

REPORT OF THE
2016 EFTA COURT

Reproduction is authorised, provided that the source is acknowledged. The recommended mode of citation is as follows: the case number, the names of the parties in the form used in the heading of the pages of the Report, the year (in square brackets) and title of the Report (EFTA Court Report), the page number.

Concept and Design by
Graphic Studio Imprimerie Centrale, Yves Apel, Luxembourg

Printed by
Imprimerie Centrale, Luxembourg

Book 3

**REPORT
OF THE EFTA
COURT 2016**

report.eftacourt.int

Contents

BOOK 1

Foreword	VII
I DECISIONS OF THE COURT	1
Case E-17/15, Ferskar kjötvörur ehf. v The Icelandic State	
– <i>Summary</i>	4
– <i>Judgment, 1 February 2016</i>	6
– <i>Report for the Hearing</i>	34
Case E-20/15, EFTA Surveillance Authority v Iceland	
– <i>Summary</i>	81
– <i>Judgment, 1 February 2016</i>	82
Case E-21/15, EFTA Surveillance Authority v Iceland	
– <i>Summary</i>	93
– <i>Judgment, 1 February 2016</i>	94
Case E-22/15, EFTA Surveillance Authority v The Principality of Liechtenstein	
– <i>Summary</i>	105
– <i>Judgment, 1 February 2016</i>	107
Case E-23/15, EFTA Surveillance Authority v The Principality of Liechtenstein	
– <i>Summary</i>	119
– <i>Judgment, 1 February 2016</i>	120
Case E-4/15, Icelandic Financial Services Association v EFTA Surveillance Authority	
– <i>Summary</i>	131
– <i>Order of the Court, 31 March 2016</i>	133
– <i>Order of the President, 13 July 2015</i>	165
– <i>Report for the Hearing</i>	173

Case E-14/15, Holship Norge AS v Norsk Transportarbeiderforbund

- *Summary* 240
- *Judgment, 19 April 2016* 242
- *Report for the Hearing* 283

JOINED CASES E-15/15 AND E-16/15, Franz-Josef Hagedorn v Vienna-Life Lebensversicherung AG Vienna Life Insurance Group and Rainer Armbruster v Swiss Life (Liechtenstein) AG

- *Summary* 347
- *Judgment, 10 May 2016* 349
- *Report for the Hearing* 394

BOOK 2

Case E-19/15, EFTA Surveillance Authority v The Principality of Liechtenstein

- *Summary* 437
- *Judgment, 10 May 2016* 439
- *Report for the Hearing* 477

Case E-2/16, Gerhard Spitzer v EFTA Surveillance Authority

- *Summary* 513
- *Order of the Court, 24 May 2016* 514
- *Order of the Court, 24 May 2016 (legal aid)* 522

Case E-24/15, Walter Waller v Liechtensteinische Invalidenversicherung

- *Summary* 527
- *Judgment, 2 June 2016* 528
- *Report for the Hearing* 546

Case E-28/15, Yankuba Jabbi v The Norwegian Government, represented by the Immigration Appeals Board

- *Summary* 575
- *Judgment, 26 July 2016* 577
- *Report for the Hearing* 608

Case E-25/15, EFTA Surveillance Authority v Iceland	
– <i>Summary</i>	631
– <i>Judgment, 29 July 2016</i>	632
Case E-30/15, EFTA Surveillance Authority v Iceland	
– <i>Summary</i>	657
– <i>Judgment, 29 July 2016</i>	658
Case E-31/15, EFTA Surveillance Authority v Iceland	
– <i>Summary</i>	669
– <i>Judgment, 29 July 2016</i>	670
Case E-32/15, EFTA Surveillance Authority v The Principality of Liechtenstein	
– <i>Summary</i>	681
– <i>Judgment, 29 July 2016</i>	682
Case E-33/15, EFTA Surveillance Authority v Iceland	
– <i>Summary</i>	695
– <i>Judgment, 2 August 2016</i>	696
Case E-34/15, EFTA Surveillance Authority v Iceland	
– <i>Summary</i>	707
– <i>Judgment, 2 August 2016</i>	708
Case E-35/15, EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway	
– <i>Summary</i>	719
– <i>Judgment, 2 August 2016</i>	721
JOINED CASES E-26/15 AND E-27/15, Criminal proceedings against B and B v Finanzmarktaufsicht	
– <i>Summary</i>	740
– <i>Judgment, 3 August 2016</i>	742
– <i>Report for the Hearing</i>	787
Case E-29/15, Sorpa bs. v The Icelandic Competition Authority (Samkeppniseftirlitið)	
– <i>Summary</i>	825
– <i>Judgment, 22 September 2016</i>	827
– <i>Report for the Hearing</i>	869

BOOK 3

Case E-7/16, Míla ehf. v EFTA Surveillance Authority

- *Summary* 903
- *Order of the Court, 15 November 2016* 904

Case E-4/16, EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway

- *Summary* 917
- *Judgment, 16 November 2016* 919

Case E-1/16, Synnøve Finden v The Norwegian Government, represented by the Ministry of Agriculture and Food

- *Summary* 931
- *Judgment, 15 December 2016* 933
- *Report for the Hearing* 961

Case E-3/16, Ski Taxi SA and others v The Norwegian Government, represented by the Competition Authority

- *Summary* 1002
- *Judgment, 22 December 2016* 1004
- *Report for the Hearing* 1041

Case E-6/16, Fjarskipti hf. v The Icelandic Post and Telecom Administration

- *Summary* 1084
- *Judgment, 22 December 2016* 1085
- *Report for the Hearing* 1109

II ADMINISTRATION AND ACTIVITIES OF THE COURT 1131

III JUDGES AND STAFF 1137

IV LIST OF COURT DECISIONS PUBLISHED IN THE EFTA COURT REPORTS 1147

Decisions of the Court

Case

E-7/16

Míla ehf.



EFTA Surveillance Authority

(Preliminary objection to admissibility – State aid – Decision to close formal investigation procedure)

— *Table of Contents* —

904

Order of the Court, 15 November 2016

Summary of the Order

- 1 Pursuant to the second paragraph of Article 36 SCA, a natural or legal person may institute proceedings against a decision addressed to another person only if the decision is of direct and individual concern to the former. Persons other than those to whom a decision is addressed may claim to be individually concerned only if the decision affects them by reason of certain attributes that are peculiar to them or if they are differentiated by circumstances from all other persons and those circumstances distinguish them individually just as the person addressed by the decision.
- 2 In State aid law an applicant who challenges the merits of a decision appraising State aid is considered to be individually concerned by that decision only if its market position is substantially affected by the aid to which the contested decision relates.
- 3 Míla has not established that its market position is substantially affected by the measure which is the subject of the contested decision. Míla therefore failed to demonstrate that the present circumstances distinguish it individually. Consequently, Míla lacks standing to challenge the contested decision.

Order of the Court

15 November 2016

(Preliminary objection to admissibility – State aid – Decision to close formal investigation procedure)

In Case E-7/16,

Míla ehf., represented by Espen Bakken and Atle Erling Lunder, Attorneys-at-law,
– *applicant*,

≡∇≡

EFTA Surveillance Authority, represented by Carsten Zatschler and Maria Moustakali, members of its Department of Legal & Executive Affairs, acting as Agents,
– *defendant*,

APPLICATION for the annulment of Decision No 061/16/COL of 16 March 2016 of the EFTA Surveillance Authority to close the formal investigation into alleged State aid through the lease of an optical fibre previously operated on behalf of NATO,

The Court

composed of: Carl Baudenbacher, President, Per Christiansen (Judge-*Rapporteur*) and Páll Hreinsson, Judges,

Registrar: Gunnar Selvik,

having regard to the written pleadings of the parties,
makes the following

Order

I LEGAL BACKGROUND

- 1 Article 61(1) of the Agreement on the European Economic Area (“the EEA Agreement” or “EEA”) reads:

Save as otherwise provided in this Agreement, any aid granted by EC Member States, EFTA States or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Contracting Parties, be incompatible with the functioning of this Agreement.

- 2 The second paragraph of Article 36 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice (“SCA”) reads *inter alia*:

Any natural or legal person may ... institute proceedings before the EFTA Court against a decision of the EFTA Surveillance Authority addressed to that person or against a decision addressed to another person, if it is of direct and individual concern to the former.

- 3 Article 87(1), (2) and (4) of the Court’s Rules of Procedure (“RoP”) reads:

1. *A party applying to the Court for a decision on a preliminary objection or other preliminary plea not going to the substance of the case shall make the application by a separate document. The application must state the pleas of fact and law relied on and the*

form of order sought by the applicant; any supporting documents must be annexed to it.

2. *As soon as the application has been lodged, the President shall prescribe a period within which the opposite party may lodge a document containing a statement of the form of order sought by that party and its pleas in law.*

...

4. *The Court shall decide on the application or reserve its decision for the final judgment.*

...

II FACTS AND PROCEDURE

- 4 There is an eight-fibre optical cable which circles Iceland. The cable was laid in cooperation with NATO to service the Icelandic Air Defence System.
- 5 In August 2007, the Icelandic Government fully took over the operation of three of the optical fibres. Míla ehf. (“Míla”), which operates an infrastructure telecommunications service, owns the remaining five fibres.
- 6 On 1 February 2010, following a tender procedure, the Icelandic Defence Agency entered into a contract with Og Fjarskipti hf. (“Fjarskipti”) for a 10-year lease of one of the three optical fibres that were under the Government’s operation. The annual rental price, which was to include repair and maintenance of the fibre, was set at ISK 19 150 000.
- 7 On 16 July 2010, Míla lodged a complaint with the EFTA Surveillance Authority (“ESA”) alleging that the rental price was significantly below market price and therefore amounted to State aid.

- 8 On 21 November 2012, after a preliminary examination, ESA decided to close the case on the basis that the lease for the use and operation of the optical fibre did not involve State aid within the meaning of Article 61 EEA. Accordingly, ESA concluded that there was no need to initiate the formal investigation procedure.
- 9 On 19 February 2013, Míla brought an action for the annulment of ESA's decision. By a judgment of 27 January 2014 (Case E-1/13 *Míla v ESA* [2014] EFTA Ct. Rep. 4) ("*Míla I*"), the Court held that ESA should have had doubts or serious difficulties as to whether the lease agreement conferred an economic advantage on FjarSKIPTI. ESA's decision to close the case without initiating the formal investigation procedure therefore infringed the rights of Míla as an interested party in the case. Consequently, the Court annulled ESA's decision.
- 10 On 16 July 2014, ESA initiated the formal investigation procedure into potential State aid granted through the lease of the NATO optical fibre. In the course of ESA's investigation, comments were received from the Icelandic authorities, Míla, FjarSKIPTI and a private individual.
- 11 On 16 March 2016, ESA adopted Decision No 061/16/COL to close the formal investigation into alleged State aid ("the contested decision"). Articles 1 and 2 of the contested decision read:

Article 1

The lease by the Defence Agency of the Ministry for Foreign Affairs in Iceland with Og FjarSKIPTI of 1 February 2010 for the use and operation of an optical fibre does not involve State aid within the meaning of Article 61 of the EEA Agreement.

Article 2

This Decision is addressed to Iceland.

- 12 By an application registered at the Court on 21 June 2016, Míla brought an action against ESA. Míla requests the Court to:
1. *Declare void Article 1 and 2 of decision 061/16/COL.*
 2. *Order the Authority to pay the costs of the present proceedings.*
- 13 On 12 July 2016, ESA lodged an application for a decision on the admissibility of the action as a preliminary matter pursuant to Article 87(1) of the Rules of Procedure (“RoP”). ESA claims that the Court should:
1. *Dismiss the application as inadmissible; and*
 2. *Order Míla to pay the costs.*
- 14 On 26 August 2016, Míla submitted, pursuant to Article 87(2) RoP, its observations on the preliminary objection, requesting the Court to refuse ESA’s objection of inadmissibility.

III ARGUMENTS OF THE PARTIES ON THE PRELIMINARY OBJECTION TO ADMISSIBILITY

- 15 In its application of 21 June 2016, Míla argues that it is directly and individually concerned by the contested decision. Míla has a direct interest in the annulment of the contested decision due to its competitive relationship with the alleged aid recipient. Furthermore, the favourable terms offered in the lease contract has significantly affected Míla’s ability to compete in the market for telecommunications services. Consequently, Míla is also individually concerned by the contested decision. This is also confirmed by Míla’s significant role in the investigation of the case.
- 16 In its preliminary objection of inadmissibility, ESA submits that Míla lacks standing to challenge the merits of the contested decision. Reference is made to paragraph 57 of the Court’s judgment in *Míla I*,

which states that Míla “has not established that its position on the market may be significantly affected by the State aid to which the contested decision relates”, and that, “[c]onsequently, the applicant lacks legal standing to challenge the merits of the contested decision”.

- 17 ESA maintains that Míla has, despite that clear statement, limited its submissions on admissibility in its application in the present case to the same points in law and in fact that it had put forward in *Míla I*. The ratio of paragraph 57 of the judgment in *Míla I* and the reasoning underpinning it is therefore fully applicable to the present case.
- 18 Even though the question of whether Míla’s market position was substantially affected was not a distinct question in *Míla I*, this does not in ESA’s view mean that the Court erred in its unambiguous conclusion in paragraph 57.
- 19 As for Míla’s role and involvement in the case, ESA contends that Míla’s participation cannot be distinguished from the role of any complainant in a State aid case, and in any event has no bearing on the standing test set out in paragraph 57 in *Míla I*.
- 20 In its statement in response to ESA’s inadmissibility plea, Míla submits that the Court’s statement in paragraph 57 of the judgment in *Míla I* merely concerns the legal standing in that specific case. The admissibility of the present case must be subject to an individual assessment based on the facts and arguments put forward.
- 21 Míla contends that it is directly and individually concerned by ESA’s decision. Its position follows from its particular role in the progress of the case, but most importantly from its position as competitor to the alleged aid recipient. Míla notes that it is one of at least four entities operating on the wholesale market for trunk segments of leased lines in Iceland.

- 22 Míla refers to the 2011 Annual Report of the Icelandic Post and Telecom Administration (“PTA”), which describes how competition increased in the electronic communications market, *inter alia*, because of the tender procedure which led to the lease agreement at issue. Reference is also made to the PTA’s 2015 Analysis of the wholesale market for trunk segments of leased lines, which confirms that Míla’s market share has decreased from around 85 to 90 per cent in 2005 to around 75 to 80 per cent in 2014. Míla alleges that the decrease in market share is even bigger.
- 23 Míla submits that the increased competition has affected Míla’s turnover in a number of contractual relationships from 2010 to 2015, in particular where Míla has lost contracts to Fjarskipti. Reference is particularly made to a contract with the national radio and television company, which was of large value to Míla and affected its market position. Moreover, Míla refers to the fact that, because of its traditionally strong market position, it is subject to price regulation imposed by the PTA, whereas Fjarskipti is not.
- 24 Míla concludes that, irrespective of the size of change in market share, Fjarskipti’s entry into the market demonstrates that Míla is directly and individually concerned by the case and has a particular interest in the question of whether the leasing agreement constitutes State aid.

IV FINDINGS OF THE COURT

- 25 The present action is brought under the second paragraph of Article 36 SCA. Míla seeks the annulment of the contested decision, by which ESA closed the formal investigation procedure into potential State aid granted through the lease agreement with Fjarskipti.

- 26 Pursuant to the second paragraph of Article 36 SCA, a natural or legal person may institute proceedings against a decision addressed to another person only if the decision is of direct and individual concern to the former. Since the contested decision is addressed to Iceland, it must be considered whether it is of direct and individual concern to Míla.
- 27 Pursuant to settled case law, persons other than those to whom a decision is addressed may claim to be individually concerned within the meaning of the second paragraph of Article 36 SCA only if the decision affects them by reason of certain attributes that are peculiar to them or if they are differentiated by circumstances from all other persons and those circumstances distinguish them individually just as the person addressed by the decision (see Case E-19/13 *Konkurrenten.no v ESA* [2015] EFTA Ct. Rep. 52, paragraph 94 and case law cited).
- 28 In the present case, Míla has played an active role during the procedure before ESA. It filed the initial complaint with ESA on 16 July 2010, sought the annulment of ESA's decision not to open a formal investigation, which was annulled by the Court in *Míla I*, and submitted observations during the subsequent formal investigation procedure. Those factors are relevant to the assessment of legal standing (compare *Konkurrenten.no v ESA*, cited above, paragraph 97 and case law cited).
- 29 However, in State aid law an applicant who challenges the merits of a decision appraising State aid is considered to be individually concerned by that decision only if its market position is substantially affected by the aid to which the contested decision relates (see *Konkurrenten.no v ESA*, cited above, paragraph 95 and case law cited).

- 30 Accordingly, Míla must demonstrate that its position on the market is substantially affected by the lease agreement to which the contested decision relates. It cannot rely solely on its status as a competitor of the alleged aid recipient, but must additionally show that its circumstances distinguish it in a similar way to the recipient (see *Konkurrenten.no v ESA*, cited above, paragraph 96 and case law cited).
- 31 Therefore, the mere fact that the measure considered in the contested decision may have some impact on the competitive relationships existing on the relevant market and that Míla is in a competitive relationship with Fjarskipti does not mean that Míla's competitive position is substantially affected. Míla must also demonstrate the extent of the detriment to its market position (see *Konkurrenten.no v ESA*, cited above, paragraph 99 and case law cited).
- 32 To that end, Míla must establish a link between the measure which is the subject of the contested decision and the alleged substantial effect on its position on the market concerned. However, demonstrating a substantial adverse effect on its position on the market cannot simply be a matter of the existence of certain factors indicating a decline in its commercial or financial performance, but may be made by demonstrating the loss of an opportunity to make a profit or a less favourable development than would have been the case without such aid (see *Konkurrenten.no v ESA*, cited above, paragraph 100 and case law cited).
- 33 In the present case, Míla does not suggest it is part of a closed group of competitors. To the contrary, it has stated that it is one of at least four entities operating on the relevant market. Míla has not provided the Court with any information suggesting that its market share is substantially affected by the alleged aid. In addition to the indication of decrease in market share being imprecise, Míla has not demonstrated that the decrease is actually a result of the lease agreement to which the contested decision relates. Furthermore,

Míla has submitted no evidence concerning the loss of contracts or their effect on its market position.

- 34 It follows from the foregoing that Míla has not established that its market position is substantially affected by the measure which is the subject of the contested decision. Míla has therefore failed to demonstrate that the present circumstances distinguish it individually (compare *Konkurrenten.no v ESA*, cited above, paragraph 96 and case law cited).
- 35 Consequently, Míla lacks standing to challenge the contested decision. The application must therefore be dismissed as inadmissible.

V COSTS

- 36 Under Article 66(2) RoP, the unsuccessful party is to be ordered to pay the costs if they have been applied for in the successful party's pleadings. Since ESA has requested that Míla be ordered to pay the costs, the latter has been unsuccessful and none of the exceptions in Article 66(3) RoP apply, Míla must be ordered to pay the costs.

On those grounds,

The Court

hereby orders:

1. **The application is dismissed as inadmissible.**
2. **The applicant is to bear the costs of the proceedings.**

Carl Baudenbacher

Per Christiansen

Páll Hreinsson

*Luxembourg,
15 November 2016.*

Gunnar Selvik
Registrar

Carl Baudenbacher
President

Case

E-4/16

EFTA Surveillance Authority



The Kingdom of Norway

(Non-compliance with a judgment of the Court establishing a failure to fulfil obligations – Article 33 SCA – Measures necessary to comply with a judgment of the Court)

— *Table of Contents* —

919

Judgment of the Court, 16 November 2016

Summary of the Judgment

- 1 EFTA States must take the measures necessary to comply with a judgment of the Court under Article 33 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice (“SCA”). That provision corresponds in substance to Article 260(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (“TFEU”), regarding an EU Member State’s obligation to comply with a judgment of the Court of Justice of the European Union (“ECJ”).
- 2 Although Article 33 SCA does not specify the period within which measures necessary to comply with a judgment must be taken, the interest in the immediate and uniform application of EEA law requires that the process of compliance with a judgment must be commenced immediately and completed as soon as possible.
- 3 The effective enforcement of EEA law requires timely implementation in the EFTA States. This requirement applies not only to new EEA legislation, but also to the proper implementation of a judgment of the Court. Should the lack of a sanction similar to that of Article 260(2) TFEU cause delays in the EFTA States in the implementation of a judgment of the Court, it would be to the detriment of the functioning of the EEA. This point reinforces the necessity for compliance to be commenced immediately and to be completed as soon as possible.
- 4 It is settled case law that the question of whether an EFTA State has failed to fulfil its obligations must be determined by reference to the situation in that State as it stood at the end of the period laid down in the reasoned opinion. In the case at hand, it is undisputed that at the time of expiry of the period prescribed in the reasoned opinion, namely on 8 September 2015, that is, almost two years after the

Court had delivered its judgment in Case E-13/13, Norway had not adopted the measures necessary to comply with that judgment.

- 5 The Kingdom of Norway failed to fulfil its obligations under Article 33 SCA by failing, within the time prescribed, to take the measures necessary to comply with the judgment of the Court of 2 December 2013 in Case E-13/13 ESA v Norway.

Judgment of the Court

16 November 2016

*(Non-compliance with a judgment of the Court establishing a failure to fulfil obligations
– Article 33 SCA – Measures necessary to comply with a judgment of the Court)*

In Case E-4/16,

EFTA Surveillance Authority, represented by Carsten Zatschler, Clémence Perrin and Marlene Lie Hakkebo, members of its Department of Legal & Executive Affairs, acting as Agents,
– *applicant*,

≡V≡

The Kingdom of Norway, represented by Janne Tysnes Kaasin, Senior Adviser, Department of Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs, and Ketil Bøe Moen, Advocate, Office of the Attorney General (Civil Affairs), acting as Agents,
– *defendant*,

APPLICATION for a declaration that the Kingdom of Norway has failed to fulfil its obligations under Article 33 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice by failing to take, within the time prescribed, the measures necessary to comply with the judgment of the Court of 2 December 2013 in Case E-13/13 ESA v Norway,

The Court

composed of: Carl Baudenbacher, President, Per Christiansen and Páll Hreinsson (Judge-Rapporteur), Judges,

Registrar: Gunnar Selvik,

having regard to the written pleadings of the parties,

having decided to dispense with the oral procedure,

gives the following

Judgment

I THE APPLICATION

- 1 By application lodged at the Court Registry on 2 March 2016, the EFTA Surveillance Authority (“ESA”) brought an action under the second paragraph of Article 31 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice (“SCA”) for a declaration that the Kingdom of Norway has failed to fulfil its obligations under Article 33 SCA by failing to take, within the time prescribed, the measures necessary to comply with the judgment of the Court of 2 December 2013 in Case E-13/13 *ESA v Norway* [2013] EFTA Ct. Rep. 914.

II RELEVANT LAW

- 2 Article 3 of the Agreement on the European Economic Area (“the EEA Agreement” or “EEA”) reads:

The Contracting Parties shall take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of this Agreement.

They shall abstain from any measure which could jeopardize the attainment of the objectives of this Agreement.

Moreover, they shall facilitate cooperation within the framework of this Agreement.

3 Article 31 SCA reads:

If the EFTA Surveillance Authority considers that an EFTA State has failed to fulfil an obligation under the EEA Agreement or of this Agreement, it shall, unless otherwise provided for in this Agreement, deliver a reasoned opinion on the matter after giving the State concerned the opportunity to submit its observations.

If the State concerned does not comply with the opinion within the period laid down by the EFTA Surveillance Authority, the latter may bring the matter before the EFTA Court.

4 Article 33 SCA reads:

The EFTA States concerned shall take the necessary measures to comply with the judgments of the EFTA Court.

5 Article 62 of the Rules of Procedure (“RoP”) reads:

The judgment shall be binding from the date of its delivery.

6 Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing (OJ 2005 L 309, p. 15) (“the Directive”) was incorporated into Annex IX to the EEA Agreement at point 23b by a Decision of the EEA Joint Committee No 87/2006 of 7 July 2006 (OJ 2006 L 289, p. 23, and EEA Supplement 2006 No 52, p. 19). The decision entered into force on

1 April 2007. The time limit for the EFTA States to adopt the measures necessary to implement the Directive expired on the same date.

III THE JUDGMENT IN CASE E-13/13 ESA V NORWAY

- 7 On 28 March 2012, ESA sent Norway a letter of formal notice for failure to implement correctly Article 37(1) of the Directive, as the Norwegian legislation did not ensure the effective monitoring of trust and company service providers and other natural or legal persons trading in goods as set out in the Directive.
- 8 Norway responded to the letter of formal notice by a letter of 14 June 2012 where it stated that it had decided to further explore the possibility to provide the Norwegian Tax Authority with the authority to monitor these two groups of reporting entities for anti-money laundering compliance purposes.
- 9 On 12 December 2012, following further discussions with the Norwegian authorities, ESA sent Norway a reasoned opinion maintaining its conclusion set out in the letter of formal notice, that by failing to correctly implement Article 37(1) of the Directive as adapted to the EEA Agreement under its Protocol 1, Norway had failed to fulfil its obligations arising under that Act and Article 7 EEA. Pursuant to the second paragraph of Article 31 SCA, ESA required Norway to take the measures necessary to comply with its reasoned opinion within a period of two months following the notification.
- 10 On 12 February 2013, Norway replied to the reasoned opinion stating that the Norwegian Tax Authority had been requested to assess the organisational and economic implications of an arrangement where it was granted the power to monitor trust and company service providers and other natural or legal persons trading in goods for the

purposes of the Directive. However, the process was taking longer than was initially expected. A conclusion from the Norwegian Tax Authority was expected by the end of February 2013.

- 11 On 3 July 2013, ESA filed an application against Norway, registered at the Court as Case E-13/13.
- 12 On 2 December 2013, the Court delivered its judgment. The Court held that:

the Kingdom of Norway, by failing to implement correctly into its national legislation Article 37(1) of the Act referred to at point 23b of Annex IX to the Agreement on the European Economic Area (i.e. Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing) as adapted to the EEA Agreement by Protocol 1 thereto, has failed to fulfil its obligations arising under that Act and under Article 7 of the EEA Agreement.

IV PRE-LITIGATION PROCEDURE

- 13 On 18 February 2014, ESA informed the Norwegian Government that it had opened a case regarding Norway's implementation of the judgment in Case E-13/13 and invited Norway to inform the Authority how and when it intended to rectify the breach as found in the judgment.
- 14 On 6 May 2014, Norway informed ESA that it remained dedicated to find a solution on how to monitor trust and company service providers and natural and legal persons trading in goods for anti-money laundering purposes. However, it had not yet been able to reach a conclusion on how to organize the supervision. Norway indicated that it was in the process of preparing the appointment of

a working group/committee which would be mandated to propose amendments to the Norwegian legislation in this regard.

- 15 On 2 July 2014, ESA issued a letter of formal notice to Norway, concluding that by failing to comply with the judgment in Case E-13/13, Norway had failed to fulfil its obligations under Article 33 SCA. Norway was invited to submit its observations within two months of receipt of the letter.
- 16 On 6 November 2014, Norway replied to ESA's letter of formal notice explaining that, regrettably, no further progress had been made in order to comply with the Court's judgment. Furthermore, the Norwegian authorities were not able to provide ESA with additional information on how the supervisory regime for dealers in high value goods and trust and company service providers would be organised in Norway.
- 17 On 8 July 2015, ESA delivered a reasoned opinion to Norway maintaining its conclusion set out in the letter of formal notice. ESA contented that Norway had had sufficient time to take the measures necessary to comply with the Court's judgment in Case E-13/13. Pursuant to the second paragraph of Article 31 SCA, ESA required Norway to take the measures necessary to comply with the reasoned opinion within two months following the notification.
- 18 On 8 September 2015, Norway replied to the reasoned opinion and informed ESA that it had not been able to designate a supervisory authority for traders in high-value goods and trust and company service providers within the time limit prescribed. Norway further informed ESA that in February 2015, a committee had been mandated to propose solutions on how to organise the supervision of the relevant bodies in order to comply with the Court's judgment.
- 19 As Norway had not complied with the reasoned opinion by the deadline set therein, ESA decided to bring the matter before the Court pursuant to the second paragraph of Article 31 SCA.

V PROCEDURE AND FORMS OF ORDER SOUGHT

20 ESA lodged the present application at the Court Registry on 2 March 2016. Norway's statement of defence was registered at the Court on 3 May 2016, in which Norway consented to dispensing with the oral procedure in the present case. By letter of 10 May 2016, ESA waived its right to submit a reply and consented to dispense with the oral procedure should the Court wish to do so.

21 *The applicant, ESA, requests the Court to declare that:*

1. *The Kingdom of Norway has failed to fulfil its obligations under Article 33 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice by failing to take, by the date of expiry of the period prescribed in the reasoned opinion delivered to the Kingdom of Norway pursuant to Article 31(2) of that Agreement, the measures necessary to comply with the judgment of the Court of 2 December 2013 in Case E-13/13 EFTA Surveillance Authority v the Kingdom of Norway.*
2. *The Kingdom of Norway bears the costs of these proceedings.*

22 The defendant, Norway, accepts ESA's claim that it has failed to fulfil its obligations arising from Article 33 SCA and requests the Court to declare the application to be founded.

23 After having received the express consent of the parties, the Court, acting on a report from the Judge-Rapporteur, decided pursuant to Article 41(2) RoP to dispense with the oral procedure.

VI FINDINGS OF THE COURT

24 Pursuant to Article 3 EEA, an EFTA State shall take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of the Agreement, and to facilitate

cooperation within its framework. An essential expression of this obligation is that an EFTA State must take the measures necessary to comply with a judgment of the Court under Article 33 SCA. That provision corresponds in substance to Article 260(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (“TFEU”), regarding an EU Member State’s obligation to comply with a judgment of the Court of Justice of the European Union (“ECJ”).

- 25 The provision of Article 260(2) TFEU provides that if the European Commission brings infringement proceedings for non-compliance, it shall specify the lump sum or penalty payment it considers appropriate in the circumstances. If the ECJ finds that the Member State has not complied with its judgment, it may impose a lump sum or penalty payment upon the Member State. This sanction was introduced with the Maastricht Treaty in 1993.
- 26 However, Article 33 SCA does not provide for a lump sum or a penalty payment for an EFTA State’s non-compliance with a judgment by the Court. This nevertheless does not entail that the obligation on EFTA States to comply with the judgments of the Court is less strict than the corresponding obligation on EU Member States. Moreover, if an EFTA State violates EEA law, the State is obliged to provide compensation for loss and damage caused to individuals and economic operators, in accordance with the principle of State liability which is an integral part of the EEA Agreement (see Case E-19/14 *ESA v Norway* [2015] EFTA Ct. Rep. 300, paragraph 41 and case law cited).
- 27 Although Article 33 SCA does not specify the period within which measures necessary to comply with a judgment must be taken, the interest in the immediate and uniform application of EEA law requires that the process of compliance with a judgment must be commenced immediately and completed as soon as possible (see Case E-19/14 *ESA v Norway*, cited above, paragraph 42 and case law cited).

- 28 The effective enforcement of EEA law requires timely implementation in the EFTA States. This requirement applies not only to new EEA legislation, but also to the proper implementation of a judgment of the Court. Should the lack of a sanction similar to that of Article 260(2) TFEU cause delays in EFTA States in the implementation of a judgment of the Court, it would be to the detriment of the functioning of the EEA. This point reinforces the necessity for compliance to be commenced immediately and to be completed as soon as possible (see Case E-19/14 *ESA v Norway*, cited above, paragraph 45).
- 29 It is settled case law that the question of whether an EFTA State has failed to fulfil its obligations must be determined by reference to the situation in that State as it stood at the end of the period laid down in the reasoned opinion (see Case E-35/15 *ESA v Norway*, judgment of 2 August 2016, not yet reported, paragraph 46 and case law cited).
- 30 In the case at hand, it is undisputed that at the time of expiry of the period prescribed in the reasoned opinion, namely on 8 September 2015, that is, almost two years after the Court had delivered its judgment in Case E-13/13, Norway had not adopted the measures necessary to comply with that judgment.
- 31 It must therefore be held that the Kingdom of Norway has failed to fulfil its obligations under Article 33 SCA by failing, within the time prescribed, to take the measures necessary to comply with the judgment of the Court in Case E-13/13 *ESA v Norway*.

VII COSTS

- 32 Under Article 66(2) RoP, the unsuccessful party is to be ordered to pay the costs if they have been applied for in the successful party's pleadings. Since ESA has requested that Norway be ordered to pay the costs, the latter has been unsuccessful and none of the

exceptions in Article 66(3) RoP apply, Norway must be ordered to pay the costs.

On those grounds,

The Court

hereby:

- 1. Declares that the Kingdom of Norway has failed to fulfil its obligations under Article 33 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice by failing, within the time prescribed, to take the measures necessary to comply with the judgment of the Court of 2 December 2013 in Case E-13/13 ESA v Norway.**
- 2. Orders the Kingdom of Norway to bear the costs of the proceedings.**

Carl Baudenbacher Per Christiansen Páll Hreinsson

*Delivered in open court in Luxembourg on
16 November 2016.*

Gunnar Selvik
Registrar

Carl Baudenbacher
President

Case

E-1/16

Synnøve Finden



**The Norwegian Government, represented
by the Ministry of Agriculture and Food**

*(Product coverage of the EEA Agreement – Dairy products –
State aid–State resources – Effect on trade and distortion of competition –
Freedom of establishment)*

Sak

E-1/16

Synnøve Finden

≡ mot ≡

**Den norske stat v/Landbruks-
og matdepartementet**

*(EØS-avtalens produktdekning – Meieriprodukter – Statsstøtte –
Statsmidler – Virkning på samhandelen og konkurransevridning –
Etableringsfrihet)*

— *Table of Contents* —

933

Judgment of the Court, 15 December 2016

961

Report for the Hearing

— *Innholdsfortegnelse* —

933

EFTA-domstolens dom, 15. desember 2016

961

Rettsmøterapport

Summary of the Judgment

- 1 Pursuant to Article 34 SCA, any court or tribunal in an EFTA State may refer questions on the interpretation of the EEA Agreement to the Court, if it considers an advisory opinion necessary to enable it to give judgment. The Court may only refuse to rule on a question where it is quite obvious that the interpretation of EEA law that is sought bears no relation to the actual facts of the main action or its purpose, where the problem is hypothetical, or where the Court does not have before it the factual or legal material necessary to give a useful answer to the questions submitted to it.
- 2 A finding that a certain measure constitutes State aid within the meaning of Article 61 EEA presupposes that four conditions are met: there is an intervention by the State or through State resources, the intervention is liable to affect trade between EEA States, it confers a selective advantage on the beneficiary and it distorts or threatens to distort competition.
- 3 As regards the criterion of an intervention through State resources, the Court recalls that a measure must be granted directly or indirectly through State resources and that grant must be attributable to the State. Funds financed through compulsory charges imposed by national legislation, managed and apportioned in accordance with the provisions of that legislation, may be regarded as State resources within the meaning of Article 61 EEA.
- 4 As regards the conditions that a measure must be liable to affect trade between EEA States and distort or threaten to distort competition, it is not necessary to demonstrate that the aid has an appreciable effect on trade and that competition is actually being distorted, but only to examine whether that aid is liable to affect trade and distort competition. Furthermore, the fact that the aid

Sammendrag av dommen

- 1 Etter ODA artikkel 34 kan enhver domstol i en EFTA-stat som finner at en rådgivende uttalelse er nødvendig før den avsier sin dom, anmode EFTA-domstolen om å gi en slik uttalelse. EFTA-domstolen kan bare avstå fra å besvare et spørsmål når det er ganske åpenbart at tolkningen av EØS-retten som søkes, ikke har noen relevans for sakens faktiske forhold eller formål, når problemet er hypotetisk, eller når EFTA-domstolen ikke har de faktiske eller rettslige forutsetninger som kreves for å kunne gi et nyttig svar på spørsmålene den er forelagt.
- 2 For å kunne konkludere med at et gitt tiltak utgjør statsstøtte etter EØS-avtalen artikkel 61, må fire vilkår være oppfylt: tiltaket utgjør en inngripen fra staten eller gjennom statsmidler, tiltaket er egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-statene, det gir mottakeren en selektiv fordel og det vrir eller truer med å vri konkurransen.
- 3 Når det gjelder kriteriet om inngripen gjennom statsmidler, minner EFTA-domstolen om at støtten må være gitt direkte eller indirekte av statsmidler, og at støtten må kunne tilskrives staten. Midler som finansieres gjennom obligatoriske avgifter hjemlet i nasjonal lovgivning, og som forvaltes og fordeles i samsvar med bestemmelsene i slik lovgivning, kan anses som statsmidler i henhold til EØS-avtalen artikkel 61.
- 4 Når det gjelder vilkårene om at tiltaket må være egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-statene og vri eller true med å vri konkurransen, er det ikke nødvendig å vise at støtten har en merkbar påvirkning på samhandelen, og at konkurransen faktisk blir vridd, men bare å undersøke om støtten er egnet til å påvirke samhandelen og vri konkurransen. Det forhold at støttebeløpet eller

amount or the beneficiary undertaking is relatively small does not in itself preclude the possibility that trade between the EEA States might be affected.

- 5 Any national measure which is “inseparably linked” to the trade in products that fall outside the scope of the EEA Agreement falls in itself outside that scope.
- 6 If the measure at issue is to the benefit of products both inside and outside the scope of the Agreement, the proper functioning of EEA State aid law requires that an aid scheme must, as a whole, be notified to ESA in accordance with Article 1(3) of Part I of Protocol 3 SCA, provided that the referring court finds that the measure constitutes a State aid as defined above.
- 7 A national court will not have cause to assess a State aid scheme in light of the freedom of establishment in Article 31 EEA, unless it can be assessed separately in law from the State aid measure.

mottakerforetaket er relativt lite, utelukker heller ikke muligheten for at samhandelen mellom EØS-statene kan bli påvirket.

- 5 Ethvert nasjonalt tiltak som er “uatskillelig knyttet” til omsetningen av produkter som faller utenfor EØS-avtalens virkeområde, faller selv utenfor dette virkeområde.
- 6 Dersom tiltaket saken gjelder, er til gunst både for produkter som faller innenfor og for produkter som faller utenfor avtalens virkeområde, må en støtteordning, for at EØS-rettens bestemmelser om statsstøtte skal fungere etter hensikten, i sin helhet meldes til ESA etter artikkel 1 nr. 3 i del I i protokoll 3 til ODA, forutsatt at den anmodende domstol kommer til at tiltaket utgjør et statsstøttetiltak som definert over.
- 7 En nasjonal domstol vil ikke ha noen foranledning til å vurdere en statsstøtteordning i lys av etableringsfriheten etter EØS-avtalen artikkel 31 med mindre den rettslig sett kan vurderes isolert fra statsstøttetiltaket.

Judgment of the Court

15 December 2016¹

*(Product coverage of the EEA Agreement – Dairy products – State aid – State resources
– Effect on trade and distortion of competition – Freedom of establishment)*

In Case E-1/16,

REQUEST to the Court pursuant to Article 34 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice by Oslo District Court (Oslo tingrett), in a case pending before it between

Synnøve Finden AS

≡and≡

**The Norwegian Government, represented by the Ministry of
Agriculture and Food,**

concerning the interpretation of the Agreement on the European Economic Area, and in particular Articles 31 and 61 thereof,

1 Language of the request: Norwegian. Translations of national provisions are unofficial and based on those contained in the documents of the case.

Domstolens Dom

15. desember 2016¹

*(EØS-avtalens produktdekning – Meieriprodukter – Statsstøtte – Statsmidler –
Virkning på samhandelen og konkurransevridning – Etableringsfrihet)*

I sak E-1/16

ANMODNING til Domstolen i henhold til artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol fra Oslo tingrett i en sak mellom

Synnøve Finden AS

≡ og ≡

Den norske stat v/Landbruks- og matdepartementet,

om fortolkningen av Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, særlig artiklene 31 og 61, avsier

1 Språket i anmodningen om rådgivende uttalelse: norsk. Engelske oversettelser av nasjonale bestemmelser er uoffisielle og er basert på oversettelsene i sakens dokumenter.

The Court

composed of: Carl Baudenbacher, President and Judge-Rapporteur, Per Christiansen and Páll Hreinsson, Judges,

Registrar: Gunnar Selvik,

having considered the written observations submitted on behalf of:

- Synnøve Finden AS (“Synnøve Finden”), represented by Jan Magne Juuhl-Langseth, advocate;
- the Norwegian Government, represented by the Ministry of Agriculture and Food (“the Norwegian Government”), represented by Torje Sunde, advocate, Office of the Attorney General (Civil Affairs), acting as Agent;
- the EFTA Surveillance Authority (“ESA”), represented by Carsten Zatschler, Maria Moustakali and Marlene Lie Hakkebo, Members of its Department of Legal & Executive Affairs, acting as Agents; and
- the European Commission (“the Commission”), represented by Luigi Malferrari, Donatella Recchia and Markéta Šimerdová, Members of its Legal Service, acting as Agents,

having regard to the Report for the Hearing,

having heard oral argument of Synnøve Finden, represented by Jan Magne Juuhl-Langseth; the Norwegian Government, represented by Torje Sunde; ESA, represented by Maria Moustakali and Marlene Lie Hakkebo; and the Commission, represented by Luigi Malferrari, Donatella Recchia and Markéta Šimerdová at the hearing on 21 June 2016,

gives the following

Domstolen,

sammensatt av: Carl Baudenbacher, president og saksforberedende dommer, Per Christiansen og Páll Hreinsson, dommere,

justissekretær: Gunnar Selvik,

etter å ha tatt i betraktning de skriftlige innlegg inngitt på vegne av:

- Synnøve Finden AS (“Synnøve Finden”), representert ved advokat Jan Magne Juuhl-Langseth,
- Den norske stat v/Landbruks- og matdepartementet, (“den norske stat”), representert ved advokat Torje Sunde, Regjeringsadvokaten, som partsrepresentant,
- EFTAs overvåkingsorgan (“ESA”), representert ved Carsten Zatschler, Maria Moustakali og Marlene Lie Hakkebo, medlemmer av Department of Legal & Executive Affairs, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen (“Kommisjonen”), representert ved Luigi Malferrari, Donatella Recchia og Markéta Šimerdová, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste, som partsrepresentanter.

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra Synnøve Finden, representert ved Jan Magne Juuhl-Langseth; den norske stat, representert ved Torje Sunde; ESA, representert ved Maria Moustakali og Marlene Lie Hakkebo; og Kommisjonen, representert ved Luigi Malferrari, Donatella Recchia og Markéta Šimerdová, i rettsmøte 21. juni 2016,

slik

Judgment

I LEGAL BACKGROUND

EEA LAW

- 1 Article 8 of the Agreement on the European Economic Area (“EEA Agreement” or “EEA”) reads as follows:
 1. *Free movement of goods between the Contracting Parties shall be established in conformity with the provisions of this Agreement.*
 - ...
 3. *Unless otherwise specified, the provisions of this Agreement shall apply only to:*
 - (a) *products falling within Chapters 25 to 97 of the Harmonized Commodity Description and Coding System, excluding the products listed in Protocol 2;*
 - (b) *products specified in Protocol 3, subject to the specific arrangements set out in that Protocol.*
- 2 Dairy products fall within Chapter 4 of the Harmonized Commodity Description and Coding System (“the Harmonized System”).
- 3 Article 1(1) of Protocol 3 to the Agreement reads as follows:

The provisions of the Agreement shall apply to the products listed in Tables I and II, subject to the provisions of this Protocol.

Dom

I RETTSLIG BAKGRUNN

EØS-RETT

- 1 Artikkel 8 i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (“EØS-avtalen” eller “EØS”) lyder:
 1. *I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det innføres fritt varebytte mellom avtalepartene.*
 - ...
 3. *Med mindre annet er særskilt angitt, får bestemmelsene i denne avtale anvendelse bare for*
 - a) *varer som hører inn under kapittel 25 til 97 i det harmoniserte system for beskrivelse og koding av varer, med unntak av varer oppført i protokoll 2;*
 - b) *varer oppført i protokoll 3 i samsvar med de særlige bestemmelser som er fastsatt i protokollen.*
- 2 Meieriprodukter hører inn under kapittel 4 i det harmoniserte system for beskrivelse og koding av varer (“det harmoniserte system”).
- 3 Artikkel 1 nr. 1 i protokoll 3 til avtalen lyder:

Avtalens bestemmelser skal gjelde for varer oppført i tabell I og II, om ikke annet følger av bestemmelsene i denne protokoll.

4 Table I in Protocol 3 to the Agreement includes the following items:

HS heading No	Description of products
0403	<p data-bbox="461 342 1151 596">Buttermilk, curdled milk and cream, yogurt, kephir and other fermented or acidified milk and cream, whether or not concentrated or containing added sugar or other sweetening matter or flavoured or containing added fruit, nuts or cocoa:</p> <p data-bbox="407 615 593 644">10 – Yogurt:</p> <p data-bbox="368 662 1083 735">ex 10 – – Flavoured or containing added fruit, nuts or cocoa</p> <p data-bbox="407 753 577 782">90 – Other:</p> <p data-bbox="368 800 1083 873">ex 90 – – Flavoured or containing added fruit, nuts or cocoa</p>

5 Article 31(1) EEA reads as follows:

Within the framework of the provisions of this Agreement, there shall be no restrictions on the freedom of establishment of nationals of an EC Member State or an EFTA State in the territory of any other of these States. This shall also apply to the setting up of agencies, branches or subsidiaries by nationals of any EC Member State or EFTA State established in the territory of any of these States.

Freedom of establishment shall include the right to take up and pursue activities as self-employed persons and to set up and manage undertakings, in particular companies or firms within the meaning of Article 34, second paragraph, under the conditions laid down for its own nationals by the law of the country where such establishment is effected, subject to the provisions of Chapter 4.

4 Tabell I i protokoll 3 til avtalen omfatter følgende:

Posisjon i tolltariffen (HS)	Varebeskrivelse
0403	Kjernemelk, kulturmilk (surmilk) og rømme, yoghurt, kefir og annen gjæret eller syrnet melk og fløte, også konsentrert, med eller uten tilsetning av sukker, annet søtningsstoff eller smaksstoff eller med innhold av frukt, nøtter eller kakao.
	10 – yoghurt:
	ex 10 – – med innhold av smaksstoff eller med innhold av frukt, nøtter, bær eller kakao
	90 – annen:
	ex 90 – – med innhold av smaksstoff eller med innhold av frukt, nøtter, bær eller kakao

5 EØS-avtalen artikkel 31 nr. 1 lyder:

I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium. Dette skal gjelde også adgangen til å opprette agenturer, filialer eller datterselskaper for så vidt angår borgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg på en av disse staters territorium.

Etableringsadgangen skal omfatte adgang til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet og til å opprette og lede foretak, særlig selskaper som definert i artikkel 34 annet ledd, på de vilkår som lovgivningen i etableringsstaten fastsetter for egne borgere, med forbehold for bestemmelsene i kapitlet om kapital.

6 Article 61(1) EEA reads as follows:

Save as otherwise provided in this Agreement, any aid granted by EC Member States, EFTA States or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Contracting Parties, be incompatible with the functioning of this Agreement.

7 Article 1 of Part I of Protocol 3 to the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice (“SCA”) reads as follows:

1. *The EFTA Surveillance Authority shall, in cooperation with the EFTA States, keep under constant review all systems of aid existing in those States. It shall propose to the latter any appropriate measures required by the progressive development or by the functioning of the EEA Agreement.*
2. *If, after giving notice to the parties concerned to submit their comments, the EFTA Surveillance Authority finds that aid granted by an EFTA State or through EFTA State resources is not compatible with the functioning of the EEA Agreement having regard to Article 61 of the EEA Agreement, or that such aid is being misused, it shall decide that the EFTA State concerned shall abolish or alter such aid within a period of time to be determined by the Authority.*

...

3. *The EFTA Surveillance Authority shall be informed, in sufficient time to enable it to submit its comments, of any plans to grant or alter aid. If it considers that any such plan is not compatible with the functioning of the EEA Agreement having regard to Article 61 of the EEA Agreement, it shall without delay initiate the procedure provided for in paragraph 2. The State concerned shall not put its proposed measures into effect until this procedure has resulted in a final decision.*

6 EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 lyder:

Med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene.

7 Artikkel 1 i del I i protokoll 3 til Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol ("ODA") lyder:

- 1. EFTAs overvåkingsorgan skal sammen med EFTA-statene løpende undersøke alle eksisterende støtteordninger i disse stater. Det skal foreslå for medlemsstatene alle formålstjenlige tiltak for at EØS-avtalen gradvis skal utvikles og kunne virke.*
- 2. Dersom EFTAs overvåkingsorgan etter å ha gitt de berørte parter en frist til å uttale seg, fastslår at støtte som er gitt av en EFTA-stat eller av en EFTA-stats midler, ikke er forenlig med EØS-avtalen i henhold til avtalens artikkel 61, eller at støtten anvendes på utilbørlig måte, skal den treffe vedtak om at vedkommende EFTA-stat må oppheve eller endre støtten innen den frist overvåkingsorganet fastsetter.*

...

- 3. EFTAs overvåkingsorgan skal underrettes i tide til å kunne uttale seg om planer som går ut på å innføre eller endre støtteordninger. Dersom den finner at en slik plan ikke er forenlig med EØS-avtalen i henhold til avtalens artikkel 61, skal den straks innlede den prosedyre som er omtalt i nr. 2. Vedkommende stat kan ikke sette i verk de planlagte tiltak før prosedyren har ført til et endelig vedtak.*

8 Article 2(1) of Part II of Protocol 3 SCA reads as follows:

Save as otherwise provided in this Protocol or relevant provisions of the EEA Agreement, any plans to grant new aid shall be notified to the EFTA Surveillance Authority in sufficient time by the EFTA State concerned. The EFTA Surveillance Authority shall inform the EFTA State concerned without delay of the receipt of a notification.

9 Article 3 of Part II of Protocol 3 SCA reads as follows:

Aid notifiable pursuant to Article 2(1) of this Chapter shall not be put into effect before the EFTA Surveillance Authority has taken, or is deemed to have taken, a decision authorising such aid.

NATIONAL LAW

10 The milk sector in Norway is characterised by a quota system and a subsidy for milk production, a target price system for milk, a price differentiation for milk as a raw material for different uses, market regulation and import barriers.

11 In 1997, a new price equalisation system was introduced in Norway. Its purpose is to grant milk producers the possibility of equal price for milk regardless of the place of production and the specific use of the milk. The system is intended to allow competition from independent market operators in areas where the operator Tine SA (“Tine”) previously held a monopoly on sales. The price equalisation system has been modified several times, and is currently laid down in Regulation of 29 June 2007 No 832 on a price equalisation system for milk (“the PE Regulation”).

12 The price equalisation system is a scheme of levies and subsidies for milk products that are processed and sold as milk products by dairy undertakings based in Norway. Pursuant to Section 4 of the PE Regulation, milk products are placed in different price categories depending on the use of the milk. A price category may be subject to

- 8 Artikkel 2 nr. 1 i del II i protokoll 3 til ODA lyder:

Med mindre annet er fastsatt i denne protokoll eller andre relevante bestemmelser i EØS-avtalen, skal alle planer om å gi ny støtte i god tid meldes til EFTAs overvåkningsorgan av den berørte EFTA-stat. EFTAs overvåkningsorgan skal uten opphold underrette den berørte EFTA-stat om at den har mottatt meldingen.

- 9 Artikkel 3 i del II i protokoll 3 til ODA lyder:

Støtte som skal meldes etter artikkel 2 nr. 1 i dette kapittel, kan iverksettes bare dersom EFTAs overvåkningsorgan har gjort vedtak eller anses for å ha gjort vedtak om godkjenning av slik støtte.

NASJONAL RETT

- 10 Melkesektoren i Norge kjennetegnes ved en kvoteordning og et tilskudd til melkeproduksjon, et målprissystem for melk, prisdifferensiering av melk som råvare til ulike anvendelser, markedsregulering og importvern.
- 11 I 1997 ble det innført en ny prisutjevningsordning i Norge. Formålet er å gi melkeprodusenter muligheten til å få samme pris for melken uten hensyn til hvor den produseres og hva den skal brukes til. Systemet er ment å åpne for konkurranse fra uavhengige aktører på områder hvor operatøren Tine SA (“Tine”) tidligere hadde salgsmopol. Prisutjevningsordningen har blitt endret flere ganger og er nå fastsatt i forskrift 29. juni 2007 nr. 832 om prisutjevningsordningen for melk (“PU-forskriften”).
- 12 Prisutjevningsordningen er en ordning med avgifter og tilskudd for melkeprodukter som foredles og omsettes som melkeprodukt av meieriselskap lokalisert i Norge. Etter PU-forskriften § 4 er melkeproduktene plassert i ulike prisgrupper alt etter melkens anvendelse. En prisgruppe kan være gjenstand for en avgift, et

a levy, a subsidy or to neither of those. The rates applicable are determined by the Norwegian Agriculture Agency. As an additional competition policy measure, the levy is reduced or the subsidy increased by a fixed rate for milk sold to or used by dairy undertakings not affiliated to Tine. From 2008 until 2011, Q-Meieriene AS (“Q-dairies”) and Synnøve Finden were also entitled to an additional levy reduction or subsidy increase due to the fact that they had for a long time been Tine’s main competitors.

- 13 Section 8 of the PE Regulation concerns the equalisation of distribution costs. Distribution subsidies are granted to dairy undertakings that collect milk from their own milk producers, for the distribution of liquid milk products in Northern Norway and for distribution to kindergartens and schools. In addition, at the relevant time the third paragraph of Section 8 provided for a special distribution subsidy for Q-dairies:

[Q-dairies] is granted NOK 0.50 per litre for a quantity limited upwards to 100 million litres for the distribution of liquid milk products from dairy facilities belonging to the group.

- 14 The term liquid milk products is defined in Section 3(c) of the PE Regulation and includes yogurt and milk for consumption.
- 15 The special distribution subsidy was introduced in 2004. Its basis was a finding by the Norwegian authorities of wide differences between Tine’s and Q-dairies’ costs of distributing liquid milk products from dairy to retail outlets. These differences were considered a competitive disadvantage for Q-dairies in setting up business in the milk for consumption sector. The distribution subsidy has been subject to adjustments and revisions.

tilskudd eller ingen av delene. Gjeldende satser fastsettes av Landbruksdirektoratet. Som et ytterligere konkurransepolitisk tiltak reduseres avgiften eller økes tilskuddet med en fast sats for melk som selges til eller anvendes av meieriselskap som ikke er tilknyttet Tine. Fra 2008 til 2011 hadde Q-meieriene AS ("Q-meieriene") og Synnøve Finden også rett på en ytterligere reduksjon av avgift eller økning av tilskudd i lys av at de over en lengre periode hadde vært Tines hovedkonkurrenter.

- 13 PU-forskriften § 8 gjelder utjevning av distribusjonskostnader. Distribusjonstilskudd ytes til meieriselskap som henter melk hos egne melkeprodusenter, til distribusjon av flytende melkeprodukter i Nord-Norge og til distribusjon til barnehager og skoler. På det aktuelle tidspunkt fastsatte § 8 tredje ledd dessuten et særskilt distribusjonstilskudd til Q-meieriene:

[Q-meieriene] gis 50 øre pr. liter for et kvantum begrenset oppad til 100 mill. liter for distribusjon av flytende melkeprodukter fra meierianlegg som tilhører konsernet.

- 14 Begrepet flytende melkeprodukter er definert i PU-forskriften § 3 bokstav c og omfatter også yoghurt og konsummelk.
- 15 Det særskilte distribusjonstilskuddet ble innført i 2004. Grunnlaget var at myndighetene hadde funnet store forskjeller i distribusjonskostnadene mellom Tine og Q-meieriene for flytende melkeprodukter fra meieri til butikk. Disse forskjeller ble ansett som en konkurranseulempe for Q-meieriene for etablering i konsummelkmarkedet. Distribusjonstilskuddet har vært gjenstand for justeringer og revideringer.

II FACTS AND PROCEDURE

- 16 Tine is a cooperative undertaking owned by milk producers from all parts of the country. In its role as market regulator, it is obliged to supply raw milk to independent operators within certain limits. Tine also produces several milk products under licences with foreign dairies, and it imports a number of products and ingredients for use in its activities. Tine has very large market shares in the markets for milk for consumption, semi-soft white cheese and yogurt.
- 17 Synnøve Finden is a limited liability company registered in Norway. It produces several solid milk products in Norway and is supplied with milk in accordance with Tine's supply obligation. Synnøve Finden has production facilities in Alvdal and Namsos (both in Norway), but has not yet produced any liquid milk products in Norway. It imports, however, yogurt from Greece.
- 18 Q-dairies is a third actor in the Norwegian milk market. Q-dairies produces and sells solid and liquid milk products. The company receives about two thirds of the milk it uses from its own milk producers, while the rest is supplied under Tine's supply obligation. A fourth actor in the Norwegian milk market is Rørosmeieriet AS ("Rørosmeieriet").
- 19 From 1997 onwards, only Tine, Q-dairies and Rørosmeieriet have distributed and sold liquid milk products from their own dairy facilities in Norway. In September 2014, Synnøve Finden informed the Ministry of Agriculture and Food that it was planning to commence production of yogurt and milk for consumption. The purpose of the letter was to obtain confirmation of the framework conditions for such production. The letter mentioned in particular the special distribution subsidy granted to Q-dairies.

II FAKTUM OG SAKSGANG

- 16 Tine er et samvirkeforetak, eid av melkeprodusenter over hele landet. I sin funksjon som markedsregulator er Tine pålagt en forsyningsplikt for råmelk til uavhengige aktører innen visse grenser. Tine produserer også flere melkeprodukter på lisens fra utenlandske meierier og importerer en rekke produkter og ingredienser til bruk i sin virksomhet. Tine har en svært stor andel av markedet for konsummelk, gulost og yoghurt.
- 17 Synnøve Finden er et aksjeselskap registrert i Norge. Det produserer flere faste melkeprodukter i Norge og får levert melken gjennom Tines forsyningsplikt. Synnøve Finden har produksjonsanlegg i Alvdal og Namsos, men har foreløpig ikke produsert flytende melkeprodukter i Norge. Selskapet importerer imidlertid yoghurt fra Hellas.
- 18 Q-meieriene er en tredje aktør i melkemarkedet i Norge. Q-meieriene produserer og selger faste og flytende melkeprodukter. Selskapet får om lag to tredeler av sin melkeleveranse fra egne melkeprodusenter og mottar den resterende råmelk gjennom Tines forsyningsplikt. En fjerde aktør i melkemarkedet i Norge er Rørosmeieriet AS ("Rørosmeieriet").
- 19 Fra 1997 har kun Tine, Q-meieriene og Rørosmeieriet distribuert og solgt flytende melkeprodukter fra egne meierianlegg i Norge. I september 2014 meddelte Synnøve Finden Landbruks- og matdepartementet at selskapet planlegger oppstart av produksjon av yoghurt og konsummelk. Formålet med brevet var å få bekreftet rammebetingelsene for slik produksjon. Brevet tok særlig opp det særskilte distribusjonstilskudd som Q-meieriene mottar.

- 20 The Ministry replied in October 2014. As regards the arrangement under which Q-dairies receives a special distribution subsidy, the Ministry stated: “This was a subsidy granted to Q-dairies based on the special situation that existed at the time when the dairy was established. The purpose was to compensate for the costs that the company still incurred as a consequence of that situation. It has not, therefore, been an issue to extend the circle of recipients of this subsidy.”
- 21 In May 2015, Synnøve Finden brought an action against the Norwegian Government before Oslo District Court, claiming primarily that the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation be declared invalid. In the alternative, Synnøve Finden claims that this provision entails unlawful State aid.
- 22 In the proceedings before Oslo District Court the Norwegian Government provided an overview of the yearly amounts of the special distribution subsidy granted to Q-dairies from 2006 to May 2015. Of the yearly amounts granted, the Norwegian Government has also sought to specify the amounts relating to the distribution of liquid milk products that fall within the scope of the EEA Agreement. The figure was relatively low in 2015 because Q-dairies no longer produces flavoured yogurt in Norway, which is the most important milk product within the scope of the EEA Agreement.

- 20 Departementet svarte i oktober 2014. Med hensyn til ordningen med det særskilte distribusjonstilskudd til Q-meieriene uttalte departementet følgende: “Dette var et tilskudd som ble gitt til Q-meieriene med bakgrunn i den spesielle situasjonen som eksisterte på den tiden da dette meieriet ble etablert. Formålet var å kompensere for kostnader som selskapet fremdeles hadde som følge av denne situasjonen. Det har derfor ikke vært aktuelt å utvide kretsen av mottakere av dette tilskuddet.”
- 21 I mai 2015 anla Synnøve Finden sak mot den norske stat for Oslo tingrett, prinsipalt for å få kjent PU-forskriften § 8 tredje ledd ugyldig. Subsidiært nedla Synnøve Finden påstand om at denne bestemmelse utgjør ulovlig statsstøtte.
- 22 Da saken gikk for Oslo tingrett, la den norske stat frem en oversikt over de årlige beløp Q-meieriene har mottatt i distribusjonstilskudd fra 2006 til mai 2015. Den norske stat søkte videre å spesifisere hvor mye av disse årlige beløp som kunne knyttes til distribusjon av flytende melkeprodukter som omfattes av EØS-avtalen. Tallet var forholdsmessig lite i 2015 fordi Q-meieriene ikke lenger har noen egenproduksjon i Norge av smakstilsatt yoghurt, som er det mest sentrale melkeprodukt som omfattes av EØS-avtalen.

Year:	Total subsidy:	Subsidy related to EEA products:
2006	NOK 19 700 000	
2007	NOK 29 900 000	NOK 154 076
2008	NOK 32 600 000	NOK 292 376
2009	NOK 34 300 000	NOK 647 396
2010	NOK 35 600 000	NOK 502 739
2011	NOK 39 400 000	NOK 481 086
2012	NOK 44 900 000	NOK 831 391
2013	NOK 39 500 000	NOK 888 316
2014	NOK 41 100 000	NOK 851 248
Jan.-May 2015	NOK 18 000 000	NOK 90 732

23 By a letter dated 6 January 2016, registered at the Court as Case E-1/16 on 18 January 2016, Oslo District Court requested an Advisory Opinion from the Court. The following questions were submitted:

- 1.1 *Is the aid arrangement mentioned in the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation an arrangement of a nature whereby the court, on considering its lawfulness, must consider it in relation to the rules on the freedom of establishment in Article 31 of the EEA Agreement?*
- 1.2 *If the court is required to consider Article 31 of the EEA Agreement in relation to the lawfulness of the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation, will Article 31 of the EEA Agreement only be relevant if there is a cross-border element in the case?*

År:	Samlet tilskudd:	Tilskudd knyttet til EØS-produkter:
2006	19 700 000 kr	
2007	29 900 000 kr	154 076 kr
2008	32 600 000 kr	292 376 kr
2009	34 300 000 kr	647 396 kr
2010	35 600 000 kr	502 739 kr
2011	39 400 000 kr	481 086 kr
2012	44 900 000 kr	831 391 kr
2013	39 500 000 kr	888 316 kr
2014	41 100 000 kr	851 248 kr
jan.-mai 2015	18 000 000 kr	90 732 kr

23 Ved brev datert 6. januar 2016, registrert ved EFTA-domstolen som sak E-1/16 den 18. januar 2016, fremsatte Oslo tingrett en anmodning om rådgivende uttalelse. Følgende spørsmål ble stilt:

1.1 *Er den støtteordning som er angitt i PU-forskriftene § 8 tredje ledd, en ordning av en slik art at retten ved vurderingen av dens lovlighet, skal vurdere den opp mot reglene om etableringsfriheten i EØS-avtalens artikkel 31?*

1.2 *Hvis retten må vurdere EØS-avtalen artikkel 31 ved lovligheten av PU-forskriftene § 8 tredje ledd, vil da EØS-avtalens artikkel 31 bare være relevant hvis det foreligger et grenseoverskridende element i saken?*

- 1.3 *If the court is required to consider Article 31 of the EEA Agreement in relation to the lawfulness of the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation, will Article 31 of the EEA Agreement only be relevant in relation to what are commonly referred to as ‘Protocol 3 products’, or will it be deemed to constitute transport aid of relevance to all product categories, even if transport is limited to the party’s own products?*
- 2.1 *Is the aid arrangement mentioned in the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation an arrangement that requires prior notification to ESA pursuant to Article 61 of the EEA Agreement?*
- 2.2 *If the aid arrangement mentioned in the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation requires prior notification to ESA pursuant to Article 61, does this only concern what are commonly referred to as ‘Protocol 3 products’, or will it be deemed to constitute transport aid of relevance to all product categories?*
- 24 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 insofar as is necessary for the reasoning of the Court.

III ADMISSIBILITY

ARGUMENTS SUBMITTED TO THE COURT

- 25 The Norwegian Government argues that the last part of Questions 1.3 and 2.2, in which the referring court asks whether the measure constitutes “transport aid of relevance to all product categories”, appears unrelated to the actual facts of the main action or hypothetical and, thus, should be considered inadmissible.

- 1.3 *Hvis retten må vurdere EØS-avtalen artikkel 31 ved lovligheten av PU-forskriftene § 8 tredje ledd, vil da EØS-avtalens artikkel 31 bare være relevant for såkalte protokoll 3-varer, eller vil den bli ansett som en transportstøtte som berører alle varekategorier, selv når transport bare gjelder partens egne produkter?*
- 2.1 *Er den støtteordning som er angitt i prisutjevningsforskriftene § 8 tredje ledd en ordning som forutsetter forhåndsfremleggelse for ESA etter EØS-avtalen artikkel 61?*
- 2.2 *Hvis den støtteordning som er angitt i prisutjevningsforskriftene § 8 tredje ledd forutsetter forhåndsfremleggelse for ESA etter artikkel 61, gjelder dette i så fall bare såkalte protokoll 3-varer, eller vil den bli ansett som en transportstøtte som berører alle varekategorier?*
- 24 *Det vises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige ramme, de faktiske forhold, saksgangen og de skriftlige innlegg innlagt til EFTA-domstolen, som i det følgende bare vil bli nevnt eller drøftet så langt dette er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.*

III SPØRSMÅLET OM ANMODNINGEN KAN BEHANDLES

ANFØRSLER FREMSATT FOR EFTA-DOMSTOLEN

- 25 Den norske stat anfører at siste del av spørsmål 1.3 og 2.2, der den anmodende domstol spør om tiltaket utgjør “transportstøtte som berører alle varekategorier”, fremstår som uten tilknytning til sakens faktiske forhold eller som hypotetisk, og derfor bør avvises.

FINDINGS OF THE COURT

- 26 Pursuant to Article 34 SCA, any court or tribunal in an EFTA State may refer questions on the interpretation of the EEA Agreement to the Court, if it considers an advisory opinion necessary to enable it to give judgment.
- 27 The purpose of Article 34 SCA is to establish cooperation between the Court and the national courts and tribunals. It is intended to be a means of ensuring a homogeneous interpretation of EEA law and to provide assistance to the courts and tribunals in the EFTA States in cases in which they have to apply provisions of EEA law (see Joined Cases E-26/15 and E-27/15 *Criminal Proceedings against B and B v Finanzmarktaufsicht*, judgment of 3 August 2016, not yet reported, paragraph 52 and case law cited).
- 28 It is settled case law that questions on the interpretation of EEA law referred by a national court, in the factual and legislative context which that court is responsible for defining and the accuracy of which is not a matter for the Court to determine, enjoy a presumption of relevance. Accordingly, the Court may only refuse to rule on a question referred by a national court where it is quite obvious that the interpretation of EEA law that is sought bears no relation to the actual facts of the main action or its purpose, where the problem is hypothetical, or where the Court does not have before it the factual or legal material necessary to give a useful answer to the questions submitted to it (see *Criminal Proceedings against B and B v Finanzmarktaufsicht*, cited above, paragraph 53 and case law cited).
- 29 The Court does not find that such exceptional circumstances are applicable to the questions in the case at hand. It follows that the questions referred are admissible.

RETTENS BEMERKNINGER

- 26 Etter ODA artikkel 34 kan enhver domstol i en EFTA-stat som finner at en rådgivende uttalelse er nødvendig før den avsier sin dom, anmode EFTA-domstolen om å gi en slik uttalelse.
- 27 Formålet med ODA artikkel 34 er å etablere et samarbeid mellom EFTA-domstolen og de nasjonale domstoler. Den er ment å sikre ensartet tolkning av EØS-retten og yte bistand til domstolene i EFTA-statene i saker der de må anvende bestemmelser i EØS-retten (se forente saker E-26/15 og E-27/15 *Straffesak mot B og B mot Finanzmarktaufsicht*, dom av 3. august 2016, ennå ikke i Sml., avsnitt 52 og den rettspraksis som det vises til der).
- 28 Det er fast rettspraksis at tolknings spørsmål fra en nasjonal domstol om EØS-retten, under faktiske og rettslige omstendigheter som den nasjonale domstol har ansvar for å definere, og hvis nøyaktighet EFTA-domstolen ikke skal vurdere, nyter godt av en presumsjon om relevans. Følgelig kan EFTA-domstolen bare avstå fra å besvare et spørsmål fra en nasjonal domstol når det er ganske åpenbart at tolkningen av EØS-retten som søkes, ikke har noen relevans for sakens faktiske forhold eller formål, når problemet er hypotetisk, eller når EFTA-domstolen ikke har de faktiske eller rettslige forutsetninger som kreves for å kunne gi et nyttig svar på spørsmålene den er forelagt (se *Straffesak mot B og B mot Finanzmarktaufsicht*, som omtalt over, avsnitt 53 og den rettspraksis som det vises til der).
- 29 EFTA-domstolen finner ikke at det foreligger slike ekstraordinære omstendigheter ved spørsmålene i den foreliggende sak. Det følger av dette at de forelagte spørsmål kan besvares.

IV ANSWERS OF THE COURT

INTRODUCTORY REMARKS

- 30 The national court has referred five questions relating to the special distribution subsidy granted to Q-dairies pursuant to the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation. The three first questions concern the application of the rules on freedom of establishment under Article 31 EEA (Questions 1.1 to 1.3). The two remaining questions concern the possibility that the subsidy should be considered State aid under Article 61 EEA (Questions 2.1 and 2.2).
- 31 In light of the facts presented by the referring court, the Court finds it appropriate to consider, first, the questions concerning State aid, before providing an answer to the questions concerning the freedom of establishment.
- 32 It is undisputed that certain products encompassed by the measure at issue, in particular flavoured yogurt, are specified in Protocol 3 to the EEA Agreement and therefore fall within the scope of the EEA Agreement, in accordance with Article 8 thereof.

QUESTION 2.1.

- 33 By Question 2.1, the referring court asks, in essence, whether the aid scheme mentioned in the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation requires prior notification to ESA as a State aid measure pursuant to Article 61 EEA.

OBSERVATIONS SUBMITTED TO THE COURT

- 34 Synnøve Finden argues that the aid is granted to an undertaking and is selective, since it is granted only to Q-dairies. Further, as the inherent objective of the distribution subsidy is to strengthen the

IV EFTA-DOMSTOLENS SVAR

INNLEDENDE BEMERKNINGER

- 30 Den nasjonale domstol har forelagt fem spørsmål om det særskilte distribusjonstilskudd som Q-meieriene mottar etter PU-forskriften § 8 tredje ledd. De tre første spørsmål gjelder anvendelsen av reglene om etableringsfrihet etter EØS-avtalen artikkel 31 (spørsmål 1.1 til 1.3). De to siste spørsmål gjelder muligheten for at tilskuddet bør anses som statsstøtte etter EØS-avtalen artikkel 61 (spørsmål 2.1 og 2.2).
- 31 I lys av de faktiske forhold beskrevet av den anmodende domstol, finner EFTA-domstolen det hensiktsmessig å behandle spørsmålene om statsstøtte først, før den besvarer spørsmålene om etableringsretten.
- 32 EFTA-domstolen bemerker at det er uomtvistet at visse produkter som er omfattet av tiltaket saken gjelder, særlig smakstilsatt yoghurt, er angitt i protokoll 3 til EØS-avtalen og derfor faller inn under avtalens virkeområde etter dens artikkel 8.

SPØRSMÅL 2.1

- 33 Ved spørsmål 2.1 spør den anmodende domstol i hovedsak om støtteordningen nevnt i PU-forskriften § 8 tredje ledd forutsetter forhåndsfremleggelse for ESA som et statsstøttetiltak etter EØS-avtalen artikkel 61.

INNLEGG INNGITT TIL EFTA-DOMSTOLEN

- 34 Synnøve Finden anfører at støtten gis til et selskap og er selektiv siden den bare gis til Q-meieriene. Distribusjonstilskuddets formål er dessuten å styrke konkurranseposisjonen til Q-meieriene, og dermed

competitive position of Q-dairies, the measure also distorts or threatens to distort competition. As regards the question of whether the measure actually confers an advantage on Q-dairies, Synnøve Finden proposes two alternative means of assessment. First, Synnøve Finden contends that the distribution subsidy must be considered a grant of money from the public to Q-dairies. In the alternative, Synnøve Finden suggests that the distribution subsidy may also be assessed in a wider context, as part of the national system of taxation for the use of milk. From this perspective, the distribution subsidy represents a tax reduction for Q-dairies, which comes within the notion of “measures which favour an undertaking” under Article 61(1) EEA.

- 35 Synnøve Finden further submits that the funds generated through taxation under the PE Regulation remain constantly under the State’s control. Thus, the subsidy must be regarded as granted through State resources. Finally, Synnøve Finden contends that the measure at hand is liable to affect trade between the Contracting Parties. Consequently, Synnøve Finden takes the view that all the conditions of Article 61(1) EEA are fulfilled.
- 36 The Norwegian Government submits that the aid is fully financed through the levies imposed on and collected from private companies. Thus, the compensation could be seen as granted from private, not State resources. Further, the Norwegian Government takes the view the amounts granted are close to the *de minimis* ceiling of EUR 200 000. There are no indications that trade is affected. Thus, trade between the Contracting Parties is not affected in a negative way by the PE Regulation. In any event, this is a matter for the referring court to determine.
- 37 ESA considers that some requirements of Article 61(1) EEA, namely the criterion of conferral of a selective advantage and the criterion of distortion of competition, are clearly met. ESA contends that the special distribution subsidy is a State measure, since it was

vrir eller truer det med å vri konkurransen. Når det gjelder spørsmålet om tiltaket faktisk gir Q-meieriene en fordel, anfører Synnøve Finden at dette kriterium kan vurderes på to måter. Prinsipielt gjør Synnøve Finden gjeldende at distribusjonstilskuddet må betraktes som en pengestøtte fra det offentlige til Q-meieriene. Subsidiært mener Synnøve Finden at distribusjonstilskuddet også kan vurderes i en bredere kontekst, som ledd i et nasjonalt avgiftssystem for bruken av melk. I dette perspektiv utgjør distribusjonstilskuddet en reduksjon av avgift for Q-meieriene som kommer klart inn under begrepet "tiltak som begunstiger et foretak" etter EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1.

- 35 Synnøve Finden gjør videre gjeldende at midlene som genereres gjennom en avgift fastsatt i PU-forskriften, til enhver tid er under statens kontroll. Dermed må tilskuddet betraktes som gitt av statsmidler. Endelig gjør Synnøve Finden gjeldende at det aktuelle tiltak er egnet til å påvirke samhandelen mellom avtalepartene. Følgelig mener Synnøve Finden at alle vilkårene i EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 er oppfylt.
- 36 Den norske stat anfører at støtten finansieres fullt ut gjennom de avgifter som ilegges og innkreves fra private selskaper. Dermed kan tilskuddet anses å komme fra private, ikke statlige, kilder. Videre er den norske stat av den oppfatning at beløpene som er gitt, ligger tett opptil *de minimis*-beløpet på 200 000 euro. Det er ingenting som tyder på at samhandelen har blitt påvirket. Dermed har PU-forskriften ikke påvirket samhandelen mellom avtalepartene på noen negativ måte. Uansett er dette opp til den anmodende domstol å vurdere.
- 37 ESA anser at noen av vilkårene i EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1, nemlig kriteriet om en selektiv fordel og kriteriet om konkurransevridning, klart er oppfylt. ESA gjør gjeldende at det særskilte distribusjonstilskudd er et statlig tiltak siden det ble

introduced by and is still provided for in the PE Regulation. Moreover, the levies are compulsory and the Ministry of Agriculture and Food can impose administrative penalties on a dairy farm that fails to pay the levy in accordance with Section 15 of the PE Regulation. ESA submits that the amounts granted to Q-dairies by the public authority remain under public control which means that the special distribution subsidy is granted through State resources. Finally, the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation is liable to discourage undertakings from other EEA States from entering the milk market in Norway. ESA thus concludes that the measure in question constitutes State aid and is subject to the notification requirement irrespective of whether the dairy products in question fall within the product scope of the EEA Agreement.

- 38 The Commission contends that the special distribution subsidy granted to Qdairies clearly originates with the public authorities, is enshrined in a legal act and aims at increasing competition in the milk sector, which is a public policy objective. Thus, the criterion concerning the use of State resources is fulfilled. The Commission also maintains that the criterion of selective advantage is met in the case and that this issue does not appear to be disputed between the parties. The measure at stake is further liable to improve the competitive position of Qdairies compared to other undertakings with whom it competes. As regards intra-EEA trade, the Commission maintains that in the case at hand it is not disputed that several other undertakings, including those from other Contracting Parties, are able to provide the same product as the one benefiting from the subsidy. This is sufficient to affect intra-EEA trade. Article 61 EEA must therefore be interpreted as meaning that a special distribution subsidy, such as the one at issue in the main proceedings, constitutes State aid. The Commission contends that it is for the national court to draw the appropriate consequences of this qualification. That court must, in particular, order the EEA State to stop implementing the aid and order repayment of the aid granted to the beneficiary.

innført ved og fortsatt gjelder etter PU-forskriften. Videre er avgiftene obligatoriske, og melkeprodusenter som ikke betaler avgiften i samsvar med PU-forskriften § 15, kan ilegges administrative sanksjoner av Landbruks- og matdepartementet. ESA gjør gjeldende at beløpene Q-meieriene fikk fra den offentlige myndighet, forblir under det offentliges kontroll, noe som innebærer at det særskilte distribusjonstilskudd gis av statsmidler. Endelig er PU-forskriften § 8 tredje ledd egnet til å hindre foretak fra EØS-stater i å gå inn på melkemarkedet i Norge. ESA konkluderer dermed at det aktuelle tiltak utgjør statsstøtte og forutsetter forhåndsfremleggelse, uten hensyn til om de aktuelle meieriprodukter faller inn under EØS-avtalens virkeområde.

- 38 Kommisjonen gjør gjeldende at det særskilte distribusjonstilskudd som Q-meieriene får, klart stammer fra offentlige myndigheter, er hjemlet i forskrift og har som mål å øke konkurransen i melkesektoren, som er et offentlig mål. Kriteriet om at støtten er gitt av statsmidler, er dermed oppfylt. Kommisjonen gjør også gjeldende at kriteriet om selektivitet er oppfylt i denne sak, og at dette ikke synes å være omtvistet mellom partene. Det omtvistede tiltak er videre egnet til å styrke Q-meierienes konkurranseposisjon i forhold til andre foretak det konkurrerer med. Når det gjelder samhandlingspåvirkning i EØS, anfører Kommisjonen at det i den foreliggende sak ikke er omtvistet at flere andre foretak, herunder foretak fra andre avtaleparter, er i stand til å tilby det samme produkt som det foretak som mottar tilskuddet. Dette er tilstrekkelig til å påvirke samhandelen i EØS. EØS-avtalen artikkel 61 må derfor tolkes slik at et særskilt distribusjonstilskudd, som det den foreliggende sak gjelder, utgjør statsstøtte. Kommisjonen gjør gjeldende at det er den nasjonale domstol som må trekke de nødvendige konsekvenser av denne konklusjon. Den nasjonale domstol må særlig pålegge EØS-staten å stanse iverksettingen av støtten og pålegge mottakeren å betale tilbake mottatte støttebeløp.

FINDINGS OF THE COURT

- 39 A finding that a certain measure constitutes State aid within the meaning of Article 61 EEA presupposes that four conditions are met. These are that there is an intervention by the State or through State resources, that the intervention is liable to affect trade between EEA States, that it confers a selective advantage on the beneficiary and that it distorts or threatens to distort competition.
- 40 It does not appear to be in dispute that the distribution subsidy at issue confers an advantage on Q-dairies as a producer of the products in question, as the measure consists of a cash benefit. Likewise, it does not appear to be disputed that the measure at issue is selective. Not only does it favour the production of certain goods, namely liquid milk products, it also favours a certain undertaking, namely Q-dairies.
- 41 As regards the criterion of an intervention through State resources, the Court recalls that a measure must be granted directly or indirectly through State resources and that grant must be attributable to the State (compare the judgment in *Vent De Colère! and Others*, C-262/12, EU:C:2013:851, paragraph 16 and case law cited). In the case at issue, it is not disputed that the measure is attributable to the State, as the distribution subsidy is provided for by national legislation. However, the parties appear to disagree on whether the measure is granted through State resources.
- 42 The concept of intervention “through State resources in any form whatsoever” is intended to cover advantages granted through a public or a private body appointed or established by that State to administer the aid (compare the judgment in *Vent De Colère! and Others*, cited above, paragraph 20 and case law cited). Funds financed through compulsory charges imposed by national legislation, managed and apportioned in accordance with the provisions of that legislation, may be regarded as State resources within the meaning

RETTENS BEMERKNINGER

- 39 For å kunne konkludere med at et gitt tiltak utgjør statsstøtte etter EØS-avtalen artikkel 61, må fire vilkår være oppfylt. Kriteriene er at tiltaket utgjør en inngripen fra staten eller gjennom statsmidler, at tiltaket er egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-statene, at det gir mottakeren en selektiv fordel, og at det vrir eller truer med å vri konkurransen.
- 40 Det synes ikke å være omtvistet at det aktuelle distribusjonstilskudd gir Q-meieriene en fordel som produsent av de aktuelle produkter, ettersom tiltaket består av en kontantfordel. Likeledes synes det å være ubestridt at det aktuelle tiltak er selektivt. Ikke bare begunstiger det produksjonen av visse varer, nemlig flytende melkeprodukter; det begunstiger også et visst foretak, nemlig Q-meieriene.
- 41 Når det gjelder kriteriet om inngripen gjennom statsmidler, minner EFTA-domstolen om at støtten må være gitt direkte eller indirekte av statsmidler, og at støtten må kunne tilskrives staten (jf. dommen i *Vent De Colère! m.fl.*, C-262/12, EU:C:2013:851, avsnitt 16 og den rettspraksis som det vises til der). I den foreliggende sak er det ikke omtvistet at tiltaket kan tilskrives staten, da distribusjonstilskuddet er fastsatt i nasjonal lovgivning. Imidlertid synes partene uenige om støtten er gitt av statsmidler.
- 42 Begrepet inngripen gjennom “statsmidler i enhver form” er ment å dekke fordeler gitt gjennom et offentlig eller privat organ som staten har utpekt eller opprettet for å forvalte støtten (jf. dommen i *Vent De Colère! m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 20 og den rettspraksis som det vises til der). Midler som finansieres gjennom obligatoriske avgifter hjemlet i nasjonal lovgivning, og som forvaltes og fordeles i samsvar med bestemmelsene i slik lovgivning, kan anses som statsmidler i henhold til EØS-avtalen artikkel 61 (jf. dommen i *Vent De Colère!*

of Article 61 EEA (compare the judgment in *Vent De Colère! and Others*, cited above, paragraph 25 and case law cited).

- 43 In the present case it appears that the funds at issue are administered by the Norwegian Agricultural Agency, and that the distribution subsidy is financed by the levies charged under the system. Moreover, the PE Regulation apparently provides for an administrative penalty. It appears that the criterion of the aid being granted through State resources is fulfilled.
- 44 As regards the conditions that a measure must be liable to affect trade between EEA States and distort or threaten to distort competition, it is not necessary to demonstrate that the aid has an appreciable effect on trade and that competition is actually being distorted, but only to examine whether that aid is liable to affect trade and distort competition (see Joined Cases E-4/10, E-6/10 and E-7/10, *Liechtenstein and Others v ESA* [2011] EFTA Ct. Rep. 16, paragraph 95 and case law cited). Furthermore, the fact that the aid amount or the beneficiary undertaking is relatively small does not in itself preclude the possibility that trade between the EEA States might be affected.
- 45 When aid granted by an EEA State strengthens the position of an undertaking compared with other undertakings competing in intra-EEA trade, the latter must be regarded as affected by that aid. However, it is not necessary that the beneficiary undertaking is itself involved in intra-EEA trade. Where an EEA State grants aid to undertakings, internal activity may be maintained or increased as a result, so that the opportunities for undertakings established in other EEA States to access the market in that State are thereby reduced (see Case E-6/98 *Norway v ESA* [1999] EFTA Ct. Rep. 74, paragraph 59).

m.fl., som omtalt over, avsnitt 25 og den rettspraksis som det vises til der).

- 43 I den foreliggende sak synes det som om de aktuelle midler forvaltes av Landbruksdirektoratet, og at distribusjonstilskuddet finansieres gjennom de avgifter som innkreves gjennom ordningen. Videre later det til at PU-forskriften inneholder en administrativ sanksjon. Det synes som om kriteriet om at støtten må være gitt av statsmidler, er oppfylt.
- 44 Når det gjelder vilkårene om at tiltaket må være egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-statene og vri eller true med å vri konkurransen, er det ikke nødvendig å vise at støtten har en merkbar påvirkning på samhandelen, og at konkurransen faktisk blir vridd, men bare å undersøke om støtten er egnet til å påvirke samhandelen og vri konkurransen (se forente saker E-4/10, E-6/10 og E-7/10, Liechtenstein *m.fl.* mot ESA, Sml. 2011 s. 16, avsnitt 95 og den rettspraksis som det vises til der). Det forhold at støttebeløpet eller mottakerforetaket er relativt lite, utelukker heller ikke muligheten for at samhandelen mellom EØS-statene kan bli påvirket.
- 45 Når støtte gitt av en EØS-stat styrker konkurranseposisjonen for ett selskap i forhold til andre selskaper som deltar i samhandelen i EØS, må samhandelen anses som påvirket av støtten. Det er imidlertid ikke nødvendig at mottakerforetaket selv deltar i samhandelen i EØS. Dersom en EØS-stat gir støtte til foretak, kan dette føre til at den nasjonale aktivitet kan opprettholdes eller øke, noe som vil redusere mulighetene for adgang til markedet i samme stat for foretak etablert i andre EØS-stater (se sak E-6/98 *Norge mot ESA*, Sml. 1999 s. 74, avsnitt 59).

