



Report of the EFTA Court

2004

Foreword

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

The first *Report of the EFTA Court* covers the period from *1 January 1994 to 30 June 1995* and contains an overview of the activities of the Court and the decisions during that period. The Report also contains general information on the establishment of the Court, its jurisdiction, legal status and procedures. The reader is referred to the first Report of the Court for information on these general matters. Since then the EFTA Court has issued eight reports, including this one, which, like the first Report, contain a general overview of the activities of the Court, including the decisions of the Court during the periods covered.

The present *Report of the EFTA Court* covers the period *1 January 2004 to 31 December 2004*.

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

A collection of the relevant legal texts for the EFTA Court as amended, can be found in the booklet EFTA Court Texts (latest edition March 2000). The booklet is available in English, German, Icelandic and Norwegian, and can be obtained from the Registry.

The EFTA Court published a booklet in 2004 entitled “Legal framework, case law and composition – 1994-2003”. As the name indicates, the publication summarizes the Court’s legal framework and its case law since 1994. It also gives an account of the Court’s composition, including the former Members of the Court. Its aim is to serve as a tool of information for those who take interest in European integration. The booklet can be found on the EFTA Court website, and a hard copy can also be obtained from the Registry.

Decisions of the EFTA Court which have not yet been published in the Report may be obtained from the Registry by mail or e-mail, or on the EFTA Court Home Page on the Internet. All addresses are provided in Chapter I below.

Table of Contents

<i>Foreword</i>	I
I. Administration of the Court.....	IV
II. Judges and Staff	VII
III. Decisions of the Court.....	XIII
Case E-3/03, <i>Transportbedriftenes Landsforening and Nor-Way Bussekspress AS v EFTA Surveillance Authority</i> – Order, 25 February 2004	1
Case E-4/03, <i>EFTA Surveillance Authority v Norway</i> – Summary	3
– Judgment, 5 May 2004.....	4
Case E-1/04, <i>Fokus Bank ASA v Staten v/Skattedirektoratet</i> – Summary	11
– Advisory Opinion, 23 November 2004.....	15
– Report for the Hearing	30
Case E-2/04, <i>Reidar Rasmussen, Jan Rossavik and Johan Kåldman v Total E&P Norge AS, v/styrets formann</i> – Summary	57
– Advisory Opinion, 15 December 2004.....	59
– Report for the Hearing	74
Case E-3/04, <i>Tsomakas Athanasios and others v Staten v/Rikstrygdeverket</i> – Summary	95
– Advisory Opinion, 15 December 2004.....	97
– Report for the Hearing	108
IV. List of previously published decisions by the EFTA Court.....	136

I. Administration of the Court

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

In accordance with Article 45 of the ESA/Court Agreement, the Governments of the EFTA/EEA States decided on 14 December 1994 that the seat of the Court should be moved from Geneva to Luxembourg as soon as suitable premises could be made available. Since 1 September 1996, the Court has had its seat at 1, rue du Fort Thüngen, Kirchberg, Luxembourg.

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

Provisions for the internal administration of the Court are laid down in the Staff Regulations and Rules and in the Financial Regulations and Rules as adopted on 4 January 1994, and as later amended.

As provided for in Article 14 of Protocol 5 to the ESA/Court Agreement on the Statute of the EFTA Court, the Court remains permanently in session. Its offices are open from Monday to Friday each week, except for official holidays.

The Court has received a number of visits during the period covered by this Report. Particular emphasis has been put on the exchange with judges from the new EC and EEA Member States. In addition to its regular meetings with the Courts of the European Communities, the EFTA Court paid an official visit to the European Court of Human Rights on 6 May 2004. Judges have given speeches in all the EEA/EFTA States during the year. The annual seminar for judges from Iceland, Liechtenstein and Norway took place on 11-12 November.

In 2004, the Court celebrated its Tenth Anniversary. On that occasion the Court gave an official reception at Abbaye Neumunster, in Luxembourg, on 20 October 2004. On 21 October, a symposium was held at Cercle Municipal in Luxembourg. The symposium was attended by approximately 200 persons, among them all the Court's Former Judges, High Representatives of the governments of the EEA/EFTA states, Chief Justices of the Supreme Courts of the EEA/EFTA States, the Members of the EFTA Surveillance Authority College, High Representatives of the EU Commission, as well as the Presidents of the Court of Justice of the European Communities, the Court of First Instance of the European Communities, the European Court of Human Rights, and the Swiss Supreme Court. Speakers were Professor Peter-Christian Müller-Graff from the University of Heidelberg, Professor Hans Petter Graver from the University of Oslo, Marco Bronckers, Attorney at Law and Professor at the University of Leiden, Professor Vassilios Skouris, President of the Court of Justice of the European Communities, Justice Karl Utgård from the Supreme Court of Norway, Professor Stefán Már Stefánsson from the University of Iceland, Judge Allan Rosas from the Court of Justice of the European Communities, and EFTA Court President Carl Baudenbacher. Participants in the symposium were representatives of all branches of the legal profession: Judges, advocates general, representatives of governments, the EFTA Surveillance Authority, and of the European Commission, lawyers in private practice and academics. The speeches given at the symposium mainly circled around four issues: homogeneity under the EEA Agreement, the relationship between the European and the national legal orders, the question of whether non-legal factors and collective preferences may be relevant in the interpretation of EC/EEA law and WTO law, and the European judicial dialogue. Festivity speeches were given by Leif Sevón, Former President of the EFTA Court and Former Judge of the Court of Justice of the European Communities, now Chief Justice of Finland, and Bo Vesterdorf, President of the Court of First Instance of the European Communities.

The home page of the Court is found via the following Internet address:

<http://www.eftacourt.lu>

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

The Court's e-mail address is:

eftacourt@eftacourt.lu

II. Judges and Staff

The members of the Court in 2004 were as follows:

Mr Carl BAUDENBACHER (nominated by Liechtenstein)

Mr Per TRESSELT (nominated by Norway)

Mr Thorgeir ÖRLYGSSON (nominated by Iceland)

The judges are appointed by common accord of the Governments of the EFTA States. Judge Baudenbacher was appointed for a period of six years commencing 6 September 1995 and was reappointed for a period of six years commencing 6 September 2001. Judge Tresselt was appointed for a period of six years commencing 1 January 2000. Judge Örylgsson was appointed for a period of six years commencing 1 January 2003.

Judge Baudenbacher was elected President of the Court on 15 January 2003 for a period of three years, ending 31 December 2005.

Mr Henning Harborg was appointed Registrar of the Court for a period of three years commencing 1 September 2004.

The ESA/Court Committee decided by common accord to approve for a period of three years with effect from 1 July 2004, the following list of persons who may be chosen to serve as *ad hoc* Judges when a regular Judge is prevented from acting in a particular case pursuant to Article 15 of the Statute:

Nominated by Iceland:

Ms Dóra Guðmundsdóttir, lögfræðingur

Mr Stefán Már Stefánsson, prófessor

Nominated by Liechtenstein:

Ms Nicole Kaiser, Rechtsanwältin

Mr Martin Ospelt, Rechtsanwalt

Nominated by Norway:

Mr Henrik Bull, førsteamanuensis

Ms Bjørg Ven, advokat

In addition to the Judges, the following persons were employed by the Court in 2004:

Ms Helga ADÓLFSDÓTTIR, Administrative Assistant (from 5 January to 16 July 2004)

Ms Harriet BRUHN, Financial and Administrative Officer

Mr Dirk BUSCHLE, Legal Secretary

Ms Evanthia COFFEE, Lawyer-Linguist

Ms Mary COX, Administrative Assistant (from 1 July 2004)

Mr Lucien DEDICHEN, Registrar (until 31 August 2004)

Ms Linda DRAGVOLL, Translator (temporary, from 1 November 2004)

Ms Hrafnhildur EYJÓLFSDÓTTIR, Secretary

Ms Kristín HARALDSDÓTTIR, Legal Secretary

Mr Henning HARBORG, Registrar (from 1 September 2004)

Ms Sigrid HAUSER-MARTINSEN, Secretary

Ms Katinka MAHIEU, Legal Secretary

Ms Bryndís PÁLMARSDÓTTIR, Administrative Officer/Translator

Mr Gilles PELLETIER, Caretaker-Messenger

Ms Kerstin SCHWIESOW, Secretary

Ms Elísabet SIGURÐARDÓTTIR, Secretary (from 1 March 2004 to 16 July 2004)

CURRICULA VITAE OF THE JUDGES AND THE REGISTRAR



Carl BAUDENBACHER

Born: 1 September 1947, in Basel, Switzerland.

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

Professional career: University of Bern and Zurich, Assistant, 1972–1978; Legal Secretary, Bulach District Court, 1982–1984; Visiting Professor, Universities of Bochum, Berlin, Tübingen, Marburg, Saarbrücken, 1984–1986; Professor of Private Law, University of Kaiserslautern, 1987; Chair of Private, Commercial and Economic Law, University of St. Gallen since 1987;

Managing Director of the University of St. Gallen Institute of European Law 1991; Visiting Professor, University of Geneva, 1991; Expert advisor to the Liechtenstein Government in EEA matters 1990–1994; Visiting Professor, University of Texas School of Law, since 1993; Chairman of the St. Gallen International Competition Law Forum since 1993, offered the Chair of German and European Private, Commercial and Economic law at the University of Bochum, 1994; Member of the Supreme Court of the Principality of Liechtenstein, 1994–1995; Judge of the EFTA Court since 6 September 1995; President of the EFTA Court since 15 January 2003.

Publications: 35 books and over 120 articles on European and international law, law of obligations, labour law, law of unfair competition, antitrust law, company law, intellectual property law and comparative law.



Per TRESSELT

Born: 4 January 1937, in Bergen, Norway.

Studies: University of Oslo, Cand. jur. 1961.

Professional career: Entered Norwegian Foreign Service, 1961. Various posts, including Legal Department of Foreign Ministry and Permanent Mission to the UN, New York. Special Adviser to the Foreign Minister on Arctic and Antarctic Affairs, 1978. Director General, Legal Department, Foreign Ministry 1983. Ambassador to Berlin 1989, Consul General Berlin 1990. Ambassador to Moscow 1994–1999. Judge of the EFTA Court since 1 January 2000. Member of Norwegian Delegation to the Seabed Committee and to the Third United Nations Conference on the Law of the Sea 1971–78, and of Delegation to negotiate a Trade

Agreement with the European Economic Community 1972–73. Co-Agent for Norway in the Case concerning maritime delimitation in the area between Greenland and Jan Mayen (*Denmark v Norway*), 1988–93. Member of the Arbitral Tribunal in the Southern Bluefin Tuna Cases (*Australia and New Zealand v Japan*), 2000. Member of the Permanent Court of Arbitration from 1993. Member of the Court of Conciliation and Arbitration within the OSCE from 1999.



Thorgeir ÖRLYGSSON

Born: 13 November 1952, in Reykjavík, Iceland.
Studies: Graduation from the University of Iceland 1978. LL.M. (Public and Private International Law) from Harvard Law School, Cambridge, Massachusetts, USA, in 1980.

Professional career: Assistant Judge, City Court of Reykjavík, 1978–1982. Legal Secretary to the Supreme Court Justices, Supreme Court of Iceland, 1982–1984. Associate Professor, Faculty of Law, University of Iceland, 1984–1986. Judge, City Court of Reykjavík, 1986–1987. Professor (Property Law, Law of Obligations, Private International Law), Faculty of Law, University of Iceland, 1987–1999. Dean, Faculty of Law, University of Iceland, 1995–1997. Vice-President of the University of Iceland, 1996–1997. Permanent Secretary, Ministry of Industry and Trade of Iceland, 1999–2002. Judge of the EFTA Court from 1 January 2003.

Chairman of the Icelandic Patent and Trade Mark Appeal Committee from 1984–1990. Chairman of the Icelandic Data Protection Commission from 1986–1999.

Publications: Various publications in the field of Property Law, Law of obligation and Private International Law.



Lucien DEDICHEN

Born: 14 February 1962, in Oslo, Norway.
Studies: University of Oslo 1983–1990, cand. jur.; College of Europe, Bruges, Belgium 1988–1989, Diploma of Advanced European Legal Studies; Faculté de Droit et de Science Politique d’Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1987/1988; Royal Norwegian Naval Academy (OMA III) 1980–1982, second lieutenant, including one year active duty as officer in the 23rd fast patrol boat squadron.

Professional career: Junior adviser, Ministry of Foreign Affairs, Oslo, 1990/1991; trainee, Legal Affairs department of the EFTA Secretariat, Geneva, 1991; legal officer, Legal Affairs department of the EFTA Secretariat, Geneva, 1991–1992; legal officer, Legal Affairs department and the EEA Coordination Unit of the EFTA Secretariat, Brussels, 1992–1999; legal consultant, TelePlus AS, Oslo, 1999–2000; Registrar of the EFTA Court from 1 September 2001 to 1 September 2004.

Publications: co-author: *EEA Law, A commentary on the EEA Agreement*, CE Fritzes AB 1993; ‘Securing a smooth shift between the two EEA pillars: prolonged competence of EFTA institutions with respect to former EFTA States after their accession to the European Union,’ CMLR 32, 1995; *EØS håndboken, EØS-avtalen – innhold og praktisering*, Universitetsforlaget 1998.



Henning HARBORG

Born: 19 February 1969, in Lørenskog, Norway
Studies: University of Oslo, Cand. jur. 1996. Admitted to the Norwegian Bar 1999. Leave to practice before the Norwegian Supreme Court 2002.

Professional career: Research Fellow, Institute of Private Law, University of Oslo 1992–1993. Editor of the Norwegian law review *Jussens Venner* 1993–1995. Lecturer at the University of Oslo on Property Law, Public Administrative Law and Civil Procedural Law 1993–2005. Assistant Attorney, Office of the Attorney General (Civil Affairs) 1997–1998. Associate Expert, United Nations High Commissioner for Human Rights 1998–2000.

Attorney, Office of the Attorney General (Civil Affairs) 2000. Secretary to a Parliamentary Board of Inquiry (*Gardermo-kommisjonen*) 2000–2001. Attorney, Office of the Attorney General (Civil Affairs) 2001–2004. Registrar of the EFTA Court since 1 September 2004.

Photos: Pierre Lindberg

III. Decisions of the Court

ORDER OF THE PRESIDENT OF THE COURT

25 February 2004

(Withdrawal of an application)

In Case E-3/03,

Transportbedriftenes Landsforening and Nor-Way Bussekspress AS,

Applicants,

v

EFTA Surveillance Authority,

Defendant,

APPLICATION pursuant to Article 36(2) of Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice,

THE PRESIDENT OF THE COURT

makes the following

ORDER

By letter dated 18 September 2003 and registered at the Court on 22 September 2003, an application for annulment of the Defendant's Decision No. 140/03/COL of 16 July 2003 concerning State aid was submitted to the Court.

By letter dated 18 February 2004, registered at the Court on the same date, the Applicants withdrew the application.

The President finds that the conditions of discontinuance of the proceedings according to Article 74 of the Rules of Procedure have been met. Pursuant to the first sentence of Article 66(5) of the Rules of Procedure, the party who discontinues or withdraws from proceedings shall be ordered to pay the costs if they have been applied for in the other party's pleadings. The Defendant has requested the Court to order the Applicants to pay the costs in its Statement of Defence dated 21 November 2003, registered at the Court on the same date. The Applicants have not applied for

the costs to be borne by the Defendant in their letter dated 18 February 2004, nor is the President aware of any agreement between the parties with regard to the costs.

On those grounds,

THE PRESIDENT OF THE COURT

hereby orders:

- 1. Case E-3/03 is removed from the Register.**
- 2. The Applicants pay the costs of the Defendant.**

Luxembourg, 25 February 2004

Carl Baudenbacher
President

Dirk Buschle
Legal Secretary,
Acting Registrar

Case E-4/03

The EFTA Surveillance Authority
v
The Kingdom of Norway

(Failure of a Contracting Party to fulfil its obligations – Article 8 of Directive 98/34/EC)

Judgment of the Court, 5 May 2004 4

Summary of the Judgment

1. Article 3 of the EEA Agreement imposes upon the Contracting Parties the general obligation to take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of the Agreement.

2. A Contracting Party fails to fulfil its obligations under Article 8 of Directive 98/34/EC laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations as adapted to the EEA Agreement by Protocol 1 thereto, and referred to in point 1 of Chapter XIX of Annex II to the EEA Agreement, if it adopts a technical regulation without previously notifying it to the EFTA Surveillance Authority at the drafting stage.

JUDGMENT OF THE COURT

5 May 2004

(Failure of a Contracting Party to fulfil its obligations – Article 8 of Directive 98/34/EC)

In Case E-4/03,

EFTA Surveillance Authority, represented by Niels Fenger, Director, and Arne Torsten Andersen, Officer, Legal & Executive Affairs, acting as Agents, 74 Rue de Trèves, Brussels, Belgium,

Applicant,

v

The Kingdom of Norway, represented by Guro Hansson Bull, Adviser, Department for Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs, acting as Agent, 7 juni plass 1, Victoria Terrasse, Oslo, Norway,

Defendant,

APPLICATION for a declaration that, by adopting Regulation No 853 of 28 August 1998 regarding type approval of gaming machines (*forskrift av 28. august 1998 nr. 853 om typegodkjenning av gevinstautomater*) without previously notifying the EFTA Surveillance Authority at the drafting stage, the Kingdom of Norway has failed to fulfil its obligation under Article 8 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, as amended and adapted to the EEA Agreement by Protocol 1 thereto.

THE COURT,

composed of: Carl Baudenbacher, President, Per Tresselt and Thorgeir Örlygsson (Judge-Rapporteur), Judges,

Registrar: Lucien Dedichen,

having regard to the written pleadings of the parties and the written observations of the Commission of the European Communities, represented by John Forman, Legal Adviser, and Roberto Amorosi, Member of its Legal Service, acting as Agents,

having decided, after receiving express consent from the parties, to dispense with the oral procedure,

gives the following

Judgment

I Facts and procedure

- 1 By an application lodged at the Court on 22 December 2003, the EFTA Surveillance Authority brought an action under Article 31(2) of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice for a declaration that, by adopting Regulation No 853 of 28 August 1998 regarding type approval of gaming machines (*forskrift av 28. august 1998 nr. 853 om typegodkjenning av gevinstautomater*, hereinafter the “Gaming Machines Regulation”) without previously notifying the EFTA Surveillance Authority at the drafting stage, the Kingdom of Norway has failed to fulfil its obligation under Article 8 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, (hereinafter “Directive 98/34/EC”), which was made part of the EEA Agreement by Decision No 146/1999 of the EEA Joint Committee of 5 November 1999, and is listed in point 1 of Chapter XIX of Annex II to the EEA Agreement.
- 2 By letter of 21 June 2002, the EFTA Surveillance Authority informed the Government of Norway that it had received a complaint alleging failure by Norway to notify the EFTA Surveillance Authority, in accordance with the provisions of Directive 98/34/EC, of several draft technical regulations regarding lotteries, including the Gaming Machines Regulation.
- 3 In a reply of 15 August 2002, the Norwegian Government acknowledged that the EFTA Surveillance Authority should have been notified of the Gaming Machines Regulation, in accordance with Directive 98/34/EC, prior to its adoption.
- 4 In a letter of 17 February 2003, the Norwegian Government confirmed this position and informed that draft proposals for new technical regulations concerning gaming devices, replacing inter alia the Gaming Machines

Regulation, would be issued and the EFTA Surveillance Authority notified within the year.

- 5 Having received no further information regarding the planned revision, the EFTA Surveillance Authority sent a letter of formal notice to the Norwegian Government on 4 April 2003, concluding that Norway had failed to fulfil its obligations under Article 8 of Directive 98/34/EC as well as Article 3 of the EEA Agreement by failing to give timely notice of the draft Gaming Machines Regulation to the EFTA Surveillance Authority. The Government of Norway was invited to submit its observations on the matter within two months of receiving the letter of formal notice.
- 6 The Norwegian Government did not respond to the letter of formal notice. On 17 July 2003, the EFTA Surveillance Authority delivered a reasoned opinion to the Norwegian Government concluding that Norway had failed to fulfil its obligation under Article 8 of Directive 98/34/EC as well as Article 3 of the EEA Agreement in respect of the Gaming Machines Regulation, and requesting Norway to take the measures necessary to comply with the reasoned opinion within three months.
- 7 In a response to the reasoned opinion dated 8 October 2003, the Norwegian Government reiterated its acknowledgement that Directive 98/34/EC was applicable to the Gaming Machines Regulation and that it should have notified the EFTA Surveillance Authority in accordance with Directive 98/34/EC. In this letter, the Norwegian Government also stated that the Gaming Machines Regulation would be repealed in two steps, in part from 1 January 2004, and fully from 1 January 2005.
- 8 There was no further correspondence between the parties until the present application was brought before the Court.

II Legal background

EEA law

- 9 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 L 204, 21.7.1998) is referred to in point 1 of Chapter XIX of Annex II to the EEA Agreement.
- 10 Directive 98/34/EC repealed Directive 83/189/EEC (OJ L 109, 26.4.1983) and amendments thereto. It was subsequently amended by Directive 98/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998 (OJ L 217, 5.8.1998, hereinafter, “Directive 98/48/EC”), which was incorporated into the EEA Agreement by Joint Committee Decision 16/2001, which entered into force on 1 March 2001.

11 Article 8(1) of Directive 98/34/EC, as amended, states:

1. Subject to Article 10, Member States shall immediately communicate to the Commission any draft technical regulation, except where it merely transposes the full text of an international or European Standard, in which case information regarding the relevant standard shall suffice; they shall also let the Commission have a statement of the grounds which make the enactment of such a technical regulation necessary, where these have not already been made clear in the draft.

12 Prior to the amendments made to Directive 98/34/EC by Directive 98/48/EC the term “draft technical regulation” was defined in Article 1(10) as follows:

the text of a technical specification or other requirement, including administrative provisions formulated with the aim of enacting it or of ultimately having it enacted as a technical regulation, the text being at a stage of preparation at which substantial amendments can still be made.

After the amendments made to Directive 98/34/EC by Directive 98/48/EC the term “draft technical regulation” is defined in Article 1(12) as follows:

the text of a technical specification or other requirement or of a rule on services, including administrative provisions, formulated with the aim of enacting it or of ultimately having it enacted as a technical regulation, the text being at a stage of preparation at which substantial amendments can still be made;

13 Before the amendments made to Directive 98/34/EC by Directive 98/48/EC the term “technical regulation” was defined in Article 1(9) as follows:

technical specifications and other requirements, including the relevant administrative provisions, the observance of which is compulsory, *de jure* or *de facto*, in the case of marketing or use in a Member State or a major part thereof, as well as laws, regulations or administrative provisions of Member States, except those provided for in Article 10, prohibiting the manufacture, importation, marketing or use of a product.

After the amendments made to Directive 98/34/EC by Directive 98/48/EC the term “technical regulation” is defined in Article 1(11) as follows:

technical specifications and other requirements or rules on services, including the relevant administrative provisions, the observance of which is compulsory, *de jure* or *de facto*, in the case of marketing, provision of a service, establishment of a service operator or use in a Member State or a major part thereof, as well as laws, regulations or administrative provisions of Member States, except those provided for in Article 10, prohibiting the manufacture, importation or use of a product or prohibiting the provision or use of a service, or establishment as a service provider.

14 The term “technical specification” is defined in Article 1(3) (Article 1(2) of Directive 98/34/EC as it read before it was amended by Directive 98/48/EC) as a specification contained in a document which lays down the characteristics required of a product.

National law

- 15 The Gaming Machines Regulation lays down the requirements for type approval of gaming machines used for commercial operations. According to Section 1 of the Regulation, such machines have to be type approved by the Norwegian Gaming Board (*Lotteritilsynet*). Section 6 of the Regulation lists the main requirements that gaming machines must fulfil to be type approved, such as minimum game time, maximum sound output of the machines and pay out requirements. More detailed requirements are set out in an Annex to the Regulation, concerning inter alia game functionality/performance and sounds.

III Arguments of the parties

- 16 The application is based on one plea in law: by adopting the Gaming Machines Regulation without previously notifying the Applicant at the drafting stage, the Defendant has failed to fulfil its obligations under Article 8 of Directive 98/34/EC.
- 17 The Applicant points out that the purpose of Directive 98/34/EC is to forestall the introduction of new national technical measures relating to goods that have an equivalent effect to quantitative restrictions on the free movement of goods. The notification procedure may influence the very content of the national regulation and constitutes an important safeguard measure, which will not achieve its purpose by an ex-post facto declaration by the relevant State.
- 18 The Applicant submits that the Gaming Machines Regulation constitutes a technical regulation as defined by Directive 98/34/EC and refers in that respect to the requirements laid down in Section 6 of the Gaming Machines Regulation and the Annex to the Regulation. It is the view of the Applicant that these requirements constitute technical specifications within the meaning of Article 1(2) of Directive 98/34/EC. The reference in the Application is to Directive 98/34/EC as it read before it was amended by Directive 98/48/EC. Consequently, as the Gaming Machines Regulation contains *de jure* compulsory specifications, which have to be met before putting the machines into operation, the Regulation must be considered as a technical regulation in accordance with the definition of that term in Article 1(9) of Directive 98/34/EC.
- 19 The Defendant has, from the beginning of the pre-litigation procedure, acknowledged that the Gaming Machines Regulation should have been notified in accordance with Article 8 of Directive 98/34/EC and acknowledged its failure to fulfil its obligations. In the statement of defence, the Defendant has requested that the Court declare the application to be founded.
- 20 The Commission of the European Communities supports, in its written observations, the view of the Applicant and concludes that the application should be granted.

IV Findings of the Court

- 21 In its application, the Applicant refers to Directive 98/34/EC as it read before it was amended by Directive 98/48/EC, based on the reasoning that the amendments had no bearing on the proceedings. While not rejecting this argument, the Court bases its judgment on Directive 98/34/EC, as amended by Directive 98/48/EC.
- 22 Under the Gaming Machines Regulation, type approval by the Norwegian Gaming Board is a necessary requirement for the use of gaming machines in Norway. In order to have type approval, the requirements laid down in Section 6 of the Gaming Machines Regulation and its Annex must be fulfilled. Consequently, the Gaming Machines Regulation lays down technical specifications within the meaning of Article 1(3) of Directive 98/34/EC, as amended, the observance of which is compulsory, *de jure*, for use of such machines, and thus constitutes a technical regulation within the meaning of Article 1(11) of Directive 98/34/EC, as amended. This has not been disputed by the Defendant, which has from the beginning of the pre-litigation procedure acknowledged its failure to give notice of the draft Gaming Machines Regulation.
- 23 The Court refers to Article 3 of the EEA Agreement which imposes upon the Contracting Parties the general obligation to take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of the Agreement (see, Judgment of the EFTA Court in Case E-10/97 *EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway* [1998] EFTA Court Report 134, at paragraph 15 and Judgment of the EFTA Court in Case E-2/99 *EFTA Surveillance Authority v Norway* [2000-2001] EFTA Court Report 1, at paragraph 18).
- 24 In light of the above it must be held that by adopting Regulation No 853 of 28 August 1998 regarding type approval of gaming machines, without previously notifying the Applicant at the drafting stage, the Defendant has failed to fulfil its obligations under Article 8 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, as amended by Directive 98/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998, adapted to the EEA Agreement by Protocol 1 thereto, and referred to in point 1 of Chapter XIX of Annex II to the EEA Agreement.

