), gjelder "rettighetenes opphør". Den lyder som følger:

"I den utstrekning opphør behandles i Fellesskapets tiltak eller rettspraksis, skal avtalepartene fastsette samme opphør for opphavsrettigheter som er fastsatt i fellesskapsretten. Med forbehold for fremtidig utvikling av rettspraksis skal denne bestemmelse tolkes i samsvar med den forståelse som er fastslått i de aktuelle rettsavgjørelser truffet av De europeiske fellesskaps domstol før avtalen undertegnes."

¹ OJ nr L 40, 11.2.1989, s. 1; OJ nr C 351, 31.12.1985, s. 4.

4. The Norwegian Trade Mark Act² contains no explicit rules on exhaustion. However, it is established Norwegian law that international exhaustion applies for trade marks.

III. Facts and Procedure

5. The plaintiff, Mag Instrument Inc., is an American company that produces and sells the so-called Maglite lights. The lights are produced in the United States and sold around the world. In Norway, Viking International Products A/S, Oslo, is the authorized importer and sole distributor for these products. The plaintiff has protected the trade marks for its various products by registering them in Norway, partly by registering word trade marks and partly by registering design trade marks.

6. The defendant, California Trading Company Norway, Ulsteen, has carried on parallel imports by importing Maglite lights directly from the United States into Norway for sale in Norway. The plaintiff has not given its consent to these imports.

7. Arguing that the imports infringe its exclusive trade mark rights, the plaintiff brought proceedings against the defendant and requested that the defendant be prohibited from selling the various Maglite lights in Norway. The plaintiff has also claimed compensation for the loss it has sustained due to the defendant's sales.

8. The plaintiff considers the import and further sale of Maglite lights bearing the various registered trade marks in Norway without its consent to be a violation of section 4 of the Norwegian Trade Mark Act and Article 7(1) of the Trade Mark Directive. The plaintiff claims that trade mark rights are not exhausted and that EEA regional exhaustion must apply in Norway. In the view of the plaintiff, EEA-wide exhaustion is not only the minimum but also the maximum that Contracting Parties may provide for.

9. According to the defendant, the rule of international exhaustion of trade mark rights has continued to apply after the implementation of the Trade Mark Directive.

10. Fredrikstad byrett has based its decision to request an advisory opinion on the observation that the main issue in the case before the national court is whether the Trade Mark Directive leaves it open for the national legislator to decide whether to stipulate regional (EEA-wide) or international exhaustion of trade mark rights. The Norwegian legislator left the question open as to whether the principle of international exhaustion shall continue to apply under the Trade Mark Directive.

IV. Questions

11. The following questions were referred to the EFTA Court:

1. **Is Article 7, paragraph 1 of Council Directive 89/104/EEC to be understood as conferring a right on a trade mark proprietor to prevent an import from a third country outside the EEA, when said import takes place without the consent of the trade mark proprietor?**

² Act no. 4 of 3 March 1961 relating to trade marks (Trade Marks Act); as amended by Act no. 113 of 27 November 1992.

4. Den norske varemerkeloven² inneholder ingen uttrykkerlige bestemmelser om opphør (heretter betegnet konsumpsjon). Det er imidlertid etablert norsk rett at internasjonal konsumpsjon får anvendelse for varemerkerettigheter.

III. Fakta og prosedyre

5. Saksøkeren, Mag Instrument Inc., er et amerikansk selskap som produserer og selger de såkalte Maglite-lyktene. Lyktene er produsert i De forente stater og selges over hele verden. I Norge er Viking International Products A/S, Oslo, den autoriserte importøren og enforhandleren for disse produktene. Saksøker har beskyttet varemerkene for sine ulike produkter ved registrering i Norge, dels ved registrering av ordmerker, dels ved registrering av figurmerker.

6. Saksøkte, California Trading Company Norway, Ulsteen, har foretatt parallellimport ved å importere Maglite-lyktene direkte fra De forente stater til Norge for salg i Norge. Saksøker har ikke gitt sitt samtykke til denne importen.

7. Med påstand om at importen krenker dets eksklusive varemerkerett, tok saksøker ut stevning mot saksøkte og krevet at saksøkte forbys å selge de ulike Maglite-lyktene i Norge. Saksøker krevet også erstatning for det tap det har lidt som følge av saksøktes salg.

8. Saksøker betrakter importen og videresalget av Maglite-lyktene med de ulike registrerte varemerker i Norge uten dets samtykke å være i strid med varemerkeloven § 4 og varemerkedirektivet artikkel 7(1). Saksøker hevder at varemerkerettigheter ikke er konsumert og at det i Norge må gjelde EØS-regional konsumpsjon. Etter saksøkers oppfatning er EØS-regional konsumpsjon ikke bare minimum, men også maksimum av hva avtalepartene kan sørge for.

9. Ifølge saksøkte har prinsippet om internasjonal konsumpsjon av varemerkerettigheter fortsatt å gjelde etter gjennomføringen av varemerkedirektivet.

10. Fredrikstad byrett har basert sin avgjørelse om å anmode om en rådgivende uttalelse på den iakttagelsen at hovedspørsmålet i saken for den nasjonale domstolen er om varemerkedirektivet åpner for at den nasjonale lovgiver kan fastsette regional- (EØS-omfattende) eller internasjonal konsumpsjon av varemerkerettigheter. Den norske lovgiveren lot spørsmålet om hvorvidt prinsippet om internasjonal konsumpsjon fortsatt skal gjelde under varemerkedirektivet, stå åpent.

IV. Spørsmål

11. Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:

1. Er rådsdirektiv 89/104 EØF artikkel 7 nr. 1 slik å forstå at en rettighetshaver har rett til å hindre import fra tredje land utenfor EØS-området, når slik import skjer uten rettighetshavers samtykke?

² Lov av 3 mars 1961 nr 4 om varemerker (varemerkeloven) som endret ved lov av 27 november 1992 nr 113.

2. In other words, is the same provision to be understood to the effect that exhaustion of the trade mark right may neither be limited to national exhaustion nor expanded to include international exhaustion?

V. Written observations

12. Pursuant to Article 20 of the Statute of the EFTA Court and Article 97 of the Rules of Procedure, written observations have been received from:

- the plaintiff, represented by Counsel Bente Holmvang, Advokatfirma Bull & Co. ANS;
- the defendant, represented by Counsel Camillo Mordt, Advokatene i Vægtergården;
- the Government of the Principality of Liechtenstein, represented by Christoph Büchel, EEA Coordination Unit, and Katja Gey-Ritter, Office for Foreign Affairs, acting as Agents;
- the Government of the Kingdom of Norway, represented by Jan Bugge-Mahrt, Assistant Director General, Royal Ministry of Foreign Affairs, acting as Agent;
- the Government of the Republic of France, represented by Kareen Rispal-Bellanger and Philippe Martinet, acting as Agents;
- the Government of the Federal Republic of Germany, represented by Alfred Dittrich and Ernst Röder, acting as Agents;
- the Government of the United Kingdom, represented by Lindsey Nicoll, Treasury Solicitor's Department, acting as Agent;
- the EFTA Surveillance Authority, represented by Håkan Berglin, Director, Legal & Executive Affairs, acting as Agent;
- the Commission for the European Communities, represented by Berend Jan Drijber, member of its Legal Service, acting as Agent.

1. Mag Instrument Inc.

13. The *plaintiff* refers to provisions of the Norwegian Trade Mark Act,³ to preparatory works for amendments to Act⁴ and to court decisions, all of which apply international exhaustion.

14. The plaintiff states that the Trade Mark Directive is now part of Norwegian law, which is presumed to be in conformity with EEA law.

³ See footnote 2.

⁴ The Norwegian preparatory work for Act no. 113 (Odelstingproposisjon no. 72, 1991-92).

2. Er med andre ord den samme bestemmelse slik å forstå at konsumsjonen av varemerkeretten verken kan begrenses til nasjonal konsumsjon eller utvides til internasjonal konsumsjon?

V. Skriftlige saksfremstillinger

12. I medhold av Vedtektene for EFTA-domstolen artikkel 20 og Rettergangsordningen artikkel 97 er skriftlige saksfremstillinger mottatt fra:

- saksøker, representert ved advokat Bente Holmvang, advokatfirmaet Bull & Co. ANS, Oslo;
- saksøkte, representert ved advokat Camillo Mordt, Advokatene i Vægtergården, Fredrikstad;
- Den liechtensteinske regjering, representert ved Christoph Büchel, EØS-koordinasjonsenheten, og Katja Gey-Ritter, Byrået for utenrikssaker, som partsrepresentanter;
- Den norske regjering, representert ved Jan Bugge-Mahrt, underdirektør, Utenriksdepartementet, som partsrepresentant;
- Den franske regjering, representert ved Kareen Rispal-Bellanger og Philippe Martinet, som partsrepresentanter;
- Den føderale tyske regjering, representert ved Alfred Dittrich og Ernst Röder, som partsrepresentanter;
- Den britiske regjering, representert ved Lindsey Nicoll, Treasury Solicitor's Department, som partsrepresentant;
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved direktør Håkan Berglin, direktør, Avdelingen for juridiske saker og eksekutivesaker, som partsrepresentant;
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Berend Jan Drijber, ansatt i Rettsavdelingen, som partsrepresentant.