- 46 On an initial examination, the measure at issue appears to fulfil all the requirements to constitute a State aid measure within the meaning of Article 61 EEA. It is, however, for the referring court to determine, having regard to all the facts before it and the guidance provided by the Court, whether this is the case.
- 47 In the event that the referring court concludes that the measure at hand constitutes a State aid measure, Protocol 3 SCA provides that State aid shall be notified to ESA. It is for ESA to assess whether the aid in question is compatible with the EEA Agreement. Furthermore, Article 1(3) of Part I and Article 3 of Part II of Protocol 3 SCA provide that the State concerned shall not put its proposed measures into effect until this procedure has resulted in a final decision. National courts must ensure, in accordance with rules of national law and the duty to interpret national law as far as possible in conformity with EEA law, the observance of this requirement of Article 1(3) of Part I and Article 3 of Part II of Protocol 3 SCA. When a national court makes a ruling in such a matter, it cannot decide on the compatibility of State aid with the functioning of the EEA Agreement. The final determination on that matter is, save for certain cases not relevant to the present case, the exclusive responsibility of ESA, subject to review by the Court (compare the judgment in *Fédération nationale du Commerce Extérieur de Produits Alimentaires and Syndicat National des Négociants et Transformateurs de Saumon*, C-354/90, EU:C:1991:440, paragraph 14).
- 48 Finally, a national court must, when it finds that State aid has been put into effect contrary to the notification requirement laid down in Protocol 3 SCA, draw the necessary consequences (compare the judgment in *Xunta de Galicia*, C-71/04, EU:C:2005:493, paragraph 49 and case law cited).
- 49 Based on the above, the Court holds that Article 61 EEA must be interpreted as meaning that a mechanism, provided for by national regulation, according to which an undertaking is granted NOK 0.50

- 46 Ved en første vurdering synes det aktuelle tiltak å oppfylle alle kravene til å utgjøre et statsstøttetiltak etter EØS-avtalen artikkel 61. Det er imidlertid den anmodende domstol som må vurdere, på grunnlag av alle de fakta den har fått seg forelagt og den veiledning den gis av EFTA-domstolen, om så er tilfelle.
- 47 Dersom den anmodende domstol kommer til at det foreliggende tiltak utgjør et statsstøttetiltak, fastsetter protokoll 3 til ODA at statsstøtte skal meldes til ESA. Det er ESA som skal vurdere om den aktuelle støtte er forenlig med EØS-avtalen. Videre fastsetter artikkel 1 nr. 3 i del I og artikkel 3 i del II i protokoll 3 til ODA at den berørte stat ikke skal iverksette de planlagte tiltak før denne prosedyre er avsluttet med et endelig vedtak. I samsvar med reglene i nasjonal lovgivning og plikten til å tolke nasjonal lovgivning i størst mulig grad i samsvar med EØS-retten, må nasjonale domstoler sikre overholdelse av dette krav i artikkel 1 nr. 3 i del I og artikkel 3 i del II i protokoll 3 til ODA. Når en nasjonal domstol treffer avgjørelse i en slik sak, kan den ikke ta stilling til om statsstøtten er forenlig med EØS-avtalen. Bortsett fra i spesielle tilfelle som ikke er relevante for den foreliggende sak, ligger ansvaret for den endelige avgjørelse av dette spørsmål hos ESA alene, med overprøving i EFTA-domstolen (jf. dommen i *Fédération nationale du Commerce Extérieur de Produits Alimentaires og Syndicat National des Négociants et Transformateurs de Saumon*, C-354/90, EU:C:1991:440, avsnitt 14).
- 48 Endelig må en nasjonal domstol, når den finner at statsstøtte har blitt iverksatt i strid med notifikasjonskravet fastsatt i protokoll 3 til ODA, trekke de nødvendige slutninger (jf. dommen i *Xunta de Galicia*, C-71/04, EU:C:2005:493, avsnitt 49 og den rettspraksis som det vises til der).
- 49 På grunnlag av det ovenstående finner EFTA-domstolen at EØS-avtalen artikkel 61 må tolkes slik at en ordning innført ved en nasjonal forskrift, som gir et foretak 50 øre per liter for et kvantum

per litre for a quantity limited up to 100 million litres for the distribution of certain products, some of which fall within the scope of the EEA Agreement, constitutes a State aid measure, provided that the referring court, having regard to all the facts before it and the guidance provided by the Court, finds that there is an intervention by the State or through State resources, that the intervention is liable to affect trade between EEA States, that it confers a selective advantage on the beneficiary and that it distorts or threatens to distort competition. Such a finding by the referring court would render the scheme subject to the notification requirement laid down in Article 1(3) of Part I of Protocol 3 SCA.

QUESTION 2.2

50 By Question 2.2, the referring court asks, in essence, whether Article 61 EEA applies only in so far as the subsidy at issue relates to the products specified in Protocol 3 to the EEA Agreement, or whether Article 61 EEA is applicable to the subsidy with regard to all the product categories that the subsidy encompasses.

OBSERVATIONS SUBMITTED TO THE COURT

51 Synnøve Finden submits that Article 61 EEA cannot be applied in relation to products that fall outside the scope of the EEA Agreement where the transport service is inseparably linked to the trade in those products. However, transport services for distribution to the wholesale and retail sector cannot be regarded as inseparably linked to the trade in the transported products. Such an interpretation of the product coverage rule of Article 8(3) EEA would be contrary to the very aim of the Agreement. What is more, there are no provisions to prevent Qdairies' activities within the scope of the EEA

begrenset oppad til 100 millioner liter for distribusjon av visse produkter, hvorav enkelte faller inn under EØS-avtalens virkeområde, utgjør et statsstøttetiltak, forutsatt at den anmodende domstol, på grunnlag av alle de fakta den har fått seg forelagt og den veiledning den gis av EFTA-domstolen, kommer til at tiltaket utgjør inngripen fra staten eller gjennom statsmidler, at tiltaket er egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-statene, at det gir mottakeren en selektiv fordel, og at det vrir eller truer med å vri konkurransen. Dersom den anmodende domstol kommer til en slik konklusjon, vil ordningen være underlagt notifikasjonskravet i artikkel 1 nr. 3 i del I i protokoll 3 til ODA.

SPØRSMÅL 2.2

50 Med spørsmål 2.2 spør den anmodende domstol i hovedsak om EØS-avtalen artikkel 61 bare kommer til anvendelse i den utstrekning det aktuelle tilskudd gjelder produktene angitt i EØS-avtalen protokoll 3, eller om EØS-avtalen artikkel 61 får anvendelse på tilskuddet med hensyn til alle de varekategorier tilskuddet omfatter.

INNLEGG INNGITT TIL EFTA-DOMSTOLEN

51 Synnøve Finden gjør gjeldende at EØS-avtalen artikkel 61 ikke kan komme til anvendelse på produkter som faller utenfor EØS-avtalens virkeområde i en situasjon der transporttjenesten er uatskillelig knyttet til omsetningen av slike produkter. Imidlertid kan ikke transporttjenester med sikte på distribusjon til grossist- og detaljsektoren betraktes som uatskillelig knyttet til omsetningen av de transporterte produkter. En slik fortolkning av produktdekningsregelen i EØS-avtalen artikkel 8 nr. 3 ville være i strid med selve målet med EØS-avtalen. Videre finnes det ikke noen bestemmelser som er til hinder for at Q-meierienes virksomhet

Agreement from benefiting from the aid in question. The recipient is free to use the funds as it wishes provided that the products in question are actually distributed. Therefore, such funds may indirectly benefit other parts of the recipient's production line.

- 52 The Norwegian Government deduces from Article 8(3) EEA that the EEA Agreement does not apply to liquid milk products save for those listed in Protocol 3. Referring to Case E-4/04 Pedicel ([2005] EFTA Ct. Rep. 1), the Norwegian Government submits that, in the present case, the distribution activity is inseparably linked to the trade in products not covered by the scope of the Agreement. Accordingly, the measure falls outside the scope of both Articles 31 and 61 EEA insofar as it relates to products not covered by the scope of the EEA Agreement.
- 53 ESA contends that the Court's judgment in Pedicel only concerned the fundamental freedoms. Any spill over effects of the interpretation of fundamental freedoms to provisions on State aid are precluded by the autonomous character of the procedure relating to State aid control. The EEA Agreement applies irrespective of whether the undertaking in question deals with products falling within or outside the scope of the EEA Agreement. Thus, aid favouring certain undertakings – as opposed to the production of certain goods – ought to be considered in the light of Article 61 EEA.
- 54 The Commission takes the view that, as the EEA Agreement is limited in terms of product scope, as specified in Article 8(3) thereof, State aid rules apply only to the products which are covered by Protocol 3. This appears to be confirmed by the EEA State aid rules themselves. First, the Chapter on State aid does not contain any rules determining its scope of application. In contrast, Article 21 EEA on customs matters makes specific provision on product scope. Second, the adaptations provided for in point 1ea(a) and point 1j(j) of Annex XV to the Agreement appear to support a limited scope of

innenfor rammen av EØS-avtalen kan motta slik støtte. Mottakeren kan bruke midlene etter eget ønske så lenge de aktuelle produkter faktisk blir distribuert. Derfor kan slike midler indirekte begunstige andre deler av mottakerens produksjonslinje.

- 52 Den norske stat slutter av EØS-avtalen artikkel 8 nr. 3 at EØS-avtalen ikke kommer til anvendelse på andre flytende melkeprodukter enn dem som er oppført i protokoll 3. Den norske stat viser til sak E-4/04 *Pedical* (Sml. 2005 s. 1) og anfører at distribusjonsvirksomheten i den foreliggende sak er uatskillelig knyttet til omsetningen av produkter som ikke omfattes av avtalen. Følgelig faller tiltaket utenfor både artikkel 31 og artikkel 61 i EØS-avtalen i den grad det gjelder produkter som ikke omfattes av EØS-avtalen.
- 53 ESA anfører at EFTA-domstolens dom i *Pedical* utelukkende gjaldt de grunnleggende friheter. Prosedyren for gransking av statsstøtte har en selvstendig karakter som utelukker enhver innvirkning fra fortolkningen av de grunnleggende friheter på statsstøtteregler. EØS-avtalen kommer til anvendelse uten hensyn til om produktene det aktuelle foretak handler med, faller innenfor eller utenfor EØS-avtalens virkeområde. Dermed må støtte som begunstiger enkelte foretak – i motsetning til produksjonen av enkelte varer – vurderes i lys av EØS-avtalen artikkel 61.
- 54 Kommisjonen er av den oppfatning at siden EØS-avtalen er begrenset når det gjelder de produkter som faller inn under dens virkeområde som angitt i artikkel 8 nr. 3, kommer statsstøttereglene bare til anvendelse på produkter som er omfattet av protokoll 3. Dette synes å være bekreftet i selve statsstøttereglene i EØS-avtalen. For det første inneholder ikke kapittelet om statsstøtte noen bestemmelser som avgrenser dets virkeområde. Derimot inneholder EØS-avtalen artikkel 21 om tollsaker en spesifikk bestemmelse om produktdekning. For det annet synes de tilpasninger som følger av nr. 1ea bokstav a og nr. 1j bokstav j i vedlegg XV til avtalen, å støtte

application of the State aid rules. Thus, according to the Commission, in light of the wording of Article 8(3) EEA as well as the logic and the aim of the EEA Agreement, it appears that State aid rules apply only to the products specified in Article 8(3) EEA.

FINDINGS OF THE COURT

- 55 The aim of the EEA Agreement is to promote a continuous and balanced strengthening of trade and economic relations between the Contracting Parties with equal conditions of competition, and the respect of the same rules. The Agreement is thus intended to create a homogenous European Economic Area so that the internal market is extended to the EFTA States.
- 56 There are, however, certain differences in the scope of the EEA Agreement with regard to agricultural and fishery products, if compared to the Treaties of the European Union. As for the free movement of goods between the Contracting Parties, it follows from Article 8(3) EEA that the provisions of the Agreement do not apply, unless otherwise specified, to products falling outside Chapters 25 to 97 of the Harmonized System or to products not specified in Protocol 3. The reason for excluding certain goods from the scope of the EEA Agreement is that the Contracting Parties wished to maintain freedom to decide on their respective regulations for these products unaffected by the rules contained in the EEA Agreement (see *Pedicel*, cited above, paragraphs 24 and 25).
- 57 Article 8(3) EEA provides that products that are not covered by points (a) or (b) fall outside the scope of application of “the provisions of this Agreement”. This indicates that the Contracting Parties intended, unless otherwise specified, for those products to be outside the scope of the EEA Agreement and not only outside the scope of the rules on free movement of goods. Accordingly, for any EEA rule to apply to such products, a specific legal basis in EEA law is required.

et begrenset virkeområde for statsstøttereglene. Ifølge Kommisjonen synes det dermed å følge av ordlyden i EØS-avtalen artikkel 8 nr. 3 og logikken og målet med EØS-avtalen at statsstøttereglene bare gjelder produktene angitt i EØS-avtalen artikkel 8 nr. 3.

RETTENS BEMERKNINGER

- 55 EØS-avtalens mål er å legge til rette for en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler. Avtalen er altså ment å skape et ensartet europeisk økonomisk samarbeidsområde slik at det indre marked også omfatter EFTA-statene.
- 56 Det er imidlertid visse forskjeller i EØS-avtalens virkeområde med hensyn til landbruks- og fiskeriprodukter, sammenlignet med Den europeiske unions traktater. Når det gjelder det frie varebytte mellom avtalepartene, følger det av EØS-avtalen artikkel 8 nr. 3 at med mindre annet er angitt, får avtalens bestemmelser ikke anvendelse på varer som faller utenfor kapittel 25 til 97 i det harmoniserte system, eller på varer som ikke er oppført i protokoll 3. Årsaken til at visse varer er utelukket fra EØS-avtalens virkeområde, er at avtalepartene ønsket å beholde friheten til selv å fastsette regler for disse produkter uten hensyn til reglene i EØS-avtalen (se *PediceL*, som omtalt over, avsnitt 24 og 25).
- 57 EØS-avtalen artikkel 8 nr. 3 fastsetter at varer som ikke omfattes av bokstav a eller b, faller utenfor virkeområdet for “bestemmelsene i denne avtale”. Dette tilsier at avtalepartene hadde til hensikt, med mindre annet var angitt, å holde disse produkter utenfor EØS-avtalens virkeområde, og ikke bare utenfor virkeområdet for reglene om fritt varebytte. For at en EØS-bestemmelse skal få anvendelse på slike produkter, kreves det følgelig et spesifikt EØS-rettslig grunnlag.

- 58 Liquid milk products, as defined in Section 3(c) of the PE Regulation, are dairy products which, in general, fall under Chapter 4 of the Harmonized System. As such they are, by virtue of Article 8 EEA, excluded from the scope of the Agreement. However, the category of liquid milk products also includes flavoured yogurt, which is listed in Protocol 3 to the EEA Agreement and therefore falls within the scope of application of the EEA Agreement.
- 59 Any national measure which is “inseparably linked” to the trade in products that fall outside the scope of the EEA Agreement, falls in itself outside that scope (see Pedicel, cited above, paragraph 34). It must therefore be determined whether the subsidy in question is inseparably linked to the trade in products that fall outside the scope of the EEA Agreement.
- 60 The measure at issue is a subsidy for the distribution of liquid milk products. The subsidy is granted according to the volume of liquid milk products distributed and is limited upwards to 100 million litres annually. The subsidy is therefore inseparably linked to trade in the underlying products.
- 61 However, the distribution subsidy applies not only to products falling outside the scope of the EEA Agreement, but also to products which are within the scope of the Agreement. Hence, the subsidy is not exclusively linked to products that fall outside the scope of the EEA Agreement. The aid scheme is therefore subject to EEA rules on State aid, in so far as it benefits products within the scope of the EEA Agreement.
- 62 All products covered by the distribution subsidy at issue are, although distinguishable by their nature, distributed together. The measure at issue is, thus, to the benefit of products both inside and outside the scope of the Agreement.

- 58 Flytende melkeprodukter som definert i PU-forskriften § 3 bokstav c, er meieriprodukter som generelt hører inn under kapittel 4 i det harmoniserte system. Som sådan er de etter EØS-avtalen artikkel 8 nr. 3 unntatt fra EØS-avtalens virkeområde. Imidlertid er flytende melkeprodukter en kategori som også omfatter smakstilsatt yoghurt, som er oppført i protokoll 3 til EØS-avtalen og derfor faller inn under EØS-avtalens virkeområde.
- 59 Ethvert nasjonalt tiltak som er “uatskillelig knyttet” til omsetningen av produkter som faller utenfor EØS-avtalens virkeområde, faller selv utenfor dette virkeområde (se *Pedical*, som omtalt over, avsnitt 34). Det må derfor vurderes om det aktuelle tilskudd er uatskillelig knyttet til omsetningen av produkter som faller utenfor EØS-avtalens virkeområde.
- 60 Tiltaket saken gjelder, er et tilskudd til distribusjon av flytende melkeprodukter. Tilskuddet ytes i forhold til kvantum flytende melkeprodukter som distribueres, og er begrenset oppad til 100 millioner liter årlig. Tilskuddet er derfor uatskillelig knyttet til omsetningen av de underliggende produkter.
- 61 Imidlertid gjelder distribusjonstilskuddet ikke bare produkter som faller utenfor EØS-avtalens virkeområde, men også produkter som faller innenfor avtalens virkeområde. Tilskuddet er dermed ikke utelukkende knyttet til produkter som faller utenfor EØS-avtalens virkeområde. Støtteordningen er derfor underlagt EØS-reglene om statsstøtte i den utstrekning den begunstiger produkter som omfattes av EØS-avtalen.
- 62 Alle produkter som omfattes av det aktuelle distribusjonstilskudd, distribueres sammen, selv om de er av forskjellig art. Dermed er tiltaket saken gjelder, til gunst både for produkter som faller innenfor og for produkter som faller utenfor avtalens virkeområde.

- 63 In those circumstances, the proper functioning of EEA State aid law requires that an aid scheme, such as that provided for in the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation must, as a whole, be notified to ESA in accordance with Article 1(3) of Part I of Protocol 3 SCA, provided that the referring court, having regard to all the facts before it and the guidance provided by the Court, finds that there is an intervention by the State or through State resources, that the intervention is liable to affect trade between EEA States, that it confers a selective advantage on the beneficiary and that it distorts or threatens to distort competition. This will enable ESA to assess, to the extent that the distribution aid is governed by EEA State aid rules, whether the aid scheme is compatible with the functioning of the EEA Agreement.
- 64 The Court adds that the distribution subsidy at issue does not appear to constitute transport aid. It has not been alleged that Q-dairies offers transport services.
- 65 The answer to Question 2.2 must therefore be that in the event that a State aid measure is inseparably linked to certain products not exclusively outside the scope of the EEA Agreement, the aid measure as a whole must be notified to ESA.

QUESTION 1.1.

- 66 By Question 1.1 the referring court asks whether the arrangement at issue is of a nature whereby the referring court, on considering its lawfulness, must assess it under the rules on the freedom of establishment in Article 31 EEA.

- 63 For at EØS-rettens bestemmelser om statsstøtte skal fungere etter hensikten, må en støtteordning som den fastsatt i PU-forskriften § 8 tredje ledd, i sin helhet meldes til ESA etter artikkel 1 nr. 3 i del I i protokoll 3 til ODA, forutsatt at den anmodende domstol kommer til, på grunnlag av alle de fakta den har fått seg forelagt og den veiledning den gis av EFTA-domstolen, at tiltaket utgjør inngripen fra staten eller gjennom statsmidler, at tiltaket er egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-statene, at det gir mottakeren en selektiv fordel, og at det vrir eller truer med å vri konkurransen. ESA vil da få anledning til å vurdere om støtteordningen er forenlig med EØS-avtalen i den utstrekning distribusjonstilskuddet reguleres av statsstøttereglene i EØS-avtalen.
- 64 EFTA-domstolen legger til at distribusjonstilskuddet saken gjelder, ikke synes å utgjøre transportstøtte. Det har ikke blitt påstått at Q-meieriene tilbyr transporttjenester.
- 65 Svaret på spørsmål 2.2 må derfor være at dersom et statsstøttetiltak er uatskillelig knyttet til enkelte produkter som ikke utelukkende faller utenfor EØS-avtalens virkeområde, må støttetiltaket i sin helhet meldes til ESA.

SPØRSMÅL 1.1.

- 66 Ved spørsmål 1.1 spør den anmodende domstol om ordningen saken gjelder, er av en slik art at den anmodende domstol i sin vurdering av dens lovlighet må vurdere den opp mot reglene om etableringsfrihet i EØS-avtalen artikkel 31.

OBSERVATIONS SUBMITTED TO THE COURT

- 67 Synnøve Finden contends that the selective and exclusive distribution subsidy to Q-dairies in the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation is not necessary for the attainment of the objective of strengthening competition on the Norwegian dairy market. Thus, it is possible to evaluate the effects of the distribution subsidy separately under both Articles 31 and 61 EEA.
- 68 The Norwegian Government maintains that Article 31 EEA does not apply if a measure constitutes aid within the meaning of Article 61 EEA. However, if certain aspects of the aid scheme may be evaluated separately, those aspects may be assessed under other provisions, such as Article 31 EEA.
- 69 ESA considers that the effects that the special distribution subsidy has on the freedom of establishment are inherent in its State-supportive elements. Referring to Case E-9/04 *The Bankers' and Securities' Dealers Association of Iceland v ESA* ([2006] EFTA Ct. Rep. 42), ESA thus concludes that these elements are so indissolubly linked to the object of the aid that it is impossible to evaluate them separately under the freedom of establishment.
- 70 The Commission notes that Synnøve Finden does not claim that the aid should be declared unlawful. Indeed, a claim of that kind would run contrary to the powers conferred on ESA. Rather, Synnøve Finden claims that the measure at stake should be qualified as State aid, thus requiring the national court to draw the necessary consequences. Thus, in the Commission's view, the measure at stake can be assessed under both Articles 31 and 61 EEA. However, the Commission shares ESA's view that the effects of the measure on the freedom of establishment are inherent in its character as State aid. Hence, having regard to considerations of procedural economy, the

INNLEGG INNGITT TIL EFTA-DOMSTOLEN

- 67 Synnøve Finden gjør gjeldende at det selektive og eksklusive distribusjonstilskudd til Q-meieriene etter PU-forskriften § 8 tredje ledd, ikke er nødvendig for å oppnå formålet med ordningen, som er å fremme konkurranse i det norske meierimarked. Dermed er det mulig å foreta en isolert vurdering av virkningene av distribusjonstilskuddet både etter artikkel 31 og etter artikkel 61 i EØS-avtalen.
- 68 Den norske stat fastholder at EØS-avtalen artikkel 31 ikke kommer til anvendelse dersom et tiltak utgjør støtte etter EØS-avtalen artikkel 61. Dersom visse deler ved støtteordningen kan vurderes isolert, kan det imidlertid foretas en vurdering av disse deler i lys av andre bestemmelser, som EØS-avtalen artikkel 31.
- 69 ESA mener at virkningene av det særskilte distribusjonstilskudd på etableringsfriheten, er virkninger som er iboende i ordningens statsstøtteelementer. Med henvisning til sak E-9/04 *The Bankers' and Securities' Dealers Association of Iceland mot ESA* (Sml. 2006 s. 42), konkluderer ESA dermed at disse deler er så uløselig knyttet til støttens formål at det er umulig å vurdere dem isolert opp mot etableringsfriheten.
- 70 Kommisjonen viser til at Synnøve Finden ikke påstår at støtten bør erklæres ulovlig. En slik påstand ville faktisk være uforenlig med den myndighet ESA er gitt. Snarere hevder Synnøve Finden at tiltaket saken gjelder bør betraktes som statsstøtte, og at det dermed er den nasjonale domstol som må trekke de nødvendige slutninger. Etter Kommisjonens oppfatning kan tiltaket saken gjelder, dermed vurderes opp mot både artikkel 31 og artikkel 61 i EØS-avtalen. Imidlertid er Kommisjonen enig med ESA i at virkningene av tiltaket på etableringsfriheten er virkninger som er iboende i ordningens karakter som statsstøtte. Kommisjonen anser følgelig at det av

Commission does not deem it necessary for the Court to address the measure at issue also in light of Article 31 EEA.

FINDINGS OF THE COURT

- 71 The aim of Article 61 EEA is to prevent trade between EEA States from being affected by advantages granted by public authorities which, in various forms, distort or threaten to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods. Similarly, Article 31 EEA is intended to prevent difference in treatment, as it aims at ensuring that those who wish to establish themselves in another EEA State receive the same treatment as nationals of that State. The provision therefore prohibits any discrimination on grounds of nationality resulting from the legislation of an EEA State.
- 72 However, Articles 31 and 61 EEA apply under distinct conditions and differ as to the legal consequences to be drawn. This relates in particular to the role of ESA under Protocol 3 SCA, which is essential in the implementation of Article 61 EEA. Therefore, the possibility for national courts to assess aspects of a system of aid in light of provisions of the EEA Agreement other than those on State aid, presupposes that the aspects in question can be assessed separately in law.
- 73 State aid is, as a rule, granted to undertakings or products on the territory of the EEA State granting it. Such a practice, and the consequent unequal treatment of undertakings of other EEA States, is thus inherent in the concept of State aid (compare the judgment in *ARGE*, C-94/99, EU:C:2000:677, paragraph 36).

prosessøkonomiske hensyn ikke er nødvendig for EFTA-domstolen også å vurdere tiltaket opp mot EØS-avtalen artikkel 31.

RETTENS BEMERKNINGER

- 71 Målet med EØS-avtalen artikkel 61 er å forhindre at samhandelen mellom EØS-statene påvirkes av fordeler gitt av offentlige myndigheter som på ulike måter vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer. På samme måte er EØS-avtalen artikkel 31 ment å hindre forskjellsbehandling, siden den har som mål å sikre at de som ønsker å etablere seg i en annen EØS-stat, behandles på samme måte som statsborgere fra denne stat. Denne bestemmelse forbyr dermed enhver forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet som følger av lovgivningen i en EØS-stat.
- 72 Imidlertid kommer artikkel 31 og artikkel 61 til anvendelse på forskjellige vilkår og får også forskjellige rettslige konsekvenser. Dette gjelder spesielt ESAs rolle etter protokoll 3 til ODA, som er grunnleggende for gjennomføringen av EØS-avtalen artikkel 61. For at nasjonale domstoler skal kunne vurdere deler av en støtteordning i lys av andre bestemmelser i EØS-avtalen enn dem som gjelder statsstøtte, er det derfor en forutsetning at det kan foretas en isolert rettslig vurdering av de aktuelle deler.
- 73 Statsstøtte gis som hovedregel til foretak eller produkter på territoriet til den EØS-stat som gir støtten. En slik praksis, og den derav følgende forskjellsbehandling av foretak fra andre EØS-stater, er dermed iboende i begrepet statsstøtte (jf. dommen i *ARGE*, C-94/99, EU:C:2000:677, avsnitt 36).

- 74 In the present case, it appears that the only grounds for challenge to the measure under Article 31 EEA are related to the effects on cross-border trade caused by the State aid in and of itself. In such circumstances, a separate assessment under Article 31 EEA is precluded.
- 75 Consequently, in response to Question 1.1, the Court finds that a national court will not have cause to assess a State aid scheme in light of the freedom of establishment in Article 31 EEA, unless it can be assessed separately in law from the State aid measure. A separate assessment does not appear possible in the case at hand.
- 76 In view of the answer given to Question 1.1, the Court finds that there is no need to address Questions 1.2 and 1.3.

V COSTS

- 77 The costs incurred by ESA and the Commission, which have submitted observations to the Court, are not recoverable. Since these proceedings are a step in the proceedings pending before the national court, any decision on costs for the parties to those proceedings is a matter for that court.

- 74 I den foreliggende sak later det til at de eneste grunnene for å påklage tiltaket etter EØS-avtalen artikkel 31, er knyttet til virkningene statsstøtten som sådan har på handelen over landegrensene. Under disse omstendigheter er en isolert vurdering etter EØS-avtalen artikkel 31 utelukket.
- 75 Som svar på spørsmål 1.1 finner EFTA-domstolen derfor at en nasjonal domstol ikke vil ha noen foranledning til å vurdere en statsstøtteordning i lys av etableringsfriheten etter EØS-avtalen artikkel 31 med mindre den rettslig sett kan vurderes isolert fra statsstøttetiltaket. En isolert vurdering synes ikke mulig i den foreliggende sak.
- 76 På bakgrunn av svaret gitt på spørsmål 1.1, ser EFTA-domstolen ikke noe behov for å behandle spørsmål 1.2 og 1.3.

V SAKSOMKOSTNINGER

- 77 Omkostninger som er påløpt for ESA og Kommisjonen, som har inngitt innlegg for EFTA-domstolen, kan ikke kreves dekket. Siden foreleggelsen for EFTA-domstolen utgjør ledd i behandlingen av saken som står for den nasjonale domstol, ligger det til denne domstol å ta en eventuell avgjørelse om saksomkostninger for partene.

On those grounds,

The Court

in answer to the questions referred to it by Oslo District Court hereby gives the following Advisory Opinion:

- 1. Article 61 EEA must be interpreted as meaning that a mechanism, provided for by national regulation, according to which an undertaking is granted NOK 0.50 per litre for a quantity limited up to 100 million litres for the distribution of certain products, some of which fall within the scope of the EEA Agreement, constitutes a State aid measure, provided that the referring court, having regard to all the facts before it and the guidance provided by the Court, finds that there is an intervention by the State or through State resources, that the intervention is liable to affect trade between EEA States, that it confers a selective advantage on the beneficiary and that it distorts or threatens to distort competition. Such a finding by the referring court would render the scheme subject to the notification requirement laid down in Article 1(3) of Part I of Protocol 3 to the Agreement between the EFTA States on a Surveillance Authority and a Court of Justice.**
- 2. In the event that a State aid scheme is inseparably linked to certain products not exclusively outside the scope of the EEA Agreement, the measure as a whole must be notified to the EFTA Surveillance Authority.**

På dette grunnlag avgir

EFTA-Domstolen

som svar på spørsmålene forelagt den av Oslo tingrett, følgende rådgivende uttalelse:

- 1. EØS-avtalen artikkel 61 må tolkes slik at en ordning innført ved en nasjonal forskrift, som gir et foretak 50 øre per liter for et kvantum begrenset oppad til 100 millioner liter for distribusjon av visse produkter, hvorav enkelte faller inn under EØS-avtalens virkeområde, utgjør et statsstøttetiltak, forutsatt at den anmodende domstol, på grunnlag av alle de fakta den har fått seg forelagt og den veiledning den gis av EFTA-domstolen, kommer til at tiltaket utgjør inngripen fra staten eller gjennom statsmidler, at tiltaket er egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-statene, at det gir mottakeren en selektiv fordel, og at det vrir eller truer med å vri konkurransen. Dersom den anmodende domstol kommer til en slik konklusjon, vil ordningen være underlagt notifikasjonskravet i artikkel 1 nr. 3 i del I i protokoll 3 til Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol.**
- 2. Dersom et statsstøttetiltak er uatskillelig knyttet til enkelte produkter som ikke utelukkende faller utenfor EØS-avtalens virkeområde, må støttetiltaket i sin helhet meldes til EFTAs overvåkingsorgan.**

- 3. A national court will not have cause to assess a State aid scheme in light of the freedom of establishment in Article 31 EEA, unless it can be assessed separately in law from the State aid measure.**

Carl Baudenbacher Per Christiansen Páll Hreinsson

*Delivered in open court in Luxembourg on
15 December 2016.*

Gunnar Selvik
Registrar

Carl Baudenbacher
President

3. En nasjonal domstol vil ikke ha noen foranledning til å vurdere en statsstøtteordning i lys av etableringsfriheten i EØS-avtalen artikkel 31 med mindre den rettslig sett kan vurderes isolert fra statsstøttetiltaket.

Carl Baudenbacher Per Christiansen Páll Hreinsson

*Avsagt i åpen rett i Luxembourg,
15. desember 2016.*

Gunnar Selvik
Justissekretær

Carl Baudenbacher
President

Report for the Hearing

in Case E-1/16

REQUEST to the Court pursuant to Article 34 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice by Oslo District Court (*Oslo tingrett*), in a case pending before it between

Synnøve Finden AS



Staten v/Landbruks- og matdepartementet (The Norwegian State, Ministry of Agriculture and Food)

concerning the interpretation of the EEA Agreement, and in particular Articles 31 and 61 thereof.

I INTRODUCTION

- 1 By a letter dated 6 January 2016, registered at the Court as Case E-1/16 on 18 January 2016, Oslo District Court (*Oslo tingrett*) requested an Advisory Opinion in the case pending before it between Synnøve Finden AS (“the plaintiff”) and *Staten v/Landbruks- og matdepartementet* (The Norwegian State, Ministry of Agriculture and Food). By its request, Oslo District Court referred five questions.
- 2 The case before the referring court concerns the validity of a provision of national law set out in Regulation of 29 June 2007 No 832 on a price equalisation system for milk (the “PE Regulation”).

Rettsmøterapport

i sak E-1/16

ANMODNING til Domstolen i henhold til artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Oslo tingrett i en sak mellom

Synnøve Finden AS

≡ og ≡

Staten v/Landbruks- og matdepartementet

om fortolkningen av EØS-avtalen, særlig artikkel 31 og 61.

I INNLEDNING

- 1 Ved brev datert 6. januar 2016, registrert ved EFTA-domstolen 18. januar 2016 som sak E-1/16, fremsatte Oslo tingrett en anmodning om rådgivende uttalelse i en sak mellom Synnøve Finden AS (“saksøker”) og Staten v/Landbruks- og matdepartementet. I sin anmodning ber Oslo tingrett om svar på fem spørsmål.
- 2 Saken som verserer for den foreleggende domstol, gjelder gyldigheten av en bestemmelse i nasjonal lovgivning fastsatt i forskrift av 29. juni 2007 nr. 832 om prisutjevningsordningen for melk (“PU-forskriften”).

II LEGAL BACKGROUND

EEA LAW

3 Article 8 EEA reads as follows:

1. *Free movement of goods between the Contracting Parties shall be established in conformity with the provisions of this Agreement.*

...

3. *Unless otherwise specified, the provisions of this Agreement shall apply only to:*

(a) *products falling within Chapters 25 to 97 of the Harmonized Commodity Description and Coding System, excluding the products listed in Protocol 2;*

(b) *products specified in Protocol 3, subject to the specific arrangements set out in that Protocol.*

4 Article 31 EEA reads as follows:

1. *Within the framework of the provisions of this Agreement, there shall be no restrictions on the freedom of establishment of nationals of an EC Member State or an EFTA State in the territory of any other of these States. This shall also apply to the setting up of agencies, branches or subsidiaries by nationals of any EC Member State or EFTA State established in the territory of any of these States.*

Freedom of establishment shall include the right to take up and pursue activities as self-employed persons and to set up and manage undertakings, in particular companies or firms within the meaning of Article 34, second paragraph, under the conditions laid down for its own nationals by the law of the country where such establishment is effected, subject to the provisions of Chapter 4.

II RETTSLIG BAKGRUNN

EØS-RETT

3 EØS-avtalen artikkel 8 lyder:

1. *I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det innføres fritt varebytte mellom avtalepartene.*

...

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

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

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

4 EØS-avtalen artikkel 31 lyder:

1. *I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium. Dette skal gjelde også adgangen til å opprette agenturer, filialer eller datterselskaper for så vidt angår borgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg på en av disse staters territorium.*

Etableringsadgangen skal omfatte adgang til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet og til å opprette og lede foretak, særlig selskaper som definert i artikkel 34 annet ledd, på de vilkår som lovgivningen i etableringsstaten fastsetter for egne borgere, med forbehold for bestemmelsene i kapittel 4.

2. *Annexes VIII to XI contain specific provisions on the right of establishment.*

5 Article 33 EEA

The provisions of this Chapter and measures taken in pursuance thereof shall not prejudice the applicability of provisions laid down by law, regulation or administrative action providing for special treatment for foreign nationals on grounds of public policy, public security or public health.

6 Article 61 EEA reads as follows:

1. *Save as otherwise provided in this Agreement, any aid granted by EC Member States, EFTA States or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Contracting Parties, be incompatible with the functioning of this Agreement.*

2. *The following shall be compatible with the functioning of this Agreement:*

(a) *aid having a social character, granted to individual consumers, provided that such aid is granted without discrimination related to the origin of the products concerned;*

(b) *aid to make good the damage caused by natural disasters or exceptional occurrences;*

...

3. *The following may be considered to be compatible with the functioning of this Agreement:*

(a) *aid to promote the economic development of areas where the standard of living is abnormally low or where there is serious underemployment;*

2. Vedlegg VIII–XI inneholder særlige bestemmelser om etableringsretten.

5 EØS-avtalen artikkel 33

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

6 EØS-avtalen artikkel 61 lyder:

1. *Med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene.*

2. *Forenlig med denne avtales funksjon skal være:*

a) *støtte av sosial karakter som gis de enkelte forbrukere, forutsatt at den ytes uten forskjellsbehandling på grunnlag av varenes opprinnelse,*

b) *støtte som har til formål å bøte på skader som skyldes naturkatastrofer eller andre eksepsjonelle hendelser,*

...

3. *Som forenlig med denne avtales funksjon kan anses:*

a) *støtte som har til formål å fremme den økonomiske utvikling i områder der levestandarden er unormalt lav, eller der det er alvorlig underbeskjeftigelse,*

- (b) *aid to promote the execution of an important project of common European interest or to remedy a serious disturbance in the economy of an EC Member State or an EFTA State;*
- (c) *aid to facilitate the development of certain economic activities or of certain economic areas, where such aid does not adversely affect trading conditions to an extent contrary to the common interest;*
- (d) *such other categories of aid as may be specified by the EEA Joint Committee in accordance with Part VII.*

7 Article 62 EEA reads as follows

1. *All existing systems of State aid in the territory of the Contracting Parties, as well as any plans to grant or alter State aid, shall be subject to constant review as to their compatibility with Article 61. This review shall be carried out:*
 - (a) *as regards the EC Member States, by the EC Commission according to the rules laid down in Article 93 of the Treaty establishing the European Economic Community;*
 - (b) *as regards the EFTA States, by the EFTA Surveillance Authority according to the rules set out in an agreement between the EFTA States establishing the EFTA Surveillance Authority which is entrusted with the powers and functions laid down in Protocol 26.*
2. *With a view to ensuring a uniform surveillance in the field of State aid throughout the territory covered by this Agreement, the EC Commission and the EFTA Surveillance Authority shall cooperate in accordance with the provisions set out in Protocol 27.*

- b) støtte som har til formål å sikre at et viktig prosjekt av felles europeisk betydning kan realiseres, eller å bøte på en alvorlig forstyrrelse av økonomien i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat,
- c) støtte som har til formål å lette utviklingen av enkelte næringsgrener eller på enkelte økonomiske områder, forutsatt at støtten ikke endrer vilkårene for samhandelen i et omfang som strider mot felles interesser,
- d) andre former for støtte angitt av EØS-komiteen i samsvar med del VII.

7 EØS-avtalen artikkel 62 lyder:

1. Alle bestående statsstøtteordninger på avtalepartenes territorium og alle planer om å innføre eller endre statsstøtte skal kontinuerlig granskes for å fastslå om de er forenlige med artikkel 61. Denne gransking skal utføres
 - a) med hensyn til EFs medlemsstater, av EF-kommisjonen i samsvar med reglene fastsatt i artikkel 93 i Traktaten om opprettelse av Det europeiske økonomiske fellesskap,
 - b) med hensyn til EFTA-statene, av EFTAs overvåkingsorgan i samsvar med reglene fastlagt i en avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av EFTAs overvåkingsorgan, som har den myndighet og de oppgaver som er fastsatt i protokoll 26.
2. Med henblikk på å sikre lik overvåking av statsstøtte innen det territorium som er omfattet av denne avtale, skal EF-kommisjonen og EFTAs overvåkingsorgan samarbeide i samsvar med bestemmelsene i protokoll 27.

8 Article 1(1) of Protocol 3 to the EEA Agreement reads as follows:

1. *The provisions of the Agreement shall apply to the products listed in Tables I and II, subject to the provisions of this Protocol.*

9 Table I in Protocol 3 to the EEA Agreement includes, inter alia, the following:

HS heading No	Description of products
0403	Buttermilk, curdled milk and cream, yogurt, kephir and other fermented or acidified milk and cream, whether or not concentrated or containing added sugar or other sweetening matter or flavoured or containing added fruit, nuts or cocoa: 10 – Yogurt: ex 10 – – Flavoured or containing added fruit, nuts or cocoa 90 – Other: ex 90 – – Flavoured or containing added fruit, nuts or cocoa

NATIONAL LAW¹

THE PE REGULATION

10 The price equalisation system is a national system of levies and subsidies for milk products. Pursuant to Section 1 of the PE Regulation, the purpose of the system is “to regulate price differentiation for milk as a raw material for different uses and, at

¹ Translations of national provisions are unofficial.

8 Artikkel 1 nr. 1 i protokoll 3 til EØS-avtalen lyder:

Avtalens bestemmelser skal gjelde for varer oppført i tabell I og II, om ikke annet følger av bestemmelsene i denne protokoll.

9 Tabell I i protokoll 3 til EØS-avtalen omfatter blant annet

Posisjon i tolltariffen (HS)	Varebeskrivelse
0403	Kjernemelk, kulturmilk (surmelk) og rømme, yoghurt, kefir og annen gjæret eller syrnet melk og fløte, også konsentrert, med eller uten tilsetning av sukker, annet søtningsstoff eller smaksstoff eller med innhold av frukt, nøtter eller kakao.
	10 – yoghurt:
ex 10	– – med innhold av smaksstoff eller med innhold av frukt, nøtter, bær eller kakao
	90 – annen:
ex 90	– – med innhold av smaksstoff eller med innhold av frukt, nøtter, bær eller kakao

NASJONAL RETT¹

PU-FORSKRIFTEN

10 Prisetjevningsordningen er en nasjonal avgifts- og tilskuddsordning for melkeprodukter. I henhold til PU-forskriften § 1 er formålet med ordningen «å regulere prisdifferensieringen av melk som råvare til ulike anvendelser, og samtidig gi melkeprodusenter muligheter for å

¹ Oversettelsene av nasjonale bestemmelser er uoffisielle.

the same time, enable milk producers to realise the Agricultural Agreement's target prices for milk regardless of what the milk is used for and where the production has taken place”.

- 11 Section 2 of the PE Regulation reads as follows:

This Regulation applies to milk and by-products that are processed and sold as milk products by dairy undertakings based in Norway ...

This Regulation does not apply to milk and by-products that are processed abroad unless the milk is produced in Norway and the milk product is sold in Norway.

- 12 Section 3(c) of the PE Regulation defines “liquid milk products” as follows:

All milk products that are placed in price category 1, 2, 3 or 8 or by-product category 1, as well as liquid products placed in price category 6, 11 or 12.

- 13 The final two paragraphs of Section 4 of the PE Regulation read as follows:

For milk sold directly from milk producers to a dairy undertaking not affiliated to Tine SA and used in the independent company's processing, the levy shall be reduced or the subsidy increased by a fixed rate as laid down by the Norwegian Agriculture Agency.

For milk used by dairy undertakings not affiliated to Tine SA for milk products settled in categories 1-6 and 8-11, the levy shall be reduced or the subsidy increased by NOK 0.27 per litre.

- 14 The special distribution subsidy for Q-Meieriene AS was introduced by Regulation of 4 December 2003 No 1453 on the price equalisation system for milk, and subsequently maintained in the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation, which reads as follows:

kunne realisere jordbruksavtalens målpriser på melk uavhengig av melkeanvendelse og lokalisering av produksjonen”.

11 PU-forskriften § 2 lyder:

Forskriften gjelder melk og biprodukter som foredles og omsettes som melkeprodukter av meieriselskap lokalisert i Norge ...

Forskriften gjelder ikke melk og biprodukter som foredles i utlandet med mindre melken er produsert i Norge og melkeproduktet omsettes i Norge.

12 “Flytende melkeprodukter” er definert i PU-forskriften § 3 bokstav c) som:

Alle melkeprodukter som plasseres i prisgruppene 1, 2, 3 eller 8 eller i biproduktgruppe 1, samt flytende produkter plassert i prisgruppene 6, 11 eller 12.

13 De to siste leddene i PU-forskriften § 4 lyder:

For melk som selges direkte fra melkeprodusenter til meieriselskap som ikke er tilknyttet Tine SA og som anvendes i det uavhengige selskapets foredling, reduseres avgiften eller økes tilskuddet med en sats fastsatt av Landbruksdirektoratet.

For melk anvendt av meieriselskap som ikke er tilknyttet Tine SA, til melkeprodukter som avregnes i prisgruppene 1–6 og 8–11, reduseres avgiften eller økes tilskuddet med 27 øre pr. liter.

14 Det særskilte distribusjonstilskuddet for Q-meieriene ble innført ved forskrift 4. desember 2003 nr. 1453 om prisutjevningsordningen for melk og senere opprettholdt i PU-forskriften § 8 tredje ledd, som lyder:

Q-Meieriene AS is granted NOK 0.50 per litre for a quantity limited upwards to 100 million litres for the distribution of liquid milk products from dairy facilities belonging to the group.

Regulation of 1 July 2003 No 919 on the competence of the Sales and Marketing Council (*Omsetningsrådet*)

- 15 The final two subparagraphs of Section 4(4) read as follows:

For the production of liquid milk products, the market regulator shall be under an obligation to supply independent dairy undertakings in such a way that they are placed on an equal footing with the market regulator's own production dairies, though limited upwards to 15 million litres of milk per year for each facility. For additional supplies, own suppliers are required to deliver. The supply obligation for this quantity shall at all times be equal to double the quantity of milk that on a monthly basis is delivered by own suppliers.

For use other than in liquid milk products, the market regulator shall be under an obligation to supply independent dairy undertakings in such a way that they are placed on an equal footing with the market regulator's own production dairies.

III FACTS AND PROCEDURE

BACKGROUND

- 16 The milk sector in Norway is a highly regulated sector.
- 17 Tine is a cooperative undertaking, owned by milk producers from all parts of the country. As owners, these milk producers are entitled and obliged to deliver milk to Tine's dairies. It produces and sells both solid milk products (e.g. cheese) and liquid milk products (e.g. yogurt and milk for consumption). Tine also produces several milk products under licences with foreign dairies, and it imports a number

Q-Meieriene AS gis 50 øre pr. liter for et kvantum begrenset oppad til 100 mill. liter for distribusjon av flytende melkeprodukter fra meierianlegg som tilhører konsernet.

Forskrift 1. juli 2003 nr. 919 om Omsetningsrådets myndighet

15 De to siste leddene i § 4 nr. 4 lyder:

Til produksjon av flytende melkeprodukter skal markedsregulator pålegges en forsyningsplikt til uavhengige meieriselskaper på en slik måte at disse stilles på lik linje med markedsregulators egne produksjonsmeierier, men årlig oppad begrenset til 15 mill. liter melk pr. anlegg. For forsyninger utover dette, stilles det krav om leveranser fra egne leverandører. Forsyningsplikten for dette kvantum skal settes til enhver tid til det dobbelte av det kvantum melk som på månedsbasis veies inn fra egne leverandører.

Til andre anvendelser enn flytende melkeprodukter, skal markedsregulator pålegges en forsyningsplikt til uavhengige meieriselskaper på en slik måte at disse stilles på lik linje med markedsregulators egne produksjonsmeierier.

III FAKTUM OG SAKSGANG

BAKGRUNN

- 16 Melkesektoren i Norge er en svært regulert sektor.
- 17 Tine er et samvirkeforetak, eid av melkeprodusenter over hele landet. Melkeprodusentene har som eiere rett og plikt til å levere melk til Tines meierier. Tine produserer og selger både faste melkeprodukter (for eksempel ost) og flytende melkeprodukter (for eksempel yoghurt og konsummelk). Tine produserer også flere melkeprodukter på lisens fra utenlandske meierier og importerer en rekke produkter og

of products and ingredients for use in its activities. In 2014, Tine had a market share of 79 % in the milk for consumption segment, 71 % in semi-soft white cheese and 68 % in yogurt.

- 18 Tine is obliged to supply raw milk to independent operators within certain limits.
- 19 The plaintiff produces several solid milk products in Norway and is supplied with milk in accordance with Tine's supply obligation as market regulator. The plaintiff has production facilities in Alvdal and Namsos (both in Norway), but it has not yet produced any liquid milk products in Norway. It also imports yogurt from Greece.
- 20 The plaintiff is a Norwegian-based limited liability company. The shares in this company are owned by Scandza AS, based in Norway, which in turn, is owned by Scandza Holdings III AS, also based in Norway. Scandza Holdings III AS is controlled by Provender BV, based in the Netherlands, and parent company of the Norwegian Provender companies that are superior to Scandza Holdings III AS in the group structure.
- 21 Q-Meieriene ("Q-M") is a third player in the Norwegian milk market. QM produces and sells both solid and liquid milk products in Norway. The company receives about two thirds of the milk it uses from its own milk producers, while the rest is supplied under Tine's supply obligations.
- 22 The fourth player in the Norwegian milk market is Rørosmeieriet AS ("Rørosmeieriet"). It is also supplied with raw milk from Tine, and it produces and sells liquid milk products on a smaller scale. Tine is a minority shareholder in this company. A fifth player in the Norwegian milk market is Normilk. It obtains all its raw milk from Tine in the same way as the plaintiff.

ingredienser til bruk i sin virksomhet. Tine hadde i 2014 en markedsandel på 79 prosent på konsummelk, 71 prosent på gulost og 68 prosent på yoghurt.

- 18 Tine er pålagt en forsyningsplikt for råmelk til uavhengige aktører innenfor visse grenser.
- 19 Saksøker produserer flere faste melkeprodukter i Norge og får levert melken gjennom Tines forsyningsplikt som markedsregulator. Saksøker har produksjonsanlegg i Alvdal og Namsos, men har foreløpig ikke produsert flytende melkeprodukter i Norge. Saksøker importerer også yoghurt fra Hellas.
- 20 Saksøker er et aksjeselskap hjemmehørende i Norge. Aksjene i selskapet er eid av Scandza AS, hjemmehørende i Norge, som igjen er eid av Scandza Holdings III AS, også hjemmehørende i Norge. Scandza Holdings III AS er kontrollert av Provender BV, hjemmehørende i Nederland, som er morselskap for de norske Provenderselskapene som organisasjonsmessig er plassert over Scandza Holdings III AS i konsernstrukturen.
- 21 Q-Meieriene ("Q-M") er en tredje aktør i melkemarkedet i Norge. Q-M produserer og selger både faste og flytende melkeprodukter i Norge. Selskapet får om lag to tredeler av sin melkeleveranse fra egne melkeprodusenter og mottar den resterende råmelk gjennom Tines forsyningsplikt.
- 22 Den fjerde aktøren i melkemarkedet i Norge er Rørosmeieriet AS ("Rørosmeieriet"). Den får også levert råmelken fra Tine og produserer og selger flytende melkeprodukter i mindre skala. Tine er minoritetseier i dette selskapet. En femte aktør i melkemarkedet i Norge er Normilk. Den får all sin råmelk fra Tine på samme måte som saksøker.

- 23 From 1997 to date, only Tine, Q-M and Rørosmeieriet have distributed and sold liquid milk products from their own dairy facilities under the market arrangement in Norway.
- 24 When the new market arrangement for milk was introduced in 1997, an important objective was to enable competition from independent market players in areas where the cooperative undertaking Tine had previously had a monopoly on sales.
- 25 The price equalisation system is a key element in the Norwegian market arrangement for milk. The system is structured in such a way that the different milk products are placed in different price categories. Depending on the price category in which the product is placed, it will be subject either to a levy or a subsidy.
- 26 Transport subsidies, such as the subsidy laid down in Section 8 of the PE Regulation, are granted to dairy undertakings that collect milk from own milk producers for the distribution of liquid milk products in Northern Norway and for distribution to kindergartens and schools.
- 27 The price equalisation system is self-financing in that the various subsidies are financed by the levies in other areas.
- 28 Since 1997, four competition policy measures have been initiated within the framework of the price equalisation system. These measures included a general reduction in the levy or an increase in the subsidy for dairy undertaking not affiliated to Tine, a reduction in the levy or an increase in the subsidy for QM and the plaintiff from 2007 to 2011, a special capital compensation for dairy undertakings not affiliated to Tine and a special distribution subsidy for QM.
- 29 As regards the special distribution subsidy for Q-M, the authorities found that there were wide differences between Tine's and Q-M's costs of distributing liquid milk products from dairy to retail outlet

- 23 Fra 1997 til dags dato har kun Tine, Q-M og Rørosmeieriet distribuert og solgt flytende melkeprodukter fra egne meierianlegg under markedsordningen i Norge.
- 24 Ved innføring av ny markedsordning for melk i 1997 var det et sentralt formål å åpne for konkurranse fra uavhengige aktører på områder hvor samvirkeforetaket Tine tidligere hadde salgsmonopol.
- 25 Prisutjevningsordningen er et hovedelement i den norske markedsordningen for melk. Ordningen er bygget opp slik at de ulike melkeprodukter er plassert i ulike prisgrupper. Avhengig av hvilken prisgruppe produktet er plassert i vil dette bli gjenstand for enten en avgift eller et tilskudd.
- 26 Tilskudd til fraktkostnader, som tilskuddet fastsatt i PU-forskriften § 8, ytes blant annet til meieriselskap som henter melk hos egne meieriprodusenter til distribusjon av flytende melkeprodukter i Nord-Norge og til barnehager og skoler.
- 27 Prisutjevningsordningen er selvfinansierende ved at utgifter til ulike tilskudd blir finansiert gjennom avgifter på andre områder.
- 28 Innenfor prisutjevningsordningen har man siden 2007 hatt fire konkurransepolitiske tiltak. Blant disse tiltakene var en generell reduksjon av avgift eller økning av tilskudd for meieriselskap som ikke er tilknyttet Tine, en reduksjon av avgift eller økning av tilskudd for QM og saksøker fra 2007 til 2011, en særlig kapitalgodtgjøring for meieriselskap som ikke er tilknyttet Tine, og et særskilt distribusjonstilskudd for QM.
- 29 Når det gjelder det særskilte distribusjonstilskuddet for Q-M, fant myndighetene at det i 2003 var store forskjeller i distribusjonskostnadene mellom Tine og Q-M for flytende

in 2003. These differences were seen to constitute a competitive disadvantage in setting up business in the milk for consumption sector. The distribution subsidy has been subject to later adjustments and revisions.

- 30 In 2012, the Norwegian Ministry of Agriculture and Food requested an evaluation by the Norwegian Agriculture Authority (*Statens landbruksforvaltning*, “SLF”) of the competition policy measures, including the special distribution subsidy for Q-M. The report completed by SLF served, inter alia, as a basis for an assessment by the Ministry of Agriculture and Food for the principles behind the special distribution subsidy arrangement in a consultation paper of 29 January 2013. The Ministry noted in the consultation paper that, according to SLF, the principle of equal treatment warrants that other operators, such as Rørosmeieriet, should also have the possibility to receive a distribution subsidy. However, the Ministry indicated that Rørosmeieriet’s higher distribution costs, in comparison with those of Tine and Q-M, relate to the fact that Rørosmeieriet produces a considerably lower volume than Q-M and Tine, and could not serve alone as justification for receiving a special distribution subsidy.

THE DISPUTE BEFORE THE DISTRICT COURT

- 31 The plaintiff does not come under the scope of the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation. The reason for this is that Q-M is the only entity entitled to a subsidy under that provision.
- 32 By a letter of 25 September 2014, the plaintiff informed the Ministry of Agriculture and Food that it was planning to commence production of Norwegian yogurt and milk for consumption. The purpose of the letter was to obtain confirmation of the framework conditions for such production, and the letter mentioned in particular the special distribution subsidy granted to Q-M.

melkeprodukter fra meieri til butikk. Disse forskjellene ble ansett som en konkurranselempe for etablering i konsummelkmarkedet. Distribusjonstilskuddet har vært gjenstand for senere justeringer og revideringer.

- 30 I 2012 ble Statens landbruksforvaltning ("SLF") bedt av Landbruks- og matdepartementet om å vurdere de konkurransepolitiske tiltak, herunder det særskilte distribusjonstilskuddet til Q-M. SLFs rapport ble blant annet brukt som grunnlag for en vurdering av prinsippene for det særskilte distribusjonstilskuddet i Landbruks- og matdepartementets høringsnotat av 29. januar 2013. Der fremgår det at det er SLFs oppfatning at prinsippet om likebehandling tilsier at tilskuddet skulle åpnes for andre aktører slik at for eksempel Rørosmeieriet også kan motta distribusjonstilskudd. Departementet viste imidlertid til at selv om Rørosmeieriet har høyere distribusjonskostnader enn Tine og Q-M, noe som har sammenheng med at Rørosmeieriet produserer et betydelig mindre volum enn Q-M og Tine, kan ikke dette isolert brukes som begrunnelse for å motta særskilt distribusjonstilskudd.

SAKEN FOR TINGRETTE

- 31 Saksøker faller ikke inn under PU-forskriften § 8 tredje ledd. Grunnen til dette er at Q-M er eneste tilskuddsberettigede foretak etter bestemmelsen.
- 32 Ved brev av 25. september 2014 opplyste saksøker til Landbruks- og matdepartementet at de planlegger oppstart av produksjon av norsk yoghurt og drikkemelk. Formålet med brevet var å få bekreftet rammebetingelsene for slik produksjon, og brevet tok særlig opp det særskilte distribusjonstilskuddet som Q-M mottar.

- 33 The Ministry replied in a letter of 28 October 2014. As regards the arrangement under which Q-M receives a special distribution subsidy, the Ministry stated: “This was a subsidy granted to Q-M based on the special situation that existed at the time when the dairy was established. The purpose was to compensate for the costs that the company still incurred as a consequence of that situation. It has not, therefore, been an issue to extend the circle of recipients of this subsidy.”
- 34 In the proceedings before the District Court the Norwegian Government stated that the special distribution subsidy for Q-M amounted to NOK 19.7 million in 2006, NOK 29.9 million in 2007, NOK 32.6 million in 2008, NOK 34.3 million in 2009, NOK 35.6 million in 2010, NOK 39.4 million in 2011, NOK 44.9 million in 2012, NOK 39.5 million in 2013, NOK 41.1 million in 2014 and NOK 18 million for the period January to May 2015. The Norwegian Government further stated that of those amounts NOK 154 076 in 2007, NOK 292 376 in 2008, NOK 647 396 in 2009, NOK 502 739 in 2010, NOK 481 086 in 2011, NOK 831 391 in 2012, NOK 888 316 in 2013, NOK 851 248 in 2014 and NOK 90 732 for the period January to May 2015 can be ascribed to the distribution of liquid milk products that fall under the scope of the EEA Agreement.
- 35 The Norwegian Government stated before the District Court that the reason why this figure was relatively low in 2015 is that Q-M no longer produces flavoured yogurt in Norway, which is the most important milk product under the scope of the EEA Agreement.
- 36 By an application to the referring court on 7 May 2014, the plaintiff brought an action against the Norwegian Government, claiming primarily that the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation should be declared invalid. In the alternative, the plaintiff claims that this provision entails unlawful State aid.

- 33 Departementet svarte ved brev av 28. oktober 2014. Med hensyn til ordningen med det særskilte distribusjonstilskuddet til Q-M uttalte departementet følgende: “Dette var et tilskudd som ble gitt til Q-M med bakgrunn i den spesielle situasjonen som eksisterte på den tiden da dette meieriet ble etablert. Formålet var å kompensere for kostnader som selskapet fremdeles hadde som følge av denne situasjonen. Det har derfor ikke vært aktuelt å utvide kretsen av mottakere av dette tilskuddet.”
- 34 Da saken gikk for tingretten, opplyste Staten at det særskilte distribusjonstilskuddet til Q-M beløp seg til 19,7 millioner kr i 2006, 29,9 millioner kr i 2007, 32,6 millioner kr i 2008, 34,3 millioner kr i 2009, 35,6 millioner kr i 2010, 39,4 millioner kr i 2011, 44,9 millioner kr i 2012, 39,5 millioner kr i 2013, 41,1 millioner kr i 2014 og 18 millioner kr i perioden januar til mai 2015. Staten opplyste videre at av disse beløpene kan 154 076 kr i 2007, 292 376 kr i 2008, 647 396 kr i 2009, 502 739 kr i 2010, 481 086 kr i 2011, 831 391 kr i 2012, 888 316 kr i 2013, 851 248 kr i 2014 og 90 732 kr i perioden januar til mai 2015 henføres til distribusjon av flytende melkeprodukter som omfattes av EØS-avtalen.
- 35 Staten opplyste til tingretten at bakgrunnen for at tallet er forholdsmessig lite i 2015, er at Q-M i dag ikke lenger har noen egenproduksjon i Norge av smakstilsatt yoghurt, som er det sentrale melkeproduktet som omfattes av EØS-avtalen.
- 36 Ved stevning til Oslo tingrett 7. mai 2014 anla saksøker søksmål mot staten, prinsipalt for å få kjent PU-forskriften § 8 tredje ledd ugyldig. Subsidiært nedla saksøker påstand om at denne bestemmelse utgjør ulovlig statsstøtte.

IV QUESTIONS

37 The following questions have been referred to the Court:

- 1.1 Is the aid arrangement mentioned in the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation an arrangement of a nature whereby the Court, on considering its lawfulness must consider it in relation to the rules on the freedom of establishment in Article 31 of the EEA Agreement?
- 1.2 If the court is required to consider Article 31 EEA Agreement in relation to the lawfulness of the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation, will Article 31 of the EEA Agreement only be relevant if there is a cross-border element in the case?
- 1.3 If the court is required to consider Article 31 of the EEA Agreement in relation to the lawfulness of the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation, will Article 31 of the EEA Agreement only be relevant in relation to what are commonly referred to as 'Protocol 3 products', or will it be deemed to constitute transport aid of relevance to all product categories, even if transport is limited to the party's own products?
- 2.1 Is the aid arrangement mentioned in the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation an arrangement that requires prior notification to ESA pursuant to Article 61 of the EEA Agreement?
- 2.2 If the aid arrangement mentioned in the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation requires prior notification to ESA pursuant to Article 61, does this only concern what are commonly referred to as 'Protocol 3 products', or will it be deemed to constitute transport aid of relevance to all product categories?

IV SPØRSMÅL

37 Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:

- 1.1 Er den støtteordning som er angitt i PU-forskriftene § 8 tredje ledd, en ordning av en slik art at retten ved vurderingen av dens lovlighet, skal vurdere den opp mot reglene om etableringsfriheten i EØS-avtalens artikkel 31?
- 1.2 Hvis retten må vurdere EØS-avtalen artikkel 31 ved lovligheten av PU-forskriftene § 8 tredje ledd, vil da EØS-avtalens artikkel 31 bare være relevant hvis det foreligger et grenseoverskridende element i saken?
- 1.3 Hvis retten må vurdere EØS-avtalen artikkel 31 ved lovligheten av PU-forskriftene § 8 tredje ledd, vil da EØS-avtalens artikkel 31 bare være relevant for såkalte protokoll 3-varer, eller vil den bli ansett som en transportstøtte som berører alle varekategorier, selv når transport bare gjelder partens egne produkter?
- 2.1 Er den støtteordning som er angitt i prisutjevningsforskriftene § 8 tredje ledd en ordning som forutsetter forhåndsfremleggelse for ESA etter EØS-avtalen artikkel 61?
- 2.2 Hvis den støtteordning som er angitt i prisutjevningsforskriftene § 8 tredje ledd forutsetter forhåndsfremleggelse for ESA etter artikkel 61, gjelder dette i så fall bare såkalte protokoll 3-varer, eller vil den bli ansett som en transportstøtte som berører alle varekategorier?

V WRITTEN OBSERVATIONS

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

- the plaintiff, represented by Jan Magne Juuhl-Langseth, advokat;
- the Kingdom of Norway, represented by Torje Sunde, advocate, Office of the Attorney General (Civil Affairs), acting as Agent;
- the EFTA Surveillance Authority (“ESA”), represented by Carsten Zatschler, Maria Moustakali, and Marlene Lie Hakkebo, Members of its Department of Legal & Executive Affairs, acting as Agents; and
- the European Commission (the “Commission”), represented by Luigi Malferrari, Donatella Recchia and Markéta Šimerdová, Members of its Legal Service, acting as Agents.

VI SUMMARY OF THE ARGUMENTS SUBMITTED AND ANSWERS PROPOSED

THE PLAINTIFF

39 At the outset, the plaintiff considers that the mere fact that a national measure may be regarded as State aid cannot exempt that measure from the scrutiny of the European Courts under the fundamental freedoms.²

2 Reference is made to the judgment in *Du Pont de Nemours Italiana SpA v Unità sanitaria locale N° 2 di Carrara*, C-21/88, EU:C:1990:121, paragraph 21, and to the Opinion of Advocate General Saggio in *Société Baxter, B. Braun Médical SA, Société Fresenius France and Laboratoires Bristol-Myers-Squibb SA v Premier Ministre, Ministère du Travail et des Affaires sociales, Ministère de l’Economie et des Finances and Ministère de l’Agriculture, de la Pêche et de l’Alimentation*, C-254/97, EU:C:1998:580, point 19.

V SKRIFTLIGE INNLEGG

38 I medhold av artikkel 20 i Domstolens vedtekter og artikkel 97 i Domstolens rettergangsordning er skriftlige innlegg inngitt av:

- saksøker, representert ved advokat Jan Magne Juuhl-Langseth,
- Kongeriket Norge, representert ved advokat Torje Sunde, Regjeringsadvokaten, som partsrepresentant,
- EFTAs overvåkningsorgan (“ESA”), representert ved Carsten Zatschler, Maria Moustakali og Marlene Lie Hakkebo, medlemmer av Department of Legal & Executive Affairs, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen (“Kommisjonen”), representert ved Luigi Malferrari, Donatella Recchia og Markéta Šimerdová, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste, som partsrepresentanter.

VI SAMMENDRAG AV FREMSATTE ARGUMENTER OG FORSLAG TIL SVAR

SAKSØKER

39 Innledningsvis anfører saksøker at det forhold at et nasjonalt tiltak kan betraktes som statsstøtte, ikke alene unntar tiltaket fra å bli vurdert av europeiske domstoler etter de grunnleggende friheter.²

2 Det vises til dommen i *Du Pont de Nemours Italiana SpA mot Unità sanitaria locale N° 2 di Carrara*, C-21/88, EU:C:1990:121 (avsnitt 21) og uttalelsen fra generaladvokat Saggio i *Société Baxter, B. Braun Médical SA, Société Fresenius France og Laboratoires Bristol-Myers-Squibb SA mot Premier Ministre, Ministère du Travail et des Affaires sociales, Ministère de l’Economie et des Finances og Ministère de l’Agriculture, de la Pêche et de l’Alimentation*, C-254/97, EU:C:1998:580 (avsnitt 19).

In this regard, the Court of Justice of the European Union (“ECJ”) has held that aspects that contravene specific provisions of the Treaty other than those on State aid may be so indissolubly linked to the object of the aid that it is impossible to evaluate them separately.³ The position is different, however, if it is possible, when a system of aid is being analysed, to separate those conditions or factors which, even though they form part of this system, may be regarded as not being necessary for the attainment of its object or for its proper functioning.⁴ According to the plaintiff, this approach has been subsequently maintained by both the Court⁵ and the ECJ.⁶

- 40 Accordingly, the plaintiff contends that the objective of the Norwegian prize equalisation scheme is to strengthen competition among industrial operators on the downstream market. However, it is not necessary for the attainment of this objective to provide distribution aid exclusively to Q-M under the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation. This objective could be achieved in the same way by a system of distribution aid granted to all undertakings with distribution costs higher than those of Tine. As a result, in the plaintiff’s submission, it is possible to evaluate the effects of the distribution aid granted to Q-M under the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation separately under Article 31 EEA.
- 41 On the issue whether the national measure constitutes a restriction under Article 31 EEA, the plaintiff considers the freedom of

3 Reference is made to the judgment in *Iannelli & Volpi SpA v Ditta Paolo Meroni*, 74/76, EU:C:1977:51, paragraph 14.

4 Ibid.

5 Reference is made to Case E-9/04 *The Bankers’ and Securities Dealers’ Association of Iceland v EFTA Surveillance Authority* [2006] EFTA Ct. Rep. 42, paragraph 82.

6 Reference is made to the judgment in *Niels Nygård v Svineafgiftsfonden, and Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri*, C-234/99, EU:C:2002:244, paragraph 57.

Hva dette angår, har Den europeiske unions domstol (“EU-domstolen”) lagt til grunn at tiltak som er i strid med andre særlige bestemmelser i traktaten enn dem som gjelder statsstøtte, kan være så uløselig knyttet til støttens formål at det er umulig å vurdere dem isolert.³ Det samme er imidlertid ikke tilfelle dersom det er mulig å skille ut de vilkårene eller faktorene som, selv om de utgjør en del av ordningen, ikke er nødvendige for å oppnå formålet med ordningen eller for ordningens funksjon.⁴ Ifølge saksøker har dette syn fått støtte både av EFTA-domstolen⁵ og EU-domstolen.⁶

- 40 Følgelig gjør saksøker gjeldende at formålet med den norske prisutjevningsordningen er å styrke konkurransen mellom industrielle aktører på nedstrømsmarkedet. For å oppfylle dette formål er det i henhold til PU-forskriften § 8 tredje ledd imidlertid ikke nødvendig å yte distribusjonsstøtte bare til Q-M. Formålet kan like gjerne nås med en ordning der distribusjonsstøtte gis til alle selskaper som har høyere distribusjonskostnader enn Tine. Dette innebærer ifølge saksøker at det etter EØS-avtalen artikkel 31 er mulig å foreta en isolert vurdering av virkningene av distribusjonsstøtten som Q-M har fått etter PU-forskriften § 8 tredje ledd.
- 41 Når det gjelder spørsmålet om det nasjonale tiltak utgjør en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 31, anser saksøker at

3 Det vises til dommen i *Iannelli & Volpi SpA mot Ditta Paolo Meroni*, 74/76, EU:C:1977:51 (avsnitt 14).

4 Samme sted.

5 Det vises til sak E-9/04 *The Bankers' and Securities Dealers' Association of Iceland mot EFTAs overvåkningsorgan*, Sml. 2006 s. 42 (avsnitt 82).

6 Det vises til dommen i *Niels Nygård mot Svineavgiftsfonden og Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri*, C-234/99, EU:C:2002:244 (avsnitt 57).

establishment to encompass a general prohibition on restrictions.⁷ In particular, a national measure which deprives undertakings from other EEA States of the opportunity of gaining access to a national market under conditions of normal and effective competition, and thus renders the exercise of the freedom of establishment in that national market less attractive, constitutes a restriction under Article 31 EEA.⁸

- 42 The plaintiff submits that a preferential system set up exclusively to benefit to one single domestic operator – such as the system in place in Norway, involving exclusive distribution aid granted to domestic operator Q-M under the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation – constitutes a restriction under Article 31 EEA.⁹ Dairy companies from other EEA States seeking to pursue their business activities through establishment in Norway cannot compete normally and effectively due to the exclusive distribution aid granted to Q-M.
- 43 Consequently, the plaintiff submits that the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation constitutes a restriction under Article 31 EEA. The fact that domestic operators are also affected by the special distribution subsidy does not alter this conclusion.
- 44 On the issue whether a cross-border element is required for the application of Article 31 EEA, the plaintiff maintains that the rules on freedom of establishment apply to all situations that are not

7 Reference is made to judgments in *European Commission v Kingdom of Spain*, C-400/08, EU:C:2011:172, paragraphs 63 to 64, Case E-17/14 *EFTA Surveillance Authority v the Principality of Liechtenstein*, judgment of 31 March 2015, not yet reported, paragraph 38, and *European Commission v Italian Republic*, C-565/08, EU:C:2011:188, paragraphs 50 to 51.

8 Reference is made to the judgment in *Attanasio Group Srl v Comune di Carbognano*, C-384/08, EU:C:2010:133, paragraph 45.

9 Reference is made to the judgment in *Marja-Liisa Susisalo, Olli Tuomaala and Merja Ritala*, C84/11, EU:C:2012:374, paragraphs 34 to 35.

etableringsfriheten innebærer et generelt forbud mot restriksjoner.⁷ Særlig vil et nasjonalt tiltak som fratrar selskaper fra andre EØS-stater muligheten til å få adgang til et nasjonalt marked på normale, effektive konkurransevilkår, og dermed gjør det mindre attraktivt å utøve etableringsfriheten på det aktuelle nasjonale marked, utgjøre en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 31.⁸

- 42 Saksøker anfører at en fortrinnsrettsordning som er opprettet utelukkende til fordel for én enkelt innenlandsk aktør – som ordningen som er på plass i Norge, som i henhold til PU-forskriften § 8 tredje ledd innebærer distribusjonsstøtte bare til den innenlandske aktøren Q-M – utgjør en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 31.⁹ Meieriselskap fra andre EØS-stater som søker å utvide sin forretningsvirksomhet ved å etablere seg i Norge, kan på grunn av den distribusjonsstøtte som bare gis til Q-M, ikke konkurrere effektivt på normale vilkår.
- 43 Følgelig gjør saksøker gjeldende at PU-forskriften § 8 tredje ledd utgjør en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 31. Det rokker ikke ved denne konklusjon at også innenlandske aktører berøres av det særskilte distribusjonstilskuddet.
- 44 Når det gjelder spørsmålet om det kreves et grenseoverskridende element for at EØS-avtalen artikkel 31 skal komme til anvendelse, anfører saksøker at reglene om etableringsfrihet får anvendelse på

7 Det vises til dommene i *Europakommisjonen mot Kongeriket Spania*, C-400/08, EU:C:2011:172 (avsnitt 63–64), sak E-17/14 *EFTAs overvåkningsorgan mot Fyrstedømmet Liechtenstein*, dom 31. mars 2015, ennå ikke i Sml. (avsnitt 38), og *Europakommisjonen mot Republikken Italia*, C-565/08, EU:C:2011:188 (avsnitt 50–51).

8 Det vises til dommen i *Attanasio Group Srl mot Comune di Carbognano*, C-384/08, EU:C:2010:133 (avsnitt 45).

9 Det vises til dommen i *Marja-Liisa Susisalo, Olli Tuomaala og Merja Ritala*, C84/11, EU:C:2012:374 (avsnitt 34–35).

purely internal.¹⁰ In this connection, the ECJ has construed narrowly the notion of purely internal situations.¹¹

- 45 The plaintiff contends that in recent years there has been an increase in imports to Norway from other EEA States of dairy products such as flavoured yogurt. Thus, it is by no means inconceivable that an undertaking from another EEA State might wish to take advantage of the freedom of establishment and set up a local subsidiary or branch in Norway for the distribution and sales of dairy products such as flavoured yogurts on the Norwegian market. Indeed, the plaintiff considers such circumstances similar to its own situation, since it established itself in Norway for distribution and sales of dairy products, but is owned by a corporation established in another EEA State. Further, the plaintiff intends to commence production and distribution of flavoured yogurt products in Norway as an add-on to its existing activities.
- 46 As a result, the plaintiff contends that the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation is capable of producing cross-border effects by rendering it less attractive for undertakings from other EEA States to exercise their freedom of establishment by setting up a subsidiary or branch for the distribution and sales of dairy products in Norway.

10 Reference is made to the judgment in *Criminal proceedings against Dennis Mac Quen, Derek Pouton, Carla Godts, Youssef Antoun and Grandvision Belgium SA, being civilly liable, intervener: Union professionnelle belge des médecins spécialistes en ophtalmologie et chirurgie oculaire*, C-108/96, EU:C:2001:67, in particular paragraph 16.

11 Reference is made to the judgment in *Alessandra Venturini v ASL Varese and Others* (C-159/12), *Maria Rosa Gramegna v ASL Lodi and Others* (C-160/12) and *Anna Muzzio v ASL Pavia and Others* (C-161/12), C-159/12 to C-161/12, EU:C:2013:791, paragraphs 25 to 26; *Grupo Itevelesa SL and Others v OCA Inspección Técnica de Vehículos SA and Generalidad de Cataluña*, C168/14, EU:C:2015:685, paragraphs 35 to 37; the Opinion of Advocate General Wahl in the same case, EU:C:2015:351, point 36; and Case E-9/14 *Proceedings concerning Otto Kaufmann AG* [2014] EFTA Ct. Rep. 1048, paragraph 31.

alle situasjoner som ikke er rent interne.¹⁰ I denne forbindelse har EU-domstolen en snever fortolkning av begrepet rent interne situasjoner.¹¹

- 45 Saksøker gjør gjeldende at det i de senere år har vært økt import til Norge fra andre EØS-stater av meieriprodukter, som for eksempel smakstilsatt yoghurt. Dermed er det slett ikke umulig å tenke seg at et selskap fra en annen EØS-stat vil kunne ønske å dra fordel av etableringsfriheten og etablere et lokalt datterselskap eller en filial i Norge for å distribuere og selge meieriprodukter som smakstilsatt yoghurt på det norske marked. Faktisk anser saksøker at dette er omstendigheter som tilsvarende saksøkers egen situasjon, ettersom saksøker etablerte seg i Norge for å distribuere og selge meieriprodukter, men eies av et selskap som er hjemmehørende i en annen EØS-stat. Videre har saksøker planer om å begynne å produsere og distribuere smakstilsatte yoghurtprodukter i Norge som et tilskudd til selskapets pågående virksomhet.
- 46 På denne bakgrunn gjør saksøker gjeldende at PU-forskriften § 8 tredje ledd kan ha grenseoverskridende virkninger ved at den gjør det mindre attraktivt for selskaper fra andre EØS-stater å utøve sin etableringsfrihet til å opprette et datterselskap eller en filial med sikte på distribusjon og salg av meieriprodukter i Norge.

10 Det vises til dommen i *Straffesak mot Dennis Mac Quen, Derek Pouton, Carla Godts, Youssef Antoun og Grandvision Belgium SA, som erstatningsansvarlige, partshjelper: Union professionnelle belge des médecins spécialistes en ophtalmologie et chirurgie oculaire*, C-108/96, EU:C:2001:67, særlig avsnitt 16.

11 Det vises til dommen i *Alessandra Venturini mot ASL Varese m.fl.* (C-159/12), *Maria Rosa Gramegna mot ASL Lodi m.fl.* (C-160/12) og *Anna Muzzio mot ASL Pavia m.fl.* (C-161/12), C-159/12 til C-161/12, EU:C:2013:791 (avsnitt 25–26); *Grupo Itevelesa SL m.fl. mot OCA Inspección Técnica de Vehículos SA og Generalidad de Cataluña*, C168/14, EU:C:2015:685 (avsnitt 35–37); uttalelse fra generaladvokat Wahl i samme sak, EU:C:2015:351 (avsnitt 36), og sak E-9/14 *Sak vedrørende Otto Kaufmann AG*, Sml. 2014 s. 1048 (avsnitt 31).

47 Moreover, according to the plaintiff, both the ECJ¹² and ESA¹³ have applied free movement rules to products excluded from the scope of the EEA Agreement by virtue of Article 8(3) EEA. The existence of Annex VIII to the EEA Agreement strengthens further the argument for the application of Article 31 EEA to products specified in Article 8(3) EEA. In the plaintiff's view, that annex would be superfluous if Article 31 EEA could not be applied to such products.

48 Consequently, the plaintiff submits that Article 31 EEA is applicable to the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation.

49 On the question whether the distribution aid requires prior notification in accordance with Article 61 EEA, the plaintiff submits that it follows from Article 61(1) EEA that a measure must fulfil a number of criteria to be considered State aid. First, the aid must favour certain undertakings or production processes, that is, it must create an economic advantage for the recipient. Second, the aid must be granted through State resources. Third, the aid must be granted to undertakings. Fourth, the aid must have a selective effect. Fifth, it must distort or threaten to distort competition and, finally, the aid must affect trade within the EEA. It is clear that the third and fourth conditions are fulfilled, since the aid is granted only to Q-M. Further, also the fifth criterion is fulfilled, as the inherent objective of the measure is to strengthen the competitive position of one market operator (Q-M).

12 Reference is made to the judgment in *Margarethe Ospelt and Schlössle Weissenberg Familienstiftung*, C-452/01, EU:C:2003:493, paragraphs 27 to 30, and the Opinion of Advocate General Geelhoed in the same case, EU:C:2003:232, point 64.

13 Reference is made to ESA Decision No 337/01/COL of 15 November 2001 "Reasoned opinion for failure to ensure compliance with Article 31 of the EEA Agreement" and ESA Decision No 186/12/COL of 11 July 2012 "Letter of formal notice to Norway for failing to comply with its obligations under Articles 31 by maintaining restrictions in the fish farming industry".

- 47 Saksøker gjør videre gjeldende at både EU-domstolen¹² og ESA¹³ har lagt til grunn at reglene om fri bevegelighet kommer til anvendelse på produkter som er unntatt fra EØS-avtalens virkeområde i henhold til EØS-avtalen artikkel 8 nr. 3. Eksistensen av vedlegg VIII til EØS-avtalen er ytterligere et argument for at produktene angitt i EØS-avtalen artikkel 8 nr. 3 omfattes av EØS-avtalen artikkel 31. Slik saksøker ser det, ville nevnte vedlegg vært overflødig om EØS-avtalen artikkel 31 ikke kunne få anvendelse på slike produkter.
- 48 Følgelig gjør saksøker gjeldende at EØS-avtalen artikkel 31 får anvendelse på PU-forskriften § 8 tredje ledd.
- 49 Når det gjelder spørsmålet om distribusjonsstøtte forutsetter notifikasjon etter EØS-avtalen artikkel 61, gjør saksøker gjeldende at det følger av EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 at et tiltak må oppfylle en rekke kriterier for å anses som statsstøtte. For det første må støtten begunstige enkelte foretak eller produksjonsprosesser, altså skape en økonomisk fordel for mottakeren. Dernest må støtten gis i form av statsmidler. For det tredje må støtten begunstige foretak. For det fjerde må støtten være selektiv. For det femte må den vri eller true med å vri konkurransen, og endelig må støtten påvirke samhandelen innenfor EØS-området. Siden støtten bare gis til Q-M, er det klart at tredje og fjerde vilkår er oppfylt. Videre er også det femte kriterium oppfylt ettersom tiltakets formål er å styrke konkurranseposisjonen for en markedsoperatør (Q-M).

12 Det vises til dommen i *Margarethe Ospelt og Schlössle Weissenberg Familienstiftung*, C-452/01, EU:C:2003:493 (avsnitt 27–30), og uttalelsen fra generaladvokat Geelhoed i samme sak, EU:C:2003:232 (avsnitt 64).

13 Det vises til ESAs vedtak 337/01/COL av 15. november 2001 “Reasoned opinion for failure to ensure compliance with Article 31 of the EEA Agreement” og ESAs vedtak 186/12/COL av 11. juli 2012 “Letter of formal notice to Norway for failing to comply with its obligations under Articles 31 by maintaining restrictions in the fish farming industry”.

- 50 With regard to the condition that the national measure must create an economic advantage for the recipient of the aid, the plaintiff submits that there are two ways of assessing this criterion. The first possibility, which the plaintiff considers the correct assessment of the situation at hand, is that the distribution aid is considered a grant of money from the public to Q-M. The second possibility is to assess the distribution subsidy in a wider context, as part of a national system of taxation for use of milk in various products, as set out in the national regulation. From this perspective, the distribution aid (seen in light of the general tax levy applicable to Q-M) represents a tax reduction in favour of QM. Such tax reductions clearly come within the notion of measures which favour an undertaking under Article 61(1) EEA.¹⁴
- 51 With regard to the condition that the aid must be granted through State resources, the plaintiff takes the view that the aid must be regarded as granted through State resources within the meaning of Article 61(1) EEA, notwithstanding the fact that it originates from private funds. The funds generated through taxation under the national regulation remain constantly under the State's control.¹⁵ Moreover, tax reductions constitute aid within the meaning of Article 61(1) EEA as the State foregoes (tax) revenue that it would have received in the absence of the measure.

14 Reference is made to the judgment in *Adria-Wien Pipeline GmbH and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH v Finanzlandesdirektion für Kärnten*, C-143/99, EU:C:2001:598, paragraph 55, and ESA Decision No 149/04/COL of 18 March 2009 to initiate the procedure provided for in Article 1(2) in Part I of Protocol 3 to the Surveillance and Court Agreement with regard to the taxation of investment undertakings according to the Liechtenstein Tax Act.

15 Reference is made to judgments in *Association Vent De Colère! Fédération nationale and Others v Ministre de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement and Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, C-262/12, EU:C:2013:851, paragraph 21, and *French Republic v Commission of the European Communities*, C-482/99, EU:C:2002:294, paragraph 37.

- 50 Når det gjelder vilkåret om at det nasjonale tiltaket må skape en økonomisk fordel for støttemottakeren, anfører saksøker at dette kriteriet kan vurderes på to måter. Den første muligheten, som saksøker anser som den rette måten å vurdere foreliggende situasjon på, er å betrakte distribusjonstilskuddet som en pengestøtte fra det offentlige til Q-M. Den andre muligheten er å vurdere distribusjonstilskuddet i en bredere kontekst, som ledd i et nasjonalt avgiftssystem for bruken av melk i ulike produkter, som fastsatt i den nasjonale forskriften. I et slikt perspektiv utgjør distribusjonsstøtten (sett i lys av det generelle avgiftsregime Q-M er underlagt) en reduksjon av avgift for QM. Slik avgiftsnedsettelse kommer klart inn under vilkåret tiltak som begunstiger et foretak etter EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1.¹⁴
- 51 Når det gjelder vilkåret om at støtten må gis i form av statsmidler, er saksøker av den oppfatning at støtten må anses for å være gitt av statsmidler i henhold til EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 uten hensyn til at den stammer fra private midler. Midlene som genereres gjennom en avgift fastsatt i den nasjonale forskriften er til enhver tid under statens kontroll.¹⁵ Videre blir skattenedsettelse å forstå som støtte etter EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 ettersom staten avstår fra (avgifts-) inntekter som den ville ha mottatt dersom dette tiltaket ikke forelå.

-
- 14 Det vises til dommen i *Adria-Wien Pipeline GmbH og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH mot Finanzlandesdirektion für Kärnten*, C-143/99, EU:C:2001:598 (avsnitt 55), og ESAs vedtak 149/04/COL av 18. mars 2009 om å innlede framgangsmåten fastsatt i del I artikkel 1 nr. 2 i protokoll 3 til overvåknings- og domstolsavtalen med hensyn til beskatning av investeringsforetak etter skatteloven i Liechtenstein.
- 15 Det vises til dommene i *Association Vent De Colère! Fédération nationale m.fl. mot Ministre de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement og Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, C-262/12, EU:C:2013:851 (avsnitt 21), og *Republikken Frankrike mot Kommisjonen for De europeiske fellesskap*, C-482/99, EU:C:2002:294 (avsnitt 37).

- 52 As regards the criterion of affecting intra-Community trade, according to the plaintiff, it suffices that the measure is liable to affect intra-Community trade¹⁶ which is satisfied in the case at hand. This conclusion is not altered by the fact that Q-M's competitors may not be subject to a similar tax in their home countries and are not subject to any tax under the Norwegian price equalisation scheme.¹⁷
- 53 Consequently, the plaintiff argues that all the conditions of Article 61(1) EEA are fulfilled. Thus, the distribution aid granted to Q-M constitutes aid within the meaning of Article 61(1), which required prior notification.
- 54 On the question whether Article 61 EEA applies only to products within the scope of Protocol 3 to the EEA Agreement, the plaintiff submits that at least some liquid milk products covered by the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation are within the scope of Protocol 3. Thus, Article 61 EEA must apply to these products.
- 55 As regards products outside the scope of the product coverage of the EEA Agreement, the plaintiff considers Article 61 EEA not to apply to State aid granted to companies for the production of products outside the scope of the product coverage of the EEA Agreement.¹⁸

16 Reference is made to judgments in *Commission of the European Communities v Italian Republic and Wam SpA*, C-494/06 P, EU:C:2009:272, paragraph 50, and Joined Cases E-4/10, E-6/10 and E-7/10 *The Principality of Liechtenstein, REASSUR Aktiengesellschaft and Swisscom RE Aktiengesellschaft v EFTA Surveillance Authority* [2011] EFTA Ct. Rep. 16, paragraphs 95 to 97.

17 Reference is made to Joined Cases E-5/04, E-6/04, and E-7/04 *Fesil ASA and Finnjord Smelteverk AS* (Case E-5/04), *Prosessindustriens Landsforening and Others* (Case E-6/04), *The Kingdom of Norway* (Case E-7/04) *v EFTA Surveillance Authority* [2005] EFTA Ct. Rep. 117, paragraph 94.

18 Reference is made to ESA Decision No 166/08/COL of 12 March 2008 on alleged state aid with regard to the Norwegian reindeer slaughter industry.

- 52 Når det gjelder kriteriet om samhandelspåvirkning, er det etter saksøkers oppfatning tilstrekkelig at tiltaket er egnet til å påvirke samhandelen i Fellesskapet,¹⁶ hvilket er oppfylt i den foreliggende sak. Det rokker ikke ved denne konklusjon at Q-Ms konkurrenter kanskje ikke er underlagt en tilsvarende avgift i sine hjemstater og ikke er underlagt noen avgifter under den norske prisutjevningsordningen.¹⁷
- 53 Følgelig gjør saksøker gjeldende at alle vilkårene i EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 er oppfylt. Dermed utgjør distribusjonsstøtten til Q-M støtte i henhold til EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1, som forutsetter forhåndsfremleggelse.
- 54 Når det gjelder spørsmålet om EØS-avtalen artikkel 61 får anvendelse bare på produkter som er omfattet av protokoll 3 til EØS-avtalen, gjør saksøker gjeldende at i det minste vil en del flytende melkeprodukter omfattet av PU-forskriften § 8 tredje ledd falle inn under virkeområdet til protokoll 3. Dermed må EØS-avtalen artikkel 61 få anvendelse på disse produkter.
- 55 Når det gjelder produkter utenfor EØS-avtalens produktdekning, anser saksøker at EØS-avtalen artikkel 61 ikke får anvendelse på støtte til foretak for produksjon av produkter som faller utenfor virkeområdet til EØS-avtalens produktdekning.¹⁸

16 Det vises til dommene i *Kommisjonen for De europeiske fellesskap mot Republikken Italia og Wam SpA*, C-494/06 P, EU:C:2009:272 (avsnitt 50), og forente saker E-4/10, E-6/10 og E-7/10 *Fyrstedømmet Liechtenstein, REASSUR Aktiengesellschaft og Swisscom RE Aktiengesellschaft mot EFTAs overvåkningsorgan*, Sml. 2011 s. 16 (avsnitt 95–97).