V Costs

- 25 Under Article 66(2) of the Rules of Procedure, the unsuccessful party is to be ordered to pay the costs if they have been applied for in the successful party's pleadings. The Applicant has asked that the Defendant be ordered to pay the costs. Since the latter has been unsuccessful, it must be ordered to pay the costs.

On those grounds,

THE COURT

hereby:

- 1. Declares that, by adopting Regulation No 853 of 28 August 1998 regarding type approval of gaming machines, without previously notifying the EFTA Surveillance Authority at the drafting stage, the Kingdom of Norway has failed to fulfil its obligation under Article 8 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, as amended by Directive 98/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998, adapted to the EEA Agreement by Protocol 1 thereto, and referred to in point 1 of Chapter XIX of Annex II to the EEA Agreement.**
- 2. Orders the Kingdom of Norway to pay the costs of the proceedings.**

Carl Baudenbacher

Per Tresselt

Thorgeir Örlygsson

Delivered in open court in Luxembourg on 5 May 2004.

Lucien Dedichen
Registrar

Carl Baudenbacher
President

Case E-1/04

Fokus Bank ASA

v

**The Norwegian State, represented by Skattedirektoratet
the Directorate of Taxes)**

*(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)*

Judgment of the Court, 23 November 2004	15
Report for the Hearing	30

Summary of the Judgment

1. Even though the tax systems of the EFTA States party to the EEA Agreement are not, as a general rule, covered by the EEA Agreement, they must exercise their taxation power consistent with EEA law.

Notwithstanding the liberty of the Contracting Parties to determine, within the framework of bilateral double taxation agreements, the connecting factors for the purposes of allocating powers of taxation as between themselves, they may not disregard EEA law in the exercise of the power of taxation so allocated.

The rules governing the free movement of capital in the EEA Agreement are essentially identical in substance to those in the EC Treaty

The distribution and receipt of dividends constitutes movement of capital within the meaning of Article 40 EEA.

2. Article 40 EEA prohibits restrictions between the Contracting Parties on the movement of capital belonging to persons resident in EC or EFTA States, and discrimination based on the nationality or the place of residence of natural or legal persons or on the place where such capital is invested.

Sak E-1/04

Fokus Bank ASA mot Den norske stat v/Skattedirektoratet

(Fri bevegelighet for kapital – skattlegging av aksjeutbytte – skattefradrag bare innrømmet aksjonærer hjemmehørende i én EØS-stat – saksbehandlingsrettigheter for aksjonærer hjemmehørende i andre EØS-stater)

Domstolens avgjørelse 23. november 2004	15
Rettsmøterapport	30

Sammenheng av avgjørelsen

1. Selv om skattesystemene til de EFTA-stater som er parter i EØS-avtalen som hovedregel ikke er omfattet av EØS-avtalen, må EØS/EFTA-statene utøve sin beskatningskompetanse i overensstemmelse med EØS-retten.

EØS-statene har innenfor rammene av bilaterale avtaler som er inngått for å unngå dobbeltbeskatning, frihet til å fastsette hvilke tilknytningsfaktorer som skal gjelde for fordeling av beskatningskompetansen dem imellom. Det betyr imidlertid ikke at en EØS-stat, ved utøvelsen av den beskatningskompetanse som derved er fordelt, kan se bort fra EØS-retten.

EØS-avtalens regler om fri bevegelighet for kapital er innholdsmessig i hovedsak identiske med de tilsvarende reglene i EF-traktaten.

Utdeling og mottak av utbytte innebærer overføring av kapital i EØS-avtalen artikkel 40s forstand.

2. Artikkel 40 EØS forbyr restriksjoner mellom EØS-statene på overføring av kapital som tilhører personer hjemmehørende i EFs medlemsstater eller EFTA-statene, samt forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet, bosted eller stedet for kapitalanbringelsen.

That provision confers a right upon individuals and economic operators to market access.

The national tax provisions at issue in the main proceedings may adversely affect the profit of non-resident shareholders and may thereby have the effect of deterring them from investing capital in companies having their seat in Norway. The application of such provisions impedes the freedom of companies and individuals resident in another Contracting Party to invest in Norway.

Those provisions are also capable of having the effect of impeding Norwegian companies from raising capital outside Norway. Therefore, the Norwegian legislation affects market access of both the distributing companies and the foreign shareholders, and thereby constitutes a restriction within the meaning of Article 40 EEA.

3. As regards possible justification, Article 40 EEA does not preclude the Contracting Parties from applying the relevant provisions of their tax law that distinguish between taxpayers who are not in the same situation with regard to their place of residence. However, as this constitutes a derogation from the fundamental principle of the free movement of capital, it must be interpreted strictly. A difference in treatment can only be regarded as compatible with Article 40 EEA where the situations at issue are not objectively comparable, or where it is justified by reasons of overriding public interest. In order to be justified, moreover, the difference in treatment must not exceed what is necessary in

order to attain the objective of the legislation.

The mere fact that the resident shareholders have general tax liability in Norway while non-resident shareholders are subject to tax in Norway only with respect to profits which they earn there, is not sufficient to prevent the two categories from being considered as comparable situations.

The purpose of the tax credit mechanism set up by Norwegian tax law is to avoid economic double taxation. That purpose can only be achieved if all the shareholders are given the benefit of an imputation credit, irrespective of their places of residence. Economic double taxation of the same assets will create the same undesirable effect, regardless of the shareholders' places of residence. In that respect, residents and non-residents are in a comparable situation.

The restriction contrary to Article 40 EEA cannot be justified on the grounds of cohesion of the international tax system. Firstly, the basis for the interpretation of Article 40 EEA is the effect of national measures on individuals and economic operators within the EEA. Secondly, permitting derogations from the fundamental principle of free movement of capital laid down in Article 40 EEA on the grounds of safeguarding the cohesion of the international tax system would amount to giving bilateral tax agreements preference over EEA law.

Bestemmelsen gir individer og økonomiske aktører en rett til markedsadgang.

Den omstridte nasjonale lovgivningen kan virke negativt inn på fortjenesten til aksjonærer som ikke er hjemmehørende i Norge og således ha til virkning at de avholdes fra å investere kapital i selskaper med sete i Norge. Anvendelsen av slike bestemmelser begrenser friheten til å investere i Norge for selskaper og individer som er hjemmehørende i en annen EØS-stat.

Disse bestemmelsene kan også vanskeliggjøre norske selskapers muligheter til å reise utenlandsk kapital. Den norske lovgivningen påvirker derfor markedsadgangen både for de utdelende selskap og de utenlandske aksjonærene, og den utgjør derved en restriksjon i EØS-avtalen artikkel 40s forstand.

3. Hva gjelder mulig rettferdiggjøring, utelukker artikkel 40 EØS ikke EØS-stater fra å anvende bestemmelser i sin skattelovgivning som sonderer mellom skattebetalere som ikke er i samme situasjon med hensyn til hjemhørighet. Ettersom dette innebærer en innskrenkning av det grunnleggende prinsippet om den frie bevegelighet for kapital, må det imidlertid fortolkes snevert. En ulik behandling kan bare anses for å være i overensstemmelse med artikkel 40 EØS der de angjeldende situasjonene ikke er objektivt sammenlignbare, eller der slik behandling rettferdiggjøres av tvingende allmenne hensyn. For å rettferdiggjøres må forskjellsbehandlingen dessuten ikke gå ut over hva som er nødvendig

for å oppnå formålet med lovgivningen.

Det forhold at aksjonærer som er hjemmehørende i Norge har alminnelig skatteplikt i Norge, mens aksjonærer hjemmehørende i utlandet bare skattlegges i Norge med hensyn til fortjeneste som opptjenes der, er ikke alene tilstrekkelig til å forhindre at de to kategoriene anses som sammenlignbare situasjoner.

Formålet med godtgjørelsesmekanismen i den norske skattelovgivning er å unngå økonomisk dobbeltbeskatning. Dette formålet kan bare oppnås dersom alle aksjonærene innrømmes godtgjørelsesfradrag, uten hensyn til hvor de måtte høre hjemme. Økonomisk dobbeltbeskatning av de samme verdier skaper den samme uønskede effekten, uavhengig av hjemhørighet, og i så henseende er aksjonærer som er henholdsvis hjemmehørende og ikke hjemmehørende i en stat, i en sammenlignbar situasjon.

Restriksjonen etter artikkel 40 EØS kan ikke rettferdiggjøres ut fra hensynet til sammenhengen i det internasjonale skattesystemet. For det første er grunnlaget for fortolkningen av artikkel 40 EØS den virkning nasjonale foranstaltninger har overfor individer og økonomiske aktører innen EØS. For det andre ville aksept av en rett til å fravike det grunnleggende prinsippet om fri bevegelighet for kapital som er nedfelt i artikkel 40 EØS, for å beskytte sammenhengen i det internasjonale skattesystemet, innebære at bilaterale skatteavtaler gikk foran EØS-retten.

A Contracting Party cannot make the rights conferred by Article 40 EEA subject to the contents of a bilateral agreement concluded with another Contracting Party.

The aim of avoiding economic double taxation of profits that have already been taxed in the hand of the distributing company would not be affected in any way if this benefit of the Norwegian tax legislation would also be given to shareholders residing outside Norway.

If a national legislation is at least in part meant to prevent reduction in tax revenue, this constitutes a requirement of purely economic nature, and cannot be regarded as a reason of overriding public interest. Therefore, it cannot be relied upon to justify a restriction on the exercise of a fundamental freedom.

4. Denying the benefit of a tax credit to foreign shareholders places them at a disadvantage when pursuing investments in Norwegian joint stock companies as compared to shareholders resident in Norway. Therefore, the legislation at issue also constitutes discrimination prohibited by Article 40 EEA.

5. A restriction and discrimination, such as that resulting from the tax legislation at issue, can not be offset by advantages which shareholders may obtain in their countries of residence. As a general rule, unfavourable tax treatment contrary to a fundamental freedom cannot be justified by the existence of such tax advantages. A Contracting Party cannot shift its obligation to comply with the EEA Agreement to another Contracting Party by relying on the

latter to make good for discrimination and disadvantages caused by the former's legislation. Likewise, the principle of legal certainty would require that the granting, or not, of an imputation tax credit to a non-resident shareholder, may not depend on whether a tax credit is granted in his or her state of residence in respect of dividend payments.

6. Even though the EEA Agreement does not, as a general rule, lay down specific provisions governing the administrative proceedings in the Contracting Parties' legal orders, such proceedings must be conducted in a manner that does not impair the individual rights flowing from the EEA Agreement. Such an obligation on the Contracting Parties follows from Article 3 EEA.

That non-resident shareholders, unlike their resident counterparts, are denied procedural rights to the extent that they are not notified of and cannot be a party to tax administrative proceedings entails differential treatment amounting to an unjustified discrimination under Article 40 EEA.

This provision requires equal treatment of non-resident and resident shareholders, not only concerning substantive rights, but also with regard to procedural rights insofar as procedural rights are prerequisite to the protection of substantive rights under the EEA Agreement. The extent of disadvantages suffered is irrelevant in such a situation.

En EØS-stat kan ikke gjøre de rettigheter som følger av artikkel 40 EØS betinget av innholdet i en bilateral avtale som er inngått med en annen EØS-stat.

Målsettingen om å unngå økonomisk dobbeltbeskatning på fortjeneste som allerede er beskattet på det utdelende selskapets hånd, ville ikke på noen måte berøres dersom denne fordelene ved det norske skattesystemet også ble gitt til aksjonærer som er hjemmehørende utenfor Norge.

Dersom nasjonal lovgivning iallfall delvis ment å forhindre en reduksjon av skatteinntekter, utgjør dette et rent økonomisk behov og kan ikke anses som et tvingende allment hensyn. En restriksjon på utøvelsen av en grunnleggende frihet kan derfor ikke rettferdiggjøres på dette grunnlaget.

4. Ved å nektes fordelene ved en godtgjørelse stilles ikke-hjemmehørende aksjonærer i en ufordelaktig stilling hva gjelder investeringer i norske aksjeselskaper, sammenlignet med hjemmehørende aksjonærer. Den angjeldende lovgivningen utgjør derfor også forskjellsbehandling i strid med artikkel 40 EØS.

5. En slik restriksjon og forskjellsbehandling som den som følger av den angjeldende skattelovgivningen, kan ikke oppveies av fordelene aksjonærene kan oppnå i sine hjemland. Som hovedregel kan ufordelaktig beskatning i strid med en grunnleggende frihet ikke rettferdiggjøres ved at det finnes slike skattefordeler. En EØS-stat kan ikke forskyve sin forpliktelse til å overholde EØS-avtalen til en annen EØS-stat ved å basere seg på at sistnevnte skal

kompensere for forskjellsbehandling og ulemper forårsaket av den første stats lovgivning. Likeledes tilsier prinsippet om forutsigbarhet at spørsmålet om hvorvidt en ikke-hjemmehørende aksjonær skal innrømmes godtgjørelsesfradrag, ikke kan avhenge av om kredit innrømmes i hjemstaten.

6. Selv om EØS-avtalen i utgangspunktet ikke inneholder spesielle bestemmelser for den forvaltningsmessige saksbehandlingen i EØS-statenes interne rettsordener, må imidlertid saksbehandlingen gjennomføres på en slik måte at den ikke forringer de individuelle rettigheter som utledes av EØS-avtalen. En slik forpliktelse følger av artikkel 3 EØS.

Det at ikke-hjemmehørende aksjonærer i motsetning til hjemmehørende aksjonærer nektes saksbehandlingsrettigheter ved at de ikke varsles om ligningsbehandlingen, og ikke betraktes som part i den, innebærer en ubegrunnet forskjellsbehandling i EØS-avtalen artikkel 40s forstand.

Denne bestemmelsen krever lik behandling av aksjonærer hjemmehørende i og utenfor Norge, ikke bare med hensyn til materielle rettigheter, men også med hensyn til saksbehandlingsrettigheter så langt disse er nødvendige for å sikre materielle rettigheter under EØS-avtalen. Graden av ulempe forskjellsbehandlingen innebærer er uten betydning i en slik situasjon.

The fact that the distributing company has procedural rights and can submit the information necessary for the tax assessment procedure cannot make up for the lack of remedies on the part of the shareholders affected.

Det at det utdelende selskap har saksbehandlingsrettigheter og kan fremlegge nødvendige opplysninger for ligningsbehandlingen, kan ikke oppveie mangelen på botemidler for de berørte aksjonærene.

JUDGMENT OF THE COURT

23 November 2004*

(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)

In Case E-1/04,

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 Frostating lagmannsrett (Frostating Court of Appeal), Norway, in a case pending before it between

Fokus Bank ASA

and

The Norwegian State, represented by Skattedirektoratet (the Directorate of Taxes)

on the interpretation of the rules of free movement of capital within the EEA,

* Language of the Request: Norwegian.

DOMSTOLENS DOM

23. november 2004*

(Fri bevegelighet for kapital – skattlegging av aksjeutbytte – skattefradrag bare innrømmet aksjonærer hjemmehørende i én EØS-stat – saksbehandlingsrettigheter for aksjonærer hjemmehørende i andre EØS-stater)

I sak E-1/04,

ANMODNING til EFTA-domstolen i medhold av artikkel 34 i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Frostating lagmannsrett i en sak som verserer for denne mellom

Fokus Bank ASA

og

Den norske stat v/Skattedirektoratet

om tolkningen av reglene om fri bevegelighet for kapital innen EØS,

* Språket i anmodningen om en rådgivende uttalelse: Norsk.

Korrigert versjon; rettelsene gjelder avsnitt 37, siste setning, og slutningens punkt 1, annen setning.

THE COURT,

composed of: Carl Baudenbacher, President and Judge-Rapporteur, Per Tresselt and Thorgeir Örlygsson, Judges,

Registrar: Henning Harborg,

having considered the written observations submitted on behalf of:

- Fokus Bank ASA (hereinafter the “Appellant”), by Bettina Banoun, Advokat;
- the Norwegian State (hereinafter the “Respondent”), by Thomas Nordby, Advokat, Office of the Attorney General (Civil Affairs), acting as Agent, and Amund Noss, Advokat, Office of the Attorney General (Civil Affairs), acting as co-agent;
- the EFTA Surveillance Authority, by Niels Fenger, Director, and Per Andreas Bjørgan, Senior Legal Officer, acting as Agents;
- the Commission of the European Communities, by Richard Lyal, Legal Adviser, and Hans Støvlbæk, Member of its Legal Service, acting as Agents;
- the United Kingdom, by Mark Bethell, Treasury Solicitor’s Department, acting as Agent, and by Gerald Barling, QC, David Ewart and Jemima Stratford, Barristers;

having regard to the Report for the Hearing,

having heard oral argument of the Appellant, represented by Bettina Banoun, the Defendant, represented by Thomas Nordby, the EFTA Surveillance Authority, represented by Per Andreas Bjørgan and the Commission of the European Communities, represented by Richard Lyal at the hearing on 28 September 2004,

gives the following

DOMSTOLEN,

sammensatt av: Carl Baudenbacher, President og saksforberedende dommer, og dommerne Per Tresselt og Thorgeir Örlygsson,

justissekretær: Henning Harborg,

etter å ha vurdert de skriftlige saksfremstillinger inngitt av:

- Fokus Bank ASA (heretter “den ankende part”), representert ved Bettina Banoun, advokat;
- Den norske stat (heretter “ankemotparten”), representert ved Thomas Nordby, advokat, Regjeringsadvokaten, og ved Amund Noss, advokat, Regjeringsadvokaten, som rettslig medhjelper;
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved Niels Fenger, direktør, og ved Per Andreas Bjørgan, senior rådgiver;
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Richard Lyal, juridisk rådgiver, og ved Hans Støvlbæk, medlem av Kommisjonens juridiske tjeneste;
- Kongeriket Storbritannia, representert ved Mark Bethell, Treasury Solicitor’s Department, og ved Gerald Barling QC, David Ewart og Jemima Stratford, advokater;

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra den ankende part ved Bettina Banoun, fra ankemotparten ved Thomas Nordby, fra EFTAs overvåkningsorgan ved Per Andreas Bjørgan, og fra Kommisjonen for De europeiske fellesskap ved Richard Lyal, i rettsmøte den 28. september 2004,

avsier slik

Judgment

I Facts and procedure

- 1 By a decision of 23 April 2004, registered at the Court on 27 April 2004, Frostating lagmannsrett referred 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 (the “ESA/Court Agreement”) two questions on the interpretation of Article 40 EEA.
- 2 Those questions arose in the context of a dispute between the Appellant, a joint stock company, and the Directorate of Taxes over the tax assessment of dividends the Appellant distributed to its shareholders in 1997 and 1998. Among those shareholders were two companies residing in Germany and the United Kingdom respectively. Immediately before the decision to pay out dividends was taken, these companies sold their shares in the Appellant to companies residing in Norway, and exercised an option to buy the shares back shortly after the dividend payments had been completed.
- 3 In accordance with regular practice, the Appellant withheld withholding tax before paying dividends to shareholders who, according to the register of Verdipapirsentralen (“VPS”; the Central Securities Depository), were resident outside Norway. Where the VPS register showed that the shareholders were resident in Norway, tax was not withheld.
- 4 In a final decision following administrative proceedings on a revision of the tax assessment, Trondheim overligningsnemnd (the Trondheim Tax Assessment Appeals Board) in 2001 found that, for tax purposes, the foreign shareholders had, at the time of distribution of the dividends, to be regarded as the owners of the shares in the Appellant. In 2003, Trondheim kemnerkontor (the Trondheim Tax Collection Office) held that the Appellant was liable for the tax obligations resulting from the reclassification of ownership.
- 5 Throughout the administrative proceedings, only the Appellant was notified and granted procedural rights as a party, and not the shareholders residing in Germany and the United Kingdom.
- 6 The Appellant brought an action before Trondheim tingrett (the Trondheim District Court) against the Norwegian State claiming repayment of assessed withholding tax in cases where tax was assessed based on information other than that contained in the VPS register at the time of distribution of dividends. On 18 June 2003, Trondheim tingrett rendered judgment dismissing the claims.

Dom

I Faktum og saksgang

- 1 Ved beslutning datert 23. april 2004, mottatt ved EFTA-domstolen den 27. april 2004, forela Frostating lagmannsrett i medhold av artikkel 34 i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA), to spørsmål om fortolkningen av EØS-avtalen artikkel 40.
- 2 De to spørsmålene kom opp i en tvist mellom den ankende part, et aksjeselskap, og Skattedirektoratet om ligning av utbytte som den ankende part delte ut til sine aksjonærer i 1997 og 1998. Blant disse aksjonærene var to selskaper hjemmehørende i henholdsvis Tyskland og Storbritannia. Umiddelbart før vedtaket om å dele ut utbytte, solgte disse selskapene aksjene sine i den ankende part til selskaper hjemmehørende i Norge, og kort tid etter at utbytteutbetalingene var gjennomført, utøvet de en opsjon til å kjøpe aksjene tilbake.
- 3 I overensstemmelse med vanlig praksis holdt den ankende part tilbake kildeskatt før utbytte ble utbetalt til aksjonærer som, i henhold til Verdipapirsentralens register (VPS-registeret), var hjemmehørende utenfor Norge. Der VPS-registeret viste at aksjonærene var hjemmehørende i Norge, ble skatt ikke holdt tilbake.
- 4 I en endelig avgjørelse om endring av ligningen, fant Trondheim overligningsnemnd i 2001 at de utenlandske aksjonærene, på tidspunktet for utdelingen av utbyttet, for skattemessige formål måtte anses som eiere av aksjene i den ankende part. I 2003 la Trondheim kemnerkontor til grunn at den ankende part var ansvarlig for skatteforpliktelsene som fulgte av omklassifiseringen av eierskapet.
- 5 Under den forvaltningsmessige saksbehandlingen ble bare den ankende part, og ikke aksjonærene hjemmehørende i Tyskland og Storbritannia, varslet og gitt partsrettigheter.
- 6 Den ankende part anla søksmål mot den norske stat for Trondheim tingrett med krav om tilbakebetaling av utlignet kildeskatt i tilfeller der skatt var utlignet på grunnlag av andre opplysninger enn det som fremgikk av VPS-registeret på tidspunktet for utdeling av utbytte. Kravet ble ikke tatt til følge i Trondheim tingretts dom av 18. juni 2003,

The Appellant appealed against that judgment to Frostating lagmannsrett.

7 The Frostating lagmannsrett referred the following questions to the Court:

1. Is it consistent with Article 40 of the EEA Agreement that imputation tax credit for withholding tax is not granted to taxpayers resident in other Member States?

(a) Is it of legal significance whether the taxpayer is resident in a Member State which, in a tax agreement with Norway, has undertaken to grant credit for withholding tax?

(b) Is it of legal significance whether the taxpayer in the specific case actually is granted, or will be granted, credit for the withholding tax?

2. Is it consistent with the EEA Agreement that a Member State deals solely with the distributing company when assessing and reassessing dividend tax (withholding tax) in those cases where the assessment decision for the foreign taxpayers is based on the assumption that the owner for tax purposes is someone other than the person who (1) is the owner under private law; (2) is registered in the VPS register as owner; and (3) is stated as owner in relation to the tax authorities, without either the owner for tax purposes or the VPS-registered owner under private law having been made aware of the reclassification?

II Legal background

National Law

8 Under Chapter 3 of *selskapsskatteloven* (the Corporate Tax Act) of 20 July 1991 No 65 which has been transferred without amendment to Chapter 10 of *skatteloven* (the Tax Act) of 26 March 1999 No 14, dividends paid out by a company residing in Norway to shareholders residing in Norway are taxable as general income, cf. Section 3-2 of the Corporate Tax Act. Dividends paid out to shareholders not residing in Norway are taxed at a rate to be determined by Parliament on an annual basis, cf. Section 3-5 of the Corporate Tax Act. In the case at issue in the main proceedings the rate was 15 per cent.

og den ankende part anket dommen til Frostating lagmannsrett.

7 Frostating lagmannsrett har forelagt følgende spørsmål for EFTA-domstolen:

1. Er det i overensstemmelse med EØS-avtalen artikkel 40 at det ikke innrømmes godtgjørelse i kildeskatt til skattytere bosatt i andre medlemsstater?

(a) Er det av rettslig betydning om skattyteren er bosatt i en medlemsstat, som i skatteavtale med Norge har forpliktet seg til å innrømme kredit for kildeskatt?

(b) Er det av rettslig betydning om skattyteren i det konkrete tilfelle faktisk får eller vil få kredit for kildeskatten?

2. Er det i overensstemmelse med EØS-avtalen at en medlemsstat alene forholder seg til det utdelende selskap ved fastsetting og endring av utbytteskatt (kildeskatt) i de tilfellene hvor ligningsvedtaket for de utenlandske skattyterne bygger på at den skattemessige eier er en annen enn den som (1) privatrettslig er eier, (2) er registrert i VPS-registeret som eier og (3) er oppgitt som eier i forhold til ligningsmyndighetene uten at verken den skattemessige eier eller den privatrettslige VPS-registrerte eier har blitt gjort kjent med omklassifiseringen?

II Rettslig bakgrunn

Nasjonal rett

8 I henhold til kapittel 3 i selskapsskatteloven av 20. juli 1991 nr. 65, hvilket er videreført uten endringer i kapittel 10 i skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14, er utbytte utbetalt av et selskap hjemmehørende i Norge til aksjonærer bosatt i Norge skattepliktig som alminnelig inntekt, jf. selskapsskatteloven § 3-2. Utbytte utbetalt til aksjonærer som ikke er hjemmehørende i Norge beskattes etter en sats som årlig fastsettes av Stortinget, jf § 3-5 i selskapsskatteloven. I den foreliggende saken var satsen 15 prosent.

- 9 In order to avoid economic double taxation in the sense that profits distributed by Norwegian companies are subject first to corporate tax in the hands of the company distributing the dividends and then to income tax in the hands of the recipients of those dividends, shareholders with general tax liability in Norway are granted an imputation tax credit against the tax assessed on general income, cf. Section 3-4 of the Corporate Tax Act. This tax credit corresponds to the amount of the tax paid by the company on the dividends that have been distributed. The imputation tax credit is defined as follows, in Section 3-3 of the Corporate Tax Act:

Imputation tax credit means the dividend received multiplied by the shareholder's tax rate for general income.