1. Mag Instrument Inc.

13. *Saksøker* viser til bestemmelser i den norske varemerkeloven³, til forarbeidene for endringer i loven⁴ og til domsavsigelser, som alle anvender internasjonal konsumsjon.

14. *Saksøker* hevder at varemerkedirektivet nå er en del av norsk rett, som presumeres å være i overensstemmelse med EØS-retten.

³ Se fotnote 2.

⁴ Odelstingsproposisjon nr 72 (1991-92).

15. A purely linguistic interpretation of Article 7(1) indicates that the Directive contemplates exhaustion as occurring upon sale/marketing solely in the EC/EEA. This approach is supported by the history⁵ and the purpose of the Directive.

16. Furthermore, it gives the best protection to the holders of the rights and allows the market-controlling function to achieve greatest effect. The function of the trademark should also be protected so that it is not only the origin of the product which can be protected by virtue of the trade mark.

17. If individual States are allowed to determine freely whether holders of rights are able to object to imports from third countries, this could lead to a situation where the same products may be subject to parallel imports into one State, but not into another. This could lead to internal disparities in the market. Therefore, the plaintiff submits that the principle of free movement of goods must be the same in all Member States and that the principle must also apply for the EEA.

18. The plaintiff refers to the legal situation in other Member States, which have amended their Trade Mark Acts following the wording of Article 7(1) of the Trade Mark Directive.⁶ Subsequent case law⁷ has interpreted this provision as being a rule on compulsory regional exhaustion.

19. The plaintiff asserts that the reasoning in the judgments of the ECJ⁸ is open to the interpretation that the national courts assume the Trade Mark Directive to be understood as a rule imposing regional exhaustion.

20. The plaintiff suggests answering the questions as follows:

“Article 7, paragraph 1 of First Council Directive 89/104/EEC, the Trade Mark Directive, is to be interpreted as conferring a right on the proprietor to prevent imports from a third country outside the EU/EEA, when said import takes place without the consent of the proprietor.

Article 7, paragraph 1 of First Council Directive 89/104/EEC, the Trade Mark Directive, is to be interpreted as imposing regional exhaustion in such a way that the trade mark right in the countries so bound may neither be limited to national exhaustion nor expanded to encompass international exhaustion.”

2. California Trading Company Norway, Ulsteen

21. The *defendant* refers to Norwegian law and to the Trade Mark Directive. The wording, the preparatory works and the history of the Directive do not seem to provide sufficient evidence to support the proposition that the Directive prohibits international exhaustion.

22. When parallel imports are allowed on a market, this generally leads to a greater supply of trademark goods on the market. Accordingly, the price level will be lowest in market with large supply of goods. Thus, parallel imports open the door to competition between different importers and licensed importers cannot expect higher margins than the market will yield. This situation has

⁵ OJ No C 351, 31.12.1980, p. 1.

⁶ See the trademark legislation in the Benelux countries and in Germany.

⁷ BGH v. 14.12.1995 - I ZR 210/93, GRUR 1996, 271.

⁸ See Case C-352/95 *Phytheron International SA v Jean Bourdon SA*, not yet reported.

15. En rent språklig fortolkning av direktivet artikkel 7(1) tilsier at direktivet tar sikte på at konsumpsjon inntreer ved salg/markedsføring ene og alene innenfor EF/EØS. Denne tilnærmingen støttes av direktivets forhistorie⁵ og formål.

16. Dessuten gir det den beste beskyttelsen for rettighetshaverne og tillater at den markedsstyrende funksjon får størst gjennomslagskraft. Varemerkets funksjon burde også være beskyttet slik at det ikke bare er varens opprinnelse som kan beskyttes i kraft av varemerket.

17. Dersom individuelle stater tillates fritt å bestemme om innehaverne av rettigheter skal kunne motsette seg import fra tredjeland, kan dette lede til en situasjon hvor de samme produktene kan parallellimporteres til en medlemsstat, men ikke til en annen. Dette kan føre til interne ulikheter i markedet. Av den grunn hevder saksøkeren at prinsippet om fri bevegelighet av varer må være det samme i alle medlemsstatene, og at prinsippet også må gjelde innen EØS.

18. Saksøkeren viser til rettstilstanden i andre medlemsstater som har endret sine varemerkelovgivninger i tråd med ordlyden i varemerkedirektivet artikkel 7(1).⁶ Ved senere rettsavgjørelser⁷ er denne bestemmelsen tolket som en regel om pliktig regional konsumpsjon.

19. Saksøker hevder at begrunnelsene i EF-domstolens avgjørelser⁸ åpner for den tolkningen at de nasjonale domstolene skal legge til grunn at varemerkedirektivet i utgangspunktet gir en regel om regional konsumpsjon.

20. Saksøker foreslår følgende svar på spørsmålene:

"Rådsdirektiv 89/104/EØF, varemerkedirektivet, artikkel 7 nr 1 må forstås slik at en rettighetshaver har rett til å hindre import fra tredjeland utenfor EF/EØS-området, når slik import skjer uten rettighetshavers samtykke.

Rådsdirektiv 89/104/EØF, varemerkedirektivet, artikkel 7 nr 1 må forstås som et påbud om regional konsumpsjon slik at varemerkeretten i de forpliktete landene hverken kan begrenses til nasjonal konsumpsjon eller utvides til internasjonal konsumpsjon."

2. California Trading Company Norway, Ulsteen

21. *Saksøkte* viser til norsk lov og til varemerkedirektivet. Ordlyden, forarbeidene og forhistorien synes ikke å gi tilstrekkelige holdepunkter til støtte for forslaget om at direktivet forbyr internasjonal konsumpsjon.

22. Når parallellimport er tillatt på et marked, medfører dette generelt en større tilgang av varemerkevarer på markedet. Følgelig vil prisnivået bli lavest i et marked med stort varetilbud. Parallellimport åpner således døren for konkurranse mellom forskjellige importører, og de lisensierte importørene kan ikke forvente høyere marginer enn det markedet vil gi. Denne situasjonen har en direkte påvirkning på forbrukerne. Parallellimport medvirker til å begrense en sentralisering av makt og gir flere mennesker adgang til varer med det samme varemerke. Enhver restriksjon på prinsippet om fri konkurranse vil medføre konkurransebegrensende regler.

⁵ OJ nr C 351, 31.12.1980, s. 1.

⁶ Se varemerkelovgivningen i Benelux-landene og i Tyskland.

⁷ BGH v. 14.12.1995 - I ZR 210/93, GRUR 1996, 271

⁸ Se sak C-352/95 *Phytheron International SA* mot *Jean Bourdon SA*, foreløpig ikke i samlingen.

a direct impact on consumers. Parallel imports help to stem a centralization of power and give more people access to goods that are the subject of the same trade mark. Any restrictions on the institution of free competition will lead to anti-competition rules.

23. Furthermore, the European countries have advocated the principle of free competition by recognizing the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)⁹ and contributing to the World Trade Organization (WTO). It would be contrary to the whole line of thought within the EEA and throughout international trade co-operation to introduce anti-competition rules at this time.

24. A prohibition of parallel imports from countries outside the EEA would constitute a protectionist measure in favour of the internal European market. Such a measure could have secondary effects at the political level.

25. The main arguments against parallel imports¹⁰ concern commercial matters which should be resolved by the manufacturer and the trade mark importer. As to the question of quality of parallel-imported products, the defendant states that in any event the products are the same since they are produced by the same manufacturer. The consumer will be protected by consumer legislation and by other corresponding rules.

26. Furthermore, these arguments against parallel imports are not emphasized in the provision concerning regional exhaustion.

27. The defendant proposes answering the questions as follows:

“Article 7 cannot be interpreted in such a manner that it precludes international exhaustion. Accordingly, the individual countries in the EEA must be allowed to decide themselves whether they want to have rules on international or regional exhaustion.”

3. The Government of the Principality of Liechtenstein

28. For the *Liechtenstein Government* the question is whether the principle of exhaustion is valid at the national level (national exhaustion), at the regional level (regional exhaustion) or whether it is of world-wide scope (international exhaustion).

29. Analyzing several judgments of the ECJ¹¹ concerning Article 30 and 36 EC, the Liechtenstein Government comes to the conclusion that the ECJ's case law, which is reflected in Article 7(1) of the Trade Mark Directive, cannot be interpreted in such a way as to require regional exhaustion from the national legislator. There is neither the negative effect on trade between Member States nor are there other provisions that would prevent a Member State from

⁹ See Introduction to the GATT Agreement.

¹⁰ (1) The aspect that an importer which has imported goods free of charge through parallel import gains the advantage of any marketing done by the licensed trademark importer.
(2) The aspect that it is difficult to carry out product control with goods that are the object of parallel imports.

¹¹ See Cases 16/74 *Centrafarm v Winthrop* [1974] ECR 1183 (hereinafter “*Centrafarm*”); 51/75 *EMI Records v CBS United Kingdom Limited* [1975] ECR 811 (hereinafter “*EMI*”); 270/80 *Polydor Limited et al. v Harlequin Record Shops et al.* [1982] ECR 329 (hereinafter “*Polydor*”); C-10/89 *CNL-Sucal SA v Hag GF AG* [1990] ECR I-3711 (hereinafter “*HAG IP*”); C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik v Ideal Standard* [1994] ECR I-2789 (hereinafter “*Ideal Standard*”).