17 Det vises til forente saker E-5/04, E-6/04 og E-7/04 *Fesil ASA og Finn fjord Smelteverk AS* (sak E-5/04), *Prosessindustriens Landsforening m.fl.* (sak E-6/04), *Kongeriket Norge* (sak E-7/04) mot *EFTAs overvåkningsorgan*, sml. 2005 s. 117 (avsnitt 94).

18 Det vises til ESAs vedtak 166/08/COL av 12. mars 2008 om påstått statsstøtte til norske reinslakterier.

- 56 However, according to the plaintiff, the aid in the case at hand is not granted for the production but for the distribution of products. In this regard, it observes that, although Article 61 EEA cannot be applied in relation to products outside the scope of the EEA Agreement where the transport service is inseparably linked to the trade in those products,¹⁹ transport services for distribution to the wholesale and retail sector cannot be regarded as inseparably linked to trade in the products transported. Such an interpretation of the product coverage rule in Article 8(3) EEA would be contrary to the very aim of the EEA Agreement.
- 57 Finally, the plaintiff stresses that there are no provisions to prevent Q-M's activities within the scope of the EEA Agreement from benefiting from the aid in question. The recipient is free to use the funds as it wishes provided that the products in question are actually distributed. Therefore, such funds may indirectly benefit other parts of the recipient's production line.
- 58 The plaintiff therefore proposes that the Court should answer the questions as follows:
1. *The aid arrangement in the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation must be considered under the rules on the freedom of establishment in Article 31 EEA since it entails differential treatment of dairy producers that seek establishment in Norway. The exclusive nature of the aid is not necessary for the attainment of its object, the strengthening of competition on the Norwegian dairy market, and it is thus possible to evaluate the scheme and the effects of the scheme separately under Article 31 EEA. The arrangement makes it less attractive for companies in other EEA States to exercise their freedom of establishment by setting up a*

19 Case E-4/04 *Pedichel AS v Sosial- og helsedirektoratet* [2005] EFTA Ct. Rep. 1, in particular paragraph 34.

- 56 Ifølge saksøker er det imidlertid slik at støtten i den foreliggende sak ikke gis for produksjon, men for distribusjon av produkter. Saksøker bemerker at selv om EØS-avtalen artikkel 61 ikke kan få anvendelse på produkter som ligger utenfor EØS-avtalens virkeområde i en situasjon der transporttjenesten er uatskillelig knyttet til omsetningen av slike produkter,¹⁹ kan ikke transporttjenester med sikte på distribusjon til grossist- og detaljsektoren betraktes som uatskillelig knyttet til omsetningen av de transporterte produkter. En slik fortolkning av produktdekningsregelen i EØS-avtalen artikkel 8 nr. 3 ville være i strid med selve målet med EØS-avtalen.
- 57 Endelig understreker saksøker at det ikke finnes noen bestemmelser som er til hinder for at Q-Ms virksomhet innenfor rammen av EØS-avtalen kan motta slik støtte. Mottakeren kan bruke midlene etter eget ønske så lenge de aktuelle produkter faktisk blir distribuert. Derfor kan slike midler indirekte begunstige andre deler av mottakerens produksjonslinje.
- 58 Saksøker anmoder følgelig EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:
1. *Støtteordningen i PU-forskriften § 8 tredje ledd må vurderes etter reglene om etableringsfrihet i EØS-avtalen artikkel 31 ettersom den innebærer forskjellsbehandling av meierier som søker å etablere seg i Norge. Støtten trenger ikke være særskilt for å oppnå formålet med ordningen, som er å fremme konkurranse i det norske meierimarked, og dermed er det mulig å vurdere ordningen og virkningene av ordningen etter EØS-avtalen artikkel 31 isolert. Ordningen gjør det mindre attraktivt for selskaper i andre EØS-stater å utøve sin etableringsfrihet til å opprette et datterselskap eller en filial med sikte på distribusjon og salg av meieriprodukter i Norge, og*

19 Sak E-4/04 *Pedical AS mot Sosial- og helsedirektoratet*, Sml. 2005 s. 1, særlig avsnitt 34.

subsidiary or branch for distribution of liquid dairy products in Norway and the PE regulation Section 8 third paragraph therefore constitutes a restriction on the freedom of establishment within the meaning of Article 31 EEA.

2. *Article 31 EEA applies since it is not inconceivable, or at least cannot be ruled out, that companies in other EEA States are or could be interested setting up liquid milk distribution by establishing a subsidiary or branch in Norway.*
3. *The non-inclusion of a product in the product scope of the EEA Agreement, as set out by Article 8(3) EEA, does not preclude the application of establishment in Article 31 EEA. Article 31 EEA is therefore relevant in relation to all liquid milk products covered by the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation and not only to liquid milk products which are Protocol 3 products.*
4. *The aid arrangement mentioned in the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation constitutes aid within the meaning of Article 61 EEA and requires prior notification to the EFTA Surveillance Authority according to the last sentence of Article 1(3) in Part I of Protocol 3 to the Surveillance and Court Agreement.*
5. *The requirement of prior notification of the aid arrangement mentioned in the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation concerns transport aid for all liquid milk products covered by the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation and not only for liquid milk products which fall under Protocol 3 products.*

PU-forskriften § 8 tredje ledd utgjør dermed en restriksjon på etableringsfriheten etter EØS-avtalen artikkel 31.

- 2. EØS-avtalen artikkel 31 kommer til anvendelse ettersom det ikke er umulig å tenke seg, eller i det minste ikke kan utelukkes, at selskaper i andre EØS-stater er eller kan være interessert i å få i stand distribusjon av flytende melk ved å etablere et datterselskap eller en filial i Norge.*
- 3. Selv om et produkt ikke omfattes av EØS-avtalens virkeområde som angitt i artikkel 8 nr. 3, er ikke dette til hinder for utøvelse av etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31. EØS-avtalen artikkel 31 er derfor relevant for alle flytende melkeprodukter som er omfattet av PU-forskriften § 8 tredje ledd, ikke bare for flytende melkeprodukter som er "protokoll 3-varer".*
- 4. Støtteordningen nevnt i PU-forskriften § 8 tredje ledd utgjør støtte etter EØS-avtalen artikkel 61 og forutsetter forhåndsfremleggelse for EFTAs overvåkningsorgan etter del I artikkel 1 nr. 3 siste punktum i protokoll 3 til overvåknings- og domstolsavtalen.*
- 5. Kravet om forhåndsfremleggelse av støtteordningen nevnt i PU-forskriften § 8 tredje ledd gjelder transportstøtte til alle flytende melkeprodukter som er omfattet av PU-forskriften § 8 tredje ledd, ikke bare for flytende melkeprodukter som er "protokoll 3-varer".*

THE GOVERNMENT OF THE KINGDOM OF NORWAY

ADMISSIBILITY

- 59 The Norwegian Government submits that the last part of questions 1.3 and 2.2, in which the referring court asks whether the measure constitutes “transport aid of relevance to all product categories”, appears unrelated to the actual facts of the main action or hypothetical and, thus, should be considered inadmissible.
- 60 The Norwegian Government argues that this approach of the referring court rests on a premise not found in the facts of the case. The request explicitly states that the plaintiff is engaged in the activity of producing and selling solid milk products and plans to engage in the activity of producing and selling liquid milk products. There are no indications that the plaintiff (or the beneficiary Q-M) seeks to engage in the activity of providing transport services on a market. The mere fact that the plaintiff has plans to start production of liquid milk products and in that regard needs to distribute those goods from the dairy facilities to the retail market does not lead to a situation in which it offers transport services on the market.

THE QUESTIONS REFERRED TO THE COURT

- 61 As a preliminary remark, the Norwegian Government maintains that the aim of the price equalisation system is threefold. First, the system aims at regulating the price paid for milk as a raw material, so that the price does not vary depending on its use. Second, the system aims at compensating costs that result from the geographically disadvantageous location of milk producers. Third, it also implements certain competition policy measures aimed at improving the competitive conditions for independent operators, by reducing the competitive advantages of Tine, the dominant operator in the milk market in Norway. In this regard, the Norwegian

NORGES REGJERING

SPØRSMÅLET OM HVORVIDT ANMODNINGEN KAN ETTERKOMMES

- 59 Norges regjering anfører at siste del av spørsmål 1.3 og 2.2, der den anmodende domstol spør om tiltaket utgjør “transportstøtte som berører alle varekategorier”, fremstår som hypotetisk eller ikke forbundet med sakens faktiske forhold, og bør av den grunn avvises.
- 60 Norges regjering gjør gjeldende at den foreleggende domstols syn bygger på et premiss som ikke har grunnlag i sakens fakta. Det fremgår uttrykkelig av anmodningen at saksøker driver produksjon og salg av faste melkeprodukter og har planer om å drive produksjon og salg av flytende melkeprodukter. Det er ingenting som tyder på at saksøker (eller den tilskuddsberettigede Q-M) har planer om å tilby transporttjenester. Det forhold at saksøker har planer om å starte produksjon av flytende melkeprodukter, og i den anledning trenger å distribuere disse varene fra meierianleggene til detaljmarkedet, fører ikke til en situasjon der saksøker tilbyr transporttjenester.

SPØRSMÅLENE FORELAGT EFTA-DOMSTOLEN

- 61 Innledningsvis bemerker Norges regjering at prisutjevningsordningen har tre mål: For det første tar ordningen sikte på å regulere prisen som betales for melk som råvare, slik at prisen ikke varierer med anvendelsen av den. For det andre tar ordningen sikte på å kompensere for kostnadene som er forbundet med geografisk ugunstig beliggenhet for en del melkeprodusenter. For det tredje iverksetter den visse konkurransepolitiske tiltak som har til formål å forbedre konkurransebetingelsene for uavhengige aktører ved å redusere konkurransefortrinnet for Tine, den dominerende aktøren på melkemarkedet i Norge. Her understreker

Government underlines the fact that the plaintiff is among the beneficiaries of such measures.

- 62 Moreover, according to the Norwegian Government, the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation mentions Q-M as the only beneficiary because there are few milk producers in the Norwegian market and Q-M was found to be the only producer of liquid milk products in that market that experienced higher distribution costs due to structural problems.
- 63 Turning to the questions submitted by the District Court, the Norwegian Government contends that the questions concerning the product coverage of Articles 31 and 61 EEA (Questions 1.3 and 2.2 of the request) constitute the main reason for this request. The Norwegian Government considers it appropriate to assess those questions together.
- 64 The Norwegian Government submits that it follows from Article 8(3) EEA that the EEA Agreement does not apply to liquid milk products, save for those listed in Protocol 3 to the EEA Agreement. In this regard, the Court found in *Pedicel* that any service that is inseparably linked to the trade in goods not covered by the Agreement is excluded from the scope of Article 36 EEA.²⁰ Further, the EEA Agreement takes the approach of excluding the bulk of agricultural products from its product coverage.²¹
- 65 The Norwegian Government submits that, in the case at hand, the distribution activity is carried out with the sole aim of bringing liquid milk products from the dairy facilities to the retail market. The distribution activity is also designed to take account of the

20 Reference is made to *Pedicel*, cited above, paragraph 38.

21 Reference is made to *Pedicel*, cited above, paragraph 24, and Case E-17/15 *Ferskar kjötvörur ehf. v the Icelandic State*, judgment of 1 February 2016, not yet reported, paragraph 42.

Norges regjering det faktum at saksøkeren er blant dem som har fordel av disse tiltakene.

- 62 Videre anfører Norges regjering at i henhold til PU-forskriften § 8 tredje ledd er Q-M den eneste tilskuddsberettigede ettersom det finnes få melkeprodusenter i det norske marked, og Q-M ble ansett for å være den eneste produsenten av flytende melkeprodukter i dette markedet som hadde høyere distribusjonskostnader på grunn av strukturelle problemer.
- 63 Når det gjelder spørsmålene fra den anmodende domstol, anfører Norges regjering at det er spørsmålene om produktdekningen etter EØS-avtalen artikkel 31 og 61 (spørsmål 1.3 og 2.2 i anmodningen) som er hovedgrunnen til anmodningen. Norges regjering finner det hensiktsmessig å besvare disse to spørsmål samlet.
- 64 Norges regjering gjør gjeldende at EØS-avtalen artikkel 8 nr. 3 innebærer at EØS-avtalen ikke får anvendelse på flytende melkeprodukter, bortsett fra produktene oppført i protokoll 3 til EØS-avtalen. I denne sammenheng la EFTA-domstolen til grunn i *Pedical* at enhver tjeneste som er uatskillelig knyttet til omsetningen av varer som ikke er omfattet av EØS-avtalen, er unntatt fra virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 36.²⁰ Videre er de fleste landbruksvarer unntatt fra virkeområdet til EØS-avtalens produktdekning.²¹
- 65 Norges regjering anfører at distribusjonsvirksomheten i den foreliggende sak utføres utelukkende for å bringe flytende melkeprodukter fra meierianleggene og ut til detaljmarkedet. Distribusjonsvirksomheten foregår dessuten på en slik måte at det

20 Det vises til *Pedical*, som omtalt over (avsnitt 38).

21 Det vises til *Pedical*, som omtalt over (avsnitt 24), og sak C-17/15 *Ferskar kjötvörur ehf. mot Staten Island*, dom 1. februar 2016, ennå ikke i Sml. (avsnitt 42).

special characteristics of the liquid milk products transported (temperatures, time of transport, durability of products, etc.). Accordingly, the distribution activity is inseparably linked to the trade in products not covered by the scope of the EEA Agreement and the measure at hand falls outside the scope of Article 31 EEA in so far as it relates to products not covered by the scope of the Agreement.

- 66 With regard to Article 61 EEA, the Norwegian Government considers Article 8(3) EEA also to limit the material scope of this provision. The Norwegian Government submits that this accords with the established practice of ESA²² and academic analysis of the EEA Agreement.²³ Moreover, the arguments advanced on the product coverage of Article 31 EEA are equally valid with regard to Article 61 EEA. Thus, Article 61 EEA does not apply to aid granted to undertakings for an activity that is inseparably linked to the trade in products not covered by the Agreement, such as the distribution of liquid milk products from dairy facilities to the retail market.
- 67 Further, the Norwegian Government submits that a cross-border element is required for the application of Article 31 EEA.²⁴ Accordingly, it is necessary, within the context of Articles 31 and 34 EEA, that the company in question has exercised its right to move

22 Reference is made to ESA Decision No 218/03/COL of 12 November 2003 with regard to State aid in the form of regionally differentiated social security contributions (Norway); ESA Decision No 176/05/COL of 15 July 2005 concerning alleged State aid to the fisheries sector; ESA Decision No 166/08/COL, cited above; and ESA Decision No 341/09/COL of 23 July 2009 on the notified scheme concerning tax benefits for certain cooperatives.

23 Reference is made to Norberg et. al., *EEA Law, A Commentary on the EEA Agreement* (1993), p. 318.

24 Reference is made, inter alia, to the judgment in *Eric Libert and Others v Gouvernement flamand* (C197/11) and *All Projects & Developments NV and Others v Vlaamse Regering* (C-203/11), C197/11 and C-203/11, EU:C:2013:288, paragraph 33, and Barnard, *The Substantive Law of the EU – The four freedoms* (2013), p. 233.

tas hensyn til de særlige egenskapene ved de flytende melkeproduktene som transporteres (temperatur, transporttid, produktenes holdbarhet osv.). Følgelig er distribusjonsvirksomheten uatskillelig knyttet til omsetningen av produkter som ikke er omfattet av EØS-avtalen, og det aktuelle tiltak faller utenfor virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 31 i den utstrekning det gjelder produkter som ikke er omfattet av EØS-avtalens virkeområde.

- 66 Når det gjelder EØS-avtalen artikkel 61, anser Norges regjering at EØS-avtalen artikkel 8 nr. 3 også begrenser bestemmelsens materielle virkeområde. Norges regjering anfører at dette er i samsvar med ESAs faste praksis²² og akademiske analyser av EØS-avtalen.²³ Videre er argumentene fremsatt om produktdekningen i EØS-avtalen artikkel 31 like gyldige når det gjelder EØS-avtalen artikkel 61. Dermed får EØS-avtalen artikkel 61 ikke anvendelse på støtte som gis til foretak for virksomhet som er uatskillelig knyttet til omsetningen av varer som ikke er omfattet av EØS-avtalen, som distribusjon av flytende melkeprodukter fra meierianlegg og ut til detaljmarkedet.
- 67 Videre anfører Norges regjering at det kreves et grenseoverskridende element for at EØS-avtalen artikkel 31 skal komme til anvendelse.²⁴ Følgelig er det nødvendig, i lys av EØS-avtalen artikkel 31 og 34, at det aktuelle selskap har utøvd sin rett til å flytte sin primære

22 Det vises til ESAs vedtak 218/03/COL av 12. november 2003 om regionalt differensiert arbeidsgiveravgift (Norge); ESAs vedtak 176/05/COL av 15. juli 2005 om påstøtt statsstøtte til fiskerisektoren; ESAs vedtak 166/08/COL, som omtalt over, og ESAs vedtak 341/09/COL av 23. juli 2009 om ordningen med skattefordeler for visse samvirkeforetak.

23 Det vises til Norberg m.fl., *EEA Law, A Commentary on the EEA Agreement* (1993), s. 318.

24 Det vises blant annet til dommen i *Eric Libert m.fl. mot Gouvernement flamand* (C197/11) og *All Projects & Developments NV m.fl. mot Vlaamse Regering* (C-203/11), C197/11 og C-203/11, EU:C:2013:288 (avsnitt 33) og Barnard, *The Substantive Law of the EU – The four freedoms* (2013), s. 233.

from one EEA State to another in order to establish itself in the latter by means of primary or secondary establishment. This requirement cannot be satisfied by claiming that companies from other EEA States could, in theory, be affected by the national measure at hand. Nothing in the request suggests that the plaintiff has exercised its right to move. In this regard, it is not sufficient that the plaintiff's parent company is owned by a parent-parent company established in the Netherlands, since the plaintiff is relying on Article 31 EEA and not the parent-parent company.

68 Based on the above submission, the Norwegian Government maintains that Article 31 EEA does not apply to the case at hand and contends that Question 1.1 appears hypothetical. Moreover, in its view, Question 1.1 appears ambiguous, it is unclear what the District Court wishes to ascertain by that question. However, the Norwegian Government proceeds on the basis that Question 1.1 seeks clarification on the relationship between Article 31 and Article 61 EEA and requiring, if necessary, an interpretation of Article 31 EEA.

69 With regard to the relationship between Article 31 and Article 61 EEA, the Norwegian Government submits that Article 31 EEA does not apply to a measure if that measure constitutes aid within the meaning of Article 61 EEA.²⁵ Only if certain aspects of the aid scheme can be evaluated separately is an assessment of those aspects possible in the light of other provisions, such as Article 31 EEA. This is the case where conditions or factors, although forming part of the system of aid in question, are not necessary for the attainment of its object or for its functioning.

25 Reference is made to judgments in *Iannelli & Volpi*, cited above, paragraph 17, and *Nygård*, cited above, paragraphs 57 to 58.

etablering fra en EØS-stat til en annen eller opprette en sekundær etablering i en annen EØS-stat. En påstand om at selskaper fra andre EØS-stater i teorien kan påvirkes av det aktuelle nasjonale tiltak, vil ikke kunne oppfylle dette kravet. Det er ingenting i anmodningen som tilsier at saksøker har utøvd sin rett til å flytte. I så måte er det ikke tilstrekkelig at saksøkers morselskap er et datterselskap av et morselskap etablert i Nederland, i og med at det er saksøker, og ikke det øverste morselskapet, som støtter seg på EØS-avtalen artikkel 31.

- 68 På grunnlag av ovennevnte anførsler fastholder Norges regjering at EØS-avtalen artikkel 31 ikke får anvendelse på den foreliggende sak, og gjør gjeldende at spørsmål 1.1 fremstår som hypotetisk. Videre er Norges regjering av den oppfatning at spørsmål 1.1 virker tvetydig, da det er uklart hva tingretten søker å bringe på det rene med dette spørsmål. Norges regjering legger imidlertid til grunn at spørsmål 1.1 søker å avklare forholdet mellom EØS-avtalen artikkel 31 og artikkel 61, om nødvendig med en fortolkning av EØS-avtalen artikkel 31.
- 69 Når det gjelder forholdet mellom EØS-avtalen artikkel 31 og artikkel 61, anfører Norges regjering at EØS-avtalen artikkel 31 ikke får anvendelse på et tiltak dersom dette utgjør støtte i henhold til EØS-avtalen artikkel 61.²⁵ Det er bare der visse deler ved støtteordningen kan vurderes isolert at det kan foretas en vurdering av disse delene i lys av andre bestemmelser, som EØS-avtalen artikkel 31. Dette er tilfellet når det foreligger vilkår eller faktorer som, selv om de utgjør en del av den aktuelle støtteordning, ikke er nødvendige for å oppnå formålet med ordningen eller for ordningens funksjon.

25 Det vises til dommene i *Iannelli & Volpi*, som omtalt over (avsnitt 17), og *Nygård*, som omtalt over (avsnitt 57–58).

- 70 If it is necessary to interpret Article 31 EEA, on this point, the Government of Norway contends that the measure at issue bears a factual resemblance to a tax benefit. In such cases, a discrimination approach has been adopted.²⁶ Although it is for the referring court to assess whether the plaintiff in the case at hand is subject to discrimination on grounds of nationality, the Norwegian Government emphasises that in a situation where the plaintiff is a company established in Norway and the beneficiary of that measure (Q-M) is also a company established in Norway no discrimination on grounds of nationality appears to be taking place.
- 71 In the alternative – if the Court rejects the discrimination approach – the Norwegian Government submits that the measure at issue does not appear to deprive the plaintiff of the opportunity of gaining access to the market under conditions of normal and effective competition.²⁷ In any event, the effects produced by the measure appear too uncertain and indirect to be regarded as capable of hindering the freedom of establishment.²⁸

26 Reference is made to the judgment in *Federal Republic of Germany v Commission of the European Communities*, C156/98, EU:C:2000:467, in particular paragraph 85.

27 Reference is made to the judgment in *Commission v Italy*, cited above.

28 Reference is made to judgments in *Semeraro Casa Uno Srl v Sindaco del Comune di Erbusco* (C418/93), *Semeraro Mobili SpA v Sindaco del Comune di Erbusco* (C-419/93), *RB Arredamento Srl v Sindaco del Comune di Stezzano* (C-420/93), *Città Convenienza Milano Srl v Sindaco del Comune di Trezzano sul Naviglio* (C-421/93), *Città Convenienza Bergamo Srl v Sindaco del Comune di Stezzano* (C460/93), *Centro Italiano Mobili Srl v Sindaco del Comune di Pineto* (C-461/93), *Il 3C Centro Convenienza Casa Srl v Sindaco del Comune di Roveredo in Piano* (C-462/93), *Benelli Confezioni SNC v Sindaco del Comune di Capena* (C-464/93), *M. Quattordici Srl v Commissario straordinario del Comune di Terlizzi* (C-9/94), *Società Italiana Elettronica Srl (SIEL) v Sindaco del Comune di Dozza* (C10/94), *Modaffari Srl v Sindaco del Comune di Trezzano sul Naviglio* (C-11/94), *Modaffari Srl v Comune di Cinisello Balsamo* (C14/94), *Cologno Srl v Sindaco del Comune di Cologno Monzese* (C-15/94), *Modaffari Srl v Sindaco del Comune di Osio Sopra* (C23/94), *M. Dieci Srl v Sindaco del Comune di Madignano* (C-24/94) and *Consorzio Centro Commerciale "Il Porto" v Sindaco del Comune di Adria* (C-332/94), C-418/93 to C-421/93, C-460/93 to C-462/93, C-464/93, C9/94 to C-11/94, C-14/94, C-15/94, C23/94, C24/94 and C-332/94, EU:C:1996:242, paragraph 32, and Case E-16/10 *Philip Morris Norway AS v Staten v/ Helse- og omsorgsdepartementet* [2011] EFTA Ct. Rep. 330.

- 70 Dersom det i denne forbindelse er nødvendig å gi en fortolkning av EØS-avtalen artikkel 31, gjør Norges regjering gjeldende at tiltaket saken gjelder i praksis kan sammenlignes med en skattefordel. Slike saker har blitt behandlet basert på forskjellsbehandlingshensyn.²⁶ Selv om det tilkommer den anmodende domstol å vurdere om saksøker i den foreliggende sak er gjenstand for diskriminering på bakgrunn av nasjonalitet, understreker Norges regjering at i en situasjon der saksøker er et selskap etablert i Norge, og den tilskuddsberettigede (Q-M) også er et selskap etablert i Norge, synes det ikke å foreligge noen diskriminering på bakgrunn av nasjonalitet.
- 71 Subsidiært – dersom EFTA-domstolen skulle avvise en slik tilnærming basert på forskjellsbehandling – anfører Norges regjering at tiltaket saken gjelder, ikke synes å ha fratatt saksøker muligheten til å få adgang til markedet på normale, effektive konkurransevilkår.²⁷ Uansett synes virkningene av tiltaket å være for usikre og indirekte til å kunne anses å utgjøre en restriksjon på etableringsfriheten.²⁸

26 Det vises til dommen i *Forbundsrepublikken Tyskland mot Kommisjonen for De europeiske fellellskap*, C156/98, EU:C:2000:467, særlig avsnitt 85.

27 Det vises til dommen i *Kommisjonen mot Italia*, som omtalt over.

28 Det vises til dommene i *Semeraro Casa Uno Srl mot Sindaco del Comune di Erbusco* (C418/93), *Semeraro Mobili SpA mot Sindaco del Comune di Erbusco* (C-419/93), *RB Arredamento Srl mot Sindaco del Comune di Stezzano* (C-420/93), *Città Convenienza Milano Srl mot Sindaco del Comune di Trezzano sul Naviglio* (C-421/93), *Città Convenienza Bergamo Srl mot Sindaco del Comune di Stezzano* (C460/93), *Centro Italiano Mobili Srl mot Sindaco del Comune di Pineto* (C-461/93), *Il 3C Centro Convenienza Casa Srl mot Sindaco del Comune di Roveredo in Piano* (C-462/93), *Benelli Confezioni SNC mot Sindaco del Comune di Capena* (C-464/93), *M. Quattordici Srl mot Commissario straordinario del Comune di Terlizzi* (C-9/94), *Società Italiana Elettronica Srl (SIEL) mot Sindaco del Comune di Dozza* (C10/94), *Modaffari Srl mot Sindaco del Comune di Trezzano sul Naviglio* (C-11/94), *Modaffari Srl mot Comune di Cinisello Balsamo* (C14/94), *Cologno Srl mot Sindaco del Comune di Cologno Monzese* (C-15/94), *Modaffari Srl mot Sindaco del Comune di Osio Sopra* (C23/94), *M. Dieci Srl mot Sindaco del Comune di Madignano* (C-24/94) og *Consorzio Centro Commerciale "Il Porto" mot Sindaco del Comune di Adria* (C-332/94), C-418/93 til C-421/93, C-460/93 til C-462/93, C-464/93, C9/94 til C-11/94, C-14/94, C-15/94, C23/94, C24/94 og C-332/94, EU:C:1996:242 (avsnitt 32), og sak E-16/10 *Philip Morris Norway AS mot Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet*, Sml. 2011 s. 330.

- 72 With regard to the requirements of Article 61 EEA, the Norwegian Government contends that the aid is fully financed through the levies imposed on and collected from private companies. Thus, the compensation could be seen as granted from private resources, and not those of the State.
- 73 Finally, the Norwegian Government submits that the amounts granted indicate that trade between Member States is not affected. This is particularly the case as these amounts are close to the *de minimis* ceiling of EUR 200 000, below which aid is generally considered not to affect trade between Contracting Parties. In addition, there are no indications in the request that trade is indeed affected. Lastly, the Norwegian Government observes that “foreign” liquid milk products are not subject to the levy of the PE Regulation. In its view, all of this suggests that the PE Regulation does not affect trade between the Contracting Parties in a negative way. However, ultimately, this is for the referring court to determine.
- 74 Therefore, the Government of the Kingdom of Norway proposes that the Court should answer the questions as follows:

Questions 1.3 and 2.2

Article 31 EEA is to be understood as not applying to a measure, like the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation, in so far as that measure relates to products not covered by the scope of the EEA Agreement.

Article 61 EEA is to be understood as not applying to a measure, like the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation, in so far that measure compensates for the distribution of products not covered by the Agreement.

- 72 Når det gjelder kravene i EØS-avtalen artikkel 61, anfører Norges regjering at støtten finansieres fullt ut gjennom de avgifter som ilegges og innkreves fra private selskaper. Dermed kan tilskuddet anses å komme fra private kilder, ikke statlige.
- 73 Endelig gjør Norges regjering gjeldende at beløpene som er gitt viser at samhandelen mellom medlemsstater ikke er påvirket. Særlig gjelder dette ettersom disse beløp ligger nær grensen for bagatellmessig støtte (*de minimis*-støtte) på 200 000 euro, under hvilken støtten generelt anses å ikke påvirke samhandelen mellom avtalepartene. I tillegg er det ingenting i anmodningen som tyder på at samhandelen faktisk har blitt påvirket. Avslutningsvis bemerker Norges regjering at “utenlandske” flytende melkeprodukter ikke er avgiftsbelagt etter PU-forskriften. Etter regjeringens syn tilsier alle disse faktorer til sammen at PU-forskriften ikke har noen negativ innvirkning på samhandelen mellom avtalepartene. Imidlertid er dette opp til den anmodende domstol å vurdere.
- 74 Derfor anmoder Norges regjering EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:

Spørsmål 1.3 og 2.2

EØS-avtalen artikkel 31 skal forstås slik at den ikke får anvendelse på et tiltak, som PU-forskriften artikkel 8 tredje ledd, i den utstrekning nevnte tiltak gjelder produkter som ikke er omfattet av EØS-avtalens virkeområde.

EØS-avtalen artikkel 61 skal forstås slik at den ikke får anvendelse på et tiltak, som PU-forskriften artikkel 8 tredje ledd, i den utstrekning tiltaket kompenserer for distribusjonen av produkter som ikke er omfattet av EØS-avtalen.

Question 1.2

Article 31 EEA will only be applicable if there is a cross-border element in the case under consideration. If a company with its seat in an EEA State wishes to expand its activities within that same State, and in that context challenges a measure of that same State on the basis of Article 31 of the Agreement, no cross-border element is present.

Question 1.1

On the relationship between Article 31 and 61 EEA:

Aid referred to in Article 61 EEA does not as such fall within the field of application of Article 31 EEA, save for those aspects of the aid which can be evaluated separately, and are thus conditions or factors which, though forming part of the system of aid in question, are not necessary for the attainment of its object or for its functioning.

On the interpretation of Article 31 EEA, if relevant:

A measure which provides compensation for certain distribution costs, like the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation, will not be in breach of Article 31 EEA, if it does not constitute direct or indirect discrimination by reason of nationality, which is for the referring court to ascertain.

Question 2.1

It is for the referring court to determine whether the conditions relating to the existence of state aid within the meaning of Article 61(1) EEA are met in the case at hand, inter alia that the compensation constitutes an advantage, that state resources are at hand, and that trade between the Contracting Parties is affected.

Spørsmål 1.2

EØS-avtalen artikkel 31 vil bare komme til anvendelse dersom det i den foreliggende sak er et grenseoverskridende element. Dersom et selskap med sete i en EØS-stat ønsker å utvide sin virksomhet i samme stat, og i den forbindelse bestrider et tiltak samme stat har truffet etter EØS-avtalen artikkel 31, foreligger det ikke noe grenseoverskridende element.

Spørsmål 1.1

Når det gjelder forholdet mellom EØS-avtalen artikkel 31 og 61:

Støtten nevnt i EØS-avtalen artikkel 61, faller ikke som sådan inn under virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 31, bortsett fra de aspekter ved støtten som kan vurderes isolert, og som dermed utgjør vilkår eller faktorer som, selv om de utgjør en del av støtteordningen saken gjelder, ikke er nødvendige for å oppnå formålet med ordningen eller for ordningens funksjon.

Når det gjelder fortolkningen av EØS-avtalen artikkel 31, dersom dette skulle være relevant:

Et tiltak som sikrer kompensasjon for visse distribusjonskostnader, som PU-forskriften § 8 tredje ledd, vil ikke være i strid med EØS-avtalen artikkel 31 med mindre den innebærer direkte eller indirekte diskriminering på grunnlag av nasjonalitet, noe det er opp til den anmodende domstol å ta stilling til.

Spørsmål 2.1

Den anmodende domstol må selv vurdere om vilkårene for statsstøtte etter EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 er oppfylt i den foreliggende sak, blant annet om kompensasjonen utgjør en fordel, om det finnes statsmidler tilgjengelig, og om samhandelen mellom avtalepartene påvirkes.

ESA

- 75 As a preliminary remark, ESA submits that the question whether the measure constitutes State aid should be assessed not in terms of “transport aid” within the meaning of Article 49 EEA but on the basis of the general State aid provision of Article 61(1) EEA.
- 76 In the case at hand, ESA considers that some of the requirements of Article 61(1) EEA, namely the conferral of a selective advantage and the distortion of competition, are clearly met. The measure at issue confers a selective advantage on Q-M, it being the only dairy undertaking in the Norwegian market receiving the special distribution subsidy. Thus, it favours that dairy undertaking over all other dairy undertakings active in the Norwegian milk market. For this very reason, the measure is also liable to distort competition. Therefore, only the conditions relating to an intervention by the State or through State resources and the effect on trade between EEA States need to be addressed further.
- 77 On the question whether the measure constitutes an intervention by the State or through State resources, ESA submits that the special distribution subsidy for Q-M is a State measure. It was introduced by Regulation of 4 December 2003 No 1453 on the price equalisation system for milk, which entered into force on 1 January 2004. The subsidy is provided for in the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation.
- 78 On the question whether the advantage is granted directly or indirectly through State resources, ESA notes that this concept also includes advantages granted through a public or private body appointed or established by the State to administer the aid.²⁹

29 Reference is made to judgments in *Vent de Colère and Others*, cited above, paragraph 20, and *Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG v Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG*, C72/91 and C-73/91, EU:C:1993:97, paragraph 19.

ESA

- 75 Innledningsvis bemerker ESA at spørsmålet om tiltaket utgjør statsstøtte ikke bør vurderes opp mot “transportstøtten” i EØS-avtalen artikkel 49, men på grunnlag av den generelle bestemmelse om statsstøtte i EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1.
- 76 I den foreliggende sak anser ESA at noen av vilkårene i EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 klart er oppfylt, idet det gis en selektiv fordel og konkurransen vrisk. Tiltaket saken gjelder gir Q-M en selektiv fordel, da det er det eneste meieriselskap på det norske marked som får det særskilte distribusjonstilskuddet. Dermed blir nevnte meieriselskap begunstiget fremfor alle andre meieriselskaper som er virksomme på det norske melkemarked. Av samme grunn er tiltaket også egnet til å vri konkurransen. Derfor er det bare vilkåret knyttet til statlig inngripen eller om støtten er gitt gjennom statsmidler, og påvirkningen av samhandelen mellom EØS-statene man trenger å gå nærmere inn på.
- 77 Når det gjelder spørsmålet om tiltaket utgjør statlig inngripen eller om støtten er gitt gjennom statsmidler, anfører ESA at det særskilte distribusjonstilskuddet Q-M har fått er et statlig tiltak. Det ble innført ved forskrift 4. desember 2003 nr. 1453 om prisutjevningsordningen for melk, som trådte i kraft 1. januar 2004. Tilskuddet er hjemlet i PU-forskriften § 8 tredje ledd.
- 78 Når det gjelder spørsmålet om fordelingen er gitt direkte eller indirekte gjennom statsmidler, bemerker ESA at dette begrep også vil omfatte fordeler gitt gjennom et offentlig eller privat organ som staten har utpekt eller opprettet for å forvalte støtten.²⁹ Ifølge rettspraksis

29 Det vises til dommene i *Vent de Colère m.fl.*, som omtalt over (avsnitt 20), og *Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG mot Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG*, C72/91 og C-73/91, EU:C:1993:97 (avsnitt 19).

Moreover, according to case law, Article 61 EEA covers all financial means by which the public authorities may support undertakings, irrespective of whether those means are permanent assets of the public sector and whether those means are permanently held by the Treasury.³⁰

- 79 In the case at hand, ESA submits that the special distribution subsidy is granted through the Norwegian Agriculture Agency, a public body under the Ministry of Agriculture and Food, established and appointed by the State to administer the fund out of which the subsidy is paid. Depending on the price category, as foreseen in Section 4 of the PE Regulation, a product is placed in, this product will either be subject to a levy or obtain a subsidy. The rates of subsidies and levies are decided by the Agency on an annual basis. Even though the amounts that constitute the special distribution subsidy may not be permanently held by the Treasury, they remain constantly under public control and are available to the competent authority. Moreover, the levies are compulsory and the Ministry of Agriculture and Food can impose administrative penalties on a dairy farm that fails to pay the levy. The Agriculture Agency administers the fund by centralising the sums collected in a special account and thereby acts as an intermediary.³¹ The Agency does not make any profit and the costs of administering the fund are covered by the collected levies. This shows that the amounts managed by the public authority remain under public control and, thus, that the special distribution subsidy is granted through State resources.

30 Reference is made to the judgment in *Vent de Colère and Others*, cited above, paragraph 21 and the case law cited.

31 Reference is made to the judgment in *Vent de Colère and Others*, cited above.

omfatter EØS-avtalen artikkel 61 dessuten alle finansielle midler som offentlige myndigheter kan bruke til å støtte foretak, uten hensyn til om midlene er varig kapital i offentlig sektor og om midlene er i statskassens permanente besittelse.³⁰

- 79 I den foreliggende sak anfører ESA at det særskilte distribusjonstilskuddet ytes gjennom Landbruksdirektoratet, et offentlig organ under Landbruks- og matdepartementet, som er opprettet og utpekt av staten for å forvalte midlene som tilskuddet betales fra. Som fastsatt i PU-forskriften § 4 vil et produkt, avhengig av hvilken prisgruppe det er plassert i, bli gjenstand for enten en avgift eller et tilskudd. Størrelsen på tilskuddene og avgiftene fastsettes av Direktoratet på årlig basis. Selv om statskassen ikke nødvendigvis har de beløp som utgjør det særskilte distribusjonstilskuddet permanent i sin besittelse, står de under konstant offentlig kontroll og er tilgjengelige for vedkommende myndighet. Videre er avgiftene obligatoriske og melkeprodusenter som ikke betaler avgiften kan ilegges administrative sanksjoner av Landbruks- og matdepartementet. Landbruksdirektoratet forvalter midlene ved å sentralisere beløpene innbetalt på en særskilt konto, og opptrer dermed som mellommann.³¹ Direktoratet skal ikke ha fortjeneste på ordningen, og kostnadene ved administrasjon av ordningen finansieres av innkrevde avgifter. Dette viser at beløpene som den offentlige myndighet forvalter forblir under det offentliges kontroll, og at det særskilte distribusjonstilskuddet dermed gis i form av statsmidler.

30 Det vises til *Vent de Colère m.fl.*, som omtalt over (avsnitt 21), og den rettspraksis som det vises til der.

31 Det vises til dommen i *Vent de Colère m.fl.*, som omtalt over.

- 80 On the question whether the measure is liable to affect trade between EEA States, ESA submits that intra-Community trade must be regarded as affected by the aid when it strengthens the position of an undertaking compared to other undertakings competing in intra-Community trade.³² In this respect, it is not necessary that the beneficiaries are undertakings involved in intra-Community trade.³³ In the present case, the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation is liable to discourage undertakings from other EEA States from entering the milk market in Norway. Therefore, the measure in question constitutes State aid and is subject to the notification requirement.
- 81 In addition, ESA submits that there is no basis in the EEA Agreement for an exception from the rules on State aid as regards aid for the distribution of products outside the product scope of the EEA Agreement.
- 82 ESA contends that the judgment in *PediceI*³⁴ solely concerned the fundamental freedoms. The autonomous character of the procedure relating to State aid control precludes any spillover effects from the principles governing the scope of application or enforcement of the fundamental freedoms. The procedure laid down in Article 62 EEA is not conditional on the existence of an infringement of other provisions of EEA law given the principle of autonomy of the administrative procedures and remedies in the field of State aid.³⁵ In any event, when considering aid favouring certain undertakings – as opposed to the production of certain goods – within the meaning of Article 61 EEA, the State aid rules of the EEA Agreement apply

32 Reference is made to the judgment in *The Queen, on the application of Eventech Ltd v Parking Adjudicator*, C-518/13, EU:C:2015:9, paragraph 66 and the case law cited.

33 *Ibid.*, paragraph 67.

34 Reference is made to *PediceI*, cited above.

35 Reference is made to the judgment in *Castelnuo Energía, SL v European Commission*, T-57/11, EU:T:2014:1021, paragraph 183 and the case law cited.

- 80 Når det gjelder spørsmålet om tiltaket er egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-statene, anfører ESA at samhandelen må anses å bli påvirket av støtten dersom den styrker konkurranseposisjonen for ett selskap i forhold til andre selskaper som deltar i samhandelen innenfor Fellesskapet.³² I dette henseende er det ikke nødvendig at de tilskuddsberettigede er selskaper som deltar i samhandelen innenfor Fellesskapet.³³ I den foreliggende sak er PU-forskriften § 8 tredje ledd egnet til å hindre foretak fra EØS-stater i å gå inn på melkemarkedet i Norge. Tiltaket saken gjelder utgjør derfor statsstøtte og forutsetter notifikasjon.
- 81 ESA legger dessuten til grunn at det ikke finnes noe grunnlag i EØS-avtalen for unntak fra reglene om statsstøtte når det gjelder støtte til distribusjon av produkter som ikke omfattes av EØS-avtalens virkeområde.
- 82 ESA anfører at dommen i *Pedice*³⁴ utelukkende gjaldt de grunnleggende friheter. Prosedyren for gransking av statsstøtte har en selvstendig karakter som utelukker enhver innvirkning fra prinsippene som regulerer virkeområdet for eller håndhevingen av de grunnleggende friheter. Prosedyren fastsatt i EØS-avtalen artikkel 62 er ikke betinget av at det foreligger brudd på andre bestemmelser i EØS-retten, gitt prinsippet om autonomi for forvaltningsmessige fremgangsmåter og rettsmidler på statsstøtteområdet.³⁵ Når det er snakk om støtte som begunstiger enkelte foretak – i motsetning til produksjonen av enkelte varer – etter EØS-avtalen artikkel 61, kommer statsstøttereglene i EØS-

32 Det vises til dommen i *The Queen, on the application of Eventech Ltd mot Parking Adjudicator*, C-518/13, EU:C:2015:9 (avsnitt 66), og den rettspraksis som det vises til der.

33 Samme sted (avsnitt 67).

34 Det vises til *Pedice*, som omtalt over.

35 Det vises til dommen i *Castelnou Energía, SL mot Europakommisjonen*, T-57/11, EU:T:2014:1021 (avsnitt 183), og den rettspraksis som det vises til der.

irrespective of the products the undertaking in question deals with and, thus, irrespective of whether those products fall within or outside the product scope of the EEA Agreement. Any other approach would interfere with the system adopted in the EEA Agreement for the division of powers by means of the procedure for keeping aids under constant review.³⁶

- 83 Consequently, ESA takes the view that the special distribution subsidy falls within the application of the rules of the EEA Agreement on State aid and requires prior notification to ESA, irrespective of whether the dairy products fall within the product scope of the EEA Agreement.
- 84 With regard to the questions submitted on the freedom of establishment, ESA submits that the effects that the special distribution subsidy has on the freedom of establishment are inherent in the State support elements of the scheme and therefore indissolubly linked to the object of the aid such that it is impossible to evaluate it separately.³⁷
- 85 Were the Court to consider that there are elements in the special distribution subsidy that are not inextricably linked to the object of the aid and that can be evaluated separately, ESA submits further observations on the compatibility of the special distribution subsidy and the freedom of establishment.
- 86 In this regard, ESA maintains that the non-inclusion of a product in the product scope of the EEA Agreement, as specified in Article 8(3) EEA, does not preclude the application of other freedoms. In ESA's view, the legal context to the *Pedice*³⁸ case is narrow. It concerned an

36 Reference is made to the judgment in *Iannelli & Volpi*, cited above, paragraph 12.

37 Reference is made to *The Bankers' and Securities Dealers' Association of Iceland v ESA*, cited above, paragraph 82.

38 Reference is made to *Pedice*, cited above.

avtalen uansett til anvendelse uten hensyn til hvilke produkter foretaket handler med, og dermed uten hensyn til om disse produkter faller innenfor eller utenfor EØS-avtalens virkeområde. Enhver annen tilnærming ville være i strid med systemet vedtatt i EØS-avtalen med hensyn til kompetansefordelingen gjennom prosedyren for kontinuerlig overvåking av støtteordningene.³⁶

- 83 Følgelig er ESA av den oppfatning at det særskilte distribusjonstilskuddet omfattes av EØS-avtalens regler om statsstøtte og forutsetter forhåndsfremleggelse for ESA, uten hensyn til om meieriproduktene faller inn under EØS-avtalens virkeområde.
- 84 Når det gjelder de forelagte spørsmål om etableringsfriheten, anfører ESA at virkningene av det særskilte distribusjonstilskuddet på etableringsfriheten, er virkninger som er iboende i ordningens statsstøtteelementer og derfor så uløselig knyttet til støttens formål at det er umulig å vurdere dem isolert.³⁷
- 85 Om EFTA-domstolen skulle komme til at det er elementer i det særskilte distribusjonstilskuddet som ikke er uløselig knyttet til støttens formål og som kan vurderes isolert, gir ESA ytterligere merknader knyttet til det særskilte distribusjonstilskuddets forenlighet med etableringsfriheten.
- 86 I dette henseende fastholder ESA at selv om et produkt ikke omfattes av EØS-avtalens virkeområde som angitt i artikkel 8 nr. 3, er ikke dette til hinder for utøvelsen av andre friheter. Etter ESAs oppfatning er *Pedice*³⁸-sakens rettslige relevans begrenset. Saken gjaldt en

36 Det vises til dommen i *Iannelli & Volpi*, som omtalt over (avsnitt 12).

37 Det vises til *The Bankers' and Securities Dealers' Association of Iceland mot EFTAs overvåkningsorgan*, som omtalt over (avsnitt 82).

38 Det vises til *Pedice*, som omtalt over.

exceptional situation relating to the advertising of wine, which could, in principle, have been examined under both Articles 11 and 36 EEA.³⁹ Thus, the *Pedicel* case law is limited to factual situations that, in principle, could be assessed both under the free movement of goods and another fundamental freedom. *Pedicel* should not limit the application of fundamental freedoms other than the free movement of goods when those freedoms are applicable on their own merits. In such cases, the provisions of the EEA Agreement on fundamental freedoms are applicable without constraints resulting from the product scope of the EEA Agreement.⁴⁰

87 Moreover, ESA argues that the exclusion from the scope of Article 36 EEA is limited to services that are inseparably linked to the trade in goods not covered by the EEA Agreement.⁴¹ ESA deduces that it follows *a contrario* from the judgment in *Pedicel* that the non-inclusion of a product in the product scope of Article 8(3) EEA in and by itself does not preclude the application of other fundamental freedoms. These considerations are reflected in ESA's decision-making practice.⁴² In this regard, Norway has already removed contested rules by adopting new regulations.⁴³

88 Hence, ESA argues that, as a matter of principle, the non-inclusion of a product in the product scope of the EEA Agreement, specified in Article 8(3) EEA, should not preclude the application of the other fundamental freedoms. Thus, if, for instance, a situation falls within the scope of the freedom of establishment, the rules on the right to establishment should be fully applicable, whether or not the rules on

39 Reference is made to the judgment in *Konsumentombudsmannen (KO) v Gourmet International Products AB (GIP)*, C-405/98, EU:C:2001:135.

40 Reference is made to the judgment in *Ospelt*, cited above.

41 Reference is made to *Pedicel*, cited above, paragraphs 35 and 38.

42 Reference is made to ESA Decision No 186/12/COL, cited above, and ESA Case No 2229 (document number 259607).

43 ESA Decision No 421/13/COL of 6 November 2013 closing a complaint against Norway concerning ownership restrictions in the Norwegian fish farming industry.

ekstraordinær situasjon i forbindelse med reklame for vin, som i prinsippet kunne ha blitt vurdert i henhold til både artikkel 11 og 36 i EØS-avtalen.³⁹ Dermed er *Pedical* begrenset til faktiske forhold som i prinsippet kan vurderes både i forhold til det fire varebytte og i forhold til en annen grunnleggende frihet. *Pedical* bør ikke begrense utøvelsen av andre grunnleggende friheter enn det frie varebytte, når disse friheter uansett kan utøves på selvstendig grunnlag. I slike tilfeller kommer EØS-avtalens bestemmelser om de grunnleggende friheter til anvendelse uten begrensninger på grunn av EØS-avtalens virkeområde.⁴⁰

- 87 ESA gjør videre gjeldende at unntaket fra virkeområdet til Artikkel 36 er begrenset til tjenester som er uadskillelig linket til handelen med varer som ikke er dekket av EØS avtalen.⁴¹ Motsatt anfører ESA dessuten at det følger av dommen i *Pedical* at selv om et produkt ikke omfattes av EØS-avtalens virkeområde som angitt i artikkel 8 nr. 3, er ikke dette som sådan til hinder for utøvelsen av andre grunnleggende friheter. Disse vurderinger gjenspeiles i ESAs beslutningspraksis.⁴² I denne sammenheng har Norge allerede fjernet omtvistede regler og vedtatt nye forskrifter.⁴³
- 88 Følgelig gjør ESA gjeldende at selv om et produkt av prinsipielle grunner ikke omfattes av EØS-avtalens virkeområde som angitt i artikkel 8 nr. 3, bør ikke dette være til hinder for utøvelsen av de andre grunnleggende friheter. Så for eksempel hvis en situasjon faller inn under virkeområdet for etableringsfriheten, bør reglene om rett til fri etablering være fullt anvendelige, uavhengig av om EØS-

39 Det vises til dommen i *Konsumentombudsmannen (KO) mot Gourmet International Products AB (GIP)*, C-405/98, EU:C:2001:135.

40 Det vises til dommen i *Ospelt*, som omtalt over.

41 Det vises til *Pedical*, som omtalt over (avsnitt 35 og 38).

42 Det vises til ESAs vedtak 186/12/COL, som omtalt over, og ESA sak 2229 (dokumentnr. 259607).

43 ESAs vedtak 421/13/COL av 6. november 2013 om lukking av en klage mot Norge vedrørende restriksjoner på eierskap i norsk fiskeoppdrett.

the movement of goods in the EEA Agreement are applicable pursuant to Article 8(3) EEA to a product produced or traded by the natural or legal person established or that has invested. This general rule should only be departed from if a sectoral adaptation laid down in Annex VIII exists covering the specific situation.

- 89 Moreover, ESA submits that the purpose of the EEA Agreement would be jeopardised if the EEA/EFTA States could impose restrictions on other fundamental freedoms of economic operators based on the principle set out in Part II of the EEA Agreement on the free movement of goods. Furthermore, the practical difficulties involved in assessing whether a business opportunity with a cross-border element is restricted by the limited product scope of Article 8(3) EEA could jeopardise legal certainty, which constitutes a general principle of EEA law.⁴⁴
- 90 ESA maintains that, in the present case, a cross-border element is present, as the plaintiff is controlled, ultimately, by a company established in the Netherlands. In this regard, the ECJ has already accepted that, even in a situation where the undertakings concerned all have their seat in one Member State and that the applicability of the legislation at issue in the proceedings is limited to that Member State, the fact that the parent company is established in another Member State makes it possible to identify a cross-border element and, consequently, also the necessary prerequisite for invoking the freedom of movement guaranteed by the Treaty.⁴⁵
- 91 Likewise, ESA considers that the special distribution subsidy is liable to make it more difficult for undertakings from other EEA States to

44 Reference is made to *Philip Morris*, cited above.

45 Reference is made to the judgment in *Impacto Azul Lda v BPSA 9 – Promoção e Desenvolvimento de Investimentos Imobiliários SA and Others*, C186/12, EU:C:2013:412, paragraph 20.

avtalens regler om varebytte kommer til anvendelse på et produkt som er fremstilt eller omsatt av en fysisk eller juridisk person som er etablert eller har foretatt en investering, etter EØS-avtalen artikkel 8 nr. 3. Dette utgangspunkt bør ikke fravikes annet enn i tilfeller der det i vedlegg VIII er fastsatt en sektortilpasning som dekker den konkrete situasjon.

- 89 Enn videre argumenterer ESA med at selve formålet med EØS-avtalen ville bli satt på spill dersom EØS/EFTA-statene kunne innføre restriksjoner på økonomiske aktørers andre grunnleggende friheter med begrunnelse i prinsippet fastsatt i del II i EØS-avtalen om det frie varebytte. Videre ville de praktiske problemene med å vurdere hvorvidt en forretningsmulighet med grenseoverskridende element blir redusert av virkeområdet som angitt i EØS-avtalen artikkel 8 nr. 3, kunne undergrave rettssikkerheten som er et generelt prinsipp i EØS-retten.⁴⁴
- 90 ESA fastholder at det i denne sak foreligger et grenseoverskridende element ettersom saksøker i siste instans kontrolleres av et selskap etablert i Nederland. I dette henseende har EU-domstolen allerede lagt til grunn at selv i en situasjon der de berørte foretak alle har sitt sete i én medlemsstat, og at lovgivningen det står strid om i hovedsaken, bare kommer til anvendelse i denne medlemsstat, er det mulig å identifisere et grenseoverskridende element ettersom morselskapet er etablert i en annen medlemsstat. Følgelig foreligger da også den nødvendige forutsetning for å kunne påberope seg den frie bevegelse som traktaten sikrer.⁴⁵
- 91 Likeledes er ESA av den oppfatning at det særskilte distribusjonstilskuddet er egnet til å gjøre det vanskeligere for

44 Det vises til *Philip Morris*, som omtalt over.

45 Det vises til dommen i *Impacto Azul Lda mot BPSA 9 – Promoção e Desenvolvimento de Investimentos Imobiliários SA m.fl.*, C186/12, EU:C:2013:412 (avsnitt 20).

become established and compete effectively in this market, as such undertakings, when establishing themselves in Norway, will be required to take part in the price equalisation system and thus pay levies without any possibility of receiving the special distribution subsidy awarded to their competitor Q-M.

- 92 ESA also contends that the plaintiff's exercise of its freedom of establishment does not relate to a potential future or hypothetical situation. It forms part of the specific case, initiated by the plaintiff's letter to the Ministry stating that the undertaking was planning to commence production of Norwegian yogurt and milk for consumption and to which the Ministry replied stating that it had not been an issue to extend the circle of recipients of the special distribution subsidy.
- 93 ESA submits that the right of establishment cannot be limited to cases where an undertaking has already exercised that freedom and started pursuing activities in a certain market. A restriction on Article 31 EEA already exists where a national measure is liable to discourage or hinder the freedom of establishment. Thus, the special distribution subsidy constitutes a restriction on the freedom of establishment as enshrined in Article 31.
- 94 Therefore, ESA proposes that the Court should answer the questions as follows:
1. *The special distribution subsidy as set out in the third paragraph of Section 8 of the Norwegian regulation on a price equalisation system for milk constitutes unlawful state aid as regards all product categories.*
 2. *The effects that the special distribution subsidy may have on the right of establishment are so indissolubly linked to the object of the aid that it is impossible to evaluate them separately. It is therefore not necessary to consider the aid in relation to the rules on the freedom of establishment in Article 31 EEA.*

foretak fra andre EØS-stater å etablere seg og konkurrere effektivt på dette marked. Dette fordi slike foretak, når de etablerer seg i Norge, vil måtte delta i prisutjevningsordningen og dermed betale avgifter uten noen mulighet til å få det særskilte distribusjonstilskuddet som deres konkurrent Q-M får.

- 92 ESA gjør også gjeldende at saksøkers utøvelse av sin etableringsfrihet ikke gjelder en mulig fremtidig eller hypotetisk situasjon. Den inngår i den konkrete sak som ble innledet ved saksøkers brev til departementet, der det ble opplyst at foretaket planla å begynne å produsere norsk yoghurt og drikkemelk, som departementet besvarte ved å opplyse at det ikke var aktuelt å utvide kretsen av mottakere av det særskilte distribusjonstilskudd.
- 93 ESA anfører at etableringsretten ikke kan begrenses til tilfeller der et foretak allerede har utøvd denne frihet og begynt å drive virksomhet i et visst marked. Det foreligger allerede en restriksjon på EØS-avtalen artikkel 31 dersom et nasjonalt tiltak er egnet til å gjøre det mindre attraktivt eller hindre utøvelsen av etableringsfriheten. Dermed utgjør det særskilte distribusjonstilskuddet en restriksjon på etableringsfriheten slik denne er nedfelt i artikkel 31.
- 94 På denne bakgrunn anmoder ESA EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:
1. *Det særskilte distribusjonstilskuddet fastsatt i § 8 tredje ledd i forskrift om prisutjevningsordningen for melk utgjør ulovlig statsstøtte med hensyn til alle varekategorier.*
 2. *Virkningene som det særskilte distribusjonstilskuddet kan ha på etableringsretten, er så uløselig knyttet til støttens formål at det er umulig å vurdere dem isolert. Det er derfor ikke nødvendig å vurdere støtten opp mot reglene om etableringsfrihet i EØS-avtalen artikkel 31.*

THE COMMISSION

- 95 The Commission considers it appropriate first to clarify the scope of the measure at stake. In this regard, the special distribution subsidy appears to be more product related than service related. The measure is designed to benefit the undertaking that distributes liquid milk products. However, it is granted for liquid milk products and not for providing transport services. Thus, the measure at stake should be seen as linked to the products and not as a measure covering transport services. Moreover, as the Commission understands it, the products at stake are among those listed in Protocol 3 to the EEA Agreement.
- 96 The Commission then considers if the measure at issue qualifies as State aid. On its analysis, it does not appear to be disputed that the measure is imputable to the Norwegian State.
- 97 As regards the criterion concerning the use of State resources, it appears to the Commission that the private funds are administered by the Norwegian Agricultural Agency. Even if the money collected from the different operators is not permanently held by the Treasury, it remains under the public control of the Norwegian Agricultural Agency. Further, the fact that the special distribution subsidy is financed through the price equalisation system to which the private operators on the milk market contribute is not sufficient to conclude that the criterion concerning the use of State resources is not met.⁴⁶
- 98 The Commission argues that, in the main proceedings, the special distribution subsidy granted to Q-M clearly originates with the public authorities, it is enshrined in a legal act and aims at increasing competition in the milk sector, which is a public policy

46 Reference is made to the judgment in *Steinike & Weinlig v Federal Republic of Germany*, 78/76, EU:C:1977:52, in particular paragraphs 21 and 22.

KOMMISJONEN

- 95 Kommisjonen finner det hensiktsmessig først å avklare virkeområdet for det omtvistede tiltak. I så måte synes det særskilte distribusjonstilskuddet å være mer produktrelatert enn tjenesterelatert. Tiltaket er ment å være til fordel for foretak som distribuerer flytende melkeprodukter. Imidlertid gis det for flytende melkeprodukter og ikke for yting av transporttjenester. Dermed bør det omtvistede tiltak anses å være knyttet til produktene, og ikke som et tiltak som dekker transporttjenester. Videre er produktene saken gjelder, slik Kommisjonen forstår det, blant dem som er oppført i protokoll 3 til EØS-avtalen.
- 96 Kommisjonen vurderer så om det aktuelle tiltak kvalifiserer som statsstøtte. Ut fra dens analyse synes det ikke å være omtvistet at tiltaket kan tilskrives den norske stat.
- 97 Når det gjelder kriteriet om støtten er gitt gjennom statsmidler, fremstår det for Kommisjonen som at de private midlene forvaltes av Landbruksdirektoratet. Selv om pengene innsamlet fra de ulike aktørene ikke er i statskassens permanente besittelse, står de under offentlig kontroll gjennom Landbruksdirektoratet. Selv om det særskilte distribusjonstilskuddet finansieres gjennom prisutjevningsordningen som de private aktørene på melkemarkedet bidrar til, er heller ikke dette tilstrekkelig til å konkludere med at kriteriet angående anvendelsen av statsmidler ikke er oppfylt.⁴⁶
- 98 Kommisjonen anfører at når det gjelder nærværende sak, stammer det særskilte distribusjonstilskuddet som Q-M har fått klart fra offentlige myndigheter, det er hjemlet i forskrift og har som mål å

46 Det vises til dommen i *Steinike & Weinlig mot Forbundsrepublikken Tyskland*, 78/76, EU:C:1977:52 (særlig avsnitt 21 og 22).

objective. The fact that, in order to benefit from the special distribution subsidy, the plaintiff had to make a request to the Government, combined with the fact that the Government continually reviews the scheme and its rates, shows that the criterion concerning the use of State resources is fulfilled. Further, the criterion on the use of State resources is met when the measure has its origin in a charge and can be used for no other purpose than that provided for by law and the payment of the advantage to the designated company has been the subject of a decision by the legislature.⁴⁷

- 99 As regards the presence of a selective advantage, the Commission contends that the selective nature of any advantage granted to Q-M as a result of the PE Regulation does not appear to be disputed between the parties. Moreover, the special distribution subsidy consists of a grant given to an identified undertaking, for each litre of distributed liquid milk. That amount of money, transferred to the undertaking, would not have been available to the undertaking without the intervention of the State. In any event, even if the measure at stake had to be considered as an offsetting of levies and subsidies, it is not necessary to establish in every case that there has been a transfer of State resources for the advantage granted to one or more undertakings to be capable of being regarded as a State aid within the meaning of Article 61(1) EEA.⁴⁸ Therefore, the criterion of selective advantage is met.

47 Reference is made to judgments in *Essent Netwerk Noord BV supported by Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor BV v Aluminium Delfzijl BV*, and in the indemnification proceedings *Aluminium Delfzijl BV v Staat der Nederlanden* and in the indemnification proceedings *Essent Netwerk Noord BV v Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor BV and Saranne BV*, C-206/06 EU:C:2008:413, paragraphs 72 to 73, and *Doux Élevage SNC and Coopérative agricole UKL-ARREE v Ministère de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche, de la Ruralité et de l'Aménagement du territoire and Comité interprofessionnel de la dinde française (CIDEF)*, C-677/11, EU:C:2013:348, paragraphs 38 to 40.

48 Reference is made to the judgment in *France v Commission*, cited above.

øke konkurransen i melkesektoren, som er et politisk mål. Det forhold at saksøker, for å kunne få det særskilte distribusjonstilskuddet, måtte søke til myndighetene, kombinert med det faktum at myndighetene kontinuerlig reviderer ordningen og satsene, viser at kriteriet om støtten er gitt av statsmidler er oppfylt. Dessuten anses kriteriet om anvendelse av statsmidler for oppfylt så lenge tiltaket stammer fra en avgift og ikke kan anvendes for noe annet formål enn som fastsatt ved lov, og utbetalingen av fordelene til det angitte foretak har vært gjenstand for en beslutning av lovgiver.⁴⁷

- 99 Når det gjelder spørsmålet om det foreligger en selektiv fordel, gjør Kommisjonen gjeldende at den selektive karakter av enhver fordel som Q-M er gitt som følge av PU-forskriften, synes ubestridt mellom partene. Videre er det særskilte distribusjonstilskuddet et tilskudd gitt til et navngitt foretak for hver liter melk som distribueres. Dette pengebeløp, som overføres til foretaket, ville ikke ha vært tilgjengelig for foretaket uten statlig inngripen. Selv om avgifter og tilskudd i det omtvistede tiltak skulle vise seg å oppveie hverandre, er det uansett ikke nødvendig å bringe på det rene i hvert enkelt tilfelle om det har forekommet en overføring av statsmidler for at fordelene gitt til et eller flere foretak skal kunne betraktes som statsstøtte i henhold til EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1.⁴⁸ Derfor er kriteriet om selektivitet oppfylt.

47 Det vises til dommene i *Essent Netwerk Noord BV støttet av Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor BV mot Aluminium Delfzijl BV*, og i erstatningssaken *Aluminium Delfzijl BV mot Staat der Nederlanden* og i erstatningssaken *Essent Netwerk Noord BV mot Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor BV og Saranne BV*, C-206/06 EU:C:2008:413 (avsnitt 72–73), og *Doux Élevage SNC og Coopérative agricole UKL-ARREE mot Ministère de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche, de la Ruralité et de l'Aménagement du territoire og Comité interprofessionnel de la dinde française (CIDEF)*, C-677/11, EU:C:2013:348 (avsnitt 38–40).

48 Det vises til dommen i *Frankrike mot Kommisjonen*, som omtalt over.

- 100 As regards the criterion of distortion of competition and effects on intra-EEA trade, the Commission stresses that these two elements of the definition of State aid are, as a general rule, inextricably linked.⁴⁹
- 101 Further, the Commission contends that the measure at stake is liable to improve the competitive position of the beneficiary compared to other undertakings with which it competes.⁵⁰ Public support is liable to distort competition even if it does not help the beneficiary to expand and gain market shares. It is sufficient that the public support helps in maintaining the competitive position of the undertaking in question. In that respect, the very fact of relieving the recipient of the aid of a burden that it should have paid absent the aid is enough to distort competition.
- 102 As far as intra-EEA trade is concerned, the Commission submits that public support is capable of having an effect on intra-EU/EEA trade, even if the recipient of the aid is not directly involved in cross-border trade.
- 103 According to the Commission, the simple fact that undertakings from other Member States could provide the same services, unless that possibility is merely hypothetical, generates an effect on cross-border trade. In the case at hand, it is not disputed that several other undertakings, including those from other Member States, are able to provide the same product as the one benefiting from the subsidy.
- 104 Therefore, the Commission takes the view that Article 61 EEA must be interpreted as meaning that a special distribution subsidy, such as the one at issue in the main proceedings, constitutes State aid. It is for the national court to draw the appropriate consequences of this

49 Reference is made to the judgment in *Regione Friuli Venezia Giulia v Commission of the European Communities*, T288/97, EU:T:2001:115, paragraph 41.

50 Reference is made to the judgment in *Alzetta Mauro and Others v Commission of the European Communities*, T298/97, EU:T:2000:151.

- 100 Når det gjelder kriteriet om konkurransevidning og samhandlingspåvirkning i EØS-området, understreker Kommisjonen at disse to elementer som regel er uløselig knyttet til hverandre.⁴⁹
- 101 Kommisjonen gjør videre gjeldende at det omtvistede tiltak er egnet til å styrke mottakerens konkurranseposisjon i forhold til andre foretak som det konkurrerer med.⁵⁰ Offentlig støtte er egnet til å vri konkurransen selv om den ikke hjelper mottakeren til å utvide og vinne markedsandeler. Det er tilstrekkelig at den offentlige støtte bidrar til å opprettholde konkurranseposisjonen for det aktuelle foretak. I så henseende er det forhold at støttemottakeren avlastes for en byrde den ellers skulle ha betalt dersom den ikke fikk støtte, alene tilstrekkelig til å vri konkurransen.
- 102 Når det gjelder samhandelen innenfor EØS-området, gjør Kommisjonen gjeldende at offentlig støtte er egnet til å påvirke samhandelen innenfor EU/EØS-området selv om støttemottakeren ikke er direkte involvert i handel over landegrensene.
- 103 Ifølge Kommisjonen har det forhold at foretak fra andre medlemsstater kunne ha tilbudt de samme tjenester – med mindre denne mulighet kun er hypotetisk – innvirkning på samhandelen. I den foreliggende sak er det ikke omtvistet at flere andre foretak, herunder fra andre medlemsstater, er i stand til å tilby det samme produkt som det foretak som mottar tilskuddet.
- 104 Følgelig konkluderer Kommisjonen med at EØS-avtalen artikkel 61 må tolkes slik at et særskilt distribusjonstilskudd, som det nærværende sak gjelder, utgjør statsstøtte. Det er den nasjonale domstol som må trekke de nødvendige konsekvenser av denne konklusjon. Ifølge fast rettspraksis må den nasjonale domstol i

49 Det vises til dommen i *Regione Friuli Venezia Giulia mot Kommisjonen for De europeiske fellesskap*, T288/97, EU:T:2001:115 (avsnitt 41).

50 Det vises til dommen i *Alzetta Mauro m.fl. mot Kommisjonen for De europeiske fellesskap*, T298/97, EU:T:2000:151.

qualification. In particular, according to established case law, the national court must, in principle, order the Member State to stop implementing the aid and order repayment of the aid granted to the beneficiary.⁵¹

105 As a consequence, given the alternative nature of the pleas raised by the plaintiff, the Commission considers it unnecessary to reply to the questions on the freedom of establishment provided for in Article 31 EEA.

106 The Commission does not propose any specific answers to the questions referred.

Carl Baudenbacher
Judge-Rapporteur

51 Reference is made to the judgment in *Centre d'exportation du livre français (CELF) and Ministre de la Culture et de la Communication v Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE)*, C-199/06, EU:C:2008:79, paragraphs 39 to 55, and "Enforcement of State Aid Law by national Courts" <http://www.eftasurv.int/state-aid/legal-framework/state-aid-guidelines/>.

prinsippet særlig pålegge medlemsstaten å stanse iverksettingen av støtten og pålegge mottakeren å betale tilbake mottatte støttebeløp.⁵¹

105 Som en følge av dette, gitt den subsidiære karakter ved saksøkers påstander, er Kommisjonen av den oppfatning at det ikke er nødvendig å besvare spørsmålene om etableringsfriheten fastsatt i EØS-avtalen artikkel 31.

106 Kommisjonen fremsetter ikke noe bestemt forslag til svar på de forelagte spørsmål.

Carl Baudenbacher
Saksforberedende dommer

51 Det vises til dommen i *Centre d'exportation du livre français (CELF) og Ministre de la Culture et de la Communication mot Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE)*, C-199/06, EU:C:2008:79 (avsnitt 39–55), og “Enforcement of State Aid Law by national Courts” <http://www.eftasurv.int/state-aid/legal-framework/state-aid-guidelines/>.

Case

E-3/16

Ski Taxi SA and others

≡V≡

**The Norwegian Government, represented
by the Competition Authority**

*(Article 53 EEA – Restriction of competition by object – Public procurement –
Submission of joint bids through a joint management company)*

Sak

E-3/16

Ski Taxi SA m.fl.

≡ mot ≡

Den norske stat v/Konkurransetilsynet

*(EØS-avtalen artikkel 53 – Formålsrestriksjon – Offentlig anskaffelse –
Inngivelse av felles tilbud gjennom et felleseid driftsselskap)*

— *Table of Contents* —

1004

Judgment of the Court, 22 December 2016

1041

Report for the Hearing

— *Innholdsfortegnelse* —

1004

EFTA-domstolens dom, 22. desember 2016

1041

Rettsmøterapport

Summary of the Judgment

- 1 Domestic legislation regulating purely internal situations can be examined by the Court when the legislation in question corresponds to provisions or concepts taken from EEA law. The jurisdiction of the Court is however limited to interpreting the rules of EEA law.
- 2 In order to determine whether an agreement reveals a sufficient degree of harm to competition that it may be considered a restriction “by object” within the meaning of Article 53 EEA, regard must be had to the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context. When determining that context, it is also necessary to take into consideration the nature of the goods or services affected, as well as the real conditions of the functioning and structure of the market or markets in question.
- 3 The consideration of the economic and legal context of an agreement in order to identify an anticompetitive object within the meaning of Article 53 EEA must be clearly distinguished from the demonstration of anticompetitive effects under that provision.
- 4 An agreement which has the restriction of competition as its object must be capable of having at least some impact on the market. The assessment of this impact cannot go as far as a full examination of its actual or potential effects; nor does it amount to carrying out an assessment of the pro- and anticompetitive effects of the agreement and thus to applying a rule of reason.

Sammendrag av dommen

- 1 Nasjonal lovgivning som regulerer rent interne situasjoner, kan vurderes av EFTA-domstolen når den aktuelle lovgivningen svarer til bestemmelser eller begreper hentet fra EØS-retten. EFTA-domstolens domsmyndighet er imidlertid begrenset til å vurdere EØS-rettslige regler.
- 2 For å vurdere om en avtale er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at den kan anses som en formålsrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, må det tas hensyn til innholdet i avtalens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenheng. Ved vurderingen av sammenhengen er det også nødvendig å ta hensyn til de berørte varer eller tjenesters art og de faktiske vilkår for det aktuelle markedets virkemåte eller struktur.
- 3 Det må skilles klart mellom vurderingen av en avtales økonomiske og rettslige sammenheng for å identifisere et konkurransebegrensende formål etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, og å fastslå konkurransebegrensende virkninger etter samme bestemmelse.
- 4 En avtale som har konkurransebegrensning som formål, må være egnet til å ha i det minste en viss innvirkning på markedet. Vurderingen av slik innvirkning kan ikke strekke seg så langt som til en full undersøkelse av avtalens faktiske eller mulige virkninger. Den innebærer heller ikke at det skal gjennomføres en vurdering av avtalens konkurransefremmende og konkurransebegrensende virkninger og dermed heller ikke anvendelse av en såkalt "rule of reason".

- 5 Only conduct whose harmful nature is easily identifiable, in the light of experience and economics, should be regarded as a restriction of competition by object.
- 6 Since the submission of joint bids involves price-fixing, which is expressly prohibited by Article 53(1) EEA, consideration of the economic and legal context may be limited to what is strictly necessary in order to establish the existence of a restriction of competition by object. However, it still needs to be assessed, albeit in an abridged manner, whether the parties to the agreement are actual or potential competitors, and whether the submission of joint bids may be regarded as an ancillary restraint.
- 7 Disclosure of the joint character of the bids to the contracting authority may be an indication that the parties did not intend to infringe the prohibition on agreements between undertakings. However, although the parties' intention may be taken into account in order to determine whether an agreement may be considered a restriction of competition by object, it is not a necessary factor. It is for the referring court to assess whether the fact that the parties disclosed the joint character of their bids to the contracting authority may support a finding that their conduct cannot be considered a restriction of competition by object.

- 5 Bare atferd hvis skadelige natur lett lar seg påpeke, i lys av erfaringer og økonomiske forhold, bør betraktes som en formålsrestriksjon.
- 6 Siden inngivelsen av felles tilbud omfatter prisfastsettelse, som er uttrykkelig forbudt etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, vil undersøkelsen av den økonomiske og rettslige sammenheng kunne begrenses til det som er helt nødvendig for å klargjøre at det foreligger en formålsrestriksjon. Det er imidlertid fremdeles nødvendig å vurdere, om enn mindre inngående, om avtalepartene er faktiske eller potensielle konkurrenter, og om inngivelsen av felles tilbud kan anses å være en tilknyttet begrensning.
- 7 Åpenhet overfor anskaffelsesmyndigheten om at tilbudene var felles, kan være et tegn på at partene ikke hadde som hensikt å bryte forbudet mot avtaler mellom foretak. Selv om det kan tas hensyn til partenes hensikt, er den imidlertid ikke en nødvendig faktor i vurderingen av om en avtale kan anses som en formålsrestriksjon. Det er opp til den anmodende domstol å vurdere om det faktisk at partene opplyste anskaffelsesmyndigheten om at tilbudene var felles, kan underbygge en konklusjon om at deres atferd ikke kan regnes som en formålsrestriksjon.

Judgment of the Court

22 December 2016¹

*(Article 53 EEA – Restriction of competition by object – Public procurement –
Submission of joint bids through a joint management company)*

In Case E-3/16,

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 the Supreme Court of Norway (*Norges Høyesterett*), in the case between

Ski Taxi SA, Follo Taxi SA and Ski Follo Taxidrift AS

≡and≡

**The Norwegian Government, represented by the
Competition Authority,**

concerning the interpretation of the Agreement on the European Economic Area, and in particular Article 53 thereof,

1 Language of the request: Norwegian.

Domstolens Dom

22. desember 2016¹

(EØS-avtalen artikkel 53 – Formålsrestriksjon – Offentlig anskaffelse – Inngivelse av felles tilbud gjennom et felleseid driftsselskap)

I sak E-3/16,

ANMODNING til Domstolen etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Norges Høyesterett i en sak for denne domstol mellom

Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS

≡ og ≡

Den norske stat v/Konkurransetilsynet,

om tolkningen av Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, særlig artikkel 53, avsier

1 Språket i anmodningen om rådgivende uttalelse: norsk.

The Court

composed of: Carl Baudenbacher, President and Judge Rapporteur, Per Christiansen and Páll Hreinsson, Judges,

Registrar: Gunnar Selvik,

having considered the written observations submitted on behalf of:

- Ski Taxi SA (“Ski Taxi”), Follo Taxi SA (“Follo Taxi”) and Ski Follo Taxidrift AS (“SFD”), (collectively “the Appellants”) represented by Stephan L. Jervell, Advokat;
- the Norwegian Government, represented by the Norwegian Competition Authority (den norske stat v/Konkurransetilsynet) (“the Norwegian Government”), represented by Pål Wennerås, Advokat, Office of the Attorney General (Civil Affairs);
- the EFTA Surveillance Authority (“ESA”), represented by Carsten Zatschler, Clémence Perrin and Øyvind Bø, Members of its Department of Legal & Executive Affairs, acting as Agents; and
- the European Commission (“the Commission”), represented by Henning Leupold, Hubert van Vliet and Teresa Vecchi, members of its Legal Service, acting as Agents;

having regard to the Report for the Hearing,

having heard oral argument of Ski Taxi, Follo Taxi and SFD, represented by Stephan L. Jervell; the Norwegian Government, represented by Pål Wennerås; ESA, represented by Clémence Perrin and Øyvind Bø; the Commission, represented by Henning Leupold, Hubert van Vliet and Teresa Vecchi, at the hearing on 22 September 2016,

gives the following

Domstolen,

sammensatt av: Carl Baudenbacher, president og saksforberedende dommer, Per Christiansen og Páll Hreinsson, dommere,

justissekretær: Gunnar Selvik,

etter å ha tatt i betraktning de skriftlige innlegg inngitt på vegne av:

- Ski Taxi SA (“Ski Taxi”), Follo Taxi SA (“Follo Taxi”) og Ski Follo Taxidrift AS (“SFD”) (omtalt samlet som “de ankende parter”), representert ved advokat Stephan L. Jervell,
- Den norske stat v/Konkurransetilsynet, representert ved advokat Pål Wennerås, Regjeringsadvokaten,
- EFTAs overvåkningsorgan (“ESA”), representert ved Carsten Zatschler, Clémence Perrin og Øyvind Bø, medlemmer av Department of Legal & Executive Affairs, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen (“Kommisjonen”), representert ved Henning Leupold, Hubert van Vliet og Teresa Vecchi, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste, som partsrepresentanter,

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra Ski Taxi, Follo Taxi og SFD, representert ved Stephan L. Jervell; den norske stat, representert ved Pål Wennerås; ESA, representert ved Clémence Perrin og Øyvind Bø; Kommisjonen, representert ved Henning Leupold, Hubert van Vliet og Teresa Vecchi, i rettsmøte 22. september 2016,

slik

Judgment

I LEGAL BACKGROUND

EEA LAW

- 1 Article 53 of the Agreement on the European Economic Area (“the EEA Agreement” or “EEA”) reads as follows:
 1. *The following shall be prohibited as incompatible with the functioning of this Agreement: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Contracting Parties and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the territory covered by this Agreement, and in particular those which:*
 - (a) *directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;*
 - (b) *limit or control production, markets, technical development, or investment;*
 - (c) *share markets or sources of supply;*
 - (d) *apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;*
 - (e) *make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.*

Dom

I RETTSLIG BAKGRUNN

EØS-RETT

- 1 Artikkel 53 i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (“EØS-avtalen” eller “EØS”) lyder:
 1. *Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom avtalepartene, og som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innen det territorium som er omfattet av denne avtale, skal være uforenlige med denne avtales funksjon og forbudt, særlig slike som består i*
 - (a) *å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,*
 - (b) *å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,*
 - (c) *å dele opp markeder eller forsyningskilder,*
 - (d) *å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,*
 - (e) *å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter deres art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjensstanden.*

2. *Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.*
3. *The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:*
 - *any agreement or category of agreements between undertakings;*
 - *any decision or category of decisions by associations of undertakings;*
 - *any concerted practice or category of concerted practices;*

which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:

- (a) *impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;*
- (b) *afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.*

NATIONAL LAW

THE COMPETITION ACT

- 2 Section 10 of the Norwegian Act of 5 March 2004 No 12 on competition between undertakings and control of concentrations (“the Competition Act”) corresponds to Article 53 EEA. It prohibits all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices, which have as their object or effect the prevention, the restriction or distortion of competition.

2. *Avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til denne artikkel, skal ikke ha noen rettsvirkning.*
3. *Det kan imidlertid erklæres at bestemmelsene i nr. 1 ikke skal anvendes på*
 - *avtaler eller grupper av avtaler mellom foretak,*
 - *beslutninger eller grupper av beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak, og*
 - *samordnet opptreden eller grupper av slik opptreden,*

som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten

- (a) *å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller*
- (b) *å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder.*

NASJONAL RETT

KONKURRANSELOVEN

- 2 Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (“konkurranseloven”) § 10 svarer til EØS-avtalen artikkel 53. Den forbyr enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen.

- 3 Pursuant to Section 12 of the Competition Act, undertakings that infringe Section 10 of that Act may be ordered to bring the infringement to an end.
- 4 According to Section 29(1)(a) of the Competition Act, administrative fines may be imposed on undertakings that infringe Section 10 of the same Act.

II FACTS AND PROCEDURE

- 5 Ski Taxi and Follo Taxi provide taxi services using small passenger cars. They are active in the Follo region outside of Oslo, more precisely in the seven municipalities of Nesodden, Frogn, Vestby, Ås, Enebakk, Ski and Oppegård. In autumn 2010, approximately 24 taxi licence holders were affiliated to Ski Taxi. Ski Taxi is active mostly in the municipalities of Ski, Ås and Oppegård. In autumn 2010, 46 taxi licence holders were affiliated to Follo Taxi. Follo Taxi is active mainly in the municipalities of Nesodden, Frogn, Vestby, Ås and Enebakk.
- 6 In 2001, Ski Taxi and Follo Taxi established a joint management company, SFD, to carry out administrative activities common to its shareholders' respective dispatch centres. This was done because neither Ski Taxi's nor Follo Taxi's dispatch centre have any employees. In particular, SFD is responsible for the booking system, the switchboard operation, the communication and IT infrastructure, the invoicing and accounting, as well as the organisation of courses for new drivers. Ski Taxi and Follo Taxi each own 50 per cent of the shares in SFD.

- 3 Etter konkurranseloven § 12 kan foretak som overtrer § 10, pålegges å bringe overtredelsen til opphør.
- 4 Etter konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a kan foretakene også bli ilagt overtredelsesgebyr for overtredelse av § 10.

II FAKTUM OG SAKSGANG

- 5 Ski Taxi og Follo Taxi yter drosjetjenester med små personbiler. De driver virksomhet i Follo-regionen utenfor Oslo, nærmere bestemt i de syv kommuner Nesodden, Frogn, Vestby, Ås, Enebakk, Ski og Oppegård. Høsten 2010 var omtrent 24 løyvehavere tilknyttet Ski Taxi. Ski Taxi driver primært virksomhet i kommunene Ski, Ås og Oppegård. Høsten 2010 var 46 løyvehavere tilknyttet Follo Taxi. Follo Taxi driver primært virksomhet i kommunene Nesodden, Frogn, Vestby, Ås og Enebakk.
- 6 Ski Taxi og Follo Taxi opprettet i 2001 SFD som et felleseid driftsselskap for å ivareta administrative fellesfunksjoner for de to aksjeeieres sentraler. Dette ble gjort fordi verken Ski Taxi eller Follo Taxi hadde ansatte på sine sentraler. SFD har spesielt ansvar for bestillingssystem, drift av sentralbord, kommunikasjon og IT-infrastruktur, fakturering, regnskapsføring og kursing av nye sjåførere. Ski Taxi og Follo Taxi eier hver 50 prosent av aksjene i SFD.

- 7 SFD's other activities consist in the submission of bids in tender procedures. While the tender is submitted by and the contract awarded to SFD, for the purposes of fulfilling the contract, the taxi licence holders affiliated to Ski Taxi and Follo Taxi are SFD's subcontractors.
- 8 An SFD document headed "Strategy Document – 2009-2010" ("SFD Strategy Document") describes the activity of SFD as follows: "to secure and win major contracts" and "to take measures to meet competition in the form of joint projects or marketing efforts". A shareholders' agreement entered into by Ski Taxi and Follo Taxi on 3 May 2007 ("SFD Shareholders' Agreement") provides as follows: "the position of the parties in relation to the functions assigned to the company indicates that there will be less competition between them in the market than previously. This applies to both pric[ing] policy in tenders and other strategic measures in relation to the market. Should this changed situation require permits from public authorities, such permits must be obtained".
- 9 The SFD Shareholders' Agreement provides that SFD's board shall consist of five members. Of those five members, Ski Taxi selects two, Follo Taxi selects two, and one is independent of the shareholders.
- 10 In 2010, Oslo University Hospital launched two tender procedures for the award of framework agreements for the provision of patient transport services for the South-Eastern Norway Regional Health Authority (*Helse Sør-Øst RHF*).
- 11 The first procedure launched by Oslo University Hospital was for the award of framework agreements for the provision of patient transport services from and to nine different areas in the Counties of Oslo and Akershus ("Tender Procedure 1"). One of those nine areas, Southern Follo, covered the municipalities of Nesodden, Ås, Frogn and Vestby. Another of the nine areas, Northern Follo, covered the municipalities of Ski, Enebakk and Oppegård. The contract

- 7 SFD har også inngitt tilbud i flere anbudskonkurranser. SFD står som avtalepart i disse anbudskontrakter, mens løyvehaverne tilknyttet Ski Taxi og Follo Taxi og står som underleverandører til SFD.

- 8 I et SFD-dokument med tittelen “strategidokument – 2009-2010” (“SFDs strategidokument”) beskrives SFDs virksomhet som følger: “å sikre og vinne tilbake større anbud” og “møte konkurransen med tiltak i form av fellesprosjekter eller markedstiltak”. I aksjonæravtalen Ski Taxi og Follo Taxi inngikk 3. mai 2007 (“SFDs aksjonæravtale”) heter det: “Partenes posisjon relatert til de funksjoner som tillegges selskapet, tilsier at det dem imellom blir mindre konkurranse i markedet enn tidligere. Dette gjelder både prispolitikk på anbud og andre strategiske tiltak overfor markedet. I fall denne endrede situasjonen trenger offentlige tillatelser, blir disse å innhente.”

- 9 SFDs aksjonæravtale fastsetter at SFDs styre skal ha fem medlemmer. Av disse velges to av Ski Taxi, to av Follo Taxi og ett er uavhengig av aksjeeierne.

- 10 I 2010 utlyste Oslo universitetssykehus to anbudskonkurranser om rammeavtale for pasientreiser for Helse Sør-Øst RHF.

- 11 Den første anbudskonkurranse Oslo universitetssykehus utlyste, gjaldt tildeling av rammeavtaler om kjøp av pasientreiser til og fra ni ulike anbudsområder i Oslo og Akershus (“anbudskonkurranse 1”). Ett av disse ni områder, Søndre Follo, omfattet kommunene Nesodden, Ås, Frogn og Vestby. Et annet av disse ni områder, Nordre Follo, omfattet kommunene Ski, Enebakk og Oppegård. Konkurranses grunnlaget opplyste ifølge den anmodende domstol at

documents stated, according to the referring court, that in 2009, transport assignments in Southern and Northern Follo had accounted for approximately 40 100 journeys, spread over the 24 hours of the day. The award criteria were price and quality, each weighing 50 per cent. Quality was itself based on four parameters, each weighing 12.5 per cent: training and competence of personnel, capacity (number of dedicated cars), condition of vehicles and equipment for use in the assignments, and system for dealing with enquiries. The deadline for submission of tenders was 30 August 2010.