- 10 The practical result of the imputation system is that dividends are tax-free in the hand of shareholders with general tax liability in Norway and will only be taxed in the company's hand at a rate of 28 per cent. A shareholder has general tax liability to Norway when resident in Norway. Shareholders residing abroad are not granted an imputation tax credit. Dividends paid out to these shareholders are subject to withholding tax for which the distributing company is liable, cf. Section 3-5 of the Corporate Tax Act. The company has rights of recourse and set-off in relation to the foreign shareholders.
- 11 Pursuant to Article 10 of the double taxation agreements between Norway and Germany of 4 October 1991 and between Norway and the United Kingdom of 3 October 1985, respectively, both the home state and the source state are entitled to impose tax when dividends are distributed from a company resident in one state (source state) to a shareholder resident in another state (home state). According to the tax agreements, the right of taxation of the source state is limited to 15 per cent of the dividends. In order to avoid so-called juridical double taxation, i.e. that a taxpayer is taxed on the same income both in the home state and in the source state, both tax agreements entitle shareholders residing in Germany and the United Kingdom, respectively, to credit in the amount of assessed tax corresponding to the tax on dividends which has been imposed in Norway. However, neither the tax agreement with Germany nor the tax agreement with the United Kingdom entitles taxpayers residing in those two countries, respectively, to the same imputation tax credit as taxpayers residing in Norway.
- 12 As to procedural rights in connection with tax assessment decisions and reassessments, Chapters 3 and 9 of ligningsloven (the Tax Assessment Act) of 13 June 1980 No 24 provide, inter alia, that taxpayers shall be notified in the event of reassessment proceedings, and shall be given a reasonable time limit within which to submit comments. They are also entitled to access to the file. Reassessment decisions must state the reasons for reassessment in writing, and the decision must

- 9 For å unngå økonomisk dobbeltbeskatning ved at overskudd som utdeles av norske selskaper først pålegges selskapsskatt på det utdelende selskapets hånd og deretter inntektsskatt hos de aksjonærene som mottar utbytte, innrømmes aksjonærer med alminnelig skatteplikt i Norge et godtgjørelsesfradrag i skatten som er utlignet for alminnelig inntekt, jf. § 3-4 i selskapsskatteloven. Godtgjørelsen motsvarer beløpsmessig den skatten selskapet har betalt for det utdelte utbyttet. Godtgjørelsesfradrag er definert som følger i § 3-3 i selskapsskatteloven:

Med godtgjørelse menes mottatt utbytte multiplisert med aksjonærens skattesats for alminnelig inntekt.

- 10 Det praktiske resultatet av godtgjørelsessystemet er at utbytte er skattefritt hos aksjonærer med alminnelig skatteplikt i Norge, og det vil bare skattlegges på selskapets hånd etter en sats på 28 prosent. En aksjonær har alminnelig skatteplikt i Norge når han er hjemmehørende eller bosatt i Norge. Aksjonærer som er hjemmehørende i utlandet innrømmes ikke godtgjørelsesfradrag. Utbytte som utbetales til disse aksjonærene er gjenstand for kildeskatt som det utdelende selskap er ansvarlig for, jf. § 3-5 i selskapsskatteloven. Selskapet har regress- og motregningsrett i forhold til de utenlandske aksjonærene.
- 11 I henhold til artikkel 10 i avtalene om dobbeltbeskatning mellom henholdsvis Norge og Tyskland, av 4. oktober 1991, og Norge og Storbritannia, av 3. oktober 1985, har både hjemstaten og kildestaten beskatningsadgang når utbytte er utdelt fra et selskap hjemmehørende i én stat (kildestaten) til en aksjonær hjemmehørende i en annen stat (hjemstaten). I henhold til skatteavtalene er kildestatens beskatningsadgang begrenset til 15 prosent av utbyttet. For å unngå såkalt juridisk dobbeltbeskatning, det vil si at en skattebetaler beskattes for samme inntekt både i hjemstaten og i kildestaten, gir begge avtalene aksjonærer som er hjemmehørende i henholdsvis Tyskland og Storbritannia, rett til kredit for utlignet skatt tilsvarende skatten på utbyttet som er blitt pålagt i Norge. Imidlertid gir verken skatteavtalen med Tyskland eller skatteavtalen med Storbritannia skattebetalere hjemmehørende i noen av landene rett til det samme godtgjørelsesfradraget som skattebetalere hjemmehørende i Norge.
- 12 Med hensyn til saksbehandlingsrettigheter i forbindelse med ligningsvedtak og endringsligninger, følger det av kapitlene 3 og 9 i ligningsloven av 13. juni 1980 nr. 24 blant annet at skattebetalere skal varsles om at endringsligning kan bli aktuelt og gis en rimelig tidsfrist for å fremlegge kommentarer til forholdet. De har også rett til innsyn i saksdokumentene. Vedtak om endringsligning må begrunnes skriftlig og sendes til skattebetalerne sammen med informasjon om deres klageadgang. Reglene

be sent to the taxpayers together with information on the taxpayers' right of appeal. The rules only apply to shareholders resident in Norway in connection with assessment of dividend income. As regards shareholders not resident in Norway, it is only the distributing company that receives notification of any changes in the assessed withholding tax and is granted rights as a party to the administrative proceedings, including a right of appeal. Foreign taxpayers do not receive notification of the assessment, nor are they granted other rights as parties to the administrative proceedings. If a foreign taxpayer wishes to appeal against the assessment or reassessment, that taxpayer is required to request the distributing company to raise the issue on its behalf.

- 13 During the proceedings, it has been brought to the Court's attention that the Norwegian Government has recently proposed legislation to the effect that the imputation tax credit be abolished with regard to dividends paid to natural persons, and that dividends be exempt from the imposition of tax with regard to legal persons, irrespective of whether they reside in Norway or abroad.

EEA Law

- 14 Article 4 of the EEA Agreement reads:

Within the scope of application of this Agreement, and without prejudice to any special provisions contained therein, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited.

- 15 Article 40 of the EEA Agreement reads:

Within the framework of the provisions of this Agreement, there shall be no restrictions between the Contracting Parties on the movement of capital belonging to persons resident in EC Member States or EFTA States and no discrimination based on the nationality or on the place of residence of the parties or on the place where such capital is invested. Annex XII contains the provisions necessary to implement this Article.

- 16 Article 1(1) of Council Directive 88/361/EEC of 24 June 1988 for the implementation of Article 67 of the Treaty, OJ L 178 of 8.7.1988, p. 5, referred to in Point 1 of Annex XII to the EEA Agreement (hereinafter "Directive 88/361") reads:

Without prejudice to the following provisions, Member States shall abolish restrictions on movements of capital taking place between persons resident in Member States. To facilitate application of this Directive, capital movements shall be classified in accordance with the Nomenclature in Annex I.

gjelder, i forbindelse med beskatning av utbytteinntekt, bare aksjonærer hjemmehørende i Norge. Hva angår aksjonærer som ikke er hjemmehørende i Norge, er det bare det utdelende selskap som varsles om endringer i utlignet kildeskatt og som gis partsrettigheter under saksbehandlingen, derunder en klageadgang. Utenlandske skattebetalere mottar ikke varsel om ligningen og innrømmes heller ikke andre partsrettigheter under saksbehandlingen. Dersom en utenlandsk skattebetaler ønsker å påklage ligningen eller endringsligningen, må han be det utdelende selskap om å ta opp saken på hans vegne.

- 13 Under sakens gang er EFTA-domstolen blitt gjort oppmerksom på at den norske regjering nylig har lagt frem et lovforslag som innebærer at godtgjørelsesfradraget avskaffes hva angår utbytte til fysiske personer, og at utbytte til juridiske personer unntas fra beskatning, uavhengig av om de er hjemmehørende i Norge eller i utlandet.

EØS-rett

- 14 Artikkel 4 EØS lyder:

Enhver forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet skal være forbudt innenfor denne avtales virkeområde, med forbehold for de særbestemmelser den selv gir.

- 15 Artikkel 40 EØS lyder:

Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det mellom avtalepartene ikke være noen restriksjoner på overføring av kapital tilhørende personer bosatt i EFs medlemsstater eller EFTA-statene og ingen forskjellsbehandling på grunn av partenes nasjonalitet, bosted eller stedet for kapitalanbringelsen. Vedlegg XII inneholder de bestemmelser som er nødvendige for å gjennomføre denne artikkel.

- 16 Artikkel 1(1) i Rådsdirektiv 88/361/EØF av 24. juni 1988 om gjennomføring av traktatens artikkel 67, EFT L 178 av 8.7.1988, s. 5, henvist til i punkt 1 i vedlegg XII til EØS-avtalen (heretter "Rådsdirektiv 88/361") lyder:

Med forbehold for de bestemmelser som følger, skal medlemsstatene avskaffe restriksjonene på kapitalbevegelser mellom valutainnlendinger i medlemsstatene. For å lette gjennomføringen av dette direktiv skal kapitalbevegelsene klassifiseres etter nomenklaturen i vedlegg I.

- 17 Reference is made to the Report for the Hearing for a fuller account of the legal framework, the facts, the procedure and the written observations submitted to the Court, which are mentioned or discussed hereinafter only in so far as is necessary for the reasoning of the Court.

III Findings of the Court

First Question

- 18 By its first question, Frostating lagmannsrett is essentially asking whether Article 40 EEA precludes legislation whereby shareholders residing in Norway are granted a tax credit on dividends paid by a Norwegian company, whereas shareholders residing outside Norway are not granted such a tax credit.
- 19 At the outset, the Court notes that Norwegian legislation distinguishes between natural persons as being resident (“bosatt”) or non-resident and legal persons as being domiciled (“hjemmehørende”) or non-domiciled. The Court will use the terms resident and non-resident for both categories.
- 20 As a general rule, the tax system of an EFTA State party to the EEA Agreement is not covered by the EEA Agreement. The EEA/EFTA States must, however, exercise their taxation power consistent with EEA law (see, to that effect, Cases E-6/98 *Norway v EFTA Surveillance Authority* [1999] EFTA Ct. Rep. 74, at paragraph 34; E-1/01 *Hörður Einarsson* [2002] EFTA Ct. Rep. 1, at paragraph 17; and E-1/03 *EFTA Surveillance Authority v Iceland* [2003] EFTA Ct. Rep. 143, at paragraph 26).
- 21 The Respondent contends that the allocation of jurisdiction as to the taxation of dividends under double taxation agreements is excluded from the scope of application of Article 40 EEA and refers in that regard to the judgment of the Court of Justice of the European Communities in Case C-336/96 *Gilly v Directeur des Services Fiscaux du Bas-Rhin* [1998] ECR I-2793, at paragraph 30. In that case, the Court of Justice of the European Communities held that the Community Member States are at liberty, within the framework of bilateral agreements concluded in order to prevent double taxation, to determine the connecting factors for the purposes of allocating powers of taxation as between themselves. That does not mean, however, that in the exercise of the power of taxation so allocated, a Contracting Party may disregard EEA law (see, for comparison, Cases C-307/97

- 17 Det vises til rettsmøterapporten for en fyldigere redegjørelse for de rettslige rammer, de faktiske forhold, saksgangen og de skriftlige innleggene forelagt EFTA-domstolen, som i det følgende bare nevnes eller drøftes i den grad det er nødvendig for Domstolens begrunnelse.

III Rettens bemerkninger

Første spørsmål

- 18 Med sitt første spørsmål spør Frostating lagmannsrett hovedsakelig hvorvidt artikkel 40 EØS utelukker lovgivning hvorved aksjonærer hjemmehørende i Norge innrømmes en skattegodtgjørelse på utbytte utbetalt av et norsk selskap, mens aksjonærer hjemmehørende utenfor Norge ikke innrømmes noen slik godtgjørelse.
- 19 Innledningsvis bemerker EFTA-domstolen at norsk lovgivning skiller mellom fysiske personer, som kan være bosatt eller ikke bosatt i en stat, og juridiske personer, som kan være hjemmehørende eller ikke-hjemmehørende i en stat. EFTA-domstolen vil anvende betegnelsen hjemmehørende og ikke-hjemmehørende for begge kategorier.†
- 20 Som en hovedregel er skattesystemet til en EFTA-stat som er part i EØS-avtalen, ikke omfattet av EØS-avtalen. EØS/EFTA-statene må imidlertid utøve sin beskatningskompetanse i overensstemmelse med EØS-retten (se i den retning sakene E-6/98 *Norway v EFTA Surveillance Authority* [1999] EFTA Ct. Rep. 74, avsnitt 34; E-1/01 *Hörður Einarsson* [2002] EFTA Ct. Rep. 1, avsnitt 17; og E-1/03 *EFTA Surveillance Authority v Iceland* [2003] EFTA Ct. Rep. 143, avsnitt 26).
- 21 Ankemotparten anfører at fordelingen av kompetanse til å fatte avgjørelser med hensyn til beskatning av utbytte under dobbeltbeskatningsavtalene faller utenfor anvendelsesområdet for artikkel 40 EØS og henviser i denne sammenheng til EF-domstolens dom i sak C-336/96 *Gilly v Directeur des Services Fiscaux du Bas-Rhin* [1998] ECR I-2793, avsnitt 30. EF-domstolen uttalte der at Fellesskapets medlemsstater, innenfor rammene av bilaterale avtaler som er inngått for å unngå dobbeltbeskatning, har frihet til å fastsette hvilke tilknytningsfaktorer som skal gjelde for deling av beskatningskompetansen dem imellom. Det betyr imidlertid ikke at en EØS-stat, ved utøvelsen av den beskatningskompetanse som derved er fordelt, kan se bort fra EØS-retten (sml. sakene C-307/97 *Saint-Gobain v*

† I den engelske versjonen av dommen anvendes “resident” og “non-resident” for begge kategorier, men det er på norsk ikke naturlig å benytte begrepet ”bosatt” om en juridisk person.

(*Saint-Gobain v Finanzamt Aachen-Innenstadt* [1999] ECR I-6161, at paragraph 58; and C-385/00 *De Groot* [2002] ECR I-11819, at paragraph 94).

- 22 As stated in Article 1(1) EEA, one of the main objectives of the Agreement is to create a homogeneous European Economic Area. This objective has consistently guided the jurisprudence of the Court as well as of the Court of Justice of the European Communities, (see, inter alia, Cases E-1/03 *EFTA Surveillance Authority v Iceland*, at paragraph 27; and C-286/02 *Bellio F.lli Srl v Prefettura di Treviso*, judgment of 1 April 2004, not yet reported, at paragraph 34). In this regard, Article 6 EEA provides that the Court is bound by the relevant rulings of the European Court of Justice given prior to the EEA Agreement, and the second paragraph of Article 3 of the ESA/Court Agreement provides that the Court has to take due account of later case law. The case law of the Court of Justice of the European Communities on Article 56 EC is thus relevant for the interpretation of Article 40 EEA.
- 23 The rules governing the free movement of capital in the EEA Agreement are essentially identical in substance to those in the EC Treaty (see Case C-452/01 *Ospelt and Schlössle Weissenberg* [2003] ECR I-9743, at paragraph 28; see also, along the same lines, Opinion of Advocate-General *Geelhoed* in that case, at paragraphs 72 and 73; compare, Case E-1/00 *Íslandsbanki-FBA* [2000-2001] EFTA Ct. Rep. 8, at paragraph 16). The Court of Justice of the European Communities emphasized in *Ospelt* that “one of the principal aims of the EEA Agreement is to provide for the fullest possible realisation of the free movement of goods, persons, services and capital within the whole European Economic Area, so that the internal market established within the European Union is extended to the EFTA States” (paragraph 29 of that judgment).
- 24 With regard to the question of whether the distribution and receipt of dividends constitutes movement of capital within the meaning of Article 40 EEA, the Court refers to Article 1(1) of Directive 88/361/EEC and the nomenclature of capital movements in Annex I thereto, as referred to in Annex XII to the EEA Agreement. According to the last paragraph of the introduction to Annex I, the nomenclature is not exhaustive. In Community law, the Court of Justice of the European Communities found that the situation where a national of a Member State residing in that Member State receives dividends on shares in a company whose seat is in another Member State, is covered by Directive 88/361 (Case C-35/98 *Verkooijen* [2000] ECR I-4071, at paragraph 30).
- 25 Article 40 EEA prohibits restrictions between the Contracting Parties on the movement of capital belonging to persons resident in EC or EFTA States, and discrimination based on the nationality or the place of residence of natural or legal persons or on the place where such capital is invested. That provision

Finanzamt Aachen-Innenstadt [1999] ECR I-6161, avsnitt 58; og C-385/00 *De Groot* [2002] ECR I-11819, avsnitt 94).

- 22 Som det fremgår av artikkel 1 nr. 1 EØS, er et av avtalens hovedformål å skape et ensartet europeisk økonomisk samarbeidsområde. Dette formålet har vært retningsgivende både for EFTA-domstolens og EF-domstolens rettspraksis (se blant annet sakene E-1/03 *EFTA Surveillance Authority v Iceland*, [2003] EFTA Ct. Rep., 143, avsnitt 27; og C-286/02 *Bellio F.lli Srl v Prefettura di Treviso*, ikke ennå publisert, avsnitt 34). I denne henseende foreskriver artikkel 6 EØS at EØS at EFTA-domstolen er bundet av de relevante avgjørelser fra EF-domstolen fra før undertegningen av EØS-avtalen, og artikkel 3 nr. 2 ODA foreskriver at EFTA-domstolen må ta tilbørlig hensyn til senere rettspraksis. EF-domstolens rettspraksis vedrørende artikkel 56 EF er derfor relevant ved fortolkningen av artikkel 40 EØS.
- 23 EØS-avtalens regler om fri bevegelse for kapital er innholdsmessig i hovedsak identiske med de tilsvarende reglene i EF-traktaten (se sak C-452/01 *Ospelt and Schlössle Weissenberg* [2003] ECR I-9743, avsnitt 28; se også tilsvarende Generaladvokat *Geelhoeds* forslag til avgjørelse i saken, avsnittene 72 og 73; og sml. sak E-1/00 *Íslandsbanki-FBA*, avsnitt 16). EF-domstolen understreket i *Ospelt* at ”et af hovedformålene med EØS-aftalen er desuden at opnå den videst mulige gennemførelse af den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital inden for hele EØS, således at det indre marked, der består på Fællesskabets område, kan blive udstrakt til EFTA-staterne” (dommens avsnitt 29).
- 24 Med hensyn til spørsmålet om hvorvidt utdeling og mottak av utbytte innebærer bevegelse av kapital i EØS-avtalen artikkel 40s forstand, henviser EFTA-domstolen til artikkel 1(1) i Rådskonklusjon 88/361 og nomenklaturen for kapitalbevegelser i direktivets vedlegg I, som henviser til i vedlegg XII til EØS-avtalen. I henhold til siste avsnitt i innledningen i vedlegg I er nomenklaturen ikke uttømmende. For EF-rettens vedkommende har EF-domstolen funnet at et tilfelle der en borger av en medlemsstat som er bosatt i denne staten, mottar utbytte på aksjer i et selskap som har sete i en annen medlemsstat, er omfattet av Rådskonklusjon 88/361 (sak C-35/98 *Verkooijen* [2000] ECR I-4071, avsnitt 30).
- 25 Artikkel 40 EØS forbyr restriksjoner mellom EØS-statene på overføring av kapital som tilhører personer hjemmehørende i EFs medlemsstater eller EFTA-statene, samt forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet, bosted eller stedet for kapitalanbringelsen. Bestemmelsen gir individer og økonomiske aktører

confers a right upon individuals and economic operators to market access (see, with regard to the free movement of services, Case E-1/03 *EFTA Surveillance Authority v Iceland*, at paragraph 30).

- 26 As concerns the question of whether the national legislation at issue restricts the free movement of capital, it should be noted that the national provisions at issue may adversely affect the profit of non-resident shareholders and may thereby have the effect of deterring them from investing capital in companies having their seat in Norway. The application of provisions such as those at issue in the main proceedings impedes the freedom of companies and individuals resident in another Contracting Party to invest in Norway. Those provisions are also capable of having the effect of impeding Norwegian companies from raising capital outside Norway. Therefore, the legislation at issue affects market access of both the distributing companies and the foreign shareholders, and thereby constitutes a restriction within the meaning of Article 40 EEA.
- 27 It must, however, be examined whether the above-mentioned restriction can be justified.
- 28 In that respect the Court notes that Article 40 EEA does not preclude EEA States from applying the relevant provisions of their tax law that distinguish between taxpayers who are not in the same situation with regard to their place of residence. However, as this constitutes a derogation from the fundamental principle of the free movement of capital, it must be interpreted strictly, and cannot be interpreted as meaning that any tax legislation making a distinction between taxpayers by reference to their place of residence is automatically compatible with the EEA Agreement. A difference in treatment can only be regarded as compatible with Article 40 EEA where the situations at issue are not objectively comparable, or where it is justified by reasons of overriding public interest. In order to be justified, moreover, the difference in treatment must not exceed what is necessary in order to attain the objective of the legislation (see, for comparison, Case C-319/02 *Manninen*, judgment of 7 September 2004, not yet reported, at paragraphs 28-29).
- 29 The Respondent has argued that in the case at hand there is no comparable situation between shareholders resident in Norway and shareholders resident abroad, and has cited case law of the Court of Justice of the European Communities in support thereof (Cases C-279/93 *Finanzamt Köln-Altstadt v Roland Schumacker* [1995] ECR, I-225, at paragraphs 31-32; and C-234/01 *Gerritse* [2003] ECR I-5933, at paragraph 44). In this respect, the Court notes that the mere fact that the resident

en rett til markedsadgang (se vedrørende den frie bevegelse for tjenester, sak E-1/03 *EFTA Surveillance Authority v Iceland*, avsnitt 30).

- 26 Hva angår spørsmålet om hvorvidt den omstridte nasjonale lovgivningen begrenser den frie bevegelse for kapital, skal det bemerkes at de aktuelle nasjonale bestemmelsene kan virke negativt inn på fortjenesten til aksjonærer som ikke er hjemmehørende i Norge og således ha til virkning at de avholdes fra å investere kapital i selskaper med sete i Norge. Anvendelsen av slike bestemmelser begrenser friheten til å investere i Norge for selskaper og individer som er hjemmehørende i en annen EØS-stat. Disse bestemmelsene kan også vanskeliggjøre norske selskapers muligheter til å reise utenlandsk kapital. Den aktuelle lovgivningen påvirker derfor markedsadgangen både for de utdelende selskap og de utenlandske aksjonærene, og den utgjør derved en restriksjon i EØS-avtalen artikkel 40s forstand.
- 27 Imidlertid må det undersøkes hvorvidt den ovenfor nevnte restriksjonen kan rettfærdiggjøres.
- 28 I denne henseende bemerker EFTA-domstolen at artikkel 40 EØS ikke utelukker EØS-stater fra å anvende bestemmelser i sin skattelovgivning som sonderer mellom skattebetalere som ikke er i samme situasjon med hensyn til hjemhørighet. Ettersom dette innebærer en innskrenkning av det grunnleggende prinsippet om den frie bevegelse for kapital, må det imidlertid fortolkes snevert, og kan ikke forstås slik at enhver skattelovgivning som sonderer mellom skattebetalere etter hjemhørighet, uten videre vil være i overensstemmelse med EØS-avtalen. En ulik behandling kan bare anses for å være i overensstemmelse med artikkel 40 EØS der de angjeldende situasjonene ikke er objektivt sammenlignbare, eller der slik behandling rettfærdiggjøres av tvingende allmenne hensyn. For å rettfærdiggjøres må forskjellsbehandlingen dessuten ikke gå ut over hva som er nødvendig for å oppnå formålet med lovgivningen (sml. sak C-319/02 *Manninen*, dom av 7. september 2004, ennå ikke publisert, avsnittene 28-29).
- 29 Ankemotparten har hevdet at det i den foreliggende saken ikke er noen sammenlignbar situasjon mellom aksjonærer hjemmehørende i Norge og aksjonærer hjemmehørende i utlandet, og har vist til EF-domstolens rettspraksis til støtte for dette (sakene C-279/93 *Finanzamt Köln-Altstadt v Roland Schumacker* [1995] ECR, I-225, avsnittene 31-32; og C-234/01 *Gerritse* [2003] ECR I-5933, avsnitt 44). Til dette bemerker EFTA-domstolen at det forhold at aksjonærer som

shareholders have general tax liability in Norway while non-resident shareholders are subject to tax in Norway only with respect to profits which they earn there, is not sufficient to prevent the two categories from being considered as comparable situations (see, for comparison, Case C-311/97 *Royal Bank of Scotland v Elliniko Dimosio* [1999] ECR I-2651, at paragraph 29).

- 30 Important guidance can also be found in the case law of the Court of Justice of the European Communities concerning inbound dividends, i.e. dividends that non-resident companies pay to resident shareholders (Cases C-315/02 *Lenz v Finanzlandesdirektion für Tirol*, judgment of 15 July 2004, not yet reported; and C-319/02 *Manninen*, at paragraphs 35-37). The case at hand concerns outbound dividends, i.e. dividends that resident companies pay to non-resident shareholders. The Respondent's contention that taxation of outbound dividends is to be treated differently from taxation of inbound dividends must, however, be rejected. The purpose of the tax credit mechanism set up by Norwegian tax law is to avoid economic double taxation, i.e. that profits that have already been taxed in the hands of the distributing company, are subsequently taxed as general income in the hands of the shareholders. That purpose can only be achieved if all the shareholders are given the benefit of an imputation credit, irrespective of their places of residence. Economic double taxation of the same assets will create the same undesirable effect, regardless of the shareholders' places of residence. In that respect, residents and non-residents are in a comparable situation.
- 31 The Respondent has invited the Court to accept a justification of the restriction contrary to Article 40 EEA on the grounds of cohesion of the international tax system. In the Respondent's opinion, an obligation derived from EEA law to grant non-resident shareholders the same tax credit as resident shareholders would entail a de facto transfer of the right of taxation from the source state to the home state and would run counter to a principle of international tax law according to which the avoidance of economic double taxation is a matter for the home state of each taxpayer. In that respect, the Court recalls firstly that the basis for its interpretation of Article 40 EEA is the effect of national measures on individuals and economic operators within the EEA. Further, permitting derogations from the fundamental principle of free movement of capital laid down in Article 40 EEA on the grounds of safeguarding the cohesion of the international tax system would amount to giving bilateral tax agreements preference over EEA law. A Contracting Party cannot make the rights conferred by Article 40 EEA subject to the contents of a bilateral agreement concluded with another Contracting Party (see, for comparison, Case 270/83 *Commission v France* ("*avoir fiscal*") [1986] ECR 273, at paragraph 26).

er hjemmehørende i Norge har alminnelig skatteplikt i Norge, mens aksjonærer hjemmehørende i utlandet bare skattlegges i Norge med hensyn til fortjeneste som opptjenes der, ikke alene er tilstrekkelig til å forhindre at de to kategoriene anses som sammenlignbare situasjoner (sml. sak C-311/97 *Royal Bank of Scotland v Elliniko Dimosio* [1994] ECR I-2651, avsnitt 29).