23. Videre har de europeiske landene forfektet prinsippet om fri konkurranse ved å anerkjenne Generalavtalen om tolltariffer og handel (GATT)⁹ og bidratt til Verdens Handelsorganisasjon (WTO). Det ville være i strid med hele tankegangen innad i EØS, og gjennom det internasjonale handelssamarbeidet, å innføre konkurransebegrensende regler nå.

24. Et forbud mot parallellimport fra land utenfor EØS ville representere et proteksjonistisk tiltak i favør av det indre europeiske markedet. Et slikt tiltak vil kunne ha avledede virkninger på det politiske nivå.

25. Hovedargumentene mot parallellimport¹⁰ gjelder kommersielle forhold som bør løses mellom produsenten og varemerkeimportøren. Når det gjelder spørsmålet om kvaliteten på parallellimporterte produkter, uttaler saksøkte at produktene under enhver omstendighet er de samme ettersom de er produsert av samme produsent. Forbrukeren vil være beskyttet av forbrukerlovgivning og andre tilsvarende regler.

26. Videre er ikke disse argumentene mot parallellimport fremhevet i bestemmelsen om regional konsumpsjon.

27. Saksøkte foreslår følgende svar på spørsmålene:

"Artikkel 7 kan ikke tolkes slik at den stenger for internasjonal konsumpsjon. De enkelte landene innen EØS må således selv kunne bestemme om de vil ha regler om internasjonal eller regional konsumpsjon."

3. Den liechtensteinske regjering

28. For *Den liechtensteinske regjering* er spørsmålet hvorvidt prinsippet om konsumpsjon gjelder på det nasjonale nivå (nasjonal konsumpsjon), på det regionale nivå (regional konsumpsjon) eller om det har verdensomspennende anvendelse (internasjonal konsumpsjon).

29. Gjennom analyse av flere dommer fra EF-domstolen¹¹ vedrørende EF-traktaten artikkel 30 og 36, kommer Den liechtensteinske regjering til den konklusjonen at EF-domstolens rettspraksis, som er gjenspeilet i varemerkedirektivet artikkel 7(1), ikke kan tolkes på en slik måte at den krever regional konsumpsjon av den nasjonale lovgiver. Det er verken den negative effekten på handelen mellom medlemsstatene eller andre bestemmelser som vil hindre en medlemsstat fra å innføre prinsippet om internasjonal konsumpsjon. Derfor er bestemmelsene om fri bevegelighet av varer ikke anvendelige i den foreliggende saken.

⁹ Se GATT-avtalens innledning.

¹⁰ (1) Det forhold at en importør som har parallellimportert en vare, gratis drar fordel av en eventuell markedsføring som den lisensierte varemerkeimportøren driver.

(2) Det forhold at det er vanskelig å gjennomføre produktkontroll med varer som er gjenstand for parallellimport.

¹¹ Se sakene 16/74 *Centrafarm* mot *Winthrop* [1974] ECR 1183 (heretter "*Centrafarm*"); 51/75 *EMI Records* mot *CBS United Kingdom Limited* [1975] ECR 811 (heretter "*EMI*"); 270/80 *Polydor Limited m fl* mot *Harlequin Record Shops m fl* [1982] ECR 329 (heretter "*Polydor*"); C-10/89 *CNL-Sucal SA* mot *Hag GF AG* [1990] ECR I-3711 (heretter "*HAG I*"); C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik* mot *Ideal Standard* [1994] ECR I-2789 (heretter "*Ideal Standard*").

introducing the principle of international exhaustion. Thus, the provisions of free movement of goods are not applicable in the present case.

30. The main function of a trade mark, *viz.*, to allow the consumer to identify with certainty the origin of the products, does not come into question since the products imported stem from the proprietor of the mark. The quality or guarantee function of a trade mark may be regarded as part of the function of origin.¹² This is not called into question when a product is put into circulation by the same undertaking, by a licensee, by a parent company, by a subsidiary of the same group or by an exclusive distributor. Therefore, Member States should not be deprived of the possibility of maintaining or introducing international exhaustion in their national legislation. This principle is fully consistent with the function of the mark as indicator of origin.

31. For the Liechtenstein Government it is obvious that national exhaustion is prohibited under the Trade Mark Directive, but it is unclear whether the Directive also prohibits international exhaustion.

32. Reference is made to commentators¹³ arguing that Article 7(1) does not allow Contracting Parties to maintain the principle of international exhaustion and commentators¹⁴ arguing that the provision only lays down a minimum requirement of EEA-wide exhaustion, while permitting the Contracting Parties to maintain or establish the principle of international exhaustion as a national principle.

33. It follows from the wording and the aim¹⁵ of the Trade Mark Directive that each EEA Member can decide whether it wants to allow parallel imports from third countries for the benefit of its consumers. Even the Commission proposed possibilities of a future introduction of international exhaustion through rulings of national courts.¹⁶

34. Contrary to the Trade Mark Directive, Article 9(2) of Council Directive 92/100/EEC on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property contains an explicit exclusion of the principle of international exhaustion.

¹² See Opinion of the Advocate General in Case C-337/95 *Christian Dior SA*, not yet reported.

¹³ See, e.g., Herman Cohen Jehoram, *International Exhaustion versus Importation Right: A Murky Area of Intellectual Property Law*, GRURInt. 1996, 281; Jesper Rasmussen, *The principle of exhaustion of trade mark rights pursuant to Directive 89/104 (and Regulation 40/94) (1995)* 4 EIPR, 175; Rolf Sack, *Die Erschöpfung von Markenrechten nach Europäischem Recht*, RIW 1994, 897; Henning Harte-Bavendamm/Eva Scheller, *Die Auswirkungen der Markenrichtlinie auf die Lehre der internationalen Erschöpfung*, WRP 1994, 571; Peter Kunz-Hallstein, *perspektiven der Angleichung des nationalen Markenrechts in der EWG*, GRURInt. 1992, 81; Rainer Klaka, *Erschöpfung und Verwirkung im Licht des Markenrechtsreformgesetzes*, GRURInt. 1994, 321.

¹⁴ See, e.g., Friedrich-Karl Beier, *Gewerblicher Rechtsschutz und freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt und im Verkehr mit Drittstaaten*, GRURInt. 1989, 615; Carsten Thomas Ebenroth, *Gewerblicher Rechtsschutz und Herkunftsfunktion der Marke (1993)* 27; Reinhard Schanda, *Parallelimport und Herkunftsfunktion der Marke*, ÖBl. 1996, 174; Nicolas Shea, *Does the First Trade Mark Directive Allow International Exhaustion of Rights?* (1995) 10 EIPR 463; Ulrich Loewenheim, *Nationale und Internationale Erschöpfung von Schutzrechten im wandel der Zeiten*, GRURInt. 1996, 312; *Markenrechtsentwicklung und Parallelimport*, ÖBl 1994, 195.

¹⁵ See 7th recital of the Trade Mark Directive.

¹⁶ See Nicholas Shea, *Does the First Trade Mark Directive Allow International Exhaustion of Rights?* [1995] 10 EIPR 464.

30. Hovedfunksjonen for et varemerke, nemlig å gjøre det mulig for forbrukeren å identifisere produktene opprinnelse med sikkerhet, kommer ikke inn i bildet siden de importerte produktene stammer fra varemerkeinnhaveren. Kvalitets- eller garantifunksjonen til et varemerke kan ses på som en del av opprinnelsesfunksjonen.¹² Det reises ikke spørsmål om dette når et produkt er satt i sirkulasjon av det samme foretaket, av en lisenshaver, av et morsselskap, av et datterselskap i samme gruppen eller av en endistributør. Medlemsstatene bør derfor ikke fratras muligheten til å opprettholde eller gjennomføre internasjonal konsumpsjon i deres nasjonale lovgivning. Dette prinsippet er i full overensstemmelse med merkets funksjon som en indikasjon på opprinnelse.
31. For Den liechtensteinske regjering er det åpenbart at nasjonal konsumpsjon er forbudt etter varemerkedirektivet, men det er uklart om direktivet også forbyr internasjonal konsumpsjon.
32. Det henvises til kommentatorer¹³ som hevder at artikkel 7(1) ikke tillater kontraktspartene å opprettholde prinsippet om internasjonal konsumpsjon, og kommentatorer¹⁴ som hevder at bestemmelsen bare fastlegger et minimumskrav om konsumpsjon på EØS-nivå mens den åpner for kontraktspartene til å opprettholde eller etablere prinsippet om internasjonal konsumpsjon som et nasjonalt prinsipp.
33. Det følger av ordlyden i og formålet¹⁵ med varemerkedirektivet at hvert EØS-medlem kan avgjøre om det ønsker å tillate parallellimport fra tredjeland til forbrukernes fordel. Selv Kommisjonen for De europeiske fellesskap foreslo mulighetene for en fremtidig introduisering av internasjonal konsumpsjon gjennom avgjørelser av nasjonale domstoler.¹⁶
34. I motsetning til varemerkedirektivet inneholder Rådskretiv 92/100/EØS om utleie- og utlånsrett og om visse opphavsrettsbeslektede rettigheter på området immaterialrett, artikkel 9(2), en uttrykkelig utelukkning av prinsippet om internasjonal konsumpsjon.