- 12 SFD submitted a joint tender on behalf of Ski Taxi and Follo Taxi for Southern and Northern Follo. The rate per kilometre in SFD's tender was NOK 19.60, and the number of dedicated cars was 42 (21 cars for the Southern Follo area, and 21 cars for the Northern Follo area). The tender stated that the bid was submitted on behalf of Ski Taxi and Follo Taxi.
- 13 Since SFD was the sole tenderer for Southern and Northern Follo, Oslo University Hospital cancelled the procedure for those two areas. The procedure was completed for the remaining seven areas.
- 14 On 31 August 2010, Oslo University Hospital sent a letter to the municipal authority in charge of taxi licences and to the Norwegian Competition Authority ("the Competition Authority"), in which it voiced frustration concerning the lack of competition in the Follo region. The hospital stated, in particular, that "as one of the largest purchasers of taxi services we experience that lacking competition in the taxi market in the Follo region is exploited through a disproportionately high kilometre price".
- 15 On 21 September 2010, Oslo University Hospital launched another tender procedure ("Tender Procedure 2"). That procedure concerned the award of framework agreements for the provision of the same

transportoppdragene i Søndre og Nordre Follo i 2009 omfattet omtrent 40 100 turer, fordelt over hele døgnet. Etter tildelingskriteriene ble pris og kvalitet vektet med 50 prosent hver. Kvalitet knyttet seg til fire parameter som hver var vektet med 12,5 prosent: opplæring og kompetanse, kapasitet (antall tilordnede biler), vognmaterialets tilstand og utstyr, og mottaksapparat. Tilbudsfristen var 30. august 2010.

- 12 SFD innga på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi ett felles tilbud for Søndre Follo og Nordre Follo. Kilometerprisen i SFDs tilbud var kr 19,60, og antallet tilordnede biler var 42 (21 biler for området Søndre Follo og 21 biler for Nordre Follo). Det fremkom av tilbudet at det var gitt på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi.
- 13 Siden SFD var eneste tilbyder for Søndre Follo og Nordre Follo, avlyste Oslo universitetssykehus anbudskonkurransen for disse to områder. For de øvrige områder ble anbudskonkurransen gjennomført.
- 14 Den 31. august 2010 sendte Oslo universitetssykehus et brev til den fylkeskommunale løyvemyndighet og Konkurransetilsynet, der det ble gitt uttrykk for frustrasjon over mangelen på konkurranse i Follo-regionen. Oslo universitetssykehus uttalte spesielt at “som en av de største kjøperne av drosjetjenester opplever vi med dette at manglende konkurranse i drosjemarkedet i Follo utnyttet til å ta uforholdsmessig høy kilometerpris”.
- 15 Oslo universitetssykehus utlyste 21. september 2010 en ny anbudskonkurranse (“anbudskonkurranse 2”). Denne anbudskonkurranse gjaldt tildeling av rammeavtaler om kjøp av de

services as in Tender Procedure 1, in Southern Follo and Northern Follo. However, Southern and Northern Follo was this time divided into five, instead of two, areas: Oppegård, Ås, Nesodden, Frogn and Vestby. The referring court states that, according to the contract documents, transport assignments in those five areas accounted for approximately 33 900 journeys in 2009 spread over the 24 hours of the day. The deadline for submission of tenders was 5 November 2010.

- 16 SFD submitted a joint tender on behalf of Ski Taxi and Follo Taxi for all five areas. The rate per kilometre in SFD's tender was NOK 18 for the Oppegård area and NOK 19.60 for the areas of Ås, Nesodden, Frogn and Vestby. The tender provided for 30 dedicated cars (10 cars for the Oppegård area, and 5 cars each for the other areas). The tender stated that the bid was submitted on behalf of Ski Taxi and Follo Taxi. Tenders for all five areas were also submitted by two other companies, Oslo Taxi and Konsentra. Konsentra offered the lowest price, and quality varied among the offers. Therefore, Oslo University Hospital entered into framework agreements with all three companies, namely SFD, Oslo Taxi and Konsentra, for all five areas. It assigned second priority to SFD in all areas, while Oslo Taxi and Konsentra were assigned first and third priority alternatively in different areas.
- 17 Based on the letter of 31 August 2010 from Oslo University Hospital, the Competition Authority opened an investigation into the joint tenders and requested information from Ski Taxi, Follo Taxi and SFD. A letter sent by SFD to the Competition Authority on 17 November 2010 describes the submission of joint bids by SFD in the following way:
 - “b) Tenders that may be of interest to SFD are prepared and presented to the board of [...] SFD by the general manager. All aspects of the tender are then considered, such as capacity, profit and risk and so forth. It is thereafter decided whether a bid

samme tjenester som i anbudskonkurranse 1, i Søndre Follo og Nordre Follo, bortsett fra at Søndre og Nordre Follo denne gang var delt inn i fem, i stedet for to, områder: Oppegård, Ås, Nesodden, Frogn og Vestby. Den anmodende domstol opplyser at transportoppdragene i de fem områder ifølge konkurransegrunnlaget omfattet omtrent 33 900 turer i 2009, fordelt over hele døgnet. Tilbudsfristen var 5. november 2010.

- 16 SFD innga ett felles tilbud på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi for alle fem områder. Kilometerprisen i SFDs tilbud var kr 18 for Oppegård-området og kr 19,60 for områdene Ås, Nesodden, Frogn og Vestby. Tilbudet omfattet 30 tilordnede biler (10 biler for Oppegård-området og fem for hvert av de andre områder). Det fremkom av tilbudet at det var gitt på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi. To andre aktører, Oslo Taxi og Konsentra, innga også tilbud for alle de fem områder. Den laveste pris var tilbudt av Konsentra, men kvaliteten på tilbudene varierte. Oslo universitetssykehus inngikk derfor rammeavtaler for alle fem anbudsområder med alle de tre aktører, SFD, Oslo Taxi og Konsentra. SFD ble tildelt 2. prioritet i alle områdene, mens Oslo Taxi og Konsentra alternativt ble tildelt 1. og 3. prioritet i ulike områder.
- 17 På grunnlag av brevet av 31. august 2010 fra Oslo universitetssykehus, innledet Konkurransetilsynet en granskning av de felles tilbud og anmodet om informasjon fra Ski Taxi, Follo Taxi og SFD. I et brev sendt 17. november 2010 til Konkurransetilsynet beskriver SFD de felles tilbud som følger:
 - “b) Anbud som kan være av interesse for SFD blir forberedt og presentert i styret til SFD av daglig leder. Her vurderes alle sider ved anbudet, slik som kapasitet, fortjeneste og risiko m.m. Deretter blir det bestemt om det skal inngis tilbud eller ikke.

shall be submitted or not. This tender [the tenders submitted in Tender Procedures 1 and 2] is one of the most important tenders and sources of income for SFD and it has been agreed the whole time that SFD should submit a bid on behalf of the taxi centrals.

- c) As of the start in the middle of June 2001, there has been agreement that SFD shall submit bids in tender competitions on behalf of both of the taxi centrals.
 - d) The content of the tender is examined and assessed by the general manager in SFD. The necessary information and statistics have been examined and assessed. Calculations made to ensure an acceptable economy and risk in the tender is presented to the board, which has approved the price setting.
 - e) The general manager in SFD calculated the prices based on the economy and risks in the tender”.
- 18 By a decision of 4 July 2011, the Competition Authority found that the Appellants had infringed Section 10 of the Competition Act and imposed fines on them (“the Decision of the Competition Authority”).
- 19 According to the Competition Authority, Ski Taxi and Follo Taxi would have been able to submit separate tenders in both tender procedures. They were thus to be regarded as competitors. Therefore, the submission of joint bids through SFD constituted cooperation between Ski Taxi and Follo Taxi. Such cooperation had as its object the restriction of competition and was prohibited by Section 10 of the Competition Act.
- 20 The Decision of the Competition Authority reads as follows: “SFD’s submission of a joint tender on behalf of Ski Taxi and Follo Taxi was [...] a tender cooperation between de facto and potential competitors. The two dispatch centres cooperated with respect to price, quality and capacity. As a result of the cooperation, Ski Taxi

Dette anbudet [tilbudene inngitt i anbudskonkurranse 1 og 2] er et av de viktigste anbudene og inntektskildene til SFD, og det har hele tiden vært enighet om at SFD skal legge inn tilbud på vegne av sentralene.

- c) Fra oppstarten i midten av juni 2001 har det vært enighet om at SFD i anbudskonkurranser skal inngi tilbud på vegne av begge sentralene.
- d) Innholdet i anbudet er vurdert og gjennomgått av daglig leder i SFD. Nødvendig informasjon og statistikk er gjennomgått og vurdert. Beregninger for å sikre SFD en akseptabel økonomi og risiko i anbudet er presentert styret, som har gitt aksept for prissettingen.
- e) Daglig leder for SFD beregnet prisene basert på økonomien og risikoen i anbudet”.

18 Ved vedtak 4. juli 2011 fant Konkurransetilsynet at de ankende parter hadde overtrådt konkurranseloven § 10 og ila dem overtredelsesgebyr (“Konkurransetilsynets vedtak”).

19 Konkurransetilsynets vedtak bygget på at Ski Taxi og Follo Taxi kunne ha inngitt tilbud hver for seg i begge anbudskonkurranser. De måtte dermed betraktes som konkurrenter. Følgelig utgjorde inngivelse av felles tilbud gjennom SFD et samarbeid mellom Ski Taxi og Follo Taxi. Samarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål i strid med konkurranseloven § 10.

20 Konkurransetilsynets vedtak lyder som følger: “SFDs inngivelse av felles tilbud på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi var [...] et anbudssamarbeid mellom faktiske og potensielle konkurrenter. De to taxisentralene samarbeidet om pris, kvalitet og kapasitet. Samarbeidet medførte at Ski Taxi og Follo Taxi ikke konkurrerte om

and Follo Taxi did not compete by submitting separate tenders in Tender [Procedure] 1 and Tender [Procedure] 2. The Competition Authority therefore finds that the tender cooperation in question must be deemed to have had a competition-restricting object in contravention of Section 10, first paragraph, of the Competition Act. It is not necessary, therefore, to provide evidence of any competition-restricting effect.”

- 21 By judgment of 8 February 2013, Follo District Court (*Follo tingrett*) annulled the Decision of the Competition Authority. It found that Ski Taxi and Follo Taxi were not potential competitors as regards Tender Procedure 1 and were only partially potential competitors as regards Tender Procedure 2. The submission of joint bids by SFD did not constitute a restriction of competition by object. It could, as regards Tender Procedure 2, constitute a restriction of competition by effect. However, that was not the case, since the effect on competition was not appreciable.
- 22 By judgment of 17 March 2015, Borgarting Court of Appeal (*Borgarting lagmannsrett*) upheld the Decision of the Competition Authority. It found that the dispatch centres of Ski Taxi and Follo Taxi were competitors in both tender procedures. The submission of joint bids by SFD was capable of restricting competition and the cooperation constituted a restriction of competition by object. The administrative fines imposed on Ski Taxi, Follo Taxi and SFD were set at, respectively, NOK 100 000, NOK 200 000 and NOK 1 million.
- 23 The Appellants challenged that judgment before the Supreme Court of Norway. By decision of 24 July 2015, the Supreme Court granted leave to appeal on matters of law. The proceedings before the Supreme Court concern, provisionally, only the question whether the submission of joint bids by SFD on behalf of Ski Taxi and Follo Taxi constitutes a restriction of competition by object.

å inngi separate tilbud i Anbudskonkurranse 1 og Anbudskonkurranse 2. Konkurransetilsynet har derfor kommet til at det aktuelle anbudssamarbeidet må anses å ha et konkurransebegrensende formål etter konkurranseloven § 10 første ledd. Det er derfor ikke nødvendig å påvise en konkurransebegrensende virkning.”

- 21 Follo tingrett avsa 8. februar 2013 dom der Konkurransetilsynets vedtak ble kjent ugyldig. Tingretten kom til at Ski Taxi og Follo Taxi ikke var potensielle konkurrenter i anbudskonkurranse 1 og kun delvis i anbudskonkurranse 2. Tingretten fant at inngivelsen av felles tilbud gjennom SFD ikke utgjorde en formålsrestriksjon. Samarbeidet i anbudskonkurranse 2 ble ansett å kunne ha konkurransebegrensende virkning, men tingretten kom til at konkurransen ikke ble merkbart påvirket.
- 22 Borgarting lagmannsrett kom i dom 17. mars 2015 til at Konkurransetilsynets vedtak var gyldig. Lagmannsretten fant at taxisentralene Ski Taxi og Follo Taxi var konkurrenter i begge anbudskonkurranser. Inngivelsen av felles tilbud gjennom SFD var egnet til å begrense konkurransen, og samarbeidet utgjorde dermed en formålsrestriksjon. Overtredelsesgebyrene Ski Taxi, Follo Taxi og SFD var ilagt, ble satt til henholdsvis 100 000 kroner, 200 000 kroner og 1 million kroner.
- 23 De ankende parter anket dommen til Norges Høyesterett. Ved beslutning 24. juli 2015 tillot Høyesterett anken fremmet hva gjaldt lagmannsrettens rettsanvendelse. Forhandlingene i Høyesterett gjelder foreløpig bare spørsmålet om inngivelse av felles tilbud gjennom SFD på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi utgjør en formålsrestriksjon.

24 On 24 February 2016, the Supreme Court made a 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 (“SCA”) and posed the following questions:

1. *What is the legal test when determining whether an agreement between undertakings has a competition-restricting object within the meaning of Article 53 EEA?*
 - a) *In this context, is it sufficient in order to be able to categorise a form of conduct as an infringement by object pursuant to Article 53 EEA, that the cooperation is capable of restricting competition?*
 2. *What is the legal significance for the consideration of whether a form of conduct constitutes an infringement by object, that such cooperation took place openly vis-à-vis the procuring authority?*
 3. *What legal criteria must in particular be emphasised when considering whether cooperation that takes the form of two competing companies submitting a joint tender through a joint venture, and where the two undertakings are to be subcontractors to the joint venture, should be deemed to constitute an infringement by object?*
- 25 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 insofar as is necessary for the reasoning of the Court.

24 Den 24. februar 2016 fremsatte Høyesterett en anmodning til EFTA-domstolen etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (“ODA”) med følgende spørsmål:

1. *Hva er det rettslige vurderingstemaet ved vurderingen av om en avtale mellom foretak har et konkurransebegrensende formål etter EØS-avtalen artikkel 53?*
 - a) *Er det i denne forbindelse tilstrekkelig for å kategorisere en adferd som en formålsovertredelse etter EØS-avtalen artikkel 53, at samarbeidet er egnet til å være konkurransebegrensende?*
2. *Hvilken rettslig betydning har det for vurderingen av om en adferd er en formålsovertredelse at samarbeidet ble gjort åpent for den anskaffende myndighet?*
3. *Hvilke rettslige kriterier skal særlig tillegges vekt ved vurderingen av om et samarbeid, som skjer ved at to konkurrerende selskaper innleverer et felles tilbud gjennom et felleseiet foretak, og hvor de to foretakene skal være underleverandører til det felleseide foretaket, skal anses som en formålsovertredelse?*

25 Det vises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige ramme, de faktiske forhold, saksgangen og de skriftlige innlegg til EFTA-domstolen, som i det følgende bare vil bli nevnt eller drøftet så langt dette er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.

III ADMISSIBILITY

OBSERVATIONS SUBMITTED TO THE COURT

26 ESA submits that, although the proceedings before the referring court concern a purely internal situation, the Court has jurisdiction. Although the facts of the case are outside the direct scope of EEA law, provisions of EEA law have been rendered applicable by domestic law. Domestic law adopts, for internal situations, the same approach as that provided for under EEA law. Section 10 of the Norwegian Competition Act mirrors Article 53 EEA. Therefore, the Court has jurisdiction.

FINDINGS OF THE COURT

- 27 Where domestic legislation, in regulating purely internal situations, adopts the same or similar solutions as those adopted in EEA law in order to avoid any distortion of competition, it is in the interest of the EEA to forestall future differences of interpretation. Provisions or concepts taken from EEA law should thus be interpreted uniformly, irrespective of the circumstances in which they are to apply. However, as the jurisdiction of the Court is confined to considering and interpreting provisions of EEA law only, it is for the national court to assess the precise scope of that reference to EEA law in national law (see Case E-29/15 *Sorpa*, judgment of 22 September 2016, not yet reported, paragraph 35).
- 28 In the present case, as stated in the national court's reference, Section 10 of the Competition Act corresponds to Article 53 EEA. Therefore, it must be held that the Court has jurisdiction to rule on the questions referred.

III SPØRSMÅLET OM ANMODNINGEN KAN BEHANDLES

INNLEGG TIL EFTA-DOMSTOLEN

26 ESA gjør gjeldende at selv om saken for den anmodende domstol gjelder en rent intern situasjon, har EFTA-domstolen domsmyndighet. Selv om sakens faktum ikke omfattes direkte av EØS-retten, har bestemmelser i EØS-retten blitt gjort gjeldende etter nasjonal lovgivning. Nasjonal lovgivning anvender i interne situasjoner samme prinsipp som det som er fastsatt i EØS-retten. Konkurranseloven § 10 speiler EØS-avtalen artikkel 53. Derfor har EFTA-domstolen domsmyndighet.

RETTENS BEMERKNINGER

- 27 Når nasjonal lovgivning som regulerer rent interne situasjoner anvender samme eller lignende løsninger som i EØS-retten for å unngå konkurransevridning, er det i EØS-statenes interesse å forebygge fremtidige tolkningsforskjeller. Bestemmelser eller begreper hentet fra EØS-retten bør følgelig tolkes på en ensartet måte, uavhengig av de omstendigheter de får anvendelse under. Siden EFTA-domstolens domsmyndighet er begrenset til utelukkende å vurdere og tolke bestemmelser i EØS-retten, er det imidlertid den nasjonale domstol som må vurdere det eksakte virkeområde for den aktuelle henvisning til EØS-retten i nasjonal lovgivning (se sak E-29/15 *Sorpa*, dom 22. september 2016, ennå ikke i Sml., avsnitt 35).
- 28 I den foreliggende sak svarer konkurranseloven § 10 til EØS-avtalen artikkel 53, som angitt i den nasjonale domstols anmodning. EFTA-domstolen har dermed domsmyndighet til å treffe avgjørelse om de forelagte spørsmål.

IV ANSWERS OF THE COURT

29 The first and third questions are related, since they concern the legal test to be applied and the criteria to be emphasised when determining whether a cooperation between undertakings constitutes a restriction of competition “by object”. The Court therefore considers it appropriate to start by examining the first question, and then the third question. Finally, the Court will assess the second question on the legal significance of the fact that the cooperation took place openly.

THE FIRST QUESTION

OBSERVATIONS SUBMITTED TO THE COURT

- 30 The Appellants submit that, for an agreement to be considered a restriction of competition by object, it must reveal a sufficient degree of harm to competition (reference is made to the judgment in *CB v Commission*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, paragraph 58).
- 31 Therefore, the Appellants claim that the test applied by Borgarting Court of Appeal, which held that conduct should be considered a restriction by object if it is capable of restricting competition, cannot be followed. It does not suffice, for an agreement to be considered a restriction by object, that it is capable of restricting competition.
- 32 In the Appellants’ view, the findings of the Court of Justice of the European Union (“ECJ”) in *T-Mobile Netherlands and Others* that a concerted practice may be regarded as having an anticompetitive object if it is “capable [...] of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition” (reference is made to the judgment in *T-Mobile Netherlands and Others*, C-8/08, EU:C:2009:343, paragraph 31) were rejected in *CB v Commission*. The latter judgment set a

IV EFTA-DOMSTOLENS SVAR

- 29 Det første og det tredje spørsmål er forbundet, siden de gjelder det rettslige vurderingstema og kriteriene som skal vektlegges ved vurdering av om et samarbeid mellom foretak utgjør en formålsrestriksjon. EFTA-domstolen finner det derfor hensiktsmessig å begynne med å undersøke det første spørsmål og deretter det tredje spørsmål. Til slutt vil EFTA-domstolen vurdere det andre spørsmål om hvilken rettslig betydning det har at samarbeidet fant sted åpent.

DET FØRSTE SPØRSMÅL

INNLEGG TIL EFTA-DOMSTOLEN

- 30 De ankende parter anfører at for at en avtale skal kunne betraktes som en formålsrestriksjon, må den vise seg tilstrekkelig skadelig for konkurransen (det vises til dommen i *CB mot Kommisjonen*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, avsnitt 58).
- 31 De ankende parter hevder derfor at vurderingstemaet Borgarting lagmannsrett anvendte, nemlig at en atferd bør anses som en formålsrestriksjon dersom den er egnet til å begrense konkurransen, ikke kan følges. For at en avtale skal kunne anses som en formålsrestriksjon, er det ikke tilstrekkelig at den er egnet til å begrense konkurransen.
- 32 De ankende parter anfører at konklusjonene til Den europeiske unions domstol ("EU-domstolen") i *T-Mobile Netherlands m.fl.* om at en samordnet opptreden kan anses å ha et konkurransebegrensende formål om den er "egnet [...] til å hindre, innskrenke eller vri konkurransen" (det vises til dommen i *T-Mobile Netherlands m.fl.*, C-8/08, EU:C:2009:343, avsnitt 31), ble avvist i *CB mot Kommisjonen*. Sistnevnte dom satte en høyere standard for å klassifisere en atferd

higher standard for classification as a restriction by object, namely, a “sufficient degree of harm to competition”. That argument is supported by subsequent case law (reference is made to the judgment in *SIA ‘Maxima Latvija’*, C-345/14, EU:C:2015:784, paragraphs 22 and 23).

- 33 The Norwegian Government submits that an agreement constitutes a restriction by object if it reveals a sufficient degree of harm to competition. In order to determine whether this is the case, account must be taken of the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context. The intention of the parties is not an essential factor, although there is nothing to prevent the competent competition authorities or courts from taking it into account (reference is made to the judgments in *ING Pensii*, C-172/14, EU:C:2015:484, paragraphs 30 and 31, *Toshiba v Commission*, C-373/14 P, EU:C:2016:26, paragraph 27, *TMobile Netherlands and Others*, cited above, paragraph 31, and *CB v Commission*, cited above, paragraph 54).
- 34 The criterion for classifying an agreement as a restriction by object is the same in *CB v Commission* and in *TMobile Netherlands and Others* and reflects earlier case law of the ECJ (reference is made to the Opinion of Advocate General Wathelet in *Toshiba v Commission*, C-373/14 P, EU:C:2015:427, point 51). As confirmed in subsequent cases, an agreement constitutes a restriction by object if it reveals a sufficient degree of harm to competition (reference is made to the judgments in *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v Commission*, C286/13 P, EU:C:2015:184, paragraph 112, and *Toshiba v Commission*, cited above, paragraph 31).
- 35 In that regard, the Norwegian Government contends that it is sufficient, in order to classify an agreement as a restriction by object, that it has *potential* (as opposed to actual) anticompetitive effects, that is, that it is capable of restricting competition.

som en formålsrestriksjon, nemlig at den er “tilstrekkelig skadelig for konkurransen”. Dette argument understøttes av senere rettspraksis (det vises til dommen i *SIA ‘Maxima Latvija’*, C-345/14, EU:C:2015:784, avsnitt 22 og 23).

- 33 Den norske stat anfører at en avtale utgjør en formålsrestriksjon dersom den er tilstrekkelig skadelig for konkurransen. For å kunne vurdere om dette er tilfelle, må det tas hensyn til innholdet i dens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenheng. Partenes hensikt er ikke en avgjørende faktor, selv om intet er til hinder for at de kompetente konkurransemyndigheter eller domstoler kan ta dette i betraktning (det vises til dommene i *ING Pensii*, C-172/14, EU:C:2015:484, avsnitt 30 og 31, *Toshiba mot Kommisjonen*, C-373/14 P, EU:C:2016:26, avsnitt 27, *TMobile Netherlands m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 31, og *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 54).
- 34 Kriteriet for å klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon er det samme i *CB mot Kommisjonen* som i *TMobile Netherlands m.fl.* og gjenspeiler EU-domstolens tidligere praksis (det vises til uttalelse fra generaladvokat Wathelet i *Toshiba mot Kommisjonen*, C-373/14 P, EU:C:2015:427, avsnitt 51). Som bekreftet i senere saker, utgjør en avtale en formålsrestriksjon dersom den er tilstrekkelig skadelig for konkurransen (det vises til dommene i *Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mot Kommisjonen*, C286/13 P, EU:C:2015:184, avsnitt 112, og *Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 31).
- 35 I denne sammenheng gjør den norske stat gjeldende at for å kunne klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon, er det tilstrekkelig at den har *potensielle* (i motsetning til *faktiske*) konkurransebegrensende virkninger, det vil si at den er egnet til å begrense konkurransen.

- 36 ESA submits that an agreement constitutes a restriction by object if it reveals a sufficient degree of harm to competition. In order to determine whether an agreement reveals a sufficient degree of harm to competition, regard must be had to the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms part (reference is made to the judgments in *CB v Commission*, cited above, paragraph 57, and *Toshiba v Commission*, cited above, paragraphs 26 and 27).
- 37 In that regard, ESA contends that for those agreements which previously have been held to reveal a sufficient degree of harm to competition, the analysis of the legal and economic context may be limited to what is strictly necessary in order to establish the existence of a restriction of competition by object (reference is made to the judgment in *Toshiba v Commission*, cited above, paragraph 29).
- 38 Moreover, ESA claims that, in order to classify an agreement as constituting a restriction by object, it suffices that the agreement, which in itself reveals a sufficient degree of harm to competition, is capable of restricting competition.
- 39 The Commission submits that, in paragraph 57 of *CB v Commission*, the ECJ held that an agreement has the object of restricting competition if it reveals in itself a sufficient degree of harm to competition (reference is also made to the judgment in *Toshiba v Commission*, cited above, paragraph 26).
- 40 The Commission disagrees with the contention made by the Appellants that in *CB v Commission* the ECJ set a higher standard than it did in its earlier judgment in *T-Mobile Netherlands and Others*. By stating in paragraph 31 of *T-Mobile Netherlands and Others* that an agreement constitutes a restriction by object if it is merely capable of restricting competition, the ECJ did not seek to define the standard for classifying an agreement as a restriction by object. Rather, it was intended to refute the referring court's contention that classification

- 36 ESA anfører at en avtale utgjør en formålsrestriksjon dersom den er tilstrekkelig skadelig for konkurransen. For å kunne vurdere om en avtale er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, må det tas hensyn til innholdet i dens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenheng avtalen inngår i (det vises til dommene i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 57, og *Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 26 og 27).
- 37 I denne sammenheng gjør ESA gjeldende at for avtaler som tidligere er funnet å være tilstrekkelig skadelige for konkurransen, kan analysen av den økonomiske og rettslige sammenheng begrenses til det som er strengt nødvendig for å bringe på det rene at det foreligger en formålsrestriksjon (det vises til dommen i *Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 29).
- 38 Videre gjør ESA gjeldende at for å kunne klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon, er det tilstrekkelig at avtalen, som i seg selv er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, er egnet til å begrense konkurransen.
- 39 Kommisjonen anfører at EU-domstolen i avsnitt 57 i *CB mot Kommisjonen* la til grunn at en avtale har et konkurransebegrensende formål dersom den i seg selv er tilstrekkelig skadelig for konkurransen (det vises også til dommen i *Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 26).
- 40 Kommisjonen bestrider de ankende parters påstand om at EU-domstolen i *CB mot Kommisjonen* benyttet en høyere standard enn i sin tidligere dom i *T-Mobile Netherlands m.fl.* Ved å legge til grunn i avsnitt 31 i *T-Mobile Netherlands m.fl.* at en avtale utgjør en formålsrestriksjon bare fordi den er egnet til å begrense konkurransen, søkte ikke EU-domstolen å definere standarden for klassifisering av en avtale som en formålsrestriksjon. Hensikten var snarere å avvise den anmodende domstols påstand om at det for å

of an agreement as a restriction by object requires consideration of its effects. By no means did the ECJ establish in *T-Mobile Netherlands and Others* a lower standard according to which any agreement capable of restricting competition constitutes a restriction by object. This has been confirmed in the ECJ's subsequent case law.

- 41 The Commission claims that, in order to determine whether an agreement reveals a sufficient degree of harm to competition, an analysis of its content and objectives, and of its economic and legal context is required. Although the intention of the parties is not a necessary factor, it may be taken into account (reference is made to the judgment in *CB v Commission*, cited above, paragraphs 53 and 54).
- 42 First, as regards the content and the objectives of the agreement, the Commission contends that account should be taken not only of the wording, but also of the substance of what was agreed between the parties. An agreement which does not have the restriction of competition as its sole aim but also pursues other, legitimate aims may still restrict competition by object (reference is made to the judgment in *Beef Industry Development Society and Barry Brothers*, C209/07, EU:C:2008:643, paragraph 21).
- 43 Second, as regards the economic and legal context of the agreement, it is necessary to take account of the nature of the goods or services affected, as well as the real conditions of the functioning or structure of the market (reference is made to the judgment in *CB v Commission*, cited above, paragraph 78). It may be necessary to investigate whether the parties are competitors, whether the market is two-sided or regulated, and whether the restriction at stake is ancillary, that is, objectively necessary for another, wider operation which is not anticompetitive (reference is made to the judgments in *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, C439/09, EU:C:2011:649, paragraphs 39 to 47, and *MasterCard and Others v Commission*, C382/12 P,

klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon er nødvendig å vurdere dens virkninger. EU-domstolen fastsatte ikke på noen måte i *T-Mobile Netherlands m.fl.* en lavere standard som innebar at enhver avtale som er egnet til å begrense konkurransen, utgjør en formålsrestriksjon. Dette er blitt bekreftet av EU-domstolen i senere rettspraksis.

- 41 Kommisjonen gjør gjeldende at for å kunne vurdere om en avtale er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, må dens innhold og formål, samt dens økonomiske og rettslige sammenheng, analyseres. Selv om partenes hensikt ikke er en avgjørende faktor, kan den tas i betraktning (det vises til dommen i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 53 og 54).
- 42 For det første, når det gjelder avtalens innhold og formål, gjør Kommisjonen gjeldende at det bør tas hensyn ikke bare til ordlyden, men også til det materielle innhold i det som var avtalt mellom partene. En avtale som ikke har konkurransebegrensning som eneste formål, men som også har andre, legitime mål, kan like fullt utgjøre en formålsrestriksjon (det vises til dommen i *Beef Industry Development Society og Barry Brothers*, C209/07, EU:C:2008:643, avsnitt 21).
- 43 For det annet, når det gjelder avtalens økonomiske og rettslige sammenheng, er det nødvendig å ta hensyn til de berørte varer eller tjenesters art i tillegg til de faktiske vilkår for markedets virkemåte eller struktur (det vises til dommen i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 78). Det kan bli nødvendig å undersøke om partene er konkurrenter, om markedet er tosidig eller regulert, og om den aktuelle restriksjon er tilknyttet, det vil si objektivt sett nødvendig for en annen, bredere virksomhet som ikke er konkurransebegrensende (det vises til dommene i *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, C439/09, EU:C:2011:649, avsnitt 39 til 47, og *MasterCard m.fl. mot Kommisjonen*, C382/12 P, EU:C:2014:2201,

EU:C:2014:2201, paragraphs 90 to 95 and 107). However, account cannot be taken of the effects of the agreement or the market power of the parties. The Commission contends that the findings of the ECJ in paragraph 29 of *Toshiba v Commission*, according to which the analysis of the economic and legal context of a market-sharing agreement may be limited to what is strictly necessary in order to determine whether it constitutes a restriction by object, should be applied to other obvious, established restrictions by object such as price-fixing.

FINDINGS OF THE COURT

- 44 By its first question, the referring court asks what legal test must be applied in order to determine whether an agreement may be regarded as a restriction of competition by object. In particular, it seeks to establish whether it suffices, for an agreement to be classified as a restriction of competition by object, that it is capable of restricting competition.
- 45 The Court has consistently held that whether an agreement restricts competition is a legal question that must be examined in the light of economic considerations (see Case E-8/00 *Norwegian Federation of Trade Unions and Others* (“LO”) [2002] EFTA Ct. Rep. 114, paragraph 77).
- (i) Legal test to determine whether an agreement may be considered a restriction of competition by object
- 46 For an agreement to be caught by the prohibition in Article 53(1) EEA, it must have as its “object or effect” the restriction of competition. Those are not cumulative but rather alternative requirements (compare the judgment in *LTM*, 56/65, EU:C:1966:38). In other words, conduct may infringe Article 53 EEA either if it aims at restricting competition or if it produces anticompetitive effects.

avsnitt 90 til 95 og 107). Imidlertid kan det ikke tas hensyn til virkningene av avtalen eller av partenes markedsrett. Kommisjonen gjør gjeldende at EU-domstolens begrunnelse i avsnitt 29 i *Toshiba mot Kommisjonen*, nemlig at analysen av den økonomiske og rettslige sammenheng for en markedsdelingsavtale kan begrenses til det som er strengt nødvendig for å avgjøre om den utgjør en formålsrestriksjon, bør anvendes på andre opplagte, etablerte formålsrestriksjoner, som prisfastsettelse.

RETTENS BEMERKNINGER

- 44 Ved sitt første spørsmål spør den nasjonale domstol hvilket rettslig vurderingstema som skal anvendes for å bestemme om en avtale kan anses som en formålsrestriksjon. Den søker særlig å fastslå om det er tilstrekkelig for at en avtale skal kunne betraktes som en formålsrestriksjon, at den er egnet til å begrense konkurransen.
- 45 EFTA-domstolen har konsekvent lagt til grunn at spørsmålet om en avtale begrenser konkurransen, er et rettslig spørsmål som må vurderes på bakgrunn av økonomiske betraktninger (se sak E-8/00 *Landsorganisasjonen m.fl.*, Sml. 2002 s. 114, avsnitt 77).
- (i) Rettslig vurderingstema for å avgjøre om en avtale kan anses som en formålsrestriksjon
- 46 For at en avtale skal være omfattet av forbudet etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, må den ha til “formål eller virkning” å begrense konkurransen. Disse krav er ikke kumulative, men snarere alternative (jf. dommen i *LTM*, 56/65, EU:C:1966:38). Med andre ord kan atferd være i strid med EØS-avtalen artikkel 53 både dersom den har som mål å begrense konkurransen og dersom den har konkurransebegrensende virkninger.

- 47 The consequence of the classification of an agreement as a restriction of competition by object is, essentially, the following: it alleviates ESA's burden of proof since ESA need not demonstrate that the agreement has anticompetitive effects (compare the judgment in *Consten and Grundig v Commission*, 56/64 and 58/64, EU:C:1966:41, page 342). Nonetheless, the undertakings involved may still benefit from an individual exemption under Article 53(3) EEA, but the burden of demonstrating that the conditions laid down in that provision are met is on the undertakings (see Article 2 of Chapter II of Protocol 4 SCA). Furthermore, restrictions by object are presumed to be appreciable so that the *de minimis* threshold does not apply (compare the judgment in *Expedia*, C-226/11, EU:C:2012:795, paragraph 37), the block exemption regulations do not apply and the undertakings are likely to be subject to higher fines (see point 15 of ESA's Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(A) of Chapter II of Protocol 4 to the SCA (OJ 2006 C 314, p. 84)).
- 48 It is apparent from case law that certain types of coordination between undertakings reveal a sufficient degree of harm to competition that it may be found that there is no need to examine their effects. That case law arises from the fact that certain types of coordination between undertakings can be regarded, by their very nature, as being harmful to the proper functioning of normal competition (compare the judgment in *CB v Commission*, cited above, paragraphs 49 and 50).
- 49 In the present case, Borgarting Court of Appeal held that the submission of joint bids by SFD was to be considered a restriction of competition by object because it "was, by its content, capable of restricting, and thus harming, competition". The Appellants submit that the standard for classification as a restriction of competition by object applied by the Court of Appeal is lower than the standard set by the ECJ in *CB v Commission*.

- 47 Konsekvensen av at en avtale klassifiseres som en formålsrestriksjon, er hovedsakelig at ESAs bevisbyrde blir lettere, siden ESA ikke trenger å bevise at avtalen har konkurransebegrensende virkninger (jf. dommen i *Consten og Grundig mot Kommisjonen*, 56/64 og 58/64, EU:C:1966:41, s. 342). De innblandede foretak kan likevel fortsatt omfattes av et individuelt unntak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, men ansvaret for å bevise at vilkårene i denne bestemmelse er oppfylt ligger hos foretakene (se artikkel 2 i kapittel II i protokoll 4 til ODA). Videre antas formålsrestriksjoner å være merkbare, slik at *de minimis*-regelen ikke får anvendelse (jf. dommen i *Expedia*, C-226/11, EU:C:2012:795, avsnitt 37), at reglene om gruppeunntak ikke får anvendelse, og at foretakene sannsynligvis vil ilegges høyere bøter (se punkt 15 i ESAs retningslinjer for metoden for fastsettelse av bøter ilagt i henhold til Overvåknings- og domstolsavtalens protokoll 4 kapittel ii artikkel 23 nr. 2 bokstav a (EØS-tillegg 2009 nr. 64, s. 1).
- 48 Det fremgår av rettspraksis at visse typer samarbeid mellom foretak er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det ikke anses å være nødvendig å undersøke virkningene av dem. Denne rettspraksis har sitt utspring i det faktum at visse typer samarbeid mellom foretak etter sin art kan anses å være skadelig for normale konkurransevilkår (jf. dommen i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 49 og 50).
- 49 I den foreliggende sak la Borgarting lagmannsrett til grunn at inngivelsen av felles tilbud gjennom SFD måtte anses som en formålsrestriksjon fordi den “etter sitt innhold var egnet til å begrense, og dermed skade, konkurransen”. De ankende parter anfører at standarden anvendt av lagmannsretten for å klassifisere en atferd som en formålsrestriksjon, er lavere enn den standard som er anvendt av EU-domstolen i *CB mot Kommisjonen*.

- 50 In *CB v Commission* the ECJ held that, for an agreement to be considered a restriction of competition by object, it must reveal a sufficient degree of harm to competition (paragraph 49). The ECJ also held that, by finding that an agreement must simply be capable in the particular case, having regard to the specific legal and economic context, of restricting competition, the General Court had erred in law with regard to the definition of the relevant legal criteria in order to assess whether there was a restriction of competition by object. More precisely, the ECJ underlined that the essential legal criterion for ascertaining whether coordination between undertakings involves such a restriction of competition by object is the finding that such coordination reveals in itself a sufficient degree of harm to competition that it may be found that there is no need to examine its effects (see the judgment in *CB v Commission*, cited above, paragraphs 49 and 55 to 58).
- 51 The ECJ has reiterated that an agreement must reveal a sufficient degree of harm to competition in order to be regarded as a restriction of competition by object (compare the judgments in *MasterCard and Others v Commission*, cited above, paragraph 184; *Allianz Hungária Biztosító Zrt. and Others*, C-32/11, EU:C:2013:160, paragraph 34; *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v Commission*, cited above, paragraph 113; *ING Pensii*, cited above, paragraph 31; *SIA 'Maxima Latvija'*, cited above, paragraph 18; and, *Toshiba v Commission*, cited above, paragraph 26). This standard was also adopted by the General Court in its judgment in *Lundbeck v Commission* (T-472/13, EU:T:2016:449, paragraph 339), which was raised at the hearing.
- 52 The Court finds, contrary to the arguments advanced by the Appellants, that the ECJ did not set a higher standard for classification of an agreement as a restriction of competition by object in *CB v Commission* than in *T-Mobile Netherlands and Others*. In paragraph 31 of the latter judgment, the ECJ found that, for a concerted practice to be considered a restriction of competition by

- 50 I *CB mot Kommisjonen* la EU-domstolen til grunn at for at en avtale skal kunne anses som en formålsrestriksjon, må den være tilstrekkelig skadelig for konkurransen (avsnitt 49). EU-domstolen la også til grunn at Underretten hadde tatt feil når det gjaldt definisjonen av de relevante rettslige kriterier for vurderingen av om det foreligger en formålsrestriksjon, da den konkluderte med at en avtale ganske enkelt må være egnet i den aktuelle sak, i betraktning av den særlige økonomiske og rettslige sammenheng, til å begrense konkurransen. Nærmere bestemt understreket EU-domstolen at det sentrale rettslige kriterium for å vurdere om et samarbeid mellom foretak omfatter en slik formålsrestriksjon, er om samarbeidet er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det anses ikke å være nødvendig å undersøke virkningene (se dommen i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 49 og 55 til 58).
- 51 EU-domstolen har flere ganger gjentatt at en avtale må være tilstrekkelig skadelig for konkurransen for å kunne anses som en formålsrestriksjon (jf. dommene i *MasterCard m.fl. mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 184; *Allianz Hungária Biztosító Zrt. m.fl.*, C-32/11, EU:C:2013:160, avsnitt 34; *Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 113; *ING Pensii*, som omtalt over, avsnitt 31; *SIA 'Maxima Latvija'*, som omtalt over, avsnitt 18; og *Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 26). Denne standard ble også anvendt av Underretten i dens dom i *Lundbeck mot Kommisjonen* (T-472/13, EU:T:2016:449, avsnitt 339), som ble tatt opp i rettsmøtet.
- 52 EFTA-domstolen finner, i motsetning til argumentasjonen fra de ankende parter, at EU-domstolen ikke satte en høyere standard for å klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon i *CB mot Kommisjonen* enn i *T-Mobile Netherlands m.fl.* I avsnitt 31 i sistnevnte dom la EU-domstolen til grunn at for at en samordnet opptreden skal kunne anses som en formålsrestriksjon, må den ganske enkelt være

object, it must simply be capable in an individual case, having regard to the specific legal and economic context, of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition (see the judgment in *T-Mobile Netherlands and Others*, cited above).

53 However, that finding must be read in the light of paragraph 30 and of the last sentence of paragraph 31 of that judgment. The ECJ held that, contrary to what the referring court claimed, there was no need to demonstrate that a concerted practice results in anticompetitive effects once its anticompetitive object is established. Therefore, by stating that a concerted practice must simply be capable of restricting competition, the ECJ held that, in order to establish that a concerted practice constitutes a restriction of competition by object, there is no need to demonstrate anticompetitive effects.

54 Moreover, in *T-Mobile* (cited above, paragraph 28) the ECJ relied on earlier case law, in particular on its findings in *Beef Industry Development Society and Barry Brothers* (cited above, paragraph 15) and in *LTM* (cited above) that the consequences of an agreement should be considered where an analysis of its clauses does not reveal the effect on competition to be sufficiently deleterious. Therefore, it is clear that since its judgment in *LTM* the ECJ has consistently held that the analysis of the object must reveal a sufficient degree of harm to competition.

55 Consequently, the judgments in *T-Mobile Netherlands and Others* and *CB v Commission* are not irreconcilable (see, to that effect, the Opinion of Advocate General Wathelet in *Toshiba v Commission*, cited above, point 51).

(ii) Criteria for determining whether an agreement is a restriction of competition by object

egnet i en gitt sak, i betraktning av den spesifikke økonomiske og rettslige sammenheng, til å hindre, innskrenke eller vri konkurransen (se dommen i *T-Mobile Netherlands m.fl.*, som omtalt over).

- 53 Denne konklusjon må imidlertid leses i lys av avsnitt 30 og siste punktum i avsnitt 31 i samme dom. EU-domstolen la til grunn, i motsetning til hva den anmodende domstol hevdet, at det ikke var nødvendig å bevise at en samordnet opptreden har konkurransebegrensende virkninger så lenge det er fastslått at den har et konkurransebegrensende formål. Ved å fastslå at en samordnet opptreden ganske enkelt må være egnet til å begrense konkurransen, la EU-domstolen dermed til grunn at det ikke er nødvendig å bevise at en samordnet opptreden har konkurransebegrensende virkninger for å kunne bestemme at den utgjør en formålsrestriksjon.
- 54 Videre støttet EU-domstolen seg i *T-Mobile* (som omtalt over, avsnitt 28) på tidligere rettspraksis, særlig sine konklusjoner i *Beef Industry Development Society* og *Barry Brothers* (som omtalt over, avsnitt 15) og *LTM* (som omtalt over) om at konsekvensene av en avtale bør tas i betraktning når en analyse av dens vilkår ikke viser at innvirkningen på konkurransen er tilstrekkelig skadelig. Det er altså klart at EU-domstolen, etter dommen i *LTM*, konsekvent har lagt til grunn at analysen av formålet må vise at atferden er tilstrekkelig skadelig for konkurransen.
- 55 Dommene i *T-Mobile Netherlands m.fl.* og *CB mot Kommisjonen* er følgelig ikke uforenlige (se i denne retning uttalelsen fra generaladvokat Wathelet i *Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 51).
- (ii) Kriterier for å fastslå om en avtale utgjør en formålsrestriksjon

- 56 In order to determine whether an agreement between undertakings or a decision by an association of undertakings reveals a sufficient degree of harm to competition that it may be considered as a restriction of competition “by object” within the meaning of Article 53(1) EEA, regard must be had to the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms a part. When determining that context, it is also necessary to take into consideration the nature of the goods or services affected, as well as the real conditions of the functioning and structure of the market or markets in question (compare the judgment in *CB v Commission*, cited above, paragraph 53).
- 57 In addition, although the parties’ intention is not a necessary factor in determining whether an agreement between undertakings is restrictive, there is nothing prohibiting the competition authorities, the national courts or the Court from taking that factor into account (compare the judgment in *CB v Commission*, cited above, paragraph 54).
- 58 The Court notes that consideration of the economic and legal context of an agreement in order to identify an anticompetitive object within the meaning of Article 53(1) EEA must be clearly distinguished from the demonstration of anticompetitive effects under that provision. Otherwise the distinction between restrictions of competition by object and restrictions of competition by effect would be blurred (compare the Opinion of Advocate General Wahl in *CB v Commission*, C-67/13 P, EU:C:2014:1958, point 44; and the judgments in *M6 and Others v Commission*, T-112/99, EU:T:2001:215, paragraph 74 et seq., and *MasterCard and Others v Commission*, cited above, paragraph 181).
- 59 However, an agreement which has the restriction of competition as its object must be capable of having at least some impact on the market (compare the Opinion of Advocate General Wathelet in *Toshiba v Commission*, cited above, point 65).

- 56 For å vurdere om en avtale mellom foretak, eller en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak, er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at den kan anses som en formålsrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, må det tas hensyn til innholdet i avtalens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenheng avtalen inngår i. Ved vurderingen av sammenhengen er det også nødvendig å ta hensyn til de berørte varer eller tjenesters art og de faktiske vilkår for markedets virkemåte eller struktur (jf. dommen i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 53).
- 57 Og selv om partenes hensikt ikke er en avgjørende faktor i vurderingen av om en avtale mellom foretak har en begrensende virkning, er intet til hinder for at konkurransemyndighetene, domstolene eller EFTA-domstolen kan ta dette i betraktning (jf. dommen i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 54).
- 58 EFTA-domstolen peker på at det må skilles klart mellom vurderingen av en avtales økonomiske og rettslige sammenheng for å identifisere et konkurransebegrensende formål etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, og å fastslå konkurransebegrensende virkninger etter samme bestemmelse. Ellers ville skillet mellom formålsrestriksjoner og konkurransebegrensende virkninger bli utvisket (jf. uttalelsen fra generaladvokat Wahl i *CB mot Kommisjonen*, C-67/13 P, EU:C:2014:1958, avsnitt 44, og dommene i *M6 m.fl. mot Kommisjonen*, T-112/99, EU:T:2001:215, avsnitt 74 flg., og *MasterCard m.fl. mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 181).
- 59 En avtale som har konkurransebegrensning som formål, må imidlertid være egnet til å ha i det minste en viss innvirkning på markedet (jf. uttalelsen fra generaladvokat Wathelet i *Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 65).

- 60 In that regard, the Court notes, first, that consideration of the economic and legal context of the agreement is required in order to characterise a restriction of competition within the meaning of Article 53(1) EEA. Therefore, the obligation to take account of the legal and economic context is imposed for the purpose of ascertaining both the object and effect of the agreement (compare judgments in *GlaxoSmithKline Services v Commission*, T-168/01, EU:T:2006:265, paragraph 110 and case law cited, and *Asnef-Equifax*, C-238/05, EU:C:2006:734, paragraph 49).
- 61 Second, the Court holds that, given the consequences that flow from classification of an agreement as a restriction of competition by object, that concept must be interpreted restrictively in the sense that it can be applied only to certain types of coordination between undertakings which reveal a sufficient degree of harm to competition that it may be found that there is no need to examine their effects (compare the judgment in *CB v Commission*, cited above, paragraph 58). Only conduct whose harmful nature is easily identifiable, in the light of experience and economics, should be regarded as a restriction of competition by object (compare the Opinion of Advocate General Wahl in *CB v Commission*, cited above, point 56).
- 62 Third, the Court recalls that it is incumbent on ESA or the competent national competition authority to adduce evidence capable of proving the existence of the circumstances that constitute an infringement of Article 53 EEA. Keeping in mind the guarantees provided by Article 6(2) of the European Convention on Human Rights, it follows from the principle of the presumption of innocence that the undertakings to which the decision finding an infringement was addressed must be given the benefit of the doubt (see Case E-15/10 *Posten Norge v ESA* [2012] EFTA Ct. Rep. 246, paragraph 93).

- 60 I denne sammenheng bemerker EFTA-domstolen for det første at det er nødvendig å vurdere avtalens økonomiske og rettslige sammenheng for kunne å identifisere en formålsrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1. Plikten til å ta hensyn til den økonomiske og rettslige sammenheng er følgelig pålagt for å bringe klarhet både i avtalens formål og i dens virkning (jf. dommene i *GlaxoSmithKline Services mot Kommisjonen*, T-168/01, EU:T:2006:265, avsnitt 110 og den rettspraksis som det vises til der, og *Asnef-Equifax*, C-238/05, EU:C:2006:734, avsnitt 49).
- 61 EFTA-domstolen finner for det andre at gitt de konsekvenser klassifiseringen av en avtale som en formålsrestriksjon medfører, bør dette begrep tolkes restriktivt, i den forstand at det bare kan anvendes på visse typer samarbeid mellom foretak som er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det ikke anses å være nødvendig å undersøke virkningene (jf. dommen i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 58). Bare atferd hvis skadelige natur lett lar seg påpeke, i lys av erfaringer og økonomiske forhold, bør betraktes som en formålsrestriksjon (jf. uttalelsen fra generaladvokat Wahl i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 56).
- 62 For det tredje minner EFTA-domstolen om at det påhviler ESA eller den nasjonale konkurransemyndighet å legge frem dokumentasjon som er egnet til å bevise eksistensen av de omstendigheter som utgjør en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53. Sett hen til garantiene gitt i artikkel 6 nr. 2 i Den europeiske menneskerettskonvensjon, følger det av prinsippet om uskyldspresumsjon at tvilen må komme til gode foretak som er omfattet av et vedtak som fastslår en overtredelse (se sak E-15/10 *Posten Norge mot ESA*, Sml. 2012 s. 246, avsnitt 93).

- 63 Finally, it should be recalled that an assessment of whether an agreement is capable of having some impact on the market is only concerned with the likely impact of the agreement on competition. It cannot go as far as a full examination of its actual or potential effects. Nor does it amount to carrying out an assessment of the pro- and anticompetitive effects of the agreement and thus to applying a rule of reason (compare the judgment in *O2 (Germany) v Commission*, T-328/03, EU:T:2006:116, paragraph 69).
- 64 The answer to the first question is therefore that, for an agreement to be regarded as a restriction of competition by object within the meaning of Article 53(1) EEA, it must reveal a sufficient degree of harm to competition. It does not suffice that it is simply capable, having regard to the specific legal and economic context, of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition.
- 65 Moreover, in order to determine whether an agreement between undertakings or a decision by an association of undertakings reveals a sufficient degree of harm to competition, regard must be had to the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms a part. When determining that context, it is also necessary to take into consideration the nature of the services affected, as well as the real conditions of the functioning and structure of the market or markets in question. In addition, although the parties' intention is not a necessary factor in determining whether an agreement between undertakings is restrictive, there is nothing prohibiting the competition authorities, the national courts or the Court from taking that factor into account.

- 63 Endelig bør det minnes om at en vurdering av om en avtale er egnet til å ha en viss innvirkning på markedet, bare skal ta hensyn til avtalens sannsynlige innvirkning på konkurransen. Den kan ikke strekke seg så langt som til en full undersøkelse av avtalens faktiske eller mulige virkninger. Den innebærer heller ikke at det skal gjennomføres en vurdering av avtalens konkurransefremmende og konkurransebegrensende virkninger og dermed heller ikke anvendelse av en såkalt “rule of reason” (jf. dommen i *O2 (Germany)* mot *Kommisjonen*, T-328/03, EU:T:2006:116, avsnitt 69).
- 64 Svaret på det første spørsmål blir derfor at for at en avtale skal kunne anses som en formålsrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, må den fremtre som tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Det er ikke nok at den simpelthen er egnet til å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, hensyn tatt til den særlige økonomiske og rettslige sammenheng.
- 65 For å vurdere om en avtale mellom foretak, eller en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak, er en formålsrestriksjon, må det videre tas hensyn til innholdet i avtalens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenheng avtalen inngår i. Ved vurderingen av sammenhengen er det også nødvendig å ta hensyn til de berørte tjenesters art og de faktiske vilkår for markedets virkemåte eller struktur. Selv om partenes hensikt ikke er avgjørende for vurderingen av om en avtale er en formålsrestriksjon, er intet til hinder for at konkurransemyndighetene, de nasjonale domstoler eller EFTA-domstolen kan ta partenes hensikt i betraktning.

- 66 An agreement reveals a sufficient degree of harm to competition that it may be considered a restriction of competition by object only if its harmful nature is easily identifiable. That assessment cannot go as far as a full examination of its actual or potential effects. Nor can it amount to carrying out an assessment of the pro- and anticompetitive effects and thus to applying a rule of reason.

THE THIRD QUESTION

OBSERVATIONS SUBMITTED TO THE COURT

- 67 The Appellants submit that joint bidding does not constitute a restriction by object.
- 68 They claim that, in order to determine whether joint bidding reveals a sufficient degree of harm to competition, in other words, whether it constitutes a restriction of competition by object, account must be taken of the content of the agreement between the parties submitting the joint bids, the objectives of that agreement, its economic and legal context, and the intention of the parties (reference is made to the judgment in *CB v Commission*, cited above, paragraphs 53 and 54).
- 69 The Appellants acknowledge that the submission of joint bids involves an agreement between the parties presenting the joint bids on the price offered to the contracting authority. However, the submission of joint bids allows tenderers to pool their limited resources and submit more competitive bids. Therefore, the submission of joint bids cannot be equated with a mere agreement to set prices. It does not follow from the case law that classifies price fixing as a restriction by object that joint bidding also constitutes a restriction by object.

- 66 En avtale er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til å kunne anses som en formålsrestriksjon bare om dens skadelige natur lett lar seg påpeke. For denne vurdering kreves ikke en full undersøkelse av avtalens faktiske eller mulige virkninger. Den kan heller ikke innebære at det skal gjennomføres en vurdering av avtalens konkurransefremmende og konkurransebegrensende virkninger og dermed heller ikke anvendelse av en såkalt “rule of reason”.

DET TREDJE SPØRSMÅL

INNLEGG TIL EFTA-DOMSTOLEN

- 67 De ankende parter gjør gjeldende at å inngi felles tilbud ikke utgjør en formålsrestriksjon.
- 68 Etter deres syn må man, for å vurdere om å inngi felles tilbud er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, dvs. er en formålsrestriksjon, ta hensyn til innholdet i avtalen mellom partene som inngir de felles tilbud, avtalens formål, dens økonomiske og rettslige sammenheng og partenes hensikt (det vises til dommen i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 53 og 54).
- 69 De ankende parter vedgår at å inngi felles tilbud innebærer en avtale mellom partene som ga de felles tilbud, om prisen som skulle tilbys den anskaffende myndighet. Imidlertid gir felles tilbud tilbydere anledning til å slå sammen sine begrensede ressurser og gi mer konkurransedyktige tilbud. Derfor kan ikke et felles tilbud sidestilles med en ren avtale om fastsettelse av priser. Det fremgår ikke av den rettspraksis som klassifiserer prisfastsettelse som en formålsrestriksjon, at felles tilbud også utgjør en formålsrestriksjon.

- 70 As regards the particular economic and legal context of the agreement at stake, the Appellants contend that, while it should be given consideration, classification as a restriction by object cannot be based on context alone (reference is made to the Opinion of Advocate General Wahl in *CB v Commission*, cited above, points 44 and 45). In any event, in terms of legal context, there is no case law of the Court or the ECJ, nor decisional practice of ESA or the Commission that recognises joint bidding to constitute a restriction by object. The economic context was not given proper consideration by Borgarting Court of Appeal.
- 71 Therefore, the Appellants contend that the submission of joint bids must be assessed with regard to its effects on competition. This follows, in their view, from paragraph 30 of ESA's Guidelines on the applicability of Article 53 of the EEA Agreement to Horizontal Cooperation Agreements ("Horizontal Guidelines") (OJ 2013 C 362, p. 3). Paragraph 30 belongs to a section headed "restrictive effects on competition". It provides that "horizontal co-operation agreements between competitors who, on the basis of objective factors, would not be able independently to carry out the project or activity covered by the co-operation [...] will normally not give rise to restrictive effects on competition".
- 72 As for the situation where one of the parties submitting a joint bid is able to submit an individual bid, the Appellants argue that the Competition Authority itself has acknowledged in its Guidance on cooperation on projects that an assessment of the effects must be carried out. As regards the submission of joint bids by parties who are both able to submit individual bids, legal and economic literature considers this not to constitute a restriction by object.
- 73 The Norwegian Government maintains that the submission of joint bids by Ski Taxi and Follo Taxi in Tender Procedures 1 and 2 may be considered a restriction of competition by object.

- 70 Når det gjelder den aktuelle avtales økonomiske og rettslige sammenheng, gjør de ankende parter gjeldende at selv om dette bør tas i betraktning, kan klassifiseringen som formålsrestriksjon ikke alene baseres på sammenheng (det vises til uttalelsen fra generaladvokat Wahl i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 44 og 45). Når det gjelder rettslig sammenheng, finnes det uansett ingen rettspraksis fra EFTA-domstolen eller EU-domstolen og heller ingen beslutningspraksis hos ESA eller Kommisjonen som tilsier at inngivelse av felles tilbud utgjør en formålsrestriksjon. Den økonomiske sammenheng, ble ikke gitt nok oppmerksomhet av Borgarting lagmannsrett.
- 71 De ankende parter anfører derfor at inngivelsen av felles tilbud må vurderes ut fra dens virkning på konkurransen. Dette følger etter deres oppfatning av avsnitt 30 i ESAs retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler (“ESAs horisontale retningslinjer”) (EØS-tillegg 2013 nr. 69 s. 1). Avsnitt 30 hører under et avsnitt med tittelen “konkurransbegrensende virkninger”. Her heter det at “horisontale samarbeidsavtaler mellom konkurrenter som, på grunnlag av objektive faktorer, ikke uavhengig ville kunne utføre prosjektet eller aktiviteten som omfattes av samarbeidet, [... vil] vanligvis ikke begrense konkurransen”.
- 72 Når det gjelder situasjonen der én av partene som inngir et felles tilbud er i stand til å inngi et tilbud alene, anfører de ankende parter at Konkurransetilsynet selv har erkjent i sin Veiledning om prosjektsamarbeid at det må foretas en vurdering av virkningene. Når det gjelder felles tilbud fra parter der begge er i stand til å inngi tilbud hver for seg, anser juridisk og økonomisk litteratur at dette ikke utgjør en formålsrestriksjon.
- 73 Den norske stat fastholder at Ski Taxi og Follo Taxis inngivelse av felles tilbud i anbudskonkurranse 1 og 2 kan anses å utgjøre en formålsrestriksjon.

- 74 The agreements listed in Article 53(1) EEA, such as price fixing, constitute the hard core of restrictions by object. While agreements not listed in Article 53(1) EEA may be regarded as restrictions by object, their classification as such requires a more thorough analysis of their economic and legal context, although that analysis does not extend to an examination of their effects (reference is made to the Opinion of Advocate General Wathelet in *Toshiba v Commission*, cited above, points 72 to 74).
- 75 Moreover, the Norwegian Government contends that agreements of which only parts are hard core restrictions may nonetheless constitute restrictions by object. For instance, commercialisation agreements between competitors, that is, agreements between competitors to sell, distribute or promote their substitute products, are not listed in Article 101(1) TFEU. Nevertheless, if the parties to a commercialisation agreement coordinate on prices, the commercialisation agreement likely constitutes a restriction by object (reference is made to the Horizontal Guidelines, paragraph 234).
- 76 The Norwegian Government notes, however, that, according to paragraph 237 of the Horizontal Guidelines, a commercialisation agreement does not constitute a restriction by object if it “is objectively necessary to allow one party to enter a market it could not have entered individually or with a more limited number of parties than are effectively taking part in the cooperation”. The Norwegian Government suggests that joint bidding may be seen as a commercialisation agreement. It is apparent from paragraph 237 of the Horizontal Guidelines that a cooperation agreement is “objectively necessary” only if none of the parties could have entered the market without that agreement. Similarly, joint bidding is “objectively necessary” only if none of the parties that submitted the joint bid could have submitted an individual bid.

- 74 Avtalene angitt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, herunder fastsettelse av priser, utgjør den harde kjerne av formålsrestriksjoner. Selv om også andre avtaler enn dem som er angitt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 kan anses som formålsrestriksjoner, vil en slik klassifisering kreve en grundigere analyse av deres økonomiske og rettslige sammenheng, riktignok slik at analysen ikke vil omfatte en undersøkelse av virkningene av dem (det vises til uttalelsen fra generaladvokat Wathelet i *Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 72 til 74).
- 75 Den norske stat gjør videre gjeldende at avtaler der bare deler faller innenfor den harde kjerne av restriksjoner, likevel kan utgjøre formålsrestriksjoner. For eksempel er markedsføringsavtaler mellom konkurrenter, det vil si avtaler mellom konkurrenter om å selge, distribuere eller markedsføre den annens erstatningsprodukter, ikke ført opp under TEUV artikkel 101 nr. 1. Dersom partene i en markedsføringsavtale koordinerer priser, er det likevel sannsynlig at markedsføringsavtalen utgjør en formålsrestriksjon (det vises til ESAs horisontale retningslinjer, avsnitt 234).
- 76 Den norske stat bemerker imidlertid at avsnitt 237 i ESAs horisontale retningslinjer fastsetter at en markedsføringsavtale ikke utgjør en formålsrestriksjon dersom den er “objektivt nødvendig for at den ene parten skal kunne gå inn på et marked det ikke ville være mulig å gå inn på alene, eller med et mer begrenset antall parter enn det som deltar i samarbeidet”. Den norske stat mener at inngivelse av felles tilbud kan anses som en markedsføringsavtale. Det fremgår av avsnitt 237 i ESAs horisontale retningslinjer at en samarbeidsavtale er “objektivt nødvendig” bare dersom *ingen* av partene kunne ha kommet inn på markedet uten denne avtale. På samme måte er inngivelse av felles tilbud “objektivt nødvendig” bare dersom *ingen* av partene som har inngitt det felles tilbud, kunne ha inngitt et tilbud alene.

- 77 As regards the first criterion to be taken into account in order to determine whether an agreement constitutes a restriction by object, namely, its content and objectives, the Norwegian Government contends that both Ski Taxi and Follo Taxi had sufficient capacity to submit individual bids in both tender procedures. Joint bidding by undertakings that have the capacity to submit individual bids is particularly harmful. It reduces the number of tenderers and eliminates potential competition between the parties submitting the joint bid. Joint bidding may be assimilated to a commercialisation agreement where the parties agree on prices, which is a hard core restriction.
- 78 As regards the second criterion to be taken into account in order to determine whether an agreement constitutes a restriction by object, namely, its economic and legal context, the Norwegian Government reiterates that the parties to the joint bid only need to be potential competitors. Since Ski Taxi and Follo Taxi could have submitted individual bids, they are to be considered as potential competitors.
- 79 Therefore, in the view of the Norwegian Government, the agreement at stake in the present case reveals a sufficient degree of harm to competition and must be regarded as a restriction by object.
- 80 That conclusion is not undermined by the argument advanced by the Appellants that their joint bids are part of a wider, legitimate cooperation. Even if the joint bids were to be regarded as having legitimate, pro-competitive effects, such effects could only be taken into account under Article 53(3) EEA.
- 81 ESA submits that it is for the referring court to determine whether the submission of joint bids by Ski Taxi and Follo Taxi constitutes a restriction by object. However, ESA invites the Court to provide some guidance on the issue.

- 77 Når det gjelder det første kriterium det skal tas hensyn til ved vurderingen av om en avtale utgjør en formålsrestriksjon, nemlig dens innhold og formål, gjør den norske stat gjeldende at både Ski Taxi og Follo Taxi hadde tilstrekkelig kapasitet til å inngi tilbud hver for seg i begge anbudskonkurranser. Inngivelse av felles tilbud av foretak som hver for seg har kapasitet til å inngi tilbud, er særlig skadelig. Det medfører en reduksjon i antall tilbydere og en eliminering av potensiell konkurranse mellom de parter som inngir det felles tilbud. Inngivelse av felles tilbud kan sammenlignes med en markedsføringsavtale der partene avtaler priser, som faller innenfor den harde kjerne av restriksjoner.
- 78 Når det gjelder det annet kriterium som må tas i betraktning i vurderingen av om en avtale utgjør en formålsrestriksjon, nemlig dens økonomiske og rettslige sammenheng, minner den norske stat om at partene i det felles tilbud bare trenger å være potensielle konkurrenter. Siden Ski Taxi og Follo Taxi kunne ha inngitt tilbud hver for seg, må de betraktes som potensielle konkurrenter.
- 79 Derfor er avtalen den foreliggende sak gjelder, etter den norske stats oppfatning, tilstrekkelig skadelig for konkurransen og må anses som en formålsrestriksjon.
- 80 De ankende parters argument om at deres felles tilbud inngår i et bredere, legitimt samarbeid, svekker ikke denne konklusjon. Selv om de felles tilbud skulle anses å ha legitime, konkurransefremmende virkninger, ville slike virkninger bare kunne vurderes etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3.
- 81 ESA anfører at det er den anmodende domstol selv som må vurdere om inngivelse av felles tilbud fra Ski Taxi og Follo Taxi utgjør en formålsrestriksjon. ESA mener imidlertid at det bør gis noe veiledning i dette spørsmål.

- 82 The submission of a joint bid inevitably entails cooperation between the parties on the price offered to the contracting entity. Moreover, it is comparable to a market-sharing agreement, since the parties jointly provide the services at stake and share the contracts awarded.
- 83 In ESA's view, since it is settled case law that price fixing and market sharing agreements reveal a sufficient degree of harm to competition, the analysis of the economic and legal context of the joint bids submitted by Ski Taxi and Follo Taxi can be limited to determining whether those undertakings are actual or potential competitors. Therefore, any pro-competitive elements may only be taken into account under Article 53(3) EEA.
- 84 The Commission submits that in order to determine whether joint bidding, or any type of agreement, constitutes a restriction by object, regard must be had to its content and the objectives, the economic and legal context of which it forms part, and, although that is not a necessary factor, the intentions of the parties.
- 85 As regards the content and the objectives of the agreement, the Commission notes that according to SFD Strategy Document and SFD Shareholders' Agreement, SFD was established in order to reduce competition between Ski Taxi and Follo Taxi and to strengthen their market position vis-à-vis third parties.
- 86 As regards the economic and legal context of the agreement, it is, in the Commission's view, of particular importance that, according to the reference of the national court, Ski Taxi and Follo Taxi could both have submitted individual bids (reference is made to paragraph 237 of the Guidelines of the Commission on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, OJ 2011 C 11, p. 1).

- 82 Inngivelse av et felles tilbud innebærer uvegerlig samarbeid mellom partene om prisen som tilbys anskaffende myndighet. Videre kan dette sammenlignes med en markedsdelingsavtale siden partene i fellesskap yter den aktuelle tjeneste og deler kontraktene som blir tildelt.
- 83 Siden det er fast rettspraksis at fastsettelse av priser og markedsdelingsavtaler er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, kan analysen av den økonomiske og rettslige sammenheng for de felles tilbud som ble inngitt av Ski Taxi og Follo Taxi, etter ESAs syn begrenses til en vurdering av om disse foretak er faktiske eller potensielle konkurrenter. Derfor kan eventuelle konkurransefremmende elementer bare vurderes etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3.
- 84 Kommisjonen gjør gjeldende at for å kunne vurdere om inngivelse av felles tilbud, eller noen form for avtale, utgjør en formålsrestriksjon, må det tas hensyn til dens innhold og formål, den økonomiske rettslige sammenheng den inngår i, og – selv om det ikke er en nødvendig faktor – partenes hensikt.
- 85 Når det gjelder avtalens innhold og formål, anfører Kommisjonen at det følger av SFDs strategidokument og SFDs aksjonæravtale at SFD ble etablert for å redusere konkurransen mellom Ski Taxi og Follo Taxi og styrke deres markedsposisjon i forhold til tredjeparter.
- 86 Når det gjelder avtalens økonomiske og rettslige sammenheng, er det etter Kommisjonens oppfatning av særlig betydning at både Ski Taxi og Follo Taxi ifølge anmodningen om rådgivende uttalelse kunne ha inngitt tilbud hver for seg (det vises til Kommisjonens retningslinjer for anvendelse av artikkel 101 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte på horisontale samarbeidsavtaler, EUT 2011 C 11, s. 1).

87 Moreover, the submission of joint bids was part of a wider scheme, which entailed the establishment of SFD as a provider of administrative tasks for Ski Taxi and Follo Taxi. Therefore, the submission of joint bids may constitute a restraint ancillary to the operation of SFD. If such is the case and the operation of SFD is not anticompetitive, the submission of joint bids does not fall within the scope of Article 53 EEA. It should thus be assessed whether the submission of joint bids was “strictly indispensable” to the operation of SFD (reference is made to the judgment in *MasterCard and Others v Commission*, cited above, paragraph 91). The Commission questions whether the pooling of administrative resources through the establishment of SFD required cooperation on price, quality and capacity, as was achieved through the submission of joint bids.

FINDINGS OF THE COURT

88 By its third question, the referring court asks which legal criteria must be applied in order to determine whether the submission of joint bids by two undertakings may be considered a restriction of competition by object.

89 On this matter, regard must be had to the content of the agreement’s provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms a part. Although the parties’ intention is not a necessary factor, it may be taken into account.

90 It appears that the following categories of agreements have been held to constitute restrictions by object: horizontal agreements to set prices (*CB v Commission*, cited above, paragraph 51); market-sharing agreements (*Toshiba v Commission*, cited above, paragraph 28); agreements to restrict capacity (*Beef Industry Development Society and Barry Brothers*, cited above, paragraph 40); exclusive purchasing agreements (*Stremsel- en Kleursel-fabriek v Commission*, 61/80, EU:C:1981:75, paragraph 12); and agreements to exchange

87 Videre var inngivelsen av felles tilbud del av en bredere ordning, der SFD ble etablert som leverandør av administrative oppgaver for Ski Taxi og Follo Taxi. Derfor kan inngivelsen av felles tilbud utgjøre en begrensning tilknyttet driften av SFD. Dersom dét er tilfelle og driften av SFD ikke er konkurransebegrensende, faller ikke inngivelsen av felles tilbud inn under virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 53. Det bør dermed vurderes om inngivelsen av felles tilbud var “strengt nødvendig” for driften av SFD (det vises til dommen i *MasterCard m.fl. mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 91). Kommisjonen stiller spørsmål ved om sammenslåingen av administrative ressurser gjennom etableringen av SFD forutsatte samarbeid om pris, kvalitet og kapasitet, som ble oppnådd gjennom felles tilbud.

RETTENS BEMERKNINGER

- 88 Ved sitt tredje spørsmål spør den nasjonale domstol hvilke rettslige kriterier som skal anvendes for å bringe på det rene om inngivelse av felles tilbud fra to foretak kan anses å utgjøre en formålsrestriksjon.
- 89 I denne sammenheng må det tas hensyn til innholdet i avtalens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenheng den inngår i. Selv om partenes hensikt ikke er en nødvendig faktor, kan den tas i betraktning.
- 90 Følgende kategorier avtaler synes å ha blitt ansett å utgjøre formålsrestriksjoner: horisontale avtaler om fastsettelse av priser (*CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 51), markedsdelingsavtaler (*Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 28), avtaler om kapasitetsbegrensning (*Beef Industry Development Society og Barry Brothers*, som omtalt over, avsnitt 40), avtaler om eksklusiv kjøpsplikt (*Stremsel- en Kleurselfabriek mot Kommisjonen*, 61/80, EU:C:1981:75, avsnitt 12) og avtaler om

price information (*T-Mobile Netherlands and Others*, cited above, paragraph 35). Although often less harmful than horizontal agreements, some vertical agreements too have been held to constitute restrictions by object: resale price maintenance (*Binon*, 243/83, EU:C:1985:284, paragraph 47); the prohibition of parallel trade (*Consten and Grundig*, cited above, page 343); and a clause in a distribution contract whereby distributors are prohibited from selling certain products on the internet (*Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, cited above, paragraph 54).

- 91 In the present case, the Competition Authority found that the submission of joint bids by SFD on behalf of Ski Taxi and Follo Taxi was to be considered a restriction of competition by object within the meaning of Section 10 of the Competition Act. This was because, by submitting joint bids in Tender Procedures 1 and 2, Ski Taxi and Follo Taxi had “cooperated on price, quality and capacity”. The Appellants do not dispute that. By submitting joint bids in Tender Procedures 1 and 2, they agreed on the price offered to the contracting authority.
- 92 Direct or indirect price fixing is listed in Article 53(1)(a) EEA as prohibited conduct. It is established that horizontal price-fixing by cartels may be considered so likely to have negative effects, in particular on the price, quantity or quality of the goods and services, that it may be considered a restriction of competition by object (compare the judgment in *CB v Commission*, cited above, paragraph 51).
- 93 In the case of agreements expressly referred to in Article 53(1) EEA, the assessment of the economic and legal context of which the agreement under examination forms a part may be limited to what is strictly necessary in order to establish the existence of a restriction of competition by object (compare the judgment in *Toshiba v Commission*, cited above, paragraph 119). In other words, the assessment needs not be as thorough as it would be for agreements

utveksling av prisinformasjon (*T-Mobile Netherlands m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 35). Selv om de ofte er mindre skadelige enn horisontale avtaler, er visse vertikale avtaler også blitt ansett å utgjøre formålsrestriksjoner: bindende videresalgspris (*Binon*, 243/83, EU:C:1985:284, avsnitt 47), forbud mot parallellhandel (*Consten og Grundig*, som omtalt over, side 343) og en bestemmelse i en distribusjonsavtale som forbyr distributører å selge visse produkter på Internett (*Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, som omtalt over, avsnitt 54).

- 91 I den foreliggende sak la Konkurransetilsynet til grunn at inngivelsen av felles tilbud gjennom SFD på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi måtte anses som en formålsrestriksjon etter konkurranseloven § 10. Dette skyldtes at Ski Taxi og Follo Taxi hadde "samarbeidet om pris, kvalitet og kapasitet" ved å inngi felles tilbud i anbudskonkurranse 1 og 2. De ankende parter bestrider ikke dette. Ved å inngi felles tilbud i anbudskonkurranse 1 og 2, avtalte de den pris som skulle tilbys den anskaffende myndighet.
- 92 Direkte eller indirekte fastsettelse av priser er forbudt atferd etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 bokstav a. Det er etablert at sannsynligheten for at horisontal prisfastsettelse av karteller har negative virkninger, særlig på pris, kvantitet eller kvalitet på varene og tjenestene, kan betraktes som så høy at det kan anses som en formålsrestriksjon (jf. dommen i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 51).
- 93 Når det gjelder avtaler som er uttrykkelig nevnt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, kan analysen av den økonomiske og rettslige sammenheng den aktuelle avtale inngår i, begrenses til det som er strengt nødvendig for å bringe på det rene at det foreligger en formålsrestriksjon (jf. dommen i *Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 119). Analysen trenger med andre ord ikke å være like grundig som den må være for avtaler som ikke er nevnt i

not listed in that provision (compare the Opinion of Advocate General Wathelet in *Toshiba v Commission*, cited above, point 74).

- 94 Therefore, in order to determine whether an agreement expressly referred to in Article 53(1) EEA may be regarded as a restriction of competition by object, it still needs to be assessed, albeit in an abridged manner, whether its parties are actual or potential competitors, and whether it is an ancillary restraint.
- 95 Whether the submission of joint bids by SFD on behalf of Ski Taxi and Follo Taxi in the two tender procedures is to be considered a restriction of competition by object is a matter of fact and as such for the referring court to assess. However, the Court will provide the referring court with all the criteria of interpretation within the scope of EEA law which may enable that court to determine the case before it.
- 96 First, as regards the content of the agreement's provisions and its objectives, the Court notes that, although there appears to be no written agreement relating specifically to the submission of joint bids in the two tender procedures, SFD Shareholders' Agreement states that "there will be less competition between [Ski Taxi and Follo Taxi] in the market than previously", and "this applies to [...] pricing policy in tenders".
- 97 Second, as regards the economic and legal context of the submission of the joint bids, in particular the question whether the parties are actual or potential competitors, the Court observes that, according to paragraph 237 of the Horizontal Guidelines, a commercialisation agreement is normally not likely to give rise to competition concerns if it is objectively necessary to allow one party to enter a market it could not have entered individually. This applies in particular to consortia arrangements that allow the companies involved to participate in projects that they would not be able to undertake individually. Only if the parties are actual or potential competitors

denne bestemmelse (jf. uttalelsen fra generaladvokat Wathelet i *Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 74).

- 94 For å bringe på det rene om en avtale som er uttrykkelig nevnt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, kan anses som en formålsrestriksjon, er det derfor fremdeles nødvendig å vurdere, om enn mindre inngående, om partene i avtalen er faktiske eller potensielle konkurrenter, og om det dreier seg om en tilknyttet begrensning.
- 95 Vurderingen av om Ski Taxis og Follo Taxis felles tilbud gjennom SFD må betraktes som en formålsrestriksjon, avhenger av de faktiske forholdene i saken og må derfor foretas av den anmodende domstol. EFTA-domstolen vil imidlertid gi den anmodende domstol alle vurderingskriterier etter EØS-retten som den trenger for å avsi dom i saken.
- 96 For det første, med hensyn til innholdet i avtalens bestemmelser og dens formål, peker EFTA-domstolen på at selv om det ikke synes å foreligge noen skriftlig avtale som spesifikt vedrører inngivelsen av felles tilbud i de to anbudskonkurranser, heter det i SFDs aksjonæravtale at “det [mellom Ski Taxi og Follo Taxi] blir mindre konkurranse i markedet enn tidligere” og at “dette gjelder [...] prispolitikk på anbud”.
- 97 For det andre, med hensyn til den økonomiske og rettslige sammenheng inngivelsen av de felles tilbud inngår i, og særlig spørsmålet om partene er faktiske eller potensielle konkurrenter, nevner EFTA-domstolen at en markedsføringsavtale ifølge avsnitt 237 i ESAs horisontale retningslinjer normalt ikke vil gi opphav til konkurranseproblemer dersom avtalen objektivt sett er nødvendig for at en part skal kunne tre inn på et marked den ikke kunne ha kommet inn på alene. Dette er særlig tilfelle for konsortieavtaler som gjør det mulig for de involverte selskaper å delta i prosjekter som de ikke kunne ha deltatt i hver for seg. Avtalen kan betraktes som en

may the agreement be considered a restriction of competition by object (compare the judgments in *E.ON Ruhrgas v Commission*, T-360/09, EU:T:2012:332, paragraph 104; *Toshiba v Commission*, cited above, paragraphs 30 to 36; and *Lundbeck v Commission*, cited above, paragraph 437). This is because, if the parties are not competitors, their agreement cannot have any form of impact or effect on competition.

98 However, in the present case, according to the Supreme Court's request, Borgarting Court of Appeal found that Ski Taxi and Follo Taxi would have been able to submit individual bids in both tender procedures, and that they were thus competitors in both procedures. That finding is not challenged before the Supreme Court.

99 Third, on the question whether the submission of joint bids may be regarded as an ancillary restraint, the Court notes that an anticompetitive restriction may escape the prohibition laid down in Article 53(1) EEA because it is ancillary to a main operation that is not anticompetitive in nature. It is necessary to enquire whether that operation would be impossible to carry out in the absence of the restriction in question and whether that restriction is proportionate to the underlying objectives of the operation. The fact that that operation is simply more difficult to implement or even less profitable without the restriction concerned cannot be deemed to give that restriction the "objective necessity" required for it to be classified as ancillary. This would undermine the effectiveness of the prohibition laid down in Article 53(1) EEA (compare the judgment in *MasterCard and Others v Commission*, cited above, paragraphs 91 and 107).

100 It is for the referring court to assess whether those conditions are met. At the hearing, the Appellants stated that the question whether the submission of joint bids by SFD was to be considered ancillary to the operation of the joint management company SFD was hypothetical and that they preferred to refrain from commenting on

formålsrestriksjon bare dersom partene er faktiske eller potensielle konkurrenter (jf. dommene i *E.ON Ruhrgas mot Kommisjonen*, T-360/09, EU:T:2012:332, avsnitt 104, *Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 30 til 36) og *Lundbeck mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 437). Dette skyldes at avtalen ikke kan ha noen innvirkning på konkurransen dersom partene ikke er konkurrenter.

- 98 Ifølge den anmodende domstol konkluderte imidlertid Borgarting lagmannsrett med at Ski Taxi og Follo Taxi kunne ha inngitt tilbud hver for seg i begge anbudskonkurranser, og at de følgelig var konkurrenter i begge anbudskonkurranser. Denne konklusjon er ikke tema i anken for Høyesterett.
- 99 For det tredje, med hensyn til spørsmålet om felles tilbud kan betraktes som en tilknyttet begrensning, peker EFTA-domstolen på at en konkurransebegrensende restriksjon kan falle utenfor forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 dersom den er tilknyttet en hovedvirksomhet som etter sin art ikke er konkurransebegrensende. Det er nødvendig å undersøke om denne virksomhet ville ha vært umulig å utøve uten den aktuelle restriksjon, og om restriksjonen står i forhold til virksomhetens underliggende mål. Det at virksomheten blir vanskeligere å utøve eller mindre lønnsom uten restriksjonen, kan ikke gi restriksjonen den "objektive nødvendighet" som kreves for at den skal kunne regnes som tilknyttet. Dette ville undergrave effekten av forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 (jf. dommen i *MasterCard m.fl. mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 91 og 107).
- 100 Det er opp til den anmodende domstol å vurdere om disse vilkår er oppfylt. I rettsmøtet hevdet de ankende parter at spørsmålet om inngivelsen av felles tilbud gjennom SFD måtte regnes som tilknyttet driften av det felleseide driftsselskap SFD, var hypotetisk, og at de

the matter. The Norwegian Government and the Commission, on the other hand, questioned whether the pooling of Ski Taxi's and Follo Taxi's administrative resources achieved through the creation and the operation of SFD required the cooperation on price, quality and capacity which the submission of joint bids implied.

- 101 Therefore, the answer to the third question is that, in order to determine whether the submission of joint bids through a joint management company reveals a sufficient degree of harm that it may be considered a restriction of competition by object, regard must be had to the substance of the cooperation, its objectives and the economic and legal context of which it forms part. The parties' intention may also be taken into account, although this is not a necessary factor.
- 102 Moreover, since the submission of joint bids involves price-fixing, which is expressly prohibited by Article 53(1) EEA, consideration of the economic and legal context may be limited to what is strictly necessary in order to establish the existence of a restriction of competition by object. However, such an assessment needs to take into account, albeit in an abridged manner, whether the parties to an agreement are actual or potential competitors and whether the joint setting of the price offered to the contracting authority constitutes an ancillary restraint.

THE SECOND QUESTION

OBSERVATIONS SUBMITTED TO THE COURT

- 103 While the Appellants acknowledge that disclosure of the cooperation to the contracting authority does not preclude the submission of joint bids from being considered to have a restrictive object, they contend that bid-rigging arrangements such as cover bidding, bid

valgte ikke å kommentere dette. Den norske stat og Kommisjonen stilte spørsmål ved om sammenslåingen av Ski Taxis og Follo Taxis administrative ressurser ved etablering og drift av SFD forutsatte samarbeid om pris, kvalitet og kapasitet, som inngivelse av felles tilbud førte til.

- 101 Svaret på det tredje spørsmål blir derfor at for å vurdere om det å gi et felles tilbud gjennom et felleseid driftsselskap er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det kan anses som en formålsrestriksjon, må det tas hensyn til samarbeidets innhold, dets formål og den økonomiske og rettslige sammenheng samarbeidet inngår i. Partenes hensikt kan også tas i betraktning, selv om dette ikke er en nødvendig faktor ved vurderingen.
- 102 Siden inngivelsen av felles tilbud omfatter prisfastsettelse, som er uttrykkelig forbudt etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, vil undersøkelsen av den økonomiske og rettslige sammenheng kunne begrenses til det som er helt nødvendig for å klargjøre at det foreligger en formålsrestriksjon. En slik undersøkelse vil imidlertid kreve en vurdering, om enn mindre inngående, av om avtalepartene er faktiske eller potensielle konkurrenter, og om den felles fastsettelse av prisen som ble tilbudt anskaffelsesmyndigheten, utgjør en tilknyttet begrensning.

DET ANDRE SPØRSMÅL

INNLEGG TIL EFTA-DOMSTOLEN

- 103 Selv om de ankende parter erkjenner at åpenhet om samarbeidet overfor den anskaffende myndighet ikke utelukker at inngivelsen av felles tilbud kan anses å ha et konkurransebegrensende formål, anfører de at tilbudsrigging av typen proformatilbud, avståelse fra

suppression, bid rotation and market allocation, which are restrictions by object, are usually kept secret.

104 The Norwegian Government, ESA and the Commission submit that it is irrelevant, in order to determine whether a joint bid constitutes a restriction by object, whether the cooperation between the parties was made apparent in the bid. The Commission states that cooperation conducted publicly has been found to constitute a restriction by object.

FINDINGS OF THE COURT

105 By its second question, the referring court asks whether it is relevant, in order to determine whether the submission of joint bids may be considered a restriction of competition by object, that the joint character of the bids was disclosed to the contracting authority. It is not disputed that the tenders clearly stated that the bids were submitted on behalf of Ski Taxi and Follo Taxi.

106 Disclosure to the contracting authority may be an indication that the parties did not intend to infringe the prohibition on agreements between undertakings. However, as mentioned above, although the parties' intention may be taken into account in order to determine whether an agreement may be considered a restriction of competition by object, it is not a necessary factor. As noted by the Commission, cooperation conducted publicly has been found to have an anticompetitive object (compare the judgment in *Beef Industry Development Society and Barry Brothers*, cited above, paragraph 10).

107 It is for the referring court to assess whether the fact that Ski Taxi and Follo Taxi disclosed the joint character of their bids to the contracting authority may support a finding that their conduct cannot be considered a restriction of competition by object.

anbud, anbudsrotasjon og markedsfordeling, som er formålsrestriksjoner, vanligvis holdes hemmelig.

- 104 Den norske stat, ESA og Kommisjonen gjør gjeldende at det for vurderingen av om et felles tilbud utgjør en formålsrestriksjon, er irrelevant om samarbeidet mellom partene fremgikk av tilbudet. Kommisjonen anfører at samarbeid som har foregått offentlig, har blitt ansett å utgjøre en formålsrestriksjon.

RETTENS BEMERKNINGER

- 105 Ved sitt andre spørsmål tar den anmodende domstol opp om det ved vurderingen av om inngivelsen av felles tilbud kan regnes som en formålsrestriksjon, er relevant at anskaffelsesmyndigheten fikk opplyst at tilbudet var felles. Det er ikke omtvistet at det gikk klart frem av tilbudene at de var gitt på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi.
- 106 Åpenhet overfor anskaffelsesmyndigheten kan være et tegn på at partene ikke hadde som hensikt å bryte forbudet mot avtaler mellom foretak. Som nevnt over, er imidlertid partenes hensikt ikke en nødvendig faktor i vurderingen av om en avtale kan anses som en formålsrestriksjon, selv om det kan tas hensyn til den. Som anført av Kommisjonen, har samarbeid blitt funnet å ha et konkurransebegrensende formål selv om det har skjedd offentlig (jf. dommen i *Beef Industry Development Society og Barry Brothers*, som omtalt over, avsnitt 10).
- 107 Det er opp til den anmodende domstol å vurdere om det faktisk at Ski Taxi og Follo Taxi opplyste anskaffelsesmyndigheten om at tilbudene var felles, kan underbygge en konklusjon om at deres atferd ikke kan regnes som en formålsrestriksjon.

108 Therefore, the answer to the second question is that, while the disclosure of the joint nature of the bids to the contracting authority may be an indication that the parties did not intend to infringe the prohibition on agreements between undertakings, that, in itself, is not a prerequisite for determining whether an agreement may be considered a restriction of competition by object.

V COSTS

109 The costs incurred by ESA and the Commission, which have submitted observations to the Court, are not recoverable. Since these proceedings are a step in the proceedings pending before the national court, any decision on costs for the parties to those proceedings is a matter for that court.