- 30 Viktig veiledning kan også finnes i EF-domstolens rettspraksis om innkommende utbytte, det vil si utbytte som ikke-hjemmehørende selskaper betaler til hjemmehørende aksjonærer (sakene C-315/02 *Lenz v Finanzlandesdirektion für Tirol*, dom av 15. juli 2004, ennå ikke publisert; og C-319/02 *Manninen*, avsnittene 35-37). Den foreliggende saken gjelder utgående utbytte, det vil si utbytte som hjemmehørende selskaper betaler til ikke-hjemmehørende aksjonærer. Ankemotpartens anførsel om at beskatning av utgående utbytte skal behandles annerledes enn beskatning av innkommende utbytte, kan ikke føre frem. Formålet med godtgjørelsesmekanismen i den norske skattelovgivningen er å unngå økonomisk dobbeltbeskatning, det vil si at fortjeneste som allerede er beskattet på det utdelende selskapets hånd, senere beskattes som alminnelig inntekt på aksjonærenes hender. Dette formålet kan bare oppnås dersom alle aksjonærene innrømmes godtgjørelsesfradrag, uten hensyn til hjemhørighet. Økonomisk dobbeltbeskatning av de samme verdier skaper den samme uønskede effekten, uavhengig av hjemhørighet, og i så henseende er aksjonærer som er henholdsvis hjemmehørende og ikke hjemmehørende i en stat, i en sammenlignbar situasjon.
- 31 Ankemotparten har anmodet EFTA-domstolen om å anerkjenne at restriksjonen etter artikkel 40 EØS kan rettferdiggjøres ut fra hensynet til sammenhengen i det internasjonale skattesystemet. Etter ankemotpartens oppfatning ville en EØS-rettslig forpliktelse til å innrømme ikke-hjemmehørende aksjonærer det samme godtgjørelsesfradraget som hjemmehørende aksjonærer, medføre en de facto overføring av beskatningskompetanse fra kildestaten til hjemstaten og stride mot et prinsipp i internasjonal skatterett om at unngåelse av økonomisk dobbeltbeskatning er et anliggende for den enkelte skattebetalers hjemstat. I denne sammenhengen minner EFTA-domstolen først om at grunnlaget for dens fortolkning av artikkel 40 EØS er den virkning nasjonale foranstaltninger har overfor individer og økonomiske aktører innen EØS. Videre ville aksept av en rett til å fravike det grunnleggende prinsippet om fri bevegelighet for kapital som er nedfelt i artikkel 40 EØS, for å beskytte sammenhengen i det internasjonale skattesystemet, innebære at bilaterale skatteavtaler gikk foran EØS-retten. En EØS-stat kan ikke gjøre de rettigheter som følger av artikkel 40 EØS betinget av innholdet i en bilateral avtale som er inngått med en annen EØS-stat (sml. sak 270/83 *Commission v France* (“*avoir fiscal*”) [1986] ECR 273, avsnitt 26).

- 32 Furthermore, regard must also be had for the aim pursued by the tax legislation in question (see, for comparison, Case C-9/02 *De Lasteyrie du Saillant*, judgment of 11 March 2004, not yet reported, at paragraph 67). The aim of avoiding economic double taxation of profits that have already been taxed in the hand of the distributing company would not be affected in any way if this benefit of the Norwegian tax legislation would also be given to shareholders residing outside Norway (see, for comparison, Cases C-315/02 *Lenz*, at paragraph 38; and C-319/02 *Manninen*, at paragraph 46 concerning the cohesion of the national tax system).
- 33 The Court notes that the Appellant and the EFTA Surveillance Authority have referred to the legislative history of the Corporate Tax Act and argued that this gives rise to the assumption that the real purpose behind not granting a tax credit to non-resident shareholders is not to preserve the cohesion of the international tax system, but primarily to protect the Norwegian tax base, as appears from point 16.4.6.1 of the preparatory works to the Corporate Tax Act (Ot. prp. nr. 35 (1990-91)). Whether the Corporate Tax Act also pursues other goals, as argued by the Respondent at the oral hearing, is irrelevant in that context. The national legislation in question is at least in part meant to prevent reduction in tax revenue. This constitutes a requirement of purely economic nature, and cannot be regarded as a reason of overriding public interest. Therefore, it cannot be relied upon to justify a restriction on the exercise of a fundamental freedom (see, for comparison, Cases C-35/98 *Verkooijen*, at paragraph 59; C-385/00 *De Groot*, at paragraph 103; and C-319/02 *Manninen*, at paragraph 49).
- 34 Furthermore, the Court notes that the Respondent acknowledged that the Norwegian tax legislation in question entails differential treatment of resident and non-resident shareholders with regard to the tax credit. Denying the benefit of a tax credit to foreign shareholders places them at a disadvantage when pursuing investments in Norwegian joint stock companies as compared to shareholders resident in Norway. Therefore, the legislation at issue constitutes discrimination prohibited by Article 40 EEA.
- 35 By its questions 1a) and 1b) which in the Court's view must be dealt with together, the national court is essentially asking if it is significant whether the non-resident shareholders are, according to the tax agreements entered into between Norway and their respective home countries, eligible in their home countries for a tax credit for withholding tax paid in Norway, and whether such credit is actually granted in the specific case.

- 32 Det må videre tas hensyn til målsettingen som den angjeldende skattelovgivningen forfølger (sml. sak C-9/02 *De Lasteyrie du Saillant*, dom av 11. mars 2004, ennå ikke publisert, avsnitt 67). Målsettingen om å unngå økonomisk dobbeltbeskatning på fortjeneste som allerede er beskattet på det utdelende selskapets hånd, ville ikke på noen måte berøres dersom denne fordelene ved det norske skattesystemet også ble gitt til aksjonærer som er hjemmehørende utenfor Norge, (sml. sakene C-315/02 *Lenz*, avsnitt 38, og C-319/02 *Manninen*, avsnitt 46 vedrørende sammenhengen i det nasjonale skattesystemet).
- 33 EFTA-domstolen har merket seg at den ankende part og EFTAs overvåkningsorgan har vist til selskapsskattelovens forarbeider og anført at disse gir grunnlag for en formodning om at den virkelige hensikten med ikke å innrømme godtgjørelse til aksjonærer som ikke er hjemmehørende i Norge, snarere er å beskytte det norske skattegrunnlaget enn å bevare sammenhengen i det internasjonale skattesystemet, som det fremgår i punkt 16.4.6.1 i forarbeidene til selskapsskatteloven (Ot. prp. nr. 35 (1990-91)). Hvorvidt selskapsskatteloven også forfølger andre målsettinger, slik som hevdet av ankemotparten under rettsmøtet, er ikke relevant i den sammenhengen. Den angjeldende nasjonale lovgivningen er iallfall delvis ment å forhindre en reduksjon av skatteinntekter. Dette utgjør et rent økonomisk behov og kan ikke anses som et tvingende allment hensyn. En restriksjon på utøvelsen av en grunnleggende frihet kan derfor ikke rettferdiggjøres på dette grunnlaget (sml. sakene C-35/98 *Verkooijen*, avsnitt 59; C-385/00 *De Groot* [2002] ECR I-11819, avsnitt 103; og C-319/02 *Manninen*, avsnitt 49).
- 34 EFTA-domstolen har videre merket seg at ankemotparten har erkjent at de norske skattereglene om godtgjørelse medfører forskjellsbehandling av aksjonærer ut fra om de er hjemmehørende i Norge eller ikke. Ved å nektes fordelene ved en godtgjørelse stilles ikke-hjemmehørende aksjonærer i en ufordelaktig stilling hva gjelder investeringer i norske aksjeselskaper, sammenlignet med hjemmehørende aksjonærer. Den angjeldende lovgivningen utgjør derfor forskjellsbehandling i strid med artikkel 40 EØS.
- 35 Ved spørsmål 1a) og 1b), som etter EFTA-domstolens oppfatning må behandles samlet, spør den nasjonale domstolen i hovedsak om det er av betydning hvorvidt ikke-hjemmehørende aksjonærer er berettiget en kredit i sine hjemstater for kildeskatt betalt i Norge i henhold til skatteavtalene mellom Norge og hjemstatene, og hvorvidt slik godtgjørelse faktisk er innrømmet i den aktuelle saken.

- 36 The Respondent argues that the total tax on a foreign shareholder's dividends must be taken into account when comparing it to the situation of a Norwegian shareholder, including tax credits that the former may be granted in its home state. As to any restriction contrary to Article 40 EEA, the Respondent contends that the investment choice of potential foreign shareholders is not adversely affected by the Norwegian legislation since the grant of tax credits in their home states keeps the overall tax burden constant.
- 37 In that respect, it suffices to state that a restriction and discrimination, such as that resulting from the tax legislation at issue, can not be offset by advantages which shareholders may obtain in their countries of residence. As a general rule, and supposing that tax advantages do in fact exist, unfavourable tax treatment contrary to a fundamental freedom cannot be justified by the existence of such tax advantages (see, for comparison, Cases 270/83 *Commission v France*, at paragraph 21; C-307/97 *Saint-Gobain*, at paragraph 54; C-35/98 *Verkooijen*, at paragraph 61; and C-385/00 *De Groot*, at paragraph 97). A Contracting Party cannot shift its obligation to comply with the EEA Agreement to another Contracting Party by relying on the latter to make good for discrimination and disadvantages caused by the former's legislation. Likewise, the principle of legal certainty would require that the granting, or not, of an imputation tax credit to a non-resident shareholder, may not depend on whether a tax credit is granted in his or her state of residence in respect of dividend payments.
- 38 Accordingly, the Court holds that Article 40 EEA precludes legislation whereby shareholders resident in a specific Contracting Party are granted a tax credit on dividends paid by a company resident in that Contracting Party, whereas non-resident shareholders are not granted such a tax credit. Whether the taxpayer is resident in another Contracting Party which, in a tax agreement with the Contracting Party upon the territory of which the dividend is distributed, has undertaken to grant credit for withholding tax, or whether the taxpayer in the specific case actually is granted, or will be granted, credit for the withholding tax, is of no legal significance.

Second question

- 39 By its second question, the national court essentially asks whether, in a situation such as the one at issue in the main proceedings, it is consistent with EEA law that a Contracting Party deals solely with the distributing company when assessing and reassessing the withholding tax without the shareholders concerned having been made aware of the reclassification.

- 36 Ankemotparten hevder at den samlede skatt på en utenlandsk aksjonærs utbytte, iberegnet skattekredit som kan innrømmes ham i hjemstaten, må tas i betraktning når den skal sammenlignes med situasjonen til en norsk aksjonær. Hva gjelder eventuelle restriksjoner i strid med artikkel 40 EØS, anfører ankemotparten at investeringsalternativene til potensielle utenlandske aksjonærer ikke påvirkes negativt av den norske lovgivningen, ettersom innrømmelsen av godtgjørelse i hjemstaten deres holder den samlede skattebyrden konstant.
- 37 I så henseende er det tilstrekkelig å slå fast at den restriksjon og forskjellsbehandling som følger av den angjeldende skattelovgivningen, ikke kan oppveies av fordeler aksjonærene kan oppnå i sine hjemland. Som hovedregel, og forutsatt at skattefordeler faktisk foreligger, kan ufordelaktig beskatning i strid med en grunnleggende frihet ikke rettferdiggjøres ved at det finnes skattefordeler (sml. sakene 270/83 *Commission v France*, avsnitt 21; C-307/97 *Saint-Gobain*, avsnitt 54; C-35/98 *Verkooijen*, avsnitt 61; og C-385/00; og *De Groot*, avsnitt 97). En EØS-stat kan ikke forskyve sin forpliktelse til å overholde EØS-avtalen til en annen EØS-stat ved å basere seg på at sistnevnte skal kompensere for forskjellsbehandling og ulemper forårsaket av den første stats lovgivning. Likeledes tilsier prinsippet om forutsigbarhet at spørsmålet om hvorvidt en ikke-hjemmehørende aksjonær skal innrømmes godtgjørelsesfradrag, ikke kan avhenge av om kredit innrømmes i hjemstaten.
- 38 På denne bakgrunn er EFTA-domstolen kommet til at artikkel 40 EØS utelukker lovgivning hvorved aksjonærer hjemmehørende i en bestemt EØS-stat innrømmes godtgjørelse på utbytte utdelt av et selskap som er hjemmehørende i denne staten, mens aksjonærer som ikke er hjemmehørende i denne staten ikke innrømmes en slik godtgjørelse. Det er uten rettslig betydning hvorvidt skattebetaleren er hjemmehørende i en annen EØS-stat som, i en avtale med den EØS-standen der utbyttet er utbetalt, har påtatt seg å innrømme kredit for kildeskatt, eller hvorvidt skattebetaleren i et bestemt tilfelle faktisk er innrømmet, eller vil innrømmes, slik kredit.

Annet spørsmål

- 39 Ved sitt annet spørsmål spør den nasjonale domstolen i hovedsak hvorvidt det, i en situasjon som den i hovedsaken, er i overensstemmelse med EØS-retten at en EØS-stat bare forholder seg til det utdelende selskap ved fastsetting og endring av kildeskatt, uten at de berørte aksjonærer er gjort kjent med omklassifiseringen.

- 40 As is clear from the facts provided by the national court, non-resident shareholders are not notified of changes in their tax positions, nor are they granted rights as a party to the administrative proceedings. Resident taxpayers, on the other hand, do enjoy such rights.
- 41 The Court notes at the outset that the EEA Agreement does not, as a general rule, lay down specific provisions governing the administrative proceedings in the Contracting Parties' legal orders. However, such proceedings must be conducted in a manner that does not impair the individual rights flowing from the EEA Agreement. Such an obligation on the Contracting Parties follows from Article 3 EEA, the provision mirroring Article 10 EC.
- 42 The Respondent stated at the hearing that it considers it possible or even likely that a filing of administrative complaints or proceedings by non-resident shareholders would be accepted and dealt with by the Norwegian tax authorities. That contention can not be considered by the Court since it does not reflect the situation in the case at hand. In any case, the fact would remain that non-resident shareholders are not being notified of any reassessment proceedings, which would undermine a possible right to be heard.
- 43 That non-resident shareholders, unlike their resident counterparts, are denied procedural rights to the extent that they are not notified of and cannot be a party to tax administrative proceedings entails differential treatment amounting to an unjustified discrimination under Article 40 EEA. This provision requires equal treatment of non-resident and resident shareholders, not only concerning substantive rights, but also with regard to procedural rights insofar as procedural rights are prerequisite to the protection of substantive rights under the EEA Agreement. It is to be emphasised that the extent of disadvantages suffered is irrelevant in such a situation. Besides pleading a violation of EEA law, the shareholders residing in Germany and the United Kingdom in the case at issue in the main proceedings could, for example, have sought to argue that the transactions were not so-called parking arrangements, i.e. that there was no intention to avoid the Norwegian withholding tax. Contrary to what the Respondent has contended, the fact that the distributing company has procedural rights and can submit the information necessary for the tax assessment procedure cannot make up for the lack of remedies on the part of the shareholders affected.

- 40 Som det fremgår av redegjørelsen fra den nasjonale domstolen, er de ikke-hjemmehørende aksjonærene verken varslet om endringer i deres skattemessige stilling eller innrømmet partsrettigheter ved saksbehandlingen. Hjemmehørende aksjonærer nyter derimot godt av slike rettigheter.
- 41 EFTA-domstolen bemerker innledningsvis at EØS-avtalen i utgangspunktet ikke inneholder spesielle bestemmelser for den forvaltningsmessige saksbehandlingen i EØS-statenes interne rettsordener. Imidlertid må saksbehandlingen gjennomføres på en slik måte at den ikke forringer de individuelle rettigheter som utledes av EØS-avtalen. En slik forpliktelse følger av artikkel 3 EØS, som tilsvarende artikkel 10 EF.
- 42 Ankemotparten uttalte under høringen at denne anser det for mulig, eller til og med sannsynlig, at en eventuell klage fra ikke-hjemmehørende aksjonærer ville bli mottatt og behandlet av norske skattemyndigheter, og at søksmål ville kunne fremmes. Denne påstanden kan ikke vurderes av EFTA-domstolen ettersom den ikke gjenspeiler situasjonen i den foreliggende saken, og det ville uansett fremdeles være slik at aksjonærer som ikke er hjemmehørende i Norge ikke varsles om endringstiltak, hvilket ville undergrave en mulig rett til å bli hørt.
- 43 Det at ikke-hjemmehørende aksjonærer i motsetning til hjemmehørende aksjonærer nektes saksbehandlingsrettigheter ved at de ikke varsles om, og ikke kan være part i, ligningsbehandlingen, innebærer en ubegrunnet forskjellsbehandling i EØS-avtalen artikkel 40s forstand. Denne bestemmelsen krever lik behandling av aksjonærer hjemmehørende i og utenfor Norge, ikke bare med hensyn til materielle rettigheter, men også med hensyn til saksbehandlingsrettigheter så langt disse er nødvendige for å sikre materielle rettigheter under EØS-avtalen. Det understrekes at graden av ulempe forskjellsbehandlingen innebærer er uten betydning i en slik situasjon. Dessuten kan mangelen på saksbehandlingsrettigheter ved fastsettelsen av skatteansvaret, som EFTAs overvåkningsorgan har hevdet, også avskrekke potensielle investorer som ikke er hjemmehørende i Norge fra å erverve aksjer i norske selskaper. Utover å påberope seg overtredelse av EØS-retten, kunne aksjonærene i den aktuelle saken, som er hjemmehørende i Tyskland og Storbritannia, eksempelvis ha forsøkt å gjøre gjeldende at transaksjonene ikke var såkalte parkeringsordninger, det vil si at formålet ikke var å unngå den norske kildeskatten. I motsetning til hva ankemotparten har anført, kan det at det utdelende selskap har saksbehandlingsrettigheter og kan fremlegge nødvendige opplysninger for ligningsbehandlingen, ikke oppveie mangelen på botemidler for de berørte aksjonærene.

- 44 The Respondent has presented a comparative survey of selected legal orders and concluded from that that other Contracting Parties employ virtually the same procedure as the Norwegian one. This is not relevant in the case at hand, where discrimination within the meaning of Article 40 EEA arises from the disparate treatment of shareholders resident within and outside Norway.
- 45 The Court therefore holds that in a situation such as the one at issue in the main proceedings, it is not consistent with the EEA Agreement that a Contracting Party deals solely with the distributing company when assessing and reassessing the withholding tax without notifying the shareholders.
- 46 In the course of the proceedings before the Court, the Appellant has argued a third possible inconsistency between Norwegian tax law and the right to the free movement of capital. In the view of the Appellant, an infringement of Article 40 EEA arises from the fact that the Appellant was held liable under the second sub-paragraph of Section 49(1) of the Norwegian Tax Payment Act for payment of the tax assessed on the non-resident shareholders following the reclassification of ownership for tax purposes. That reclassification took place after the distribution of dividends had been completed, and therefore the Appellant did not withhold any tax with respect to the dividends pertaining to the reclassified shares.
- 47 Given that the questions from the national court do not address this issue, and that it has not been the subject of any specific consideration in the proceedings before it, the Court is not in a position to consider the issue. The national court is, however, not thereby precluded from examining the question of whether the application of the provisions of the second subparagraph of Section 49(1) of *skattebetalingsloven* (the “Norwegian Tax Payment Act”) of 21 November 1952 No 2 leads to a restriction of the issuing company’s access to, or benefits from, non-resident sources of capital and to draw the appropriate legal conclusions.

IV Costs

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

- 44 Ankemotparten har lagt frem en sammenlignende oversikt over utvalgte rettsordener og på grunnlag av denne konkludert med at andre EØS-stater anvender praktisk talt samme fremgangsmåte. Dette er ikke relevant i nærværende sak, der forskjellsbehandling i EØS-avtalen artikkel 40s forstand skyldes uensartet behandling av aksjonærer hjemmehørende innenfor og utenfor Norge.
- 45 EFTA-domstolen finner derfor at det i en situasjon som i hovedsaken, ikke er i overensstemmelse med EØS-avtalen at en EØS-stat bare forholder seg til det utdelende selskap ved fastsetting og endring av kildeskatt, uten at de berørte aksjonærer varsles.
- 46 Under saken for EFTA-domstolen har den ankende part anført en tredje mulig uoverensstemmelse mellom norsk skattelovgivning og reglene om fri bevegelighet for kapital. Etter den ankende parts oppfatning medfører det et brudd på artikkel 40 EØS at den ankende part, i henhold til § 49 nr. 1 annet ledd i skattebetalingsloven av 21. november 1952 nr. 2, ble ansett som ansvarlig for å betale skatten som var pålagt de ikke-hjemmehørende aksjonærene, etter at tilordningen av eierskapet var endret for skattemessige formål. Omklassifiseringen skjedde etter utdelingen av utbytte var fullført, og den ankende part hadde derfor ikke holdt tilbake skatt med hensyn til utbytteutbetalingene knyttet til de omklassifiserte aksjene.
- 47 Ettersom spørsmålene fra den nasjonale domstolen ikke behandler dette punktet, og det ikke har vært gjenstand for noen særlig drøftelse under rettergangen, kan det ikke behandles av EFTA-domstolen. Imidlertid er den nasjonale domstolen ikke dermed avskåret fra å granske spørsmålet om § 49 nr. 1 annet ledd i skattebetalingsloven medfører en begrensning av det utdelende selskaps adgang til, eller nytte av, kapitalkilder utenfor Norge, og å trekke de rettslige konklusjonene dette måtte medføre.

IV Saksomkostninger

- 48 Omkostningene som er påløpt for EFTAs overvåkningsorgan, Kommisjonen og Storbritannia, som har forelagt saksfremstillinger for EFTA-domstolen, kan ikke kreves dekket. For så vidt gjelder partene i hovedsøksmålet, er foreleggelsen for EFTA-domstolen en del av rettergangen for den nasjonale domstolen. Avgjørelsen vedrørende saksomkostninger er derfor en sak for denne domstolen.

On those grounds,

THE COURT,

in answer to the questions referred to it by Frostating lagmannsrett by a reference of 23 April 2004, hereby gives the following Advisory Opinion:

- 1. Article 40 EEA precludes legislation whereby shareholders resident in a specific Contracting Party are granted a tax credit on dividends paid by a company resident in that Contracting Party, whereas non-resident shareholders are not granted such a tax credit. Whether the taxpayer is resident in another Contracting Party which, in a tax agreement with the Contracting Party wherein the dividend is distributed, has undertaken to grant credit for withholding tax, or whether the taxpayer in the specific case actually is granted, or will be granted, credit for the withholding tax, is of no legal significance.**
- 2. In a situation such as the one at issue in the main proceedings, it is not consistent with the EEA Agreement that a Contracting Party deals solely with the distributing company when assessing and reassessing the withholding tax without notifying the non-resident shareholders.**

Carl Baudenbacher

Per Tresselt

Thorgeir Örlygsson

Delivered in open court in Luxembourg on 23 November 2004.

Henning Harborg
Registrar

Carl Baudenbacher
President

På dette grunnlag avgir

DOMSTOLEN,

som svar på spørsmålet som er forelagt av Frostating lagmannsrett ved anmodning av 23. april 2004, følgende rådgivende uttalelse:

- 1. EØS-avtalen artikkel 40 utelukker lovgivning hvorved aksjonærer som er hjemmehørende i en bestemt EØS-stat innrømmes godtgjørelse på utbytte utbetalt av et selskap som er hjemmehørende i denne staten, mens aksjonærer som ikke er hjemmehørende i denne staten ikke innrømmes slik godtgjørelse. Det har ikke rettslig betydning hvorvidt skattebetaleren er hjemmehørende i en annen EØS-stat som, i en skatteavtale med den EØS-standen der utbyttet er utbetalt, har påtatt seg å innrømme kredit for kildeskatt, eller hvorvidt skattebetaleren i et bestemt tilfelle faktisk er innrømmet, eller vil bli innrømmet, slik kredit.**
- 2. I en situasjon som den hovedsaken gjelder er det ikke i overensstemmelse med EØS-avtalen at en EØS-stat bare forholder seg til det utdelende selskap ved fastsetting og endring av kildeskatt, uten at de berørte aksjonærer varsles.**

Carl Baudenbacher

Per Tresselt

Thorgeir Örlygsson

Avsagt i åpen rett i Luxembourg den 23. november 2004.

Henning Harborg
Justissekretær

Carl Baudenbacher
President

REPORT FOR THE HEARING

in Case E-1/04

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 Frostating lagmannsrett (Frostating Court of Appeal), Norway, in a case pending before it between

Fokus Bank ASA

and

The Norwegian State, represented by Skattedirektoratet (the Directorate of Taxes)

concerning free movement of capital within the EEA.

I. Introduction

1. By a reference dated 23 April 2004, registered at the Court on 27 April 2004, Frostating lagmannsrett made a request for an Advisory Opinion in a case pending before it between Fokus Bank ASA (hereinafter the “Appellant”) and the Norwegian State, represented by the Directorate of Taxes (hereinafter the “Respondent”).

II. Facts and procedure

2. The case concerns the tax assessment of dividend payments for shares which have been the object of transactions between holders of shares in the Appellant, a bank headquartered in Trondheim, Norway, and Norwegian companies. In the tax assessment years 1997 and 1998, the Appellant distributed dividends. Immediately before the decision to pay out dividends was taken, Morgan Stanley GmbH & Co. KG, a company resident in Germany, and Lehman Brothers International, a company resident in the United Kingdom, had sold its shares to AS Toluma and Leif Hoegh & Co., two companies

RETSMØTERAPPORT

i sak E-1/04

ANMODNING til EFTA-domstolen i medhold av artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Frostating lagmannsrett i en sak som verserer for denne mellom

Fokus Bank ASA

og

Den norske Stat v/Skattedirektoratet

vedrørende fri bevegelighet for kapital i EØS-området.

I. Innledning

1. Ved en beslutning datert 23. april 2004, registrert ved domstolen den 27. april 2004, anmodet Frostating lagmannsrett om en rådgivende uttalelse i en sak som verserer for denne mellom Fokus Bank ASA (heretter "ankende part" eller "Fokus Bank") og Den norske stat ved Skattedirektoratet (heretter "ankemotparten").