¹² Se generaladvokatens uttalelse i sak C-337/95 *Christian Dior SA*, foreløpig ikke i samlingen.

¹³ Se bl a Herman Cohen Jehoram, *International Exhaustion versus Importation Right: A Murky Area of Intellectual Property Law*, GRURInt. 1996, 281; Jesper Rasmussen, *The principle of exhaustion of trade mark rights pursuant to Directive 89/104 (and Regulation 40/94) (1995)* 4 EIPR, 175; Rolf Sack, *Die Erschöpfung von Markenrechten nach Europäischem Recht*, RIW 1994, 897; Henning Harte-Bavendamm/Eva Scheller, *Die Auswirkungen der Markenrechtsrichtlinie auf die Lehre der internationalen Erschöpfung*, WRP 1994, 571; Peter Kunz-Hallstein, *perspektiven der Angleichung des nationalen Markenrechts in der EWG*, GRURInt. 1992, 81; Rainer Klaka, *Erschöpfung und Verwirkung im Licht des Markenrechtsreformgesetzes*, GRURInt. 1994, 321.

¹⁴ Se bl a Friedrich-Karl Beier, *Gewerblicher Rechtsschutz und freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt und im Verkehr mit Drittstaaten*, GRURInt. 1989, 615; Carsten Thomas Ebenroth, *Gewerblicher Rechtsschutz und Herkunftsfunktion der Marke (1993)* 27; Reinhard Schanda, *Parallelimport und Herkunftsfunktion der Marke*, ÖBl. 1996, 174; Nicolas Shea, *Does the First Trade Mark Directive allow International Exhaustion of Rights?* (1995) 10 EIPR, 463; Ulrich Loewenheim; *Nationale und Internationale Erschöpfung von Schutzrechten im wandel der Zeiten*, GRURInt. 1996, 312; *Markenrechtentwicklung und Parallelimport*, ÖBl 1994, 195.

¹⁵ Se varemerkedirektivets fortale, syvende ledd.

¹⁶ Se Nicholas Shea, *Does the First Trade Mark Directive Allow International Exhaustion of Rights?* [1995] 10 EIPR, 464.

35. Furthermore, the Liechtenstein Government refers to the different ways Article 7(1) has been implemented in the EC Member States¹⁷ and in Liechtenstein.¹⁸ According to the Liechtenstein Government, the principle of international exhaustion is in the interest of free trade and competition and thus in the interest of consumers.¹⁹

36. Comparing the purpose and the scope of the EC Treaty and the EEA Agreement,²⁰ the Liechtenstein Government notes that the EEA Agreement does not establish a customs union, but only a free trade area, although it goes much beyond the free-trade agreements previously concluded by the EC and the EFTA Countries. Unlike the EC Treaty, the EEA Agreement does not include provisions on a common commercial policy towards third countries.²¹ The EEA is “a fundamentally improved free trade area”²² and the limitations of the objectives of the EEA is mirrored in the scope of the EEA provisions on the free movement of goods. According to Article 8(2) EEA, Article 11 et seq. EEA apply only to products originating in the EEA. Imported goods from outside the EEA are therefore not subject to the free movement of goods within the EEA. This means that Article 7 of the Trade Mark Directive cannot be applied under the circumstances of the case.

37. The EFTA States remain free to conclude treaties and agreements with third countries in relation to trade or IPRs.²³

38. Even in the Community's legal order there is no legislation regarding the principle of international exhaustion. Article 100A EC, the legal basis of the Trade Mark Directive, does not suffice for such legislation. In the TRIPs Agreement²⁴ the issue remains open for the Members to be regulated.

39. The Government of the Principality of Liechtenstein suggests answering the questions as follows:

“Article 7(1) of Council Directive 89/104/EEC is not relevant in the determination of whether a trade mark proprietor is entitled to rely on a national right in order to prevent a product, which has been produced and placed on the market by the

¹⁷ The German legislators considered the maintenance of the principle of international exhaustion to be incompatible with EC law (see footnotes 10 and 25). The Austrian legislators left it up to the courts to decide whether the established principle of international exhaustion may be maintained in Austrian trade mark law (see pending Case C-355/96 *Silhouette International Schmied Gesellschaft mbH & Co KG v Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*.)

¹⁸ See Article 13(4) and (5) of the Liechtenstein Trade Mark Act of 12 December 1996 (Liechtenstein Law Gazette 1997 no. 60).

¹⁹ See the comments made by the Minister for Economy during the debate, Landtagsprotokoll of 12 December 1996, 2791.

²⁰ See Opinion 1/91 Opinion regarding the Draft Agreement between the Community, on the one hand, and the countries of the European Free Trade Association, on the other, relating to the creation of the European Economic Area [1991] ECR I-6079.

²¹ See in particular Article 113 EC.

²² See Sven Norberg, *The European Economic Area: The Legal Answers to a Dynamic and Homogeneous EEA* (1992) 3 Eur.Bus.L.Rev. 195.

²³ See Article 5 and 6 of Protocol 28 EEA.

²⁴ In Opinion 1/94 of 15 November 1994, the ECJ held that the Community and the Member States were jointly competent.

35. Videre viser Den liechtensteinske regjering til de forskjellige måter artikkel 7(1) har vært gjennomført på i EFs medlemsstater¹⁷ og i Liechtenstein.¹⁸ Ifølge Den liechtensteinske regjering tjener prinsippet om internasjonal konsumpsjon frihandel og konkurranse og således også forbrukerne.¹⁹

36. Ved en sammenligning av formålet og anvendelsesområdet til EF-traktaten og EØS-avtalen,²⁰ bemerker Den liechtensteinske regjering at EØS-avtalen ikke etablerer en tollunion, bare et frihandelsområde, skjønt den rekker mye lenger enn de frihandelsavtalene som tidligere er sluttet mellom EF- og EFTA-landene. I motsetning til EF-traktaten, inneholder ikke EØS-avtalen bestemmelser om felles handelspolitikk i forhold til tredjeland.²¹ EØS-avtalen er et fundamentalt forbedret frihandelsområde ("a fundamentally improved free trade area")²² og begrensningene i formålene med EØS-avtalen er gjenspeilet i anvendelsesområdet for EØS-avtalens bestemmelser om fri bevegelighet av varer. Ifølge EØS-avtalen artikkel 8(2), får EØS-avtalen artikkel 11 flg bare anvendelse på produkter med opprinnelse i EØS. Varer importert fra land utenfor EØS er derfor ikke gjenstand for fri bevegelighet av varer innenfor EØS. Dette innebærer at varemerkedirektivet artikkel 7 ikke kan anvendes under omstendighetene i saken.

37. EFTA-statene står fortsatt fritt til å slutte traktater og avtaler med tredjeland i forhold til handel eller immaterielle rettigheter.²³

38. Selv i fellesskapsretten er det ingen lovgivning som gjelder prinsippet om internasjonal konsumpsjon. Varemerkedirektivets rettsgrunnlag, EF-traktaten artikkel 100A, ville ikke være tilstrekkelig for en slik lovgivning. I Avtalen om handelsrelaterte sider ved immaterielle rettigheter (TRIPS)²⁴ står spørsmålet åpent for regulering av medlemsstatene.

39. Den liechtensteinske regjering foreslår følgende svar på spørsmålene:

"Artikkel 7(1) i Rådskolektiv 89/104/EØF er ikke relevant i vurderingen av om en varemerkeinnhaver har rett til å støtte seg på en nasjonal rettighet for å hindre et produkt som er produsert og brakt på markedet av rettighetsinnhaver eller med hans samtykke i et land utenfor EØS fra å bli importert uten hans tillatelse.

¹⁷ De tyske lovgiverne antok at opprettholdelsen av prinsippet om internasjonal konsumpsjon ville være uforenelig med EF-retten (se fotnoter 10 og 25). De østerrikske lovgiverne overlot til domstolene å avgjøre om det etablerte prinsippet om internasjonal konsumpsjon kunne opprettholdes i østerriksk varemerkelovgivning. (se løpende sak C-355/96 *Silhouette International Schmied mbH & Co KG mot Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*).

¹⁸ Se liechtensteinsk varemerkelov av 12 desember 1996 artikkel 13(4) og (5), jf Liechtenstein Law Gazette 1997 nr 60.

¹⁹ Se kommentarene fra økonomiministeren under debatten, jf Landtagsprotokoll av 12 desember 1996, 2791.

²⁰ Se uttalelse 1/91 (Draft Agreement between the Community, on the one hand, and the Countries of the European Free Trade Association, on the other, relating to the creation of the European Economic Area), gitt i henhold til EF-traktaten artikkel 228(1) [1991] ECR I-6079.

²¹ Se særlig EF-traktaten artikkel 113.

²² Se Sven Norberg, *The European Economic Area: The Legal Answers to a Dynamic and Homogeneous EEA* (1992) 3 Eur.Bus.L.Rev. 195.

²³ Se EØS-avtalen protokoll 28, artiklene 5 og 6.