On those grounds,

The Court

in answer to the questions referred to it by the Supreme Court of Norway hereby gives the following Advisory Opinion:

- 1. For an agreement to be regarded as a restriction of competition by object within the meaning of Article 53(1) EEA, it must reveal a sufficient degree of harm to competition. It does not suffice that it is simply capable, having regard to the specific legal and economic context, of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition.**
- 2. In order to determine whether an agreement between undertakings or a decision by an association of undertakings reveals a sufficient degree of harm to competition, regard must**

108 Svaret på det andre spørsmål blir derfor at åpenhet overfor anskaffelsesmyndigheten om at tilbudene var felles kan være et tegn på at partene ikke hadde til hensikt å bryte forbudet mot avtaler mellom foretak. Dette er likevel ikke i seg selv en forutsetning for å kunne avgjøre om en avtale kan regnes som en formålsrestriksjon.

V SAKSOMKOSTNINGER

109 Omkostninger som er påløpt for ESA og Kommisjonen, som har inngitt innlegg for EFTA-domstolen, kan ikke kreves dekket. Siden foreleggelsen for EFTA-domstolen utgjør ledd i behandlingen av saken som står for den nasjonale domstol, ligger det til denne domstol å ta en eventuell avgjørelse om saksomkostninger for partene.

På dette grunnlag avgir

EFTA-Domstolen

som svar på spørsmålene forelagt den av Norges Høyesterett, følgende rådgivende uttalelse:

1. **For at en avtale skal kunne betraktes som en formålsrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, må den fremtre som tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Det er ikke nok at den simpelthen er egnet til å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, hensyn tatt til den særlige økonomiske og rettslige sammenheng.**
2. **For å vurdere om en avtale mellom foretak, eller en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak, er en formålsrestriksjon, må det tas hensyn til innholdet i dens**

be had to the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms part. When determining that context, it is also necessary to take into consideration the nature of the services affected, as well as the real conditions of the functioning and structure of the market or markets in question. In addition, although the parties' intention is not a necessary factor in determining whether an agreement between undertakings is restrictive, there is nothing prohibiting the competition authorities, the national courts or the Court from taking that factor into account.

3. An agreement reveals a sufficient degree of harm to competition that it may be considered a restriction of competition by object only if its harmful nature is easily identifiable. That assessment cannot go as far as a full examination of its actual or potential effects. Nor can it amount to carrying out an assessment of the pro- and anticompetitive effects and thus to applying a rule of reason.
4. In order to determine whether the submission of joint bids through a joint management company reveals a sufficient degree of harm that it may be considered a restriction of competition by object, regard must be had to the substance of the cooperation, its objectives and the economic and legal context of which it forms part. The parties' intention may also be taken into account, although this is not a necessary factor.
5. Since the submission of joint bids involves price-fixing, which is expressly prohibited by Article 53(1) EEA, consideration of the economic and legal context may be limited to what is strictly necessary in order to establish the existence of a restriction of competition by object. However, such an assessment needs to take into account, albeit in an abridged manner, whether the parties to an agreement are actual or potential competitors and

bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenheng den inngår i. Ved vurderingen av sammenheng er det også nødvendig å ta hensyn til de berørte tjenesters art og de faktiske vilkår for markedets virkemåte eller struktur. Selv om partenes hensikt ikke er avgjørende for vurderingen av om en avtale er en formålsrestriksjon, er intet til hinder for at konkurransemyndighetene, de nasjonale domstoler eller EFTA-domstolen kan ta partenes hensikt i betraktning.

3. En avtale er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til å kunne anses som en formålsrestriksjon bare om dens skadelige natur lett lar seg påpeke. For denne vurdering kreves ikke en full undersøkelse av avtalens faktiske eller mulige virkninger. Den kan heller ikke innebære at det skal gjennomføres en vurdering av avtalens konkurransefremmende og konkurransebegrensende virkninger og dermed heller ikke anvendelse av en såkalt "rule of reason".
4. For å vurdere om det å gi et felles tilbud gjennom et felleseid driftsselskap er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det kan anses som en formålsrestriksjon, må det tas hensyn til samarbeidets innhold, dets formål og den økonomiske og rettslige sammenheng samarbeidet inngår i. Partenes hensikt kan også tas i betraktning, selv om dette ikke er en nødvendig faktor ved vurderingen.
5. Siden inngivelsen av felles tilbud omfatter prisfastsettelse, som er uttrykkelig forbudt etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, vil undersøkelsen av den økonomiske og rettslige sammenheng kunne begrenses til det som er helt nødvendig for å klargjøre at det foreligger en formålsrestriksjon. En slik undersøkelse vil imidlertid kreve en vurdering, om enn mindre inngående, av om partene i en avtale er faktiske eller potensielle

whether the joint setting of the price offered to the contracting authority constitutes an ancillary restraint.

6. While the disclosure of the joint nature of the bids to the contracting authority may be an indication that the parties did not intend to infringe the prohibition on agreements between undertakings, that, in itself, is not a prerequisite for determining whether an agreement may be considered a restriction of competition by object.

Carl Baudenbacher Per Christiansen Páll Hreinsson

*Delivered in open court in Luxembourg on
22 December 2016.*

Gunnar Selvik
Registrar

Carl Baudenbacher
President

konkurrenter, og om den felles fastsettelse av prisen som ble tilbudt anskaffelsesmyndigheten, utgjør en tilknyttet begrensning.

6. Åpenhet overfor anskaffelsesmyndigheten om at tilbudene var felles kan være et tegn på at partene ikke hadde til hensikt å bryte forbudet mot avtaler mellom foretak. Dette er likevel ikke i seg selv en forutsetning for å kunne avgjøre om en avtale kan regnes som en formålsrestriksjon.

Carl Baudenbacher

Per Christiansen

Páll Hreinsson

*Avsagt i åpen rett i Luxembourg,
22. desember 2016.*

Gunnar Selvik
Justissekretær

Carl Baudenbacher
President

Report for the Hearing

in Case E-3/16

REQUEST to the Court pursuant to Article 34 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice by the Supreme Court of Norway (*Norges Høyesterett*), in a case pending before it between

Ski Taxi SA, Follo Taxi SA and Ski Follo Taxidrift AS

≡V≡

The Norwegian Government, represented by the Competition Authority (*Den norske stat v/Konkurransetilsynet*)

concerning the interpretation of the EEA Agreement, and in particular Article 53 thereof.

I INTRODUCTION

- 1 By a letter of 19 February 2016, registered at the Court as Case E-3/16 on 24 February 2016, the Supreme Court of Norway (*Norges Høyesterett*) requested an Advisory Opinion in the case pending before it between, on the one hand, Ski Taxi SA (“Ski Taxi”), Follo Taxi SA (“Follo Taxi”) and Ski Follo Taxidrift AS (“SFD”) and, on the other hand, the Norwegian Government, represented by the Norwegian Competition Authority (*den norske stat v/Konkurransetilsynet*) (“the Norwegian Government”). By its request, the Supreme Court referred three questions concerning the interpretation of Article 53 EEA.

Rettsmøterapport

i sak E-3/16

ANMODNING til Domstolen i henhold til artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Norges Høyesterett i en sak for denne domstol mellom

Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS

≡ og ≡

Den norske stat v/Konkurransetilsynet

om fortolkningen av EØS-avtalen, særlig artikkel 53.

I INNLEDNING

- 1 Ved brev 19. februar 2016, registrert ved EFTA-domstolen 24. februar 2016 som sak E-3/16, innga Norges Høyesterett en anmodning om rådgivende uttalelse i en sak som står for den mellom Ski Taxi SA (“Ski Taxi”), Follo Taxi SA (“Follo Taxi”) og Ski Follo Taxidrift AS (“SFD”) på den ene side, og den norske stat v/Konkurransetilsynet (“den norske stat”) på den annen. Ved sin anmodning forela Høyesterett tre spørsmål angående fortolkningen av EØS-avtalen artikkel 53.

- 2 In the proceedings before the referring court, Ski Taxi, Follo Taxi and SFD are appealing against the judgment of 17 March 2015 of Borgarting Court of Appeal (*Borgarting lagmannsrett*), which upheld a decision by the Competition Authority to impose administrative fines on Ski Taxi, Follo Taxi and SFD for infringing the national prohibition on anti-competitive agreements by submitting joint bids in two tender procedures launched by Oslo University Hospital.

II LEGAL BACKGROUND

EEA LAW

- 3 Article 53 EEA reads as follows:
 1. *The following shall be prohibited as incompatible with the functioning of this Agreement: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Contracting Parties and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the territory covered by this Agreement, and in particular those which:*
 - (a) *directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;*
 - (b) *limit or control production, markets, technical development, or investment;*
 - (c) *share markets or sources of supply;*
 - (d) *apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;*

- 2 I saken for den anmodende domstol har Ski Taxi, Follo Taxi og SFD anket Borgarting lagmannsretts dom 17. mars 2015, som stadfestet Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr for Ski Taxi, Follo Taxi og SFD for overtredelse av det nasjonale forbud mot konkurransebegrensende avtaler ved å ha sendt inn felles tilbud i to anbudskonkurranser utlyst av Oslo universitetssykehus.

II RETTSLIG BAKGRUNN

EØS-RETT

3. EØS-avtalen artikkel 53 lyder:
 1. *Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom avtalepartene, og som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innen det territorium som er omfattet av denne avtale, skal være uforenlige med denne avtales funksjon og forbudt, særlig slike som består i*
 - (a) *å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,*
 - (b) *å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,*
 - (c) *å dele opp markeder eller forsyningskilder,*
 - (d) *å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,*

- (e) *make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.*
2. *Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.*
3. *The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:*
- *any agreement or category of agreements between undertakings;*
 - *any decision or category of decisions by associations of undertakings;*
 - *any concerted practice or category of concerted practices;*

which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:

- (a) *impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;*
- (b) *afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.*

NATIONAL LAW

THE COMPETITION ACT

- 4 Section 10 of the Norwegian Act of 5 March 2004 No 12 on competition between undertakings and control of concentrations (“the Competition Act”) corresponds to Article 53 EEA. It prohibits

- (e) *å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter deres art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjensstanden.*
2. *Avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til denne artikkel, skal ikke ha noen rettsvirkning.*
3. *Det kan imidlertid erklæres at bestemmelsene i nr. 1 ikke skal anvendes på*
- avtaler eller grupper av avtaler mellom foretak,*
 - beslutninger eller grupper av beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak, og*
 - samordnet opptreden eller grupper av slik opptreden,*
- som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten*
- (a) *å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller*
- (b) *å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder.*

NASJONAL RETT

KONKURRANSELOVEN

- 4 Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (“konkurranseloven”) § 10 svarer til EØS-avtalen artikkel 53. Den forbyr enhver avtale mellom foretak,

all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices, which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition.

- 5 Pursuant to Section 12 of the Competition Act, undertakings that infringe Section 10 of that Act may be ordered to bring the infringement to an end.
- 6 According to Section 29(1)(a) of the Competition Act, administrative fines may be imposed on undertakings that infringe Section 10 of the same Act.

III FACTS AND PROCEDURE

BACKGROUND

- 7 Ski Taxi and Follo Taxi provide passenger transport services using small passenger cars. They are active in the Follo region outside of Oslo, more precisely in the seven municipalities of Nesodden, Frogn, Vestby, Ås, Enebakk, Ski and Oppegård. In autumn 2010, approximately 24 taxi licence holders were affiliated to Ski Taxi. Ski Taxi is active mostly in the municipalities of Ski, Ås and Oppegård. However, it also provides services in the other municipalities in the Follo region. In autumn 2010, 46 taxi licence holders were affiliated to Follo Taxi. Follo Taxi is active mainly in the municipalities of Nesodden, Frogn, Vestby, Ås and Enebakk. It also has a certain amount of activity in Ski and Oppegård.
- 8 In 2001, Ski Taxi and Follo Taxi established a joint management company, SFD, to carry out administrative activities common to its shareholders' respective dispatch centres. This is because neither Ski Taxi's dispatch centre nor Follo Taxi's have any employees. In particular, SFD is responsible for the booking system, the

enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen.

- 5 Etter konkurranseloven § 12 kan foretak som overtrer § 10, pålegges å bringe overtredelsen til opphør.
- 6 Etter konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a kan foretakene også bli ilagt overtredelsesgebyr for overtredelse av § 10.

III FAKTUM OG SAKSGANG

BAKGRUNN

- 7 Ski Taxi og Follo Taxi yter passasjertransporttjenester med små personbiler. De driver virksomhet i Follo-regionen utenfor Oslo, nærmere bestemt i de syv kommuner Nesodden, Frogn, Vestby, Ås, Enebakk, Ski og Oppegård. Høsten 2010 var ca. 24 løyvehavere tilknyttet Ski Taxi. Ski Taxi driver primært virksomhet i kommunene Ski, Ås og Oppegård, men har også en viss aktivitet i de andre kommuner i Follo-regionen. Høsten 2010 var 46 løyvehavere tilknyttet Follo Taxi. Follo Taxi driver primært virksomhet i kommunene Nesodden, Frogn, Vestby, Ås og Enebakk. Follo Taxi har også noe virksomhet i Ski og Oppegård.
- 8 Ski Taxi og Follo Taxi opprettet i 2001 SFD som et felleseid driftsselskap for å ivareta administrative fellesfunksjoner for de to aksjeeiernes sentraler. Dette var fordi verken Ski Taxi eller Follo Taxi hadde ansatte på sine sentraler. SFD har spesielt ansvar for bestillingssystem, drift av sentralbord, kommunikasjon og

switchboard operation, the communication and IT infrastructure, the invoicing and accounting, as well as the organisation of courses for new drivers. Ski Taxi and Follo Taxi each own 50% of the shares in SFD.

- 9 SFD's other activities consist in the submission of bids in tender procedures. While the tender is submitted by SFD and the contract is also awarded to SFD, for the purposes of fulfilling the contract, the taxi licence holders affiliated to Ski Taxi and Follo Taxi are SFD's subcontractors.
- 10 An SFD document headed "strategy document – 2009-2010" ("SFD Strategy Document") describes the activity of SFD as follows: "to secure and win major contracts" and "to take measures to meet competition in the form of joint projects or marketing efforts". A shareholders' agreement entered into by Ski Taxi and Follo Taxi on 3 May 2007 ("SFD Shareholders' Agreement") provides as follows: "the position of the parties in relation to the functions assigned to the company indicates that there will be less competition between them in the market than previously. This applies to both pric[ing] policy in tenders and other strategic measures in relation to the market. Should this changed situation require permits from public authorities, such permits must be obtained".
- 11 The SFD Shareholders' Agreement provides that SFD's board shall consist of five members. Of those five members, two are selected by Ski Taxi, two are selected by Follo Taxi, and one is independent of the shareholders.
- 12 In 2010, Oslo University Hospital launched two tender procedures for the award of framework agreements for the provision of patient transport services for the South-Eastern Norway Regional Health Authority (*Helse Sør-Øst RHF*).

IT-infrastruktur, fakturering, regnskapsføring og kursing av nye sjåførere. Ski Taxi og Follo Taxi eier hver 50 prosent av aksjene i SFD.

- 9 SFD har også inngitt tilbud i flere anbudskonkurranser. SFD står som avtalepart i disse anbudskontrakter, mens løyvehaverne tilknyttet Ski Taxi og Follo Taxi står som underleverandører til SFD.
- 10 I et SFD-dokument med tittelen “strategidokument – 2009-2010” (“SFDs strategidokument”) beskrives SFDs virksomhet som følger: “å sikre og vinne tilbake større anbud” og “møte konkurransen med tiltak i form av fellesprosjekter eller markedstiltak”. I aksjonæravtalen Ski Taxi og Follo Taxi inngikk 3. mai 2007 (“SFDs aksjonæravtale”), heter det: “Partenes posisjon relatert til de funksjoner som tillegges selskapet, tilsier at det dem imellom blir mindre konkurranse i markedet enn tidligere. Dette gjelder både prispolitikk på anbud og andre strategiske tiltak overfor markedet. I fall denne endrede situasjonen trenger offentlige tillatelser, blir disse å innhente.”
- 11 SFDs aksjonæravtale fastsetter at SFDs styre skal ha fem medlemmer. Av disse skal to velges av Ski Taxi, to skal velges av Follo Taxi og én skal være uavhengig av aksjeeierne.
- 12 I 2010 utlyste Oslo universitetssykehus to anbudskonkurranser om rammeavtale for pasientreiser for Helse Sør-Øst RHF.

- 13 The first procedure launched by Oslo University Hospital was for the award of framework agreements for the provision of patient transport services from and to nine different areas in the Counties of Oslo and Akershus (“Tender Procedure 1”). One of those nine areas, that of Southern Follo, covered the municipalities of Nesodden, Ås, Frogn and Vestby. Therefore, as regards the area of Southern Follo, the framework agreements concerned the transport of patients from Nesodden, Ås, Frogn and Vestby to Oslo University Hospital, and from that hospital to those municipalities. Another of the nine areas, that of Northern Follo, covered the municipalities of Ski, Enebakk and Oppegård. As regards the area of Northern Follo, the framework agreements concerned the transport of patients from Ski, Enebakk and Oppegård to Oslo University Hospital, and from that hospital to those municipalities. The contract documents stated that in 2009, transport assignments in Southern and Northern Follo had accounted for approximately 40 100 journeys, spread over the 24 hours of the day. The criteria for award were price and quality, each weighing 50%. Quality was itself based on four parameters, each weighing 12.5%: training and competence of personnel, capacity (number of dedicated cars), condition of vehicles and equipment for use in the assignments, and system for dealing with enquiries.
- 14 In Tender Procedure 1, SFD submitted a joint tender on behalf of Ski Taxi and Follo Taxi for two areas, Southern Follo and Northern Follo. The rate per kilometre in SFD’s tender was NOK 19.60, and the number of dedicated cars was 42 (21 cars for the Southern Follo area, and 21 cars for the Northern Follo area). It was clearly stated in the tender that the bid was submitted on behalf of Ski Taxi and Follo Taxi.
- 15 Since SFD was the sole tenderer for those two areas, Oslo University Hospital cancelled the procedure for those two areas. The procedure was completed for the remaining seven areas.

- 13 Den første anbudskonkurranse Oslo universitetssykehus utlyste, gjaldt tildeling av rammeavtaler om kjøp av pasientreiser til og fra ni ulike anbudsområder i Oslo og Akershus (“anbudskonkurranse 1”). Ett av disse ni områder, Søndre Follo, omfattet kommunene Nesodden, Ås, Frogn og Vestby. For Søndre Follo gjaldt rammeavtalen derfor pasienttransport fra Nesodden, Ås, Frogn og Vestby til Oslo universitetssykehus og fra sykehuset tilbake til kommunene. Et annet av disse ni områder, Nordre Follo, omfattet kommunene Ski, Enebakk og Oppegård. For Nordre Follo gjaldt rammeavtalene pasienttransport fra Ski, Enebakk og Oppegård til Oslo universitetssykehus og tilbake. Konkurransesgrunnlaget opplyste at transportoppdragene i Søndre og Nordre Follo i 2009 omfattet ca. 40 100 turer, fordelt over hele døgnet. Etter tildelingskriteriene ble pris og kvalitet vektet med 50 prosent hver. Kvalitet knyttet seg til fire parametere som hver var vektet med 12,5 prosent: opplæring og kompetanse, kapasitet (antall dedikerte biler), vognmaterialets tilstand og utstyr, og mottaksapparat.
- 14 I anbudskonkurranse 1 innga SFD på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi ett felles tilbud for begge anbudsområder, Søndre Follo og Nordre Follo. Kilometerprisen i SFDs tilbud var kr 19,60, og antallet dedikerte biler var 42 (21 biler for området Søndre Follo og 21 biler for Nordre Follo). Det fremkom klart av tilbudet at det var gitt på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi.
- 15 Siden SFD var eneste tilbyder for disse to anbudsområder, avlyste Oslo universitetssykehus anbudskonkurransen for disse to områder. For de øvrige områder ble anbudskonkurransen gjennomført.

- 16 Therefore, on 21 September 2010, Oslo University Hospital launched another procedure (“Tender Procedure 2”). That procedure concerned the award of framework agreements for the provision of the same services as in Tender Procedure 1, in the areas where Tender Procedure 1 had been cancelled, that is, the two areas of Southern Follo and of Northern Follo. However, Southern and Northern Follo was this time divided into five, and not two, areas: Oppegård, Ås, Nesodden, Frogn and Vestby. According to the contract documents, transport assignments in those five areas had accounted for approximately 33 900 journeys in 2009 spread over the 24 hours of the day.
- 17 In Tender Procedure 2, SFD submitted a joint tender on behalf of Ski Taxi and Follo Taxi for all five areas. The rate per kilometre in SFD’s tender was NOK 18 for the Oppegård area and NOK 19.60 for the areas of Ås, Nesodden, Frogn and Vestby. The tender provided for 30 dedicated cars (10 cars for the Oppegård area, and 5 cars each for the other areas). It was clearly stated in the tender that the bid was submitted on behalf of Ski Taxi and Follo Taxi. Tenders for all five areas were also submitted by two other companies, Oslo Taxi and Konsentra. Konsentra offered the lowest price, but quality varied among the offers. Therefore, Oslo University Hospital entered into framework agreements with all three companies, namely SFD, Oslo Taxi and Konsentra, for all five areas. It assigned second priority to SFD in all areas, while Oslo Taxi and Konsentra were assigned first and third priority alternatively in different areas.
- 18 On 31 August 2010 Oslo University Hospital sent a letter to the Competition Authority and the municipal authority in charge of taxi licences, in which it voiced frustration concerning the lack of competition in the Follo region. In that letter, Oslo University Hospital stated, in particular, that “as one of the largest purchasers of taxi services we experience that lacking competition in the taxi market in the Follo region is exploited through a disproportionately high kilometre price”.

- 16 Oslo universitetssykehus utlyste derfor 21. september 2010 en ny anbudskonkurranse (“anbudskonkurranse 2”). Denne anbudskonkurranse gjaldt tildeling av rammeavtaler om kjøp av de samme tjenester som i den avlyste del av anbudskonkurranse 1, det vil si de to områder Søndre Follo og Nordre Follo, bortsett fra at Søndre og Nordre Follo denne gang var delt inn i fem, ikke to, områder: Oppegård, Ås, Nesodden, Frogn og Vestby. Ifølge konkurransegrunnlaget omfattet transportoppdragene i de fem områder ca. 33 900 turer i 2009, fordelt over hele døgnet.
- 17 I anbudskonkurranse 2 innga SFD ett felles tilbud på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi for alle fem områder. Kilometerprisen i SFDs tilbud var kr 18 for Oppegård-området og kr 19,60 for områdene Ås, Nesodden, Frogn og Vestby. Tilbudet omfattet 30 dedikerte biler (10 biler for Oppegård-området og fem for hvert av de andre områder). Det fremkom klart av tilbudet at det var gitt på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi. To andre aktører, Oslo Taxi og Konsentra, innga også tilbud for alle de fem områder. Den laveste pris var tilbudt av Konsentra, men kvaliteten på tilbudene varierte. Oslo universitetssykehus inngikk derfor rammeavtaler for alle fem anbudsområder med alle de tre aktører, SFD, Oslo Taxi og Konsentra. SFD ble tildelt 2. prioritet i alle områdene, mens Oslo Taxi og Konsentra vekselvis fikk 1. og 3. prioritet i ulike områder.
- 18 Den 31. august 2010 sendte Oslo universitetssykehus et brev til Konkurransetilsynet og den kommunale løyvemyndighet, der det ble gitt uttrykk for frustrasjon over mangelen på konkurranse i Follo-regionen. I brevet uttalte Oslo universitetssykehus spesielt at “som en av de største kjøperne av drosjetjenester opplever vi med dette at manglende konkurranse i drosjemarkedet i Follo utnyttet til å ta uforholdsmessig høy kilometerpris”.

- 19 A letter sent by SFD to the Competition Authority on 17 November 2010 describes as follows the submission of joint bids by SFD:
- “b) Tenders that may be of interest to SFD are prepared and presented to the board of ... SFD by the general manager. All aspects of the tender are then considered, such as capacity, profit and risk and so forth. It is thereafter decided whether a bid shall be submitted or not. This tender [the tenders submitted in Tender Procedures 1 and 2] is one of the most important tenders and sources of income for SFD and it has been agreed the whole time that SFD should submit a bid on behalf of the taxi centrals.
 - c) As of the start in the middle of June 2001, there has been agreement that SFD shall submit bids in tender competitions on behalf of both of the taxi centrals.
 - d) The content of the tender is examined and assessed by the general manager in SFD. The necessary information and statistics have been examined and assessed. Calculations made to ensure an acceptable economy and risk in the tender is presented to the board, which has approved the price setting.
 - e) The general manager in SFD calculated the prices based on the economy and risks in the tender”.
- 20 By Decision of 4 July 2011, the Competition Authority found that Ski Taxi, Follo Taxi and SFD had infringed Section 10 of the Competition Act and imposed fines on them (“the Decision of the Competition Authority”).
- 21 According to the Competition Authority, Ski Taxi and Follo Taxi would have been able to submit separate tenders in Tender Procedure 1 and Tender Procedure 2. They were thus to be regarded as competitors. Therefore, the submission of joint bids through SFD constituted cooperation between Ski Taxi and Follo Taxi. Such cooperation had as its object the restriction of competition and was prohibited by Section 10 of the Competition Act.

- 19 I et brev sendt 17. november 2010 til Konkurransetilsynet beskriver SFD de felles tilbud som følger:
- “b) Anbud som kan være av interesse for SFD blir forberedt og presentert i styret til SFD av daglig leder. Her vurderes alle sider ved anbudet, slik som kapasitet, fortjeneste og risiko m.m. Deretter blir det bestemt om det skal inngis tilbud eller ikke. Dette anbudet [tilbudene inngitt i anbudskonkurranse 1 og 2] er et av de viktigste anbudene og inntektskildene til SFD, og det har hele tiden vært enighet om at SFD skal legge inn tilbud på vegne av sentralene.
 - c) Fra oppstarten i midten av juni 2001 har det vært enighet om at SFD i anbudskonkurranser skal inngi tilbud på vegne av begge sentralene.
 - d) Innholdet i anbudet er vurdert og gjennomgått av daglig leder i SFD. Nødvendig informasjon og statistikk er gjennomgått og vurdert. Beregninger for å sikre SFD en akseptabel økonomi og risiko i anbudet er presentert styret, som har gitt aksept for prissettingen.
 - e) Daglig leder for SFD beregnet prisene basert på økonomien og risikoen i anbudet”.
- 20 Ved vedtak 4. juli 2011 fant Konkurransetilsynet at Ski Taxi, Follo Taxi og SFD hadde overtrådt konkurranseloven § 10 og ila dem overtredelsesgebyr (“Konkurransetilsynets vedtak”).
- 21 Konkurransetilsynets vedtak bygget på at Ski Taxi og Follo Taxi kunne ha inngitt tilbud hver for seg i anbudskonkurranse 1 og anbudskonkurranse 2. De måtte dermed betraktes som konkurrenter. Følgelig utgjorde inngivelse av felles tilbud gjennom SFD et samarbeid mellom Ski Taxi og Follo Taxi. Samarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål i strid med konkurranseloven § 10.

- 22 The Decision of the Competition Authority reads as follows: “SFD’s submission of a joint tender on behalf of Ski Taxi and Follo Taxi was ... a tender cooperation between de facto and potential competitors. The two dispatch centres cooperated with respect to price, quality and capacity. As a result of the cooperation, Ski Taxi and Follo Taxi did not compete by submitting separate tenders in Tender [Procedure] 1 and Tender [Procedure] 2. The Competition Authority therefore finds that the tender cooperation in question must be deemed to have had a competition-restricting object in contravention of Section 10, first paragraph, of the Competition Act. It is not necessary, therefore, to provide evidence of any competition-restricting effect.”
- 23 By judgment of 8 February 2013, Follo District Court (*Follo tingrett*) annulled the Decision of the Competition Authority. It found that Ski Taxi and Follo Taxi were not potential competitors as regards Tender Procedure 1, and were only partially potential competitors as regards Tender Procedure 2. The submission of joint bids by SFD did not constitute a restriction of competition by object. It could, as regards Tender Procedure 2, constitute a restriction of competition by effect. However, that was not the case, since the effect on competition was not appreciable.
- 24 By judgment of 17 March 2015, Borgarting Court of Appeal upheld the Decision of the Competition Authority. It held that the dispatch centres of Ski Taxi and Follo Taxi were competitors in Tender Procedure 1 and Tender Procedure 2. The Court of Appeal found that the submission of joint bids by SFD was capable of restricting competition and that the cooperation constituted a restriction of competition by object. Therefore, the Court of Appeal imposed on Ski Taxi, Follo Taxi and SFD administrative fines of, respectively, NOK 100 000, NOK 200 000 and NOK 1 million.

- 22 Konkurransetilsynets vedtak lyder som følger: “SFDs inngivelse av felles tilbud på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi var ... et anbudssamarbeid mellom faktiske og potensielle konkurrenter. De to taxisentralene samarbeidet om pris, kvalitet og kapasitet. Samarbeidet medførte at Ski Taxi og Follo Taxi ikke konkurrerte om å inngi separate tilbud i Anbudskonkurranse 1 og Anbudskonkurranse 2. Konkurransetilsynet har derfor kommet til at det aktuelle anbudssamarbeidet må anses å ha et konkurransebegrensende formål etter konkurranseloven § 10 første ledd. Det er derfor ikke nødvendig å påvise en konkurransebegrensende virkning.”
- 23 Follo tingrett avsa 8. februar 2013 dom der Konkurransetilsynets vedtak ble kjent ugyldig. Tingretten kom til at partene ikke var potensielle konkurrenter i anbudskonkurranse 1 og kun delvis i anbudskonkurranse 2. Tingretten fant at inngivelsen av felles tilbud gjennom SFD ikke utgjorde en formålsrestriksjon. Samarbeidet i anbudskonkurranse 2 ble ansett å kunne ha konkurransebegrensende virkning, men tingretten kom til at konkurransen ikke ble merkbart påvirket.
- 24 Borgarting lagmannsrett kom i dom 17. mars 2015 til at Konkurransetilsynets vedtak var gyldig. Lagmannsretten bygget på at taxisentralene var konkurrenter i anbudskonkurranse 1 og anbudskonkurranse 2. Den kom til at inngivelsen av felles tilbud gjennom SFD var egnet til å begrense konkurransen og at samarbeidet utgjorde en formålsrestriksjon. Lagmannsretten ila følgelig Ski Taxi, Follo Taxi og SFD overtredelsesgebyr på henholdsvis 100 000 kroner, 200 000 kroner og 1 million kroner.

- 25 Ski Taxi, Follo Taxi and SFD appealed against that judgment to the Supreme Court of Norway. The appeal does not concern the factual findings of Borgarting Court of Appeal, which held that Follo Taxi and Ski Taxi would have been able to submit separate tenders in Tender Procedure 1 and Tender Procedure 2 and were thus competitors. Therefore, those factual findings may be relied on in the advisory opinion.
- 26 By decision of 24 July 2015, the Supreme Court granted leave to appeal on matters of law. The proceedings before the referring court concern, provisionally, only the question whether the submission of joint bids by SFD on behalf of Ski Taxi and Follo Taxi constitutes a restriction of competition by object.
- 27 On 24 February 2016, the Court received a request from the Supreme Court for an advisory opinion.

IV QUESTIONS

- 28 The following questions have been referred to the Court:
- 1. What is the legal test when determining whether an agreement between undertakings has a competition-restricting object within the meaning of Article 53 EEA?**
 - a) In this context, is it sufficient in order to be able to categorise a form of conduct as an infringement by object pursuant to Article 53 EEA, that the cooperation is capable of restricting competition?**
 - 2. What is the legal significance for the consideration of whether a form of conduct constitutes an infringement by object, that such cooperation took place openly vis-à-vis the procuring authority?**

- 25 Ski Taxi, Follo Taxi og SFD anket dommen til Høyesterett. Anken angår ikke Borgarting lagmannsretts vurdering av faktum som bygget på at Follo Taxi og Ski Taxi kunne ha inngitt tilbud hver for seg i anbudskonkurranse 1 og anbudskonkurranse 2 og dermed var konkurrenter. Dette faktagrunnlag kan derfor legges til grunn i den rådgivende uttalelse.
- 26 Ved beslutning 24. juli 2015 tillot Høyesterett anken fremmet hva gjaldt lagmannsrettens rettsanvendelse. Forhandlingene i den anmodende domstol gjelder foreløpig bare spørsmålet om inngivelse av felles tilbud gjennom SFD på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi utgjør en formålsrestriksjon.
- 27 Den 24. februar 2016 mottok EFTA-domstolen en anmodning fra Høyesterett om en rådgivende uttalelse.

IV SPØRSMÅL

- 28 Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:
- Hva er det rettslige vurderingstemaet ved vurderingen av om en avtale mellom foretak har et konkurransebegrensende formål etter EØS-avtalen artikkel 53?**
 - Er det i denne forbindelse tilstrekkelig for å kategorisere en adferd som en formålsovertredelse etter EØS-avtalen artikkel 53, at samarbeidet er egnet til å være konkurransebegrensende?**
 - Hvilken rettslig betydning har det for vurderingen av om en adferd er en formålsovertredelse at samarbeidet ble gjort åpent for den anskaffende myndighet?**

3. **What legal criteria must in particular be emphasised when considering whether cooperation that takes the form of two competing companies submitting a joint tender through a joint venture, and where the two undertakings are to be subcontractors to the joint venture, should be deemed to constitute an infringement by object?**

V WRITTEN OBSERVATIONS

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

- Ski Taxi, Follo Taxi and SFD, represented by Stephan L. Jervell, Advokat;
- the Norwegian Government, represented by Pål Wennerås, Advokat, Office of the Attorney General (Civil Affairs);
- the EFTA Surveillance Authority (“ESA”), represented by Carsten Zatschler, Clémence Perrin, and Øyvind Bø, members of its Department of Legal & Executive Affairs, acting as Agents; and
- the European Commission (“the Commission”), represented by Henning Leupold, Hubert van Vliet and Teresa Vecchi, members of its Legal Service, acting as Agents.

3. **Hvilke rettslige kriterier skal særlig tillegges vekt ved vurderingen av om et samarbeid, som skjer ved at to konkurrerende selskaper innleverer et felles tilbud gjennom et felleseiet foretak, og hvor de to foretakene skal være underleverandører til det felleseide foretaket, skal anses som en formålsovertredelse?**

V SKRIFTLIGE INNLEGG

29 I medhold av artikkel 20 i Domstolens vedtekter og artikkel 97 i Domstolens rettergangsordning er skriftlige innlegg inngitt av:

- Ski Taxi, Follo Taxi og SFD, representert ved advokat Stephan L. Jervell,
- Den norske stat, representert ved advokat Pål Wennerås, Regjeringsadvokaten,
- EFTAs overvåkningsorgan (“ESA”), representert ved Carsten Zatschler, Clémence Perrin, og Øyvind Bø, medlemmer av Department of Legal & Executive Affairs, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen (“Kommisjonen”), representert ved Henning Leupold, Hubert van Vliet og Teresa Vecchi, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste, som partsrepresentanter.

VI SUMMARY OF THE ARGUMENTS SUBMITTED AND ANSWERS PROPOSED

SKI TAXI, FOLLO TAXI AND SFD

30 At the outset, Ski Taxi, Follo Taxi and SFD submit that, contrary to the contention of the Norwegian Government before the referring court, neither the Decision of the Competition Authority nor the judgment of Borgarting Court of Appeal found that Ski Taxi and Follo Taxi had agreed to refrain from submitting individual bids. Hence, a finding that an agreement to that effect between Ski Taxi and Follo Taxi exists constitutes a new matter of fact, which, according to the Notes for the guidance of Counsel in written and oral proceedings before the EFTA Court,¹ the Court should disregard.²

THE FIRST QUESTION

31 Ski Taxi, Follo Taxi and SFD submit that, in order to classify specific conduct as constituting a restriction by object, it does not suffice that such conduct is capable of restricting competition. Rather, it must reveal a sufficient degree of harm to competition.

32 In that respect, Ski Taxi, Follo Taxi and SFD state that Article 53(1) EEA prohibits agreements that “have as their object or effect” the restriction of competition. Only the most serious and harmful restrictions should be classified as restrictions by object.³ They argue that caution should be exercised in that regard since restrictions by

1 Reference is made to Section B1, second paragraph, of the Notes.

2 Reference is made to the judgment in *AC-ATEL Electronics Vertriebs GmbH v Hauptzollamt München-Mitte*, C-30/93, EU:C:1994:224, paragraph 18.

3 Reference is made, in particular, to the Opinion of Advocate General Wahl in *Groupement des cartes bancaires v Commission*, C-67/13 P, EU:C:2014:1958, points 54 to 61.

VI SAMMENDRAG AV FREMSATTE ARGUMENTER OG FORSLAG TIL SVAR

SKI TAXI, FOLLO TAXI OG SFD

30 Innledningsvis anfører Ski Taxi, Follo Taxi og SFD at i motsetning til hva den norske stat har påstått for den anmodende domstol, kom verken Konkurransetilsynet eller Borgarting lagmannsrett til at Ski Taxi og Follo Taxi hadde avtalt å avstå fra å inngi tilbud hver for seg. Å legge til grunn at det foreligger en slik avtale mellom Ski Taxi og Follo Taxi, utgjør således et nytt element som EFTA-domstolen etter Veiledning for prosessfullmektiger i forbindelse med den skriftlige og muntlige forhandlingen ved EFTA-domstolen¹ skal se bort fra.²

DET FØRSTE SPØRSMÅL

- 31 Ski Taxi, Follo Taxi og SFD anfører at for at en gitt atferd skal kunne klassifiseres som en formålsrestriksjon, er det ikke tilstrekkelig at atferden er egnet til å begrense konkurransen. Den må vise seg å være tilstrekkelig skadelig for konkurransen.
- 32 I denne sammenheng gjør Ski Taxi, Follo Taxi og SFD gjeldende at EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 forbyr avtaler som “har til formål eller virkning” å begrense konkurransen. Bare de alvorligste og mest skadelige begrensninger bør klassifiseres som formålsrestriksjoner.³ De anfører at det i så måte bør utvises varsomhet siden

1 Det vises til veiledningens avsnitt B1 tredje ledd.

2 Det vises til dommen i *AC-ATEL Electronics Vertriebs GmbH mot Hauptzollamt München-Mitte*, C-30/93, EU:C:1994:224 (avsnitt 18).

3 Det vises særlig til uttalelse fra generaladvokat Wahl i *Groupement des cartes bancaires mot Kommisjonen*, C-67/13 P, EU:C:2014:1958 (avsnitt 54–61).

object (i) are prohibited without any requirement that their anti-competitive effects be shown; (ii) do not benefit from the *de minimis* exemption or the individual exemption provided for in Article 53(3) EEA; (iii) are presumed to appreciably restrict competition; and (iv) generally entail fines amounting to 10% of the annual turnover of the undertakings responsible for such conduct.

- 33 Ski Taxi, Follo Taxi and SFD claim that the test applied by Borgarting Court of Appeal, which is consistent with the case law of the Supreme Court of Norway, cannot be followed. The Court of Appeal held that conduct should be classified as constituting a restriction by object if it is capable of restricting competition. It further held that, since Ski Taxi and Follo Taxi could have submitted individual bids instead of joint bids, and since by submitting joint bids they agreed on the price to be offered to the contracting authority, their conduct was capable of restricting competition and thus constituted a restriction by object.
- 34 In the view of Ski Taxi, Follo Taxi and SFD, it follows from the case law of the Court of Justice of the European Union (“ECJ”), in particular its judgment in *Cartes bancaires*,⁴ from the Commission’s

4 Reference is made to judgments in *Groupement des cartes bancaires v Commission*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, paragraph 58; *Dole Food Company, Inc. and Dole Fresh Fruit Europe v Commission*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, paragraphs 115 to 117; *SIA ‘Maxima Latvija’ v Konkurences padome*, C-345/14, EU:C:2015:784, paragraph 20; *Toshiba Corporation v Commission*, C-373/14 P, EU:C:2016:26, paragraph 26; and *ING Pensii*, C-172/14, EU:C:2015:484, paragraphs 30 and 31.

formålsrestriksjoner (i) er forbudt uten at det kreves bevist at de har konkurransebegrensende virkning, (ii) ikke omfattes av *de minimis*-regelen eller enkeltunntaket etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, (iii) antas å begrense konkurransen i merkbar grad, og (iv) generelt medfører bøter på 10 prosent av årsomsetningen for foretak som har utvist slik atferd.

- 33 Ifølge Ski Taxi, Follo Taxi og SFD kan vurderingstemaet Borgarting lagmannsrett har anvendt, og som er i tråd med Høyesteretts rettspraksis, ikke følges. Lagmannsretten la til grunn at atferd bør klassifiseres som en formålsrestriksjon dersom den er egnet til å begrense konkurransen. Den la videre til grunn at siden Ski Taxi og Follo Taxi kunne ha inngitt tilbud hver for seg i stedet for felles tilbud, og siden de ved å inngi felles tilbud hadde avtalt den pris som skulle tilbys den anskaffende myndighet, var deres atferd egnet til å begrense konkurransen og utgjorde dermed en formålsrestriksjon.
- 34 Ifølge Ski Taxi, Follo Taxi og SFD følger det av rettspraksis fra Den europeiske unions domstol ("EU-domstolen"), særlig dens dom i *Cartes bancaires*,⁴ av Kommisjonens retningslinjer med hensyn til

4 Det vises til dommene i *Groupement des cartes bancaires mot Kommisjonen*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204 (avsnitt 58); *Dole Food Company, Inc. og Dole Fresh Fruit Europe mot Kommisjonen*, C-286/13 P, EU:C:2015:184 (avsnitt 115–117); *SIA 'Maxima Latvija' mot Konkurences padome*, C-345/14, EU:C:2015:784 (avsnitt 20); *Toshiba Corporation mot Kommisjonen*, C-373/14 P, EU:C:2016:26 (avsnitt 26); og *ING Pensii*, C-172/14, EU:C:2015:484 (avsnitt 30 og 31).

Guidance on restrictions by object,⁵ ESA’s General Guidelines⁶ and ESA’s Horizontal Guidelines,⁷ that conduct may be classified as constituting a restriction by object if it “reveal[s] a sufficient degree of harm to competition”, that is, if experience has revealed that such conduct likely leads to such harmful effects.

35 Therefore, Ski Taxi, Follo Taxi and SFD contend that it is not sufficient, in order to classify an agreement as a restriction by object, that it is capable of restricting competition. The ECJ’s findings in *T-Mobile* that a concerted practice may be regarded as having an anti-competitive object if it is “capable ... of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition”⁸ were rejected in *Cartes bancaires*, which set a higher standard for classification as a restriction by object, namely, a “sufficient degree of harm to competition”. That argument is supported by the subsequent judgment in *Maxima Latvija*. In that case, the ECJ held that a clause whereby the lessee of commercial premises in a hypermarket, a retailer, could prevent the lessor from renting premises to third

5 Commission Staff Working Document of 25 June 2014 – Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, SWD(2014) 198 final, accompanying the Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) TFEU (De Minimis Notice), OJ 2014 L 291, p. 1 (“the Commission’s Guidance on restrictions by object”). Reference is made to page 3, according to which “the distinction between ‘restrictions by object’ and ‘restrictions by effect’ arises from the fact that certain forms of collusion between undertakings reveal such a sufficient degree of harm to competition that there is no need to examine their actual or potential effects”.

6 Guidelines of the EFTA Surveillance Authority on the application of Article 53(3) of the EEA Agreement, OJ 2007 C 208, p. 1, and EEA Supplement to the OJ 2007 No 42, p. 1 (“ESA’s General Guidelines”). Reference is made to paragraph 21 of ESA’s General Guidelines.

7 Guidelines of the EFTA Surveillance Authority on the applicability of Article 53 of the EEA Agreement to horizontal cooperation agreements, OJ 2013 C 362, p. 3, and EEA Supplement to the OJ 2016 No 47, p. 1 (“ESA’s Horizontal Guidelines”). Reference is made to paragraph 24 of ESA’s Horizontal Guidelines.

8 Reference is made to the judgment in *T-Mobile Netherlands*, C-8/08, EU:C:2009:343, paragraph 31.

formålsrestriksjoner,⁵ ESAs generelle retningslinjer⁶ og ESAs horisontale retningslinjer,⁷ at atferd kan klassifiseres som en formålsrestriksjon dersom den er “tilstrekkelig skadelig for konkurransen”, det vil si dersom erfaringen viser at slik atferd sannsynligvis får slike skadelige virkninger.

- 35 Ski Taxi, Follo Taxi og SFD gjør derfor gjeldende at det for å klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon, ikke er tilstrekkelig at den er egnet til å begrense konkurransen. EU-domstolens konklusjoner i *T-Mobile* om at en samordnet opptreden kan anses å ha et konkurransebegrensende formål om den er “egnet ... til å hindre, innskrenke eller vri konkurransen”⁸ ble avvist i *Cartes bancaires*, som satte en høyere standard for å klassifisere en atferd som en formålsrestriksjon, nemlig at den er “tilstrekkelig skadelig for konkurransen”. Dette argument understøttes av den senere dom i *Maxima Latvija*. I denne sak la EU-domstolen til grunn at en bestemmelse som innebar at leietakeren av forretningslokaler i et hypermarked, en detaljist, kunne hindre utleieren i å leie ut lokaler

-
- 5 “Commission Staff Working Document of 25 June 2014 – Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, SWD(2014) 198 final, accompanying the Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) TFEU (De Minimis Notice)”, EUT 2014 L 291, s. 1 (“Kommisjonens retningslinjer med hensyn til formålsrestriksjoner”). Det vises til side 3, der det står at “the distinction between ‘restrictions by object’ and ‘restrictions by effect’ arises from the fact that certain forms of collusion between undertakings reveal such a sufficient degree of harm to competition that there is no need to examine their actual or potential effects”.
- 6 Retningslinjer fra EFTAs overvåkningsorgan om anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, OJ 2007 C 208, s. 1, og EØS-tillegg til EUT 2007 nr. 42, s. 1 (“ESAs generelle retningslinjer”). Det vises til ESAs generelle retningslinjer punkt 21.
- 7 Retningslinjer fra EFTAs overvåkningsorgan om anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler, EUT 2013 C 362, s. 3, og EØS-tillegg til EUT 2016 nr. 47, s. 1 (“ESAs horisontale retningslinjer”). Det vises til ESAs horisontale retningslinjer (avsnitt 24).
- 8 Det vises til dommen i *T-Mobile Netherlands*, C-8/08, EU:C:2009:343 (avsnitt 31).

parties, including competing retailers, “could potentially have the effect of restricting” those retailers’ access to the market. However, it went on to conclude that the agreements in question did “not ... show a degree of harm with regard to competition sufficient for those agreements to be considered to constitute a restriction of competition by object”.⁹

- 36 Ski Taxi, Follo Taxi and SFD consider it appropriate to reply next to the third question and, finally, to the second question.

THE THIRD QUESTION

- 37 Ski Taxi, Follo Taxi and SFD submit that joint bidding does not constitute a restriction by object. Only hard core restrictions, for instance price fixing, output limitation and market sharing, constitute restrictions by object. Such is the case of bid rigging, as is stated in the Commission’s Guidance on restrictions of competition by object.¹⁰ According to ESA’s Horizontal Guidelines, joint purchasing agreements do not constitute hard core restrictions, unless they serve as a tool to engage in a disguised cartel.¹¹ The same applies to joint bidding.
- 38 Ski Taxi, Follo Taxi and SFD claim that, in order to determine whether joint bidding reveals a sufficient degree of harm to competition, in other words, whether it constitutes a restriction of competition by object, account must be taken of the content of the

9 Reference is made to the judgment in *SIA ‘Maxima Latvija’*, cited above, paragraphs 22 and 23.

10 Reference is made to the Commission’s Guidance on restrictions of competition by object, cited above, point 2.4.

11 Reference is made to ESA’s Horizontal Guidelines, cited above, paragraph 205.

til tredjemann, herunder konkurrerende detaljister, potensielt kunne ha den virkning at den begrenset nevnte detaljisters adgang til markedet. Imidlertid konkluderte EU-domstolen med at de aktuelle avtaler “ikke ... innebar en slik skade for konkurransen at de nevnte avtaler måtte anses å utgjøre en formålsrestriksjon”.⁹

- 36 Ski Taxi, Follo Taxi og SFD finner det hensiktsmessig deretter å besvare det tredje spørsmål og til slutt det annet spørsmål.

DET TREDJE SPØRSMÅL

- 37 Ski Taxi, Follo Taxi og SFD gjør gjeldende at inngivelse av felles tilbud ikke utgjør en formålsrestriksjon. Bare alvorlige restriksjoner, som fastsettelse av priser, begrensnig av produksjon eller fordeling av markeder, er formålsrestriksjoner. Det er tilfelle ved rigging av tilbud, som lagt til grunn i Kommisjonens retningslinjer med hensyn til formålsrestriksjoner.¹⁰ Ifølge ESAs horisontale retningslinjer utgjør ikke felles innkjøpsavtaler alvorlige restriksjoner med mindre de benyttes som redskap for å drive skjult kartellvirksomhet.¹¹ Det samme gjelder for inngivelse av felles tilbud.
- 38 Ifølge Ski Taxi, Follo Taxi og SFD må man, for å vurdere om inngivelse av felles tilbud er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, med andre ord om felles tilbud utgjør en formålsrestriksjon, ta hensyn til innholdet i avtalen mellom partene som inngir de felles

9 Det vises til dommen i *SIA ‘Maxima Latvija’*, som omtalt over (avsnitt 22 og 23).

10 Det vises til Kommisjonens retningslinjer med hensyn til formålsrestriksjoner, som omtalt over (punkt 2.4).

11 Det vises til ESAs horisontale retningslinjer, som omtalt over (avsnitt 205).

agreement between the parties submitting the joint bids, the objectives of that agreement, its economic and legal context, and the intention of the parties. Those are the criteria defined in *Cartes bancaires*.¹²

- 39 First, Ski Taxi, Follo Taxi and SFD maintain that it cannot be deduced from the content of the agreement to submit joint bids, nor from the terms of the joint bids themselves, that joint bidding constitutes a restriction by object. They acknowledge that the submission of joint bids involves an agreement between the parties submitting the joint bids on the price offered to the contracting authority. However, the service tendered out is jointly performed by the parties to the joint bids. The submission of joint bids allows tenderers to pool their limited resources and submit more competitive bids. Therefore, the submission of joint bids cannot be equated with a mere agreement to set prices. It does not follow from the case law that classifies price fixing as a restriction by object that joint bidding also constitutes a restriction by object. Moreover, in the present case, the parties submitting the joint bids, namely, Ski Taxi and Follo Taxi, were not under an obligation to refrain from submitting individual bids. Had they been under such an obligation, the submission of joint bids would have to be assessed under the doctrine of ancillary restraints.
- 40 Second, Ski Taxi, Follo Taxi and SFD submit that, in order to determine whether joint bidding constitutes a restriction by object, account must be taken of the objectives of the parties submitting the joint bids. In the present case, their objective was to offer increased capacity on the market. Such objective is legitimate and cannot be regarded as restricting competition in principle. Moreover, neither the SFD Shareholders' Agreement nor the SFD Strategy Document

12 Reference is made to the judgment in *Cartes bancaires*, cited above, paragraphs 53 and 54.

tilbud, avtalens formål, dens økonomiske og rettslige kontekst og partenes intensjon. Dette er kriteriene definert i *Cartes bancaires*.¹²

- 39 For det første fastholder Ski Taxi, Follo Taxi og SFD at det verken av innholdet i avtalen om å inngi felles tilbud eller av vilkårene i de felles tilbud kan utledes at inngivelse av felles tilbud utgjør en formålsrestriksjon. De vedgår at inngivelse av felles tilbud innebærer en avtale mellom partene som innga de felles tilbud, om prisen som skulle tilbys den anskaffende myndighet. Tjenesten anbudet gjaldt, utføres imidlertid i fellesskap av partene som innga de felles tilbud. Inngivelse av felles tilbud gir tilbydere anledning til å slå sammen sine begrensede ressurser og inngi mer konkurransedyktige tilbud. Derfor kan ikke inngivelse av felles tilbud sidestilles med en ren avtale om fastsettelse av priser. Det fremgår ikke av den rettspraksis som klassifiserer prisfastsettelse som en formålsrestriksjon, at inngivelse av felles tilbud også utgjør en formålsrestriksjon. Videre var partene som innga de felles tilbud i den foreliggende sak, nemlig Ski Taxi og Follo Taxi, ikke forpliktet til å avstå fra å inngi tilbud hver for seg. Hadde de vært underlagt en slik forpliktelse, ville inngivelsen av felles tilbud ha måttet bli vurdert etter læren om tilknyttede begrensninger.
- 40 For det andre gjør Ski Taxi, Follo Taxi og SFD gjeldende at for å kunne avgjøre om inngivelse av felles tilbud utgjør en formålsrestriksjon, må det tas hensyn til hvilke målsetninger partene som innga de felles tilbud hadde. I den foreliggende sak var deres mål å tilby økt kapasitet i markedet. En slik målsetning er legitim og kan ikke anses prinsipielt å begrense konkurransen. Videre sies det verken i SFDs aksjonæravtale eller i SFDs

12 Det vises til dommen i *Cartes bancaires*, som omtalt over (avsnitt 53 og 54).

expressly state that SFD is entrusted with the submission of joint bids on behalf of its shareholders. In any event, SFD would only be entrusted with the submission of joint bids in *large* tender procedures.

- 41 Third, Ski Taxi, Follo Taxi and SFD contend that, while consideration should be given to the economic and legal context of particular conduct in order to determine whether it constitutes a restriction by object, classification as a restriction by object cannot be based on context alone.¹³ In any event, in terms of legal context, there is no case law of the Court or the ECJ, nor decisional practice of the Commission or ESA that recognises joint bidding to constitute a restriction by object. As for the economic context, this was not given proper consideration by Borgarting Court of Appeal.
- 42 Fourth, Ski Taxi, Follo Taxi and SFD maintain that, in order to determine whether joint bidding constitutes a restriction by object, account may be taken of the subjective intentions of the parties, although that is by no means a necessary factor.¹⁴ In the present case, the Court of Appeal found that the parties did not intend to restrict competition.
- 43 Therefore, Ski Taxi, Follo Taxi and SFD contend that joint bidding does not constitute a restriction by object. They observe, in contrast, that legal literature and the French Competition Authority have recognised that joint bidding must be examined in view of its potentially restrictive effects.¹⁵

13 Reference is made to the Opinion of Advocate General Wahl in *Cartes bancaires v Commission*, cited above, points 44 and 45.

14 Reference is made to the judgment in *Cartes bancaires*, cited above, paragraph 54.

15 Reference is made to Bellamy & Child, *European Union Law of Competition* (2013), pp. 330-333, and to decisions of the French Competition Authority n° 05-D-24 of 31 May 2005, and n° 03-D-01 of 14 January 2003.

strategidokument *uttrykkelig* at SFD har i oppgave å inngi felles tilbud på vegne av aksjonærene. Uansett ville SFD eventuelt bare tillegges oppgaven med å inngi felles tilbud i *store* anbudskonkurranser.

- 41 For det tredje gjør Ski Taxi, Follo Taxi og SFD gjeldende at selv om det er viktig å vurdere den økonomiske og rettslige kontekst for en gitt atferd for å kunne fastslå om den utgjør en formålsrestriksjon, kan klassifiseringen som formålsrestriksjon ikke alene baseres på kontekst.¹³ Når det gjelder rettslig kontekst, finnes det uansett ingen rettspraksis fra EFTA-domstolen eller EU-domstolen og heller ingen beslutningspraksis hos Kommisjonen eller ESA som tilsier at inngivelse av felles tilbud utgjør en formålsrestriksjon. Når det gjelder den økonomiske kontekst, ble ikke dette viet tilstrekkelig oppmerksomhet av Borgarting lagmannsrett.
- 42 For det fjerde gjør Ski Taxi, Follo Taxi og SFD gjeldende at for å kunne avgjøre om inngivelse av felles tilbud utgjør en formålsrestriksjon, kan det tas hensyn til partenes subjektive intensjoner, selv om dette langt fra er en nødvendig faktor.¹⁴ I den foreliggende sak la lagmannsretten til grunn at partene ikke hadde til hensikt å begrense konkurransen.
- 43 Ski Taxi, Follo Taxi og SFD gjør følgelig gjeldende at inngivelse av felles tilbud ikke utgjør en formålsrestriksjon. De anfører tvert imot at juridisk litteratur og den franske konkurransemyndighet har lagt til grunn at inngivelse av felles tilbud må vurderes på grunnlag av dets eventuelle konkurransebegrensende virkning.¹⁵

13 Det vises til uttalelse fra generaladvokat Wahl i *Cartes bancaires* mot Kommisjonen, som omtalt over (avsnitt 44 og 45).

14 Det vises til dommen i *Cartes bancaires*, som omtalt over (avsnitt 54).

15 Det vises til Bellamy & Child, *European Union Law of Competition* (2013), s. 330-333, og til den franske konkurransemyndighets beslutning nr. 05-D-24 av 31. mai 2005 og nr. 03-D-01 av 14. januar 2003.

- 44 In that regard, Ski Taxi, Follo Taxi and SFD rely on paragraph 30 of ESA's Horizontal Guidelines. Paragraph 30 belongs to a section headed "restrictive effects on competition". It provides that "horizontal co-operation agreements between competitors who, on the basis of objective factors, would not be able independently to carry out the project or activity covered by the co-operation ... will normally not give rise to restrictive effects on competition". In their view, it can be deduced from that paragraph that an agreement between competitors who are not able to carry out independently the project covered by the agreement must be assessed with regard to its effects on competition, in other words, that it is not a restriction by object. Moreover, the Competition Authority itself has acknowledged in its Guidance on cooperation on projects that if only one of the parties submitting a joint bid is able to submit an individual bid, an assessment of the effects of that joint bid must be carried out.¹⁶ As for the submission of joint bids by parties who are both able to submit individual bids, legal and economic literature considers this not to constitute a restriction by object.¹⁷
- 45 Finally, Ski Taxi, Follo Taxi and SFD argue that to classify joint bidding as constituting a restriction by object has the disadvantage of deterring small and medium-sized companies from submitting joint bids, even though such bids could increase the competitive pressure on leading market players. A further disadvantage results from the difficulty in distinguishing between tenderers who are able to submit individual bids and tenderers who are not.

16 Reference is made to paragraph 42 of the Competition Authority's Guidance on cooperation on projects of 24 February 2014.

17 Reference is made to page 15 of the November 2011 opinion "Prosjektsamarbeid", prepared for the Competition Authority by Erling Hjelmeng and Tommy Stahl Gabrielsen and to the articles by Simen Klevstrand: "Joint bid labelled 'by object' infringement", published on Nordic Competition Blog on 30 March 2015, and "EFTA Court to consider joint bidding", published on Nordic Competition Blog on 22 March 2016.

- 44 Hva dette angår, påberoper Ski Taxi, Follo Taxi og SFD seg avsnitt 30 i ESAs horisontale retningslinjer. Avsnitt 30 hører under et avsnitt med tittelen “konkurransbegrensende virkninger”. Her heter det at “horisontale samarbeidsavtaler mellom konkurrenter som, basert på objektive faktorer, ikke ville være i stand alene til å gjennomføre prosjektet eller aktiviteten samarbeidet omfatter ... vil normalt ikke utløse konkurransbegrensende virkninger”. Etter deres oppfatning kan det utledes av nevnte avsnitt at en avtale mellom konkurrenter som ikke er i stand til alene å gjennomføre prosjektet som omfattes av avtalen, må vurderes med hensyn til dens virkning på konkurransen, med andre ord at den ikke utgjør en formålsrestriksjon. Videre har Konkurransetilsynet selv erkjent i sin Veiledning om prosjektsamarbeid at dersom bare én av partene som inngir et felles tilbud er i stand til å inngi et tilbud alene, må det foretas en vurdering av virkningene av det felles tilbud.¹⁶ Når det gjelder inngivelse av felles tilbud av parter der begge er i stand til å inngi tilbud hver for seg, anser juridisk og økonomisk litteratur at dette ikke utgjør en formålsrestriksjon.¹⁷
- 45 Endelig anfører Ski Taxi, Follo Taxi og SFD at å klassifisere inngivelse av felles tilbud som en formålsrestriksjon har den ulempe at små og mellomstore bedrifter skremmes fra å inngi felles tilbud, selv om slike tilbud kan øke konkurransepresset på ledende markedsaktører. En annen ulempe er at det er vanskelig å skille mellom tilbydere som er i stand til å inngi tilbud alene, og tilbydere som ikke er det.

16 Det vises til avsnitt 42 i Konkurransetilsynets Veiledning om prosjektsamarbeid av 24. februar 2014.

17 Det vises til side 15 i betenkningen “Prosjektsamarbeid”, utarbeidet på oppdrag fra Konkurransetilsynet av Erling Hjelmeng og Tommy Stahl Gabrielsen i november 2011, og til artiklene av Simen Klevstrand: “Joint bid labelled ‘by object’ infringement”, publisert på Nordic Competition Blog 30. mars 2015, og “EFTA Court to consider joint bidding”, publisert på Nordic Competition Blog 22. mars 2016.

THE SECOND QUESTION

46 Ski Taxi, Follo Taxi and SFD claim that the bids submitted by SFD in Tender Procedures 1 and 2 clearly stated that they were made on behalf of Ski Taxi and Follo Taxi, and that Ski Taxi and Follo Taxi would be SFD's sub-contractors. While Ski Taxi, Follo Taxi and SFD acknowledge that such transparency does not preclude the practice at stake from having a restrictive object, they stress that bid-rigging arrangements such as cover bidding, bid suppression, bid rotation and market allocation, which are restrictions by object, are usually kept secret.

PROPOSED ANSWERS

47 Therefore, Ski Taxi, Follo Taxi and SFD propose that the Court should answer the questions as follows:

1. *It is apparent from EU case law that the concept of restriction of competition "by object" can be applied only to certain types of coordination between undertakings which reveal a sufficient degree of harm to competition to such an extent that it may be found that there is no need to examine their effects.*

That case law arises from the fact that certain types of coordination between undertakings can be regarded, by their very nature, as being harmful to the proper functioning of normal competition. Consequently, it is established that certain collusive behaviour, such as that leading to horizontal price-fixing by cartels, may be considered so likely to have negative effects, in particular on the price, quantity or quality of the goods and services, that it may be considered redundant, for the purposes of applying Article 53(1) EEA, to prove that they have actual effects on the market. Experience shows that such behaviour leads to decrease in production and increase in price, resulting in poor allocation of resources to the detriment, in particular, of consumers.

DET ANNET SPØRSMÅL

- 46 Ifølge Ski Taxi, Follo Taxi og SFD fremkom det klart av tilbudene inngitt av SFD i anbudskonkurranse 1 og 2 at de var gitt på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi, og at Ski Taxi og Follo Taxi ville være underleverandører til SFD. Selv om Ski Taxi, Follo Taxi og SFD erkjenner at slik åpenhet ikke er til hinder for at den aktuelle praksis kan ha begrensning som formål, understreker de at tilbudsrigging av typen proformatilbud, avståelse fra anbud, anbudsrotasjon og markedsfordeling, som er formålsrestriksjoner, vanligvis holdes hemmelig.

FORSLAG TIL SVAR

- 47 Ski Taxi, Follo Taxi og SFD anmoder derfor EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:

1. *Det fremgår av EU-rettspraksis at begrepet formålsrestriksjon bare kan anvendes på visse typer samarbeid mellom foretak som er tilstrekkelig skadelig for konkurransen i et slikt omfang at det kan legges til grunn at det ikke er nødvendig å undersøke virkningene.*

Denne rettspraksis har sitt utspring i det faktum at visse typer samarbeid mellom foretak etter deres art kan anses å være skadelig for normal konkurranse. Det er følgelig etablert at sannsynligheten for at visse former for samordnet atferd, som horisontal prisfastsettelse av karteller, har negative virkninger, særlig på pris, kvantitet eller kvalitet på varene og tjenestene, kan betraktes som så høy at det kan anses som overflødig, ved anvendelse av EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, å bevise at de faktisk påvirker markedet. Erfaring viser at slik atferd fører til lavere produksjon og høyere pris, og dermed til en dårlig fordeling av ressurser, noe som særlig går ut over forbrukerne.

Consequently, to categorise a conduct as a “by object” restriction pursuant to Article 53 EEA, it is not sufficient that the cooperation is merely “capable of restricting competition”. Classification as a “by object” restriction may be applied only to an agreement which inherently, that is to say without the need to evaluate its actual or potential effects, have a degree of seriousness or harm to such an extent that its negative impact on competition seems highly likely.

2. While not a decisive criterion under the concept of a restriction “by object”, the fact that cooperation is carried out openly is capable of substantiating that the cooperation in question does not constitute a restriction by object. This is a relevant factor when examining the content and objectives of the agreement and the context of which it forms part, as well as the subjective intention of the parties. Thus, in case of a joint bid between competitors, openness vis-à-vis the procuring authority indicates that the joint bid truly involves a joint bid on the joint performance of the services requested, and that it does not serve as a tool to engage in a disguised cartel, that is to say, otherwise prohibited price fixing, output limitation or market allocation.
3. In order to determine whether an agreement between undertakings reveals a sufficient degree of harm to competition that it may be considered a restriction of competition “by object”, regard must be had to the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms part. In addition, although the parties’ intention is not a necessary factor in this regard, this factor may be taken into account.

These are also the relevant aspects to be considered when determining whether a joint bid between two undertakings, which each are able to submit individual bids, constitutes a “by object” restriction. As particularly regards the content of the provisions and the objectives of such cooperation, regard must be had, inter alia, to

For å kategorisere en atferd som en formålsrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 53, er det følgelig ikke tilstrekkelig at samarbeidet bare er egnet til å begrense konkurransen. Klassifiseringen som formålsrestriksjon kan anvendes bare på en avtale som etter sin art, det vil si at det altså ikke er nødvendig å vurdere dens faktiske eller mulige virkninger, har en slik alvorsgrad eller skadegrad at dens negative innvirkning på konkurransen synes svært sannsynlig.

- 2. Selv om det ikke er et avgjørende kriterium for begrepet formålsrestriksjon, kan det faktisk at samarbeidet foregår åpenlyst, underbygge at det aktuelle samarbeid ikke utgjør en formålsrestriksjon. Dette er en relevant faktor ved vurderingen av avtalens innhold og formål og den kontekst avtalen inngår i, i tillegg til partenes subjektive intensjon. I tilfelle av felles tilbud fra konkurrenter tilsier derfor åpenhet overfor den anskaffende myndighet at det felles tilbud faktisk innebærer et felles tilbud om felles utførelse av de aktuelle tjenester, og at det ikke benyttes som redskap for å drive skjult kartellvirksomhet, det vil si ulovlig fastsettelse av priser, begrensning av produksjon eller fordeling av markeder.*
- 3. For å vurdere om en avtale mellom foretak er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at den kan anses som en formålsrestriksjon, må det tas hensyn til innholdet i dens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige kontekst avtalen inngår i. Dessuten, selv om partenes intensjon ikke er en nødvendig faktor i denne sammenheng, kan denne faktor tas i betraktning.*

Dette er også de relevante kriterier ved vurderingen av om et felles tilbud fra to foretak, som hver for seg er i stand til å inngi tilbud, utgjør en formålsrestriksjon. Særlig når det gjelder innholdet i bestemmelsene og formålet med samarbeidet, må det blant annet vurderes

- (i) *whether the joint bid implies a cooperation on the joint performance of the contract services,*
- (ii) *whether the agreement is carried out openly vis-à-vis the procuring authority, and*
- (iii) *whether the agreement on submitting the joint bid is exclusive, i.e. preventing the parties from submitting individual bids in the same tender competition.*

Insofar as the joint bid involves a cooperation on joint performance of services; is made open vis-à-vis the procuring authority; and does not impose exclusivity on the parties, such cooperation is, by its very nature, and absent any “hard core” restrictions, not capable of revealing a sufficient degree of harm to competition to such an extent that its negative impact on competition seems likely. In this respect, a joint price offered for the joint provision of services does not amount to “price fixing” within the meaning of Article 53(1)(a). In these circumstances, elements relating to the economic and legal context surrounding the joint bid at issue are not capable in themselves of establishing the existence of an anticompetitive object. Neither is the subjective intention by the parties.

THE NORWEGIAN GOVERNMENT

THE FIRST QUESTION

48 The Norwegian Government submits that an agreement constitutes a restriction by object if it reveals a sufficient degree of harm to competition. This follows from the judgments of the ECJ in *ING Pensii* and *Toshiba*.¹⁸ Once an agreement has been classified as

¹⁸ Reference is made to judgments in *ING Pensii*, cited above, paragraph 31, and *Toshiba*, cited above, paragraph 26.

- (i) om det felles tilbud innebærer et samarbeid om felles utførelse av kontraktstjenestene,
- (ii) om avtalen gjennomføres åpent i forhold til den anskaffende myndighet, og
- (iii) om avtalen om å inngi det felles tilbud er eksklusiv, altså om den hindrer partene i å inngi tilbud hver for seg i samme anbudskonkurranse.

I den utstrekning det felles tilbud innebærer et samarbeid om felles utførelse av tjenester, fremsettes åpent i forhold til den anskaffende myndighet og ikke pålegger partene eksklusivitet, kan samarbeidet etter sin art, og i fravær av alvorlige restriksjoner, ikke være tilstrekkelig skadelig for konkurransen i et slikt omfang at det er sannsynlig at det vil få negativ innvirkning på konkurransen. I denne sammenheng er ikke et felles pristilbud om felles ytelse av tjenester det samme som "prisfastsettelse" etter artikkel 53 nr. 1 bokstav a). Under disse omstendigheter er faktorene i tilknytning til den økonomiske og rettslige kontekst for det felles tilbud som sådan ikke egnet til å etablere eksistensen av et konkurransebegrensende formål. Det er heller ikke partenes subjektive intensjon.

DEN NORSKE STAT

DET FØRSTE SPØRSMÅL

48 Den norske stat anfører at en avtale utgjør en formålsrestriksjon dersom den er tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Dette følger av EU-domstolens dommer i *ING Pensii* og *Toshiba*.¹⁸ Når en avtale er klassifisert som en formålsrestriksjon, kan dens virkninger bare tas i

18 Det vises til dommene i *ING Pensii*, som omtalt over (avsnitt 31), og *Toshiba*, som omtalt over (avsnitt 26).

constituting a restriction by object, its effects may only be taken into account in order to set the amount of the fine and to assess damage claims.¹⁹

- 49 In order to determine whether an agreement reveals a sufficient degree of harm to competition, account must be taken of the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context.²⁰
- 50 As to the intention of the parties, the Norwegian Government maintains that it is not an essential factor, although there is nothing preventing the competent competition authorities or courts from taking it into account.²¹ Therefore, it is irrelevant, in order to determine whether an agreement constitutes a restriction by object, that the parties had no intention to restrict competition on the market but aimed at improving it.²² The pursuit of legitimate objectives may only be taken into account under Article 53(3) EEA.²³
- 51 The Norwegian Government disagrees with the argument advanced by Ski Taxi, Follo Taxi and SFD to the effect that the threshold for classifying an agreement as a restriction by object is higher in *Cartes bancaires* than it was in *T-Mobile*. In *Cartes bancaires*, the ECJ held that an agreement constitutes a restriction by object if it reveals a sufficient degree of harm to competition. In *T-Mobile*, it found that a concerted practice may be regarded as a restriction by object if it is

19 Reference is made, in particular, to judgments in *T-Mobile*, cited above, paragraph 31, and *Allianz Hungária Biztosító Zrt. and Others*, C-32/11, EU:C:2013:160, paragraph 38.

20 Reference is made to judgments in *ING Pensii*, cited above, paragraph 33, and *Toshiba*, cited above, paragraph 27.

21 Reference is made to judgments in *T-Mobile*, cited above, paragraph 27, and *Cartes bancaires*, cited above, paragraph 54.

22 Reference is made to judgments in *General Motors BV v Commission*, C-551/03 P, EU:C:2006:229, paragraph 64, and *Competition Authority v BIDS*, C-209/07, EU:C:2008:643, paragraph 21.

23 Reference is made to judgments in *VSPÖB and Others v Commission*, T-29/92, EU:T:1995:34, paragraphs 96, 140 and 178, and *BIDS*, cited above, paragraph 21.

betraktning ved fastsettelsen av botens størrelse og vurderingen av erstatningskrav.¹⁹

- 49 For å kunne vurdere om en avtale er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, må det tas hensyn til innholdet i dens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige kontekst.²⁰
- 50 Når det gjelder partenes intensjon, fastholder den norske stat at dette ikke er en avgjørende faktor, selv om ingenting er til hinder for at de kompetente konkurransemyndigheter eller domstoler kan ta dette i betraktning.²¹ Ved vurderingen av om en avtale utgjør en formålsrestriksjon, er det derfor irrelevant at partene ikke hadde noen intensjon om å begrense konkurransen på markedet men tok sikte på å styrke den.²² Forfølgelsen av legitime mål kan bare vektlegges etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3.²³
- 51 Den norske stat er uenig i argumentet fremsatt av Ski Taxi, Follo Taxi og SFD om at terskelen for å klassifisere en avtale som formålsrestriksjon er høyere i *Cartes bancaires* enn i *T-Mobile*. I *Cartes bancaires* la EU-domstolen til grunn at en avtale utgjør en formålsrestriksjon dersom den er tilstrekkelig skadelig for konkurransen. I *T-Mobile* la den til grunn at en samordnet opptreden kan anses som en formålsrestriksjon dersom den i en gitt sak er

19 Det vises særlig til dommene i *T-Mobile*, som omtalt over (avsnitt 31), og *Allianz Hungária Biztosító Zrt. m.fl.*, C-32/11, EU:C:2013:160 (avsnitt 38).

20 Det vises til dommene i *ING Pensii*, som omtalt over (avsnitt 33), og *Toshiba*, som omtalt over (avsnitt 27).

21 Det vises til dommene i *T-Mobile*, som omtalt over (avsnitt 27), og *Cartes bancaires*, som omtalt over (avsnitt 54).

22 Det vises til dommene i *General Motors BV mot Kommisjonen*, C-551/03 P, EU:C:2006:229 (avsnitt 64), og *Competition Authority mot BIDS*, C-209/07, EU:C:2008:643 (avsnitt 21).

23 Det vises til dommene i *VSPOB m.fl. mot Kommisjonen*, T-29/92, EU:T:1995:34 (avsnitt 96, 140 og 178), og *BIDS*, som omtalt over (avsnitt 21).

capable in an individual case of restricting competition.²⁴ In the view of the Norwegian Government, the criterion for classifying an agreement as a restriction by object is the same in *Cartes bancaires* and in *T-Mobile* and reflects earlier case law of the ECJ.²⁵ As confirmed in subsequent cases *Dole Food* and *Toshiba*, an agreement constitutes a restriction by object if it reveals a sufficient degree of harm to competition.²⁶

- 52 In that regard, the Norwegian Government notes that, once an agreement has been classified as a restriction by object, it is not necessary, in order to conclude that Article 53 EEA has been infringed, to demonstrate anti-competitive effects. Therefore, it is sufficient, in order to classify an agreement as a restriction by object, that it has *potential* anti-competitive effects, in other words, that it is capable of restricting competition. *Actual* anti-competitive effects of such an agreement may only be taken into account in order to determine the amount of the fine. The Norwegian Government concludes that, in order to classify an agreement as constituting a restriction by object, it suffices to demonstrate that it has potential anti-competitive effects, that is, that it is capable of restricting competition.
- 53 The Norwegian Government considers it appropriate to reply next to the third question and, finally, to the second question.

24 Reference is made to judgments in *Cartes bancaires*, cited above, paragraph 49, and *T-Mobile*, cited above, paragraph 31.

25 Reference is made to the Opinion of Advocate General Wathelet in *Toshiba*, C-373/14 P, EU:C:2015:427, point 51.

26 Reference is made to judgments in *Dole Food*, cited above, paragraph 122, and *Toshiba*, cited above, paragraph 31.

egnet til å begrense konkurransen.²⁴ Slik den norske stat ser det, er kriteriet for å klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon det samme i *Cartes bancaires* som i *T-Mobile* og gjenspeiler EU-domstolens tidligere praksis.²⁵ Som senere bekreftet i *Dole Food* og *Toshiba*, utgjør en avtale en formålsrestriksjon dersom den er tilstrekkelig skadelig for konkurransen.²⁶

- 52 I denne sammenheng anfører den norske stat at når en avtale først er klassifisert som en formålsrestriksjon, er det ikke nødvendig å bevise konkurransebegrensende virkninger for å kunne konkludere med at det foreligger overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53. For å kunne klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon er det følgelig tilstrekkelig at den har *potensielle* konkurransebegrensende virkninger, med andre ord at den er egnet til å begrense konkurransen. *Faktiske* konkurransebegrensende virkninger av en slik avtale kan bare tas i betraktning ved fastsettelse av botens størrelse. Den norske stat konkluderer med at for å kunne klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon er det tilstrekkelig å bevise at den har potensielle konkurransebegrensende virkninger, det vil si at den er egnet til å begrense konkurransen.
- 53 Den norske stat finner det hensiktsmessig deretter å besvare det tredje spørsmål og til slutt det annet spørsmål.

24 Det vises til dommene i *Cartes bancaires*, som omtalt over (avsnitt 49), og *T-Mobile*, som omtalt over (avsnitt 31).

25 Det vises særlig til uttalelse fra generaladvokat Wathelet i *Toshiba*, C-373/14 P, EU:C:2015:427 (avsnitt 51).

26 Det vises til dommene i *Dole Food*, som omtalt over (avsnitt 122), og *Toshiba*, som omtalt over (avsnitt 31).

THE THIRD QUESTION

- 54 Having regard to the requirement of independence and the proper functioning of normal competition, the Norwegian Government emphasizes at the outset that Article 53(1) EEA is intended to prohibit any form of coordination which deliberately substitutes practical cooperation between undertakings for the risks of competition.²⁷
- 55 The Norwegian Government claims that the agreements listed in Article 53(1) EEA, namely, price fixing, output limitation, market sharing, the application of dissimilar conditions to equivalent transactions and tying, constitute the hard core of restrictions by object. While agreements not listed in Article 53(1) EEA may be regarded as restrictions by object, their classification as such requires a more thorough analysis of their economic and legal context, although that analysis does not extend to an examination of their effects.²⁸ For instance, in *Toshiba* a market-sharing agreement was regarded as a restriction by object. Since market sharing is mentioned in Article 101(1)(c) TFEU, the analysis of the economic and legal context was limited to what was strictly necessary in order to establish the existence of a restriction of competition by object. The analysis of the economic and legal context only sought to determine whether the parties to the agreement were competitors.²⁹ The same reasoning applies to price fixing. Price fixing is mentioned in Article 101(1)(a) TFEU and is considered to be a restriction by object even if the parties to the agreement set only one component

27 Reference is made to judgments in *VSPOB and Others*, cited above, paragraph 123; and *BIDS*, cited above, paragraph 34.

28 Reference is made to the Opinion of Advocate General Wathelet in *Toshiba*, cited above, points 72, 73 and 74.

29 Reference is made to the judgment in *Toshiba*, cited above, paragraphs 29 to 34.

DET TREDJE SPØRSMÅL

- 54 Sett hen til kravet om uavhengighet og hensynet til normalkonkurransen, understreker den norske stat innledningsvis at EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 er ment å forby enhver form for samordning mellom foretak som bevisst erstatter konkurranserisiko med et innbyrdes praktisk samarbeid.²⁷
- 55 Den norske stat gjør gjeldende at avtaler som angitt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, nemlig fastsettelse av priser, begrensning av produksjon, fordeling av markeder, anvendelse av ulike vilkår for likeverdige ytelser, samt tilleggsytelser, utgjør den harde kjerne av formålsrestriksjoner. Selv om også andre avtaler enn dem som er angitt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 kan anses som formålsrestriksjoner, vil en slik klassifisering kreve en grundigere analyse av deres økonomiske og rettslige kontekst, selv om en slik analyse ikke vil omfatte en undersøkelse av virkningene av dem.²⁸ For eksempel ble en markedsdelingsavtale i *Toshiba* ansett som en formålsrestriksjon. Ettersom markedsdeling er nevnt i TEUV artikkel 101 nr. 1 bokstav c), var analysen av den økonomiske og rettslige kontekst begrenset til det som var strengt nødvendig for å bringe på det rene at det forelå en formålsrestriksjon. Analysen av den økonomiske og rettslige kontekst hadde bare til formål å vurdere om partene i avtalen var konkurrenter.²⁹ For prisfastsettelse gjelder samme begrunnelse. Prisfastsettelse er nevnt i TEUV artikkel 101 nr. 1 bokstav a) og anses som en formålsrestriksjon selv om

27 Det vises til dommene i *VSPOB m.fl.*, som omtalt over (avsnitt 123), og *BIDS*, som omtalt over (avsnitt 34).

28 Det vises til uttalelse fra generaladvokat Wathelet i *Toshiba*, som omtalt over (avsnitt 72, 73 og 74).

29 Det vises til dommen i *Toshiba*, som omtalt over (avsnitt 29–34).

of the price,³⁰ or if they set the price indirectly through the exchange of information.³¹

56 The Norwegian Government contends that agreements of which only parts are hard core restrictions may nevertheless constitute restrictions by object. For instance, commercialisation agreements, that is, agreements between competitors to sell, distribute or promote their substitute products, are not listed in Article 101(1) TFEU. Therefore, they do not constitute hard core restrictions. Nevertheless, the parties to a commercialisation agreement may coordinate on prices. In that case, according to ESA's Horizontal Guidelines, commercialisation agreements are likely to constitute restrictions by object.³² However, a commercialisation agreement does not constitute a restriction by object if, according to ESA's Horizontal Guidelines, it "is objectively necessary to allow one party to enter a market it could not have entered individually or with a more limited number of parties than are effectively taking part in the cooperation". In that situation, an assessment of its effects is required, although it normally does not restrict competition.³³ The Norwegian Government suggests that joint bidding may be seen as a cooperation agreement. It is apparent from paragraph 237 of ESA's Horizontal Guidelines, cited above, that a cooperation agreement is "objectively necessary" only if *none* of the parties to the cooperation agreement could have entered the market without that agreement. Similarly, joint bidding is "objectively necessary" only if *none* of the parties that submitted the joint bid could have submitted an individual bid.

30 Reference is made to the judgment in *VSPOB and Others*, cited above, paragraphs 145 and 146.

31 Reference is made, in particular, to the judgment in *Dole Food*, cited above, paragraph 122.

32 Reference is made to ESA's Horizontal Guidelines, cited above, paragraphs 225 and 234.

33 Reference is made to ESA's Horizontal Guidelines, cited above, paragraph 237.

avtalepartene bare fastsetter én priskomponent³⁰ eller de fastsetter prisen indirekte gjennom utveksling av informasjon.³¹

- 56 Den norske stat gjør gjeldende at avtaler der bare deler faller innenfor den harde kjerne av restriksjoner, likevel kan utgjøre formålsrestriksjoner. For eksempel er markedsføringsavtaler, det vil si avtaler mellom konkurrenter om å selge, distribuere eller markedsføre den annens erstatningsprodukter, ikke ført opp under TEUV artikkel 101 nr. 1. Derfor faller de ikke innenfor den harde kjerne av restriksjoner. Likevel kan partene i en markedsføringsavtale koordinere priser. I så tilfelle er det sannsynlig, ifølge ESAs horisontale retningslinjer, at markedsføringsavtalene utgjør formålsrestriksjoner.³² Markedsføringsavtalen vil imidlertid ikke utgjøre en formålsrestriksjon dersom den ifølge ESAs horisontale retningslinjer “objektivt sett er nødvendig for at en part skal kunne tre inn på et marked den ikke kunne ha kommet inn på alene eller med et mer begrenset antall parter enn det antall som faktisk deltar i samarbeidet”. I en slik situasjon må det foretas en vurdering av virkningene av avtalen, selv om den normalt ikke begrenser konkurransen.³³ Den norske stat mener at inngivelse av felles tilbud kan anses som en samarbeidsavtale. Det fremgår av avsnitt 237 i ESAs horisontale retningslinjer, som omtalt over, at en samarbeidsavtale “objektivt sett er nødvendig” bare dersom *ingen* av partene i samarbeidsavtalen kunne ha kommet inn på markedet uten denne avtale. På samme måte er inngivelse av felles tilbud “objektivt sett nødvendig” bare dersom *ingen* av partene som har inngitt det felles tilbud, kunne ha inngitt et tilbud alene.

30 Det vises til dommen i *VSPOB m.fl.*, som omtalt over (avsnitt 145 og 146).

31 Det vises særlig til dommen i *Dole Food*, som omtalt over (avsnitt 122).

32 Det vises til ESAs horisontale retningslinjer, som omtalt over (avsnitt 225 og 234).

33 Det vises til ESAs horisontale retningslinjer, som omtalt over (avsnitt 237).

57 The Norwegian Government emphasises that independence of economic operators, which must determine independently their policy on the market,³⁴ is of particular importance when those operators prepare bids. Therefore, any coordination between tenderers is harmful. As stated by the Commission in *European Sugar Industry*, “in a system of tendering, competition is of the essence. If the tenders submitted by those taking part are not the result of individual economic calculation, but knowledge of the tenders by other participants or of concertation with them, competition is prevented, or at least distorted and restricted”.³⁵ In *VSPOB and Others*, the General Court found that concertation between potential competitors in response to an invitation to tender had *the object* and effect of restricting competition since it could lead to the fixing of certain terms of the tenders.³⁶ Moreover, Stockholm District Court recently held that joint bids by potential competitors are restrictions by object.³⁷ So did the Danish Competition Appeal Tribunal.³⁸ The OECD has also warned against situation where “two or more businesses file a ‘joint bid’ even though at least one of the undertakings could have bid on its own”.³⁹

34 Reference is made, in particular, to the judgment in *T-Mobile*, cited above, paragraph 32.

35 Reference is made to Commission Decision of 2 January 1973 relating to proceedings under Articles 85 and 86 of the EEC Treaty (IV-26 918 – European Sugar Industry), OJ 1973 L 140, p. 7, Section II, F.

36 Reference is made to the judgment in *VSPOB and Others*, cited above, paragraph 123.

37 Reference is made to the judgment of Stockholm District Court (*Stockholm Tingsrätt*) of 21 January 2014, *Konkurrensverket v Däckia and Others*, p. 136.

38 Reference is made to the order of the Danish Competition Appeal Tribunal (*Konkurrenceankenævnet*) of 11 April 2016, *Eurostar and Others v Konkurrencerådet*, pp. 17-18.

39 Reference is made to the OECD Roundtable on “Public Procurement – The Role of Competition Authorities in Promoting Competition”, DAF/COMP (2007), 8 January 2008, pp. 9 and 146.

57 Den norske stat understreker at uavhengigheten til markedsaktører, som må bestemme sin politikk på markedet på selvstendig grunnlag,³⁴ er spesielt viktig når disse aktører utarbeider tilbud. Derfor er ethvert samarbeid mellom tilbydere skadelig. Som Kommisjonen uttalte i *European Sugar Industry*: “I et anbudssystem er konkurranse avgjørende. Dersom tilbudene som inngis av dem som deltar, ikke er resultatet av individuelle økonomiske kalkyler, men av kunnskap om tilbudene fra de andre deltakerne eller av samråd med dem, blir konkurransen hindret, eller i det minste vridt eller begrenset”.³⁵ I *VSPOB m.fl.* la Underretten til grunn at samråd mellom potensielle konkurrenter etter en anbudsinnbydelse hadde som *formål* og virkning å begrense konkurransen ettersom det kunne føre til fastsettelse av visse vilkår i tilbudene.³⁶ Videre har Stockholms tingsrätt nylig lagt til grunn at felles tilbud av potensielle konkurrenter er formålsrestriksjoner.³⁷ Det samme gjorde det danske Konkurrenceankenævnet.³⁸ OECD har også advart mot situasjoner der “to eller flere foretak sender inn et “felles tilbud” selv om minst ett av foretakene kunne ha inngitt tilbud alene”.³⁹

34 Det vises særlig til dommen i *T-Mobile*, som omtalt over (avsnitt 32).

35 Det vises til kommisjonsbeslutning av 2. januar 1973 om anvendelse av bestemmelsene i EØF-traktaten artikkel 85 og 86 (IV-26 918 – *European Sugar Industry*), EFT 1973 L 140, s. 7 (avsnitt II, F).