II. Faktum og prosedyre

2. Saken gjelder skattleggingen av utbytte på aksjer som har vært gjenstand for transaksjoner mellom aksjonærer i Fokus Bank, en bank som har sitt hovedsete i Trondheim, og norske selskaper. For ligningsårene 1997 og 1998 utdelte den ankende part utbytte. Umiddelbart før beslutningen om å utbetale utbytte hadde *Morgan Stanley GmbH & Co. KG*, et selskap hjemmehørende i Tyskland, og *Lehman Brothers International*, et selskap hjemmehørende i Storbritannia, solgt sine aksjer til *AS Toluma* og *Leif Hoegh & Co.*, to selskaper hjemmehørende i Norge. Morgan Stanley og Lehman Brothers hadde opsjoner på

resident in Norway. Morgan Stanley and Lehman Brothers had options to buy the shares sold, and these options were exercised shortly after the dividend payments had been completed. It has not been argued that the Appellant had any knowledge of the option agreements. The motivation behind these transactions was apparently that foreign shareholders are required to pay withholding tax to the Norwegian State on dividends distributed by Norwegian companies, whereas shareholders who are resident in Norway avail themselves of the imputation tax credit method and have no corresponding tax burden.

3. In accordance with normal practice, the Appellant withheld withholding tax before the company paid dividends to shareholders who, according to the register of Verdipapirsentralen (“VPS”; the Central Securities Depository), were resident outside Norway. Where the VPS register showed that the shareholders were resident in Norway, the company did not withhold any tax.

4. In 1998, the Directorate of Taxes conducted an audit with a view to identifying foreign shareholders who have attempted to avoid withholding tax on dividends. On the basis of the audit report, Trondheim ligningskontor (the Trondheim Tax Assessment Office) in 1999 notified the Appellant of a possible revision of the tax assessment. However, the tax authorities did not notify the companies resident in the United Kingdom and in Germany. Nor were those companies given any other rights as parties to the administrative proceedings.

5. In a final decision on 27 November 2001, Trondheim overligningsnemnd (the Trondheim Tax Assessment Appeals Board) found that, for tax purposes, the foreign shareholders had, at the time of distribution of the dividends, to be regarded as the owners of the shares in the Appellant. However, it was again only the Appellant that was notified and granted procedural rights as a party to the administrative proceedings. The tax decision expressly omitted to decide on the tax obligations of the Appellant and, due to a lack of jurisdiction, did not extend to the question of possible liability for withholding tax of the Appellant as distributing company.

6. The latter question was answered on 15 January 2003 by Trondheim kemnerkontor (the Trondheim Tax Collection Office), which held that the Appellant was liable for the tax obligations resulting from the reclassification of ownership.

7. The Appellant brought an action before Trondheim tingrett (the Trondheim District Court) against the Norwegian State claiming that it was not liable for assessed withholding tax even in cases where tax is assessed beyond the information contained in the VPS register at the time of distribution of dividends. On 18 June 2003, Trondheim tingrett rendered judgment dismissing the claims. The Appellant appealed against the judgment to Frostating lagmannsrett. Before that Court, questions as to the compatibility of the Norwegian imputation system, and of the procedural rules, with the EEA Agreement, were raised.

å kjøpe de solgte aksjene, og disse opsjoner ble utøvet kort etter at utbytteutdelingene var gjennomført. Det er ikke anført at den ankende part hadde kjennskap til opsjonsavtalene. Motivasjonen for disse transaksjoner var tilsynelatende at utenlandske aksjonærer er forpliktet til å betale kildeskatt til Den norske stat på utbytte som utdeles av norske selskaper, mens aksjonærer som er bosatt eller hjemmehørende i Norge nyter godt av fradrag for godtgjørelse i utbytteskatten og ikke har noen tilsvarende skattebyrde.

3. I samsvar med vanlig praksis holdt den ankende part tilbake skattetrekk før selskapet utbetalte utbytte til aksjonærer som i henhold til Verdipapirsentralens (VPS) register var bosatt eller hjemmehørende utenfor Norge. Hvor VPS-registeret viste at aksjonærene var bosatt i Norge, foretok selskapet ikke noe trekk.

4. I 1998 gjennomførte Skattedirektoratet en kontroll som tok sikte på å finne utenlandske aksjonærer som har forsøkt å unngå kildeskatt på utbytte. På grunnlag av kontrollrapporten varslet Trondheim ligningskontor i 1999 den ankende part om en mulig endring av ligningen. Ligningsmyndighetene varslet imidlertid ikke de selskaper som var hjemmehørende i Storbritannia og i Tyskland. Disse selskaper ble heller ikke gitt noen andre partsrettigheter.

5. I et endelig vedtak av 27. november 2001 la Trondheim overligningsnemnd til grunn at skattemessig måtte de utenlandske aksjonærer ved utbytteutdelingen anses som eiere av aksjene i Fokus Bank. Igjen var det imidlertid kun den ankende part som ble varslet og gitt partsrettigheter. Ligningsvedtaket unnlot uttrykkelig å ta stilling til den ankende parts skattemessige forpliktelser, og omfattet på grunn av manglende kompetanse ikke spørsmålet om den ankende parts eventuelle ansvar for kildeskatten som utdelende selskap.

6. Sistnevnte spørsmål ble besvart 15. januar 2003 av Trondheim kemnerkontor som la til grunn at den ankende part var ansvarlig for den skatteforpliktelsen som hadde oppstått som følge av reklassifiseringen av eierskap.

7. Den ankende part anla søksmål ved Trondheim tingrett mot Den norske stat med påstand om at banken ikke var ansvarlig for utlignet kildeskatt [selv] i de tilfeller hvor skatt ilignes på bakgrunn av andre opplysninger enn de som fremgår av VPS-registeret på tidspunktet for utdelingen av utbytte. Den 18. juni 2003 avsa Trondheim tingrett dom der staten ble frifunnet. Dommen ble påanket til Frostating lagmannsrett av den ankende part. For lagmannsretten ble det reist spørsmål om den norske godtgjørelsesordning og de norske prosessregler er i strid med EØS-avtalen.

III. Questions

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

(1) Is it consistent with Article 40 of the EEA Agreement that imputation tax credit for withholding tax is not granted to taxpayers resident in other Member States?

(a) Is it of legal significance whether the taxpayer is resident in a Member State which, in a tax agreement with Norway, has undertaken to grant credit for withholding tax?

(b) Is it of legal significance whether the taxpayer in the specific case actually is granted, or will be granted, credit for the withholding tax?

(2) Is it consistent with the EEA Agreement that a Member State deals solely with the distributing company when assessing and reassessing dividend tax (withholding tax) in those cases where the assessment decision for the foreign taxpayers is based on the assumption that the owner for tax purposes is someone other than the person who (1) is the owner under private law; (2) is registered in the VPS register as owner; and (3) is stated as owner in relation to the tax authorities, without either the owner for tax purposes or the VPS-registered owner under private law having been made aware of the reclassification?

IV. Legal background

Taxation of dividends and the imputation system under Norwegian law

9. In the relevant period from 1997 to 1998, taxation of dividends was governed by Chapter 3 of the Corporate Tax Act (*selskapsskatteloven*) of 20 July 1991 No 65.¹ Pursuant to Section 3-2 of the Corporate Tax Act, dividends received by shareholders resident in Norway from a company resident in Norway are taxable as general income.² Furthermore, the company's profit is taxed in full, without any credit for dividends set aside or paid out.

10. The imputation system as set up by the Norwegian tax rules is meant to avoid economic double taxation, so that income is not first taxed on the company's hand, and then taxed as dividend income on the shareholder's hand. It entails that the amount paid out as dividend to shareholders resident in Norway will be subject to taxation solely on the company's hand, as general income at a

1 The rules have been transferred without amendment to Chapter 10 of the Tax Act (*skatteloven*) of 26 March 1999 No 14.

2 Section 3-2, sub-section 1 of the Corporate Tax Act.

III. Spørsmål

8. Følgende spørsmål ble henvist til EFTA-domstolen:

(1) Er det i overensstemmelse med EØS-avtalen artikkel 40 at det ikke innrømmes godtgjørelse i kildeskatt til skattytere bosatt i andre medlemsstater?

(a) Er det av rettslig betydning om skattyteren er bosatt i en medlemsstat som i skatteavtale med Norge har forpliktet seg til å innrømme kredit for kildeskatt?

(b) Er det av rettslig betydning om skattyteren i det konkrete tilfelle faktisk får eller vil få kredit for kildeskatten?

(2) Er det i overensstemmelse med EØS-avtalen at en medlemsstat alene forholder seg til det utdelende selskap ved fastsetting og endring av utbytteskatt (kildeskatt) i de tilfellene hvor ligningsvedtaket for de utenlandske skattyterne bygger på at den skattemessige eier er en annen enn den som (1) privatrettslig er eier, (2) er registrert i VPS-registeret som eier, og (3) er oppgitt som eier i forhold til ligningsmyndighetene uten at verken den skattemessige eier eller den privatrettslige VPS-registrerte eier har blitt gjort kjent med omklassifiseringen?

IV. Rettslig bakgrunn

Beskatning av utbytte og godtgjørelsesordningen i henhold til norsk rett

9. I det aktuelle tidsrom fra 1997 til 1998 var beskatning av utbytte regulert i kapitel 3 i selskapsskatteloven av 20. juli 1991 nr. 65.¹ I medhold av selskapsskatteloven beskattes utbytte mottatt av aksjonærer bosatt i Norge fra et selskap hjemmehørende i Norge som alminnelig inntekt.² Videre blir selskapets overskudd beskattet i sin helhet, uten fradrag for avsatt eller utbetalt utbytte.

10. Formålet med godtgjørelsesordningen slik den er etablert i henhold til norske skatteregler er å unngå økonomisk dobbeltbeskatning, slik at inntekt ikke først beskattes på selskapets hånd og deretter som utbytteinntekt på aksjonærens hånd. Dette medfører at det beløpet som utbetales som utbytte til aksjonærer bosatt eller hjemmehørende i Norge vil være beskattet kun på selskapets hånd, og da som alminnelig inntekt med en sats på 28%, mens aksjonæren på visse

1 Reglene er overført uten endringer til kapitel 10 i Skatteloven av 26. mars 1999 nr.14.

2 Selskapsskattelovens § 3-2, 1. ledd.

rate of 28 per cent, whereas the shareholder may, subject to certain conditions, be granted a credit. This imputation tax credit will correspond to the amount of the tax paid by the company on the dividends that have been paid out.³

11. Imputation tax credit is granted to taxpayers with general tax liability to Norway, provided that the dividends are lawfully distributed from the company.⁴ A taxpayer has general tax liability to Norway if the taxpayer in question is “resident within the Kingdom” (natural persons) or “domiciled in the Kingdom” (legal persons).⁵ The practical result of the imputation system is that dividends are tax-free on the shareholder’s hand as long as the taxpayer is resident or domiciled in Norway.

12. As regards dividends paid out from Norwegian companies to shareholders resident abroad, tax is due to the State at a rate determined by Parliament in its annual tax resolution.⁶ The tax rate on dividends received by shareholders resident abroad is 25 per cent under domestic Norwegian law, but will often be reduced as a result of bilateral double tax agreements. In the case at hand the tax rate is 15 per cent. Imputation tax credit is not granted to taxpayers resident abroad.

Norway’s double taxation agreements with Germany and the United Kingdom

13. Pursuant to Article 10 of the applicable double taxation agreements with Germany and the United Kingdom, respectively, both the home state and the source state are entitled to impose tax when dividends are distributed from a company resident in one state (source state) to a shareholder resident in another state (home state). According to the tax agreement, the right of taxation of the source state is limited to 15 per cent of the dividends. How the foreign taxpayers are taxed in their home countries was not established.

14. In order to avoid juridical double taxation of dividends—i.e. taxation of the same income both in the home state and in the source state—the tax agreements provide that the home state shall grant credit for tax paid at source, in accordance with Articles 23 (Germany) and 27 (United Kingdom), providing that the shareholder in Germany/the United Kingdom is entitled to credit in the amount of assessed tax corresponding to the tax on dividends imposed in Norway. Furthermore, Article 10(4) of the tax agreement with the United Kingdom contains a provision according to which Norwegian shareholders shall be entitled to the same imputation tax credit as taxpayers resident in the United

3 The imputation tax credit is defined as follows: “*Imputation tax credit means the dividend received multiplied by the shareholder’s tax rate for general income*”, Section 3-3 of the Corporate Tax Act.

4 Section 3-4 of the Corporate Tax Act.

5 Section 15(a) and (b) of the Tax Act of 18 August 1911 No 8.

6 Section 3-5 of the Corporate Tax Act.

betingelser kan bli innrømmet fradrag. Dette fradrag for godtgjørelse i utbytteskatten vil tilsvare det skattebeløpet som selskapet har betalt på det utbyttet som er utbetalt.³

11. Fradrag for godtgjørelse i utbytteskatten gis skattebetalere med alminnelig skatteplikt til Norge, forutsatt at utbyttet er lovlig utdelt fra selskapet.⁴ En skattyter har alminnelig skatteplikt til Norge hvis vedkommende skattyter er “bosatt innen Riket” (fysiske personer) eller “hjemmehørende i Riket” (juridiske personer).⁵ I praksis er resultatet av godtgjørelsessystemet at utbytte er skattefritt på aksjonærens hånd så lenge skattyteren er bosatt eller hjemmehørende i Norge.

12. Når det gjelder utbytte utbetalt fra norske selskaper til aksjonærer bosatt i utlandet svares skatt til staten etter en sats som fastsettes av Stortinget i det årlige skattevedtak.⁶ Skattesatsen på utbytte mottatt av aksjonærer bosatt i utlandet er 25% i henhold til norsk lov, men vil ofte bli redusert som følge av bilaterale skatteavtaler. I den foreliggende sak er skattesatsen 15%. Det gis ikke fradrag for godtgjørelse i utbytteskatt til skattytere som er bosatt i utlandet.

Norges dobbeltbeskatningsavtaler med Tyskland og Storbritannia

13. I medhold av artikkel 10 av de gjeldende dobbeltbeskatningsavtaler med henholdsvis Tyskland og Storbritannia har både hjemstaten og kildestaten rett til å iligne skatt når utbytte utdeles fra et selskap hjemmehørende i én stat (kildestaten) til en aksjonær som er bosatt i en annen stat (hjemstaten). I henhold til skatteavtalen er kildestatens beskatningsrett begrenset til 15% av utbyttet. Hvordan utenlandske skattytere blir beskattet i sine hjemland er ikke klarlagt.

14. For å unngå juridisk dobbeltbeskatning av utbytte – dvs. beskatning av samme inntekt både i hjemstaten og i kildestaten – fastlegger skatteavtalene at hjemstaten skal gi kredit for betalt kildeskatt i henhold til artikkel 23 (Tyskland) og artikkel 27 (Storbritannia), slik at aksjonæren i Tyskland/Storbritannia har krav på kredit i det ilignede skattebeløp tilsvarende skatten på utbytte ilignet i Norge. Videre inneholder artikkel 10(4) i skatteavtalen med Storbritannia en bestemmelse hvorefter norske aksjonærer skal ha krav på samme fradrag for godtgjørelse i utbytteskatten som skattytere bosatt i Storbritannia. Det finnes

3 Fradrag for godtgjørelse i utbytteskatten er definert som følger: “Fradrag for godtgjørelse i utbytteskatten betyr mottatt utbytte multiplisert med aksjeeierens skattesats for alminnelig inntekt”, selskapsskattelovens § 3-3.

4 Selskapsskattelovens § 3-4.

5 § 15(a) og (b) i Selskapsskatteloven av 18. august 1911 nr. 8.

6 Selskapsskattelovens § 3-5.

Kingdom. There is, however, no corresponding rule entitling taxpayers resident in the United Kingdom to the same imputation tax credit as taxpayers resident in Norway. Nor does the German tax agreement contain any such provision. The parties disagree about the prospects of the taxpayers in the case at hand being granted a credit in their home states.

Procedural rules

15. Norwegian shareholders are entitled to a range of procedural rights in connection with tax assessment decisions and reassessments.⁷ Taxpayers shall be notified in the event of reassessment proceedings, and shall be given a reasonable time limit within which to submit comments. They are also entitled to access to the file. Reassessment decisions must state the reasons in writing, and the decision must be sent to the taxpayers together with information on the taxpayers' right of appeal.

16. In relation to dividend tax for foreign shareholders, the Corporate Tax Act provides for a tax calculation to be undertaken collectively for the foreign shareholders by the company.⁸ Pursuant to the same provision, the distributing company is liable for the tax due from those shareholders. The company is responsible for withholding tax at the time of distribution of the dividend.⁹

17. It is the distributing company that receives notification of any changes in the withholding tax paid. In this connection, the company is granted rights as a party to the administrative proceedings, including a right of appeal. However, the right of the distributing company to submit objections in the assessment procedure does not extend to questions concerning the company's own payment liability. Any such objections must be decided in a subsequent decision by the Tax Collector. Consequently, only objections on behalf of the foreign shareholders may be raised by a distributing company in the course of the assessment procedure.

18. The foreign taxpayers do not receive notification of the assessment, nor are they granted other rights as a party to the administrative proceedings. If a foreign taxpayer wishes to appeal against the assessment or reassessment, the taxpayer is required to ask the distributing company to raise the issue on the taxpayer's behalf. Previously, the foreign shareholders had a statutory right to ask for a separate assessment. However, this right was repealed in 1984.

19. The company has rights of recourse and set-off in relation to the foreign taxpayers. Formerly, the rights of recourse and set-off were statutory. Upon an

7 Chapters 3 and 9 of the Tax Assessment Act (*ligningsloven*) of 13 June 1980 No 24.

8 Section 3-5 of the Corporate Tax Act.

9 Sections 5a and 49(1-2) of the Tax Payment Act (*skattebetalingsloven*) of 21 November 1952.

imidlertid ingen tilsvarende regel som gir skattytere bosatt i Storbritannia rett til samme fradrag som skattytere bosatt i Norge. Den tyske skatteavtalen inneholder heller ikke noen slik bestemmelse. Partene er uenige om hvilke utsikter skattyterne i nærværende sak har til å bli tilstått kredit i sine hjemland.

Saksbehandlingsregler

15. Norske aksjonærer har en rekke prosessuelle rettigheter i forbindelse med ligningsvedtak og ligningsendringer.⁷ Skattytere skal varsles om eventuell endringsbehandling og skal gis en passende frist til å uttale seg. De har også rett til innsyn i saksdokumentene. Endringsvedtak skal begrunnes skriftlig og vedtaket skal sendes til skattyterne med opplysninger om skattyterens klagerett.

16. Når det gjelder utbytteskatt for utenlandske aksjonærer fastlegger selskapsskatteloven en skatteberegning som skal foretas av selskapet under ett for utenlandske aksjonærer.⁸ I medhold av samme bestemmelse er det utdelende selskap ansvarlig for den skatt som skal betales av disse aksjonærer. Selskapet skal foreta forskuddstrekk på det tidspunkt hvor utbyttet utdeles.⁹

17. Det er det utdelende selskap som mottar melding om eventuelle endringer i den innbetalte kildeskatt. I denne forbindelse får selskapet partsrettigheter, herunder klagerett. Det utdelende selskaps rett til å fremsette innsigelser under ligningsbehandlingen omfatter imidlertid ikke spørsmål som vedrører selskapets eget betalingsansvar. Eventuelle innsigelser om dette skal avgjøres ved et etterfølgende vedtak av kemneren. Følgelig kan kun innsigelser på vegne av utenlandske aksjonærer fremsettes av et utdelende selskap under ligningsbehandlingen.

18. Utenlandske skattytere mottar ikke melding om ligningen og får heller ikke andre partsrettigheter. Hvis en utenlandsk skattyter ønsker å påklage ligningen eller endringsligningen, må skattyteren anmode det utdelende selskapet om å bringe opp dette spørsmålet på vegne av skattyteren. Tidligere hadde utenlandske aksjonærer en lovfestet rett til å anmode om separat ligning. Denne retten ble imidlertid opphevet i 1984.

19. Selskapet har rett til regress og motregning overfor utenlandske skattytere. Tidligere var regress- og motregningsrettighetene lovfestet. Ved en lovendring i

7 Kapitel 3 og 9 i Ligningsloven av 13. juni 1980 nr. 24.4

8 Selskapsskattelovens § 3-5.

9 §§ 5a og 49(1-2) i skattebetalingsloven av 21. november 1952.

amendment of the relevant Act in 1983, the foreign shareholders became subject to advance payment of tax, and the distributing company was required by law to withhold this deduction. In this connection, the rules governing the company's legal position were transferred to the Tax Payment Act. The right of recourse is not set out in the Tax Payment Act, but follows from general legal principles.

EEA law

20. Article 4 of the EEA Agreement reads:

“Within the scope of application of this Agreement, and without prejudice to any special provisions contained therein, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited.”

21. Article 40 of the EEA Agreement reads:

“Within the framework of the provisions of this Agreement, there shall be no restrictions between the Contracting Parties on the movement of capital belonging to persons resident in EC Member States or EFTA States and no discrimination based on the nationality or on the place of residence of the parties or on the place where such capital is invested. Annex XII contains the provisions necessary to implement this Article.”

22. Article 1 of Council Directive 88/361/EEC of 24 June 1988 for the implementation of Article 67 of the Treaty¹⁰ (hereinafter “Directive 88/361”) reads:

“1. Without prejudice to the following provisions, Member States shall abolish restrictions on movements of capital taking place between persons resident in Member States. To facilitate application of this Directive, capital movements shall be classified in accordance with the Nomenclature in Annex I.

2. Transfers in respect of capital movements shall be made on the same exchange rate conditions as those governing payments relating to current transactions.”

23. Article 4 of Directive 88/361 reads:

“This Directive shall be without prejudice to the right of Member States to take all requisite measures to prevent infringements of their laws and regulations, inter alia in the field of taxation and prudential supervision of financial institutions, or to lay down procedures for the declaration of capital movements for purposes of administrative or statistical information.

10 OJ L 178, 8.7.1988, p. 5; referred to in Point 1 of Annex XII to the EEA Agreement.

1983 ble utenlandske aksjonærer forpliktet til å betale forskuddsskatt og det utdelende selskapet ble lovmessig forpliktet til å gjennomføre dette forskuddstrekket. I denne forbindelse ble de regler som regulerer selskapets rettslige stilling overført til skattebetalingsloven. Regressretten står ikke i skattebetalingsloven, men følger av generelle rettslige prinsipper.

EØS-rett

20. Artikkel 4 i EØS-avtalen lyder som følger:

“Enhver forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet skal være forbudt innenfor denne avtales virkeområde, med forbehold for de særbestemmelser den selv gir.”

21. Artikkel 40 i EØS-avtalen lyder som følger:

“Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det mellom avtalepartene ikke være noen restriksjoner på overføring av kapital tilhørende personer bosatt i EFs medlemsstater eller EFTA-statene og ingen forskjellsbehandling på grunn av partenes nasjonalitet, bosted eller stedet for kapitalanbringelsen. Vedlegg XII inneholder de bestemmelser som er nødvendige for å gjennomføre denne artikkel.”

22. Artikkel 1 i Rådskonklusjon 88/361/EEC av 24. juni 1988 for iverksettelse av artikkel 67 i Traktaten¹⁰ (heretter “Direktiv 88/361”) lyder som følger:

“1. Med forbehold for de bestemmelser som følger, skal medlemsstatene avskaffe restriksjonene på kapitalbevegelser mellom valutainnlendinger i medlemsstatene. For å lette gjennomføringen av dette direktiv skal kapitalbevegelsene klassifiseres etter nomenklaturen i vedlegg I.

2. Overføringer i tilknytning til kapitalbevegelser skal foretas på de samme valutakursvilkår som dem som gjelder for betaling i forbindelse med løpende transaksjoner.”

23. Artikkel 4 i Direktiv 88/361 lyder som følger:

“Bestemmelsene i dette direktiv skal ikke berøre medlemsstatenes rett til å treffe nødvendige tiltak for å hindre overtredelser av deres lover og forskrifter, blant annet når det gjelder beskatning eller tilsyn med finansinstitusjoner, og deres rett til å fastsette fremgangsmåter for å inngi valutaoppgaver om kapitalbevegelser for administrativ eller statistisk informasjon.

10 OJ No L 178, 8.7.1988, s. 5; referert i punkt 1 i Tillegg XII til EØS-avtalen.

Application of those measures and procedures may not have the effect of impeding capital movements carried out in accordance with Community law.”

V. Written Observations

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

- the Appellant, represented by Bettina Banoun, Advocate, Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen, Oslo;
- the Respondent, represented by Thomas Nordby, Advocate, Office of the Attorney General (Civil Affairs), acting as Agent, and Amund Noss, Advocate, Office of the Attorney General (Civil Affairs), acting as co-agent;
- the EFTA Surveillance Authority, represented by Niels Fenger, Director, and Per Andreas Bjørgan, Senior Legal Officer, acting as Agents;
- the Commission of the European Communities, represented by Richard Lyal, Legal Adviser, and Hans Støvlbæk, Member of its Legal Service, acting as Agents;
- the United Kingdom, represented by Mark Bethell, Treasury Solicitor’s Department, acting as Agent, and by Gerald Barling QC, David Ewart and Jemima Stratford, Barristers.

The Appellant

25. The Appellant submits that even if direct taxation falls within the competence of the Member States, it must be exercised in accordance with EEA law.¹¹ Cross-border dividends are covered by the rules on free movement of capitals and Directive 88/361.¹² Moreover, Article 40 EEA and the corresponding EC rules are to be interpreted identically.¹³ The Appellant is of the opinion that

11 Reference is made to case law of the Court of Justice of the European Communities and, *inter alia*, to the EFTA Court’s judgment in Case E-6/98 *Norway v EFTA Surveillance Authority*, [1999] EFTA Court Report 74, at para 34.

12 Cases C-35/98 *Staatssecretaris van Financiën v B.G.M. Verkooijen*, [2000] ECR I-4071; C-315/02 *Anneliese Lenz v Finanzlandesdirektion für Tirol*, judgment of 15 July 2004, not yet reported.

13 Case C-452/01 *Margarethe Ospelt*, judgment of 23 September 2003, not yet reported, at paras 28-29.

Anvendelsen av disse tiltak og fremgangsmåter skal ikke virke slik at de hindrer kapitalbevegelser som er i samsvar med fellekskapsretten.”