²⁴ I uttalelse 1/94 av 15 november 1994 fastslo EF-domstolen at Fellesskapet og medlemsstatene hadde felles kompetanse.

proprietor or with his consent in a country outside the EEA, from being imported without his consent.

Article 7(1) of the Directive has to be understood to the effect that exhaustion of a trade mark right may not be limited to national exhaustion, but Article 7(1) is not to be understood to the effect that it prohibits EFTA/EEA States from introducing or maintaining the principle of international exhaustion in their national laws.”

4. The Government of the Kingdom of Norway

40. The *Norwegian Government* argues that several EC countries have understood the Trade Mark Directive as not excluding international exhaustion. This in itself is an argument for such an interpretation of the Directive.

41. Furthermore, the different functions of the protection of patents, designs, layout designs for integrated circuits and plant breeders' rights on the one hand, and the protection of trade marks on the other hand, are examined. In the first case, the purpose of the protection is to stimulate technical development by awarding the inventor or plant breeder a sole right of commercial exploitation of the invention or plant variety during a restricted period of time. Rules of exhaustion that are beneficial to the holder of the right may be part of this. For trade marks, the purpose of protection is basically to ensure the identification of goods and services and their commercial origin.

42. A more limited exhaustion than international exhaustion will allow for price discrimination, a stronger segmentation of the markets and reduced price competition. The efficiency of the economy is reduced.

43. The *Norwegian Government* submits that the Trade Mark Directive does not preclude national law from prescribing international exhaustion.

5. The French Government

44. According to the *French Government*, the request could be inadmissible because it is unclear whether or not the goods in question should be deemed to be products originating in Contracting Parties within the meaning of Article 8, paragraph 2 EEA, and Protocol 4 to the EEA Agreement.

45. The *French Government* submits that the provisions of the Trade Mark Directive should be interpreted within the EEA in the light of their interpretation within the EC. When the Council of the European Communities adopted the First Trade Mark Directive, it deliberately chose to approve Community-wide, not international exhaustion. This follows from the unambiguous wording of Article 7(1) of the Trade Mark Directive.

46. The legislative history²⁵ of the Trade Mark Directive indicates that the Council deliberately ruled out international exhaustion.

²⁵ See Article 6(1) of the Proposal for a First Council Directive to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, in which international exhaustion was intended (OJ No C 351, 31.12.1980, p. 1) and the modified proposal of the Commission following the proposal of the European Parliament aimed at abandoning international exhaustion in COM(85) 793.

Direktivets artikkel 7(1) må forstås slik at konsumpsjonen av en varemerkerettighet ikke kan begrenses til nasjonal konsumpsjon, men artikkel 7(1) skal ikke forstås slik at den forbyr EFTA/EØS-stater fra å gjennomføre eller opprettholde prinsippet om internasjonal konsumpsjon i deres nasjonale lovgivning.”

4. Den norske regjering

40. *Den norske regjering* hevder at en rekke EF-land har forstått at varemerkedirektivet slik at det ikke utelukker internasjonal konsumpsjon. Dette er i seg selv et argument for en slik tolkning av direktivet.

41. Videre undersøkes de forskjellige funksjonene av beskyttelse av patenter, design, layout designs for kreftsmønstre og planteforedlerrettigheter på ene siden og beskyttelsen av varemerker på den annen. I det første tilfellet er formålet med beskyttelsen å stimulere den tekniske utviklingen ved å gi oppfinneren eller planteforedleren en enerett til kommersiell utnyttelse av oppfinnelsen eller planteforedlingen en begrenset periode. Bestemmelser om konsumpsjon til fordel for rettighetsinnehaveren kan være en del av dette. For varemerker er formålet med beskyttelsen dypst sett å sikre identifiseringen av varer og tjenester og deres kommersielle opprinnelse.

42. En mer begrenset konsumpsjon enn internasjonal konsumpsjon vil tillate prisdiskriminering, en sterkere segmentering av markedene og redusert pris konkurranse. Den økonomiske effektiviteten reduseres.

43. Den norske regjering anfører at varemerkedirektivet ikke forhindrer nasjonal lov fra å fastsette internasjonal konsumpsjon.

5. Den franske regjering

44. Ifølge *Den franske regjering*, vil foreleggelsen kunne avvises fordi det er uklart hvorvidt varene det gjelder skal anses som produkter med opprinnelse i avtalepartene, slik som fastsatt i EØS-avtalen artikkel 8 nr 2 og EØS-avtalen protokoll 4.

45. Den franske regjering hevder at bestemmelsene i varemerkedirektivet bør tolkes innen EØS i lys av dets fortolkning innen EF. Da Rådet for De europeiske fellesskap vedtok det første varemerkedirektivet, valgte det bevisst å godta konsumpsjon på fellesskapsnivå og ikke på internasjonalt nivå. Dette følger av den entydige ordlyden i varemerkedirektivet artikkel 7(1).

46. Direktivets forhistorie²⁵ viser at Rådet bevisst utelukket internasjonal konsumpsjon.

²⁵ Se artikkel 6(1) i forslaget til et første Rådskdirektiv om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om varemerker hvor det var tiltenkt internasjonal konsumpsjon (OJ nr C 351, 31.12.1980, s. 1) og det modifiserte forslaget fra Kommissjonen for de europeiske fellesskap etter forslag fra Europaparlamentet med sikte på å oppgi internasjonal konsumpsjon, jf COM(85) 793.

47. It emerges from the ECJ's case law²⁶ that the objectives of uniform protection²⁷ of trade marks and of the unification of national markets into a single market having the characteristics of a domestic market can best be attained by Community-wide exhaustion precluding international exhaustion. Articles 30 and 36 EC concern solely the free movement of goods between Member States. Therefore, the trade mark right may be exhausted only when a cross-border movement inside the Community is effected. The ECJ has indicated that international exhaustion of trade mark rights was not prescribed by any provision in the EEC.²⁸

48. A combination of international exhaustion with Community-wide exhaustion would lead to a partitioning of the internal market. If a product was marketed without the consent of the trade mark rights holder in a Member State which allowed international exhaustion, that product could then be exported into another Member State which recognized only Community-wide exhaustion. The question would then arise as to whether the trade mark holder in the second Member State could bring proceedings against the parallel importer to prohibit the sale of products bearing the trade mark.

49. Community-wide exhaustion, to the exclusion of international exhaustion, would best contribute to the strengthening of the competitiveness of Community industry in accordance with Article 3 EC. Community-wide exhaustion has been retained in legislative texts concerning various intellectual property rights.²⁹

50. The French Government submits that Article 7(1) of the Act referred to in Annex XVII, point 4 of the EEA Agreement should be interpreted in the light of Articles 30 and 36 EC as interpreted by the ECJ.

51. This conclusion is also consistent with the general purposes of the EEA, which are deeply reminiscent of those of the EC. Only EEA-wide exhaustion of trade mark rights to the exclusion of international exhaustion is compatible with the objective of establishing a dynamic and homogeneous European Economic Area, based on common rules and equal conditions of competition. If international exhaustion of intellectual property rights were allowed to prevail within some EEA Member States, while the EC recognized Community-wide exhaustion, it would be impossible to guarantee equal conditions of competition within a homogeneous EEA for trade mark holders and other IP-proprietors. Furthermore, it is a decisive means to the achievement of the common objective of encouraging European industry to become more competitive at the international level.

52. The French Government proposes that the questions should be answered as follows:

“Article 7, paragraph 1 of the Act referred to in point 4 of Annex XVII to the EEA Agreement (First Council Directive of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (89/104/EEC)) is to be understood as conferring a right on a trade mark proprietor to prevent an import from a third country

²⁶ Joined Cases C-427/93, C-429/93 and C-436/93 *Bristol-Myers Squibb and Others v Paranova* [1996] ECR I-3547; *Polydor*, footnote 11.

²⁷ See 9th recital of the Trade Mark Directive.

²⁸ See *EMI*, footnote 11.

²⁹ See Council Regulation of 20 December 1993 on the Community trade mark (OJ No L 11, 14.1.1994); Council Regulation of 27 July 1994 on Community plant variety rights (OJ No L 227, 1.9.1994); Council Directive of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs (OJ No L 122, 17.5.1991); Council Directive of 19 November 1992 on rental, lending rights and certain related rights (OJ No L 346, 27.11.1992)

47. Det følger av EF-domstolens praksis²⁶ at målsettingen om en lik beskyttelse²⁷ av varemerker, og samlingen av nasjonale markeder i et felles marked med karakterstikker til et nasjonalt marked, best kan nås ved konsumpsjon på fellesskapsnivå med utelukkelse av internasjonal konsumpsjon. EF-traktaten artikkel 30 og 36 gjelder bare fri bevegelighet av varer mellom medlemsstatene. Av den grunn kan varemerkerettigheten bare konsumeres når det berører en grenseoverskridende bevegelse innenfor Fellesskapet. EF-domstolen har indikert at internasjonal konsumpsjon av varemerkerettigheter ikke var foreskrevet i noen av EF-traktatens bestemmelser.²⁸

48. En kombinasjon av internasjonal konsumpsjon og konsumpsjon på fellesskapsnivå ville føre til en oppdeling av det indre markedet. Dersom et produkt ble markedsført uten tillatelse av rettighetshaver til varemerket i en medlemsstat som tillot internasjonal konsumpsjon, kunne dette produktet da eksporteres til en annen medlemsstat som anerkjente konsumpsjon bare på fellesskapsnivå. Det ville da oppstå spørsmål om varemerkeinnhaveren i den andre medlemsstaten kunne reise søksmål mot parallellimportøren for å forby salg av produkter som bærer varemerket.