36 Det vises til dommen i *VSPOB m.fl.*, som omtalt over (avsnitt 123).

37 Det vises til dommen i Stockholms tingsrätt 21. januar 2014, *Konkurrensverket mot Däckia m.fl.*, s. 136.

38 Det vises til Konkurrenceankenævnets kjennelse 11. april 2016, *Eurostar m.fl. mot Konkurrencerådet*, s. 17-18.

39 Det vises til OECDs rundebordskonferanse om “Public Procurement – The Role of Competition Authorities in Promoting Competition”, DAF/COMP (2007), 8. januar 2008, s. 9 og 146.

- 58 In the present case, the Norwegian Government maintains that the submission of joint bids by Ski Taxi and Follo Taxi in Tender Procedures 1 and 2 constitutes a restriction by object.
- 59 As regards the first criterion to be taken into account in order to determine whether an agreement constitutes a restriction by object, namely, its content and objectives, the Norwegian Government contends that both Ski Taxi and Follo Taxi had sufficient capacity to submit individual bids in Tender Procedures 1 and 2. Joint bidding by undertakings that have the capacity to submit individual bids is particularly harmful since it entails a form of coordination which deliberately substitutes practical cooperation between undertakings for the risks of competition. First, joint bidding reduces the number of tenderers and eliminates potential competition between the parties submitting the joint bid. Second, the parties submitting the joint bid substitute their judgment for that of the contracting entity. Third, joint bidding may be assimilated to a commercialisation agreement where the parties agree on prices, which is a hard core restriction. Fourth, Ski Taxi and Follo Taxi also agreed on the number of dedicated cars, which entails fixing “other trading conditions” within the meaning of Article 53(1)(a) EEA and/or “limit[ing] or control[ing] production” within the meaning of Article 53(1)(b) EEA. Finally, since Ski Taxi and Follo Taxi had, independently of each other, the capacity to submit individual bids, joint tendering amounts to an agreement to share markets.
- 60 As regards the second criterion to be taken into account in order to determine whether an agreement constitutes a restriction by object, namely, its economic and legal context, the Norwegian Government reiterates that the parties to the joint bid only need to be potential competitors. Since Ski Taxi and Follo Taxi could have submitted individual bids, they are to be considered as potential competitors.

- 58 I den foreliggende sak fastholder den norske stat at Ski Taxi og Follo Taxis inngivelse av felles tilbud i anbudskonkurranse 1 og 2 utgjør en formålsrestriksjon.
- 59 Når det gjelder det første kriterium det skal tas hensyn til ved vurderingen av om en avtale utgjør en formålsrestriksjon, nemlig dens innhold og formål, gjør den norske stat gjeldende at både Ski Taxi og Follo Taxi hadde tilstrekkelig kapasitet til å inngi tilbud hver for seg i anbudskonkurranse 1 og 2. Inngivelse av felles tilbud av foretak som hver for seg har kapasitet til å inngi tilbud, er særlig skadelig fordi det innebærer en form for samordning som bevisst erstatter konkurranserisiko med et innbyrdes praktisk samarbeid. For det første medfører inngivelse av felles tilbud en reduksjon i antall tilbydere og en eliminasjon av potensiell konkurranse mellom de parter som inngir det felles tilbud. For det andre setter de parter som sender inn det felles tilbud, seg i den anskaffende myndighets sted. For det tredje kan inngivelse av felles tilbud sammenlignes med en markedsføringsavtale der partene avtaler priser, som faller innenfor den harde kjerne av restriksjoner. For det fjerde avtalte Ski Taxi og Follo Taxi også antall dedikerte biler, noe som innebærer å fastsette "andre forretningsvilkår" etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 bokstav a og/eller å "begrense eller kontrollere produksjon" etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 bokstav b. Endelig utgjør inngivelsen av felles tilbud en avtale om markedsdeling, fordi Ski Taxi og Follo Taxi kunne ha inngitt tilbud hver for seg.
- 60 Når det gjelder det annet kriterium som må tas i betraktning i vurderingen av om en avtale utgjør en formålsrestriksjon, nemlig dens økonomiske og rettslige kontekst, minner den norske stat om at partene i det felles tilbud bare trenger å være potensielle konkurrenter. Siden Ski Taxi og Follo Taxi kunne ha inngitt tilbud hver for seg, må de betraktes som potensielle konkurrenter.

- 61 Therefore, in the view of the Norwegian Government, the agreement at stake in the present case reveals a sufficient degree of harm to competition and must be regarded as a restriction by object.
- 62 The Norwegian Government submits that the arguments put forward by Ski Taxi, Follo Taxi and SFD do not undermine that conclusion.
- 63 First, as regards the argument advanced by Ski Taxi, Follo Taxi and SFD that their joint bids are part of a wider, legitimate cooperation, the Norwegian Government maintains that the joint bids at stake involved price fixing, which is a restriction by object. Moreover, only if Ski Taxi and Follo Taxi had lacked the sufficient resources to submit individual bids could their joint bids be regarded as promoting competition. In the present case, Ski Taxi and Follo Taxi had the resources to submit individual bids. Even if the joint bids were to be regarded as having legitimate, pro-competitive effects, such effects could only be taken into account under Article 53(3) EEA. They are irrelevant in order to determine whether the joint bids constitute a restriction by object within the meaning of Article 53(1) EEA.
- 64 Second, as regards the argument advanced by Ski Taxi, Follo Taxi and SFD argument that their joint bids are not sufficiently harmful to normal competition, the Norwegian Government reiterates that the joint bids eliminated potential competition between Ski Taxi and Follo Taxi with regard to price. Moreover, the existence, or absence of, a non-compete arrangement whereby Ski Taxi and Follo Taxi refrain from submitting individual bids would only be relevant in order to establish a single and continuous infringement since the creation of SFD in 2001. However, the existence, or absence of, a non-compete arrangement is irrelevant in order to determine whether by submitting joint bids in Tender Procedures 1 and 2 Ski Taxi and Follo Taxi infringed Article 53 EEA.

- 61 Derfor er avtalen den foreliggende sak gjelder, etter den norske stats oppfatning tilstrekkelig skadelig for konkurransen og må anses som en formålsrestriksjon.
- 62 Den norske stat anfører at argumentene fremsatt av Ski Taxi, Follo Taxi og SFD, ikke svekker denne konklusjon.
- 63 For det første, når det gjelder argumentet fra Ski Taxi, Follo Taxi og SFD om at deres felles tilbud inngår i et bredere, legitimt samarbeid, gjør den norske stat gjeldende at de felles tilbud saken gjelder, omfatter prisfastsettelse, som er en formålsrestriksjon. Videre ville det bare være dersom Ski Taxi og Follo Taxi hadde manglet tilstrekkelige ressurser til å inngi separate tilbud, at deres felles tilbud kunne blitt ansett som konkurransefremmende. I den foreliggende sak hadde Ski Taxi og Follo Taxi ressurser til å inngi tilbud hver for seg. Selv om de felles tilbud skulle anses å ha legitime, konkurransefremmende virkninger, ville slike virkninger bare kunne vurderes etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3. De er irrelevante for å vurdere om de felles tilbud utgjør en formålsrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1.
- 64 For det andre, når det gjelder argumentet fremsatt av Ski Taxi, Follo Taxi og SFD om at deres felles tilbud ikke er tilstrekkelig skadelig for den normale konkurranse, fastholder den norske stat at de felles tilbud eliminerte potensiell konkurranse mellom Ski Taxi og Follo Taxi med hensyn til pris. Videre ville eksistensen av eller fraværet av en avtale om konkurransebegrensning der Ski Taxi og Follo Taxi avstår fra å inngi egne tilbud, bare være relevant for å påvise én enkelt, vedvarende overtredelse siden opprettelsen av SFD i 2001. Om det foreligger en avtale om konkurransebegrensning eller ikke, er imidlertid irrelevant for å kunne vurdere om Ski Taxi og Follo Taxi, ved å inngi felles tilbud i anbudskonkurranse 1 og 2, har overtrådt EØS-avtalen artikkel 53.

65 Third, as regards the argument advanced by Ski Taxi, Follo Taxi and SFD that joint bidding may only have anti-competitive effects if the parties submitting the joint bid have significant market shares, the Norwegian Government reiterates that classification of an agreement as a restriction by object does not entail an assessment of its effects. In any event, in tender procedures market power cannot be assessed by reference to market shares held in the general market, since the market is defined by the contracting entity (as evidenced by the fact that, in Tender Procedure 2, Oslo University Hospital defined smaller areas in comparison with Tender Procedure 1 in order to generate competition).

THE SECOND QUESTION

- 66 The Norwegian Government contends that it is irrelevant, in order to determine whether a joint bid constitutes a restriction by object, whether the cooperation between the parties was made apparent in the bid.
- 67 In that regard, the Norwegian Government submits that it is irrelevant whether disclosure of the joint character of the bid indicates that the parties had no intention to restrict competition. As mentioned above, the subjective intention of the parties is not a necessary factor when assessing if an agreement constitutes a restriction by object. Moreover, an agreement may be regarded as a restriction by object even if it does not aim only at restricting competition but also pursues legitimate objectives.⁴⁰ In any event, in the present case Ski Taxi and Follo Taxi only disclosed that they were SFD's sub-contractors because the contract documents required this. Therefore, no conclusion may be drawn from such disclosure as to their intentions.

40 Reference is made to the judgment in *General Motors*, cited above, paragraph 64.

65 For det tredje, med hensyn til argumentet fra Ski Taxi, Follo Taxi og SFD om at inngivelse av felles tilbud bare kan ha konkurransebegrensende virkninger dersom partene som inngir det felles tilbud, har vesentlige markedsandeler, minner den norske stat om at klassifiseringen av en avtale som en formålsrestriksjon ikke innebærer noen vurdering av avtalens virkninger. Uansett kan ikke markedsakt i en anbudskonkurranse vurderes med henvisning til markedsandeler i markedet generelt, ettersom markedet defineres av den anskaffende myndighet (som det fremgår av det faktum at Oslo universitetssykehus i anbudskonkurranse 2 hadde definert mindre anbudsområder enn i anbudskonkurranse 1 for å styrke konkurransen).

DET ANNET SPØRSMÅL

66 Den norske stat gjør gjeldende at det for å vurdere om et felles tilbud utgjør en formålsrestriksjon, er irrelevant om samarbeidet mellom partene fremgikk av tilbudet.

67 I denne sammenheng anfører den norske stat at det er irrelevant om åpenhet om at et tilbud er felles, viser at partene ikke hadde til hensikt å begrense konkurransen. Som nevnt over, er partenes subjektive intensjon ikke en nødvendig faktor ved vurderingen av om en avtale utgjør en formålsrestriksjon. Videre kan en avtale anses som en formålsrestriksjon selv om den ikke bare har som mål å begrense konkurransen, men også forfølger legitime mål.⁴⁰ Uansett var Ski Taxi og Follo Taxi i denne sak åpne om at de var underleverandører til SFD bare fordi konkurransegrunnlaget krevde det. Av denne opplysning kan det derfor ikke trekkes noen konklusjon med hensyn til deres intensjoner.

40 Det vises til dommen i *General Motors*, som omtalt over (avsnitt 64).

68 Moreover, the Norwegian Government contends that it is irrelevant, in order to determine whether a joint bid reveals a sufficient degree of harm to competition, whether the joint character of the bid was disclosed by the parties. In the present case, the joint bids reduced the number of potential tenderers and eliminated competition between the parties. They also led the parties to coordinate on all terms of the bids, namely, price, quantity and quality. Those restrictions of competition arise whether or not the joint character of the bid is disclosed to the contracting entity. Therefore, an agreement may constitute a restriction by object irrespective of whether the cooperation was disclosed by the parties. This is consistent with the judgments of the ECJ in *BIDS* and *VSPOB*.⁴¹ This is also consistent with the judgment of Stockholm District Court of 21 January 2014 according to which “the question of whether an agreement has been open or concealed is immaterial in order to determine whether it restricts competition by object or effect”, and with the order of the Danish Competition Appeal Tribunal of 11 April 2016.⁴²

PROPOSED ANSWERS

69 Therefore, the Norwegian Government proposes that the Court should answer the questions as follows:

1. *The classification of an agreement as a restriction of competition by object relates to certain types of coordination between undertakings that reveal a sufficient degree of harm to competition that there is no need to examine their effects. That case-law arises from the fact*

41 Reference is made to judgments in *BIDS*, cited above, paragraphs 4 to 10 and 40, and *VSPOB and Others*, cited above, paragraphs 359 and 360.

42 Reference is made to the judgment of Stockholm District Court of 21 January 2014, cited above, p. 134, and the order of the Danish Competition Appeal Tribunal of 11 April 2016, cited above, p. 18.

68 Den norske stat gjør videre gjeldende at det for å vurdere om et felles tilbud er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, er irrelevant om partene opplyste om at tilbudet var felles. I den foreliggende sak reduserte de felles tilbud antallet potensielle tilbydere og eliminerte konkurransen mellom partene. De medførte også at partene samordnet alle vilkår i tilbudene, det vil si pris, kvantitet og kvalitet. Dette er konkurransebegrensninger som foreligger enten den anskaffende myndighet opplyses eller ikke om at tilbudet er felles. Derfor kan en avtale utgjøre en formålsrestriksjon uten hensyn til om partene har opplyst om samarbeidet. Dette er i tråd med EU-domstolens dommer i *BIDS* og *VSPÖB*.⁴¹ Dette er også i tråd med Stockholms tingsrätts dom 21. januar 2014, som fastsetter at “Frågan om ett avtal har funnits öppet eller i det fördolda saknar dock betydelse för att kunna avgöra om det har konkurrensbegränsande syfte eller effekt”, og med det danske Konkurrenceankenævnets kjennelse 11. april 2016.⁴²

FORSLAG TIL SVAR

69 Den norske stat anmoder derfor EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:

1. *Klassifiseringen av en avtale som en formålsrestriksjon gjelder visse former for samordning mellom foretak som er så skadelig for konkurransen at det ikke er noen grunn til å undersøke virkningene. Denne rettspraksis har sitt utspring i det faktum at visse typer*

41 Det vises til dommene i *BIDS*, som omtalt over (avsnitt 4–10 og 40), og *VSPÖB m.fl.*, som omtalt over (avsnitt 359 og 360).

42 Det vises til dommen i Stockholms tingsrätt av 21. januar 2014, som omtalt over (s. 134), og det danske Konkurrenceankenævnets kjennelse av 11. april 2016, som omtalt over (s. 18).

that certain types of coordination between undertakings can be regarded, by their very nature, as being harmful to the proper functioning of normal competition. An agreement pursues an anti-competitive object within the meaning of Article 53(1) EEA where, according to its content and objectives and having regard to its legal and economic context, it is capable in an individual case of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition.

- 2. Joint tendering by potential competitors in response to an invitation to tender, irrespective of whether it is made known to the contract awarder, is by its very nature harmful to the proper functioning of normal competition in a system of tendering. It is therefore immaterial for the classification of a joint tender as a restriction of competition by object within the meaning of Article 53(1) EEA whether the cooperation between the undertakings is made apparent in the tender. Beneficial effects and legitimate objectives put forward in justification of such cooperation may only be considered in relation to the criteria laid down in Article 53(3) EEA.*
- 3. When assessing whether joint tendering constitutes a restriction of competition by object, particular regard must be had to whether one or more of the participants could have submitted independent bids and thus whether the joint tendering was objectively necessary. Joint tendering by potential competitors restricts competition by object since it leads to fixing of competition parameters, including selling prices, and entails that practical cooperation is substituted for the risks of competition. A joint tender accordingly pursues an anti-competitive object within the meaning of Article 53(1) EEA in situations where the participating undertakings could have submitted separate bids.*

samarbeid mellom foretak etter deres art kan anses å være skadelig for normalkonkurranse. En avtale har et konkurransebegrensende formål etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 dersom den, ut fra dens innhold og formål og dens rettslige og økonomiske kontekst, i en gitt sak er egnet til å hindre, innskrenke eller vri konkurransen.

- 2. Inngivelse av felles tilbud av potensielle konkurrenter etter en anbudsinnbydelse, uten hensyn til om kontraktstildeleren opplyses om dette, vil etter sin art være skadelig for normal konkurranse i et anbudssystem. For klassifiseringen av et felles tilbud som en formålsrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 er det derfor uvesentlig om samarbeidet mellom foretakene fremkommer av tilbudet. Gunstige virkninger og legitime formål som brukes som begrunnelse for slikt samarbeid, kan bare vurderes etter kriteriene fastsatt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3.*
- 3. Ved vurderingen av om inngivelse av felles tilbud utgjør en formålsrestriksjon, må det særlig vurderes om en eller flere av deltakerne kunne ha inngitt tilbud på egen hånd, og dermed om inngivelse av felles tilbud objektivt sett var nødvendig. Inngivelse av felles tilbud av potensielle konkurrenter utgjør en formålsrestriksjon ettersom det fører til fastsettelse av konkurranseparametere, herunder salgspriser, og innebærer at konkurranserisikoen erstattes med et innbyrdes praktisk samarbeid. Et felles tilbud har følgelig et konkurransebegrensende formål etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 i situasjoner der de deltakende foretak kunne ha inngitt tilbud hver for seg.*

ESA

ADMISSIBILITY

70 ESA submits that, although the proceedings before the referring court concern a purely internal situation, the Court has jurisdiction. It is settled case law that it has jurisdiction to rule in situations where the facts of the cases being considered by the national courts were outside the direct scope of EEA law but where those provisions have been rendered applicable by domestic law, which adopts, for internal situations, the same approach as that provided for under EEA law.⁴³ In the present case, Section 10 of the Competition Act mirrors Article 53 EEA. Therefore, the Court has jurisdiction.

THE FIRST QUESTION

71 ESA submits that an agreement constitutes a restriction by object if it reveals a sufficient degree of harm to competition.⁴⁴ In order to determine whether an agreement reveals a sufficient degree of harm to competition, regard must be had to the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms part.⁴⁵

72 In that regard, ESA contends that for those agreements which previously have been held to reveal a sufficient degree of harm to competition, the analysis of the legal and economic context may be limited to what is strictly necessary in order to establish the

43 Reference is made, in particular, to the judgment in *Allianz Hungária*, cited above, paragraph 20.

44 Reference is made to judgments in *Cartes bancaires*, cited above, paragraph 57, and *Toshiba*, cited above, paragraph 26.

45 Reference is made to the judgment in *Toshiba*, cited above, paragraph 27.

ESA

SPØRSMÅLET OM ANMODNINGEN KAN BEHANDLES

70 ESA gjør gjeldende at selv om saken for den anmodende domstol gjelder en rent intern situasjon, har EFTA-domstolen domsmyndighet. Det er fast rettspraksis at den har domsmyndighet i situasjoner der de faktiske forhold i saker som er oppe til behandling i nasjonale domstoler, ikke omfattes direkte av EØS-retten, men der disse bestemmelser har blitt gjort gjeldende etter nasjonal lovgivning, som i interne situasjoner anvender samme prinsipp som det som er fastsatt i EØS-retten.⁴³ I den foreliggende sak spiller konkurranseloven § 10 EØS-avtalen artikkel 53. Derfor har EFTA-domstolen domsmyndighet.

DET FØRSTE SPØRSMÅL

71 ESA anfører at en avtale utgjør en formålsrestriksjon dersom den er tilstrekkelig skadelig for konkurransen.⁴⁴ For å kunne vurdere om en avtale er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, må det tas hensyn til innholdet i dens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige kontekst avtalen inngår i.⁴⁵

72 I denne sammenheng gjør ESA gjeldende at for avtaler som tidligere er funnet å være tilstrekkelig skadelig for konkurransen, kan analysen av den økonomiske og rettslige kontekst begrenses til det som er strengt nødvendig for å kunne vurdere om avtalen utgjør en

43 Det vises særlig til dommen i *Allianz Hungária*, som omtalt over (avsnitt 20).

44 Det vises til dommene i *Cartes bancaires*, som omtalt over (avsnitt 57), og *Toshiba*, som omtalt over (avsnitt 26).

45 Det vises til dommen i *Toshiba*, som omtalt over (avsnitt 27).

existence of a restriction of competition “by object”. The purpose of such analysis is to assess whether the individual agreement, in the particular circumstances, is capable of revealing a sufficient degree of harm to competition. For example, an agreement may constitute a restriction by object if its parties are competitors, whereas a similar agreement may not constitute such a restriction if its parties are not competitors. Therefore, analysis of the economic and legal context is required.⁴⁶

- 73 Moreover, ESA claims that, in order to classify an agreement as constituting a restriction by object, it suffices that the agreement, which in itself reveals a sufficient degree of harm to competition, is capable of restricting competition.

THE SECOND QUESTION

- 74 ESA contends that it is irrelevant, in order to determine whether an agreement constitutes a restriction by object, whether the cooperation between the parties was disclosed to the contracting entity. Moreover, it is irrelevant, to that end, whether the parties to the agreement had the subjective intention to restrict competition or whether they had other legitimate objectives.⁴⁷

THE THIRD QUESTION

- 75 ESA submits that it is for the referring court to determine whether the submission of a joint bid by Ski Taxi and Follo Taxi constitutes a restriction by object. However, ESA proposes to provide some guidance on the issue.

46 Ibid., paragraph 29.

47 Reference is made to the judgment in *BIDS*, cited above, paragraph 21.

formålsrestriksjon. Formålet med en slik analyse er å vurdere om den aktuelle avtale under de gitte omstendigheter kan anses å være tilstrekkelig skadelig for konkurransen. En avtale kan for eksempel utgjøre en formålsrestriksjon dersom avtalepartene er konkurrenter, mens en tilsvarende avtale der avtalepartene ikke er konkurrenter, ikke nødvendigvis vil utgjøre en slik restriksjon. Derfor kreves en analyse av den økonomiske og rettslige kontekst.⁴⁶

- 73 Videre gjør ESA gjeldende at for å kunne klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon, er det tilstrekkelig at avtalen, som i seg selv er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, er egnet til å begrense konkurransen.

DET ANNET SPØRSMÅL

- 74 ESA gjør gjeldende at det for å vurdere om en avtale utgjør en formålsrestriksjon, er irrelevant om den anskaffende myndighet ble opplyst om samarbeidet mellom partene. Videre er det for dette formål irrelevant om avtalepartene hadde en subjektiv intensjon om å begrense konkurransen eller om de hadde andre legitime mål.⁴⁷

DET TREDJE SPØRSMÅL

- 75 ESA anfører at det er den anmodende domstol selv som må vurdere om inngivelse av et felles tilbud fra Ski Taxi og Follo Taxi utgjør en formålsrestriksjon. ESA foreslår imidlertid at det gis noe veiledning i dette spørsmål.

46 Samme sted (avsnitt 29).

47 Det vises til dommen i *BIDS*, som omtalt over (avsnitt 21).

- 76 ESA contends that the submission of a joint bid inevitably entails cooperation between the parties on the price offered to the contracting entity. Moreover, it is comparable to a market-sharing agreement, since the parties jointly provide the services at stake and share the contracts awarded.
- 77 In ESA's view, since it is settled case law that price fixing and market sharing agreements reveal a sufficient degree of harm to competition, the analysis of the economic and legal context of the joint bid submitted by Ski Taxi and Follo Taxi can be limited to determining whether those undertakings are actual or potential competitors. Therefore, the pro-competitive elements, if any, may only be taken into account under Article 53(3) EEA.
- 78 Finally, ESA claims that sub-contracting agreements have to be analysed on a case-by-case basis.⁴⁸ There is nothing to prevent competitors from acting as subcontractors for each other. However, subcontracting cannot result in the substitution of cooperation for competition.

PROPOSED ANSWERS

- 79 Therefore, ESA proposes that the Court should answer the questions as follows:
1. *The legal test to be applied when determining whether an agreement between undertakings has a competition-restricting object within the meaning of Article 53 EEA is whether it reveals a sufficient degree of harm to competition, having regard to the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context in which it forms part. In order to categorise an agreement*

48 Reference is made to ESA's General Guidelines and ESA's Horizontal Guidelines.

- 76 ESA gjør gjeldende at inngivelse av et felles tilbud uvegerlig innebærer samarbeid mellom partene om prisen som tilbys anskaffende myndighet. Videre kan dette sammenlignes med en markedsdelingsavtale ettersom partene i fellesskap yter den aktuelle tjeneste og deler kontraktene som blir tildelt.
- 77 Siden det er fast rettspraksis at fastsettelse av priser og markedsdelingsavtaler er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, kan analysen av den økonomiske og rettslige kontekst for det felles tilbud inngitt av Ski Taxi og Follo Taxi etter ESAs syn begrenses til en vurdering av om disse foretak er faktiske eller potensielle konkurrenter. Derfor kan eventuelle konkurransefremmende elementer, om slike finnes, bare kunne vurderes etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3.
- 78 Endelig gjør ESA gjeldende at underleverandøravtaler må analyseres i hvert enkelt tilfelle.⁴⁸ Det er intet som hindrer konkurrenter i å opptre som underleverandører for hverandre. Dette må imidlertid ikke medføre at samarbeid erstatter konkurranse.

FORSLAG TIL SVAR

- 79 ESA anmoder derfor EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:
1. *Det rettslige vurderingstema ved vurderingen av om en avtale mellom foretak har et konkurransebegrensende formål etter EØS-avtalen artikkel 53, er om avtalen er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, i betraktning av innholdet i dens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige kontekst avtalen inngår i. For å kunne kategorisere en avtale som en formålsovertredelse, er det*

48 Det vises til ESAs generelle retningslinjer og ESAs horisontale retningslinjer.

as an infringement “by object”, it is sufficient that the agreement, which in itself reveals a sufficient degree of harm to competition, is capable of restricting competition.

2. The fact that a cooperation takes place openly is not a determining element when assessing whether a form of conduct constitutes an infringement by object.
3. The legal criteria that must be emphasised when considering a cooperation in the form of two competing companies submitting a joint tender through a joint venture is whether it reveals a sufficient degree of harm to competition, having regard to the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms part. In order to categorise an agreement as an infringement “by object”, it is sufficient that the agreement, which in itself reveals a sufficient degree of harm to competition, is capable of restricting competition.

THE COMMISSION

THE FIRST QUESTION

80 The Commission submits that in *Cartes bancaires* the ECJ clearly stated that an agreement has the object of restricting competition if it reveals in itself a sufficient degree of harm to competition.⁴⁹

81 The Commission disagrees with the contention made by Ski Taxi, Follo Taxi and SFD that in *Cartes bancaires* the ECJ set a higher standard than it did in its earlier judgment in *T-Mobile*. It is true that in *T-Mobile* the ECJ held that, in order to be categorised as a restriction by object, an agreement must simply be “capable in an

49 Reference is made to judgments in *Cartes bancaires*, cited above, paragraph 57; *BIDS*, cited above, paragraph 15; and *Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH*, 56/65, EU:C:1966:38, page 249.

tilstrekkelig at avtalen, som i seg selv er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, er egnet til å begrense konkurransen.

2. *Det faktum at et samarbeid foregår åpenlyst, er ikke en avgjørende faktor ved vurderingen av om en atferd utgjør en formålsovertredelse.*
3. *De rettslige kriterier som må vektlegges ved vurderingen av et samarbeid som skjer ved at to konkurrerende foretak inngir et felles tilbud gjennom et felleseiet foretak, er om det er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, i betraktning av innholdet i dets bestemmelser, dets formål og den økonomiske og rettslige kontekst det inngår i. For å kunne kategorisere en avtale som en formålsovertredelse, er det tilstrekkelig at avtalen, som i seg selv er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, er egnet til å begrense konkurransen.*

KOMMISSJONEN

DET FØRSTE SPØRSMÅL

- 80 Kommisjonen gjør gjeldende at EU-domstolen i *Cartes bancaires* klart har angitt at en avtale har et konkurransebegrensende formål dersom den i seg selv er tilstrekkelig skadelig for konkurransen.⁴⁹
- 81 Kommisjonen bestrider Ski Taxi, Follo Taxi og SFDs påstand om at EU-domstolen i *Cartes bancaires* satte en høyere standard enn i sin tidligere dom i *T-Mobile*. Riktignok la EU-domstolen til grunn i *T-Mobile* at for at en avtale skulle kunne kategoriseres som en formålsrestriksjon, måtte den ganske enkelt være “egnet i en gitt

49 Det vises til dommene i *Cartes bancaires*, som omtalt over (avsnitt 57), *BIDS*, som omtalt over (avsnitt 15), og *Société Technique Minière (L.T.M.) mot Maschinenbau Ulm GmbH*, 56/65, EU:C:1966:38, s. 249.

individual case, having regard to the economic and legal context, of restricting competition”.⁵⁰ However, by stating in *T-Mobile* that an agreement constitutes a restriction by object if it is merely capable of restricting competition, the ECJ did not seek to define the standard for classifying an agreement as a restriction by object. It aimed at dismissing the referring court’s contention that classifying an agreement as a restriction by object requires consideration of its effects. By no means did the ECJ in *T-Mobile* establish a lower standard according to which any agreement capable of restricting competition constitutes a restriction by object. Therefore, in *Cartes bancaires* the ECJ did not, contrary to the allegations of *Ski Taxi*, *Follo Taxi* and *SFD*, overrule the standard set in *T-Mobile*. The standard for classifying an agreement as a restriction by object is, and has always been, that it must reveal a sufficient degree of harm to competition. This was confirmed in the subsequent judgment in *Toshiba*.⁵¹

- 82 The Commission states, however, that an agreement cannot constitute a restriction by object if it is not capable of restricting competition. This is because Article 101 TFEU can only apply where there is competition to be restricted. Consequently, while an agreement needs to be capable of restricting competition in order to be classified as a restriction by object, it may not be classified as such simply because it is capable of restricting competition; it must also reveal a sufficient degree of harm to competition.

50 Reference is made to the judgement in *T-Mobile*, cited above, paragraph 31.

51 Reference is made to the judgment in *Toshiba*, cited above, paragraph 26.

sak, i betraktning av den økonomiske og rettslige kontekst, til å begrense konkurransen”.⁵⁰ Men ved å legge til grunn i *T-Mobile* at en avtale utgjør en formålsrestriksjon bare fordi den er egnet til å begrense konkurransen, søkte ikke EU-domstolen å definere standarden for klassifisering av en avtale som en formålsrestriksjon; den søkte å avvise den anmodende domstols påstand om at det for å klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon er nødvendig å vurdere dens virkninger. EU-domstolen fastsatte ikke på noen måte i *T-Mobile* en lavere standard som innebar at enhver avtale som er egnet til å begrense konkurransen, utgjør en formålsrestriksjon. I motsetning til hva *Ski Taxi*, *Follo Taxi* og *SFD* påstår, innebar altså ikke dommen i *Cartes bancaires* at EU-domstolen tilsidesatte standarden fastsatt i *T-Mobile*. Standarden for å klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon er, og har alltid vært, at den må være tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Dette ble bekreftet i den påfølgende dom i *Toshiba*.⁵¹

- 82 Kommisjonen konstaterer imidlertid at en avtale ikke kan utgjøre en formålsrestriksjon om den ikke er egnet til å begrense konkurransen. Dette skyldes at TEUV artikkel 101 ikke kommer til anvendelse annet enn i situasjoner der det foreligger konkurranse som kan begrenses. Selv om en avtale må være egnet til å begrense konkurransen for å kunne klassifiseres som en formålsrestriksjon, kan den følgelig ikke klassifiseres som sådan bare fordi den er egnet til å begrense konkurransen; den må også være tilstrekkelig skadelig for konkurransen.

50 Det vises til dommen i *T-Mobile*, som omtalt over (avsnitt 31).

51 Det vises til dommen i *Toshiba*, som omtalt over (avsnitt 26).

- 83 The Commission submits that horizontal price fixing,⁵² market sharing,⁵³ customer sharing⁵⁴ and joint capacity reduction⁵⁵ have been recognised by the ECJ as restrictions by object. However, the category of restrictions by object encompasses also other, less obvious, restrictions, for which a closer examination of the agreement may be required.
- 84 The Commission claims that, in order to determine whether an agreement reveals a sufficient degree of harm to competition, an analysis of its content and objectives, and of its economic and legal context, is required.⁵⁶ Although the intention of the parties is not a necessary factor, it may be taken into account.⁵⁷
- 85 First, as regards the content and the objectives of the agreement, the Commission contends that account should be taken not only of the wording of the agreement⁵⁸, but also of the substance of what was agreed between the parties. An agreement which does not have the restriction of competition as its sole aim but also pursues other, legitimate aims may restrict competition by object.⁵⁹
- 86 Second, as regards the economic and legal context of the agreement, the Commission submits that it is necessary to take account of the nature of the goods or services affected, as well as the real conditions of the functioning or structure of the market.⁶⁰ It may be

52 Reference is made, in particular, to the judgment in *Cartes bancaires*, cited above, paragraph 51.

53 Reference is made to the judgment in *Toshiba*, cited above, paragraph 28.

54 Reference is made to the judgment in *ING Pensii*, cited above, paragraph 32.

55 Reference is made to the judgment in *BIDS*, cited above, paragraphs 33 to 40.

56 Reference is made, in particular, to the judgment in *Cartes bancaires*, cited above, paragraph 53.

57 *Ibid.*, paragraph 54.

58 Reference is made, in particular, to the judgment in *BIDS*, cited above, paragraph 21.

59 Reference is made, in particular, to the judgment in *General Motors*, cited above, paragraph 64.

60 Reference is made, in particular, to the judgment in *Cartes bancaires*, cited above, paragraph 78.

- 83 Kommisjonen gjør gjeldende at EU-domstolen har lagt til grunn at horisontal prisfastsettelse,⁵² markedsdeling,⁵³ kundedeling⁵⁴ og felles kapasitetsbegrensning⁵⁵ er formålsrestriksjoner. Kategorien formålsrestriksjoner omfatter imidlertid også andre, mindre innlysende restriksjoner som kan kreve en nærmere vurdering av avtalen.
- 84 Kommisjonen gjør gjeldende at for å kunne vurdere om en avtale er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, må dens innhold og formål, samt dens økonomiske og rettslige kontekst, analyseres.⁵⁶ Selv om partenes intensjon ikke er en nødvendig faktor, kan den tas i betraktning.⁵⁷
- 85 For det første, når det gjelder avtalens innhold og formål, gjør Kommisjonen gjeldende at det bør tas hensyn ikke bare til avtalens ordlyd,⁵⁸ men også til det materielle innhold i det som var avtalt mellom partene. En avtale som ikke har konkurransebegrensning som eneste formål, men som også har andre, legitime mål, kan utgjøre en formålsrestriksjon.⁵⁹
- 86 For det annet, når det gjelder avtalens økonomiske og rettslige kontekst, anfører Kommisjonen at det er nødvendig å ta hensyn til de berørte varer eller tjenesters art i tillegg til de faktiske vilkår for markedets virkemåte eller struktur.⁶⁰ Det kan bli nødvendig å

52 Det vises særlig til dommen i *Cartes bancaires*, som omtalt over (avsnitt 51).

53 Det vises til dommen i *Toshiba*, som omtalt over (avsnitt 28).

54 Det vises til dommen i *ING Pensii*, som omtalt over (avsnitt 32).

55 Det vises til dommen i *BIDS*, som omtalt over (avsnitt 33–40).

56 Det vises særlig til dommen i *Cartes bancaires*, som omtalt over (avsnitt 53).

57 Samme sted (avsnitt 54).

58 Det vises særlig til dommen i *BIDS*, som omtalt over (avsnitt 21).

59 Det vises særlig til dommen i *General Motors*, som omtalt over (avsnitt 64).

60 Det vises særlig til dommen i *Cartes bancaires*, som omtalt over (avsnitt 78).

necessary to investigate whether the parties are competitors, whether the market is two-sided or regulated, and whether the restriction at stake is ancillary, that is, “objectively necessary” for another, wider operation which is not anti-competitive.⁶¹ However, account cannot be taken of the effects of the agreement or the market power of the parties. The Commission contends that the findings of the ECJ in *Toshiba*, according to which the analysis of the economic and legal context of a market-sharing agreement may be limited to what is strictly necessary in order to determine whether it constitutes a restriction by object, should be applied to other obvious, established restrictions by object such as price-fixing.⁶²

THE SECOND QUESTION

87 The Commission contends that it is irrelevant, in order to determine whether joint bidding constitutes a restriction by object, whether the cooperation between the parties was disclosed to the contracting entity. What is relevant is whether joint bidding reveals in itself a sufficient degree of harm to competition. Whether cooperation was concealed or disclosed to the contracting entity has no bearing on this. Moreover, cooperation conducted publicly has been found to constitute a restriction by object.⁶³

THE THIRD QUESTION

88 The Commission submits that in order to determine whether joint bidding, or any type of agreement, constitutes a restriction by object, regard must be had to its content and the objectives, the economic

61 Reference is made to judgments in *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS*, C-439/09, EU:C:2011:649, paragraphs 39 to 47, and *MasterCard Inc. and Others v European Commission*, C382/12 P, EU:C:2014:2201, paragraphs 90 to 95 and 107.

62 Reference is made to the judgment in *Toshiba*, cited above, paragraph 29.

63 Reference is made to the judgment in *BIDS*, cited above.

undersøke om partene er konkurrenter, om markedet er tosidig eller regulert, og om den aktuelle restriksjon er tilknyttet, det vil si “objektivt sett nødvendig” for en annen, bredere virksomhet som ikke er konkurransebegrensende.⁶¹ Imidlertid kan det ikke tas hensyn til virkningene av avtalen eller av partenes markedsrett. Kommisjonen gjør gjeldende at EU-domstolens begrunnelse i *Toshiba*, nemlig at analysen av den økonomiske og rettslige kontekst for en markedsdelingsavtale kan begrenses til det som er strengt nødvendig for å kunne vurdere om den utgjør en formålsrestriksjon, bør anvendes på andre innlysende, etablerte formålsrestriksjoner, som prisfastsettelse.⁶²

DET ANNET SPØRSMÅL

87 Kommisjonen gjør gjeldende at det for å vurdere om inngivelse av felles tilbud utgjør en formålsrestriksjon, er irrelevant om den anskaffende myndighet ble opplyst om samarbeidet mellom partene. Det som er relevant, er om inngivelse av felles tilbud i seg selv er tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Om samarbeidet foregikk i det skjulte eller var åpent for den anskaffende myndighet, har ingen betydning for dette. Samarbeid som har foregått offentlig, har for øvrig blitt funnet å utgjøre en formålsrestriksjon.⁶³

DET TREDJE SPØRSMÅL

88 Kommisjonen gjør gjeldende at for å kunne vurdere om inngivelse av felles tilbud, eller noen form for avtale, utgjør en formålsrestriksjon, må det tas hensyn til dens innhold og formål, den økonomiske

61 Det vises til dommene i *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS*, C-439/09, EU:C:2011:649 (avsnitt 39–47), og *MasterCard Inc. m.fl. mot Europakommisjonen*, C382/12 P, EU:C:2014:2201 (avsnitt 90–95 og 107).

62 Det vises til dommen i *Toshiba*, som omtalt over (avsnitt 29).

63 Det vises til dommen i *BIDS*, som omtalt over.

and legal context of which it forms part, and, although that is not a necessary factor, the intentions of the parties.

- 89 As regards the content and the objectives of the agreement, the Commission notes that it follows from the SFD Strategy Document and from the SFD Shareholders' Agreement that SFD was established in order to, first, reduce competition between Ski Taxi and Follo Taxi, second, strengthen their market position vis-à-vis third parties.
- 90 As regards the economic and legal context of the agreement, the Commission contends that Ski Taxi and Follo Taxi were competitors in each of the seven municipalities in the Follo region. Moreover, it is of particular importance that, according to the request for an advisory opinion, Ski Taxi and Follo Taxi could both have submitted individual bids, and the submission of joint bids is thus not necessary to allow them to enter the market.⁶⁴
- 91 Moreover, the Commission notes that the submission of joint bids was part of a wider scheme, which entailed the establishment of SFD as a provider of administrative tasks for Ski Taxi and Follo Taxi. Therefore, the submission of joint bids may constitute an ancillary restraint to the operation of SFD. If such is the case and the operation of SFD is not anti-competitive, the submission of joint bids would not fall within the scope of Article 53 EEA. It should thus be assessed whether the submission of joint bids was "strictly indispensable" to the operation of SFD.⁶⁵ More precisely, it should be assessed whether the pooling of administrative resources through the establishment of SFD required cooperation on price, quality and capacity, as was achieved through the submission of joint bids.

64 Reference is made to the Guidelines of the Commission on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, OJ 2011 L 11, p. 1, paragraph 237.

65 Reference is made to the judgment in *MasterCard*, cited above, paragraph 91.

rettslige kontekst den inngår i, og – selv om det ikke er en nødvendig faktor – partenes intensjoner.

- 89 Når det gjelder avtalens innhold og formål, anfører Kommissjonen at det følger av SFDs strategidokument og SFDs aksjonæravtale at SFD ble etablert for det første for å redusere konkurransen mellom Ski Taxi og Follo Taxi, og dernest for å styrke deres markedsposisjon i forhold til tredjeparter.
- 90 Med hensyn til avtalens økonomiske og rettslige kontekst gjør Kommissjonen gjeldende at Ski Taxi og Follo Taxi var konkurrenter innenfor hver av de syv kommunene i Follo-regionen. Videre er det av særlig betydning at både Ski Taxi og Follo Taxi ifølge anmodningen om rådgivende uttalelse kunne ha inngitt tilbud hver for seg; inngivelsen av felles tilbud er dermed ikke nødvendig for at de skal kunne tre inn på markedet.⁶⁴
- 91 Videre anfører Kommissjonen at inngivelsen av felles tilbud inngikk i en bredere ordning, der SFD ble etablert som leverandør av administrative oppgaver for Ski Taxi og Follo Taxi. Derfor kan inngivelsen av felles tilbud utgjøre en begrensning tilknyttet driften av SFD. Dersom dét er tilfelle og driften av SFD ikke er konkurransebegrensende, ville ikke inngivelse av felles tilbud omfattes av EØS-avtalen artikkel 53. Det bør dermed vurderes om inngivelsen av felles tilbud var “strengt nødvendig” for driften av SFD.⁶⁵ Det bør nærmere bestemt vurderes om å samle de administrative ressursene gjennom etableringen av SFD forutsatte samarbeid om pris, kvalitet og kapasitet, som ble oppnådd gjennom inngivelse av felles tilbud.

64 Det vises til Kommissjonens retningslinjer for anvendelse av artikkel 101 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte på horisontale samarbeidsavtaler, EUT 2011 L 11, s. 1 (avsnitt 237).

65 Det vises til dommen i *Master Card*, som omtalt over (avsnitt 91).

92 Finally, the Commission claims that the fact that an agreement does not seek only to restrict competition but has other, legitimate aims is irrelevant in order to determine whether it constitutes a restriction by object. Such additional aims may only be taken into account under Article 53(3) EEA.

PROPOSED ANSWERS

93 Therefore, the Commission proposes that the Court should answer the questions as follows:

1. *The legal test for determining whether an agreement constitutes a restriction of competition “by object” within the meaning of Article 53 EEA is whether it reveals, in itself, a sufficient degree of harm to competition such as to be regarded, by its very nature, as being injurious to the proper functioning of normal competition.*

The criteria to be applied in making this assessment require an analysis of the content and objectives of the agreement, as well as the economic and legal context of which it forms part.

Furthermore, the EFTA Court is not precluded, in its assessment of whether an agreement constitutes a restriction of competition by object, from having regard to the intentions of the parties to that agreement.

It is not sufficient, in order to categorise a form of conduct as restrictive by object pursuant to Article 53 EEA, that it is capable of restricting competition. While agreements need to be capable of restricting competition to constitute restrictions by object, the mere fact of such capacity is not, of itself, sufficient to find an anti-competitive object, without proof that the agreement discloses a sufficient degree of harm to competition such as to restrict competition by its very nature.

- 92 Endelig gjør Kommisjonen gjeldende at det at en avtale ikke bare søker å begrense konkurransen, men har andre, legitime mål, er irrelevant for vurderingen av om den utgjør en formålsrestriksjon. Slike tilleggsmål kan bare vurderes etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3.

FORSLAG TIL SVAR

- 93 Kommisjonen anmoder derfor EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:

1. *Det rettslige vurderingstema ved vurderingen av om en avtale utgjør en formålsrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 53, er om den i seg selv er så skadelig for konkurransen at den etter sin art må anses skadelig for normal konkurranse.*

De kriterier som må anvendes for å gjøre denne vurdering, krever en analyse av avtalens innhold og formål og av den økonomiske og rettslige kontekst avtalen inngår i.

Videre er EFTA-domstolen ikke forhindret i sin vurdering av om en avtale utgjør en formålsrestriksjon, fra å ta hensyn til avtalepartenes intensjoner.

Det er ikke tilstrekkelig for å kategorisere en atferd som en formålsovertredelse etter EØS-avtalen artikkel 53, at samarbeidet er egnet til å begrense konkurransen. Selv om avtaler må være egnet til å begrense konkurransen for å kunne utgjøre formålsrestriksjoner, er denne egnethet alene ikke tilstrekkelig til å konkludere med at de har et konkurransebegrensende formål, med mindre det bevises at avtalen er så skadelig for konkurransen at den etter sin art begrenser konkurransen.

2. *The fact that cooperation is conducted openly is of no legal significance for the consideration of whether it constitutes a restriction by object.*
3. *The application of the legal criteria employed to determine if an agreement reveals a sufficient degree of harm to competition and thus constitutes a restriction by object does not vary depending on the circumstances of the case.*

Therefore, an agreement to submit a joint tender ought to be assessed with regard to its content and objectives, as well as the economic and legal context of which it forms part.

In this regard, the Commission takes the view that particular consideration be given to (i) the wording used by the parties themselves in characterising their cooperation; (ii) the national court's finding that both parties could have submitted a tender application separately; and (iii) the fact that joint tendering generally has the object of coordinating prices.

Carl Baudenbacher
Judge-Rapporteur

2. *Det faktum at samarbeidet foregår åpenlyst, har ingen rettslig betydning for vurderingen av om det utgjør en formålsrestriksjon.*

3. *Anvendelsen av de rettslige kriterier som er brukt for å vurdere om en avtale er tilstrekkelig skadelig for konkurransen og dermed utgjør en formålsrestriksjon, varierer ikke avhengig av omstendighetene i saken.*

Derfor bør en avtale om å inngi et felles tilbud vurderes med hensyn til dens innhold og formål og den økonomiske og rettslige kontekst avtalen inngår i.

I denne sammenheng er Kommisjonen av den oppfatning at det bør legges særlig vekt på (i) den ordlyd partene selv har brukt for å beskrive samarbeidet, (ii) at den nasjonale domstol fant det bevist at begge parter kunne ha inngitt tilbud hver for seg, og (iii) at formålet med å inngi felles tilbud vanligvis er å samordne priser.

Carl Baudenbacher
Saksforberedende dommer

Case

E-6/16

Fjarskipti hf.



**The Icelandic Post and Telecom
Administration**

*(Provision of telecommunications services – Directive 2002/21/EC –
Electronic communications network – Electronic communications service –
Public communications network)*

Mál

E-6/16

Fjarskipti hf.

≡ gegn ≡

Póst- og fjarskiptastofnun

*(Veiting fjarskiptaþjónustu – Tilskipun 2002/21/EB –
Rafrænt fjarskiptanet – Rafræn fjarskiptaþjónusta –
Almennt fjarskiptanet)*

— *Table of Contents* —

1085

Judgment of the Court, 22 December 2016

1109

Report for the Hearing

— *Efnisyfirlit* —

1085

Dómur Dómstólsins, 22. desember 2016

1109

Skýrsla framsögumanns

Summary of the Judgment

- 1 For a system to fall under the definition of an electronic communications network in Article 2(a) of Directive 2002/21/EC, it must constitute a transmission system, switching or routing equipment or other resources which permit the conveyance of signals by wire, radio, optical or other electromagnetic means. The Directive's objective of a technologically neutral regulatory framework, as well as the wording of Article 2(a) itself, speaks in favour of a broad interpretation of the word electronic communications network.
- 2 For a service to be considered an electronic communications service under Article 2(c) of the Directive, it must (i) normally be provided for remuneration, (ii) consist wholly or mainly in the conveyance of signals on electronic communications networks, and (iii) not entail providing or exercising editorial control over content.
- 3 For an electronic communications network to constitute a public communications network under Article 2(d) of the Directive, it must be used wholly or mainly for the provision of publicly available electronic communications services. A service must be considered publicly available when any part of the public may choose to make use of the service offered.

Samantekt

- 1 Til þess að kerfi geti fallið undir skilgreininguna á rafrænu fjarskiptaneti samkvæmt a.-lið 2. gr. tilskipunar 2002/21/EB, verður það að fela í sér sendikerfi, skiptastöðvar, beina eða önnur úrræði sem gera mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum eða með öðrum rafsegulaðferðum. Auk röksemda sem lúta að markmiðinu um tæknilega hlutlausan regluramma virðist orðalag a-liðar 2. gr. styðja rýmkandi skýringu á hugtakinu rafrænt fjarskiptanet.
- 2 Til þess að um rafræna fjarskiptaþjónustu geti verið að ræða samkvæmt c-lið 2. gr. tilskipunarinnar þarf þjónustan (i) að jafnaði að vera veitt gegn þóknun, (ii) að felast í að öllu eða mestu leyti í miðlum merkja á rafrænu fjarskiptaneti, (iii) undanskilin er þjónusta þar sem efni er boðið fram eða því ristýrt.
- 3 Til þess að rafrænt fjarskiptanet geti talist almennt fjarskiptanet í skilningi d-liðar 2. gr. tilskipunarinnar, skal netið nýtt að öllu eða mestu leyti til að veita rafræna fjarskiptaþjónustu sem er öllum aðgengileg. Þjónusta verður að teljast öllum aðgengileg þegar allir sem vilja geta nýtt sér þjónustuna.

Judgment of the Court

22 December 2016¹

(Provision of telecommunications services – Directive 2002/21/EC – Electronic communications network – Electronic communications service – Public communications network)

In Case E-6/16,

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 Reykjavík District Court (Héraðsdómur Reykjavíkur), in a case pending before it between

Fjarskipti hf.

≡and≡

The Icelandic Post and Telecom Administration

concerning the interpretation of Article 2 of Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive),

1 Language of the request: Icelandic. Translations of national provisions are unofficial and based on those contained in the documents of the case.

Dómur Dómstólsins

22. desember 2016¹

(Veiting fjarskiptaþjónustu – Tilskipun 2002/21/EB – Rafrænt fjarskiptanet – Rafræn fjarskiptaþjónusta – Almenn fjarskiptanet)

Mál E-6/16,

BEIÐNI, samkvæmt 34. gr. samningsins milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls, um ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins, frá Héraðsdómi Reykjavíkur, í máli sem þar er rekið

Fjarskipti hf.

≡ gegn ≡

Póst- og fjarskiptastofnun

um túlkun á 2. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2002/21/EB frá 7. mars 2002 um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun).

1 Beiðni um ráðgefandi álit á íslensku.

The Court

composed of: Carl Baudenbacher, President, Per Christiansen (Judge-Rapporteur) and Páll Hreinsson, Judges,

Registrar: Gunnar Selvik,

having considered the written observations submitted on behalf of:

- Fjarskipti hf. (“the Plaintiff”), represented by Reimar Pétursson, Supreme Court Attorney, acting as Counsel;
- the Icelandic Post and Telecom Administration (*Póst- og fjarskiptastofnun*) (“the Defendant”), represented by Ragnar Tómas Árnason, Supreme Court Attorney, acting as Counsel;
- the EFTA Surveillance Authority (“ESA”), represented by Carsten Zatschler, Maria Moustakali and Clémence Perrin, members of its Department of Legal & Executive Affairs, acting as Agents; and
- the European Commission (“the Commission”), represented by Gerald Braun, its Legal Adviser, and Luminița Nicolae, member of its Legal Service, acting as Agents,

having regard to the Report for the Hearing,

having heard oral argument of the Plaintiff, represented by Reimar Pétursson; the Defendant, represented by Ragnar Tómas Árnason; ESA, represented by Clémence Perrin; and the Commission, represented by Gerald Braun, at the hearing on 18 October 2016,

gives the following

Dómstóllinn,

skipaður dómurinum Carl Baudenbacher, forseta, Per Christiansen, framsögumanni, og Páli Hreinssyni,

dómritari: Gunnar Selvik,

hefur, með tilliti til skriflegra greinargerða frá:

- Stefnanda, Fjarskiptum hf., í fyrirsvari er Reimar Pétursson, hrl.;
- Stefnda, Póst- og fjarskiptastofnun, í fyrirsvari er Ragnar Tómas Árnason, hrl.;
- Eftirlitsstofnun EFTA (ESA), í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Carsten Zatschler, Maria Moustakali og Clémence Perrin, lögfræðingar á lögfræði- og framkvæmdasviði;
- Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins (framkvæmdastjórnin), í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Gerald Braun, lögfræðilegur ráðgjafi, og Luminița Nicolae frá lagaskrifstofu framkvæmdastjórnarinnar.

með tilliti til skýrslu framsögumanns,

og munnlegs málflutnings lögmanns stefnanda, Reimars Péturssonar, lögmanns stefnda, Ragnars Tómasar Árnasonar, fulltrúa ESA, Clémence Perrin, og fulltrúa framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins, Gerald Braun, sem fram fór 18. október 2016,

kveðið upp svofelldan

Judgment

I LEGAL BACKGROUND

EEA LAW

1 Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive) (OJ 2002 L 108, p. 33, and EEA Supplement 2006 No 30, p. 256) (“the Directive”) was incorporated into the Agreement on the European Economic Area (“the EEA Agreement”) by Joint Committee Decision No 11/2004 of 6 February 2004 (OJ 2004 L 116, p. 60, and EEA Supplement 2004 No 20, p. 14), and is referred to at point 5cl of Annex XI to the Agreement.

2 Recital 5 in the preamble to the Directive reads:

The convergence of the telecommunications, media and information technology sectors means all transmission networks and services should be covered by a single regulatory framework. That regulatory framework consists of this Directive and four specific Directives: Directive 2002/20/EC ... (Authorisation Directive), Directive 2002/19/EC ... (Access Directive), Directive 2002/22/EC ... (Universal Service Directive), Directive 97/66/EC ... [Directive on Privacy and Telecommunications] (hereinafter referred to as ‘the Specific Directives’). It is necessary to separate the regulation of transmission from the regulation of content. This framework does not therefore cover the content of services delivered over electronic communications networks using electronic communications services, such as broadcasting content, financial services and certain information society services, and is therefore without prejudice to measures taken at Community or national level in respect of such services, in compliance with Community law, in order to

Dóm

I LÖGGJÖF

EES-RÉTTUR

1 Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/21/EB frá 7. mars 2002 um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun) (Stjtið. ESB 2002 L 108, bls. 33 og EES-viðbætur 2006, nr. 30, bls. 256) (tilskipunin), sem felld var inn í samninginn um Evrópska efnahagssvæðið (EES-samninginn) samkvæmt ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 11/2004 frá 6. febrúar 2004 (Stjtið. ESB 2004 L 116, bls. 60 og EES-viðbætur 2004, nr. 20, bls. 14) og vísað er til undir lið 5cl í viðauka XI.

2 Í 5. lið formálsorða tilskipunarinnar segir:

Samleitni fjarskipta-, fjölmiðla- og upplýsingatækni sviða merkir að einn regluramma skuli fjalla um öll sendinet og -þjónustu. Þessi regluramma samanstendur af þessari tilskipun og fjórum sértilskipunum: tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/20/EB [...] (heimildartilskipun), tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/19/EB [...] (tilskipun um aðgang), tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/22/EB [...] (tilskipun um alþjónustu) og tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 97/66/EB [tilskipun um vinnslu persónuupplýsinga og um verndun einkalífs á fjarskiptasviðinu] (hér á eftir nefndar „sértilskipanirnar“). Nauðsynlegt er að aðskilja eftirlit með sendingum frá eftirliti með efni. Þessi rammi fjallar því ekki um efni þeirrar þjónustu sem veitt er um rafræn fjarskiptanet með hjálp rafrænnar fjarskiptaþjónustu, svo sem efni sem er útvarpað, fjármálaþjónustu og tiltekna þjónustu í upplýsingasamfélaginu og er því með fyrirvara um ráðstafanir sem gerðar eru á vettvangi bandalagsins eða á innlendum vettvangi með

promote cultural and linguistic diversity and to ensure the defence of media pluralism. ... The separation between the regulation of transmission and the regulation of content does not prejudice the taking into account of the links existing between them, in particular in order to guarantee media pluralism, cultural diversity and consumer protection.

3 Recital 10 in the preamble to the Directive reads:

The definition of ‘information society service’ in Article 1 of Directive 98/34/EC ... spans a wide range of economic activities which take place on-line. Most of these activities are not covered by the scope of this Directive because they do not consist wholly or mainly in the conveyance of signals on electronic communications networks. Voice telephony and electronic mail conveyance services are covered by this Directive. The same undertaking, for example an Internet service provider, can offer both an electronic communications service, such as access to the Internet, and services not covered under this Directive, such as the provision of web-based content.

4 Recital 18 in the preamble to the Directive reads:

The requirement for Member States to ensure that national regulatory authorities take the utmost account of the desirability of making regulation technologically neutral, that is to say that it neither imposes nor discriminates in favour of the use of a particular type of technology, does not preclude the taking of proportionate steps to promote certain specific services where this is justified, for example digital television as a means for increasing spectrum efficiency.

tilliti til slíkrar þjónustu í samræmi við lög bandalagsins í því skyni að stuðla að menningarlegri fjölbreytni og fjölbreytni tungumála og til að standa vörð um margbreytileika fjölmiðla. [...] Að aðskilja eftirlit með sendingum og eftirlit með efni kemur ekki í veg fyrir að tekið sé tillit til þeirra tengsla sem eru þar á milli, einkum í því skyni að tryggja margbreytileika fjölmiðla, menningarlega fjölbreytni og neytendavernd.

3 Í 10. lið formálsorða tilskipunarinnar segir:

Skilgreiningin á „þjónustu í upplýsingasamfélaginu“ í 1. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 98/34/EB [...] nær yfir víðtækt svið atvinnustarfsemi sem fram fer með beintengdum hætti. Mest af þessari starfsemi fellur ekki undir gildissvið þessarar tilskipunar þar sem hún felst ekki að öllu eða mestu leyti í því að flytja merki á rafrænum fjarskiptanetum. Talsímabjónusta og tölvupóstsendingabjónusta fellur undir þessa tilskipun. Sama fyrirtæki, t.d. Netþjónustuveita, getur boðið bæði rafræna fjarskiptaþjónustu, eins og aðgang að Netinu, og þjónustu sem ekki fellur undir þessa tilskipun, svo sem framboð efnis á vefgrunni.

4 Í 18. lið formálsorða tilskipunarinnar segir:

Sú krafa, að aðildarríkin tryggja að innlent stjórnvald taki ýtrasta tillit til þess að æskilegt er að reglur séu hlutlausar að því er tækni varðar, þ.e.a.s. að það hvorki fyrirskipi né mismuni þannig að það komi ákveðinni tegund tækni til góða, kemur ekki í veg fyrir að það geri hlutfallsbundnar ráðstafanir til að styðja við tiltekna, sérstaka þjónustu ef slíkt er réttlæt看legt, t.d. stafrænt sjónvarp sem stuðlar að því að notkun tíðnirófsins verði skilvirkari.

5 Article 1(1) of the Directive reads:

This Directive establishes a harmonised framework for the regulation of electronic communications services, electronic communications networks, associated facilities and associated services. It lays down tasks of national regulatory authorities and establishes a set of procedures to ensure the harmonised application of the regulatory framework throughout the Community.

6 Article 2(a), (c) and (d) of the Directive reads:

- (a) *‘electronic communications network’ means transmission systems and, where applicable, switching or routing equipment and other resources which permit the conveyance of signals by wire, by radio, by optical or by other electromagnetic means, including satellite networks, fixed (circuit- and packet-switched, including Internet) and mobile terrestrial networks, electricity cable systems, to the extent that they are used for the purpose of transmitting signals, networks used for radio and television broadcasting, and cable television networks, irrespective of the type of information conveyed;*
- (c) *‘electronic communications service’ means a service normally provided for remuneration which consists wholly or mainly in the conveyance of signals on electronic communications networks, including telecommunications services and transmission services in networks used for broadcasting, but exclude services providing, or exercising editorial control over, content transmitted using electronic communications networks and services; it does not include information society services, as defined in Article 1 of Directive 98/34/EC, which do not consist wholly or mainly in the conveyance of signals on electronic communications networks;*
- (d) *‘public communications network’ means an electronic communications network used wholly or mainly for the provision of publicly available electronic communications services;*

5 Í 1. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar segir:

Í þessari tilskipun er komið á samhæfðum ramma við eftirlit með rafrænni fjarskiptaþjónustu, rafrænum fjarskiptanetum, tilheyrandi aðstöðu og tilheyrandi þjónustu. Í henni er mælt fyrir um verkefni innlands stjórnvalds og komið er á margs konar málsmeðferð til að tryggja samhæfða beitingu reglurammans í gervöllu bandalaginu.

6 Í a-, c- og d-lið 2. gr. tilskipunarinnar segir:

(a) *„rafrænt fjarskiptanet“: sendikerfi og, ef við á, skiptistöðvar, beinar og önnur úrræði sem gera mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum eða með öðrum rafsegulaðferðum, þ.m.t. gervitunglanet, föst net (línu- eða pakkaskipt, þ.m.t. Netið) og farnet á jörðu niðri, rafdreifikerfi, að því marki sem þessi kerfi eru notuð til að senda merki, net fyrir hljóð- og sjónvarp og kapalsjónvarpsnet án tillits til þeirra upplýsinga sem sendar eru;*

(c) *„rafræn fjarskiptaþjónusta“: þjónusta sem að jafnaði er veitt gegn þóknun og felst að öllu eða mestu leyti í því að flytja merki á rafrænum fjarskiptanetum, þ.m.t. fjarskiptaþjónusta og sendiþjónusta á netum sem notuð eru til að útvarpa, en undanskilin er þjónusta þar sem efni, sem sent er með rafrænum fjarskiptanetum eða -þjónustu, er boðið fram eða því ritstýrt. Hún nær ekki yfir þjónustu í upplýsingasamfélaginu, sem skilgreind er í 1. gr. tilskipunar 98/34/EB, sem felst ekki að öllu eða mestu leyti í því að flytja merki um rafræn fjarskiptanet;*

(d) *„almennt fjarskiptanet“: rafrænt fjarskiptanet sem notað er að öllu eða mestu leyti til að veita rafræna fjarskipta-þjónustu sem er öllum aðgengileg;*

7 Article 1(1) and Article 2(a) and (d) have been amended by Directive 2009/140/EC (OJ 2009 L 337, p. 37), which has not yet been incorporated into the EEA Agreement.

8 The second subparagraph of Article 8(1) of the Directive reads:

Member States shall ensure that in carrying out the regulatory tasks specified in this Directive and the Specific Directives, in particular those designed to ensure effective competition, national regulatory authorities take the utmost account of the desirability of making regulations technologically neutral.

NATIONAL LAW

9 Article 2(2) of the Electronic Communications Act No 81 of 26 March 2003 (*lög nr. 81/2003 um fjarskipti*) entrusts the Defendant with the task of supervising electronic communications within the jurisdiction of the Icelandic State and supervising the enforcement of the Act.

10 Article 3 of the Electronic Communications Act reads:

For the purposes of this Act the following definitions shall apply:

...

5. *Public communications network: an electronic communications network which is used wholly or mainly for the provision of publicly available electronic communications services;*

...

7 1. mgr. 1. gr. sem og a- og d-lið 2. gr. hefur verið breytt með tilskipun 2009/140/EB (Stjtið. ESB 2009 L 337, bls. 37) sem hefur ekki enn verið tekin upp í EES-samninginn.

8 Í 2. undirlið 1. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar segir:

Aðildarríkin skulu tryggja að við framkvæmd eftirlits-verkefnanna, sem tilgreind eru í þessari tilskipun og sértilskipununum, einkum þau sem ætlað er að tryggja virka samkeppni, taki innlent stjórnvald ýtrasta tillit til þess að æskilegt er að reglur séu tæknilega hlutlausar.

LANDSRÉTTUR

9 Í 2. mgr. 2. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti (fjarskiptalög) frá 26. mars 2003 er stefnda falin umsjón með fjarskiptum innan lögsögu íslenska ríkisins og eftirlit með framkvæmd laganna.

10 Í 3. gr. fjarskiptalaga segir:

Merking orða í lögum þessum er sem hér segir:

...

5. *Almennt fjarskiptanet: Fjarskiptanet sem er notað að öllu eða mestu leyti til að bjóða almenna fjarskiptaþjónustu.*

...

13. *Electronic communications network: transmission systems and, where applicable, switching or routing equipment and other resources which permit the conveyance of signals by wire, radio, optical signals, electricity distribution systems, high-voltage lines or other electromagnetic means, including networks for radio and television broadcasting and cable television networks;*
- ...
15. *Electronic communications service: a service provided wholly or partially by the conveyance of signals on electronic communications networks, including e-mail services and internet access;*
- ...

II FACTS AND PROCEDURE

- 11 The Plaintiff operates the web domain *vodafone.is*, where it advertises its services, goods for sale, and offers its customers access to a special service known as “My Pages,” which has been in place since 2004. My Pages includes the service WEB-SMS, according to which the customer may send Short Message Service (“SMS”) messages, identified by the customer’s mobile telephone number to a recipient’s mobile telephone.
- 12 On My Pages the facility has existed since 2008 to send SMS messages to one or more recipients, store recipients’ names in a directory and connect them in groups. From 2010 onwards subscribers have also had the option of storing their message history in My Pages.
- 13 The Plaintiff’s web domain was illegally accessed, that is hacked, on 30 November 2013. Information from thousands of My Pages’ users, including the content of SMS messages, user names and passwords, was stolen and published on the internet.

13. *Fjarskiptanet: Sendikerfi og þar sem það á við skiptistöðvar, beinar og önnur úrræði sem gera mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum, rafdreifikerfi, háspennulínunum eða með öðrum rafsegulaðferðum, þ.m.t. net fyrir hljóð- og sjónvarp og kapalsjónvarp.*

...

15. *Fjarskiptaþjónusta: Þjónusta sem að nokkru eða öllu leyti felst í því að beina merkjum um fjarskiptanet, þ.m.t. tölvupóstþjónusta og netaðgangur.*

...

II MÁLAVEXTIR OG MEÐFERÐ MÁLSINS

- 11 Stefnandi rekur vefsvæðið vodafone.is og kynnir þar þjónustuframboð sitt, vörur til sölu og býður viðskiptavinum sínum aðgang að sérstakri þjónustu sem nefnist „Mínar síður“ og hefur verið í boði síðan 2004. Meðal þjónustu sem í boði er á „Mínar síður“ er svokallað VEF-SMS, það er sending smáskilaboða frá símanúmeri sendanda í annað símanúmer.
- 12 Frá árinu 2008 hefur undir liðnum „Mínar síður“ verið hægt að senda einum eða fleiri móttakendum skilaboð, vista móttakendur í nafnaskrá og tengja þá saman í hópa. Frá árinu 2010 gátu áskrifendur einnig vistað þar skeytasögu sína.
- 13 Brotist var inná vefsvæði stefnanda hinn 30. nóvember 2013. Upplýsingum þúsunda notenda „Mínar síður“, var stolið og þær birtar á internetinu, þar á meðal efni smáskilaboða, notendanöfn og lykilorð.

- 14 At the time of the hacking, the system was set up in a way that each individual subscriber could log in to the My Pages web server on the Plaintiff's web domain via an internet browser using an end device such as a computer or a smart device. The subscriber identified himself with a telephone number and a password to obtain access to his space on My Pages. Next, he chose the telephone number of the recipient and wrote the SMS message. As soon as a subscriber chose to send the SMS message, the web server conveyed signals to software also located on the Plaintiff's web domain. The software subsequently processed the signals from the message transmission and forwarded them to a database on the web domain for archiving, unless the user chose not to save them in his message history, and to an SMS server in the Plaintiff's mobile telephone system. The SMS server then sent the signals over the mobile telephone network to the recipient's mobile telephone.
- 15 In December 2013, the Defendant wrote a letter requesting information from the Plaintiff regarding the hacking. In January 2014, the Plaintiff replied, stating that the Electronic Communications Act, and consequently the jurisdiction of the Defendant, did not extend to the Plaintiff's web domain.
- 16 In March 2014, the Defendant adopted a decision concluding that (a) the transmission system conveying signals from the Plaintiff's web domain to the SMS server was an electronic communications network within the meaning of Article 3(13) of the Electronic Communications Act; (b) the service provided on the Plaintiff's web domain involving the transmission of SMS messages from the Internet to a mobile telephone was an electronic communications service within the meaning of Article 3(15) of the same Act; and (c) the part of the electronic communications network which conveyed signals from the Plaintiff's web domain to the SMS server, granting the Plaintiff's customers access to the My Pages service using their mobile telephone numbers, was part of a public communications

- 14 Þegar innbrotið átti sér stað var vefkerfi stefnanda þannig uppsett að hver áskrifandi gat skráð sig inn á vefþjóninn „Mínar síður“, á vefsvæði stefnanda, með netvafra á eigin endabúnaði, þ.e. tölvu eða snjalltæki. Áskrifandinn auðkenndi sig með símanúmeri og lykilorði til að fá aðgang að sínu svæði á „Mínar síður“. Því næst valdi viðkomandi símanúmer móttakanda og skrifaði smáskilaboð. Um leið og áskrifandi valdi að senda smáskilaboðin miðlaði vefþjónninn merkjunum yfir í hugbúnað sem einnig er að finna á vefvæði stefnanda. Hugbúnaðurinn vann svo með merkin frá skilaboðasendingunni og áframsendi til gagnagrunns á vefsvæðinu til vistunar, nema áskrifandinn hefði valið að vista ekki skilaboðin í skeytasögu sinni, og áfram í SMS-miðlara í farsímakerfi stefnanda sem síðan miðlaði þeim áfram um farsímanetið í símanúmer móttakanda.
- 15 Í desember 2013 skrifaði stefndi bréf þar sem hann óskaði upplýsinga frá stefnanda um innbrotið. Stefnandi svaraði bréfleiðis í janúar 2014. Hélt stefnandi því fram að gildissvið fjarskiptalaga, og þar með valdsvið stefnda, næði ekki yfir vefsvæði sitt.
- 16 Með ákvörðun í mars 2014 komst stefndi að þeirri niðurstöðu (a) að það sendikerfi sem flutti merki af vefsvæði stefnanda yfir í SMS-miðlara teldist fjarskiptanet í skilningi 13. töluliðar 3. gr. fjarskiptalaga, (b) að sú þjónusta sem veitt var á vefsvæði stefnanda og fól í sér sendingu smáskilaboða af internetinu yfir í farsíma teldist fjarskiptaþjónusta í skilningi 15. töluliðar 3. gr. sömu laga, og (c) að sá hluti fjarskiptanets sem miðlaði merkjum af vefsvæði stefnanda yfir í SMS-miðlara í farsímakerfi stefnanda og veitti viðskiptavinum stefnanda sem tengdust „Mínar síður“ með símanúmeri sínu aðgang að þjónustunni, teldist hluti af almennu fjarskiptaneti stefnanda í

network within the meaning of Article 3(5) of the same Act. The Plaintiff's web domain, and the services provided therein, was therefore deemed to be covered by the Electronic Communications Act and to fall within the Defendant's jurisdiction. The decision was not concerned with the actual storage and archiving of the data in the Plaintiff's web domain, as those issues were to be examined in the Defendant's ongoing investigation.

- 17 The Plaintiff brought a complaint against the decision before the Rulings Committee for Electronic Communications and Postal Affairs (*Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála*). On 11 October 2014, the Rulings Committee upheld the Defendant's decision.
- 18 The Plaintiff subsequently brought an action before Reykjavík District Court, in which it seeks the annulment of the Rulings Committee's ruling. Its claim is based on the submission that both the Defendant and the Rulings Committee have reached an incorrect interpretation of the terms "electronic communications network", "electronic communications service" and "public communications network". In the Plaintiff's view, none of the terms applies to its web domain, which therefore remains outside the scope of the Defendant's jurisdiction.
- 19 By a letter dated 12 May 2016, registered at the Court as Case E-6/16 on 18 May 2016, Reykjavík District Court requested an Advisory Opinion from the Court. The following questions were submitted:
 1. *Can point (a) of Article 2 of Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive) be interpreted in such a way that the term "electronic communications network" covers the conveyance of signals that are written as an SMS message on users' end device connected via a web browser to the "My Pages" web server in a telecommunications undertaking's web domain, via the public*

skilningi 5. töluliðar 3. gr. laganna. Vefsvæði stefnanda og sú þjónusta sem þar var í boði voru því talin falla undir gildissvið fjarskiptalaga og valdsvið stefnda. Ákvörðunin tók ekki til geymslu og skráningar gagnanna á vefsvæði stefnanda, þar sem taka átti þau atriði til nánari skoðunar í yfirstandandi rannsókn stefnda.

- 17 Stefnandi kærði ákvörðun stefnda til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Hinn 11. október 2014 staðfesti úrskurðarnefndin ákvörðunina.
- 18 Í kjölfarið höfðaði stefnandi mál þetta fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur þar sem hann krefst ógildingar á ákvörðun stefnda og úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Ógildingarkrafan byggir á því að stefndi og úrskurðarnefndin hafi túlkað hugtökin „rafrænt fjarskiptanet“, „rafræn fjarskiptaþjónusta“ og „almennt fjarskiptanet“ með röngum hætti. Að mati stefnanda eigi ekkert framangreindra hugtaka við um vefsvæði hans, sem heyri þar af leiðandi ekki undir valdsvið stefnda.
- 19 Héraðsdómur Reykjavíkur beindi eftirfarandi spurningum til dómstólsins með bréfi dagsettu 12. maí 2016, sem skráð var í málaskrá dómstólsins 18. maí sama ár:
 1. *Verður a-liður 2. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/21/EB frá 7. mars 2002, um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun), túlkaður þannig að hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“ nái yfir miðlun merkja, sem skrifuð eru sem smáskilaboð á endabúnað notanda sem tengist vefmiðlara „Mínum síðum“ á vefsvæði fjarskiptafyrirtækis í gegnum vefskoðara, yfir almenna internetið og inn í hugbúnaðinn PHP-„scriptur“ á sama vefsvæði fjarskiptafyrirtækisins, sem móttækur*

internet and to the PHP script software on the same telecommunications undertaking's web domain, which receives the signals, processes them and conveys them in turn from the telecommunications undertaking's web domain to an SMS server (SMSC) in its communications system, which then sends them on over a telephone network to the recipient telephone number?

2. *If the answer to Question 1 is in the affirmative, is point (c) of Article 2 of Directive 2002/21/EC to be interpreted in such a way that the term "electronic communications service" covers a service that consists of the conveyance of signals which takes place on a communications network as described in Question 1 when (i) a fee is collected for such a service, and (ii) when no fee is collected for such a service?*
3. *If the answer to Question 2 is in the affirmative, is point (d) of Article 2 of Directive 2002/21/EC to be interpreted in such a way that the term "public communications network" covers the electronic communications service described in Question 2, which is provided on an electronic communications network as described in Question 1, irrespective of whether that service is (i) available to the public, or (ii) available only to all subscribers of the telecommunication undertaking?*

20 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 insofar as is necessary for the reasoning of the Court.

merkin, vinnur úr þeim og miðlar áfram af vefsvæði fjarskiptafyrirtækisins yfir í SMS-miðlara (SMSC) í fjarskiptakerfi þess sem síðan miðlar þeim áfram um farsímanetið til móttakandi símanúmers?

2. *Verði spurningu nr. 1 svarað jákvætt, er spurt hvort c-liður 2. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB verði túlkaður þannig að hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“ nái yfir þjónustu sem felst í þeim flutningi merkja sem á sér stað á fjarskiptaneti, eins og lýst er í spurningu nr. 1, þegar i) gjald er innheimt fyrir slíka þjónustu og ii) þegar gjald er ekki innheimt fyrir slíka þjónustu.*
 3. *Verði spurningu nr. 2 svarað jákvætt, er spurt hvort d-liður 2. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB verði túlkaður þannig að hugtakið „almennt fjarskiptanet“ nái yfir þá rafrænu fjarskiptaþjónustu, sem lýst er í spurningu nr. 2, og veitt er á rafrænu fjarskiptaneti, eins og lýst er í spurningu nr. 1, og hvort sem hún er i) opin almenningi, eða ii) eingöngu öllum áskrifendum fjarskiptafyrirtækis.*
- 20 *Vísað er til skýrslu framsögumanns um frekari lýsingu löggjafar, málsatvika, meðferðar málsins og skriflegra greinargerða sem dómstólnum bárust. Verða þau ekki rakin frekar nema að því leyti sem forsendur dómsins krefjast.*

III ANSWERS OF THE COURT

INTRODUCTORY REMARKS

- 21 According to its Article 1, the Directive establishes a harmonised framework for the regulation of electronic communications services, electronic communications networks, associated facilities and associated services. It lays down tasks of national regulatory authorities and establishes a set of procedures to ensure the harmonised application of the regulatory framework throughout the EEA. The Directive is a framework directive, supplemented by several specific directives, including Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (OJ 2002 L 201, p. 37, and EEA Supplement 2005 No 27, p. 147).
- 22 The case before the national court concerns the question whether the Plaintiff's web domain, and the services provided on that domain, fall within the jurisdiction of the Defendant. It is not concerned with the actual storage and archiving of data and the request for an advisory opinion does not raise questions concerning the interpretation of Directive 2002/58/EC.

THE FIRST QUESTION

OBSERVATIONS SUBMITTED TO THE COURT

- 23 The Plaintiff submits that the term "electronic communications network" does not extend to its My Pages service. This service cannot be considered a transmission system, switching or routing equipment or other resource which permits the conveyance of signals by wire, radio, optical or other electromagnetic means. There

III SVÖR DÓMSINS

INNGANGUR

- 21 Samkvæmt 1. gr. tilskipunarinnar kemur hún á samhæfðum ramma við eftirlit með rafrænni fjarskiptaþjónustu, rafrænum fjarskiptanetum, tilheyrandi aðstöðu og tilheyrandi þjónustu. Í henni er mælt fyrir um verkefni innlendra stjórnvalda og kveðið á um málsmeðferð sem ætlað er að tryggja samhæfða beitingu reglurammans innan EES. Tilskipunin er rammatilskipun og við hana bætast margar sértækar tilskipanir, þar á meðal tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/58/EB frá 12. júlí 2002 um vinnslu persónuupplýsinga og um verndun einkalífs á sviði rafrænna fjarskipta (Stjtið. ESB 2002 L 201, bls. 37, og EES-viðbætir 2005, nr. 27, bls. 147).
- 22 Málið sem rekið er fyrir landsdómstólnum snýst um það hvort vefsvæði stefnanda og sú þjónusta sem þar er veitt falli undir valdsvið stefnda. Málareksturinn tekur ekki til geymslu og skráningu gagnanna á vefsvæði stefnanda og beiðnin um ráðgefandi álit lýtur ekki að skýringu tilskipunar 2002/58/EB.

FYRSTA SPURNINGIN

ATHUGASEMDIR SEM LAGÐAR VORU FYRIR DÓMSTÓLINN

- 23 Stefnandi telur hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“ ekki ná yfir þjónustu hans „Mínar síður“. Þjónustan geti ekki talist sendikerfi, skiptistöð, beinir eða annars konar úrræði sem gerir mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum eða með öðrum rafsegulaðferðum. Þjónustan sem í boði sé á „Mínar síður“

is no switching or routing performed under the My Pages service and the conveyance of signals only takes place after an SMS submitted by a user has been received by the SMS server. The Plaintiff submits that a plain or narrow textual approach should inform the interpretation of the definitions given in the Directive, as an expansive reading is liable to create unreasonable burdens on telecommunications operators and restrict their operations contrary to the Directive's objective.

- 24 The Defendant, ESA and the Commission submit that the Plaintiff's web system is part of a transmission system that permits the conveyance of signals and therefore constitutes an electronic communications network.
- 25 The Defendant submits that the definition of electronic communications network should be interpreted broadly, taking into account its clear wording and the objective of the provision and the Directive as a whole. That objective is to ensure a common regulatory framework independent of transmission type. The definition is intended to cover any kind of conveyance of signals in a transmission system. It should not be interpreted so narrowly as to be limited to electronic communications services that were known when the Directive was adopted. The broad wording allows for this sector's continuous technical development to be taken into account.
- 26 In the view of the Defendant, the web system in question is part of the Plaintiff's electronic communications network. When a user sends an SMS message on My Pages, the receipt of those signals in the software on the Plaintiff's web domain and their processing in that domain must be considered a conveyance of signals. The software described is necessary to allow for the conveyance of signals, since without it an SMS message would never reach the recipient. The web system and its software simply consist of a new means of providing SMS services compared to the traditional method of sending SMS messages between mobile telephones. It would run

geti hvorki flokkast sem skiptistöð né beinir og eigi miðlun merkja sér aðeins stað eftir að SMS-miðlari hefur mótttekið smáskilaboð sem notandi hefur sent. Að mati stefnanda verði að beita almennri eða þröngri lögskýringu við skýringu hugtaka tilskipunarinnar þar sem rýmkandi skýring sé til þess fallin að leggja óréttlátar byrðar á fjarskiptafyrirtæki og takmarka starfsemi þeirra andstætt markmiði tilskipunarinnar.

- 24 Stefndi, ESA og framkvæmdastjórnin telja að vefkerfi stefnanda sé hluti af sendikerfi sem heimili miðlun merkja og sé því rafrænt fjarskiptanet.
- 25 Stefndi telur að skilgreiningu á hugtakinu „rafrænt fjarskiptanet“ beri að skýra rúmt og að taka skuli mið af skýru orðalagi hennar og markmiði ákvæðisins sem og tilskipunarinnar í heild. Markmiðið sé að tryggja að einn regluramma fjalli um öll fjarskipti óháð aðferð. Skilgreiningunni sé ætlað að ná til hvers konar miðlunar merkja innan sendikerfis. Ekki beri að skýra tilskipunina með svo þröngum hætti að hún verði aðeins látin gilda um þá rafrænu fjarskiptaþjónustu sem þekkt var við setningu hennar. Hið víðtæka orðalag ákvæðisins geri ráð fyrir að taka megillit til stöðugrar tækniþróunar á þessu sviði.
- 26 Umrætt vefkerfi er, að mati stefnda, hluti af rafrænu fjarskiptaneti stefnanda. Þegar notandi sendir smáskilaboð gegnum „Mínar síður“ teljist móttaka þeirra merkja í hugbúnaði á vefsvæði stefnanda og úrvinnsla þeirra þar miðlun merkja. Hugbúnaðurinn, eins og honum er lýst, sé nauðsynlegur til að merkjunum verði miðlað, því án hans bærust skilaboð sem send væru af „Mínar síður“ aldrei til móttakanda. Vefkerfið og hugbúnaðurinn feli einfaldlega í sér nýja aðferð til að bjóða upp á sendingu smáskilaboða sem sé sambærileg við hefðbundnar sendingar smáskilaboða milli farsíma. Það væri andstætt því markmiði, að tryggja sameiginlegan regluramma ef

counter to the objective of ensuring a common framework if operators were allowed to circumvent the framework by using new technology unknown at the date of the Directive's adoption.

- 27 ESA submits that the definition of “electronic communications network” refers to transmission systems and, where applicable, equipment and other resources which permit conveyance of signals. An electronic communications network must therefore comprise the physical and/or logical networks and all other parts that are essential to the transmission of signals. In ESA's view, the transfer from the web server using the software to the SMS server is part of the Plaintiff's network since the transmission of such signals is an essential precondition for the transmission of the SMS messages.
- 28 The Commission submits that the software used by the Plaintiff could qualify as part of the “switching or routing equipment” of the network. Due to the evolution in technologies, switching no longer takes place manually, but is controlled through software. Modern networks do not operate without software and the latter has become part of the network. Software must be regarded as one of the “other resources” referred to in Article 2(a) of the Directive. The system at issue permits the conveyance of signals from the Plaintiff's web domain to an SMS server and from there onwards to the recipient, thus fulfilling the requirements to constitute an electronic communications network.

FINDINGS OF THE COURT

- 29 By its first question, the referring court asks, in essence, whether the term “electronic communications network” in Article 2(a) of the Directive encompasses a system allowing for the conveyance of signals written as an SMS message on a user's end device, connected through a web browser, via the internet, to a software on a telecommunications undertaking's web domain, which receives the

fyrirtækjum yrði gert kleift að sniðganga hann með notkun nýrrar tækni, sem ekki var til staðar þegar tilskipunin var sett.

- 27 ESA telur að skilgreiningin á rafrænu fjarskiptaneti vísi til sendikerfis og, þar sem við á, annarra tækja og úrræða sem geri mögulegt að miðla merkjum. Rafrænt fjarskiptanet nái því til áþreifanlegs og/eða röklegs nets og allra annarra hluta sem nauðsynlegir eru til að senda merki. Að mati ESA er færslan frá vefþjóninum til SMS-miðlara með notkun hugbúnaðar hluti af því neti þar sem sending slíkra merkja sé nauðsynlegt skilyrði sendingar smáskilaboða.
- 28 Framkvæmdastjórnin telur að hugbúnaðurinn sem stefnandi noti kunni að uppfylla skilyrði til að teljast „skiptistöð eða beinir“ netsins. Vegna tækniþróunar sé skiptingu ekki lengur handstýrt, heldur stýrt með hugbúnaði. Nútímanet séu ekki starfrækt án hugbúnaðar og sé hann því orðinn hluti af netinu. Hugbúnaður verði að teljast „annað úrræði“ sem vísað sé til í a-lið 2. gr. tilskipunarinnar. Kerfið sem um ræðir í fyrirleggjandi máli leyfi miðlun merkja frá vefsvæði stefnanda til SMS-miðlara og þaðan áleiðis til móttakanda. Það uppfylli því skilyrði til að teljast rafrænt fjarskiptanet.

ÁLIT DÓMSTÓLSINS

- 29 Fyrsta spurning landsdómstólsins leitar aðallega svars við því hvort hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“ í a-lið 2. gr. tilskipunarinnar nái yfir kerfi sem heimilar miðlun merkja, sem skrifuð eru sem smáskilaboð á endabúnað notanda, sem, með vefskoðara á internetinu, er tengdur við hugbúnað á vefsvæði fjarskiptafyrirtækis, sem móttækur merkin, vinnur úr þeim og áframsendir í SMS-miðlara

signals, processes them and conveys them in turn to an SMS server in the undertaking's communications system, which then conveys them over a network to the recipient telephone number.

- 30 For such a system to fall under the definition of an electronic communications network, it must constitute a transmission system, switching or routing equipment or other resources which permit the conveyance of signals by wire, radio, optical or other electromagnetic means pursuant to Article 2(a) of the Directive.
- 31 Recital 5 in the preamble to the Directive and Article 1 thereof provide that the aim of the Directive is to ensure a single regulatory framework for all transmission networks and services. The exclusion of new technological developments would go against the objective of making the regulatory framework technologically neutral, as expressed in recital 18 and Article 8(1) of the Directive, and unreasonably limit the Directive's effect.
- 32 It follows that a broad reading may be justified for some of the Directive's terms. This applies in particular to the term "electronic communications network" in Article 2(a) of the Directive. In addition to arguments relating to the objective of achieving a technologically neutral regulatory framework, the wording of Article 2(a) itself speaks in favour of a broad interpretation. In this regard, the inclusion of the term "other resources" shows that the scope is not limited merely to transmission systems and switching or routing equipment, but also any alternative measure permitting the conveyance of signals by wire, radio, optical or other electromagnetic means. Finally, although the provision expressly mentions various types of systems that are considered to constitute electronic communications networks, the use of the word "including" entails that this list is not exhaustive.

í fjarskiptakerfi fyrirtækisins sem svo miðlar þeim áfram um farsímanetið til móttakandi símanúmers.

- 30 Svo að slíkt kerfi verði talið falla undir skilgreininguna á rafrænu fjarskiptaneti verður það að fela í sér sendikerfi, skiptistöðvar, beina eða önnur úrræði sem gera mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum eða með öðrum rafsegulaðferðum í samræmi við a-lið 2. gr. tilskipunarinnar.
- 31 Í 5. lið formálsorða tilskipunarinnar og 1. gr. hennar er kveðið á um að markmið tilskipunarinnar sé að tryggja að einn regluramma fjalli um öll sendinet og þjónustu. Ef ný tækni væri undanskilin gengi það gegn markmiði tilskipunarinnar að gera reglurammann tæknilega hlutlausan, sem sérstaklega er tekið fram í 18. lið formálsorðanna og 1. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar, og yrði gildissvið tilskipunarinnar jafnframt óhóflega takmarkað.
- 32 Að þessu virtu getur verið rétt að beita rýmkandi skýringu við túlkun sumra hugtaka tilskipunarinnar. Á það sérstaklega við um hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“ í a-lið 2. gr. tilskipunarinnar. Auk röksemda sem lúta að markmiðinu um tæknilega hlutlausan regluramma virðist orðalag a-liðar 2. gr. styðja rýmkandi skýringu. Þannig sýnir orðalagið „önnur úrræði“ að gildissviðið er ekki takmarkað við sendikerfi, skiptistöðvar og beina, heldur einnig annars konar aðferðir sem gera mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum eða með öðrum rafsegulaðferðum. Loks er það svo, að þótt ýmis konar kerfi sem teljast til rafrænna fjarskiptaneta séu sérstaklega tilgreind, verður ráðið af notkun skammstöfunarinnar „þ.m.t.“ að ekki sé um tæmandi talningu að ræða.