V. Skriftlige saksfremstillinger

24. I medhold av artikkel 20 i EFTA-domstolens vedtekter og artikkel 97 i prosessreglene er skriftlige saksfremstillinger mottatt fra:

- den ankende part, representert ved advokat Bettina Banoun, Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen, Oslo;
- ankemotparten, representert ved advokat Thomas Nordby, Regjeringsadvokatembetet, som partsrepresentant, og advokat Amund Noss, Regjeringsadvokatembetet, som medpartsrepresentant;
- EFTAs Overvåkningsorgan, representert ved direktør Niels Fenger og Per Andreas Bjørgan, senior saksbehandler, som partsrepresentanter;
- Kommissjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Richard Lyal, juridisk rådgiver, og Hans Støvlbæk, medarbeider i dens juridiske avdeling, som partsrepresentanter;
- Storbritannia representert ved Mark Bethell, Treasury Solicitor's Department, som partsrepresentant, og ved advokatene Gerald Barling QC, David Ewart og Jemima Stratford.

Den ankende part

25. Den ankende part anfører at selv om direkte beskatning hører inn under medlemsstatenes kompetanse må denne utøves i overensstemmelse med EØS-retten.¹¹ Grenseoverskridende utbytteutdeling er dekket av reglene om fri bevegelighet for kapital og av direktiv 88/361.¹² Videre skal EØS-avtalens artikkel 40 og de tilsvarende EF-regler fortolkes likt.¹³ Den ankende part mener at

11 Det vises til rettspraksis fra EF-domstolen og blant annet til domstolens avgjørelse i sak E-6/98 *Norge mot EFTAs Overvåkningsorgan*, [1999] EFTA Court Report, punkt 34.

12 Saker C-35/98 *Staatssecretaris van Financiën v B.G.M. Verkooijen*, [2000] ECR I-4071; C-315/02 *Anneliese Lenz mot Finanzlandesdirektion für Tirol*, dom av 15. juli 2004, enda ikke rapportert.

13 Sak C-452/01 *Margarethe Ospelt*, dom av 23. september 2003, enda ikke rapportert, punkt 28-29.

the Norwegian imputation tax credit system entails both an unjustified restriction and discrimination and is therefore in breach of Article 40 EEA. It finds support for this view in a proposal by the Norwegian Government to amend the taxation rules in order to end discrimination against taxpayers in other EEA countries. Particular reference is made to a submission by the Ministry of Finance to the Parliament, outlining proposed legislation, and to the comments thereon by the Standing Committee on Finance, to the effect that the abolishment of the imputation tax credit rules will meet the EEA obligations.

26. As regards the existence of a restriction, the Appellant contends that the Court of Justice of the European Communities has answered the question of whether there is a conflict with the four freedoms if only domestic taxpayers are granted the right to an imputation tax credit against their taxable income in the affirmative in its *Avoir fiscal* judgment.¹⁴ In *Verkooijen*, in *Lenz*, and in the Opinion of the Advocate General in *Manninen*, it was held that a more favourable taxation of dividends, depending on the company being domiciled in the same State as the shareholder, violates the free movement of capital, and that a more favourable taxation of domestic dividends entails a distorting effect.¹⁵ Those cases and the case at issue have in common that a Member State attempts to reserve a tax advantage for shareholders domiciled in the same Member State as the dividend distributing company and to deny the tax advantage if the company and the shareholder are domiciled in two different States.¹⁶ With regard to the Norwegian tax rules at issue, the Appellant argues that the difference in treatment of domestic and cross-border dividends in respect of the imputation tax credit will have a direct effect on the size of the net return obtained by the shareholders and will thereby affect share prices. As a consequence, persons/companies resident in Norway will be more inclined to invest than persons/companies resident outside Norway, with the effect that companies domiciled in Norway will have more difficulty attracting foreign investors and there will be a larger proportion of Norwegian shareholders in those companies.¹⁷ Furthermore, the fact that the Appellant was held liable for the tax on dividend payable by foreign shareholders is considered a restriction of the right under Article 40 EEA in itself, since having non-resident shareholders will accordingly involve additional costs.

14 Case C-270/83 *Commission v France*, [1986] ECR 273. In the view of the Appellant, this judgment applies even though it concerned discrimination of branches and the freedom of establishment. It is emphasized that the Norwegian imputation tax credit system was designed on the pattern of the French tax credit system.

15 Cases C-35/98 *Verkooijen*, cited above, at paras 62, 34-35; C-315/02 *Lenz*, cited above, at paras 20-21; C-319/02 *Manninen*, pending, Opinion of the Advocate General of 18 March 2004, not yet reported.

16 Further reference is made, inter alia, to the *Communication on dividend taxation of individuals in the Internal Market* of the Commission of the European Communities of 19 December 2003, COM(2003) 810, at point 3.3.1.

17 Reference is made to the preparatory works for rules on the imputation tax credit, at 8.7.2.3.

det norske godtgjørelsessystem medfører både en uberettiget restriksjon og en diskriminering, og følgelig brudd på artikkel 40 i EØS-avtalen. Den ankende part finner støtte for dette synspunkt i et forslag fra den norske regjering om å endre skattereglene for å gjøre slutt på diskriminering av skattytere i andre EØS-land. Spesielt vises det til Finansdepartementets fremlegg om foreslått lovgivning og til kommentarene til dette fra Stortingets Finanskomiteé hvorav fremgår at opphevelse av godtgjørelsesreglene vil etterkomme EØS-forpliktelsene.

26. Når det gjelder spørsmålet om det foreligger en restriksjon, hevder den ankende part at De europeiske fellesskaps domstol (heretter "EF-domstolen") i sin dom i *Avoir fiscal*-saken har gitt et positivt svar på spørsmålet om det vil være i strid med de fire friheter hvis kun innenlandske skattytere får rett til fradrag for godtgjørelse i sin skattbare inntekt.¹⁴ I *Verkooijen*, i *Lenz*, og i generaladvokatens betenkning i *Manninen*, ble det lagt til grunn at en gunstigere beskatning av utbytte avhengig av om selskapet er hjemmehørende i samme stat som aksjonæren er et brudd på den frie bevegelighet for kapital, og at gunstigere beskatning av innenlandsk utbytte har en vridningseffekt.¹⁵ Disse saker og nærværende sak har det til felles at en medlemsstat forsøker å forbeholde en skattebegunstigelse for aksjonærer hjemmehørende i samme medlemsstat som det utbytteutdelende selskap, og å nekte å gi denne skattefordel hvis selskapet og aksjonæren er hjemmehørende i to forskjellige stater.¹⁶ Når det gjelder de aktuelle norske skatteregler, anfører den ankende part at forskjellen mellom behandlingen av innenlandske utbyttebetalinger og utbyttebetalinger over landegrensene med henblikk på fradrag for godtgjørelse vil få en direkte innvirkning på størrelsen av det netto utbytte som aksjonærene oppnår, og vil derved påvirke aksjeverdien. Som en følge av dette vil personer/selskaper som er hjemmehørende i Norge være mer tilbøyelige til å investere enn personer/selskaper hjemmehørende utenfor Norge, med den virkning at norske selskaper vil møte større vanskeligheter med å tiltrekke seg utenlandske investorer, og at det vil være en større andel norske aksjonærer i norske selskaper.¹⁷ Videre er det forhold at den ankende part holdes ansvarlig for utbytteskatt som skal betales av utenlandske aksjonærer, i seg selv å anse som en restriksjon av rettigheter etter EØS-avtalens artikkel 40, da det vil medføre tilleggsomkostninger å ha ikke-hjemmehørende aksjonærer.

14 Sak C-270/83 *Kommisjonen mot Frankrike*, [1986] ECR 273. Den ankende part mener at denne dom er relevant selv om den gjaldt diskriminering av filialer og etableringsfriheten. Det understrekes at det norske godtgjørelsessystem er utformet etter mønster av det franske godtgjørelsessystem.

15 Saker C-35/98 *Verkooijen*, referert ovenfor, punkt 62, 34-35; C-315/02 *Lenz*, referert ovenfor, punkt 20-21; C-319/02 *Manninen*, verserer, betenkning fra Generaladvokaten av 18. mars 2004, enda ikke rapportert.

16 Det vises videre til blant annet *Communication on dividend taxation of individuals in the Internal Market* fra Kommisjonen av 19. desember 2003, COM(2003) 810, punkt 3.3.1.

17 Det vises til forarbeidene til reglene vedrørende fradrag for godtgjørelse i utbytteskatten, vedlegg 3, pkt 8.7.2.3.

27. With regard to discrimination based on the residence of shareholders, the Appellant focuses on the question of whether the situations of resident and non-resident shareholders are comparable, or whether objective differences exist. It is concluded from *Avoir Fiscal* that when Norwegian law does not distinguish between Norwegian and foreign shareholders in respect of the liability for tax payable on dividend, then Norwegian law also may not distinguish in respect of the entitlement to a deduction of a tax credit associated with the taxable income from dividends.¹⁸ It is furthermore deduced from *Avoir Fiscal* and the subsequent case law that avoidance of juridical double taxation by way of tax agreements cannot provide grounds for foreign and domestic taxpayers not being in comparable situations, whereas the objective of avoiding economic double taxation of the company and the shareholder warrants that foreign shareholders are in a comparable situation as regards claims for tax credit.¹⁹ Thus a principle is invoked by the Appellant whereby comparable situations exist if there is a connection between the liability for tax and the tax advantage. This principle is not limited to natural persons or branches, but also extends to corporate bodies as in the case at issue. Such a distinction is not made under Norwegian law with respect to the granting of an imputation tax credit. Finally, the Respondent's argument that it is the overall tax burden of a shareholder that is of relevance is rejected.²⁰

28. As to possible justification of the restriction/discrimination, the Appellant contests that the promotion of Norwegian ownership and protection of the Norwegian tax base may qualify as mandatory requirements since they are to be considered of purely economic nature. Reference is made to the preparatory works for the imputation tax credit rules as well as to the judgment of the Court of Justice of the European Communities in *Verkooijen*.²¹ It is also disputed that the rules at issue are making tax audits more efficient. With regard to justification by the requirement for coherence of the national tax system, as acknowledged by the Court of Justice of the European Communities in *Bachmann*,²² the Appellant asserts that in view of the objective pursued, namely avoidance of economic double taxation, it is not logical or necessary that the rules should discriminate between domestic and foreign shareholders.²³ In this connection it is submitted

18 Case C-270/83 *Commission v France*, cited above, at para 20.

19 Case C-315/02 *Lenz*, cited above, at paras 30-32. Further reference is made to Cases C-107/94 *P.H. Asscher v Staatssecretaris van Financiën*, [1996] ECR I-3089, at para 49; C-311/97 *Royal Bank of Scotland plc v Elliniko Dimosio*, ECR [1999] I-2651, at para 29 and C-330/91 *The Queen v Inland Revenue Commissioners, ex parte Commerzbank AG*, [1993] ECR I-4017, at paras 16-18.

20 Reference is made to Case C-234/01 *Arnoud Gerritse v Finanzamt Neukölln-Nord*, ECR [2003] I-5933, at para 55.

21 Case C-35/98 *Verkooijen*, cited above, at paras 47-48 and 59, respectively.

22 Case C-204/90 *Hanns-Martin Bachmann v Belgian State*, [1992] ECR 249.

23 Case C-315/02 *Lenz*, cited above, at paras 35-39.

27. Når det gjelder diskriminering på grunnlag av aksjonærenes bosted, fokuserer den ankende part på spørsmålet om hvorvidt situasjonen for hjemme-hørende og ikke-hjemmehørende aksjonærer er sammenlignbar, eller om det foreligger objektive forskjeller. Det konkluderes ut fra *Avoir Fiscal* at når norsk rett ikke sonderer mellom norske og utenlandske aksjonærer når det gjelder skatteplikt på utbytte, kan norsk rett heller ikke sonde når det gjelder retten til godtgjørelse i forbindelse med skattbar inntekt fra utbytte.¹⁸ Det utledes videre fra *Avoir Fiscal* og etterfølgende rettspraksis at å unngå juridisk dobbeltbeskatning ved hjelp av skatteavtaler ikke kan gi grunnlag for å anse at utenlandske og innenlandske skattytere ikke er i sammenlignbare situasjoner, mens formålet med å unngå økonomisk dobbeltbeskatning av selskapet og aksjonæren tilsier at utenlandske aksjonærer befinner seg i en sammenlignbar situasjon når det gjelder krav om godtgjørelse.¹⁹ Den ankende part påberoper seg således et prinsipp hvorved sammenlignbare situasjoner foreligger hvis det er en sammenheng mellom skatteplikten og skattefordelen. Dette prinsippet er ikke begrenset til fysiske personer eller filialer, men omfatter også selskaper slik som i nærværende sak. En slik sondring gjøres ikke etter norsk rett når det gjelder å gi fradrag for godtgjørelse i utbytteskatten. Endelig bestrides ankemotpartens anførsel om at det er en aksjonærs samlede skattebelastning som er relevant.²⁰

28. Når det gjelder en eventuell berettigelse av restriksjonen/diskrimineringen, bestrider den ankende part at det å fremme norsk eierskap og å beskytte det norske skattefundament kan utgjøre tvingende allmenne hensyn, da disse formål må anses for å være av rent økonomisk art. Det vises til forarbeidene til reglene vedrørende fradrag for godtgjørelse i utlignet skatt og til dom avsagt av EF-domstolen i *Verkooijen*.²¹ Det bestrides også at de omtvistede regler gjør kontroller mer effektive. Når det gjelder berettigelse ut fra hensynet til indre sammenheng i det nasjonale skattesystem, som har vært anerkjent av EF-domstolen i *Bachmann*,²² hevder den ankende part at ut fra av det formål man søker å oppnå, nemlig å unngå økonomisk dobbeltbeskatning, er det ikke logisk eller nødvendig at reglene sonderer mellom innenlandske og utenlandske aksjonærer.²³ I denne forbindelse anføres det at mens det står en medlemsstat

18 Sak C-270/83 *Kommissjonen mot Frankrike*, referert ovenfor, punkt 20.

19 Sak C-315/02 *Lenz*, referert ovenfor, punkt 30-32. Det vises videre til sak C-107/94 *P.H. Asscher mot Staatssecretaris van Financiën*, [1996] ECR I-3089, punkt 49; C-311/97 *Royal Bank of Scotland plc mot Elliniko Dimosio*, ECR [1999] I-2651, punkt 29 og C-330/91 *The Queen mot Inland Revenue Commissioners, ex parte Commerzbank AG*, [1993] ECR I-4017, punkt 16-18.

20 Det vises til sak C-234/01 *Arnoud Gerritse mot Finanzamt Neukölln-Nord*, ECR [2003] I-5933, punkt 55.

21 Sak C-35/98 *Verkooijen*, referert ovenfor, henholdsvis punkt 47-48 og 59.

22 Sak C-204/90 *Hanns-Martin Bachmann mot den belgiske stat*, [1992] ECR 249.

23 Sak C-315/02 *Lenz*, referert ovenfor, punkt 35-39.

that, whereas a Member State is free to choose whether it wants to have rules that entail economic double taxation, or rules that avoid economic double taxation, it is not possible for the Member State to adopt rules that afford tax advantages only to its own citizens. The argument that it is only in the home state that economic double taxation can be avoided is rejected. Unfavourable treatment for tax purposes in conflict with a fundamental freedom cannot be justified on the basis of the existence of other advantages in terms of tax.²⁴

29. In assessing possible justification by the requirement for coherence of the international tax system, the Appellant submits that taxation imposed by other Member States and the content of tax agreements cannot affect the substance of the EEA rules,²⁵ and each Member State must ensure that the domestic rules do not violate the free movement of capital.²⁶ Any other view would lead to a relativization of the EEA rights depending on the substance of the domestic tax legislation and tax agreements with other Member States. It would also lead to a situation where discrimination shown by the home state could be used as justification for discrimination in the source state. A taxpayer making cross-border investments may thus be subjected to double discrimination. Moreover, the imputation tax credit rules and the tax agreements regulate different matters: whereas the former are intended to avoid economic double taxation and are not about dividing the tax base, the tax agreements are intended to avoid juridical double taxation. Accordingly, there is no provision in the tax agreements entitling taxpayers resident in the United Kingdom to the same tax credit as taxpayers resident in Norway, and the tax agreement with Germany has no provision entitling German shareholders to imputation tax credit in Norway along the same lines as Norwegian shareholders. In the opinion of the Appellant, it follows from international tax law that tax agreements, made for the purpose of avoiding juridical double taxation, may only be applied in reducing a taxpayer's liability for tax as regards domestic law. The fact that a tax agreement exists cannot be used as grounds for a widening of tax liabilities. In addition, it is noted that the provisions in the tax agreements do not regulate the position of the companies distributing the dividend so that they cannot influence the scope of the EEA rights as to their tax liability. Furthermore, foreign taxpayers have consistently been denied tax credit in Norway, independently of the substance of the tax agreements or the substance of the domestic tax rules of the home state. In addressing specifically question No 1(b), the Appellant expresses factual doubts as to whether the foreign taxpayers have been taxed for the dividend in their home states and are thus entitled to claim a credit in the state of residence. The

24 Case C-35/98 *Verkooijen*, cited above, at para 61.

25 Case C-270/83 *Commission v France*, cited above, at paras 24 and 26.

26 In the opinion of the Appellant, this is not contradicted by the judgment of the Court of Justice of the European Communities in Case C-336/96 *Mr and Mrs Robert Gilly v Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, [1998] ECR I-2793.

fritt å velge om den ønsker å ha regler som medfører økonomisk dobbeltbeskatning, eller regler som unngår økonomisk dobbeltbeskatning, er det ikke mulig for medlemsstaten å vedta regler som gir skattefordeler kun til dets egne borgere. Argumentet om at det kun er i hjemstaten at økonomisk dobbeltbeskatning kan unngås, bestrides. Ufordelaktig skattemessig behandling i strid med en grunnleggende frihet kan ikke rettferdiggjøres med den begrunnelse at det foreligger andre skattemessige fordeler.²⁴

29. Til spørsmålet om en mulig berettigelse gjennom hensynet til indre sammenheng i det internasjonale skattesystem, anfører den ankende part at skatt som ilegges av andre medlemsstater og innholdet i skatteavtaler ikke kan påvirke det materielle innhold av EØS-reglene,²⁵ og hver enkelt medlemsstat må sørge for at de nasjonale regler ikke krenker den frie bevegelighet for kapital.²⁶ Den motsatte betraktning ville medføre en relativisering av EØS-rettigheter, beroende på det materielle innholdet i den nasjonale skattelovgivning og skatteavtaler med andre medlemsstater. Det ville også føre til en situasjon hvor diskriminering i hjemstaten kunne brukes som berettigelse av diskriminering i kildestaten. En skattyter som foretar investeringer over landegrensene kan således bli utsatt for dobbeltbeskatning. Videre regulerer reglene vedrørende fradrag for godtgjørelse i utlignet skatt og skatteavtalene ulike forhold: mens de førstnevnte regler har til formål å unngå økonomisk dobbeltbeskatning og ikke gjelder en fordeling av skattefundamentet, er formålet med skatteavtalene å unngå juridisk dobbeltbeskatning. Det er følgelig ingen bestemmelse i skatteavtalene som gir skattytere bosatt i Storbritannia rett til samme godtgjørelsesfradrag som skattytere bosatt i Norge, og skatteavtalen med Tyskland inneholder ingen bestemmelse som gir tyske aksjonærer rett til fradrag for godtgjørelse i utlignet skatt i Norge på linje med norske aksjonærer. Etter den ankende parts mening følger det av internasjonal skatterett at skatteavtaler inngått med henblikk på å unngå juridisk dobbeltbeskatning kun kan anvendes til å redusere en skattyters skatteplikt i nasjonal rett. Det forhold at det foreligger en skatteavtale kan ikke brukes som begrunnelse for å utvide skatteplikten. I tillegg bemerkes det at bestemmelsene i skatteavtalene ikke regulerer stillingen til de selskaper som utdeler utbyttet, slik at de ikke har noen innflytelse på omfanget av EØS-rettighetene når det gjelder deres skatteansvar. Videre er utenlandske skattytere konsekvent blitt nektet fradrag for godtgjørelse i utlignet skatt i Norge, uavhengig av det materielle innholdet i skatteavtalene eller det materielle innholdet i hjemstatens nasjonale skatteregler. Når det gjelder spørsmål nr. 1(b), gir den ankende part uttrykk for faktisk tvil om hvorvidt de utenlandske skattytere er blitt beskattet for utbyttet i sine hjemstater og således har krav på kredit i den staten hvor de er bosatt. Hovedgrunnen til denne tvil er at

24 Sak C-35/98 *Verkooyen*, referert ovenfor, punkt 61.

25 Sak C-270/83 *Kommisjonen mot Frankrike*, referert ovenfor, punkt 24 og 26.

26 Etter den ankende parts mening motsies ikke dette av dommen avsagt av EF-domstolen i sak C-336/96 *Mr og Mrs Robert Gilly mot Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, [1998] ECR I-2793.

main reason for these doubts is that foreign taxpayers have hardly been subjected to tax on dividends in their home countries, since they were not shareholders at the time of distribution of the dividend and therefore did not receive dividends.

30. As regards the second question from *Frostatting lagmannsrett*, the Respondent's assumption that foreign taxpayers will be given access to appeal and trial if they were now to ask for it is rejected.²⁷ The Appellant submits that the absence of rights for foreign shareholders in the administrative proceedings is contrary to Articles 4 and 40 of the EEA Agreement, and also to the non-codified requirements as to effective legal protection of rights. First, giving only Norwegian and not foreign shareholders rights as parties constitutes a differential treatment. It also amounts to a restriction, since the absence of rights as parties in connection with the taxation of dividend may have a deterring effect on foreign taxpayers as far as their desire to make investments in Norway is concerned. Furthermore, it is onerous for Norwegian companies distributing dividends to have to carry the burden of collecting the tax and possibly themselves defray the cost of the tax if the tax cannot be recovered. Thus, it becomes less attractive for Norwegian companies to have foreign shareholders, rather than Norwegian shareholders, which in itself is a restriction contrary to the EEA Agreement. The absence of rights in the administrative proceedings may also entail materially discriminatory tax rules in the Appellant's opinion, since it may result in incorrect assessment decisions. Second, the Appellant refers to the case law of the Court of Justice of the European Communities with regard to effective legal protection²⁸ and to fundamental rights in domestic administrative proceedings, namely the right to present evidence,²⁹ the right to access information in order to have the possibility of knowing the scope of EEA rights,³⁰ and the right of defence.

31. With regard to the Respondent's suggestions as to possible justification, the Appellant submits that purely administrative inconvenience does not qualify for justification.³¹ Alternatively, the principle of proportionality must under all circumstances warrant that mandatory requirements cannot be relied upon in those instances where the tax assessment is based on reclassification of the facts and new legal backgrounds. Furthermore, the Appellant contests the

27 Particular reference is made to a release by the Directorate of Taxes, according to which the assessment procedure is to be practiced in a manner so as to prevent foreign shareholders from having direct contact with the tax assessment authorities. Further reference is made to the judgment of the Court of Justice of the European Communities in Case C-367/98 *Commission v Portugal*, [2002] ECR I-4731, according to which a change in practice is not sufficient compliance with the obligations under the EC Treaty.

28 Case C-222/86 *Unectef v Georges Heylens et al.*, [1987] ECR 4097, at para 14.

29 Case C-254/97 *Société Baxter et al. v Premier Ministre et al.*, [1999] ECR I-4809, at para 19.

30 Case C-483/99 *Commission v France*, [2002] ECR I-4781, at para 50.

31 Cases C-315/02 *Lenz*, cited above, at para 48; C-334/02 *Commission v France*, judgment of 4 March 2004, not yet reported, at para 29.

utenlandske skattytere neppe er blitt ilagt skatt på utbytte i sine hjemland da de ikke var aksjonærer på den tid da utbyttet ble utdelt og derfor ikke mottok noe utbytte.

30. Når det gjelder lagmannsrettens andre spørsmål, bestrides ankemotpartens formodning om at utenlandske skattytere vil få rett til klage- og domstolsbehandling hvis de nå anmodet om dette.²⁷ Den ankende part anfører at utenlandske aksjonærers manglende partsrettigheter er i strid med artikkel 4 og 40 i EØS-avtalen, og også med de ulovfestede krav om effektiv rettslig beskyttelse av rettigheter. For det første medfører det forskjellsbehandling at kun norske og ikke utenlandske aksjonærer gis partsrettigheter. Dette utgjør også en restriksjon, idet manglende partsrettigheter i forbindelse med beskatningen av utbytte kan ha en avskrekkende virkning på utenlandske skattyteres lyst til å investere i Norge. Videre er det tyngende for norske selskaper som utdeler utbytte å måtte innkreve skatt, og eventuelt selv dekke skattekostnaden hvis skatten ikke lar seg inndrive. Det blir således mindre attraktivt for norske selskaper å ha utenlandske aksjonærer fremfor norske aksjonærer, hvilket i seg selv utgjør en restriksjon i strid med EØS-avtalen. De manglende partsrettigheter kan også etter den ankende parts mening medføre materielt diskriminerende skatteregler, idet det kan føre til uriktige ligningsvedtak. For det andre viser den ankende part til EF-domstolens rettspraksis når det gjelder effektiv rettsbeskyttelse²⁸ og til grunnleggende rettigheter for saksbehandling i nasjonal forvaltning, nemlig retten til å fremlegge bevis,²⁹ retten til opplysninger for å få muligheten til å kjenne omfanget av EØS-rettigheter,³⁰ samt retten til forsvar.

31. Når det gjelder ankemotpartens anførsler om eventuell berettigelse, anfører den ankende part at ren administrativ ulempe ikke kvalifiserer som berettigelse.³¹ Subsidiært må forholdsmessighetsprinsippet under alle omstendigheter tilsi at administrative hensyn ikke kan legges til grunn i de tilfeller hvor skatteligningen er basert på en omklassifisering av faktum og nye rettslige grunnlag. Videre bestrider den ankende part ankemotpartens

27 Det vises spesielt til en publikasjon fra Skattedirektoratet i henhold til hvilken ligningsbehandlingen skal praktiseres på en slik måte at utenlandske aksjonærer er forhindret fra å ha direkte kontakt med ligningsmyndighetene. Det vises videre til dom avsagt av EF-domstolen i sak C-367/98 *Kommisjonen mot Portugal*, [2002] ECR I-4731, i henhold til hvilken endring av praksis ikke er tilstrekkelige til å oppfylle forpliktelsene i henhold til EF Traktaten.

28 Sak C-222/86 *Unectef mot Georges Heylens et al.*, [1987] ECR 4097, punkt 14.

29 Sak C-254/97 *Société Baxter et al. mot Premier Ministre et al.*, [1999] ECR I-4809, punkt 19.

30 Sak C-483/99 *Kommisjonen mot Frankrike*, [2002] ECR I-4781, punkt 50.

31 Saker C-315/02 *Lenz*, referert ovenfor, punkt 48; C-334/02 *Kommisjonen mot Frankrike*, dom av 4. mars 2004, enda ikke rapportert, punkt 29.