49. Konsumpsjon på fellesskapsnivå, med utelukkelse av internasjonal konsumpsjon, ville best bidra til styrkingen av konkurransevnen til industrien i Fellesskapet i tråd med EF-traktaten artikkel 3. Konsumpsjon på fellesskapsnivå er opprettholdt i lovgivningen for forskjellige immaterialrettigheter.²⁹

50. Den franske regjering anfører at artikkel 7(1) i rettsakten vist til i EØS-avtalen Vedlegg XVII, pkt 4 bør fortolkes i lys av EF-domstolens fortolkning av EF-traktaten artikler 30 og 36.

51. Denne konklusjonen er også i overensstemmelse med de generelle formålene med EØS, som sterkt minner om de i EF. Bare EØS-omfattende konsumpsjon av varemerkerettigheter med utelukkelse av internasjonal konsumpsjon er forenlig med formålet om å etablere et dynamisk og homogent europeisk økonomisk samarbeidsområde, basert på felles bestemmelser og like konkurransevilkår. Dersom internasjonal konsumpsjon av intellektuell eiendomsrett ble tillatt i noen EØS-medlemsstater, mens EF bygget på konsumpsjon på fellesskapsnivå, ville det være umulig å garantere like konkurransevilkår innen et homogent EØS for varemerkeinnhavere og innehavere av andre intellektuelle eiendomsretter. Videre er det et avgjørende middel for å oppnå det felles mål om å motivere europeisk industri til å bli mer konkurransedyktig internasjonalt.

52. Den franske regjering foreslår følgende svar på spørsmålene:

"Artikkel 7, paragraf 1 av rettsakten vist til i EØS-avtalen Vedlegg XVII punkt 4 (første rådsdirektiv av 21 desember 1988 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om varemerker (89/104/EØF)) skal forstås slik at den gir en rett for varemerkeinnhaveren til å hindre en import fra tredjeland utenfor EØS når slik import finner sted uten samtykke av varemerkeinnhaveren."

²⁶ Forente saker C-427/93, C-429/93 og C-436/93 *Bristol-Myers Squibb m fl mot Paranova* [1996] ECR I-3547; *Polydor*, fotnote 11.

²⁷ Se varemerkedirektivets fortale, niende ledd.

²⁸ Se *EMI*, fotnote 11.

²⁹ Se Rådsforordning av 20 desember 1993 om Fellesskapsvaremerket (OJ nr L 11, 14.1.1994); Rådsforordning av 27 juli 1994 om EF-planteforedlerrettigheter (OJ nr L 227, 1.9.1994); Rådsdirektiv av 14 mai 1991 om rettslig vern av datamaskinprogrammer (OJ nr L 122, 17.5.1991); Rådsdirektiv av 19 november 1992 om utleie- og utlånsrett og om visse opphavsrettsbeslektede rettigheter på området immaterialrett (OJ nr L 346, 27.11.1992).

outside the EEA, when said import takes place without the consent of the trade mark proprietor.”

6. The German Federal Government

53. For the *German Federal Government* it follows from the wording of Article 7(1) of the Trade Mark Directive that the right of the proprietor to forbid third parties to use the trade mark is not exhausted if the goods have been put on the market under this trade mark outside the Community.

54. This view is supported by the system of the Directive. As an exception to the principle in Article 5, Article 7(1) must be interpreted restrictively.

55. Furthermore, the origin of the Trade Mark Directive implies that Article 7(1) is to be understood as a binding order to apply the principle of Community-wide and EEA-wide exhaustion of the trade mark right.³⁰

56. Concerning the second question, the German Government states that the provision of national exhaustion by the legislator of a Member State would be contrary to the wording, the system and the purpose of Article 7(1) of the Trade Mark Directive. This view is confirmed by the relevant case law of the ECJ.³¹

57. The principle of international exhaustion would not be contrary to the cited case law of the ECJ, because parallel imports between the Member States of the EC and the EEA would be admissible. In addition, the principle of international exhaustion would also allow parallel imports from such countries that belong neither to the Community nor to the EEA.

58. If one Member State continued to apply or introduced the principle of international exhaustion, while others provided for Community-wide (EEA-wide) exhaustion in their legal system, the functioning of the internal market would be impaired. It would be possible to import goods marketed outside the Community or the EEA into a Member State that, pursuant to the principle of international exhaustion, would regard the trade mark right of the proprietor as exhausted. Nevertheless, the proprietor could prevent the further sale of such goods in Member States that only applied Community-wide exhaustion of trade marks. As a consequence, differing rules of exhaustion within the Community and the EEA would result in new trade barriers and protected markets. Therefore only a uniform interpretation of Article 7(1) corresponds to the objective of the Trade Mark Directive to harmonize the protection of registered trade marks under the laws of all Member States. The rule on the exhaustion of trade marks belongs to those provisions of national law which most directly affect the functioning of the internal market.

59. The German Federal Government is of the opinion that protected markets could also be prevented if all Member States introduced the principle of international exhaustion.

³⁰ See footnote 25 and in addition COM (80) 635 final.

³¹ See *Centrafarm, HAG II, Ideal Standard*, footnote 11; and *Paranova*, footnote 26.

6. Den føderale tyske regjering

53. For *Den føderale tyske regjering* følger det av ordlyden i varemerkedirektivet artikkel 7(1) at retten for innehaveren til å forby tredjemenn å anvende varemerket ikke er konsumert dersom varene føres på markedet under dette varemerket utenfor Fellesskapet.

54. Dette synspunktet støttes av direktivets system. Som et unntak fra prinsippet i artikkel 5, må artikkel 7(1) tolkes restriktivt.

55. Videre innebærer varemerkedirektivets opprinnelse at artikkel 7(1) skal forstås som et bindende pålegg om å anvende prinsippet om konsumpsjon av varemerkerettigheter på fellesskaps- og EØS-nivå.³⁰

56. Når det gjelder det andre spørsmålet, hevder *Den føderale tyske regjering* at bestemmelsen om nasjonal konsumpsjon gitt av en lovgiver i en medlemsstat ville være i strid med ordlyden, systemet og formålet med varemerkedirektivet artikkel 7(1). Dette synspunktet bekreftes av den relevante praksis fra EF-domstolen.³¹

57. Prinsippet om internasjonal konsumpsjon vil ikke være i strid med den siterte rettspraksisen fra EF-domstolen, fordi parallellimport mellom EFs medlemsstater og EØS ville tillates. I tillegg ville prinsippet om internasjonal konsumpsjon også tillate parallellimport fra slike land som verken hører til Fellesskapet eller til EØS.

58. Dersom én medlemsstat fortsatte å anvende eller introduserte prinsippet om internasjonal konsumpsjon, mens andre hadde bestemmelser om konsumpsjon på fellesskapsnivå (EØS-nivå) i deres rettssystemer, ville det indre markeds funksjon bli svekket. Det ville være mulig å importere varer som er markedsført utenfor Fellesskapet eller EØS til en medlemsstat som, i henhold til prinsippet om internasjonal konsumpsjon, ville anse varemerkerettigheten til innehaveren som konsumert. Ikke desto mindre kunne innehaveren hindre videresalg av slike varer i en medlemsstat som bare anvendte konsumpsjon av varemerker på fellesskapsnivå. Som en konsekvens ville forskjellige regler i Fellesskapet og EØS føre til nye handelsbarrierer og beskyttede markeder. Av den grunn er det bare en ensartet fortolkning av artikkel 7(1) som svarer til varemerkedirektivets målsetting om å harmonisere beskyttelsen av registrerte varemerker i alle medlemsstatenes lovgivning. Regelen om konsumpsjon av varemerker hører til de bestemmelsene i nasjonal lov som mest direkte påvirker det indre markeds funksjon.

59. *Den føderale tyske regjering* er av den oppfatning at beskyttede markeder også kunne hindres dersom alle medlemsstatene innførte prinsippet om internasjonal konsumpsjon.

³⁰ Se fotnote 25 og i tillegg COM(80) 635 final.

³¹ Se *Centrafarm, HAG II, Ideal Standard*, fotnote 11, og *Paranova*, fotnote 26.

60. When the Trade Mark Directive was translated into German law, Community- and EEA-wide exhaustion were explicitly provided for in the proposal of the Trade Mark Act.³² The German Federal Supreme Court also ruled that the principle of international exhaustion of trade mark rights must no longer be applied since the entry into force of the Trade Mark Directive.³³

61. The German Federal Government therefore suggests answering the questions as follows:

“Article 7 paragraph 1 of the Trade Mark Directive is to be understood to the effect that exhaustion of the trade mark right may neither be limited to national exhaustion nor expanded to include international exhaustion.”