- 33 In the case at hand, the traditional way of sending SMS messages between two mobile telephones has been replaced by the use of a modern alternative, that uses a software to convey signals from a web domain to the SMS server from which the messages are transmitted onwards through the mobile telephone network to the recipient end device. As argued by the Defendant, ESA and the Commission, software, such as that on the Plaintiff's web domain, is a necessary part of the transmission process. Without this software the SMS messages sent from the Plaintiff's My Pages service would not reach the mobile telephone network. As both the software on the Plaintiff's web domain and the Plaintiff's telephone network are essential for the conveyance of the signals, they appear to form part of a single electronic communications network.
- 34 The answer to the first question is therefore that the definition in Article 2(a) of the Directive of the term "electronic communications network" must be interpreted as encompassing a system allowing for the conveyance of signals written as an SMS message on a user's end device, connected through a web browser, via the internet, to a software on a telecommunications undertaking's web domain, which receives the signals, processes them and conveys them in turn to an SMS server in the undertaking's communications system, which then conveys them over a network to the recipient telephone number.

THE SECOND QUESTION

OBSERVATIONS SUBMITTED TO THE COURT

- 35 The Plaintiff puts forward three reasons why the service in question is not covered by the term "electronic communications service". First, the Directive only includes the service of conveying signals on an electronic communications network. It is not sufficient that signals are conveyed from a web page to an electronic communications network. Second, the definition excludes services

- 33 Í málinu sem rekið er fyrir landsdómstólnum hefur hin hefðbundna leið sendingar smáskilaboða milli tveggja farsíma verið leyst af hólmi með nútímaaðferð sem notast við hugbúnað til að miðla merkjum af vefsvæði yfir til SMS-miðlara sem sendir skilaboðin áleiðis um farsímanet í endabúnað móttakanda. Líkt og stefndi, ESA og framkvæmdastjórnin hafa haldið fram, er hugbúnaður á borð við þann sem er á vefsvæði stefnanda nauðsynlegur hluti sendingarferlisins. Ef hugbúnaðinum væri ekki til að dreifa kæmust smáskilaboð sem send væru með þjónustu stefnanda „Mínar síður“ ekki inn í farsímanetið. Þar sem bæði hugbúnaðurinn á vefsvæði stefnanda og farsímanet stefnanda eru nauðsynleg við miðlun merkja virðist sem þau myndi í sameiningu rafrænt fjarskiptanet.
- 34 Því verður að svara fyrstu spurningunni með þeim hætti að skilgreininguna í a-lið 2. gr. tilskipunarinnar á hugtakinu „rafrænt fjarskiptanet“ verði að túlka með þeim hætti að hún nái yfir kerfi sem heimilar miðlun merkja, sem skrifuð eru sem smáskilaboð á endabúnað notanda, sem tengdur er við vefskoðara á internetinu og tengist hugbúnaði á vefsvæði fjarskiptafyrirtækis, sem móttækur merkin, vinnur úr þeim og áframsendir í SMS-miðlara í fjarskiptakerfi fyrirtækisins sem svo miðlar þeim áfram um farsímanetið til móttakandi símanúmers.

ÖNNUR SPURNINGIN

ATHUGASEMDIR SEM LAGÐAR VORU FYRIR DÓMSTÓLINN

- 35 Stefndandi tiltekur þrjár ástæður fyrir því að hin umdeilda þjónusta falli ekki undir hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“. Í fyrsta lagi nái tilskipunin aðeins yfir þjónustu sem miðli merkjasendingum á rafrænum fjarskiptanetum. Ekki sé nægilegt að merkinu sé miðlað frá vefsíðu til fjarskiptanetsins. Í öðru lagi sé þjónusta þar sem miðluðu efni er ritstýrt undanskilin skilgreiningu tilskipunarinnar á

exercising editorial control over the content transmitted and therefore cannot cover the Plaintiff's service, as it offers its users full editorial control over the sending and saving of SMS messages. Third, the definition excludes "information society services," as defined in Article 1 of Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations (OJ 1998 L 204, p. 37, and EEA Supplement 2001 No 3, p. 87). In the view of the Plaintiff, its service is an information society service and consequently excluded from the scope of Article 2(c) of the Directive.

- 36 In the view of the Defendant, the conveyance of signals takes place on an electronic communications network as the signals are conveyed on the Plaintiff's web domain, which is essential to fulfil the user's request to send an SMS message and therefore forms part of the Plaintiff's network. The service does not entail editorial control over the content, as laid down in the definition, as that control must be exercised in the present case by the Plaintiff. The fact that users enjoy editorial control over the SMS messages is irrelevant to the assessment of which services fall within the definition. As for the Plaintiff's claim that the service is an information society service, the Defendant submits that information society services are excluded only insofar as they do not consist wholly or mainly in the conveyance of signals on electronic communications networks.
- 37 On the significance of whether or not a fee is collected for the SMS service, the Defendant contends that it is not decisive whether payment is collected for each individual SMS message sent through the Plaintiff's network. It is common for customers to pay a monthly fee that includes an unlimited number of telephone calls and SMS messages. If that form of payment was regarded not to fulfil the requirement that the service is "normally provided for

hugtakinu og nái það því ekki yfir þjónustu stefnanda, þar sem notendum hennar sé veitt fullt ritstjórnarvald yfir sendingu og vistun smáskilaboða. Í þriðja lagi, taki skilgreiningin á rafrænni fjarskiptaþjónustu ekki til þjónustu í upplýsingasamfélaginu eins og hún sé skilgreind í 1. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 98/34/EB frá 22. júní 1998 sem setur reglur um tilhögun upplýsingaskipta vegna tæknilegra staðla og reglugerða (Stjtíð. ESB 1998 L 204, bls. 37 og EES-viðbætur 2001, nr. 3, bls. 87). Stefnandi telur starfsemi sína heyra undir þjónustu í upplýsingasamfélaginu og því falli hún utan gildissviðs c-liðar 2. gr. tilskipunarinnar.

- 36 Stefndi telur að miðlun merkjanna eiga sér stað á rafrænu fjarskiptaneti þar sem þeim er miðlað á vefsvæði stefnanda, en það sé nauðsynlegt skref í því að verða við beiðni notanda um sendingu smáskilaboða og því hluti af neti stefnanda. Þjónustan feli ekki í sér ritstjórnarvald yfir efninu, í samræmi við skilgreininguna, þar sem ritstjórnarvaldinu, í fyrirliggjandi máli, verði að vera beitt af stefnanda. Sú staðreynd, að notendur hafi ritstjórnarvald yfir smáskilaboðunum sé óviðkomandi mati á því hvaða þjónusta falli undir skilgreininguna. Hvað varðar fullyrðingu stefnanda um að þjónustan sé þjónusta í upplýsingasamfélaginu, bendir stefndi á að þjónusta í upplýsingasamfélaginu sé aðeins undanskilin að svo miklu leyti að hún felist ekki að öllu eða mestu leyti í miðlun merkja á rafrænu fjarskiptaneti.
- 37 Hvað varðar mikilvægi þess hvort gjald sé innheimt vegna smáskilaboðaþjónustunnar, bendir stefndi á að ekki skipti sköpum hvort gjald sé tekið vegna einstakra smáskilaboða sem send séu í gegnum net stefnanda. Algengt sé að viðskiptavinir greiði mánaðargjald þar sem ótakmarkaður fjöldi símtala og smáskilaboða er innifalinn. Ef þetta greiðslufyrirkomulag teldist ekki uppfylla skilyrðið um að þjónustan sé „að jafnaði veitt gegn þóknun“ myndi

remuneration”, that would also exclude standard SMS messages and telephone calls. Such a conclusion would undermine the effectiveness and completely contradict the objectives of the Directive and of the overall legislative framework for telecommunication in the EEA with regard to consumer and personal data protection.

- 38 ESA and the Commission submit that there are three constitutive elements of an electronic communications service and that the Plaintiff’s service fulfils all three elements.
- 39 First, the service must normally be provided for remuneration. Such remuneration may be provided either directly by the person receiving the service or indirectly through advertisement or other means of financing (reference is made, *inter alia*, to the judgment in *Jundt*, C-281/06, EU:C:2007:816, paragraph 29). In the view of ESA, it appears beyond doubt that the My Pages SMS service was provided for remuneration as it was available to the Plaintiff’s subscribers only. The Commission also points to the possibility for the Plaintiff to recover the costs of the service from the tariffs charged to its subscribers. Both ESA and the Commission emphasise that such services are, however, normally provided for remuneration.
- 40 Second, the service must consist wholly or mainly in the conveyance of signals. Both ESA and the Commission submit that the Plaintiff is responsible vis-à-vis the end users for the transmission of signals and ensuring that the SMS message is transmitted correctly. The Plaintiff therefore has control over the conveyance of signals, which is the key factor in the assessment of this second criterion (reference is made to the judgment in *UPC DTH*, C-475/12, EU:C:2014:285, paragraphs 43 and 44).
- 41 Third, services providing or exercising editorial control over content are excluded. ESA and the Commission submit that the conveyance of signals is the main characteristic of the Plaintiff’s service, not the

það jafnframt útiloka hefðbundin smáskilaboð og símtöl. Slíkt myndi grafa undan virkni tilskipunarinnar og væri að auki í algjörrri mótsögn við markmið hennar og annarrar löggjafar EES-réttar á sviði fjarskipta að því er varðar neytenda- og persónuupplýsingavernd.

- 38 ESA og framkvæmdastjórnin halda því fram að í hugtakinu „rafræn fjarskiptaþjónusta“ felist þrjú grundvallaratriði og telja þau öll vera til staðar í þjónustu stefnanda.
- 39 Í fyrsta lagi verði þjónustan að jafnaði að vera veitt gegn þóknun. Slík þóknun geti verið innt af hendi beint, frá þeim sem þjónustan var veitt, eða óbeint, í gegnum auglýsingar eða aðrar fjármögnunarleiðir (m.a. er vísað til máls *Jundt*, C-281/06, EU:C:2007:816, 29. mgr.) Að mati ESA virðist vera hafið yfir allan vafa að smáskilaboðþjónustan „Mínar síður“ hafi verið veitt gegn þóknun þar sem hún var einungis aðgengileg áskrifendum stefnanda. Framkvæmdastjórnin bendir einnig á möguleika stefnanda á að endurheimta útlagðan kostnað af veitingu þjónustunnar í gegnum gjöld sem lögð séu á áskrifendur. ESA og Framkvæmdastjórnin leggja báðar áherslu á að slík þjónusta sé þó að jafnaði veitt gegn þóknun.
- 40 Í öðru lagi verði þjónustan að felast að öllu eða að mestu leyti í miðlun merkja. ESA og framkvæmdastjórnin telja að stefnandi beri ábyrgð á sendingu merkisins gagnvart endanlegum notanda og því að tryggt sé að smáskilaboðin sendist með réttum hætti. Stefnandi hafi því stjórn á miðlun merkja, sem sé lykilatriðið við mat á þessum þætti (vísað er til máls *UPC DTH*, C-475/12, EU:C:2014:285, 43. og 44. mgr.).
- 41 Í þriðja lagi sé þjónusta þar sem efni er boðið fram eða því ritstýrt undanskilin. ESA og framkvæmdastjórnin telja að miðlun merkja sé megineinkenni hinnar umdeildu þjónustu, fremur en framboð efnis

provision of content or other ancillary or incidental service elements. The Plaintiff only makes available the means for transmitting the SMS message and does not have editorial control over the content.

FINDINGS OF THE COURT

- 42 By its second question, the referring court asks in essence, if the first question is answered in the affirmative, whether the term “electronic communications service” in Article 2(c) of the Directive covers the conveyance of signals on that network regardless of whether a fee is collected for the service.
- 43 Article 2(c) of the Directive includes three criteria for a service to be considered an electronic communications service: (i) the service is normally provided for remuneration, (ii) it consists wholly or mainly in the conveyance of signals on electronic communications networks, and (iii) it does not entail providing or exercising editorial control over content. In addition, information society services, as defined in Article 1 of Directive 98/34/EC, which do not consist wholly or mainly in the conveyance of signals on electronic communications networks, fall outside the scope of Article 2(c).
- 44 As regards the first criterion, the essential characteristic of remuneration lies in the fact that it constitutes consideration for the service (compare the judgment in *Jundt*, cited above, paragraph 29). In that regard, it is not necessary that the service is paid for by those for whom it is performed (compare the judgment in *Bond van Adverteerders*, 352/85, EU:C:1988:196, paragraph 16). Remuneration may therefore be provided indirectly through, *inter alia*, advertising offered on the web domain of a service provider.
- 45 The Defendant has pointed out that it is common in the electronic communications market for customers to pay a monthly fee that includes an unlimited number of telephone calls and SMS messages. In the context of the present case, the Defendant, ESA and the

eða annars konar minni háttar eða tilfallandi þjónustubættir. Stefndandi gefi aðeins kost á sendingu smáskilaboða, en hafi ekki ritstjórnarvald yfir efninu.

ÁLIT DÓMSTÓLSINS

- 42 Önnur spurning landsdómstólsins leitar aðallega svars við því, ef fyrstu spurningunni er svarað játandi, hvort hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“ í c-lið 2. gr. tilskipunarinnar nái yfir miðlun merkja á því neti óháð því hvort gjald sé innheimt fyrir þjónustuna.
- 43 Í c-lið 2. gr. tilskipunarinnar eru tiltekin þrjú skilyrði sem verða að vera uppfyllt svo að um „rafræna fjarskiptaþjónustu“ sé að ræða: (i) þjónustan sé að jafnaði veitt gegn þóknun, (ii) þjónustan felist að öllu eða mestu leyti í miðlun merkja á rafrænu fjarskiptaneti, og (iii) undanskilin sé þjónusta þar sem efni er boðið fram eða því ritstýrt. Auk þessa fellur þjónusta í upplýsingasamfélaginu, eins og hún er skilgreind í 1. gr. tilskipunar 98/34/EB, utan gildissviðs c-liðar 2. gr, að því gefnu að hún felist ekki að öllu eða mestu leyti í miðlun merkja á rafrænu fjarskiptaneti.
- 44 Hvað fyrsta skilyrðið varðar, er megineinkenni endurgjalds að einhver ávinningur hljóttist af veitingu þjónustunnar (sjá, til samanburðar, áður tilvitnað mál *Jundt*, 29. mgr.) Í því tilliti telst ekki nauðsynlegt að þjónustan sé greidd af þeim sem njóta hennar (sjá, til samanburðar, mál *Bond van Adverteerders*, 352/85, EU:C:1988:196, 16. mgr.). Þóknunin getur því fengist með óbeinum hætti, til dæmis í formi auglýsinga á vefsvæði þjónustuveitanda.
- 45 Stefndi hefur bent á að algengt sé að viðskiptavinir fyrirtækja á rafrænum fjarskiptamarkaði greiði mánaðargjald og að innifalið í því séu ótakmörkuð símtöl og smáskilaboð. Í máli þessu hafa stefndi, ESA og framkvæmdastjórnin haldið því fram að hin umrædda

Commission have argued that the service in question has only been offered to the Plaintiff's subscribers, from whom the Plaintiff receives payment in the form of a monthly fee. In their view, the costs for the service may be covered by these fees and hence it should not be decisive that a payment is not collected for each specific SMS message.

- 46 The case file does not include information concerning the tariffs applied to the Plaintiff's services or whether advertising on the web domain covers the costs. It is important to note, however, that Article 2(c) of the Directive only requires that the service in question is a service "normally" provided for remuneration. It falls to the referring court to determine whether that is the case in the present proceedings.
- 47 With regard to the second criterion, that is whether the service consists wholly or mainly in the conveyance of signals on electronic communications networks, Article 2(c) of the Directive contains an express exception for information society services, as defined in Article 1(2) of Directive 98/34/EC, which do not consist wholly or mainly in the conveyance of signals on electronic communications networks. However, recital 10 in the preamble to the Directive makes clear that while the definition of "information society service" in Article 1 of Directive 98/34/EC spans a wide range of economic activities which take place online, a certain number of these activities are covered by the scope of the Directive because they consist wholly or mainly in the conveyance of signals on electronic communications networks. Therefore, a service considered an information society service may also be considered an electronic communications service under Article 2(c), provided it fulfils the criteria specified.

þjónusta hafi aðeins staðið áskrifendum, sem greiði stefnanda mánaðargjald, til boða. Að þeirra mati geta þau gjöld staðið undir kostnaði við veitingu þjónustunnar og því eigi ekki að skipta sköpum hvort gjald sé innheimt vegna sendingar einstakra smáskilaboða.

- 46 Í gögnum málsins er ekki að finna upplýsingar um verðskrá fyrir þjónustu stefnanda eða hvort auglýsingar á vefsvæðinu standi straum af kostnaði við veitingu hennar. Þó er mikilvægt að taka fram að einungis er gerð sú krafa í c-lið 2. gr. tilskipunarinnar að þjónustan sem um ræðir sé „að jafnaði“ veitt gegn þóknun. Það er landsdómstólsins að ákveða hvort svo sé í málinu sem fyrir honum er rekið.
- 47 Hvað annað skilyrðið varðar, það er, hvort þjónustan felist að öllu eða mestu leyti í miðlun merkja á rafrænu fjarskiptaneti, geymir c-liður 2. gr. tilskipunarinnar skýra undanþágu vegna þjónustu í upplýsingasamfélaginu, eins og hún er skilgreind í 2. mgr. 1. gr. tilskipunar 98/34/EB, að því gefnu að hún felist ekki að öllu eða mestu leyti í miðlun merkja á rafrænu fjarskiptaneti. Engu að síður er ljóst af 10. lið formálsorða tilskipunarinnar að þótt skilgreiningin á “þjónustu í upplýsingasamfélaginu” í 1. gr. tilskipunar 98/34/EB nái yfir breitt svið efnahagsstarfsemi á netinu, falli tiltekinn hluti hennar undir gildissvið tilskipunarinnar þar sem hún felst að öllu eða mestu leyti í miðlun merkja á rafrænu fjarskiptaneti. Þjónusta sem telst þjónusta í upplýsingasamfélaginu getur því einnig talist rafræn fjarskiptaþjónusta samkvæmt c-lið 2. gr. að því gefnu að hún uppfylli önnur skilyrði.

- 48 The main feature of the SMS service on the Plaintiff's My Pages web domain appears to be the conveyance of signals from the sender's end device to the end point in the Plaintiff's network. The other elements of the service appear ancillary and mere supplements to the essential element of facilitating the conveyance of SMS messages.
- 49 The third criterion, that is the exception for editorial control, is based on the need to separate the regulation of transmission from the regulation of content, as stated in recital 5 in the preamble to the Directive. The regulation of content is not covered by the Directive or by the specific supplementary directives that make up the overall regulatory framework for electronic communications network and services.
- 50 In the assessment of whether the Plaintiff's service falls under the exception, the relevant criterion is whether the Plaintiff provides, or exercises editorial control over, the content of the SMS messages sent from My Pages. It appears that the Plaintiff does not provide or control the content of those SMS messages. Conversely, the Plaintiff appears to provide merely the means for the transmission.
- 51 Accordingly, the answer to the second question is that the definition in Article 2(c) of the Directive of the term "electronic communications service" encompasses a service that consists in the conveyance of signals taking place on a communications network of the kind described in the first question, irrespective of whether a fee is collected for such a service, provided that the service is normally provided for remuneration.

- 48 Megineinkenni smáskilaboðþjónustunnar á vefsvæði stefnanda „Mínar síður“ virðist vera miðlun merkja frá endabúnaði sendanda til lokapunkts á neti stefnanda. Aðrir þættir þjónustunnar virðast vera minniháttar og einungis viðbætur við grundvallarþáttinn, sem er miðlun smáskilaboða.
- 49 Þriðja skilyrðið, að þjónusta þar sem efni er ritstýrt sé undanskilin, byggist á nauðsyn þess að aðskilja eftirlit með sendingum og eftirlit með efni, líkt og tekið er fram í 5. lið formálsorða tilskipunarinnar. Eftirlit með efni fellur hvorki undir tilskipunina né hinar sérstöku tilskipanir sem eru hluti af heildarreglurammanum um rafræn fjarskiptanet og rafræna fjarskiptaþjónustu.
- 50 Við mat á því hvort þjónusta stefnanda falli undir undanþáguna, er skilyrðið sem á reynir, hvort stefnandi hafi umsjón með eða fari með ritstjórnarvald yfir efni smáskilaboðanna sem send eru af „Mínar síður“. Svo virðist sem stefnandi hafi hvorki umsjón né stjórn á efni umræddra smáskilaboða. Þvert á móti virðist stefnandi aðeins bjóða fram aðferð til sendingar þeirra.
- 51 Því verður að svara annarri spurningunni með þeim hætti að skilgreiningin í c-lið 2. gr. tilskipunarinnar á hugtakinu „rafræn fjarskiptaþjónusta“ nái yfir þjónustu sem felur í sér miðlun merkja á fjarskiptaneti eins og því sem lýst er í fyrstu spurningunni, óháð því hvort gjald sé innheimt fyrir þjónustuna, að því gefnu að gjald sé að jafnaði innheimt vegna veitingu hennar.

THE THIRD QUESTION

OBSERVATIONS SUBMITTED TO THE COURT

- 52 The Plaintiff submits that the term “public communications network” does not apply since the service is neither an electronic communications service nor provided on an electronic communications network. Moreover, it may be doubted whether the service was publicly available as it was only offered to the Plaintiff’s customers.
- 53 The Defendant, ESA and the Commission submit that although the service was only available to the Plaintiff’s customers, this does not imply that it is not publicly available, since anyone could choose to become a customer and thereby obtain access to the service.

FINDINGS OF THE COURT

- 54 By its third question, the referring court in essence asks, if the second question is answered in the affirmative, whether the term “public communications network” in Article 2(d) of the Directive applies irrespective of whether the electronic communications service is available to the public or only available to all subscribers of a telecommunication undertaking.
- 55 Article 2(d) of the Directive lays down the criteria for an electronic communications network to constitute a public communications network. It must be used wholly or mainly for the provision of publicly available electronic communications services.
- 56 The Directive does not define publicly available electronic communications services. A service must be considered publicly available when any part of the public may choose to make use of the service offered. The Plaintiff has stated that its My Pages service is

ÞRIÐJA SPURNINGIN

ATHUGASEMDIR SEM LAGÐAR VORU FYRIR DÓMSTÓLINN

- 52 Stefnandi telur að hugtakið „almennt fjarskiptanet“ eigi ekki við um þjónustu sína, þar sem hún sé hvorki rafræn fjarskiptaþjónusta, né veitt á rafrænu fjarskiptaneti. Jafnframt megi draga í efa hvort þjónustan hafi verið aðgengileg almenningi, þar sem hún hafi aðeins verið í boði fyrir viðskiptavinum stefnanda.
- 53 Stefndi, ESA og framkvæmdastjórnin halda því fram að þótt þjónustan hafi aðeins verið aðgengileg viðskiptavinum stefnanda, þýði það ekki að hún hafi verið óaðgengileg almenningi, þar sem hver sem er geti gerst viðskiptavinur stefnanda og þar með fengið aðgang að þjónustunni.

ÁLIT DÓMSTÓLSINS

- 54 Þriðja spurning landsdómstólsins leitar aðallega svars við því, ef annarri spurningunni er svarað játandi, hvort hugtakið „almennt fjarskiptanet“ í d-lið 2. gr. tilskipunarinnar eigi við, óháð því hvort rafræna fjarskiptaþjónustan sem um ræðir sé opin almenningi eða eingöngu öllum áskrifendum fjarskiptafyrirtækis.
- 55 Kveðið er á um skilyrði þess að rafrænt fjarskiptanet teljist almennt fjarskiptanet í d-lið 2. gr. tilskipunarinnar. Samkvæmt ákvæðinu skal netið notað að öllu eða mestu leyti til að veita rafræna fjarskiptaþjónustu sem er öllum aðgengileg.
- 56 Í tilskipuninni er enga skilgreiningu að finna á rafrænni fjarskiptaþjónustu sem er öllum aðgengileg. Þjónusta verður að teljast öllum aðgengileg þegar almenningur getur kosið að færa sér í nyt þá þjónustu sem í boði er. Stefnandi hefur haldið því fram að

available only to its subscribers. In response to this argument, the Court observes that if there is no limit placed on the number of potential subscribers, and nothing in the case file suggests otherwise, then any part of the public may, *de facto*, make use of the service by becoming a subscriber. If that proves to be the case, which is a matter for the referring court to determine, then the service must be considered publicly available.

- 57 As to the criterion that the network must be used wholly or mainly for the provision of publicly available services, the referring court needs to take into account the extent to which the electronic communications network is used for the provision of publicly available electronic communications services in contrast to other services. It is for the referring court to assess whether the Plaintiff's electronic communications network fulfils this criterion.
- 58 The answer to the third question is therefore that the definition in Article 2(d) of the Directive of the term "public communications network" must be interpreted as covering a network as described in the first question, used to provide services as described in the second question, irrespective of whether those services are made available only to the subscribers of the particular undertaking, provided that the network is used wholly or mainly for the provision of such publicly available services.

IV COSTS

- 59 The costs incurred by ESA and the Commission, which have submitted observations to the Court, are not recoverable. Since these proceedings are a step in the proceedings pending before the national court, any decision on costs for the parties to those proceedings is a matter for that court.

þjónustan „Mínar síður“ sé aðeins aðgengileg áskrifendum hans. Sem svar við þeirri röksemd bendir dómurinn á að ef engri takmörkun á fjölda mögulegra áskrifenda er til að dreifa, en ekkert í gögnum málsins bendir til þess að svo sé, geti hver sem er í raun nýtt sér þjónustuna með því að gerast áskrifandi. Ef sú er raunin, en það er landsdómstólsins að skera úr um það atriði, verður þjónustan að teljast öllum aðgengileg.

- 57 Hvað varðar það skilyrði að fjarskiptanet verði að vera að öllu eða mestu leyti notað til að veita rafræna fjarskiptaþjónustu sem er öllum aðgengileg, verður landsdómstóllinn að leggja mat á að hve miklu leyti hið rafræna fjarskiptanet sé notað til að veita rafræna fjarskiptaþjónustu sem er öllum aðgengileg, samanborið við aðra þjónustu. Það er landsdómstólsins að meta hvort rafrænt fjarskiptanet stefnanda uppfylli þetta skilyrði.
- 58 Því skal þriðju spurningunni svarað með þeim hætti að skilgreininguna í d-lið 2. gr. tilskipunarinnar á hugtakinu „almennt fjarskiptanet“ verði að túlka á þá leið að hún taki til nets á borð við það sem lýst er í fyrstu spurningunni, sem notað er til að veita þá þjónustu sem lýst er í annarri spurningunni, óháð því hvort sú þjónusta sé eingöngu aðgengileg áskrifendum þess tiltekna fyrirtækis, enda sé netið að öllu eða mestu leyti notað til að veita slíka þjónustu sem sé öllum aðgengileg.

IV MÁLSKOSTNAÐUR

- 59 Eftirlitsstofnun EFTA og framkvæmdastjórn Evrópusambandsins, sem skilað hafa greinargerðum til EFTA-dómstólsins, skulu hvor bera sinn málskostnað. Þar sem um er ræða mál sem er hluti af málarekstri fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur kemur það í hlut þess dómstóls að kveða á um kostnað málsaðila.

On those grounds,

The Court

in answer to the questions referred to it by Reykjavík District Court hereby gives the following Advisory Opinion:

- 1. The definition in Article 2(a) of Directive 2002/21/EC of the term “electronic communications network” must be interpreted as encompassing a system allowing for the conveyance of signals written as an SMS message on a user’s end device, connected through a web browser, via the internet, to the PHP script software on a telecommunications undertaking’s web domain, which receives the signals, processes them and conveys them in turn to an SMS server in the undertaking’s communications system, which then conveys them over a network to the recipient telephone number.**
- 2. The definition in Article 2(c) of Directive 2002/21/EC of the term “electronic communications service” encompasses a service that consists of the conveyance of signals which takes place on a communications network, as described in the first question, irrespective of whether a fee is collected for such a service, provided that the service is normally provided for remuneration.**

Með vísan til framangreindra forsendna lætur,

Dómstóllinn

uppi svohljóðandi ráðgefandi álit um spurningar þær sem Héraðsdómur Reykjavíkur beindi til dómstólsins:

- 1. Skilgreininguna í a-lið 2. gr. tilskipunar 2002/21/EB á hugtakinu „rafrænt fjarskiptanet“ verður að túlka með þeim hætti að hún nái til kerfis sem heimilar miðlun merkja, sem skrifuð eru sem smáskilaboð á endabúnað notanda, sem tengjast í gegnum vefskoðara á internetinu við „PHP script“ hugbúnað á vefsvæði fjarskiptafyrirtækis, sem móttækur merkin, vinnur úr þeim og áframsendir í SMS-miðlara í fjarskiptakerfi fyrirtækisins sem svo miðlar þeim áfram um farsímanetið til móttakandi símanúmers.**
- 2. Skilgreiningin í c-lið 2. gr. tilskipunar 2002/21/EB á hugtakinu „rafræn fjarskiptaþjónusta“ nær yfir þjónustu sem felur í sér miðlun merkja á fjarskiptaneti eins og því sem lýst er í fyrstu spurningunni, óháð því hvort gjald sé innheimt fyrir þjónustuna, að því gefnu að gjald sé að jafnaði innheimt vegna veitingar hennar.**

3. The definition in Article 2(d) of Directive 2002/21/EC of the term “public communications network” must be interpreted as covering a network as described in the first question, used to provide services as described in the second question, irrespective of whether those services are made available only to the subscribers of the particular undertaking, provided that the network is used wholly or mainly for the provision of such publicly available services.

Carl Baudenbacher Per Christiansen Páll Hreinsson

*Delivered in open court in Luxembourg on
22 December 2016.*

Gunnar Selvik
Registrar

Carl Baudenbacher
President

3. Skilgreininguna í d-lið 2. gr. tilskipunar 2002/21/EB á hugtakinu „almennt fjarskiptanet“ verður að túlka á þá leið að hún taki til nets á borð við það sem lýst er í fyrstu spurningunni, sem notað er til að veita þá þjónustu sem lýst er í annarri spurningunni, óháð því hvort sú þjónusta sé eingöngu aðgengileg áskrifendum þess tiltekna fyrirtækis, enda sé netið að öllu eða mestu leyti notað til að veita slíka þjónustu sem sé öllum aðgengileg.

Carl Baudenbacher

Per Christiansen

Páll Hreinsson

Kveðið upp i heyranda hljóði í Lúxemborg

22. desember 2016.

Gunnar Selvik

Dómritari

Carl Baudenbacher

Forseti

Report for the Hearing

in Case E-6/16

REQUEST to the Court pursuant to Article 34 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice by Reykjavík District Court (*Héraðsdómur Reykjavíkur*), in a case pending before it between

Fjarskipti hf.

≡ and ≡

The Icelandic Post and Telecom Administration
(*Póst- og fjarskiptastofnun*)

concerning the interpretation of Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive).

I INTRODUCTION

- 1 By a letter of 12 May 2016, registered at the Court as Case E-6/16 on 18 May 2016, Reykjavík District Court (*Héraðsdómur Reykjavíkur*) requested an advisory opinion in the case pending before it between Fjarskipti hf. (“the plaintiff”) and the Icelandic Post and Telecom Administration (*Póst- og fjarskiptastofnun*) (“the defendant”).
- 2 The plaintiff is an Icelandic telecommunications undertaking, offering telecom services under the Vodafone brand. The defendant is a public body entrusted with the task of supervising electronic communications in Iceland. At issue before the referring court is the question whether the defendant has jurisdiction to supervise the

Skýrsla Framsögumanns

Í máli E-6/16

BEIÐNI samkvæmt 34. gr. samningsins milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls um ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins, frá Héraðsdómi Reykjavíkur, í máli

Fjarskipta hf.

≡ gegn ≡

Póst- og fjarskiptastofnun

varðandi skýringu á tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/21/EB frá 7. mars 2002 um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun).

I INNGANGUR

- 1 Með bréfi dagsettu 12. maí 2016, sem skráð var í málaskrá dómstólsins sem mál E-6/16 hinn 18. maí sama ár, óskaði Héraðsdómur Reykjavíkur ráðgefandi álits í máli sem rekið er fyrir dómstólnum milli Fjarskipta hf. (stefnandi) og Póst- og fjarskiptastofnunar (stefndi).
- 2 Stefnandi er íslenskt fjarskiptafyrirtæki sem býður fjarskiptaþjónustu undir vörumerkinu Vodafone. Stefndi er opinber stofnun sem falið hefur verið eftirlit með fjarskiptum á Íslandi. Málið sem rekið er fyrir landsdómstólnum varðar ágreining um hvort það falli innan valdsviðs stefnda að hafa eftirlit með þeirri þjónustu er

services provided by the plaintiff on the web domain vodafone.is. For that purpose, the District Court has requested an interpretation of the terms “electronic communications network”, “electronic communications service” and “public communications network” defined in points (a), (c) and (d) of Article 2 of Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive) (OJ 2002 L 108, p. 33, and EEA Supplement 2006 No 30, p. 256) (“the Directive”).

II LEGAL BACKGROUND

EEA LAW

- 3 EEA Joint Committee Decision No 11/2004 of 6 February 2004 (OJ 2004 L 116, p. 60, and EEA Supplement 2004 No 20, p. 14), which entered into force on 1 November 2004, inserted the Directive as point 5cl of Annex XI (Electronic Communication, Audiovisual Services and Information Society) to the EEA Agreement.
- 4 Points (a), (c) and (d) of Article 2 of the Directive read:
 - (a) *‘electronic communications network’ means transmission systems and, where applicable, switching or routing equipment and other resources which permit the conveyance of signals by wire, by radio, by optical or by other electromagnetic means, including satellite networks, fixed (circuit- and packet-switched, including Internet) and mobile terrestrial networks, electricity cable systems, to the extent that they are used for the purpose of transmitting signals, networks used for radio and television broadcasting, and cable television networks, irrespective of the type of information conveyed;*

...

veitt var á vefsvæði stefnanda, vodafone.is. Svo skera megi úr um þetta atriði hefur Héraðsdómur Reykjavíkur leitað ráðgefandi álits á því hvernig skýra beri hugtökin „rafrænt fjarskiptanet“, „rafræn fjarskiptaþjónusta“ og „almennt fjarskiptanet“, sem skilgreind eru í a-, c- og d-lið 2. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2002/21/EB frá 7. mars 2002 um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun) (Stjtíð. ESB 2002 L 108, bls. 33 og EES-viðbætur 2006, nr. 30, bls. 256) (tilskipunin).

II LÖGGJÖF

EES-RÉTTUR

- 3 Samkvæmt ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 11/2004 frá 6. febrúar 2004 (Stjtíð. ESB 2004 L 116, bls. 60 og EES-viðbætur 2004, nr. 20, bls. 14) sem tók gildi 1. nóvember 2004 var tilskipunin felld inn í EES-samninginn undir lið 5cl í viðauka XI (fjarskiptaþjónusta).
- 4 Í a-, c- og d-lið 2. gr. tilskipunarinnar segir:
 - (a) „rafrænt fjarskiptanet“: sendikerfi og, ef við á, skiptistöðvar, beinar og önnur úrræði sem gera mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum eða með öðrum rafsegulaðferðum, þ.m.t. gervitunglanet, föst net (línu- eða pakkaskipt, þ.m.t. Netíð) og farnet á jörðu niðri, rafdreifikerfi, að því marki sem þessi kerfi eru notuð til að senda merki, net fyrir hljóð- og sjónvarp og kapalsjónvarpsnet án tillits til þeirra upplýsinga sem sendar eru;

...

- (c) *‘electronic communications service’ means a service normally provided for remuneration which consists wholly or mainly in the conveyance of signals on electronic communications networks, including telecommunications services and transmission services in networks used for broadcasting, but exclude services providing, or exercising editorial control over, content transmitted using electronic communications networks and services; it does not include information society services, as defined in Article 1 of Directive 98/34/EC, which do not consist wholly or mainly in the conveyance of signals on electronic communications networks;*
- (d) *‘public communications network’ means an electronic communications network used wholly or mainly for the provision of publicly available electronic communications services;*

5 Points (a) and (d) of Article 2 of the Directive have been amended by Directive 2009/140/EC.¹ However, that directive has not yet been incorporated into the EEA Agreement.

NATIONAL LAW

6 Article 2(2) of the Electronic Communications Act No 81 of 26 March 2003 (*Lög um fjarskipti*) entrusts the defendant with the task of supervising electronic communications within the jurisdiction of the Icelandic State and supervising the enforcement of the Act.

1 Directive 2009/140/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 amending Directives 2002/21/EC on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, 2002/19/EC on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities, and 2002/20/EC on the authorisation of electronic communications networks and services (OJ 2009 L 337, p. 37).

- (c) „*rafræn fjarskiptaþjónusta*“: *þjónusta sem að jafnaði er veitt gegn þóknun og felst að öllu eða mestu leyti í því að flytja merki á rafrænum fjarskiptanetum, þ.m.t. fjarskiptaþjónusta og sendiþjónusta á netum sem notuð eru til að útvarpa, en undanskilin er þjónusta þar sem efni, sem sent er með rafrænum fjarskiptanetum eða -þjónustu, er boðið fram eða því ritstýrt. Hún nær ekki yfir þjónustu í upplýsingasamfélaginu, sem skilgreind er í 1. gr. tilskipunar 98/34/EB, sem felst ekki að öllu eða mestu leyti í því að flytja merki um rafræn fjarskiptanet;*
- (d) „*almennt fjarskiptanet*“: *rafrænt fjarskiptanet sem notað er að öllu eða mestu leyti til að veita rafræna fjarskipta-þjónustu sem er öllum aðgengileg;*

- 5 Með tilskipun 2009/140/EB¹ var a- og d- liðum 2. gr. tilskipunarinnar breytt, en sú tilskipun hefur enn ekki verið tekin upp í EES-samninginn.

LANDSRÉTTUR

- 6 Í 2. mgr. 2. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti (fjarskiptalög) frá 26. mars 2003 er stefnda falin umsjón með fjarskiptum innan lögsögu íslenska ríkisins og eftirlit með framkvæmd laganna.

1 Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2009/140/EB frá 25. nóvember 2009 um breytingu á tilskipunum 2002/21/EB um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun), 2002/19/EB um aðgang að rafrænum fjarskiptanetum og samtengingu þeirra og tilheyrandi aðstöðu (tilskipun um aðgang) og 2002/20/EB um heimild fyrir rafrænum fjarskiptanetum og -þjónustu (heimildartilskipun) (Stjtíð. ESB 2009 L 337, bls. 37).

7 Article 3 of the Electronic Communications Act reads:

For the purposes of this Act the following definitions shall apply:

...

5. *Public communications network: an electronic communications network which is used wholly or mainly for the provision of publicly available electronic communications services;*

...

13. *Electronic communications network: transmission systems and, where applicable, switching or routing equipment and other resources which permit the conveyance of signals by wire, radio, optical signals, electricity distribution systems, high-voltage lines or other electromagnetic means, including networks for radio and television broadcasting and cable television networks;*

...

15. *Electronic communications service: a service provided wholly or partially by the conveyance of signals on electronic communications networks, including e-mail services and internet access;*

...

III FACTS AND PROCEDURE

8 The plaintiff operates the web domain *vodafone.is*, where it advertises its services, goods for sale, and offers its customers access to a special service known as My Pages, which has been in place since 2004. My Pages includes the service WEB-SMS, according to which the customer may send SMS messages, that is text messages, identified with his telephone number to another telephone number.

7 Í 3. gr. fjarskiptalaga segir:

Merking orða í lögum þessum er sem hér segir:

...

5. *Almennt fjarskiptanet: Fjarskiptanet sem er notað að öllu eða mestu leyti til að bjóða almenna fjarskiptaþjónustu.*

...

13. *Fjarskiptanet: Sendikerfi og þar sem það á við skiptistöðvar, beinar og önnur úrræði sem gera mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum, rafdreifikerfi, háspennulínum eða með öðrum rafsegulaðferðum, þ.m.t. net fyrir hljóð- og sjónvarp og kapalsjónvarp.*

...

15. *Fjarskiptaþjónusta: Þjónusta sem að nokkru eða öllu leyti felst í því að beina merkjum um fjarskiptanet, þ.m.t. tölvupóstþjónusta og netaðgangur.*

...

III MÁLAVEXTIR OG MEÐFERÐ MÁLSINS

8 Stefnandi rekur vefsvæðið vodafone.is og kynnir þar þjónustuframboð sitt, vörur til sölu og býður viðskiptavinum sínum aðgang að sérstakri þjónustu sem nefnist „Mínar síður“ og hefur verið í boði síðan 2004. Meðal þjónustu sem í boði er á „Mínar síður“ er svokallað VEF-SMS, það er sending smáskilaboða frá símanúmeri sendanda í annað símanúmer.

- 9 Since 2008 it has been possible on My Pages to send messages to one or more recipients, store recipients' names in a directory and connect them in groups. From 2010 onwards subscribers have also had the option of storing their message history in My Pages.
- 10 Alongside the services on My Pages, which are available only to the plaintiff's subscribers, the plaintiff also offered a service known as FREE-SMS. This service allowed the general public to access the plaintiff's web page, enter a recipient's telephone number, write a message and send it. These messages could not be stored in a message archive. The plaintiff discontinued the FREE-SMS service in 2012.
- 11 The plaintiff's web domain was hacked on 30 November 2013. Information from thousands of users of My Pages, including content of SMS messages, user names and passwords, was stolen and published on the internet.
- 12 At the time of the hacking, the web system was set up in a way that each individual subscriber could log in to the web server My Pages on the plaintiff's web domain via an internet browser using his end device, either a computer or a smart device. He identified himself with a telephone number and a password to obtain access to his space on My Pages. Next, he chose the telephone number of the recipient and wrote the SMS message. As soon as a subscriber chose to send the SMS message, the web server conveyed the signals to the software PHP scripts, which was also located on the plaintiff's web domain. The PHP scripts then processed the signals from the message transmission and forwarded them to a MySQL database on the web domain for archiving, unless the user chose not to save them in his message history, and to an SMS server in the plaintiff's mobile telephone system. The SMS server then sent the signals over the mobile telephone network to the recipient's telephone number.

- 9 Frá árinu 2008 hefur undir liðnum „Mínar síður“ verið hægt að senda einum eða fleiri móttakendum skilaboð, vista móttakendur í nafnaskrá og tengja þá saman í hópa. Frá árinu 2010 gátu áskrifendur einnig vistað þar skeytasögu sína.
- 10 Samhliða þjónustunni „Mínar síður“, sem er einungis aðgengileg áskrifendum, hefur stefnandi boðið upp á þjónustu sem nefnist „FRÍ SMS“. Sú þjónusta gerði almenningi kleift að fara á vefsíðu stefnanda, skrá inn símanúmer móttakanda, skrifa smáskilaboð og senda þau. Ekki var hægt að vista þessi smáskilaboð í safn með sögu skilaboðanna. Stefnandi hætti að bjóða upp á „FRÍ SMS“ árið 2012.
- 11 Brotist var inn á vefsvæði stefnanda hinn 30. nóvember 2013. Upplýsingum þúsunda notenda „Mínar síður“, var stolið og þær birtar á internetinu, þar á meðal efni smáskilaboða, notendanöfn og lykilorð.
- 12 Þegar innbrotið átti sér stað var vefkerfi stefnanda þannig uppsett að hver áskrifandi gat skráð sig inn á vefþjóninn „Mínar síður“, á vefsvæði stefnanda, með netvafra á eigin endabúnaði, þ.e. tölvu eða snjalltæki. Áskrifandinn auðkenndi sig með símanúmeri og lykilorði til að fá aðgang að sínu svæði á „Mínar síður“. Því næst valdi viðkomandi símanúmer móttakanda og skrifaði smáskilaboð. Um leið og áskrifandi valdi að senda smáskilaboðin miðlaði vefþjónninn merkjunum yfir í „PHP script“ hugbúnað sem er einnig á vefvæði stefnanda. „PHP script“ hugbúnaðurinn vann svo með merkin frá skilaboðasendingunni og áframsendi til MySQL-gagnagrunns á vefsvæðinu til vistunar, nema áskrifandinn hefði valið að vista ekki skilaboðin í skeytasögu sinni, og áfram í SMS-miðlara í farsímakerfi (SMSC) stefnanda sem síðan miðlaði þeim áfram um farsímanetið í símanúmer móttakanda.

- 13 On 23 December 2013, the defendant wrote a letter requesting information from the plaintiff regarding the hacking. On 23 January 2014, the plaintiff replied by letter, stating that the Electronic Communications Act, and consequently the jurisdiction of the defendant, did not extend to the plaintiff's web domain.
- 14 On 24 March 2014, the defendant adopted a decision concluding that (a) the transmission system conveying signals from the plaintiff's web domain to the SMS server was an electronic communications network within the meaning of Article 3(13) of the Electronic Communications Act, (b) the service provided on the plaintiff's web domain involving the transmission of SMS messages from the internet to a mobile telephone was an electronic communications service within the meaning of Article 3(15) of the same Act, and (c) the part of the electronic communications network which conveyed signals from the plaintiff's web domain to the SMS server, granting the plaintiff's customers who logged into My Pages using their telephone numbers access to this service, was part of a public communications network within the meaning of Article 3(5) of the same Act. The plaintiff's web domain, and the services provided therein, were therefore deemed to be covered by the Electronic Communications Act and to fall within the defendant's jurisdiction. The decision was not concerned with the actual storage and archiving of the data in the plaintiff's web domain, as those issues were to be examined in the defendant's ongoing investigation.
- 15 The plaintiff brought a complaint against this decision before the Rulings Committee for Electronic Communications and Postal Affairs (Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála). On 11 October 2014, the Rulings Committee upheld the defendant's decision.
- 16 The plaintiff then brought an action before Reykjavík District Court, seeking the annulment of the decisions of the Rulings Committee and the defendant. The claim is based on the submission that both the defendant and the Rulings Committee have reached an incorrect

- 13 Hinn 23. desember skrifaði stefndi bréf þar sem hann óskaði upplýsinga frá stefnanda um innbrotið. Stefndi svaraði bréfleiddis, hinn 23. janúar 2014. Við svör sín setti stefndi þann fyrirvara að hann teldi gildissvið fjarskiptalaga, og þar með valdsvið stefnda, ekki ná yfir vefsvæði stefnanda.
- 14 Með ákvörðun 24. mars 2014 komst stefndi að þeirri niðurstöðu (a) að það sendikerfi sem flutti merki af vefsvæði stefnanda yfir í SMS-miðlara í farsímakerfi stefnanda teldist fjarskiptanet í skilningi 13. töluliðar 3. gr. fjarskiptalaga, (b) að sú þjónusta sem veitt var á vefsvæði stefnanda og fól í sér sendingu smáskilaboða af internetinu yfir í farsíma teldist fjarskiptaþjónusta í skilningi 15. töluliðar 3. gr. sömu laga, og (c) að sá hluti fjarskiptanets sem miðlaði merkjum af vefsvæði stefnanda yfir í SMS-miðlara í farsímakerfi stefnanda og veitti viðskiptavinum stefnanda sem tengdust „Mínar síður“ með símanúmeri sínu aðgang að þjónustunni, teldist hluti af almennu fjarskiptaneti stefnanda í skilningi 5. töluliðar 3. gr. laganna. Vefsvæði stefnanda og sú þjónusta sem þar var í boði voru því talin falla undir gildissvið fjarskiptalaga og valdsvið stefnda. Ákvörðunin tók ekki til geymslu og skráningu gagnanna á vefsvæði stefnanda, þar sem taka átti þau atriði til nánari skoðunar í yfirstandandi rannsókn stefnda.
- 15 Stefndi kærði ákvörðun stefnda til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Hinn 11. október 2014 staðfesti úrskurðarnefndin ákvörðunina.
- 16 Fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur leitar stefndi ógildingar á ákvörðun stefnanda og úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Ógildingarkrafan byggir á því að stefndi og úrskurðarnefndin hafi skýrt hugtökin „rafrænt fjarskiptanet“, „rafræn fjarskiptaþjónusta“

interpretation of the terms “electronic communications network”, “electronic communications service” and “public communications network”. In the plaintiff’s view, none of the terms apply to its web domain, which therefore remains outside the scope of the defendant’s jurisdiction.

- 17 On 18 May 2016, the Court received a request from Reykjavík District Court for an advisory opinion.

IV QUESTIONS

- 18 The following questions have been referred to the Court:
- 1. Can point (a) of Article 2 of Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive) be interpreted in such a way that the term “electronic communications network” covers the conveyance of signals that are written as an SMS message on users’ end device connected via a web browser to the “My Pages” web server in a telecommunications undertaking’s web domain, via the public internet and to the PHP script software on the same telecommunications undertaking’s web domain, which receives the signals, processes them and conveys them in turn from the telecommunications undertaking’s web domain to an SMS server (SMSC) in its communications system, which then sends them on over a telephone network to the recipient telephone number?**
 - 2. If the answer to Question 1 is in the affirmative, is point (c) of Article 2 of Directive 2002/21/EC to be interpreted in such a way that the term “electronic communications**

og „almennt fjarskiptanet“ með röngum hætti. Að mati stefnanda eigi ekkert framangreindra hugtaka við um vefsvæði hans, sem leiði til þess að það falli utan valdsviðs stefnda.

- 17 Hinn 18. maí 2016 barst EFTA-dómstólnum beiðni um ráðgefandi álit frá Héraðsdómi Reykjavíkur.

IV SPURNINGAR

- 18 Eftirfarandi spurningum var beint til dómstólsins:

1. **Verður a-liður 2. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/21/EB frá 7. mars 2002, um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun), túlkaður þannig að hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“ nái yfir miðlun merkja, sem skrifuð eru sem smáskilaboð á endabúnað notanda sem tengist vefmiðlara „Mínum síðum“ á vefsvæði fjarskiptafyrirtækis í gegnum vefskoðara, yfir almenna internetið og inn í hugbúnaðinn PHP-„scriptur“ á sama vefsvæði fjarskiptafyrirtækisins, sem móttækur merkin, vinnur úr þeim og miðlar áfram af vefsvæði fjarskiptafyrirtækisins yfir í SMS-miðlara (SMSC) í fjarskiptakerfi þess sem síðan miðlar þeim áfram um farsímanetið til móttakandi símanúmers?**

2. **Verði spurningu nr. 1 svarað jákvætt, er spurt hvort c-liður 2. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB verði túlkaður þannig að hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“ nái yfir þjónustu sem**

service” covers a service that consists of the conveyance of signals which takes place on a communications network as described in Question 1 when (i) a fee is collected for such a service, and (ii) when no fee is collected for such a service?

- 3. If the answer to Question 2 is in the affirmative, is point (d) of Article 2 of Directive 2002/21/EC to be interpreted in such a way that the term “public communications network” covers the electronic communications service described in Question 2, which is provided on an electronic communications network as described in Question 1, irrespective of whether that service is (i) available to the public, or (ii) available only to all subscribers of the telecommunication undertaking?**

V WRITTEN OBSERVATIONS

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

- the plaintiff, represented by Reimar Pétursson, Supreme Court Attorney, acting as Counsel;
- the defendant, represented by Ragnar Tómas Árnason, Supreme Court Attorney, acting as Counsel;
- the EFTA Surveillance Authority (“ESA”), represented by Carsten Zatschler, Maria Moustakali and Clémence Perrin, members of its Department of Legal & Executive Affairs, acting as Agents; and
- the European Commission (“the Commission”), represented by Gerald Braun, its Legal Adviser, and Luminița Nicolae, member of its Legal Service, acting as Agents.

felst í þeim flutningi merkja sem á sér stað á fjarskiptaneti, eins og lýst er í spurningu nr. 1, þegar i) gjald er innheimt fyrir slíka þjónustu og ii) þegar gjald er ekki innheimt fyrir slíka þjónustu.

3. Verði spurningu nr. 2 svarað jákvætt, er spurt hvort d-liður 2. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB verði túlkaður þannig að hugtakið „almennt fjarskiptanet“ nái yfir þá rafrænu fjarskiptaþjónustu, sem lýst er í spurningu nr. 2, og veitt er á rafrænu fjarskiptaneti, eins og lýst er í spurningu nr. 1, og hvort sem hún er i) opin almenningi, eða ii) eingöngu öllum áskrifendum fjarskiptafyrirtækis.

V SKRIFLEG MÁLSMEÐFERÐ FYRIR DÓMSTÓLNUM

19 Í samræmi við 20. gr. stofnsamþykktar EFTA-dómstólsins og 97. gr. málsmeðferðarreglna hans hafa skriflegar greinargerðir borist frá eftirtöldum aðilum:

- Stefnanda, í fyrirsvari er Reimar Pétursson, hrl.
- Stefnda, í fyrirsvari er Ragnar Tómas Árnason, hrl.
- ESA, í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Carsten Zatschler, Maria Moustakali og Clémence Perrin, lögfræðingar á lögfræði- og framkvæmdasviði.
- Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins (framkvæmdastjórnin), í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Gerald Braun, lögfræðilegur ráðgjafi, og Luminița Nicolae frá lagaskrifstofu framkvæmdastjórnarinnar.

VI SUMMARY OF THE ARGUMENTS SUBMITTED AND ANSWERS PROPOSED

THE PLAINTIFF

20 The plaintiff submits that the terms electronic communications network, electronic communications service and public communications network do not extend to its My Pages service. The plaintiff therefore proposes that the Court should respond in the negative to all the questions referred.

THE TERM “ELECTRONIC COMMUNICATIONS NETWORK”

21 In the plaintiff’s view, the Directive’s structure and legislative context calls for significant caution when interpreting its terms. The definitions are at the heart of the single regulatory framework for transmission networks and services. Their interpretation may thus have an unforeseen impact on various rights and obligations, as provided for in the Directive and other directives within the regulatory framework. A plain or narrow textual approach should inform the interpretation, as an expansive reading is liable to create unreasonable burdens on telecommunications operators and restrict their economic freedoms.

22 The plaintiff argues that the disputed service cannot be considered a transmission system, a switching or routing equipment or other resource which permits the conveyance of signals by wire, radio, optical or other electromagnetic means, as required under the definition of the term electronic communications network.

23 The plaintiff notes that anyone can incorporate software within its website and offer a similar service. This is also frequently done, for example, by banks, ticket services and airlines. Were the defendant’s interpretation to be accepted, all such entities would be considered to operate an electronic communications network. In the plaintiff’s

VI SAMANTEKT MÁLSÁSTÆÐNA OG TILLÖGUR AÐ SVÖRUM

STEFNANDI

20 Stefnandi heldur því fram að hugtökin „rafrænt fjarskiptanet“, „rafræn fjarskiptaþjónusta“ og „almennt fjarskiptanet“ nái ekki yfir þjónustu hans „Mínar síður“. Stefnandi leggur því til að dómstóllinn svari öllum spurningunum neitandi.

HUGTAKIÐ „RAFRÆNT FJARSKIPTANET“

- 21 Að mati stefnanda krefst efnisskipan og lagarammi tilskipunarinnar þess að varfærni sé beitt við skýringu á hugtökum hennar. Skilgreiningarnar séu kjarninn í regluramma um sendinet og – þjónustu. Túlkun þeirra geti því haft ófyrirséð áhrif á ýmis réttindi og skyldur sem fjallað er um í tilskipuninni og öðrum tilskipunum innan regluverksins á þessu sviði Beita verði almenntri eða þröngri lögskýringu, þar sem rýmkandi skýring sé til þess fallin að leggja óréttlátar byrðar á fjarskiptafyrirtæki og takmarka efnahagslegt frelsi þeirra.
- 22 Stefnandi telur að hin umdeilda þjónusta geti ekki talist sendikerfi, skiptistöð eða annars konar úrræði sem gerir mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum eða með öðrum rafsegulaðferðum, eins og gert sé ráð fyrir samkvæmt skilgreiningu á hugtakinu „rafrænt fjarskiptanet“.
- 23 Stefnandi bendir á að hver sem er geti sett upp hugbúnað á vefsíðu sinni og boðið upp á svipaða þjónustu. Slíkt sé oft gert, til dæmis af bönkum, miðasöluþjónustum og flugfélögum. Ef fallist yrði á skýringar stefnda yrðu allir slíkir aðilar taldir starfrækja rafrænt fjarskiptanet. Að mati stefnanda væri sú skýring vís til að flækja

view, this is liable to complicate the regulatory affairs of all such entities and make them subject to the oversight of national telecommunications regulators. Nothing indicates that this was the Directive's objective.

THE TERM "ELECTRONIC COMMUNICATIONS SERVICE"

- 24 The plaintiff puts forward three reasons why the disputed service is not covered by the term electronic communications service. First, the Directive includes only the service of conveying signals *on* electronic communications networks. It is not sufficient that signal is conveyed from a web page *to* the electronic communications network. The plaintiff argues that, since the disputed service does not form part of the electronic communications network, the service's conveyance of a signal to it does not constitute an electronic communications service.
- 25 Second, the Directive's definition of electronic communications services excludes services exercising editorial control over the content transmitted. The plaintiff contends that the disputed service offered its users a full measure of editorial control over the sending and saving of the messages, in much the same way as users exercise "editorial control" over messages on their mobile devices.
- 26 Third, the definition of electronic communications services does not include information society services as defined in Article 1 of Directive 98/34/EC,² that is any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services. The reference in the definition to services provided by electronic means shows that any

2 Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations (OJ 1998 L 204, p. 37, and EEA Supplement 2001 No 3, p. 87 (Icelandic) and p. 189 (Norwegian)).

regluvörslu allra slíkra stofnana og fela aðilum sem sinna fjarskiptaeftirliti í hverju landi eftirlit með málefnum þeirra. Ekkert bendi til þess að það hafi verið markmið tilskipunarinnar.

HUGTAKIÐ „RAFRÆN FJARSKIPTAÞJÓNUSTA“

- 24 Stefnandi tiltekur þrjár ástæður fyrir því að hin umdeilda þjónusta falli ekki undir hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“. Í fyrsta lagi nái tilskipunin aðeins yfir þjónustu sem miðli merkjasendingum á rafrænum fjarskiptanetum. Ekki sé nægilegt að merkinu sé miðlað frá vefsíðu *til* fjarskiptanetsins. Stefnandi telur að þar sem hin umdeilda þjónusta sé ekki hluti af hinu rafræna fjarskiptaneti, feli miðlun merkis til þess ekki í sér að um rafræna fjarskiptaþjónustu sé að ræða.
- 25 Í öðru lagi sé þjónusta þar sem miðluðu efni er ritstýrt undanskilin skilgreiningu tilskipunarinnar á hugtakinu „rafræn fjarskiptaþjónusta“. Stefnandi heldur því fram að hin umdeilda þjónusta láti notendum eftir ritstjórnarvald við sendingu og vistun skilaboða, með sama hætti og notendur hafi „ritstjórnarvald“ yfir skilaboðum á eigin símtækjum.
- 26 Í þriðja lagi, taki skilgreiningin á rafrænni fjarskiptaþjónustu ekki til þjónustu í upplýsingasamfélaginu eins og hún sé skilgreind í 1. gr. tilskipunar 98/34/EB,² það er að segja þeirrar fjarþjónustu sem að jafnaði sé veitt rafrænt gegn þóknun og samkvæmt beiðni þeirra einstaklinga sem fá þjónustuna. Tilvísun skilgreiningarinnar til þjónustu sem veitt sé rafrænt sýni að ekki verði öll slík þjónusta talin

2 Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 98/34/EB frá 22. júní 1998 sem setur reglur um tilhögun upplýsingaskipta vegna tæknilegra staðla og reglugerða (Stjtíð. ESB 1998 L 204, bls. 37 og EES-viðbætur 2001, nr. 3, bls. 87 (íslenska) og bls. 189 (norska)).

such service cannot *prima facie* be considered an electronic communications service. Services provided by electronic means such as by processing and storing of data simply lack the characteristics of electronic communications services.

- 27 The plaintiff refers to Annex V to Directive 98/34/EC, which states that voice telephony services and telefax/telex services are not considered to be provided via electronic processing systems. Hence, data transmitted during a telephone call etc., is not processed or stored on the electronic communications network. This is also in line with recital 10 in the preamble to the Directive, according to which the Directive does not cover the provision of web-based content.
- 28 The plaintiff submits that the users on My Pages enjoyed a measure of control over the content sent and saved and that the disputed service concerns the processing and storing of data. The service is therefore an information society service. Such services are only covered by the Directive if they consist wholly or mainly in the conveyance of signals on electronic communications networks. As it explained earlier, this is not the case.

THE TERM “PUBLIC COMMUNICATIONS NETWORK”

- 29 The plaintiff submits that the term public communications network does not apply since the service is neither an electronic communications service nor provided on an electronic communications network. Moreover, it may be doubted whether the disputed service was publicly available as it was only offered to the plaintiff’s customers.

rafræn fjarskiptaþjónusta að órannsökuðu máli. Þjónusta sem veitt sé með rafrænum hætti, eins og þegar unnið sé með gögn og þau vistuð skorti einfaldlega einkenni rafrænnar fjarskiptaþjónustu.

- 27 Stefnandi vísar til V. viðauka tilskipunar 98/34/EB, þar sem segi að talsímaþjónusta og bréfsíma- eða fjarritaþjónusta falli ekki undir þjónustu sem veitt sé með rafrænu vinnsluferfi. Gögn sem miðlað sé í símtali teljist því ekki unnin eða geymd á rafrænu fjarskiptaneti. Það sé einnig í samræmi við 10. lið formálsorða tilskipunarinnar þar sem tekið er fram að tilskipunin taki ekki til framboðs efnis á vefgrunni.
- 28 Stefnandi telur að notendur hafi á „Mínar síður“ haft nokkra stjórn á efninu sem sent var og vistað og hann telur hina umdeildu þjónustu varða vinnslu og vistun gagna. Því sé um þjónustu í upplýsingasamfélaginu að ræða. Slík þjónusta falli aðeins undir gildissvið tilskipunarinnar ef hún felst að öllu leyti, eða að meginstefnu, í miðlun merkja á rafrænum fjarskiptanetum. Sú sé ekki raunin í fyrirbyggjandi máli.

HUGTAKIÐ „ALMENNT FJARSKIPTANET“

- 29 Stefnandi telur að hugtakið „almennt fjarskiptanet“ eigi ekki við um þjónustuna, þar sem hún sé hvorki rafræn fjarskiptaþjónusta, né veitt á rafrænu fjarskiptaneti. Jafnframt megi draga í efa hvort þjónustan hafi verið aðgengileg almenningi, þar sem hún hafi aðeins verið í boði fyrir viðskiptavinum stefnanda.

THE DEFENDANT

THE TERM “ELECTRONIC COMMUNICATIONS NETWORK”

- 30 The defendant contends that the definition of electronic communications network is intended to cover any kind of conveyance of signals in a transmission system. The definition should therefore be interpreted broadly with its clear wording in mind. In its view, this is also supported by the objective of the provision and the Directive as a whole. Reference is made to recital 5 in the preamble to the Directive, which emphasises the objective of ensuring a common regulatory framework independent of transmission type. The defendant also refers to the second subparagraph of Article 8(1) and Article 8(4)(b) of the Directive, which require national regulatory authorities to practise neutrality between varying media and to ensure a high level of protection for consumers. Personal data protection should also be taken into account, as expressed in recitals 20 and 24 in the preamble to Directive 2002/58/EC.³ Finally, the defendant refers to the principle of effectiveness, as illustrated by Article 3 EEA.
- 31 The defendant submits that the Directive should not be interpreted so narrowly that it is limited to electronic communications services that were known when the Directive was issued, such as the sending of traditional SMS messages between two mobile phones. On the contrary, the broad wording of the provision allows for the continuous technical development taking place in this field to be taken into account. This goes hand in hand with the objectives of consumer protection and technology neutrality.

3 Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (OJ 2002 L 201, p. 37, and EEA Supplement 2005 No 27, p. 147 (Icelandic) and p. 235 (Norwegian)).

STEFNDI

HUGTAKIÐ „RAFRÆNT FJARSKIPTANET“

- 30 Stefndi heldur því fram að skilgreiningunni á hugtakinu „rafrænt fjarskiptanet“ sé ætlað að ná yfir hvers konar miðlun merkja innan sendikerfis. Því beri að skýra hana rúmt og taka mið af skýru orðalagi hennar. Markmið ákvæðisins og tilskipunarinnar í heild styðji einnig þá lögskýringaraðferð. Stefndi vísar til 5. liðar formálsorða tilskipunarinnar, sem leggi áherslu á að tryggt sé að einn reglurammi fjalli um öll fjarskipti óháð aðferð. Hann vísar einnig til annars undirmálsliðar 1. mgr. 8. gr. og b-liðar 4. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar sem leggi þá skyldu á stjórnvöld aðildarríkjanna að þau gæti að tæknilegu hlutleysi milli mismunandi miðla og tryggi neytendum víðtæka vernd. Einnig beri að taka mið af vernd persónuupplýsinga, eins og fram komi í 20. og 24. lið formálsorða tilskipunar 2002/58/EB.³ Loks vísar stefndi til meginreglunnar um virkni EES-réttar, eins og hún birtist í 3. gr. EES-samningsins.
- 31 Stefndi telur að ekki beri að skýra tilskipunina með svo þröngum hætti að hún verði aðeins látin gilda um þá rafrænu fjarskiptaþjónustu sem þekkt var við setningu hennar, svo sem hefðbundna sendingu smáskilaboða milli tveggja farsíma. Þvert á móti geri hið víðtæka orðalag ákvæðisins ráð fyrir að taka megillit til stöðugrar tækniþróunar á þessu sviði. Það haldist í hendur við markmið um neytendavernd og tæknilegt hlutleysi.

3 Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/58/EB frá 12. júlí 2002 um vinnslu persónuupplýsinga og um verndun einkalífs á sviði rafrænna fjarskipta (tilskipun um friðhelgi einkalífsins og rafræn fjarskipti) (Stjtíð. ESB 2002 L 201, bls. 37, og EES-viðbætur 2005, nr. 27, bls. 147 (íslenska) og bls. 235 (norska)).

- 32 In the view of the defendant, the sending of messages through the PHP scripts on the plaintiff's web domain to its SMS server takes place through its electronic communications network, and the transmission system which conveys the signal through and from the web domain is part of that network. When a user sends a message on My Pages, the receipt of those signals in PHP scripts on the plaintiff's web domain and their processing there is considered to be conveyance of signals. The software described is necessary to allow for the conveyance of signals, since without it a message sent via My Pages would never reach the recipient. The defendant further submits that the disputed web system and its software are completely analogous to the service provided for sending SMS messages between mobile phones. In light of the above, the transmission system must be considered an electronic communications network.
- 33 The defendant considers there to be a fundamental difference between an electronic communications company offering its customers the possibility to send SMS messages through a closed web domain to a telephone and another company offering the possibility on its website to send SMS messages with specific material such as receipts, tickets and boarding cards. It argues, by way of example, that in the case of messages received from internet banks it is in reality the bank which is the customer of the electronic communications company, and which ultimately decides the content of the message. As regards various message systems offered through applications on the internet, such as Facebook Messenger, Skype, Whatsapp and Viber (also referred to as over-the-top services, "OTT"), the defendant contends that the use of such applications solely takes place on the internet, and is therefore independent of the telephone number and of the electronic communications services of the electronic communications company.

- 32 Sending skilaboða í gegnum „PHP script“ á vefsvæði stefnanda til SMS-miðlara á sér stað á rafrænu fjarskiptaneti hans og sendikerfið sem miðlar merkinu í gegnum og frá vefsvæðinu er hluti af því neti, að mati stefnda. Þegar notandi sendir skilaboð gegnum „Mínar síður“ teljist móttaka þeirra merkja í „PHP script“ á vefsvæði stefnanda og úrvinnsla þeirra þar miðlun merkja. Hugbúnaðurinn, eins og honum er lýst, sé nauðsynlegur til að merkjunum verði miðlað, því án hans bærust skilaboð sem send væru af „Mínar síður“ aldrei til móttakanda. Stefndi heldur því enn fremur fram að hinu umdeilda vefkerfi og hugbúnaði þess megi að fullu jafna til þeirrar þjónustu sem veitt sé þegar smáskilaboð séu send milli farsíma. Í ljósi þessa verði sendikerfið að teljast rafrænt fjarskiptanet.
- 33 Að mati stefnda er grundvallarmunur á því þegar rafrænt fjarskiptafyrirtæki gefur viðskiptavinum sínum tækifæri á að senda smáskilaboð í gegnum lokað vefsvæði til farsíma og því þegar annað fyrirtæki veitir þjónustu á sínu vefsvæði sem felur í sér sendingu smáskilaboða með sérstöku efni, svo sem kvittunum, miðum eða brottfararspjöldum. Stefndi tekur sem dæmi að í tilvikum þar sem skilaboð eru send frá netbönkumsé það í raun bankinn sem er viðskiptavinur rafræna fjarskiptafyrirtækisins og tekur endanlega ákvörðun um efni skilaboðanna. Hvað varðar hin mörgu skilaboðakerfi sem bjóðast með notkun smáforrita á netinu, svo sem Facebook Messenger, Skype, Whatsapp og Viber (einnig þekkt sem „over-the-top-þjónusta“ eða OTT), telur stefndi að notkun slíkra smáforrita eigi sér einungis stað á internetinu og sé því óháð símanúmeri og rafrænni fjarskiptaþjónustu hins rafræna fjarskiptafyrirtækis.

THE TERM “ELECTRONIC COMMUNICATIONS SERVICE”

- 34 The defendant submits that, since the transmission system described above is considered as a whole to be part of the plaintiff’s electronic communications network, the service in question necessarily conveys signals through an electronic communications network and therefore constitutes an electronic communications service.
- 35 As regards the significance of whether or not a fee is collected for the service, the defendant points out that it is common in the electronic communications market for customers to pay a monthly fee which includes an unlimited amount of telephone calls and SMS messages. Payment is therefore not collected for each individual telephone call or SMS. Thus, it should not be decisive whether a payment is collected for each specific item of the service provided. Otherwise even traditional SMS messages and telephone calls would fall outside the scope of the provision. That would undermine the effectiveness and completely contradict the objectives of the Directive and the overall legislative framework for telecommunication in the EEA with regard to consumer and personal data protection.

THE TERM “PUBLIC COMMUNICATIONS NETWORK”

- 36 The defendant submits that the service provided was publicly available in that it was open to all parties that chose to be customers of the plaintiff for electronic communications services. Thus, the transmission system at issue is a public communications network, even if it is only available to the plaintiff’s subscribers.

ESA

- 37 ESA notes, as a preliminary point, that there are currently detailed discussions as to whether and how the regulatory framework might be adapted to reflect technological developments. A key

HUGTAKIÐ „RAFRÆN FJARSKIPTAÞJÓNUSTA“

- 34 Stefndi telur að þar sem sendikerfið, eins og því var lýst að framan, verði að öllu leyti að teljast hluti af rafrænu fjarskiptaneti stefnanda miðli þjónustan sem um ræðir í málinu óhjákvæmilega merkjum í gegnum rafrænt fjarskiptanet og sé þar af leiðandi rafræn fjarskiptaþjónusta.
- 35 Hvað varðar mikilvægi þess hvort gjald sé innheimt vegna þjónustunnar, bendir stefndi á að algengt sé á rafrænum fjarskiptamarkaði, að viðskiptavinir greiði mánaðargjald sem veiti þeim ótakmarkaðan fjölda símtala og smáskilaboða. Það geti því ekki skipt sköpum hvort gjald sé tekið vegna hvers einstaks hluta þjónustunnar sem veitt sé. Ef svo væri féllu jafnvel hefðbundin smáskilaboð og símtöl utan gildissviðs tilskipunarinnar. Slíkt myndi grafa undan skilvirkni tilskipunarinnar og væri í mótsögn við markmið hennar og heildarregluverks EES-samningsins á sviði fjarskipta með tilliti til neytenda- og persónuupplýsingaverndar.

HUGTAKIÐ „ALMENNT FJARSKIPTANET“

- 36 Stefndi bendir á að þjónustan sem veitt var hafi verið öllum almenningi aðgengileg, í þeim skilningi að allir sem kusu að vera í viðskiptum við stefnanda um rafræna fjarskiptaþjónustu gátu nýtt sér hana. Sendikerfið sem um ræði sé því almennt fjarskiptanet þótt það hafi aðeins staðið áskrifendum stefnanda til boða.

ESA

- 37 ESA bendir í upphafi á að yfir standi ítarlegar viðræður um hvort og þá hvernig laga megi gildandi regluverk að tækniþróun. Í þeim viðræðum sé það einkum til skoðunar hvort réttlæta megi þann mun

consideration is whether or not differences in the regulatory treatment of new OTT services and traditional electronic communications services are justified.⁴ In light of this, ESA urges the Court to be particularly careful not to venture unnecessarily beyond the strict confines of the questions referred so as to avoid prejudging the ongoing policy debate. It notes further that the level of detail provided in the request from the national court does not appear to provide a basis for going into the wider policy ramifications.

THE TERM “ELECTRONIC COMMUNICATIONS NETWORK”

38 ESA notes that the definition of the term electronic communications network refers to a transmission system and, where applicable, equipment and other resources which permit the conveyance of signals. The electronic communications network must therefore comprise the physical and/or logical networks and all other parts that are essential to the transmission of signals. It must therefore be assessed whether the conveyance of signals from the sender’s end device connected to the plaintiff’s web domain to the end user’s mobile phone is an essential prerequisite for the transmission of signals.

4 Reference is made to the Commission’s public consultation on the evaluation and the review of the regulatory framework for electronic communications networks and services, published 11 September 2015 (<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-evaluation-and-review-regulatory-framework-electronic-communications>), Report on OTT services by the Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC) (BoR (16) 35) (http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/5751-berec-report-on-ott-services), and Decision of the Belgian Institute for Postal services and Telecommunications of 30 May 2016 imposing an administrative penalty upon Skype Communications SARL for failing to register itself as a provider of electronic communications services in respect of its “SkypeOut” service (<http://www.bipt.be/en/consumers/press-release/123-skype-fined-by-bipt-regarding-the-skypeout-telecom-service>).

sem sé á reglum sem gilda um nýjar OTT-þjónustur og þeim sem gilda um hefðbundnar rafrænar fjarskiptaþjónustur.⁴ Að því gættu hvetur ESA dómstólinn til sérstakrar varfærni og til þess að teygja sig ekki óþarflega langt út fyrir þröngar skorður spurninganna sem til hans var beint, til að hafa ekki áhrif á yfirstandandi umræður um stefnumörkun. ESA bendir jafnframt á að upplýsingar þær sem koma fram í beiðni héraðsdóms virðist ekki leggja grunninn að nánari skoðun á regluverkinu.

HUGTAKIÐ „RAFRÆNT FJARSKIPTANET“

- 38 ESA bendir á að skilgreiningin á rafrænu fjarskiptaneti vísi til sendikerfis og, ef við á, annarra tækja og úrræða sem gera mögulegt að miðla merkjum. Rafrænt fjarskiptanet nái því til áþreifanlegs og/eða röklegs nets og allra annarra hluta sem nauðsynlegir eru til að senda merki. Því verði að meta hvort miðlun merkja frá endabúnaði sendanda, sem tengdur var við vefsvæði stefnanda, til farsíma endanlegs notanda sé nauðsynlegt skilyrði sendingar merkja.

4 Vísað er til skýrslu framkvæmdastjórnarinnar um samráð við almenning vegna endurskoðunar reglurammans sem gildir um rafræn fjarskiptanet og -þjónustur sem birt var 11. september 2015 (<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-evaluation-and-review-regulatory-framework-electronic-communications>), skýrslu um OTT-þjónustur sem evrópskur hópur eftirlitsaðila á sviði rafrænna fjarskipta (BEREC) lét gera (BoR (16) 35) (http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/5751-berec-report-on-ott-services), og ákvörðunar belgísku póst- og fjarskiptastofnunarinnar frá 30. maí 2016 þar sem lögð var stjórnvaldssekt á Skype Communications SARL fyrir að hafa látið undir höfuð leggjast að skrá sig sem veitanda rafrænnar fjarskiptaþjónustu vegna SkypeOut-þjónustu þess (<http://www.bipt.be/en/consumers/press-release/123-skype-fined-by-bipt-regarding-the-skypeout-telecom-service>).

39 ESA submits that the network allowing the SMS to be sent from the sender's equipment via the plaintiff's web domain to the receiver's mobile device amounts to an electronic communications network. This includes the plaintiff's mobile telephone network and also other resources which permit the conveyance of signals. The transfer from the web server My Pages using the software PHP scripts to the SMS server is part of that network since the transmission of such signals is an essential precondition for the transmission of the SMS.

THE TERM "ELECTRONIC COMMUNICATIONS SERVICE"

40 ESA submits that there are three constitutive elements of an electronic communications service. These are that (i) the provision of the service must be provided for remuneration, (ii) the service must consist wholly or mainly in the conveyance of signals, and (iii) services providing or exercising editorial control over content are excluded.

41 As regards the requirement that the service is normally provided for remuneration, ESA submits that the concept of remuneration includes any benefit that constitutes consideration for the service.⁵ It is not necessary that the service is paid for by those for whom it is performed.⁶ Thus, remuneration for an electronic communications service may be provided either directly by the person receiving the service or indirectly through advertisement or other means of financing.⁷ In the present case, it appears beyond doubt that the My Pages SMS service was provided for remuneration as it was available to the plaintiff's subscribers only.

5 Reference is made to the judgment in *Humbel and Edel*, 263/86, EU:C:1988:451, paragraphs 17 and 18.

6 Reference is made to the judgment in *Papasavvas*, C-291/13, EU:C:2014:2209, paragraphs 28 and 29 and case law cited.

7 Reference is made to the judgment in *Jundt*, C-281/06, EU:C:2007:816, paragraph 29.

- 39 ESA telur að net sem heimilar sendingu smáskilaboða frá búnaði sendanda í farsíma móttakanda, í gegnum vefsvæði stefnanda verði að teljast rafrænt fjarskiptanet. Það eigi við um farsímanet stefnanda og önnur úrræði sem gera mögulegt að miðla merkjum. Færslan frá vefþjóninum „Mínar síður“ með notkun „PHP script“ hugbúnaðar til SMS-miðlara sé hluti af því neti þar sem sending slíkra merkja sé nauðsynlegt skilyrði sendingar smáskilaboða.

HUGTAKIÐ „RAFRÆN FJARSKIPTAÞJÓNUSTA“

- 40 ESA heldur því fram að í hugtakinu „rafræn fjarskiptaþjónusta“ felist þrjú grundvallar atriði, þ.e. að (i) þjónustan sé veitt gegn þóknun, (ii) þjónustan felist að öllu eða mestu leyti í miðlun merkja, og (iii) undanskilin sé þjónusta þar sem efni er boðið fram eða því ritstýrt.
- 41 Hvað varðar skilyrðið um að þjónustan sé að jafnaði veitt gegn þóknun bendir ESA á að hugtakið endurgjald taki til hvers konar ávinnings sem hlýst af veitingu þjónustunnar.⁵ Ekki sé nauðsynlegt að þjónustan sé greidd af þeim sem hún var veitt.⁶ Endurgjaldið fyrir rafræna fjarskiptaþjónustu geti því verið innt af hendi beint, frá þeim sem þjónustan var veitt, eða óbeint, í gegnum auglýsingar eða aðrar fjármögnunarleiðir.⁷ Í fyrirbyggjandi máli virðist vera hafið yfir allan vafa að greitt hafi verið fyrir smáskilaboðaþjónustuna „Mínar síður“ þar sem hún var einungis aðgengileg áskrifendum stefnanda.

5 Vísað er til máls *Humbel and Edel*, 263/86, EU:C:1988:451, 17. og 18. mgr.

6 Vísað er til máls *Papasavvas*, C-291/13, EU:C:2014:2209, 28. og 29. mgr. og dómafrankvæmdar sem þar er vísað til.

7 Vísað er til máls *Jundt*, C-281/06, EU:C:2007:816, 29. mgr.

- 42 As regards the requirement that the service consists wholly or mainly in the conveyance of signals, ESA submits that, in the context of an electronic communications service, a signal generally consists in the conveyance of information by wire, radio, optical or other electromagnetic means, such as in the case at hand between the sender's device connected to My Pages and the receiver's mobile phone. ESA submits that the plaintiff is responsible vis-à-vis the end users for transmission of the signal and ensuring that the SMS is sent out correctly. The plaintiff therefore has control over the conveyance of signals, which is the key factor in the assessment of this second criterion.⁸ The fact that the plaintiff also owns the electronic communications network on which the service is provided reinforces this conclusion, although ownership of the network is not a necessary criterion for the operation of an electronic communications service.
- 43 Finally, as regards the nature of the service provided, ESA submits that the conveyance of signals on an electronic communications network is the main characteristic of the disputed service rather than the provision of content or other ancillary or incidental service elements. The service therefore amounts to an electronic communications service since the three constitutive elements are present.

THE TERM "PUBLIC COMMUNICATIONS NETWORK"

- 44 ESA submits that the assessment whether a public communications network exists requires in essence a determination whether the electronic communications network is mainly used to provide publicly available electronic communications services to which a wide and potentially indeterminate range of users can connect.

⁸ Reference is made to the judgment in *UPC DTH*, C-475/12, EU:C:2014:285, paragraphs 43 and 44.

- 42 Að því er varðar skilyrðið um að þjónustan felist að öllu eða að mestu leyti í miðlun merkja, telur ESA að þegar um rafræna fjarskiptaþjónustu sé að ræða teljist merki miðlun upplýsinga eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum eða með öðrum rafsegulaðferðum, líkt og raunin sé í fyrirbyggjandi máli, þar sem miðlunin á sér stað milli tækis sendanda, sem tengist „Mínar síður“, og farsíma móttakanda. ESA bendir á að gagnvart endanlegum notanda beri stefnandi ábyrgð á sendingu merkisins og því að tryggt sé að smáskilaboðin sendist með réttum hætti. Stefnandi hafi því stjórn á miðlun merkja, sem sé lykilatriðið við mat á þessum þætti.⁸ Sú staðreynd, að stefnandi eigi einnig hið rafræna fjarskiptanet sem þjónustan sé veitt á, styðji þá niðurstöðu, þótt ekki sé nauðsynlegt skilyrði fyrir veitingu rafrænnar fjarskiptaþjónustu, að viðkomandi aðili eigi netið.
- 43 Loks, að því er varðar eðli þeirrar þjónustu sem veitt er, telur ESA að miðlun merkja á rafrænu fjarskiptaneti sé megineinkenni hinnar umdeildu þjónustu fremur en að bjóða fram efni eða annars konar minni háttar eða tilfallandi þjónustuþætti. Hún verði því að teljast rafræn fjarskiptaþjónusta þar sem ofangreind þrjú grundvallar atriði séu fyrir hendi.

HUGTAKIÐ „ALMENNT FJARSKIPTANET“

- 44 ESA telur að kjarninn í mati á því hvort almennt fjarskiptanet sé til staðar, sé hvort rafrænt fjarskiptanet sé aðallega notað til að veita rafræna fjarskiptaþjónustu sem sé opin almenningi og mikill og mögulega ótiltekinn fjöldi notenda geti tengst.

8 Vísað er til máls *UPC DTH*, C-475/12, EU:C:2014:285, 43. og 44. mgr.

- 45 In ESA's opinion, making the disputed service available solely to the plaintiff's customers does not imply that it is not publicly available, since anyone can become a customer. This must be distinguished from the concept of a closed group, which would apply, for example, to employees of a company or residents of a building. ESA therefore submits that a service such as the one at issue amounts to a public communications network notwithstanding the fact that it is available only to the plaintiff's customers.
- 46 ESA therefore proposes that the Court should answer the questions referred as follows:
1. *Article 2(a) of Directive 2002/21/EC on a common regulatory framework for electronic communication networks and services is to be interpreted to the effect that the term "electronic communications network" covers the conveyance of signals such as for the My Pages SMS Service, that are written as an SMS message on a user's end device connected via a web browser to a web server in a telecommunications undertaking's web domain, via the public internet and to PHP script software on the same telecommunications undertaking's web domain, which receives the signals, processes them and conveys them in turn from the telecommunications undertaking's web domain to an SMS server in its communications system, which then sends them on over a telephone network to the recipient telephone number, provided that the equipment and software are essential for the purposes of conveying signals from the sender to the receiver's device.*
 2. *Article 2(c) of Directive 2002/21 is to be interpreted to the effect that the term "electronic communications service" covers a service such as the My Pages SMS Service, irrespective of whether a fee is collected for that service or not, to the extent it amounts to a service provided on a commercial basis consisting wholly or mainly in the conveyance of signals rather than content.*

- 45 Þótt hin umdeilda þjónusta sé einungis gerð aðgengileg viðskiptavinum stefnanda þýðir það ekki að hún sé óaðgengileg almenningi, að mati ESA, þar sem allir geti gerst viðskiptavinir stefnanda. Gera verði greinarmun á þessu og því þegar um lokaðan hóp sé að ræða, til dæmis starfsmenn fyrirtækis eða íbúa byggingar. ESA telur því að þjónusta á borð við þá sem deilt sé um í málinu sem rekið sé fyrir landsdómstólnum verði að flokkast sem almennt fjarskiptanet þrátt fyrir að hún sé aðeins aðgengileg viðskiptavinum stefnanda.
- 46 Samkvæmt framansögðu leggur ESA til að dómstóllinn svari spurningunum með eftirfarandi hætti:
1. *Ákvæði a-liðar 2. gr. tilskipunar 2002/21/EB um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu, ber að skýra með þeim hætti að hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“ nái yfir miðlun merkja á borð við smáskilaboðþjónustu „Mínar síður“, sem skrifuð eru sem smáskilaboð á endabúnað notanda sem tengist vefþjóni á vefsvæði fjarskiptafyrirtækis í gegnum vafra yfir almenna internetið og inn í „PHP script“ hugbúnað á vefsvæði sama fjarskiptafyrirtækis, sem móttækur merkin, vinnur úr þeim og miðlar áfram af vefsvæði fjarskiptafyrirtækisins yfir í SMS-miðlara í fjarskiptakerfi þess, sem síðan miðlar þeim áfram um farsímanetið til símanúmers móttakanda, að því gefnu að búnaðurinn og hugbúnaðurinn séu nauðsynleg til að miðla merkjum sendandans í tæki móttakandans.*
 2. *Ákvæði c-liðar 2. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB ber að skýra með þeim hætti að hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“ nái yfir þjónustu eins og smáskilaboðþjónustu á „Mínar síður“, óháð því hvort gjald sé innheimt fyrir slíka þjónustu, að því gefnu að þjónustan sé veitt í atvinnuskyni og felist að mestu leyti, eða öllu, í miðlun merkja frekar en efni.*

3. *Article 2(d) of Directive 2002/21 is to be interpreted to the effect that the term “public communications network” covers an electronic communications network used for the provision of a service such as the My Pages SMS Service irrespective of whether it is available only to subscribers of a particular telecommunications undertaking, provided that the service amounts to a publicly available ECS to which a wide and potentially indeterminate range of users can connect.*

THE COMMISSION

- 47 The Commission notes that the terms at issue cover networks and services as such, and not the storage or archiving of information conveyed using those networks or services. The analysis presented by the Commission is without prejudice to the scope of Directive 2002/58/EC, in particular with regard to the obligations of undertakings in relation to storage or archiving of communications.

THE TERM “ELECTRONIC COMMUNICATIONS NETWORK”

- 48 The Commission notes that the definition of the term electronic communications network concerns primarily the transmission systems or other equipment which are used for the purposes of transmitting signals. The conveyance of signals, on the other hand, is the service provided over a network, not the network itself.
- 49 In the Commission’s view, the software used for the conveyance of signals should be considered as part of the electronic communications network. Such software could qualify as part of the “switching or routing equipment” of the network. Due to the evolution in technologies, switching no longer takes place manually but is controlled through software. Modern networks do not operate without software and the latter has become part of the network.