Respondent's allegation that only the distributing company may be deemed to be the party that is in reality affected by the assessment. Conversely, the Appellant maintains that in reality the foreign taxpayers are assessed for tax and will have to pay the tax on dividend due to the company's right of recourse. That the distributing company may be jointly liable under Norwegian law for the tax falling on the foreign shareholders is to facilitate the collection of tax claims from the foreign shareholders and does not make the breaches of the Agreement lawful.

32. The Appellant suggests answering the first question as follows:

“Article 40 EEA precludes legislation in a Member State, where imputation tax credit is granted against tax on dividend to taxpayers resident/domiciled in the Member State concerned (Norway), without imputation tax credit being granted simultaneously against tax on dividend to taxpayers resident in other Member States.

Article 40 EEA precludes legislation in a Member State (Norway), where companies having foreign shareholders expose themselves to additional costs compared with the situation if the company had only Norwegian shareholders.

(a) It is of no legal significance to the application of Article 40 EEA whether the taxpayer is resident in a Member State, which has under a tax agreement with the source state (Norway) undertaken to grant tax credit for withholding tax.

(b) It is of no legal significance to the application of Article 40 EEA whether the taxpayer in the specific case is actually being granted or will be granted tax credit for the withholding tax in the state of residence.

Should the Court come to the conclusion that the tax agreements may affect the substance of the EEA rules, the Appellant suggests answering questions No 1(a) and (b) in the alternative:

It is of legal significance to the application of Article 40 EEA whether the taxpayer is resident/domiciled in a Member State, which has under a tax agreement with the source state (Norway) undertaken to grant tax credit for withholding tax, provided that the taxpayer in the specific case is actually being granted or will be granted tax credit for the withholding tax. Should it turn out that the taxpayer will in fact not be granted tax credit, then the source state (Norway) will have to grant imputation tax credit and repay any tax on dividend already paid in.

påstand om at kun det utdelende selskap i realiteten kan anses å være berørt av ligningen. Tvert imot fastholder den ankende part at det i realiteten er de utenlandske skattytere som ilignes skatt og som må betale utbytteskatt, siden selskapet har regressrett. At det utdelende selskap kan være medansvarlig etter norsk lov for den skatt som faller på utenlandske aksjonærer har sammenheng med å lette innkrevingen av skattekrav mot de utenlandske aksjonærer, og gjør ikke bruddene på EØS-avtalen rettmessige.

32. Den ankende part foreslår å besvare det første spørsmålet som følger:

“EØS-avtalen Artikkel 40 er til hinder for lovgivning i en medlemsstat hvor det gis godtgjøringsfradrag i utbytteskatt til skattytere bosatt/hjemmehørende i den aktuelle medlemsstat (Norge), uten at det samtidig innrømmes godtgjøringsfradrag i utbytteskatt til skattytere bosatt i andre medlemsstater.

EØS-avtalen artikkel 40 er til hinder for lovgivning i en medlemsstat (Norge), hvor selskaper som har utenlandske aksjonærer eksponerer seg for ekstra merkostnader sammenlignet med om selskapet bare hadde norske aksjonærer.

(a) Det er ikke av rettslig betydning for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 40 om skattyteren er bosatt i en medlemsstat som i skatteavtale med kildestaten (Norge) har forpliktet seg til å innrømme kredit for kildeskatt.

(b) Det er ikke av rettslig betydning for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 40 om skattyteren i det konkrete tilfelle faktisk får eller vil få kredit for kildeskatten i bostedsstaten.

Dersom retten skulle komme til den konklusjon at skatteavtalene kan påvirke det materielle innhold i EØS-reglene, foreslår den ankende part at spørsmål nr. 1(a) og (b) subsidiært besvares som følger:

Det er av rettslig betydning for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 40 om skattyteren er bosatt/hjemmehørende i en medlemsstat som i skatteavtale med kildestaten (Norge) har forpliktet seg til å innrømme kredit for kildeskatt, såfremt skattyteren i det konkrete tilfelle faktisk får eller vil få kredit for kildeskatten. Dersom det viser seg at skattyteren faktisk ikke vil få kredit, må kildestaten (Norge) innrømme godtgjøringsfradrag og tilbakebetale eventuell innbetalt utbytteskatt.

33. The Appellant suggests answering the second question as follows:

Article 40 EEA, Article 4 EEA and non-codified principles of Community law preclude taxpayers resident in other Member States being denied rights as parties in connection with the taxation of dividend while taxpayers resident/domiciled in the Member State concerned are given full rights as parties.

Should the Court come to the conclusion that EEA law does not preclude foreign taxpayers being denied rights as parties in connection with the taxation of dividend, the Appellant suggests answering the second question in the alternative:

Article 40 EEA, Article 4 EEA and non-codified principles of Community law preclude taxpayers resident/domiciled in other Member States being taxed without having been made aware of the instigation of tax assessment proceedings, so that the foreign taxpayers have been deprived of the possibility of contradiction, appeal and trial by a court of law. In this context it constitutes a breach of the EEA rights when an assessment decision is based on the fact that a foreign taxpayer is liable for payment of tax on dividend to a Member State without being entitled to tax credit despite the fact that it is a domestic taxpayer who (1) is the owner under private law, (2) is registered in the VPS-register as owner, and (3) is stated as being the owner as regards the tax assessment authorities, and the foreign taxpayer has not been made aware of the assessment decision which reclassifies the ownership in the shares for tax purposes.”

The Respondent

34. As regards the first question, the Respondent contends at the outset that the apportionment of the tax base falls within the sovereignty of the Member States³² and stresses the differences between the EEA Agreement and the European Union, where harmonization of direct tax legislation partly exists.³³ In the areas of direct tax not covered by common legislation the Court of Justice of the European Communities has not been fully able to establish a systematic and overall picture of the requirements EC law imposes on the national systems. When it comes to international tax policy, arrangements such as channelling to the source state the right to tax on dividends paid out of profits generated there fall outside the material scope of the EEA Agreement. This is deduced from the

32 Reference is made to Case E-1/01 *Hörður Einarsson v Iceland*, [2002] EFTA Court Report 1, at para 17.

33 In this connection, the Respondent refers to the Parent-Subsidiary Directive 90/435/EEC and the Merger Directive 90/434/EEC, which have not been made part of EEA law.

33. Den ankende part foreslår å besvare det andre spørsmålet som følger:

EØS-avtalen artikkel 40, artikkel 40 og ulovfestede fellesskapsrettslige prinsipper er til hinder for at skattytere bosatt i andre medlemsstater nektes partsrettigheter i tilknytning til beskatning av utbytte mens skattytere bosatt/hjemmehørende i den aktuelle medlemsstat gis fulle partsrettigheter.

Dersom retten skulle komme til den konklusjon at EØS-retten i utgangspunktet ikke er til hinder for at utenlandske skattytere blir nektet partsrettigheter i forbindelse med beskatningen av utbytte, foreslår den ankende part subsidiært å besvare det andre spørsmål som følger:

EØS-avtalen artikkel 40, artikkel 4 og ulovfestede fellesskapsrettslige prinsipper er til hinder for at skattytere bosatt/hjemmehørende i andre medlemsstater beskattes uten at de er blitt gjort oppmerksomme på at det er reist ligningssak, slik at de utenlandske skattyterne er frarøvet muligheten for kontradiksjon, klage og domstolsprøving. Herunder utgjør det brudd på EØS-rettighetene når et ligningsvedtak bygger på at en utenlandsk skattyter er forpliktet til å betale utbytteskatt til en medlemsstat uten rett til godtgjørelse, til tross for at det er en innenlandsk skattyter som (1) privatrettslig er eier, (2) er registrert i VPS-registeret som eier og (3) er oppgitt som eier i forhold til ligningsmyndighetene, og den utenlandske skattyteren ikke er blitt gjort kjent med ligningsvedtaket som omklassifiserer det skattemessige eierskapet til aksjene.

Ankemotparten

34. Når det gjelder det første spørsmålet, hevder ankemotparten i utgangspunktet at fordelingen av skattefundamentene hører inn under medlemsstatenes suverenitet,³² og understreker forskjellene mellom EØS-avtalen og den Europeiske Union hvor det delvis foreligger harmonisering av lovgivningen om direkte skatt.³³ På de områder som ikke omfattes av felles lovgivning om direkte skatt, har EF-domstolen ikke vært fullt ut i stand til å etablere et systematisk helhetsbilde av de krav som fellesmarkedsretten pålegger de nasjonale systemer. Slike ordninger som å kanalisere til kildestaten retten til skatt på utbytte utbetalt på overskudd som blir skapt der, er vanlige i internasjonal skattepolitikk, og faller utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde.

32 Det vises til sak E-1/01 *Hörður Einarsson mot Island*, [2002] EFTA Court Report 1, punkt 17.

33 I denne forbindelse viser ankemotparten til moderselskap-datterselskap direktiv 90/435/EEC og fusjonsdirektivet 90/434/EEC, som ikke er gjort til en del av EØS-retten.

judgment of the Court of Justice of the European Communities in *Gilly*.³⁴ Furthermore, the Respondent distinguishes the case at hand from the judgment of the Court of Justice of the European Communities in *Verkooijen*³⁵ and the Advocate General's Opinion in *Manninen*,³⁶ which concern dividends paid by a foreign company to a domestic shareholder.

35. In the alternative, the Respondent asserts that there is no objectively comparable situation³⁷ between Norwegian taxpayers and German and British taxpayers, respectively. Consequently, the different treatment resulting from the unilateral granting of imputation tax credit does not amount to discrimination within the meaning of Article 40 EEA. This conclusion is supported by the judgment of the Court of Justice of the European Communities in *Gerritse*.³⁸ Accordingly, the objective difference between the situations of Norwegian and foreign shareholders is that the Norwegian shareholder has general tax liability whereas the foreign shareholder, unless in possession of a branch or domicile in Norway, has only limited tax liability in Norway, namely for withholding tax. This is, in the view of the Respondent, not contradicted by the findings in the judgment of the Court of Justice of the European Communities in *Royal Bank of Scotland*³⁹ and other cases involving corporate taxation and limited tax liability, where permanent establishments of foreign companies have been discriminated against in relation to local companies. Foreign companies with a permanent establishment have, however, general tax liability and are entitled to imputation tax credit. As far as the unprecedented comparison between companies established in different Member States in relation to the withholding tax is concerned, a comparison must, according to the Respondent, be made of the total tax burden on the dividends, because the credit method in the taxpayer's home state is applied in order to avoid double taxation. Thus, instead of comparing the foreign shareholder with the Norwegian shareholder in Norway, the correct approach would be to compare the foreign shareholder's situation in Germany and the United Kingdom, respectively, with the Norwegian shareholder's situation in Norway.

36. Alternatively, the Respondent maintains that there exists no breach of Article 40 EEA on the basis of two criteria established by the Commission of the European Communities in its recent Communication.⁴⁰ It is essentially argued

34 Case C-336/96 *Gilly*, cited above, at para 30.

35 Case C-35/98 *Verkooijen*, cited above.

36 Case C-319/02 *Manninen*, cited above.

37 As regards this criterion, reference is made to Case C-315/02 *Lenz*, cited above, at para 27.

38 Case C-234/01 *Gerritse*, cited above, at para 44.

39 Case C-311/97 *Royal Bank of Scotland*, cited above, at para 29.

40 *Communication on dividend taxation of individuals in the Internal Market*, cited above.

Det vises til av dom avsagt av EF-domstolen i *Gilly*.³⁴ Videre sonderer ankemotparten mellom nærværende sak og EF-domstolens dom i *Verkooijen*³⁵ og generaladvokatens betenkning i *Manninen*,³⁶ som vedrører utbytte utbetalt av et utenlandsk selskap til en innenlandsk aksjonær.

35. Subsidiært hevder ankemotparten at det ikke foreligger noen objektivt sett sammenlignbar situasjon³⁷ mellom norske skattytere og henholdsvis tyske og britiske skattytere. Den forskjellsbehandling som er et resultat av den ensidige tilståelse av godtgjørelsesfradrag utgjør følgelig ikke diskriminering slik det forstås i EØS-avtalen artikkel 40. Denne konklusjon støttes av dom avsagt av EF-domstolen i *Gerritse*.³⁸ Den objektive forskjellen mellom situasjonene for norske og utenlandske aksjonærer er således at den norske aksjonæren har alminnelig skatteplikt, og at den utenlandske aksjonær kun har begrenset skatteplikt til Norge, nemlig for kildeskatt, med mindre han har filial eller bosted i Norge. Etter ankemotpartens mening er det ikke motstrid mellom dette og konklusjonen i EF-domstolens dom i *Royal Bank of Scotland*³⁹ og andre saker som berører selskapsbeskatning og begrenset skatteplikt hvor utenlandske selskaper med fast driftssted har blitt diskriminert i forhold til lokale selskaper. Utenlandske selskaper med fast driftssted har imidlertid alminnelig skatteplikt og krav på godtgjørelsesfradrag. Det foreligger ingen presedens for sammenligningen mellom selskaper etablert i forskjellige medlemsstater i forhold til kildeskatten, og etter ankemotpartens oppfatning må det foretas en sammenligning av den totale skattebelastning på utbyttet, fordi kreditmetoden i skattyterens hjemstat anvendes for å unngå dobbeltbeskatning. I stedet for å sammenligne den utenlandske aksjonæren med den norske aksjonæren i Norge ville det korrekte således være å sammenligne den utenlandske aksjonærens situasjon i henholdsvis Tyskland og Storbritannia med den norske aksjonærens situasjon i Norge.

36. Subsidiært fastholder ankemotparten at det ikke foreligger noe brudd på EØS-avtalen artikkel 40 på grunnlag av to kriterier som er oppstilt av EF-kommisjonen i sin nylig utsendte melding.⁴⁰ Det anføres i det vesentlige at det

34 Sak C-336/96 *Gilly*, referert ovenfor, punkt 30.

35 Sak C-35/98 *Verkooijen*, referert ovenfor.

36 Sak C-319/02 *Manninen*, referert ovenfor.

37 Når det gjelder dette kriteriet vises det til sak C-315/02 *Lenz*, referert ovenfor, punkt 27.

38 Sak C-234/01 *Gerritse*, referert ovenfor, punkt 44.

39 Sak C-311/97 *Royal Bank of Scotland*, referert ovenfor, punkt 29.

40 *Melding om utbyttebeskatning av personer i det indre marked*, referert ovenfor.

that there is no causal link between the Norwegian tax burden (i.e. the withholding tax) and the investment choice made by the taxpayer. The withholding tax does not prevent a German or British shareholder from investing in Norwegian companies since the relevant tax agreements with Germany, the United Kingdom, and other EEA States are based on the credit method for the avoidance of double taxation. The credit method implies that taxpayers may deduct the withholding tax that has been paid to the Norwegian State from their income tax in the home state. Since the tax burden remains constant as a result of the tax agreement, the choice made by the taxpayers is not adversely affected. The Respondent finds support in an *e contrario* argument from the judgment of the Court of Justice of the European Communities in *Lenz*.⁴¹ As to the question of why foreign taxpayers should enter into the kind of arrangements with Norwegian shareholders as described above if the withholding tax does not constitute any burden on them, the Respondent assumes that the fiscal situation in the home state may suggest that it could be advantageous for the taxpayer to engage in parking arrangements and thereby forgo credit deductions for withholding tax imposed in Norway, by seeking to shield the entire dividend from taxation in the home state. It is stressed, however, that the taxpayer's subjective motivation is of no significance in the evaluation conducted by Norwegian tax authorities. Finally, the Respondent considers crucial that avoiding double taxation in any case is a challenge for the home state, not the state of source.⁴² Consequently, the differences between Norwegian and foreign shareholders are due to the absence of rules granting relief for economic double taxation with regard to dividends from Norway in the shareholder's home state.

37. As to justification of a possible infringement of Article 40 EEA, the Respondent suggests that the Court acknowledges the need to maintain the coherence of the international tax system as a mandatory requirement. This is distinguished from a justification based on domestic fiscal coherence and has not yet been assessed by the Court or the Court of Justice of the European Communities.⁴³ This interest—which has not as an objective the securing of tax revenue, *i.e.* it is no interest of an economic nature—is pursued in a necessary, suitable, and proportional way by means of apportionment of the tax base among Member States through tax agreements, based on the OECD Model Tax Convention. The guiding principle in international tax law is that the avoidance of double taxation is a matter for the home state of each taxpayer, because only that state has a full overview of the income and capital of the person in question.

41 Case C-315/02 *Lenz*, cited above, at para 38.

42 The Respondent refers in this regard to the Advocate General's Opinion in Case C-319/02 *Manninen*, cited above, at para 68.

43 Reference, however, is made to Case C-436/00 *X and Y v Riksskatteverket*, [2002] ECR I-10829, at para 53.

ikke er noen årsakssammenheng mellom den norske skattebelastning (dvs. kildeskatten) og det investeringsvalg som skattyteren treffer. Kildeskatten forhindrer ikke en tysk eller britisk aksjonær fra å investere i norske selskaper idet de relevante skatteavtaler med Tyskland, Storbritannia og andre EØS-stater er basert på kreditmetoden med henblikk på å unngå dobbeltbeskatning. Kreditmetoden innebærer at skattytere kan trekke kildeskatt som er betalt til den norske stat fra sin inntektsskatt i hjemstaten. Da skattebelastningen forblir konstant som følge av skatteavtalen, får ikke dette noen negativ innvirkning på skattyterens valg. Ankemotparten hevder å finne støtte i en motsetningslutning fra EF-domstolens dom i *Lenz*.⁴¹ Når det gjelder spørsmålet om hvorfor utenlandske skattytere skulle gå inn i den type opplegg med norske aksjonærer som er beskrevet ovenfor hvis kildeskatten ikke utgjør noen belastning for dem, antar ankemotparten at skattesituasjonen i hjemstaten kunne gi grunnlag for at skattyteren ville se en fordel i å etablere en parkeringsordning og derved gi avkall på fradrag for kildeskatt ilagt i Norge, ved å søke å unndra hele utbyttet fra beskatning i hjemstaten. Det understrekes imidlertid at skattyterens subjektive motivasjon er uten betydning for norske ligningsmyndigheters vurdering. Endelig anser ankemotparten det for vesentlig at det å unngå dobbeltbeskatning under alle omstendigheter er en utfordring for hjemstaten, ikke kildestaten.⁴² Forskjellene mellom norske og utenlandske aksjonærer skyldes følgelig fraværet av regler som gir fradrag for økonomisk dobbeltbeskatning når det gjelder utbytte fra Norge i aksjonærens hjemstat.

37. Til spørsmålet om berettigelse av en mulig overtredelse av EØS-avtalen artikkel 40, hevder ankemotparten at domstolen anerkjenner behovet for å opprettholde sammenhengen i det internasjonale skattesystem som et tvingende allment hensyn. Det sondres mellom dette hensyn, som ennå ikke er blitt vurdert av EFTA-domstolen eller av EF-domstolen, og en berettigelse basert på sammenhengen i nasjonal skatteordning.⁴³ Denne interesse - hvis formål ikke er å sikre skatteinntekter, dvs. det dreier seg ikke om en interesse av økonomisk art - ivaretas på en nødvendig, passende og forholdsmessig måte ved fordeling av skattefundamentene blant medlemsstatene gjennom skatteavtaler basert på OECDs mønsterskattekonvensjon. Det ledende prinsipp i internasjonal skatterett er at unngåelse av dobbeltbeskatning er et anliggende for den enkelte skattyters hjemstat, fordi bare denne staten har full oversikt over vedkommendes inntekt og

41 Sak C-315/02 *Lenz*, referert ovenfor, punkt 38.

42 Ankemotparten påstår å finne støtte i Generaladvokatens betenkning i sak C-319/02 *Manninen*, referert ovenfor, punkt 68.

43 Det vises imidlertid til sak C-436/00 *X og Y mot Riksskatteverket*, [2002] ECR I-10829, punkt 53.

There is no basis for asserting the existence of a general principle of EEA law, according to which income should be taxed only once. For this reason, the Respondent claims that there is broad acceptance for the use of withholding tax. Should the Court ban withholding tax, i.e. reach the conclusion that imputation tax credit should be granted in Norway, this would in reality entail the transfer of the right of taxation from the source state to the home state and thereby would run contrary to the coherence of the international tax system. At issue in the present case is coherence between the withholding tax in Norway and the credit given in the home state involving the same tax and the same taxpayer. Thus, a direct link exists, in the case of one and the same taxpayer, between the withholding tax in Norway and the offsetting of that tax through credit given in the home state, both of which related to the same tax.

38. The second question is, in the opinion of the Respondent, of minor EEA relevance. The procedural matter raised in this question is to be dealt with by the national court based on national rules. EEA law cannot be held to implement procedural requirements that are not already a part of national law. Moreover, the Respondent assumes that there cannot be a breach of EEA procedural requirements provided it is consistent with Article 40 EEA that imputation tax credit for withholding tax is not granted to taxpayers resident in other Member States. In such a case, it must be clear that the possible lack of procedural rights has had no impact on the tax authorities' assessment. On the other hand, should there be an infringement of Article 40 EEA, this does not automatically imply that procedural requirements in the EEA Agreement have been violated.

39. As to the compatibility of the Norwegian procedural system with the EEA Agreement, the Respondent concedes that the foreign taxpayers were not granted rights as parties to the administrative proceedings. In fact, it has never occurred that foreign taxpayers have filed complaints or proceedings in order to challenge tax reclassifications. It is, however, not excluded from possibility but even likely in the Respondent's view that if they did, they would be accepted and dealt with by the tax authorities.⁴⁴ Moreover, the Respondent contends that it is not the foreign shareholder who is adversely affected, but the distributing company that is liable for payment of the tax assessed on the former. It must be for the company to approach the shareholders or their brokers, with a view to possibly obtaining information that may modify the reassessment. It is furthermore normally unnecessary to notify the foreign shareholder since the information required for the assessment of withholding tax can efficiently be acquired from the distributing company, from the VPS register, and through tax audits. As the

44 The Respondent bases this assumption on the wording of Section 48(5) of the Tax Payment Act and Sections 3-7(1), 9-2(5) of the Tax Assessment Act.

formue. Det er ikke grunnlag for å hevde at det finnes et generelt EØS-rettslig prinsipp om at inntekt kun skal beskattes én gang. Skulle domstolen forby kildeskatt, dvs. komme til den konklusjon at godtgjørelsesfradrag bør gis i Norge, ville dette i realiteten medføre at beskatningsretten overføres fra kildestaten til bostedsstaten og vil dermed bryte med sammenhengen i det internasjonale beskatningssystemet. Denne saken gjelder sammenhengen mellom kildeskatten i Norge og den kredit som gis i bostedsstaten, og som gjelder samme skatt og samme skattyter. For en og samme skattyter eksisterer det således en direkte forbindelse mellom kildeskatten i Norge og motregningen av denne skatten gjennom kredit gitt i bostedsstaten; begge deler vedrører samme skatt.

38. Det andre spørsmålet er etter ankemotpartens mening av underordnet betydning i EØS-sammenheng. De saksbehandlingsforhold som er reist i dette spørsmålet skal behandles av den nasjonale domstol, basert på nasjonale regler. EØS-retten kan ikke sies å oppstille krav til saksbehandlingen som ikke allerede er en del av nasjonal rett. Videre antar ankemotparten at det ikke kan foreligge brudd på EØS-rettslige saksbehandlingskrav, hvis det er i samsvar med EØS-avtalen artikkel 40 at godtgjørelsesfradrag for utlignet kildeskatt ikke tilstås skattytere som har bosted i andre medlemsstater. I så fall må det være klart at det eventuelle fravær av partsrettigheter ikke har hatt noen innvirkning på ligningsmyndighetenes vurdering. Skulle det på den annen side foreligge en krenkelse av EØS-avtalen artikkel 40, innebærer ikke dette automatisk at saksbehandlingskrav i EØS-avtalen er misligholdt.

39. Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt de norske saksbehandlingsregler er forenlige med EØS-avtalen, innrømmer ankemotparten at de utenlandske skattytere ikke blir gitt partsrettigheter. Det har i praksis aldri hendt at utenlandske skattytere har inngitt klage eller anlagt søksmål for å bestride skattemessige omklassifiseringer. Men etter ankemotpartens mening er dette ikke utelukket. Det er til og med sannsynlig at hvis de gjorde det, ville det bli akseptert og behandlet av ligningsmyndighetene.⁴⁴ Videre anfører ankemotparten at det ikke er den utenlandske aksjonæren som blir ufordelaktig berørt, men det utdelende selskap som er ansvarlig for innbetaling av den skatt som er utlignet på førstnevnte. Det må være selskapets plikt å henvende seg til aksjonærene eller deres meglere for eventuelt å innhente opplysninger som vil kunne tilsi endringer i endringsligningen. Det vil videre normalt være unødvendig å varsle den utenlandske aksjonæren da de opplysninger som er nødvendige for iligningen av kildeskatt effektivt kan innhentes fra det utdelende selskap, VPS-registeret og ved bokettersyn. Da det materielle spørsmålet om forholdet til EØS-avtalen

44 Denne formodning er basert på ordlyden i Skattebetalingslovens § 48(5) og Ligningslovens §§ 3-7(1), 9-2(5).

substantive question of compatibility with Article 40 EEA is an abstract legal one, it is considered unlikely that additional information from the foreign taxpayers could have altered the Norwegian tax authorities' decision in the case at issue. Consequently, the lack of contact with the foreign shareholders cannot have influenced the assessment decision. Finally, the Respondent concludes from a comparative survey of selected legal orders that other EEA Member States use virtually the same procedure as Norway.

40. The Respondent suggests answering the questions as follows:

“(1) It is consistent with Article 40 EEA that imputation tax credit for withholding tax is not granted to taxpayers resident in other EEA Member States when the taxpayer is resident in a EEA Member State which, in a tax agreement with Norway, has undertaken to grant credit for withholding tax.

(2) It is of no legal significance for Norway, i.e. the state of source, whether the taxpayer in the specific case actually is granted, or will be granted, credit for the withholding tax in his home state.

(3) It is consistent with the EEA Agreement that a member state deals solely with the distributing company when assessing and reassessing dividend tax (withholding tax) in those cases where the assessment decision for the foreign taxpayers is based on the assumption that the owner for tax purposes is someone other than the person who (1) is the owner under private law; (2) is registered in the VPS register as owner; and (3) is stated as owner in relation to the tax authorities, without either the owner for tax purposes or the VPS-registered owner under private law having been made aware of the reclassification.”