7. The Government of the United Kingdom

62. The *Government of the United Kingdom* refers to its observations submitted in the *Silhouette* case³⁴ and argues that in order to appreciate properly the effect of Article 7(1), it is necessary first to consider the scope of rights given by a trade mark under Article 5 of the Trade Mark Directive. The right to oppose the import of goods bearing the trade mark is a type of “use” in the course of trade which the proprietor is entitled to prevent under Article 5(1) and 5(2) of the Trade Mark Directive.

63. Furthermore, the proper interpretation of Article 7(1), as a matter of construction of the language, intention and legislative history, is that it provides a specific and narrow exception to the trade mark rights granted by Article 5 which exception is limited to goods marked under the trade mark with the trade mark proprietor's consent within the EEA. The legislator expressly considered and rejected the possibility of providing that there should be exhaustion of rights wherever the goods were first marketed.

64. The Government of the United Kingdom submits that the questions should be answered as follows:

“Article 5 of First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks [...] entitles the proprietor of a registered trade mark to prevent all third parties not having his consent from importing into an EEA state goods under that mark; Article 7(1) of the Directive derogates from that right only to the extent that the goods have been put on the market in the EEA under that mark by the proprietor or with his consent.”

Articles 5 and 7 of the Directive when considered together prevent domestic legislation from providing for international exhaustion of the Directive and thus domestic law cannot properly be limited to national exhaustion nor provide for a general principle of international exhaustion.”

³² See statement of reasons for the Draft Act by the Federal Government, publications by the Bundestag 12/6581 of 14 January 1984, p. 81.

³³ BGH v. 14.12.1995 - I ZR 210/93, GRUR 1996, 271.

³⁴ See footnote 17.

60. Da varemerkedirektivet ble gjennomført i tysk lov, ble konsumpsjon på fellesskaps- og EØS-nivå uttrykkelig fastlagt i forslaget til varemerkelov.³² Den tyske Høyesterett fastslo også at prinsippet om internasjonal konsumpsjon av varemerkerettigheter ikke lenger må anvendes etter varemerkedirektivets ikrafttredelse.³³

61. Den føderale tyske regjering foreslår derfor følgende svar på spørsmålene:

“Artikkel 7, paragraf 1 i varemerkedirektivet skal forstås slik at konsumpsjon av varemerkerettigheten verken kan begrenses til nasjonal konsumpsjon eller utvides til internasjonal konsumpsjon.”

7. Den britiske regjering

62. Den britiske regjering viser til dens saksfremstilling gitt i *Silhouette*³⁴ og hevder at for å bedømme virkningene av artikkel 7(1) riktig, er det nødvendig først å vurdere omfanget av rettighetene et varemerke gir etter varemerkedirektivet artikkel 5. Retten til å motsette seg importen av varer som bærer varemerket er en type “bruk” i handelsvirksomhet som rettighetsinnehaveren har rett til å hindre etter varemerkedirektivet artikler 5(1) og 5(2).

63. Videre er en riktig fortolkning av artikkel 7(1), på bakgrunn av den språklige oppbygningen, intensjonen og tilblivelseshistorien, at den gir et særskilt og snevert unntak til varemerkerettighetene som er fastsatt i artikkel 5. Unntak er begrenset til varer markedsført under varemerket med varemerkeinnhavers samtykke innen EØS. Lovgiveren vurderte uttrykkelig og avviste muligheten for å regulere at rettighetene skulle konsumeres uansett hvor varene første gang ble markedsført.

64. Den britiske regjering foreslår at spørsmålene bør besvares som følger:

“Artikkel 5 i første rådsdirektiv 89/104/EØF av 21 desember 1988 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om varemerker [...] gir rettighetshaveren til et registrert varemerke rett til å hindre alle tredjemenn som ikke har hans samtykke fra å importere til en EØS-stat varer under dette merke; direktivets artikkel 7(1) gjør bare unntak fra denne rettigheten i den utstrekning varene er brakt på EØS-markedet under dette merke av rettighetshaveren eller med hans samtykke.

Direktivets artikler 5 og 7, når de betraktes i sammenheng, hindrer nasjonal lovgivning fra å bestemme internasjonal konsumpsjon etter direktivet. Nasjonal lovgivning kan således ikke begrenses til nasjonal konsumpsjon eller til å fastsette et generelt prinsipp om internasjonal konsumpsjon.”

³² Se begrunnelsene for lovforslaget fra Den føderale regjering, Forbundsdagens publikasjoner 12/6581 av 14 januar 1984, s. 81.

³³ BGH v. 14.12.1995 - I ZR 210/93, GRUR 1996, 271.

³⁴ Se fotnote 17.

8. The EFTA Surveillance Authority

65. *The EFTA Surveillance Authority* submits that the concept of exhaustion of trade mark rights is intended to remove an obstacle to the free movement of goods resulting from a proprietor exercising his rights to prevent parallel imports.³⁵

66. Reference is made to the Norwegian Trade Marks Act³⁶ and to Articles 5 and 7 of the Trade Mark Directive.

67. Contrary to the EC Treaty, the EEA Agreement does not establish a customs union. Additionally, the EEA-Agreement does not entail a common commercial policy towards third countries and the principle of free movement of goods, as laid down in Articles 11 - 13 EEA, applies according to Article 8 EEA only to goods originating in the EEA, while in the Community a product is in free circulation once it has been lawfully placed on the market in a Member State. In general, the latter applies in the context of the EEA only in respect of products originating in the EEA.

68. These differences between the Community and the EEA will also have to be reflected in the application of the principle of exhaustion of trade mark rights. With regard to goods imported into an EFTA State from third countries, the application of the principle of exhaustion would not at all contribute to the attainment of the objective of Article 7(1) of the Trade Mark Directive to ensure the free movement of goods. Requiring Article 7(1) to be applied to such trade would impose restraints on the EFTA States in their third country trade relations.

69. If a product that was manufactured in the United States is imported into Norway, this product would not be subject to the principle of the free movement of goods within the EEA. Therefore, Article 7(1) of the Directive is not relevant in determining whether or not the trade mark holder can prevent the product from being imported into Norway.

70. The EFTA Surveillance Authority proposes answering the questions as follows:

“Article 7(1) of the Act referred to in point 4 of Annex XVII to the EEA Agreement (First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks) is not relevant in the determination of whether or not the proprietor of a trade mark can prevent a product originating in a non-EEA country from being imported under that sign from that country into an EFTA/EEA State.”

9. Commission for the European Communities

71. The *Commission for the European Communities* is of the opinion that there should be a single legal regime on exhaustion of rights. Otherwise, countries applying international exhaustion will serve as a loophole for imports from outside the EEA into States providing for Community exhaustion. The consequence would be that a holder of rights in the latter State can rely on Article 36 EC to stop this intra-Community or intra-EEA import. New barriers to the free movement of goods will occur.

³⁵ In Community law this principle was established by the ECJ (see Cases 78/70 *Deutsche Grammophon v Metro* [1971] ECR 487, and *Centrafarm*, footnote 11; it is now codified in the Trade Mark Directive and extended to encompass the EEA.

³⁶ See footnote 2.

8. EFTAs overvåkningsorgan

65. *EFTAs overvåkningsorgan* hevder at konseptet om konsumpsjon av varemerkerettigheter har til hensikt å fjerne et hinder for fri bevegelse av varer som en følge av at rettighetshaveren utøver sine rettigheter til å hindre parallellimport.³⁵

66. Det vises til den norske varemerkeloven³⁶ og til varemerkedirektivet artikler 5 og 7.

67. I motsetning til EF-traktaten, etablerer ikke EØS-avtalen noen tollunion. I tillegg medfører ikke EØS-avtalen en felles handelspolitikk overfor tredjeland. Prinsippet om fri bevegelse av varer som fastsatt i EØS-avtalen artikler 11-13 får, etter EØS-avtalen artikkel 8, bare anvendelse på varer med opprinnelse i EØS, mens et produkt i Fellesskapet er i fri sirkulasjon med en gang det lovlig er brakt på markedet i en medlemsstat. Det sistnevnte gjelder generelt sett i en EØS-sammenheng bare for produkter med opprinnelse i EØS.

68. Disse forskjellene mellom Fellesskapet og EØS vil også måtte reflekteres i anvendelsen av prinsippet om konsumpsjon av varemerkerettigheter. Med hensyn til varer importert til en EFTA-stat fra tredjeland ville anvendelsen av konsumpsjonsprinsippet overhodet ikke bidra til å oppnå målsettingen i varemerkedirektivet artikkel 7(1) om å sikre fri bevegelse av varer. Å kreve at artikkel 7(1) får anvendelse på slik handel ville medføre begrensninger for EFTA-statene i deres handelsforbindelser med tredjeland.

69. Dersom et produkt som er markedsført i De forente stater importeres til Norge, vil ikke dette produktet være gjenstand for prinsippet om fri bevegelse av varer innen EØS. Derfor er ikke direktivets artikkel 7(1) relevant ved fastsettelsen av om en varemerke innehaver kan hindre at produktet importeres til Norge eller ikke.

70. EFTAs overvåkningsorgan foreslår følgende svar på spørsmålene:

"Artikkel 7, paragraf 1 av rettsakten vist til i EØS-avtalen Vedlegg XVII punkt 4 (Første rådsdirektiv 89/104/EØF av 21 desember 1988 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om varemerker) er ikke relevant ved fastsettelsen av om en varemerke innehaver kan hindre at et produkt med opprinnelse i et land utenfor EØS importeres under dette merke fra det landet inn i en EFTA/EØS-stat eller ikke."