3. Ákvæði d-liðar 2. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB ber að skýra með þeim hætti að hugtakið „almennt fjarskiptanet“ nái yfir rafræna fjarskiptaþjónustu á borð við smáskilaboðþjónustu á „Mínar síður“ óháð því hvort hún sé aðeins aðgengileg áskrifendum tiltekins fjarskiptafyrirtækis, að því gefnu að hún teljist rafræn fjarskiptaþjónusta sem opin sé almenningi og mikill, mögulega ótiltekinn fjöldi notenda geti tengst.

FRAMKVÆMDASTJÓRNIN

- 47 Framkvæmdastjórnin bendir á að hugtökin sem á reyni í málinu taki til nets og þjónustu, en ekki geymslu og vistun upplýsinga sem miðlað sé með slíku neti eða slíkri þjónustu. Greining framkvæmdastjórnarinnar sé sett fram með fyrirvara um gildissvið 2002/58/EB, sérstaklega um skyldur fyrirtækis varðandi geymslu og vistun fjarskipta.

HUGTAKIÐ „RAFRÆNT FJARSKIPTANET“

- 48 Framkvæmdastjórnin bendir á að skilgreiningin á hugtakinu „rafrænt fjarskiptanet“ snúist aðallega um sendikerfi og annan búnað sem notaður er til að senda merki. Miðlun merkja, á hinn bóginn, sé þjónusta sem veitt sé með notkun nets, en sé ekki sjálft netið.
- 49 Framkvæmdastjórnin telur að líta beri á hugbúnaðinn sem notaður sé til miðlunar merkja sem hluta hins rafræna fjarskiptakerfis. Slíkur hugbúnaður kunni að uppfylla skilyrði til að teljast „skiptistöð eða beinir“ netsins. Vegna tækniþróunar sé skiptingu ekki lengur handstýrt, heldur stýrt með hugbúnaði. Nútímanet séu ekki starfrækt án hugbúnaðar og sé hann því orðinn hluti af netinu.

Software may also be regarded as “other resources”. The Commission further observes that, pursuant to Article 12 of Directive 2002/19/EC,⁹ access to electronic communications networks may include “access to relevant software systems”.

50 The Commission contends that the system at issue permits the conveyance of signals for the origination and termination of an SMS, as well as for the communication with the server where the messages are stored. The transmission system under consideration therefore constitutes an electronic communications network.

THE TERM “ELECTRONIC COMMUNICATIONS SERVICE”

51 The Commission submits that the term electronic communications service is broadly defined and includes several elements. The first requirement is that the service is normally provided for remuneration. In general, the service described is provided for remuneration. Although the plaintiff did not charge its subscribers for sending messages from My Pages, that does not mean that the plaintiff was not remunerated. Remuneration may be provided indirectly, for example through advertising offered on the web domain.¹⁰ Moreover, the possibility cannot be excluded that the provider recuperates the costs for the provision of the service from the tariffs applied for other services to its subscribers.

52 Second, as regards the requirement of conveying signals, the Commission contends that the service at issue involves the sending of an SMS from a computer through the web domain of the provider to a

9 Directive 2002/19/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities (Access Directive) (OJ 2002 L 108, p. 7, and EEA Supplement 2006 No 30, p. 230).

10 Reference is made to the judgment in *Bond van Adverteerders*, 352/85, EU:C:1988:196, paragraph 16.

Hugbúnaður geti einnig talist „annað úrræði“. Framkvæmdastjórnin bendir jafnframt á að samkvæmt 12. gr. tilskipunar 2002/19/EB,⁹ geti aðgangur að rafrænum fjarskiptanetum einnig tekið til „aðgangs að viðeigandi hugbúnaðarkerfum“.

- 50 Framkvæmdastjórnin heldur því fram að kerfið sem um ræðir í fyrirbyggjandi máli leyfi miðlun merkja fyrir upphaf og lúkningu sendingar smáskilaboða og fjarskipti við miðlara sem geymir skilaboðin. Umrætt sendikerfi sé því rafrænt fjarskiptanet.

HUGTAKIÐ „RAFRÆN FJARSKIPTAÞJÓNUSTA“

- 51 Framkvæmdastjórnin telur hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“ rúmt og margþætt. Fyrsta skilyrðið sé að þjónustan sé að jafnaði veitt gegn þóknun. Þjónustan, sem lýst sé í álitsbeiðninni, sé að jafnaði veitt gegn þóknun. Þótt stefnandi hafi ekki tekið gjald af áskrifendum sínum fyrir sendingu skilaboða af „Mínar síður“ þýði það ekki að stefnandi hafi ekki fengið þóknun. Þóknunin geti fengist með óbeinum hætti, til dæmis í formi auglýsinga á vefsvæðinu.¹⁰ Enn fremur sé ekki hægt að útiloka að veitandi þjónustunnar nái útlögðum kostnaði af veitingu þjónustunnar aftur í gegnum gjöld sem lögð séu á áskrifendur vegna annarrar þjónustu.
- 52 Í öðru lagi, varðandi það skilyrði að merkjum sé miðlað, bendir framkvæmdastjórnin á að þjónustan sem hér sé til skoðunar feli í sér sendingu smáskilaboða frá tölvu í gegnum vefsvæði

9 Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/19/EB frá 7. mars 2002 um aðgang að rafrænum fjarskiptanetum og samtengingu þeirra og tilheyrandi aðstöðu (tilskipun um aðgang) (Stjtið. ESB 2002 L 108, bls. 7 og EES-viðbætur 2006, nr. 30, bls. 230).

10 Vísað er til máls *Bond van Adverteerders*, 352/85, EU:C:1988:196, 16. mgr.

number from a national numbering plan. The service involves the transfer of information between two network termination points, ensuring a communication between the sender and the receiver. The provider of the service exercises control over the conveyance of the communication, as it is responsible for the transmission of the SMS to the destination. The provider has to procure transit/termination services at a wholesale level or provide such services on its own network in order to convey the SMS to its destination. Whether or not the service provider owns the network is, however, irrelevant when determining whether the service consists in the conveyance of signals.¹¹

- 53 Third, the Commission submits that the service at issue does not entail the provision of, or the exercise of editorial control over, content transmitted. The provider does not provide the content of the SMS, but makes available only the means for its transmission. The Commission therefore considers that the transmission of an SMS from a computer to a number from a national numbering plan constitutes an electronic communications service.

THE TERM “PUBLIC COMMUNICATIONS NETWORK”

- 54 In the Commission’s view, when assessing whether a public communications network exists, it has to be determined whether the electronic communications service provided is made available to the public or not. The Commission considers that the limitation of the service at issue only to existing subscribers does not change the fact that the service is made available to the public. The possibility to become a subscriber of the plaintiff and thereby gain access to the service is open to the public at any time. The electronic communications network should therefore be considered a public communications network.

11 Reference is made to the judgment in *UPC DTH*, cited above, paragraph 43.

þjónustuveitanda í númer sem fengið sé úr miðlægum gagnagrunni símanúmera. Þjónustan feli í sér flutning upplýsinga milli tveggja nettengipunkta og tryggi fjarskipti milli sendanda og móttakanda. Veitandi þjónustunnar stýri miðlun samskiptanna, þar sem hann beri ábyrgð á því að smáskilaboðin skili sér á áfangastað. Veitandinn verði að sjá um flutning / lúkningu þjónustunnar að fullu eða veita þá þjónustu á eigin neti svo smáskilaboðunum sé miðlað á áfangastað. Hvort veitandi þjónustunnar eigi netið eða ekki skipti hins vegar ekki máli þegar metið sé hvort þjónusta feli í sér miðlun merkja.¹¹

- 53 Framkvæmdastjórnin telur, í þriðja lagi, að þjónustan sem um ræðir feli ekki í sér að boðið sé upp á það efni sem senda á, eða ritstjórn á því. Veitandinn leggur ekki til efni smáskilaboðanna heldur aðeins aðferðina sem geri sendingu þeirra mögulega. Framkvæmdastjórnin telur því að sending smáskilaboða frá tölvu í númer sem fengið sé úr miðlægum gagnagrunni símanúmera teljist rafræn fjarskiptaþjónusta.

HUGTAKIÐ „ALMENNT FJARSKIPTANET“

- 54 Framkvæmdastjórnin telur að taka verði tillit til þess hvort hin rafræna fjarskiptaþjónusta sé gerð öllum aðgengileg þegar meta skal hvort um almenna fjarskiptaþjónustu sé að ræða. Framkvæmdastjórnin telur takmörkun hinnar umdeildu þjónustu við áskrifendur ekki breyta þeirri staðreynd að þjónustan hafi verið gerð almenningi aðgengileg. Allir geti gerst áskrifendur að þjónustu stefnanda og hljóta þannig aðgang að þjónustunni hvenær sem er. Því beri að telja að rafræna fjarskiptaþjónustan sé almennt fjarskiptanet.

11 Vísað er til áður tilvitnaðs máls *UPC DTH*, 43. mgr.

55 The Commission therefore proposes that the Court should answer the questions referred as follows:

1. *Point (a) of Article 2 of Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive) can be interpreted in such a way that the term “electronic communications network” covers the transmission systems and other equipment used for the conveyance of signals that are written as an SMS message on users’ end device connected via a web browser to the “My Pages” web server in a telecommunications undertaking’s web domain, via the public internet and to the PHP script software on the same telecommunications undertaking’s web domain, which receives the signals, processes them and conveys them in turn from the telecommunications undertaking’s web domain to an SMS server (SMSC) in its communications system, which then sends them on over a telephone network to the recipient telephone number.*
2. *Point (c) of Article 2 of Directive 2002/21/EC can be interpreted in such a way that the term “electronic communications service” covers a service that consists of the conveyance of signals which takes place on an electronic communications network as described in the reply to Question 1 when (i) a fee is collected for such a service, and (ii) when no fee is collected for such a service.*
3. *Point (d) of Article 2 of Directive 2002/21/EC can be interpreted in such a way that the term “public communications network” covers the electronic communications service described in the reply to Question 2, which is provided on an electronic communications network as described in the reply to Question 1, irrespective of whether that service is (i) available to the public, or (ii) available only to all subscribers of the telecommunication undertaking.*

Per Christiansen
Judge-Rapporteur

55 Framkvæmdastjórnin leggur til að dómurinn svari spurningunum sem beint var til hans með eftirfarandi hætti:

1. *Skýra má a-lið 2. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/21/EB frá 7. mars 2002, um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun), þannig að hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“ nái yfir sendikerfi og önnur úrræði sem notuð eru til miðlunar merkja sem skrifuð eru sem smáskilaboð á endabúnað notanda sem tengist vefþjóni „Mínar síður“ á vefsvæði fjarskiptafyrirtækis í gegnum vefskoðara, yfir almenna internetið og inn í „PHP script“ hugbúnaðinn á vefsvæði sama fjarskiptafyrirtækis, sem móttækur merkin, vinnur úr þeim og miðlar áfram af vefsvæði fjarskiptafyrirtækisins yfir í SMS-miðlara (SMSC) í fjarskiptakerfi þess sem síðan miðlar þeim áfram um farsímanetið til símanúmers móttakanda.*
2. *Skýra má c-lið 2. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB þannig að hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“ nái yfir þjónustu sem felst í þeirri miðlun merkja sem á sér stað á rafrænu fjarskiptaneti, eins og lýst er í svari við spurningu nr. 1, þegar i) gjald er innheimt fyrir slíka þjónustu og ii) þegar gjald er ekki innheimt fyrir slíka þjónustu.*
3. *Skýra má d-lið 2. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB þannig að hugtakið „almennt fjarskiptanet“ nái yfir þá rafrænu fjarskiptaþjónustu, sem lýst er í svari við spurningu nr. 2, og veitt er á rafrænu fjarskiptaneti, eins og lýst er í svari við spurningu nr. 1, og hvort sem hún er i) opin almenningi, eða ii) eingöngu opin öllum áskrifendum fjarskiptafyrirtækis.*

Per Christiansen

Framsögumaður



Administration and Activities of the Court

Administration and Activities of the Court

The Court took up its functions on 4 January 1994 in Geneva with five Judges nominated by Austria, Finland, Iceland, Norway, and Sweden. Due to the accession of Austria, Finland and Sweden to the European Union and the ratification of the EEA Agreement by Liechtenstein, the Court has, since mid-1995, consisted of three regular Judges and six ad hoc Judges. The Governments of the EEA/EFTA States decided on 14 December 1994 to move the seat of the Court to Luxembourg. Since 1 September 1996, the Court has had its premises at 1, Rue du Fort Thuengen, Kirchberg, Luxembourg.

As provided for in Article 14 of Protocol 5 to the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice (ESA/Court Agreement), the Court remains permanently in session. It is open from Monday to Friday each week, except for official holidays

Provisions regarding the legal status of the Court are found in Protocol 7 to the ESA/Court Agreement, which bears the title: “Legal Capacity, Privileges and Immunities of the EFTA Court”. The Court has concluded a Headquarters Agreement with the Grand Duchy of Luxembourg, which was signed 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, its judges and staff, as well as privileges and immunities of persons appearing before the Court. Provisions for the internal administration of the Court are laid down in the Staff Regulations and Rules and in the Financial Regulations and Rules, as adopted on 4 January 1994, with later amendments.

The ESA/Court Agreement also contains provisions on the role of the Governments of the EEA/EFTA States in the administration of the Court. Article 43 of the Agreement stipulates that the Rules of Procedure shall be approved by the Governments. 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 was established and is charged with the task of determining the annual budget. This body, the ESA/Court Committee, is composed of the heads of the Icelandic, Liechtenstein and Norwegian Missions to the European Union in Brussels.

In 2016, the Court held regular meetings with the Court of Justice of the European Union and attended that Court's official functions. It also participated in the official functions of the Grand Duchy of Luxembourg. Representatives of EFTA and its Member States, of the EU judiciary and of other EU institutions, of the Luxembourg judiciary, the diplomatic corps and the Luxembourg civil society took part in the official functions of the Court. Ambassadors from the EFTA States, EU Member States and other countries have visited the Court. Law professors, assistants, researchers and students from several European universities, as well as trainees from the EFTA institutions in Brussels, Luxembourg, and Geneva, attended oral hearings and seminars on the Court's jurisdiction and case law.

The Judges, the Registrar and legal secretaries have given speeches on the EEA and the Court and on European integration in general in all the EFTA States, as well as in a number of other countries. The President and the Judges of the Court paid visits to the governments and the courts of the EEA/EFTA States. In March, the President was received by the 5th President of Iceland, Ólafur Ragnar Grímsson. In June, he paid a courtesy visit to the new Chief Justice of Norway Toril Marie Øie.

In June 2016, the Court held its annual Spring Conference on the subject "The EFTA Court as a European Single Market Court". Some 140 participants, amongst them members of the Court of Justice of the European Union, the European Court of Human Rights, the EFTA States' supreme courts, government representatives, practitioners and academics, gathered to discuss topics which President Baudenbacher referred to in his opening speech as the "beef" of EEA law. In the

morning session, Judge Páll Hreinsson elaborated on “The Key Differences with regard to the Scope of the Fundamental Freedoms in the EU and the EEA”. Dr. Romina Polley, partner at the law firm Clearly Gottlieb, shared her insights by elucidating the role of the EFTA Court as a European single market court in the field of competition law. The afternoon session was commenced by Carsten Zatschler, Director of ESA’s Directorate of Legal and Executive Affairs, who gave a vivid talk on State aid law. Prof. Jeffrey Golden, Chairman of P.R.I.M.E. Finance Foundation, assessed “The Role of Courts in a Systemic Crisis”, and Prof. Catherine Barnard concluded the day’s proceedings by providing the audience with her insightful views on “Social Policy and the EU referendum in the UK”.

In October, President Baudenbacher attended the 20th Anniversary Symposium of the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS). He spoke on a panel, chaired by the Vice-President of ITLOS, Boualem Bouguetaia, on improving working methods in international adjudication. The other panel speakers were Judge Ronny Abraham, President of the International Court of Justice and Judge Joseph Akl of ITLOS. The President also attended the solemn ceremony to mark the 20th Anniversary of ITLOS on 7 October 2016 in the City Hall of Hamburg. The ceremony was attended by more than 500 guests and included speeches given by Mr Joachim Gauck, President of the Federal Republic of Germany, Mr Ban Ki-moon, Secretary-General of the United Nations, Mr Olaf Scholz, First Mayor and President of the Senate of the Free and Hanseatic City of Hamburg, and Mr Vladimir Vladimirovich Golitsyn, President of ITLOS. Also in October, President Baudenbacher gave a lecture on Brexit and the EEA at King’s College London.

Under the auspices of the EFTA Court Lunchtime Talks, President Vladimir Golitsyn from the International Tribunal for the Law of the Sea gave insights into the role of his court in strengthening the rule of law in international relations; Mr. Ralf Jansen, General Counsel and Member of the Management Board of the European Stability Mechanism (ESM), gave an introduction to the ESM and its work; EFTA Surveillance Authority

President Sven Erik Svedman gave a talk on ESA and the issues currently before it; Dr. Erhard Busek, former Vice-Chancellor of Austria, gave a talk on the Balkans and its importance for the security of Europe; and Judge Robert Spanó of the European Court of Human Rights in Strasbourg gave a lunchtime talk entitled “The EFTA Court and Human Rights – More Strasbourg friendly than the CJEU?”.

The website of the Court is: www.eftacourt.int. It contains general information on the Court, its case law, reports for the hearing and press releases, publications, news, and the main legal texts governing the activities of the Court.

The Court’s e-mail address is: eftacourt@eftacourt.int



Judges and Staff

Judges and Staff

THE MEMBERS OF THE COURT IN 2016 WERE AS FOLLOWS:

Mr Carl BAUDENBACHER (nominated by Liechtenstein)

Mr Per CHRISTIANSEN (nominated by Norway)

Mr Páll HREINSSON (nominated by Iceland)

The judges are appointed by common accord of the Governments of the EFTA States.

Mr Gunnar Selvik is the Registrar of the Court.

AD HOC JUDGES OF THE COURT ARE:

NOMINATED BY ICELAND:

Mr Benedikt Bogason, hæstaréttardómari (Supreme Court Judge)

Ms Ása Ólafsdóttir, University of Iceland (Associate Professor)

NOMINATED BY LIECHTENSTEIN:

Ms Nicole Kaiser, Rechtsanwältin (lawyer)

Mr Martin Ospelt, Rechtsanwalt (lawyer)

NOMINATED BY NORWAY:

Mr Ola Mestad, University of Oslo (Professor)

Ms Siri Teigum, Advokat, (lawyer)

IN ADDITION TO THE JUDGES, THE FOLLOWING PERSONS WERE EMPLOYED BY THE COURT IN 2016:

Ms Candy BISCHOFF, Administrative Assistant

Ms Harriet BRUHN, Senior Administrative and Financial Officer

Mr Birgir Hrafn BÚASON, Lawyer Administrator

Mr Michael-James CLIFTON, Legal Secretary

Ms Marie COURNOT, Legal Secretary (temporary officer from 1 February until 14 October)

Ms Marthe Kristine Fjeld DYSTLAND, Legal Secretary (temporary officer from 1 September)

Ms Hrafnhildur EYJÓLFSDÓTTIR, Personal Assistant

Mr Salim GUETTAF, Manager of premises

Ms Theresa HAAS, Legal Secretary (temporary officer from 1 January)

Mr Arnaldur HJARTARSON, Legal Secretary

Ms Guðlaug Rannveig JÓNASDÓTTIR, Legal Secretary (temporary officer from 1 July)

Ms Luísa LOURENÇO, Legal Secretary (temporary officer from 1 November)

Mr Dag Sørli LUND, Legal Secretary (temporary officer until 31 August)

Mr Tomasz MAZUR, Administrative and Financial Officer (temporary officer)

Ms Silje NÆSHEIM, Personal Assistant

Ms Bryndís PÁLMARSDÓTTIR, Senior Officer (until 31 January)

Mr Jørgen REINHOLDTSEN, Legal Secretary

Ms Kerstin SCHWIESOW, Personal Assistant

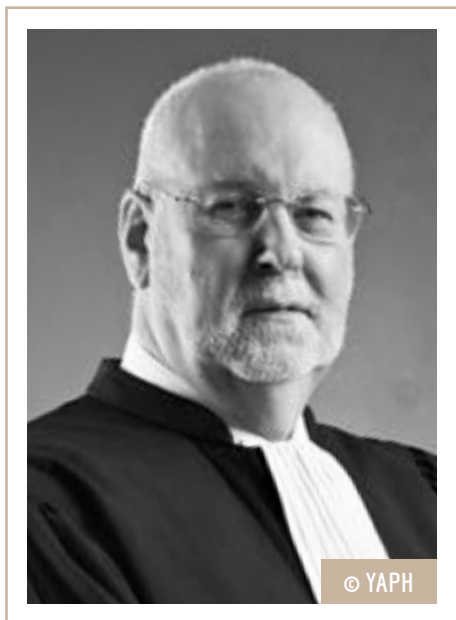
Mr Gunnar SELVIK, Registrar

Mr Philipp SPEITLER, Legal Secretary (until 30 June)

Ms Sharon WORTELBOER, Administrative Assistant

Curricula Vitae of the Judges and the Registrar

CARL BAUDENBACHER



Born: 1 September 1947, in Basel, Switzerland, citizen of Murten, Switzerland.

Education: University of Berne school of law and economics 1967–1971; Dr. jur. University of Berne 1978, Alexander-von-Humboldt-scholar, Max Planck Institute of International Intellectual Property Law Munich 1979–1981, Habilitation/Privatdozent University of Zurich 1983.

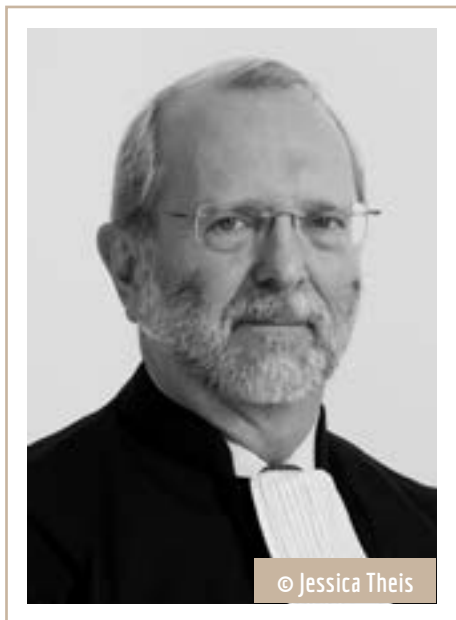
Professional career: Universities of Berne and Zurich, Assistant,

1972–1978; Legal Secretary, Bülach 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 1987–2013; Director of the University of St. Gallen Institute of European Law 1991–2014; since 2014 Director of the University of St. Gallen Competence Center of European and International Law; Visiting Professor, University of Geneva, 1989–1990; Visiting Professor University of Texas School of Law 1993–2004; Chairman of the St. Gallen International Competition Law Forum since 1994; Co-Chairman of the Grigory Tunkin Readings at Moscow State (Lomonosov) University; Member of the Board of the Center for Global Energy, International Arbitration, and Environmental Law of the

University of Texas School of Law; Member of the Supreme Court of the Principality of Liechtenstein, 1994–1995; Expert advisor to the Governments of the Principality of Liechtenstein, Israel, the Russian Federation and the Swiss Confederation as well as to both chambers of the Parliament of the Swiss Confederation; Judge of the EFTA Court since 6 September 1995; President of the EFTA Court since 15 January 2003; Dr. rer. pol. h.c. of Leuphana University 2012.

Publications: Over 40 books and over 200 articles on European and International law, law of obligations, labour law, law of unfair competition, antitrust law, company law, intellectual property law, comparative law and the law of international courts.

PER CHRISTIANSEN



Born: 1949 in Larvik, Norway.

Studies: Cand jur (University of Oslo), 1976; studies at the University of Glasgow, 1978-1979; Dr Juris (University of Oslo), 1988; Fulbright Scholar (George Washington University, Washington DC), 2005-2006.

Professional career: Legal Counsellor, Norges Bank, 1976-1982; Head of Division and Deputy Director in the Economic Policy Department, Ministry of Finance, 1982-1985; Head of Office and Secretary to the Board

of Governors, Norges Bank, 1985-1986; Assistant Director General of the Economic Policy Department, Ministry of Finance, 1986-1988; Counsellor, Norwegian Mission to the European Communities (Brussels), 1988-1994; Director General in the Economic Policy Department, Ministry of Finance, 1994; Director General of the Financial Markets Department, Ministry of Finance, 1994-1995; Registrar at the EFTA Court, 1995-1998; Advocate at Advokatfirmaet Pricewaterhouse Coopers DA, 1998-2002; Professor of Law at the University of Tromsø, Norway since 2001; Judge at the EFTA Court since 2011.

Publications: various publications in the field of international law, EU and EEA law and financial law.

PÁLL HREINSSON



Born: 20 February 1963, in Reykjavík, Iceland

Studies: Cand. Juris 1988 from the University of Iceland. Visitor student in Administrative Law and Public Administration at the University of Copenhagen 1990-1991. Doctor Juris 2005 from the University of Iceland.

Professional career: Assistant Judge, City Court of Reykjavik, 1988-1991; Special Assistant, The Althing Ombudsman (The Parliamentary Ombudsman's Office), 1991-1998; Member of the committees of

specialists which wrote the legislative bills on the Administrative Act from 1993 and the Freedom of Information Act from 1996; Associate Professor, Faculty of Law, University of Iceland, 1998-1999; Professor of Law, University of Iceland, 1999-2007; Vice-Dean, Faculty of Law, University of Iceland, 2002-2005; Dean, Faculty of Law, University of Iceland, 2005 – 2007; Chairman of the Commission for access to administrative documentation from the 1st of January 2005 to the 1st of September 2007. Justice at Supreme Court of Iceland, 2007-2011. Chairman of the Special Investigation Commission which was established with Act no. 142/2008 on an Investigation of the Events Leading To, and the Causes Of, the Downfall of the Icelandic Banks in 2008, and Related Events, from the 1st of January 2009 to the 1st of September 2010. Chairman of the Board of The Data Protection Authority 1999-2011. Chairman of the Committee on the Evaluation of the Judicial Candidates in Iceland 2010-2011. Judge at the EFTA Court since 2011.

Publications: books and articles on Administrative law, constitutional law, Data Protection and Information Privacy, financial law and EU and EEA law.

GUNNAR SELVIK



Born: 13 November 1963, in Bergen, Norway

Studies: Master's degree in Economics, Royal Norwegian Naval Academy, 1986; Norwegian Law Degree, University of Oslo, 1992; Special subject EEA law, University of Oslo, 1994.

Professional Career: Miscellaneous posts as officer in the Norwegian Navy, 1986-92; Financial Officer/Treasury Officer, NACMA (NATO), Brussels, Belgium, 1992-98; Registrar, EFTA-Court, Luxemburg

1998-2001; Senior Project leader/lawyer, Interpro AS, Bergen, Norway, 2001-03; Director, West Norway Office, Brussels, Belgium/Bergen, Norway, 2003-06; Director, Goods Division, EFTA Secretariat, Brussels, Belgium, 2006-12; Appointed Registrar of the EFTA Court in September 2012.

Publications: The development and planning of the Haukeland University Hospital, Bergen, Norway; The academic status of officers graduated from the Norwegian Naval Academy.

IV

List of Court Decisions published in the EFTA Court Reports

List of Court Decisions published in the EFTA Court Reports

CASES 1994 – 2016

	Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
1	E-1/94	Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark	Request for an Advisory Opinion from Tullilautakunta, Finland Admissibility – Free movement of goods – State monopolies of a commercial character – Import monopoly – Articles 11, 13 and 16 of the EEA Agreement – Unconditional and sufficiently precise	[1994-1995] p. 15
2	E-2/94	Scottish Salmon Growers Association Ltd v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Decision of the EFTA Surveillance Authority – Constituent Elements – Judicial Review – Statement of Reasons – Admissibility – Locus standi – Direct and Individual Concern	[1994-1995] p. 59
3	E-3/94	Alexander Flandorfer Friedmann and Others v Republic of Austria	Jurisdiction – Procedure – Admissibility – Legal aid	[1994-1995] p. 83
4	E-4/94	Konsumentombudsmannen v De Agostini (Svenska) Förlag AB	Request for an Advisory Opinion from Marknadsdomstolen, Sweden Withdrawn	[1994-1995] p. 89
5	E-5/94	Konsumentombudsmannen v TV-shop i Sverige AB	Request for an Advisory Opinion from Marknadsdomstolen, Sweden Withdrawn	[1994-1995] p. 93
6	E-6/94	Reinhard Helmers v EFTA Surveillance Authority and Kingdom of Sweden	Direct Action Procedure – Admissibility – Application for revision	[1994-1995] p. 97 and 103
7	E-7/94	Data Delecta Aktiebolag and Ronnie Forsberg v MSL Dynamics Ltd	Request for an Advisory Opinion from Högsta domstolen, Sweden Withdrawn	[1994-1995] p. 109

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
8	Joined Cases E-8/94 and E-9/94 Forbrukerombudet v Mattel Scandinavia A/S and Lego Norge A/S	Request for an Advisory Opinion from Markedsrådet, Norway Admissibility – Free movement of services – Council Directive 89/552/EEC – Transmitting State principle – Televised advertising targeting children – Broadcasters/ Advertisers – Circumvention – Directed advertising – Council Directive 84/450/EEC	[1994-1995] p. 113
9	E-1/95 Ulf Samuelsson v Svenska staten	Request for an Advisory Opinion from Varbergs tingsrätt, Sweden Admissibility – Council Directive 80/987/EEC – National measures to counter abuse – Proportionality	[1994-1995] p. 145
10	E-2/95 Eilert Eidesund v Stavanger Catering A/S	Request for an Advisory Opinion from Gulating lagmannsrett, Norway Council Directive 77/187/EEC – Transfer of part of a business – Transfer of rights to pension benefits	[1995-1996] p. 1
11	E-3/95 Torgeir Langeland v Norske Fabricom A/S	Request for an Advisory Opinion from Stavanger byrett, Norway Council Directive 77/187/EEC – Transfer of rights to pension benefits	[1995-1996] p. 36
12	E-1/96 EFTA Surveillance Authority v Republic of Iceland	Discontinuance of proceedings	[1995-1996] p. 63
13	E-2/96 Jørn Ulstein and Per Otto Røiseng v Asbjørn Møller	Request for an Advisory Opinion from Inderøy herredsrett, Norway Council Directive 77/187/EEC – Transfer of rights to pension benefits	[1995-1996] p. 65
14	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, Norway Council Directive 77/187/EEC – Transfer of part of a business	[1997] p. 1
15	E-4/96 Fridtjof Frank Gundersen v Oslo kommune	Request for an Advisory Opinion from Oslo byrett, Norway Withdrawn	[1997] p. 28
16	E-5/96 Ullensaker kommune and Others v Nille AS	Request for an Advisory Opinion from Borgarting lagmannsrett, Norway Admissibility – Free movement of goods – Licensing scheme	[1997] p. 30
17	E-6/96 Tore Wilhelmsen AS v Oslo kommune	Request for an Advisory Opinion from Oslo byrett, Norway Alcohol sales – State monopolies of a commercial character – Free movement of goods	[1997] p. 53

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
18	E-7/96 Paul Inge Hansen v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for failure to act – Admissibility	[1997] p. 100
19	E-1/97 Fridtjof Frank Gundersen v Oslo kommune, supported by Norway	Request for an Advisory Opinion from Oslo byrett, Norway Alcohol sales – State monopolies of a commercial character – Free movement of goods	[1997] p. 108
20	E-2/97 Mag Instrument Inc v California Trading Company Norway, Ulsteen	Request for an Advisory Opinion from Fredrikstad byrett, Norway Exhaustion of trade mark rights	[1997] p. 127
21	E-3/97 Jan and Kristian Jæger AS, supported by Norwegian Association of Motor Car Dealers and Service Organisations v Opel Norge AS	Request for an Advisory Opinion from Nedre Romerike herredsrett, Norway Competition – Motor vehicle distribution system – Compatibility with Article 53(1) EEA – Admission to the system – Nullity	[1998] p. 1
22	E-4/97 The Norwegian Bankers' Association v EFTA Surveillance Authority, supported by Kingdom of Norway	Direct Action State Aid – Action for annulment of a decision of the EFTA Surveillance Authority – Admissibility – Exceptions under Article 59(2) EEA – Procedures	[1998] p. 38 and [1999] p. 1
23	E-5/97 European Navigation Inc v Star Forsikring AS, under offentlig administrasjon (under public administration)	Request for an Advisory Opinion from Høyesteretts kjæremålsutvalg, Norway Withdrawn	[1998] p. 59
24	E-7/97 EFTA Surveillance Authority v Kingdom of Norway	Direct Action Failure of a Contracting Party to fulfil its obligations – Safety and health protection of workers in surface and underground mineral – extracting industries – Council Directive 92/104/EEC	[1998] p. 62
25	E-8/97 TV 1000 Sverige AB v Norwegian Government	Request for an Advisory Opinion from Oslo byrett, Norway Council Directive 89/552/EEC – Transfrontier television broadcasting – Pornography	[1998] p. 68
26	E-9/97 Erla María Sveinbjörnsdóttir v Government of Iceland	Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur, Iceland Council Directive 80/987/EEC – Incorrect implementation of a directive – Liability of an EFTA State	[1998] p. 95

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
27	E-10/97 EFTA Surveillance Authority v Kingdom of Norway	Direct Action Failure of a Contracting Party to fulfill its obligations – Health protection for workers exposed to vinyl chloride monomer – Council Directive 78/610/EEC	[1998] p. 134
28	E-1/98 Norwegian Government v Astra Norge AS	Request for an Advisory Opinion from Borgarting lagmannsrett, Norway Free movement of goods – Copyright – Disguised restriction on trade	[1998] p. 140
29	E-2/98 Federation of Icelandic Trade (Samtök verslunarinnar – Félag íslenskra stórkaupmanna, FIS) v Government of Iceland and the Pharmaceutical Pricing Committee (Lyfjaverðsnefnd)	Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur, Iceland Pricing of pharmaceutical products – General price decrease – Price control system	[1998] p. 172
30	E-3/98 Herbert Rainford-Towning	Request for an Advisory Opinion from Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein Right of establishment – Residence requirement for managing director of a company	[1998] p. 205
31	E-4/98 Blyth Software Ltd v AlphaBit AS	Request for an Advisory Opinion from Oslo byrett, Norway Withdrawn	[1998] p. 239
32	E-5/98 Fagtún ehf v Byggingarnefnd Borgarholtsskóla, Government of Iceland, City of Reykjavík and Municipality of Mosfellsbær	Request for an Advisory Opinion from Hæstiréttur Íslands, Iceland General prohibition on discrimination – Free movement of goods – Post-tender negotiations in public procurement proceedings	[1999] p. 51
33	E-6/98 R & E-6/98 Government of Norway v EFTA Surveillance Authority	Direct Action State aid – Suspension of operation of a measure – Action for annulment of a decision of the EFTA Surveillance Authority – General measures – Effect on trade – Aid schemes	[1998] p. 242 and [1999] p. 74
34	E-1/99 Storebrand Skadeforsikring AS v Veronika Finanger	Request for an Advisory Opinion from Norges Høyesterett, Norway Motor Vehicle Insurance Directives – Driving under the influence of alcohol – Compensation for passengers	[1999] p. 119

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
35	E-2/99 EFTA Surveillance Authority v Kingdom of Norway	Direct Action Failure of a Contracting Party to fulfil its obligations - Council Directive 92/51/EEC on a second general system for the recognition of professional education and training to supplement Directive 89/48/EEC	[2000-2001] p. 1
36	E-1/00 State Debt Management Agency v Íslandsbanki-FBA hf.	Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur, Iceland Free movement of capital – State guarantees issued on financial loans – Different guarantee fees for foreign and domestic loans	[2000-2001] p. 8
37	E-2/00 Allied Colloids and Others v Norwegian State	Request for an Advisory Opinion from Oslo byrett, Norway Free movement of goods – Directives on dangerous substances and preparations – Joint Statements of the EEA Joint Committee	[2000-2001] p. 35
38	E-3/00 EFTA Surveillance Authority v Kingdom of Norway	Direct Action Failure of a Contracting Party to fulfil its obligations – Fortification of foodstuffs with iron and vitamins – Protection of public health – Precautionary principle	[2000-2001] p. 73
39	E-4/00 Dr Johann Brändle	Request for an Advisory Opinion from Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein Right of establishment – Single practice rule – Justification by overriding reasons of general interest	[2000-2001] p. 123
40	E-5/00 Dr Josef Mangold	Request for an Advisory Opinion from Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein Right of establishment – Single practice rule – Justification by overriding reasons of general interest	[2000-2001] p. 163
41	E-6/00 Dr Jürgen Tschannet	Request for an Advisory Opinion from Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein Right of establishment – Single practice rule – Justification by overriding reasons of general interest	[2000-2001] p. 203
42	E-7/00 Halla Helgadóttir v Daníel Hjaltason and Iceland Insurance Company Ltd	Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur, Iceland Motor Vehicle Insurance Directives – Standardised compensation system – Compensation for victims	[2000-2001] p. 246
43	E-8/00 Landsorganisasjonen i Norge v Kommunenes Sentralforbund and Others	Request for an Advisory Opinion from Arbeidsretten, Norway Competition rules – Collective agreements – Transfer of occupational pension scheme	[2002] p. 114

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
44	E-9/00 EFTA Surveillance Authority v Norway	Direct Action Failure of a Contracting Party to fulfil its obligations – State retail alcohol monopoly – licensed serving of alcohol beverages – discrimination	[2002] p. 72
45	E-1/01 Hörður Einarsson v The Icelandic State	Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur, Iceland Differentiated value-added tax on books – Article 14 EEA – Competing products – Indirect protection of domestic products	[2002] p. 1
46	E-2/01 Dr Franz Martin Pucher	Request for an Advisory Opinion from Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein Right of establishment – Residence requirement for at least one board member of a domiciliary company	[2002] p. 44
47	E-3/01 Alda Viggósdóttir v Íslandspóstur hf.	Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur, Iceland Council Directive 77/187/EEC – Transfer of a State administrative entity to a State owned limited liability company	[2002] p. 202
48	E-4/01 Karl K. Karlsson hf. v The Icelandic State	Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur, Iceland State alcohol monopoly – incompatibility with Article 16 EEA – State liability in the event of a breach of EEA law – Conditions of liability	[2002] p. 240
49	E-5/01 EFTA Surveillance Authority v Principality of Liechtenstein	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations - Council Directive 87/344/EEC on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to legal expenses insurance	[2000-2001] p. 287
50	E-6/01 CIBA and Others v The Norwegian State	Request for an Advisory Opinion from Oslo byrett, Norway Rules of procedure – Admissibility – Jurisdiction of the Court – Competence of the EEA Joint Committee	[2002] p. 281
51	E-7/01 Hegelstad and Others v Hydro Texaco AS	Request for an Advisory Opinion from Gulating lagmannsrett, Norway Competition – Exclusive purchasing agreement – Service-station agreement – Article 53 EEA – Regulation 1984/83 – Nullity	[2002] p. 310
52	E-8/01 Gunnar Amundsen AS and Others v Vectura AS	Request for an Advisory Opinion from Borgarting lagmannsrett, Norway Withdrawn	[2002] p. 236

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
53	E-1/02 EFTA Surveillance Authority v Norway	Direct Action Failure of a Contracting Party to fulfil its obligations – Equal Rights Directive - Reservation of academic positions for women	[2003] p. 1
54	E-2/02 Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH and Bellona Foundation v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for annulment of a decision of the EFTA Surveillance Authority-State aid-Admissibility-Locus standi	[2003] p. 52
55	E-3/02 Paranova AS v Merck & Co., Inc. and Others	Request for an Advisory Opinion from Norges Høyesterett, Norway Parallel imports – Article 7(2) of Directive 89/104/EEC – Use of coloured stripes on the parallel importer’s repackaging design – Legitimate reasons	[2003] p. 101
56	E-1/03 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure of a Contracting Party to fulfil its obligations – free movement of services -higher tax on intra-EEA flights than on domestic flights	[2003] p. 143
57	E-2/03 Ákærvaldið (The Public Prosecutor) v Ásgeir Logi Ásgeirsson, Axel Pétur Ásgeirsson and Helgi Már Reynisson	Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjaness, Iceland Jurisdiction – Admissibility – Fish products – Protocol 9 to the EEA Agreement – rules of origin – Protocol 4 to the EEA Agreement – Free Trade Agreement EEC-Iceland	[2003] p. 185
58	E-3/03 Transportbedriftenes Landsforening and Nor-Way Bussekspres AS v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Withdrawal of an application	[2004] p. 1
59	E-4/03 EFTA Surveillance Authority v Norway	Direct Action Failure of a Contracting Party to fulfil its obligations – Article 8 of Directive 98/34/EC	[2004] p. 3
60	E-1/04 Fokus Bank ASA v	The Norwegian State, represented by Skattedirektoratet (the Directorate of Taxes) Request for an Advisory Opinion from Frostating lagmannsrett, Norway Free movement of capital – taxation of dividends – tax credit granted exclusively to shareholders resident in a Contracting Party – denial of procedural rights to shareholders resident in other Contracting Parties	[2004] p. 11

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
61	E-2/04 Reidar Rasmussen, Jan Rossavik, and Johan Kåldman, v Total E&P Norge AS, v/styrets formann	Request for an Advisory Opinion from Gulating lagmannsrett, Norway Transfer of undertakings - Council Directive 77/187/EEC – time of transfer – objection to transfer of employment relationship	[2004] p. 57
62	E-3/04 Tsomakas Athanasios and Others with Odfjell ASA as an accessory intervener v The Norwegian State, represented by Rikstrygdeverket	Request for an Advisory Opinion from Gulating lagmannsrett, Norway Freedom of movement for workers - social security for migrant workers - Title II of Regulation 1408/71 – form E 101 - Article 3 EEA	[2004] p. 95
63	E-4/04 Pedicel AS v Sosial- og helsedirektoratet (Directorate for Health and Social Affairs)	Request for an Advisory Opinion from Markedsrådet, Norway Free movement of goods and services - prohibition against alcohol advertisement - trade in wine – Articles 8(3) and 18 EEA - “other technical barriers to trade”- advertisement of wine – restriction – protection of public health – principle of proportionality – applicability of the precautionary principle	[2005] p. 1
64	Joined Cases E-5/04 E-6/04 and E-7/04 Fesil and Finnfjord, PIL and others and The Kingdom of Norway v EFTA Surveillance Authority	Direct Action State aid – Exemptions from energy tax for the manufacturing and mining industries – Admissibility – Selectivity – Effect on trade and distortion of competition – Existing aid and new aid – Recovery – Legal certainty – Legitimate expectations – Proportionality	[2005] p. 117
65	E-8/04 EFTA Surveillance Authority v The Principality of Liechtenstein	Direct Action Right of establishment – Residence requirement for one member of management board and one member of executive management in banks	[2005] p. 46
66	E-9/04 The Bankers' and Securities' Dealers Association of Iceland v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for annulment of a decision of the EFTA Surveillance Authority – State guarantee for a publicly owned institution – State aid – Services of General Economic Interest – Decision not to raise objections – Initiation of the formal investigation procedure – Admissibility	[2006] p. 42
67	E-9/04 COSTS The Bankers' and Securities' Dealers Association of Iceland v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Taxation of costs	[2007] p. 74
68	E-9/04 COSTS II Bankers' and Securities' Dealers Association of Iceland v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Taxation of costs	[2007] p. 220

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
69	E-10/04 Paolo Piazza v Paul Schurte AG	Request for an Advisory Opinion from Fürstliches Landgericht (Princely Court of Justice), Liechtenstein Admissibility – security for costs before national courts – free movement of capital – freedom to provide services	[2005] p. 76
70	E-1/05 EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway	Direct Action Failure of a Contracting Party to fulfil its obligations – life assurance services – freedom to provide services and right of establishment – Article 33 of Directive 2002/83/EC – justification of restriction based on general good – proportionality	[2005] p. 234
71	E-2/05 EFTA Surveillance Authority v The Republic of Iceland	Direct Action State aid - Failure of a Contracting Party to fulfil its obligations – Second subparagraph of Article 1(2) of Part I of Protocol 3 SCA – Validity of a decision by the EFTA Surveillance Authority – Termination of tax measures and recovery of aid - Absolute impossibility to implement a decision of the EFTA Surveillance Authority	[2005] p. 202
72	E-3/05 EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway	Direct Action Failure of a Contracting Party to fulfil its obligations – free movement of workers – social security for migrant workers with family members residing in an EEA State other than the State of employment – regional residence requirement for family benefits – Article 73 of Regulation EEC 1408/71 – Article 7(2) of Regulation EEC 1612/68 – discrimination – justification on grounds of promoting sustainable settlement	[2006] p. 102
73	E-4/05 HOB-vín v The Icelandic State and Áfengis- og tóbaksverslun ríkisins (the State Alcohol and Tobacco Company of Iceland)	Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur (Reykjavík District Court), Iceland Free movement of goods – State monopolies of a commercial character – requirements to supply goods on pallets and to include the pallet price in the price of the goods – discrimination against importers of alcoholic beverages – abuse of a dominant position	[2006] p. 4

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report	
74	Joined Cases E-5/05 E-6/05 E-7/05 E-8/05 and E-9/05	EFTA Surveillance Authority v The Principality of Liechtenstein	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Commission Directive 2002/77/EC of 16 September 2002 on competition in the markets for electronic communications networks and services – Directive 2002/19/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities (Access Directive) – Directive 2002/20/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on the authorisation of electronic communications networks and services (Authorisation Directive) – Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive) – Directive 2002/22/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services (Universal Service Directive)	[2006] p. 142
75	E-1/06	EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway	Direct Action National legislation transferring the operation of gaming machines to a State-owned monopoly – restriction of freedom of establishment and freedom to provide services – justification – legitimate aims – consistency of national legislation – necessity of national legislation	[2007] p. 8
76	E-2/06	EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway	Direct Action Conditions for concession for acquisition of hydropower resources – scope of the EEA Agreement – free movement of capital – right of establishment – indirect discrimination – public ownership – security of energy supply – environmental protection – proportionality	[2007] p. 164
77	E-3/06	Ladbrokes Ltd. v Staten v/Kultur- og kirke departementet and Staten v/Landbruks- og matdepartementet	Request for an Advisory Opinion from Oslo tingrett (Oslo District Court), Norway Right of establishment – freedom to provide services – national restrictions on gambling and betting – legitimate aims – suitability/consistency – necessity – provision and marketing of gaming services from abroad	[2007] p. 86
78	E-4/06	KLM Royal Dutch Airlines v Staten v/ Finansdepartementet (The Norwegian State, represented by the Ministry of Finance)	Request for an Advisory Opinion from Borgarting lagmannsrett (Borgarting Court of Appeal), Norway Withdrawn	[2007] p. 4

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report	
79	E-5/06	EFTA Surveillance Authority v The Principality of Liechtenstein	Direct Action (Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Article 4(1) and (2a) of Regulation EEC 1408/71 – social security benefits and special non-contributory benefits – legal effect of Annex IIa to Regulation EEC 1408/71 listing special non-contributory benefits – Decision 1/95 of the EEA Council on the entry into force of the EEA Agreement for Liechtenstein)	[2007] p. 296
80	E-6/06	EFTA Surveillance Authority v The Principality of Liechtenstein	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 2002/49/EC of the European Parliament and of the Council of 25 June 2002 relating to the assessment and management of environmental noise	[2007] p. 238
81	E-1/07	Criminal proceedings against A	Request for an Advisory Opinion from Fürstliches Landgericht (Princely Court of Justice), Liechtenstein Lawyers' freedom to provide services – Council Directive 77/249/EEC – Article 7 EEA – Protocol 35 EEA – principles of primacy and direct effect – conforming interpretation	[2007] p. 246
82	E-2/07	EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway	Direct Action Widow's and widower's pension rights – Equal treatment of women and men – Article 69 EEA – Directive 79/7/EEC – Directive 86/378/EEC	[2007] p. 280
83	E-3/07	EFTA Surveillance Authority v The Republic of Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 2002/88/EC of the European Parliament and of the Council of 9 December 2002 amending Directive 97/68/EC on the approximation of the laws of the Member States relating to measures against the emission of gaseous and particulate pollutants from internal combustion engines to be installed in non-road mobile machinery	[2007] p. 356
84	E-4/07	Jón Gunnar Þorkelsson v Gildi-lífeyrissjóður	Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur (Reykjavík District Court), Iceland Invalidity pension rights – free movement of workers – Regulation (EEC) No 1408/71 – Regulation (EEC) No 574/72	[2008] p. 3
85	E-5/07	Private Barnehagers Landsforbund v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for annulment of a decision of the EFTA Surveillance Authority – Municipal kindergartens – State aid – Notion of undertaking – Decision not to raise objections – Initiation of the formal investigation procedure – Admissibility	[2008] p. 62

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
86	E-6/07 HOB vín ehf. v Faxaflóahafnir sf.	Request for an Advisory Opinion from Hæstiréttur Íslands (the Supreme Court of Iceland), Iceland Port charges – charges having equivalent effect to customs duties – internal taxation – free movement of goods	[2008] p. 128
87	E-7/07 Seabrokers AS v The Norwegian State, represented by Skattedirektoratet (the Directorate of Taxes)	Request for an Advisory Opinion from Stavanger tingrett (Stavanger District Court), Norway Freedom of establishment – double taxation agreement – calculation of maximum credit allowance for tax paid in another EEA State – debt interest and group contributions	[2008] p. 172
88	E-8/07 Celina Nguyen v The Norwegian State, represented by Justis- og politidepartementet (the Ministry of Justice and the Police)	Request for an Advisory Opinion from Oslo tingrett (Oslo District Court), Norway Compulsory insurance for civil liability in respect of motor vehicles – Directives 72/166/EEC, 84/5/EEC and 90/232/EEC – compensation for non-economic injury – conditions for State liability – sufficiently serious breach	[2008] p. 224
89	Joined Cases E-9/07 and E-10/07 L'Oréal Norge AS (Case E-9/07 and Case E-10/07); L'Oréal SA (Case E-10/07) v Per Aarskog AS (Case E-9/07); Nille AS (Case E-9/07); Smart Club AS (Case E-10/07)	Request for an Advisory Opinion from Follo tingrett (Follo District Court) and Oslo tingrett (Oslo District Court), Norway Exhaustion of trade mark rights	[2008] p. 259
90	Joined Cases E-11/07 and E-1/08 Olga Rindal (Case E-11/07); Therese Slinning, represented by legal guardian Olav Slinning (Case E-1/08) v The Norwegian State, represented by the Board of Exemptions and Appeals for Treatment Abroad	Request for an Advisory Opinion from Borgarting lagmannsrett (Borgarting Court of Appeal) and Oslo tingrett (Oslo District Court), Norway Social security – Freedom to provide services – National health insurance systems – Hospital treatment costs incurred in another EEA State – Experimental and test treatment	[2008] p. 320
91	E-2/08 EFTA Surveillance Authority v The Republic of Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 2004/26/EC relating to measures against the emission of gaseous and particulate pollutants from internal combustion engines to be installed in non-road mobile machinery	[2008] p. 301
92	E-3/08 EFTA Surveillance Authority v The Republic of Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Regulation (EC) No 648/2004 on detergents	[2008] p. 308

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
93	E-4/08 Claudia Sebjanic v Christian Peters	Request for an Advisory Opinion from Fürstliches Landgericht (Princely Court of Justice), Liechtenstein Withdrawn	[2008] p. 299
94	E-5/08 Yannike Bergling v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Inadmissible	[2008] p. 316
95	E-6/08 EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 2002/91/EC on the energy performance of buildings	[2009-2010] p. 4
96	E-1/09 EFTA Surveillance Authority v The Principality of Liechtenstein	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Freedom of establishment – Residence requirements	[2009-2010] p. 46
97	E-2/09 EFTA Surveillance Authority v The Republic of Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Commission Regulation (EC) No 593/2007 on the fees and charges levied by the European Aviation Safety Agency – judgment by default	[2009-2010] p. 12
98	E-3/09 EFTA Surveillance Authority v The Principality of Liechtenstein	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 2005/68/EC of the European Parliament and of the Council of 16 November 2005 on reinsurance and amending Council Directives 73/239/EEC, 92/49/EEC as well as Directives 98/78/EC and 2002/83/EC	[2009-2010] p. 20
99	E-4/09 Inconsult v the Financial Market Authority (Finanz- marktaufsicht)	Request for an Advisory Opinion from the Appeals Commission of the Financial Market Authority (Beschwerdekommision der Finanzmarktaufsicht), Liechtenstein, Admissibility – Directive 2002/92/EC on insurance mediation – Concept of a “durable medium”	[2009-2010] p. 86
100	E-5/09 EFTA Surveillance Authority v The Republic of Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 2005/68/EC of the European Parliament and of the Council of 16 November 2005 on reinsurance and amending Council Directives 73/239/EEC, 92/49/EEC as well as Directives 98/78/EC and 2002/83/EC	[2009-2010] p. 30
101	E-6/09 Magasin- og Uke-presseforeningen v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for failure to act – State aid – Existing aid – Admissibility	[2009-2010] p. 144

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report	
102	E-7/09	EFTA Surveillance Authority v The Principality of Liechtenstein	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies	[2009-2010] p. 38
103	E-8/09	EFTA Surveillance Authority v Republic of Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 2006/42/EC of the European Parliament and of the Council of 17 May 2006 on machinery, and amending Directive 95/16/EC on the approximation of the laws of the Member States relating to lifts – Judgment by default	[2009-2010] p. 180
104	E-1/10	Periscopos AS v Oslo Børs ASA and Erik Must AS	Request for an Advisory Opinion from Oslo District Court (Oslo tingrett) Directive 2004/25/EC – Acquisition of control – Mandatory bid – Adjustment of the bid price – Clearly determined circumstances and criteria – Reference to market price	[2009-2010] p. 198
105	E-2/10	Thor Kolbeinnsson v The Icelandic State	Direct Action Safety and health of workers – Directives 89/391/EEC and 92/57/EEC – Article 3 EEA – Employers' and employees' liability for work accidents – State liability	[2009-2010] p. 234
106	E-3/10	EFTA Surveillance Authority v The Republic of Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 2002/87/EC on the supplementary supervision of credit institutions, insurance undertakings and investment firms in a financial conglomerate	[2009-2010] p. 188
107	E-5/10	Dr. Joachim Kottke v Präsidial Anstalt and Sweetyle Stiftung	Request for an Advisory Opinion from Fürstliches Obergericht (Princely Court of Appeal) Security for costs before national courts – Discrimination – Article 4 EEA – Justification	[2009-2010] p. 320
108	E-4,6,7/10	The Principality of Liechtenstein, REASSUR Aktiengesellschaft and Swisscom RE Aktiengesellschaft v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for annulment of ESA decision 97/10/COL regarding the taxation of captive insurance companies under the Liechtenstein Tax Act	[2011] p. 16
109	E-8/10	EFTA Surveillance Authority v The Republic of Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 2005/36/EC on the recognition of professional qualifications	[2009-2010] p. 296

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report	
110	E-9/10	EFTA Surveillance Authority v The Principality of Liechtenstein	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 2005/36/EC on the recognition of professional qualifications	[2009-2010] p. 304
111	E-10/10	EFTA Surveillance Authority v The Republic of Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 2005/36/EC on the recognition of professional qualifications	[2009-2010] p. 312
112	E-11/10	EFTA Surveillance Authority v The Principality of Liechtenstein	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 2006/54/EC on implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation	[2009-2010] p. 368
113	E-12/10	EFTA Surveillance Authority v The Republic of Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of provision of services	[2011] p. 117
114	E-13/10	Aleris Ungplan AS v Surveillance Authority	Direct Action Refusal by ESA to commence proceedings for alleged failure of an EEA State to fulfil its obligations in the field of procurement	[2011] p. 3
115	E-14/10	Konkurrenten.no AS v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Application for the annulment of ESA decision 254/10/COL of 21 June 2010, to close case without opening formal investigation procedure	[2011] p. 266
116	E-16/10	Philip Morris Norway AS v Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet	Request for an Advisory Opinion from Oslo District Court (Oslo tingrett) Free movement of goods – Prohibition on the visual display of tobacco products – Articles 11 and 13 EEA – Measures having equivalent effect to quantitative restrictions – Selling arrangements – Protection of public health – Proportionality	[2011] p. 330
117	E-18/10	EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway	Direct Action Non-compliance with a judgment of the Court establishing a failure to fulfil obligations - Article 33 SCA - Measures necessary to comply with the judgment of the Court	[2011] p. 202
118	E-1/11	Norwegian Appeal Board for Health Personnel - appeal from A	Request for an Advisory Opinion from Appeal Board for Health Personnel (Statens helsepersonellnemnd) Free movement of persons – Directive 2005/36/EC – Recognition of professional qualifications – Protection of public health – Non-discrimination – Proportionality	[2011] p. 484

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
119	E-3/11 Pálmi Sigmarsson v the Central Bank of Iceland	Request for an Advisory Opinion from Reykjavík District Court (Héraðsdómur Reykjavíkur) Free movement of capital – Article 43 EEA – National restrictions on capital movements – Jurisdiction – Proportionality – Legal certainty	[2011] p. 430
120	E-4/11 Arnulf Clauder	Request for an Advisory Opinion from Verwaltunggerichtshof des Fürstentums Liechtenstein (Administrative Court of the Principality of Liechtenstein) Directive 2004/38/EC – Family reunification – Right of residence for family members of EEA nationals holding a right of permanent residence – Condition to have sufficient resources	[2011] p. 216
121	E-5/11 EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway	Direct Action Non-compliance with a judgment of the Court establishing a failure to fulfil obligations - Article 33 SCA - Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Regulation (EC) No 1406/2002 establishing a European Maritime Safety Agency – Regulation (EC) No 1891/2006 on multiannual funding for the action of the European Maritime Safety Agency in the field of response to pollution caused by ships and amending Regulation (EC) No 1406/2002	[2011] p. 418
122	E-8/11 EFTA Surveillance Authority v The Republic of Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 2002/49/EC on the assessment and management of environmental noise	[2011] p. 467
123	E-14/10 COSTS Konkurrenten.no AS v EFTA Surveillance Authority	Direct Action (Taxation of costs)	[2012] p. 900
124	E-15/10 Posten Norge AS v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for annulment of a decision of the EFTA Surveillance Authority – Competition – Abuse of a dominant position – Market for business-to-consumer over-the-counter parcel delivery – Distribution network – Exclusivity agreements – Conduct liable to eliminate competition on the market – Justification – Duration of infringement – Fine	[2012] p. 246
125	Joined Cases E-17/10 E-6/11 The Principality of Liechtenstein and VTM Fundmanagement v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for annulment of a decision of the EFTA Surveillance Authority – State aid – Special tax rules applicable to investment companies – Selectivity – Existing aid and new aid – Recovery – Legitimate expectations – Legal certainty – Obligation to state reasons	[2012] p. 114

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
126	E-2/11 STX Norway Offshore AS m.fl. v Staten v/ Tariffnemnda	Request for an Advisory Opinion from Borgarting lagmannsrett (Borgarting Court of Appeal) Freedom to provide services – Directive 96/71/EC – Posting of workers – Minimum rates of pay – Maximum working hours – Remuneration for work assignments requiring overnight stay – Compensation for expenses	[2012] p. 4
127	E-7/11 Grund, elli- og hjúkrunarheimili v Lyfjastofnun	Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur (Reykjavík District Court) Directive 2001/83/EC – Free movement of goods – Pharmaceuticals – Parallel import – Control reports – Protection of public health – Justification – Language requirements for labelling and package leaflets	[2012] p. 188
128	E-9/11 Surveillance Authority v The Kingdom of Norway	Direct Action Failure of an EEA State to fulfil obligations – Right of establishment – Free movement of capital – Ownership limitations and voting right restrictions in financial services infrastructure institutions – Proportionality – Legal certainty	[2012] p. 442
129	Joined Cases E-10/11 and E-11/11 Hurtigruten ASA and The Kingdom of Norway v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for annulment of a decision of the EFTA Surveillance Authority – State aid – Maritime transport – Article 61(1) EEA – Article 59(2) EEA – Services of general economic interest – Public service compensation – Overcompensation – Principle of good administration – Legal certainty – Obligation to state reasons	[2012] p. 758
130	E-12/11 Asker Brygge AS v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for annulment of a decision of the EFTA Surveillance Authority – State aid – Sale of land by public authorities – Market investor principle – Option agreement – Relevant time of assessment for considering the market value	[2012] p. 536
131	E-13/11 Granville Establishment v Volker Anhalt, Melanie Anhalt and Jasmin Barbaro, née Anhalt	Request for an Advisory Opinion from the Fürstliches Landgericht (Princely Court of Justice) Jurisdiction agreements – Freedom to provide and receive services – Discrimination on grounds of nationality – Justification – Remedies for non-conformity with EEA law	[2012] p. 400
132	E-14/11 DB Schenker v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for annulment of a decision of the EFTA Surveillance Authority – Access to documents – Admissibility – Measures of Organization of Procedure – Reopening of oral procedure	[2012] p. 1178

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report	
133	E-15/11	Arcade Drilling AS v Staten v/Skatt Vest	Request for an Advisory Opinion from Oslo tingrett (Oslo District Court) Freedom of establishment – Articles 31 and 34 EEA – Taxation – Anti-avoidance principles – Proportionality	[2012] p. 676
134	E-17/11	Aresbank SA v Landsbankinn hf., Fjármálaráðuneytið and the Icelandic State	Request for an Advisory Opinion from Hæstiréttur Íslands (Supreme Court of Iceland) Directive 94/19/EC – Directive 2000/12/EC – Directive 2006/48/EC – Admissibility – National legislation adopting provisions of EEA law to regulate purely internal situations – Notion of deposit – Interbank loans – Mutual recognition of an authorisation for the taking up and pursuit of the business of credit institutions – Applicability of decisions of the EEA Joint Committee	[2012] p. 916
135	E-18/11	Irish Bank Resolution Corporation Ltd v Kaupþing hf.	Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur (Reykjavík District Court) Article 34 SCA – Appeal against a decision making a request for an Advisory Opinion – Reorganisation and winding up of credit institutions – Directive 2001/24/EC – Conform interpretation	[2012] p. 592
136	E-19/11	Vín Trío ehf. v the Icelandic State	Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur (Reykjavík District Court) Free movement of goods – Admissibility – Product coverage – Articles 11 and 16 EEA – State monopolies of a commercial character – Rules concerning the existence and operation of a monopoly – Product selection rules – Refusal to sell alcoholic beverages containing stimulants such as caffeine – Discrimination between domestic and imported products – Absence of domestic production	[2012] p. 974
137	E-1/12	Den norske Forleggerforening v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for annulment of a decision of the EFTA Surveillance Authority – State aid – Alleged aid granted to Nasjonal digital læringsarena (NDLA) – Decision not to open the formal investigation procedure – Notion of economic activity – Notion of doubts – Obligation to state reasons	[2012] p. 1040
138	E-2/12	HOB-vín ehf. v Áfengis- og tóbaksverslun ríkisins	Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur (Reykjavík District Court) Free movement of goods – Directive 2000/13/EC – Product coverage – Labelling of foodstuffs – Misleading labelling – Lack of notification to ESA of a national measure – Justification – State liability	[2012] p. 1092

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
139	E-16/11 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Directive 94/19/EC on deposit-guarantee schemes – Obligation of result – Emanation of the State – Discrimination	[2013] p. 4
140	E-3/12 Staten v/Arbeidsdepartementet v Stig Arne Jonsson	Request for an Advisory Opinion from Borgarting lagmannsrett (Borgarting Court of Appeal) Regulation (EEC) No 1408/71 – Social security for migrant workers – Unemployment benefits – Residence in the territory of another EEA State – Condition of actual presence in the State of last employment for entitlement to unemployment benefits	[2013] p. 136
141	E-10/12 Yngvi Harðarson v Askar Capital hf.	Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur (Reykjavik District Court) Directive 91/533/EEC – Obligation to inform employees – Amendments to a written contract of employment – Effect of non-notification of amendments	[2013] p. 204
142	E-12/12 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC	[2013] p. 240
143	E-13/12 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Council Directive 90/167/EEC of 26 March 1990 laying down the conditions governing the preparation, placing on the market and use of medicated feedingstuffs in the Community	[2013] p. 248
144	E-14/12 EFTA Surveillance Authority v the Principality of Liechtenstein	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Freedom of establishment – Freedom to provide services – Articles 31 and 36 EEA – Obligation on temporary work agencies to deposit a guarantee – Indirect and direct discrimination – Residence requirement – Justification	[2013] p. 256
145	E-11/12 Beatrix Koch, Lothar Hummel and Stefan Müller v Swiss Life (Liechtenstein) AG	Request for an Advisory Opinion from Fürstliche Landgericht des Fürstentums Liechtenstein (Princely Court of the Principality of Liechtenstein) Directive 90/619/EEC – Directive 92/96/EEC – Directive 2002/83/EC – Directive 2002/92/EC – Life assurance – Unit-linked benefits – Obligation to provide fair advice – Information to be communicated to the policy holder before the contract is concluded – Principle of equivalence – Principle of effectiveness	[2013] p. 272

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
146	E-7/12 DB Schenker v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for failure to act – Non-contractual liability of the EFTA Surveillance Authority – Access to documents – Legitimate expectations – Principle of good administration – Failure of the EFTA Surveillance Authority to take a decision within a self-imposed time limit	[2013] p. 356
147	E-9/12 Iceland v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for annulment of a decision of the EFTA Surveillance Authority – State aid – Sale of land by public authorities – Market investor principle – State Aid Guidelines – Well-publicised bidding procedure comparable to an auction – Manifest error of assessment – Principle of sound administration – Obligation to state reasons	[2013] p. 454
148	E-15/12 Jan Anfinn Wahl v the Icelandic State	Request for an Advisory Opinion from Hæstiréttur Íslands (the Supreme Court of Iceland) Article 3 EEA – Article 7 EEA – Form and method of implementation of directives – Directive 2004/38/EC – Free movement of EEA nationals – Restrictions on right of entry – Procedural safeguards	[2013] p. 534
149	E-6/12 EFTA Surveillance Authority v the Kingdom of Norway	Direct Action Failure by an EEA/EFTA State to fulfil its obligations – Regulation (EEC) No 1408/71 – Regulation (EEC) No 574/72 – Social security for migrant worker	[2013] p. 618
150	Joined Cases E-4/12 and E-5/12 Risdal Touring AS and Konkurrenten.no AS v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for annulment of a decision of the EFTA Surveillance Authority – Access to documents – Admissibility – No need to adjudicate	[2013] p. 668
151	E-2/13 Bentzen Transport AS v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Refusal to commence proceedings for alleged failure of an EEA State to fulfil its obligations in the field of procurement – Actionable measures – Admissibility	[2013] p. 802
152	E-2/12 INT HOB-vín ehf.	Direct Action Interpretation of a judgment – Advisory Opinion – Application manifestly inadmissible	[2013] p. 816
153	E-22/13 Íslandsbanki hf. v Gunnar V. Engilbertsson	Request for an Advisory Opinion from Hæstiréttur Íslands (the Supreme Court of Iceland) Withdrawal of a request for an Advisory Opinion	[2013] p. 826

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
154	E-9/13 EFTA Surveillance Authority v the Kingdom of Norway	Direct Action Failure by an EEA State to fulfil its obligations – Commission Directive 2010/48/EU of 5 July 2010 adapting to technical progress Directive 2009/40/EC of the European Parliament and of the Council on roadworthiness tests for motor vehicles and their trailers	[2013] p. 830
155	E-10/13 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by an EEA/EFTA State to fulfil its obligations – Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle for equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast)	[2013] p. 840
156	E-11/13 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 2002/92/EC of 9 December 2002 on insurance mediation	[2013] p. 848
157	E-6/13 Metacom AG v Rechtsanwälte Zipper & Collegen	Request for an Advisory Opinion from Fürstliche Landgericht des Fürstentums Liechtenstein (Princely Court of the Principality of Liechtenstein) Lawyers' freedom to provide cross-border services – Directive 77/249/EEC – Self-representation – Notification requirement in national law – Consequences of failure to notify	[2013] p. 856
158	E-13/13 EFTA Surveillance Authority v the Kingdom of Norway	Direct Action Failure by an EEA State to fulfil its obligations – Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing	[2013] p. 914
159	E-14/13 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Articles 31 and 40 EEA – Different taxation on domestic and cross border mergers within the EEA	[2013] p. 924
160	E-15/13 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by an EEA State to fulfil its obligations – Directive 2009/22/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on injunctions for the protection of consumers' interests	[2013] p. 936

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
161	E-16/13 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Failure to implement - Directive 2008/122/EC on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts	[2013] p. 946
162	E-17/13 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 2009/44/EC – Failure to implement	[2013] p. 954
163	E-18/13 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 2001/81/EC – Failure to implement	[2013] p. 962
164	E-7/13 Creditinfo Lánstraust hf. v Register Iceland and the Icelandic State	Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur (Reykjavik District Court) Directive 2003/98/EC on the re-use of public sector information – Principles governing charging – Transparency – Notion of cost – Self-financing requirements	[2013] p. 970
165	E-1/13 Míla v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for annulment – State aid – Lease contract – Failure to initiate the formal investigation procedure – Admissibility – Legal interest – Status as interested party – Doubts or serious difficulties – Market investor principle – Tender procedure	[2014] p. 4
166	E-12/13 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 2009/111/EC – Failure to implement – Failure to notify	[2014] p. 58
167	E-23/13 Hellenic Capital Market Commission (HCMC)	Request for an Advisory Opinion from Verwaltungsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein (the Administrative Court of the Principality of Liechtenstein) Directive 2003/6/EC – Admissibility – Judicial or administrative function – Information request – Requirement in national law to set out the facts that give rise to the suspicion	[2014] p. 88
168	E-8/12 DB Schenker v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for annulment of decisions of the EFTA Surveillance Authority – Access to documents – Admissibility	[2014] p. 148

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
169	E-26/13 The Icelandic State v Atli Gunnarsson	Request for an Advisory Opinion from Hæstiréttur Íslands (Supreme Court of Iceland) Free movement of persons – Article 28 EEA – Directive 2004/38/EC – Directive 90/365/EEC – Right of residence – Right to move from the home State – Less favourable tax treatment	[2014] p. 254
170	E-5/13 DB Schenker v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for annulment of a decision of the EFTA Surveillance Authority – Access to documents – Admissibility – Measures of organization of procedure – EFTA Surveillance Authority’s Rules on access to documents 2012	[2014] p. 304
171	Joined Cases E-3/13 and E-20/13 Fred. Olsen and Others and Petter Olsen and Others v the Norwegian State	Request for an Advisory Opinion from Skatteklagenemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter (the Tax Appeals Board for the Central Tax Office for Large Enterprises) and Oslo tingrett (Oslo District Court) Taxation of controlled foreign companies – Right of establishment – Free movement of capital – Circumvention of national law – Justification – Proportionality	[2014] p. 400
172	E-25/13 Gunnar V. Engilbertsson v Íslandsbanki hf.	Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur (Reykjavík District Court) Article 34 SCA – Appeal against a request for an Advisory Opinion – Indexation of mortgage loans – Directive 87/102/EEC – Directive 93/13/EEC – Principles of effectiveness and equivalence	[2014] p. 524
173	E-15/10 COSTS DB Schenker v Posten Norge AS	Direct Action Taxation of costs – Recoverable costs – VAT	[2014] p. 616
174	E-8/13 Abelia v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for annulment of a decision of the EFTA Surveillance Authority – Proper representation before the Court – State aid – Alleged aid granted to lessors of premises to public schools – Decision not to open the formal investigation procedure – Legal interest – Status as interested party – Competitive link	[2014] p. 638
175	E-24/13 Casino Admiral AG v Wolfgang Egger	Request for an Advisory Opinion from Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein (State Court of the Principality of Liechtenstein) Freedom of establishment – Freedom to provide services – Obligation of transparency – Principles of equivalence and effectiveness	[2014] p. 732

	Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
176	E-1/14	EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Failure to implement – Directive 2006/38/EC on the charging of heavy goods vehicles for the use of certain infrastructures	[2014] p. 802
177	E-3/14	EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by an EEA State to fulfil its obligations – Directive 2009/12/EC on airport charges	[2014] p. 812
178	E-4/14	EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Failure to implement – Directive 2007/23/EC on the placing on the market of pyrotechnic articles	[2014] p. 822
179	E-5/14	EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by an EEA State to fulfil its obligations – Directive 2008/98/EC of the European Parliament and of the Council of 18 November 2008 on waste and repealing certain Directives	[2014] p. 830
180	E-7/14	EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway	Direct Action Failure by an EEA State to fulfil its obligations – Freedom to provide services – Article 36 EEA – Full registration tax on leased motor vehicles temporarily imported by Norwegian residents to Norway	[2014] p. 840
181	E-21/13	FIFA v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for annulment – Television broadcasting – Article 14 of Directive 2010/13/EU – Measures concerning events of major importance for an EEA State – FIFA World Cup – Freedom to provide services – Right to property – Statement of reasons	[2014] p. 854
182	Joined Cases E-4/12 and E-5/12 COSTS	EFTA Surveillance Authority v Risdal Touring AS and Konkurrenten.no AS	Direct Action Taxation of costs – Recoverable costs – VAT	[2014] p. 934
183	E-28/13	LBI hf. v Merrill Lynch Int. Ltd.	Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur (Reykjavík District Court) Article 30(1) of Directive 2001/24/EC – Winding up of credit institutions – Applicable law – Voidness, voidability or unenforceability of legal acts – Acts governed by the law of another EEA State	[2014] p. 970
184	E-2/14	EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 2005/35/EC – Failure to implement	[2014] p. 1018

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report	
185	E-6/14	EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 2008/43/EC – Failure to implement	[2014] p. 1028
186	E-8/14	EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 2009/38/EC – Failure to implement	[2014] p. 1038
187	E-9/14	Proceedings concerning Otto Kaufmann AG	Request for an Advisory Opinion from Fürstliches Landgericht des Fürstentums Liechtenstein (Princely Court of Liechtenstein) Admissibility – Exchange of information on convictions of legal persons – Freedom to provide services – Freedom of establishment – Directive 2004/18/EC – Directive 2006/123/EC	[2014] p. 1048
188	E-27/13	Sævar Jón Gunnarsson v Landsbankinn hf.	Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur (Reykjavík District Court) Indexation of loans – Directive 87/102/EEC – Consumer credit agreements – Directive 93/13/EEC – Unfair terms – Mandatory terms	[2014] p. 1090
189	E-4/13	DB Schenker v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for annulment of a decision of the EFTA Surveillance Authority – Access to documents – Admissibility – Article 38 SCA – ESA's Rules on public access to documents 2012	[2014] p. 1180
190	E-18/14	Wow Air ehf. v The Competition Authority, Isavia and Icelandair ehf.	Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur (Reykjavík District Court) Regulation (EEC) No 95/93 – Allocation of time slots at EEA airports – Intervention by competition authorities – Accelerated procedure	[2014] p. 1304
191	E-10/14	Enes Deveci and Others v SAS Denmark, Norway, Sweden	Request for an Advisory Opinion from Eidsivating lagmánsrett (Eidsivating Court of Appeal) Directive 2001/23/EC – Transfer of undertakings – Collective agreements – Freedom to conduct a business	[2014] p. 1364
192	E-11/14	EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Failure to implement – Directive 2011/7/EU on combating late payments in commercial transactions	[2015] p. 4

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
193	E-12/14 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Directive 2009/125/EC on ecodesign requirements for energy-related products – Failure to implement	[2015] p. 12
194	E-13/14 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Failure to implement – Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services	[2015] p. 20
195	E-14/14 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Failure to implement – Directive 2009/48/EC on the safety of toys	[2015] p. 30
196	E-15/14 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Failure to implement – Regulation (EU) No 1007/2011 on textile fibre names and related labelling and marking of the fibre composition of textile products – Commission Delegated Regulation (EU) No 286/2012	[2015] p. 40
197	E-19/13 Konkurrenten.no AS v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for annulment of a decision of the EFTA Surveillance Authority – State aid – Local bus transport services – Decision not to open the formal investigation procedure – Decision following the formal investigation procedure – Admissibility – Measures of organization of procedure	[2015] p. 52
198	E-17/14 EFTA Surveillance Authority v the Principality of Liechtenstein	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Freedom of establishment – Restrictions on pursuit of the profession of “Dentist” in Liechtenstein – Proportionality	[2015] p. 164
199	E-20/14 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Failure to implement – Regulation (EC) No 392/2009 on the liability of carriers of passengers by sea in the event of accidents	[2015] p. 192
200	E-21/14 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by a Contracting Party to fulfil its obligations – Failure to implement – Directive 2010/30/EU on product information of energy consumption	[2015] p. 202

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
201	E-16/14 Pharmaq AS v Intervet International BV	Request for an Advisory Opinion from Oslo tingrett (Oslo District Court) Veterinary medicinal products – Supplementary protection certificate – Regulation (EEC) No 1768/92 – Concept of “first authorisation to place a product on the market” in the European Economic Area – Active ingredient	[2015] p. 212
202	E-19/14 EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway	Direct Action Non-compliance with a judgment of the Court establishing a failure to fulfil obligations – Article 33 SCA – Measures necessary to comply with a judgment of the Court	[2015] p. 300
203	E-1/15 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by an EEA/EFTA State to fulfil its obligations – Failure to implement – Commission Directive 2010/26/EU amending Directive 97/68/EC of the European Parliament and of the Council on the approximation of the laws of the Member States relating to measures against the emission of gaseous and particulate pollutants from internal combustion engines to be installed in non-road mobile machinery	[2015] p. 330
204	E-2/15 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by an EEA/EFTA State to fulfil its obligations – Failure to implement – Regulation (EU) No 185/2010 on screening of passengers by ETD and HHMD equipment	[2015] p. 340
205	E-22/14 DB Schenker v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for discontinuance of proceedings - Costs	[2015] p. 350
206	E-23/14 Kimek Offshore AS v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for annulment – State aid – Failure to initiate the formal investigation procedure – Admissibility – Legal interest – Status as interested party – Doubts or serious difficulties – General measures – Aid scheme	[2015] p. 412
207	E-6/15 EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway	Direct Action Failure by an EFTA State to fulfil its obligations – Freedom to provide services – Directive 2006/123/EC on services in the internal market – Local authorisation requirement for construction works	[2015] p. 484
208	E-12/15 EFTA Surveillance Authority v the Principality of Liechtenstein	Direct Action Failure by an EEA/EFTA State to fulfil its obligations – Failure to implement – Directive 2011/83/EU on consumer rights	[2015] p. 502

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
209	E-3/15 Liechtensteinische Gesellschaft für Umweltschutz v Gemeinde Vaduz	Request for an Advisory Opinion from Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein (State Court of the Principality of Liechtenstein) Directive 2011/92/EU on environmental impact assessment of public and private projects – Article 11 – Right of access to a judicial review procedure – Effect of EEA law in national legal orders – Principles of equivalence and effectiveness	[2015] p. 512
210	E-7/15 EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway	Direct Action Failure by an EFTA State to fulfil its obligations – Directive 2008/50/EC on ambient air quality and cleaner air for Europe – Limit values for certain pollutants in ambient air – Air quality plan	[2015] p. 568
211	Joined Cases E-8/15 and E-9/15 Financial Services and Compensation Scheme Limited and De Nederlandsche Bank N.V. v The Depositors' and Investors' Guarantee Fund	Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur (Reykjavík District Court) Withdrawal of requests for Advisory Opinions	[2015] p. 586
212	E-10/15 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by an EEA/EFTA State to fulfil its obligations – Failure to implement – Directive 2009/126/EC on Stage II petrol vapour recovery during refuelling of motor vehicles at service stations	[2015] p. 646
213	E-11/15 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by an EEA/EFTA State to fulfil its obligations – Failure to implement – Directive 2011/83/EU on consumer rights	[2015] p. 656
214	E-23/14 INT EFTA Surveillance Authority v Kimek Offshore AS	Application for an interpretation of a judgment of the Court Procedure – Request for interpretation – Conditions of admissibility – Inadmissibility	[2015] p. 666
215	E-5/15 Matja Kumba T M'bye and Others v Stiftelsen Fossumkollektivet	Request for an Advisory Opinion from Eidsivating lagmannsrett (Eidsivating Court of Appeal) Directive 2003/88/EC – Working time – Protection of the safety and health of workers – Organisation of working time – Rest periods – Maximum weekly working time – Derogations from minimum rest periods – Workers' consent – Detriment	[2015] p. 674

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
216	E-13/15 Abuelo Insua Juan Bautista v Liechtensteinische Invalidenversicherung	Request for an Advisory Opinion from Fürstliches Obergericht (Princely Court of Appeal) Coordination of social security systems – Article 87(2) of Regulation (EC) No 987/2009 – Binding effect of medical findings of institution of place of stay or residence – Right to challenge those findings – Principle of equal treatment	[2015] p. 720
217	E-18/15 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by an EEA/EFTA State to fulfil its obligations – Failure to implement – Directive 2010/65/EU on reporting formalities for ships	[2015] p. 762
218	E-17/15 Ferskar kjötvörur ehf. v The Icelandic State	Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur (Reykjavík District Court) Jurisdiction – Article 8 EEA – Import of raw meat – Directive 89/662/EEC – Harmonisation of the regulatory regime for veterinary checks	[2016] p. 2
219	E-20/15 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by an EEA/EFTA State to fulfil its obligations – Failure to implement – Directive 2013/10/EU amending Directive 75/324/EEC on aerosol dispensers	[2016] p. 79
220	E-21/15 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by an EEA/EFTA State to fulfil its obligations – Failure to implement – Directive 2011/88/EU amending Directive 97/68/EC as regards the provisions for engines placed on the market under the flexibility scheme	[2016] p. 91
221	E-22/15 EFTA Surveillance Authority v The Principality of Liechtenstein	Direct Action Failure by an EEA/EFTA State to fulfil its obligations – Failure to implement – Directive 2011/62/EU – Directive 2012/26/EU	[2016] p. 103
222	E-23/15 EFTA Surveillance Authority v The Principality of Liechtenstein	Direct Action Failure by an EEA/EFTA State to fulfil its obligations – Failure to implement – Directive 2010/53/EU	[2016] p. 117
223	E-4/15 Icelandic Financial Services Association v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Action for annulment of a decision of the EFTA Surveillance Authority – State aid – Admissibility – Locus standi – Status of an association	[2016] p. 129
224	E-14/15 Holship Norge AS v Norsk Transportarbejderforbund	Request for an Advisory Opinion from Norges Høyesterett (the Supreme Court of Norway) Articles 31, 53 and 54 EEA – Competition law – Collective agreements – Collective action – Freedom of establishment	[2016] p. 238

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
225	Joined Cases E-15/15 and E-16/15 Franz-Josef Hagedorn v Vienna-Life Lebensversicherung AG Vienna Life Insurance Group and Rainer Armbruster v Swiss Life (Liechtenstein) AG	Request for an Advisory Opinion from Fürstlicher Oberster Gerichtshof (the Supreme Court of the Principality of Liechtenstein) Directive 2002/83/EC – Article 36 – Transfer of life assurance contracts – Admissibility – The term ‘assurance contract’ – Change in policy conditions	[2016] p. 345
226	E-19/15 EFTA Surveillance Authority v The Principality of Liechtenstein	Direct Action Failure by an EEA/EFTA State to fulfil its obligations – Prior authorisation schemes for establishment and cross-border services – Directive 2006/123/EC – Article 31 EEA – Article 36 EEA – Justification – Proportionality	[2016] p. 435
227	E-2/16 Gerhard Spitzer v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Preliminary objection to admissibility – Refusal to commence infringement proceedings – Directive 2002/47/EC – Challengeable measures – Time limit – Admissibility	[2016] p. 511
228	E-24/15 Walter Waller v Liechtensteinische Invalidenversicherung	Request for an Advisory Opinion from Fürstliches Obergericht (Princely Court of Appeal) Coordination of social security systems – Article 87(2) of Regulation (EC) No 987/2009 – Binding effect of medical findings	[2016] p. 525
229	E-28/15 Yankuba Jabbi v The Norwegian Government, represented by the Immigration Appeals Board	Request for an Advisory Opinion from Oslo tingrett (Oslo District Court) Directive 2004/38/EC – Right of residence – Derived rights for third country nationals	[2016] p. 573
230	E-25/15 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by an EFTA State to fulfil its obligations – State aid – Article 14(3) of Part II of Protocol 3 SCA – Failure to recover unlawfully granted aid	[2016] p. 629
231	E-30/15 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by an EFTA State to fulfil its obligations – Failure to implement – Directive 2011/62/EU amending Directive 2001/83/EC on the Community Code relating to medicinal products for human use	[2016] p. 655
232	E-31/15 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by an EFTA State to fulfil its obligations – Failure to implement – Directive 2011/77/EU amending Directive 2006/116/EC on the term of protection of copyright and certain related rights	[2016] p. 667
233	E-32/15 EFTA Surveillance Authority v The Principality of Liechtenstein	Direct Action Failure by an EFTA State to fulfil its obligations – Failure to implement – Directive 2006/126/EC – Directive 2011/94/EU – Directive 2012/36/EU	[2016] p. 679

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report
234	E-33/15 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by an EEA/EFTA State to fulfil its obligations – Failure to implement – Directive 2012/26/EU amending Directive 2001/83/EC as regards pharmacovigilance	[2016] p. 693
235	E-34/15 EFTA Surveillance Authority v Iceland	Direct Action Failure by an EFTA State to fulfil its obligations – Failure to implement – Directive 2012/46/EU amending Directive 97/68/EC on the approximation of the laws of the Member States relating to measures against the emission of gaseous and particulate pollutants from internal combustion engines to be installed in non-road mobile machinery	[2016] p. 705
236	E-35/15 EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway	Direct Action Failure by an EFTA State to fulfil its obligations – Directive 2000/59/EC on port reception facilities for ship-generated waste and cargo residues	[2016] p. 717
237	Joined Cases E-26/15 and E-27/15 Criminal proceedings against B and B v Finanzmarktaufsicht	Request for an Advisory Opinion from Fürstliches Obergericht (Princely Court of Appeal of the Principality of Liechtenstein) and Beschwerdekommission der Finanzmarktaufsicht (Appeals Board of the Financial Market Authority) Freedom to provide services – Article 36 EEA – Directive 2005/60/EC – Proportionality	[2016] p. 738
238	E-29/15 Sorpa bs. v The Icelandic Competition Authority (Samkeppniseftirlitið)	Request for an Advisory Opinion from Hæstiréttur Íslands (the Supreme Court of Iceland) Abuse of a dominant position – Notion of undertaking – Cooperative agencies established by municipalities – Waste management – Services of general economic interest – Dissimilar conditions applied to equivalent transactions with other trading parties – Price discrimination	[2016] p. 823
239	E-7/16 Míla ehf. v EFTA Surveillance Authority	Direct Action Preliminary objection to admissibility – State aid – Decision to close formal investigation procedure	[2016] p. 901
240	E-4/16 EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway	Direct Action Non-compliance with a judgment of the Court establishing a failure to fulfil obligations – Article 33 SCA – Measures necessary to comply with a judgment of the Court	[2016] p. 915
241	E-1/16 Synnøve Finden AS v The Norwegian Government, represented by the Ministry of Agriculture and Food	Request for an Advisory Opinion from Oslo tingrett (Oslo District Court) Product coverage of the EEA Agreement – Dairy products – State aid – State resources – Effect on trade and distortion of competition – Freedom of establishment	[2016] p. 929

Case	Parties	Type of Case	EFTA Court Report	
242	E-3/16	Ski Taxi SA, Follo Taxi SA and Ski Follo Taxidrift AS v The Norwegian Government, represented by the Competition Authority	<p data-bbox="542 232 976 280">Request for an Advisory Opinion from Norges Høyesterett (the Supreme Court of Norway)</p> <p data-bbox="542 287 976 356">Article 53 EEA – Restriction of competition by object – Public procurement – Submission of joint bids through a joint management company</p>	[2016] p. 1000
243	E-6/16	Fjarskipti hf. v The Icelandic Post and Telecom Administration	<p data-bbox="542 420 989 485">Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur (Reykjavík District Court)</p> <p data-bbox="542 493 989 584">Provision of telecommunications services – Directive 2002/21/EC – Electronic communications network – Electronic communications service – Public communications network</p>	[2016] p. 1082

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.

The EFTA Court is composed of three judges. The EFTA States which are parties to the EEA Agreement are Iceland, Liechtenstein and Norway.

This report contains information on the EFTA Court and the administration of the Court for the period from 1 January to 31 December 2016. In addition, it has a short section on the Judges and the staff and the Court's activities in 2016.

The report includes the full texts of the decisions of the EFTA Court as well as the reports for the hearing prepared by the Judge-Rapporteurs during this period. This Report also contains an index of decisions printed in prior editions of the EFTA Court Report.