9. Kommisjonen for De europeiske fellesskap

71. *Kommisjonen for De europeiske fellesskap* er av den oppfatning at det bør være et felles rettslig regime for konsumpsjon av rettigheter. I motsatt fall vil land som anvender internasjonal konsumpsjon tjene som et smutthull for import fra land utenfor EØS og inn i land som har bestemmelser om konsumpsjon på fellesskapsnivå. Konsekvensen ville bli at en rettighetshaver i den sistnevnte staten kan påberope seg EF-traktaten artikkel 36 for å stanse denne importen innen Fellesskapet eller EØS. Det vil oppstå nye hindringer for den frie bevegelse av varer.

³⁵ I fellesskapsretten ble dette prinsippet etablert av EF-domstolen (se sakene 78/80 *Deutsche Grammophon* mot *Metro* [1971] ECR 487 og *Centrafarm*, fotnote 11; den er nå kodifisert i varemerkedirektivet og utvidet til å omfatte EØS.

³⁶ Se fotnote 2.

72. The Commission refers to the legal situation in the Member States after the Trade Mark Directive came into force³⁷ and to the academic debate.³⁸

73. Furthermore, the Commission states that the language,³⁹ the legislative history⁴⁰ and the purpose⁴¹ of the Trade Mark Directive show that it prohibits EEA Contracting Parties from maintaining or introducing the principle of international exhaustion at the national level. The legislators specifically considered and rejected the possibility of providing for exhaustion of rights wherever the goods were first marketed.

74. The Commission refers also to Article 5 of the Trade Mark Directive since Article 7(1) constitutes an exception to the scope of rights given by a trade mark under the Directive.

75. The Commission considers that there are two possible legal arguments in favour of international exhaustion. Since the Directive is based on Article 100A EC alone, it could only apply to intra-community (or intra-EEA) trade. Had it been the legislator's intention to provide for total harmonization with respect to imports from third countries, Article 113 EC would have to have been an additional basis. Furthermore, the system of international exhaustion would be more in the spirit of the Agreements concluded following the Uruguay Round.

76. Both arguments are, in the view of the Commission, to be rejected⁴².

³⁷ See footnote 7 and, for the Netherlands, see the injunction order of the President of the District Court of The Hague in *Re Novell Inc. v America Direct BV*, *Kort geding* 1995, 591. So far only Sweden has maintained international exhaustion in the field of trade marks.

³⁸ See footnotes 13 and 16; Carboni, *Cases Past the Post on Trade Mark Exhaustion: an English Perspective*, *EIPR* 1997, 198; Pickrahn, *Die Bekämpfung von Parallelimporten nach dem neuen Markengesetz*, *GRUR* 1996, 383; Eeckman, *Sociaal Economische Wetgeving*, 1995, 248; Wellink-Volmer, *Intellectuele Eigendom en Reclamerecht*, 1995, 5; Mok, *Bijblad Industriële Eigendom*, 1997, 39.

³⁹ See Articles 5 and 7 of the Trade Mark Directive.

⁴⁰ See footnote 25 and Article 6 of the Modified Proposal (OJ No. C 351, 31.12.1985, p. 4). A similar change was made by the Commission to its proposal for a Regulation on a Community Trade mark (OJ No. C 230, 31.8.1984, p. 1). In an explanatory memorandum to this proposal the Commission added that "the restriction to Community-wide exhaustion, however, does not prevent national courts from extending this principle in cases of a special nature, in particular where, even in the absence of a formal agreement, reciprocity is guaranteed."

⁴¹ See first, third and ninth recital of the Trade Mark Directive.

⁴² Article 100A EC is a sufficient legal basis for a directive prescribing Community exhaustion. Article 113 EC is not required as an additional legal basis. The clear intention of Article 6 TRIPs was to have as neutral a provision as possible. Furthermore, Community exhaustion is not to be considered as an "advantage" within the meaning of the "most favoured nation clause" embodied in Article 4 TRIPs.

72. Kommissjonen for De europeiske fellesskap viser til rettstilstanden i medlemsstatene etter varemerkedirektivets ikrafttredelse³⁷ og til den akademiske debatten.³⁸

73. Videre anfører Kommissjonen for De europeiske fellesskap at språket³⁹ i, tilblivelseshistorien⁴⁰ til og formålet⁴¹ med varemerkedirektivet viser at det forbyr EØS-avtalepartene fra å opprettholde eller innføre prinsippet om internasjonal konsumpsjon på nasjonalt nivå. Lovgiverne vurderte spesielt, og forkastet, muligheten for å regulere konsumpsjon av rettigheter uansett hvor varen først ble markedsført.

74. Kommissjonen for De europeiske fellesskap viser også til varemerkedirektivet artikkel 5, siden artikkel 7(1) oppstiller et unntak fra området for rettighetene et varemerke gir etter direktivet.

75. Kommissjonen for De europeiske fellesskap mener at det er to mulige rettslige argumenter i favør av internasjonal konsumpsjon. Siden direktivet alene er gitt med hjemmel i EF-traktaten artikkel 100A kan det bare få anvendelse på handel innen Fellesskapet (eller innen EØS). Hadde det vært lovgivers intensjon å gi bestemmelser om totalharmonisering med hensyn til import fra tredjeland, måtte EF-traktaten artikkel 113 ha vært en tilleggshjemmel. Videre synes systemet med internasjonal konsumpsjon å være mer etter ånden i de avtaler som ble sluttet etter Uruguay-runden.

76. Etter Kommissjonen for De europeiske fellesskaps oppfatning må begge argumentene avvises.⁴²

³⁷ Se fotnote 7, og for Nederlands del, se den midlertidige forføyningen gitt av Presidenten for distriktsretten i Haag i *Novell Inc. mot America Direct BV*, Kort geding 1995, 591. Bare Sverige har så langt opprettholdt internasjonal konsumpsjon på området for varemerker.

³⁸ Se fotnoter 13 og 16; Carboni, *Cases Past the Post on Trade Mark Exhaustion: an English Perspective*, EIPR 1997, 198; Pickrahn, *Die Bekämpfung von Parallelimporten nach dem neuen Markengesetz*, GRUR 1996, 383; Eeckman, *Sociaal Economische Wetgeving*, 1995, 248; Wellink-Volmer, *Intellectuele Eigendom en Reclamerecht*, 1995, 5; Mok, *Bijblad Industriële Eigendom*, 1997, 39.

³⁹ Se varemerkedirektivet artikler 5 og 7.

⁴⁰ Se fotnote 25 og artikkel 6 i det modifiserte forslaget (OJ nr C 351, 31.12.1985, s.4). Kommissjonen gjorde en lignende endring i sitt forslag til en forordning om varemerker i fellesskapet (OJ nr C 230, 31.8.1984, s. 1). I en meddelelse til dette forslaget tilføyde Kommissjonen at "begrensningen til konsumpsjon på fellesskapsnivå hindrer imidlertid ikke nasjonale domstoler fra å utvide dette prinsippet i spesielle tilfeller, og særlig hvor, selv i fravær av en formell avtale, det garanteres gjensidighet."

⁴¹ Se varemerkedirektivets fortale, første, tredje og niende ledd.

⁴² Kommissjonen hevder at EF-traktaten artikkel 100A er en tilstrekkelig hjemmel for et direktiv som oppstiller konsumpsjon på fellesskapsnivå. EF-traktaten artikkel 113 er ikke påkrevet som en tilleggshjemmel. Den klare intensjonen med TRIPS artikkel 6 var å ha en så nøytral bestemmelse som mulig. Videre skal ikke konsumpsjon på fellesskapsnivå betraktes som en "fordel" i betydningen av "bestevilkårs-klausulen" i TRIPS artikkel 4.

77. The Commission proposes answering the questions as follows:

“Article 7, paragraph 1, of Council Directive 89/104 must be understood as conferring a right on the proprietor of a trademark to prevent a third party from importing from a country outside the EEA goods under the registered sign, even if these goods have been put on the market outside the EEA by the proprietor himself or with his consent.”

Carl Baudenbacher
Judge-Rapporteur

77. Kommissjonen for De europeiske fellesskap foreslår følgende svar på spørsmålene:

"Artikkel 7, paragraf 1 i Rådsdirektiv 89/104 må forstås slik at den gir en rett for varemerke innehaveren til å hindre en tredjemann fra å importere varer under det registrerte merket fra et land utenfor EØS, selv om disse varene har blitt brakt på markedet utenfor EØS av rettighetshaver selv eller med hans samtykke."

Carl Baudenbacher
Saksforberedende dommer

The EFTA Court was set up under the Agreement on the European Economic Area (the EEA Agreement) of 2 May 1992. The EEA Agreement entered into force on 1 January 1994.

This report contains information on the EFTA Court for the period from 1 January 1997 to 31 December 1997. It has a short section on the Judges and the staff.

The report also includes the full texts of all decisions of the EFTA Court in the period covered as well as the reports prepared by the Judge-Rapporteurs for the hearings of the cases.