The EFTA Surveillance Authority

41. With regard to the first question, the Respondent's assertion that the apportionment of tax bases falls outside the material scope of the EEA Agreement is rejected. In the view of the EFTA Surveillance Authority, the difference in treatment does not follow from the allocation of tax powers in double taxation agreements. As a point of departure, it is deduced from the judgment of the Court of Justice of the European Communities in *Gilly*⁴⁵ that EEA law does not prevent EEA States from laying down in double taxation agreements nationality or residence as the connecting factor for the taxation of income that otherwise would be subject to taxation in two or more States. However, unlike in *Gilly*, the tax agreements in the case at issue do not have as an object preventing the same income from being double taxed. Conversely,

45 Case C-336/96 *Gilly*, cited above, at para 30.

artikkel 40 er et abstrakt juridisk spørsmål, anses det som usannsynlig at tilleggsopplysninger fra utenlandske skattytere kunne ha endret de norske ligningsmyndigheters beslutning i den aktuelle sak. Mangelen på kontakt med de utenlandske aksjonærer kan derfor ikke ha hatt noen innvirkning på ligningsvedtaket. Endelig utleder ankemotparten av en sammenlignende undersøkelse av utvalgte rettssystemer at andre EØS-medlemsstater anvender praktisk talt samme saksbehandling som Norge.

40. Ankemotparten foreslår at spørsmålet besvares som følger:

“(1) Det er i overensstemmelse med EØS-avtalen artikkel 40 at det ikke innrømmes godtgjørelse i kildeskatt til skattytere bosatt i andre EØS-medlemsstater når skattyteren er bosatt i en EØS-medlemsstat som i en skatteavtale med Norge har forpliktet seg til å innrømme kredit for kildeskatt.

(2) Det er uten rettslig betydning for Norge, dvs. kildestaten, hvorvidt skattyteren i det konkrete tilfelle rent faktisk har fått eller vil få kredit i sin hjemstat for kildeskatt.

(3) Det er i overensstemmelse med EØS-avtalen at en medlemsstat alene forholder seg til det utdelende selskap ved fastsetting og endring av utbytteskatt (kildeskatt) i de tilfellene hvor ligningsvedtaket for de utenlandske skattytere bygger på at den skattemessige eieren er en annen enn den som (1) privatrettslig er eier; (2) er registrert i VPS-registeret som eier; og (3) er oppgitt som eier i forhold til ligningsmyndighetene, uten at verken den skattemessige eier eller den privatrettslige VPS-registrerte eier er blitt gjort kjent med omklassifiseringen.”

EFTAs Overvåkningsorgan

41. Når det gjelder det første spørsmålet, bestrides ankemotpartens anførsel om at fordelingen av skattefundamentene faller utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde. Etter EFTAs Overvåkningsorgans mening følger ikke forskjellsbehandlingen av fordelingen av beskatningsretten i dobbeltbeskatningsavtaler. Som utgangspunkt utledes det av EF-domstolens dom i *Gilly*⁴⁵ at EØS-retten ikke forhindrer EØS-stater fra i dobbeltbeskatningsavtaler å fastlegge nasjonalitet eller bosted som tilknytningsfaktoren for beskatning av inntekt som ellers ville være underlagt beskatning i to eller flere stater. I motsetning til i *Gilly*-saken er formålet med skatteavtalene i den aktuelle saken imidlertid ikke å forhindre dobbeltbeskatning av samme inntekt. Derimot forutsetter avtalen at et selskaps

45 Sak C-336/96 *Gilly*, referert ovenfor, punkt 30.

the agreements presuppose that a company's profit distributed to a non-resident shareholder may be subject to taxation in both States. The tax agreements do not entail any reduction of double taxation since the companies' profits are subject to regular company tax in Norway and are then again fully taxed in Germany and the United Kingdom as dividends. The only element in the agreements concerning allocation of taxation power relates to the partial allocation back to Norway of Germany's and the United Kingdom's competence to tax the dividends. By making the dividends to non-residents subject to partial economic taxation in Norway, juridical double taxation is reduced in the other States. Thereby, the agreements do not reduce the overall tax burden following from two States fully exercising their taxation powers. Furthermore, it is the tax advantage for resident shareholders laid down in national tax law, and not the connecting factor for allocation of tax power, as in *Gilly*, that leads to the difference in treatment. The tax agreements do not impose an obligation on Norway not to tax resident shareholders in Norway, and nothing prevents Norway from granting to non-resident taxpayers the same advantage granted to resident taxpayers, since the tax agreements provide a right, not an obligation, to apply withholding tax.

42. Furthermore, the rejection of the Respondent's argument is in the view of the EFTA Surveillance Authority supported in a more general way by the allegation that only because a double taxation agreement is involved, an EEA State is not released from its obligation to exercise its fiscal power in compliance with EEA law. In this respect a distinction is drawn between the allocation of tax powers and the exercise of fiscal power. By reference to the Court's case law, the EFTA Surveillance Authority states that the EEA States must exercise their taxation power consistently with EEA law.⁴⁶ Moreover, the fundamental freedoms in the EEA Agreement are unconditional in the sense that the EEA States cannot make respect for them subject to the contents of an agreement concluded with another State.⁴⁷ It would render the provision in Article 40 EEA unduly ineffective if EEA States could justify discriminatory provisions in national law with an argument that such discrimination occurs within a field regulated by a double taxation agreement. This is even more true with regard to a taxation agreement that actually is neutral in relation to a potentially discriminatory provision in national law.

43. The question of whether the situations of resident and non-resident shareholders are comparable is answered in the affirmative by the EFTA Surveillance Authority. It submits that an EEA State cannot differentiate

46 Case E-1/03 *EFTA Surveillance Authority v Iceland*, [2003] EFTA Court Report 145, at para 26.

47 Cases C-270/83 *Commission v France*, cited above, at para 26; C-307/97 *Compagnie de Saint-Gobain*, [1999] ECR I-6161, at para 57.

overskudd utdelt til en ikke-hjemmehørende aksjonær kan være underlagt beskatning i begge stater. Skatteavtalene medfører ingen reduksjon av dobbeltbeskatning da selskapenes overskudd er underlagt alminnelig selskapsskatt i Norge og deretter igjen blir fullt beskattet i Tyskland og Storbritannia som utbytte. Det eneste elementet i avtalene som omhandler fordeling av beskatningsretten vedrører den delvise fordelingen tilbake til Norge av Tysklands og Storbritannias kompetanse til å beskatte utbyttet. Ved å underlegge utbytte til ikke-hjemmehørende skattytere delvis økonomisk dobbeltbeskatning i Norge, reduseres juridisk dobbeltbeskatning i de andre stater. Derved reduserer avtalene ikke den samlede skattebelastning som følge av at to stater fullt ut utøver sin beskatningsrett. Videre er det skattefordelen for hjemmehørende aksjonærer fastlagt i nasjonal skattelovgivning, og ikke tilknytningsfaktoren for tildelingen av beskatningsretten, som i *Gilly*-saken, som fører til forskjellsbehandlingen. Skatteavtalene pålegger ikke Norge en forpliktelse til ikke å beskatte hjemmehørende aksjonærer i Norge, og intet forhindrer Norge fra å gi ikke-hjemmehørende skattytere den samme fordelingen som gis hjemmehørende skattytere da skatteavtalene gir en rett, ikke en plikt, til å ilegge kildeskatt.

42. Videre støttes avvisningen av ankemotpartens argument etter EFTAs Overvåkningsorgans mening mer generelt av synspunktet om at bare fordi en dobbeltbeskatningsavtale er involvert, betyr ikke det at en EØS-stat er fritatt fra sin forpliktelse til å utøve sin beskatningsmyndighet i overensstemmelse med EØS-retten. I denne henseende sondres det mellom tildelingen av beskatningskompetanse og utøvelsen av beskatningsretten. Med henvisning til domstolens rettspraksis hevder EFTAs Overvåkningsorgan at EØS-statene er forpliktet til å utøve sin beskatningskompetanse i overensstemmelse med EØS-retten.⁴⁶ Videre er de grunnleggende friheter i EØS-avtalen ubetingede i den forstand at etterlevelse av dem fra EØS-statenes side ikke kan gjøres betinget av innholdet i en avtale inngått med en annen stat.⁴⁷ Det ville gjøre bestemmelsen i EØS-avtalen artikkel 40 utilbørlig ineffektive hvis EØS-stater kunne rettferdiggjøre diskriminerende bestemmelser i sin nasjonale lovgivning med et argument om at slik diskriminering forekommer innen et område regulert av en dobbeltbeskatningsavtale. Dette gjelder i enda høyere grad for en skatteavtale som i realiteten er nøytral i forhold til en potensielt diskriminerende bestemmelse i den nasjonale lovgivningen.

43. Spørsmålet om hvorvidt stillingen for hjemmehørende og ikke-hjemmehørende aksjonærer er sammenlignbare besvares bekreftende av EFTAs Overvåkningsorgan. Det anføres at en EØS-stat ikke kan differensiere

46 Sak E-1/03 *EFTAs Overvåkningsorgan mot Island*, [2003] EFTA Court Report 145, punkt 26.

47 Sak C-270/83 *Kommisjonen mot Frankrike*, referert ovenfor, punkt 26; C-307/97 *Compagnie de Saint-Gobain*, [1999] ECR I-6161, punkt 57.

merely on the basis of residence and non-residence if objective differences do not exist.⁴⁸ The EFTA Surveillance Authority concludes from the judgments of the Court of Justice of the European Communities in *Royal Bank of Scotland*⁴⁹ and in *Compagnie de Saint-Gobain*⁵⁰ that the fact that a shareholder is a taxpayer in two different tax jurisdictions does not put the shareholder in a situation incomparable to that of a taxpayer subject to tax from only one source. The EFTA Surveillance Authority does not accept a distinction from *Royal Bank of Scotland* since the scope of a permanent establishment's limited tax liability cannot constitute a distinguishing factor as to other taxpayers that also have limited tax liability. Furthermore, a permanent establishment does not necessarily have income from more sources than a non-resident shareholder. The tax measure at issue concerns only the tax treatment of income from that single source, which is the dividend distributed by a Norwegian company. Finally, the imputation tax credit is granted solely to avoid economic double taxation of the Norwegian company's profit and is not in any way linked to, or considered in connection with, resident taxpayers' general tax liability on worldwide income, neither to their personal ability to pay tax, nor to their personal and family circumstances or to the progressiveness of the national tax system. The reason for not expanding the tax advantage to cover non-resident shareholders is, primarily, a desire to protect the Norwegian tax base. The EFTA Surveillance Authority refers in this regard to the preparatory works. The difference in treatment is thereby, in the view of the Authority, not linked to different tax situations for residents and non-residents, but merely based on that State's considerations of a purely economic nature—a desire to increase tax revenue.

44. With regard to the existence of a restriction under Article 40 EEA, the EFTA Surveillance Authority argues that as a consequence of not being granted an imputation tax credit, the non-resident shareholder will receive a lower dividend from a Norwegian company than a resident shareholder, even if the portions of the company's profit distributed as dividends are equal for the two shareholders. By this difference in treatment, investment in Norwegian companies is made more attractive for residents than for non-residents and may dissuade potential non-resident investors from acquiring shares in Norwegian companies. Thus, the national provisions will also make it more difficult for Norwegian companies to raise capital in other EEA States.⁵¹ The argument raised by the Respondent, namely that the total tax burden remains constant due to the provisions in the tax agreements that permit taxpayers to deduct the tax withheld in Norway in their income tax in their home states,

48 Reference is made to Case C-234/01 *Gerritse*, cited above, at para 27.

49 Case C-311/97 *Royal Bank of Scotland*, cited above, at para 29.

50 Case C-307/97 *Compagnie de Saint-Gobain*, cited above, at paras 47-48.

51 In this connection, reference is made to the judgment of the Court of Justice of the European Communities in Case C-35/98 *Verkooijen*, cited above.

bare på grunnlag av om en skattyter er hjemmehørende eller ikke-hjemmehørende i staten, hvis det ikke foreligger noen objektive forskjeller.⁴⁸ EFTAs Overvåkningsorgan konkluderer ut fra dommene avsagt av EF-domstolen i *Royal Bank of Scotland*⁴⁹ og i *Compagnie de Saint-Gobain*⁵⁰ at det forhold at en aksjonær er skattyter i to forskjellige skattejurisdiksjoner ikke setter vedkommende aksjonær i en situasjon som ikke er sammenlignbar med situasjonen til en skattyter som kun er skattepliktig fra en kilde. EFTAs Overvåkningsorgan aksepterer ikke at det er noen forskjell i forhold til *Royal Bank of Scotland* da omfanget av et fast driftsteds begrensede skatteansvar ikke kan utgjøre noe særegent i forhold til andre skattytere som også har begrenset skatteansvar. Videre har et fast driftssted ikke nødvendigvis inntekter fra flere kilder enn en ikke-hjemmehørende aksjonær. Den skattemessige forføyning det dreier seg om gjelder kun beskatning av inntekt fra en enkelt kilde, utbytte utdelt av et norsk selskap. Endelig gis fradrag for godtgjørelse i utbytteskatten utelukkende for å unngå økonomisk dobbeltbeskatning av det norske selskaps overskudd, og det er på ingen måte knyttet til eller vurdert i forbindelse med hjemmehørende skattyteres alminnelige skatteplikt på inntekter fra andre deler av verden, verken tilknyttet deres personlige evne til å betale skatt, eller deres personlige familieforhold eller hvor progressivt det nasjonale skattesystem er. Grunnen til at skattefordelen ikke omfatter også ikke-hjemmehørende aksjonærer er først og fremst et ønske om å beskytte det norske skattefundament. Det vises i denne sammenheng til forarbeidene. Forskjellsbehandlingen er dermed, etter Overvåkningsorganets mening, ikke knyttet til forskjellige skattemessige situasjoner for hjemmehørende og ikke-hjemmehørende aksjonærer, men er simpelthen basert på vedkommende stats rent økonomiske hensyn – et ønske om å øke skatteinntektene.

44. Når det gjelder spørsmålet om det foreligger en restriksjon i henhold til EØS-avtalen artikkel 40, anfører EFTAs Overvåkningsorgan at en ikke-hjemmehørende aksjonær som en følge av ikke å være innrømmet fradrag for godtgjørelse, vil få lavere utbytte fra et norsk selskap enn en hjemmehørende aksjonær, selv om de andeler av selskapets overskudd som er utdelt som utbytte er like for de to aksjonærene. Ved denne forskjellsbehandlingen gjøres investering i norske selskaper mer attraktiv for hjemmehørende enn for ikke-hjemmehørende, og vil kunne få potensielle ikke-hjemmehørende investorer fra å erverve aksjer i norske selskaper. De nasjonale bestemmelser vil således også gjøre det vanskeligere for norske selskaper å reise kapital i andre EØS-stater.⁵¹

48 Det vises til sak C-234/01 *Gerritse*, referert ovenfor, punkt 27.

49 Sak C-311/97 *Royal Bank of Scotland*, referert ovenfor, punkt 29.

50 Sak C-307/97 *Compagnie de Saint-Gobain*, referert ovenfor, punkt 47-48.

51 I denne forbindelse vises det til dom avsagt av EF Domstolen i sak C-35/98 *Verkooijen*, referert ovenfor.

is rejected. In the EFTA Surveillance Authority's view, that argument is based on a misunderstanding of what the relevant basis for comparison is. In fact, where resident and non-resident taxpayers are in comparable situations, there shall be no difference in treatment in the State where the fundamental freedom of Article 40 EEA is exercised, which is not the case in Norway. Unfavourable tax treatment cannot be justified by the existence of other tax advantages that will compensate for the disadvantages of not being allowed the tax concessions in question, even supposing that such advantages exist.⁵²

45. As regards possible grounds for justification, the EFTA Surveillance Authority fails to see the relevance of the arguments put forward by the Respondent. The relevant double taxation agreements neither provide for a difference in treatment nor prohibit equal treatment. In particular, the OECD Model Tax Convention does not provide that dividends shall be tax-free in the source state only for resident taxpayers. The international tax system of general tax liability combined with limited taxation at source is, therefore, not as such contrary to the EEA Agreement. Article 40 EEA, however, requires that Norway exercise its taxation power consistently with the fundamental freedoms in the EEA Agreement. Furthermore, by shifting the responsibility of avoiding double taxation to Germany and the United Kingdom, Norway itself imposes economic double taxation on the dividends distributed to non-resident shareholders. If Germany or the United Kingdom were to avoid double taxation, they would, in addition to having to restrain themselves from exercising their own legitimate taxation power, have to reimburse the shareholder the tax withheld in Norway. Finally, granting resident shareholders a tax credit in order to avoid economic double taxation when that credit is denied non-resident shareholders in order to increase tax revenue cannot be justified under Article 40 EEA. Again, reference is made to the rationale behind the Norwegian system as laid down in the preparatory works.

46. The answer to the second question should, in the EFTA Surveillance Authority's view, be in the negative. This suggestion is supported by two main arguments. First, the lack of procedural rights for non-resident shareholders violates the principle of equal treatment at procedural level as laid down in the *Schumacker* judgment of the Court of Justice of the European Communities.⁵³ The lack of procedural rights in proceedings concerning tax liability may

52 Reference is made to Cases C-35/98 *Verkooijen*, cited above, at para 61; C-307/97 *Compagnie de Saint-Gobain*, cited above, at para 53; C-270/83 *Commission v France*, cited above, at para 21.

53 Case C-279/93 *Finanzamt Köln-Altstadt v Roland Schumacker*, [1995] ECR I-225, at para 58; Case C-175/88 *Biehl* [1990] ECR I-1779.

Ankempartens argument om at den totale skattebelastning er konstant på grunn av de bestemmelser i skatteavtalene som gjør det mulig for skattytere å gjøre fradrag i sin inntektsskatt i hjemstaten for den kildeskatt som er betalt i Norge, avvises. Etter EFTAs Overvåkningsorgans mening er det argumentet basert på en misforståelse av hva det relevante sammenligningsgrunnlag er. Det er slik at hvor hjemmehørende og ikke-hjemmehørende skattytere er i en sammenlignbar situasjon, skal det ikke være noen forskjellsbehandling i den staten hvor den grunnleggende friheten i EØS-avtalen artikkel 40 utøves, hvilket ikke er tilfellet i Norge. Ugunstig skattemessig behandling kan ikke rettferdiggjøres ved eksistensen av andre skattefordeler som vil kompensere for de ulemper det medfører ikke å få de nevnte skatteinnrømmelser, selv om det antas at slike fordeler eksisterer.⁵²

45. Når det gjelder mulige grunnlag for berettigelse, kan EFTAs Overvåkningsorgan ikke se at de argumenter som ankemparten har fremsatt er relevante. De relevante skatteavtaler verken hjemler forskjellsbehandling eller forbyr likebehandling. Spesielt er det ingen hjemmel i OECDs Mønsterskattekonvensjon for at utbyttet skal være skattefritt i kildestaten kun for hjemmehørende skattytere. Det internasjonale skattesystem vedrørende alminnelig skatteplikt kombinert med begrenset kildeskatt er derfor ikke i seg selv i strid med EØS-avtalen. EØS-avtalen artikkel 40 krever imidlertid at Norge utøver sin beskatningskompetanse i overensstemmelse med de grunnleggende friheter etter EØS-avtalen. Videre, ved å flytte ansvaret for å unngå dobbeltbeskatning til Tyskland og Storbritannia pålegger Norge selv økonomisk dobbeltbeskatning på det utbytte som er utdelt til ikke-hjemmehørende aksjonærer. Hvis Tyskland eller Storbritannia skulle unngå dobbeltbeskatning, ville de, i tillegg til å måtte avstå fra selv å utøve sin egen legitime beskatningskompetanse, måtte tilbakebetale til aksjonæren den i Norge betalte kildeskatt. Endelig kan det ikke etter EØS-avtalen artikkel 40 være berettiget å innrømme hjemmehørende aksjonærer en skattekredit for å unngå økonomisk dobbeltbeskatning når ikke-hjemmehørende aksjonærer nektes en slik kredit med det formål å øke skatteinntektene. Igjen vises det til den underliggende begrunnelse for det norske system, slik den er fremstilt i forarbeidene.

46. Svaret på det andre spørsmålet bør etter EFTAs Overvåkningsorgans mening være benektende. Denne oppfatning baseres på to hovedargumenter. For det første er ikke-hjemmehørende aksjonærers manglende partsrettigheter en krenkelse av prinsippet om likebehandling i saksbehandlingshenseende, som fastlagt i EF-domstolens dom i *Schumacker*-saken.⁵³ Manglende partsrettigheter

52 Det vises til sak C-35/98 *Verkooijen*, referert ovenfor, punkt 61; sak C-307/97 *Compagnie de Saint-Gobain*, referert ovenfor, punkt 53; sak C-270/83 *Kommisjonen mot Frankrike*, referert ovenfor, punkt 21.

53 Sak C-279/93 *Finanzamt Köln-Altstadt mot Roland Schumacker*, [1995] ECR I-225, punkt 58; Sak C-175/88 *Biehl* [1990] ECR I-1779.

dissuade potential non-resident investors from acquiring shares in Norwegian companies and amounts therefore to a restriction on capital movements within the meaning of Article 40 EEA. Non-resident shareholders are directly affected by the tax authority's decision since their tax liability is the subject of the reassessment procedure and they will have to reimburse the distributing company. Second, the EFTA Surveillance Authority bases itself on the Court's *Ásgeirsson* judgment, according to which provisions of the EEA Agreement are to be interpreted in the light of fundamental rights.⁵⁴ This includes the right of defence, particularly the right to an adversarial procedure in which the parties can make their views known effectively.⁵⁵ As the system established under Norwegian law does not secure an effective right for a taxpayer to make known the taxpayer's views, it is in violation of the defence right. With regard to the assertion that lack of procedural rights cannot influence the assessment decision since the audit conducted has exhaustively clarified the facts, the EFTA Surveillance Authority points out that the tax authorities did not consider the EEA aspects of the reassessment decision. In any case, a party's fundamental right to present its views cannot depend on whether the case is complicated or not.

47. The EFTA Surveillance Authority suggests answering the questions as follows:

“Article 40 EEA prohibits a difference in treatment consisting of granting a resident shareholder an imputation tax credit in tax on dividends received from a company established in Norway when that credit is not granted to non-resident shareholders in the same company.

Article 40 EEA combined with general principles of EEA law requires equal treatment at procedural level for non-resident and resident shareholders in proceedings concerning assessment and reassessment of dividend tax and, furthermore, an effective right for a non-resident taxpayer to make known his views in such proceedings.”

54 Case E-2/03 *Ásgeirsson*, [2003] EFTA Court Report 185, at para 23.

55 Cases C-395/00 *Distillerie Fratelli Cipriani SpA*, judgment of 12 December 2003, not yet reported, at para 51; C-78/01 *BGL*, judgment of 23 September 2003, not yet reported.

i saker vedrørende skatteansvar kan få potensielle ikke-hjemmehørende investorer fra å erverve aksjer i norske selskaper og utgjør derfor en restriksjon på kapitalbevegelser i henhold til EØS-avtalen artikkel 40. Ikke-hjemmehørende aksjonærer berøres direkte av ligningsmyndighetenes vedtak da deres skatteansvar er underlagt endringsligningsprosedyren og de vil måtte tilbakebetale det utdelende selskapet. For det andre legger EFTAs Overvåkningsorgan vekt på EFTA-domstolens dom i *Ásgeirsson*-saken som tilsier at bestemmelsene EØS-avtalen skal fortolkes i lys av grunnleggende rettigheter.⁵⁴ Dette inkluderer retten til forsvar, spesielt retten til en kontradiktorisk prosess hvor partene får anledning til å gjøre sine synspunkter kjent på en effektiv måte.⁵⁵ Da det systemet som er etablert etter norsk rett ikke sikrer en effektiv rett for en skattyter til å gjøre sine synspunkter kjent, er dette en krenkelse av retten til å forsvare seg. Når det gjelder anførselen om at manglende partsrettigheter ikke kan påvirke ligningsvedtaket da den gjennomførte kontroll fullt ut har klargjort de faktiske forhold, påpeker EFTAs Overvåkningsorgan at ligningsmyndighetene ikke har tatt hensyn til EØS-aspektene ved vedtaket om endring av ligningen. Under alle omstendigheter kan en parts grunnleggende rett til å fremføre sine synspunkter ikke være avhengig av om saken er komplisert eller ikke.

47. EFTAs Overvåkningsorgan foreslår følgende besvarelse av spørsmålet:

“EØS-avtalen artikkel 40 forbyr forskjellsbehandling bestående i å gi en hjemmehørende aksjonær fradrag for godtgjørelse i skatt på utbytte mottatt fra et selskap etablert i Norge når slik fradragsgodtgjørelse ikke gis ikke-hjemmehørende aksjonærer i samme selskap.

EØS-avtalen artikkel 40 sammen med generelle EØS-rettslige prinsipper krever lik behandling i saksbehandlingshenseende for ikke- hjemmehørende og hjemmehørende aksjonærer i saker som vedrører ligning og endringsligning av utbytteskatt, og videre en effektiv rett for en ikke-hjemmehørende skattyter til å gjøre sine synspunkter kjent i slike saker.”

54 Sak E-2/03 *Ásgeirsson*, [2003] EFTA Court Report 185, punkt 23.

55 Sak C-395/00 *Distillerie Fratelli Cipriani SpA*, dom av 12. desember 2003, enda ikke rapportert, punkt 51; sak C-78/01 *BGL*, dom av 23. september 2003, enda ikke rapportert.

The Commission of the European Communities

48. In examining the first question, the Commission starts out by submitting that Article 40 is applicable to the circumstances of the present case. Even though the tax systems of the EEA States are not, as a general rule, covered by the EEA Agreement, the States must exercise their taxation power consistently with EEA law.⁵⁶ The provisions of Article 40 EEA and Article 56 EC are identical in their substance⁵⁷ and should consequently be interpreted in the same way. Although the receipt of dividends may not itself constitute a movement of capital, it implies the previous acquisition of the underlying securities, which does constitute capital movement.⁵⁸

49. As to the question of whether the fact that non-resident shareholders do not benefit from an imputation tax credit constitutes restriction or discrimination, the Commission assesses the nature of the imputation tax credit. In reality, it amounts to an exemption for resident shareholders. The application of a higher tax burden to non-resident shareholders constitutes an obstacle to the free movement of capital, as the less favourable treatment of cross-border investment is likely to dissuade non-residents from investing in Norwegian companies, and to constitute a barrier for Norwegian companies in raising capital from foreign sources. Furthermore, it leads to a difference in treatment compared to non-resident shareholders. Whether this difference corresponds to an objective relevant difference between the situations of residents and non-residents for the purpose of taxation of dividends⁵⁹, and whether the restriction on free movement of capital is justified, are assessed in conjunction.

50. In this regard, the Commission refers to the case law of the Court of Justice of the European Communities whereby accepting residence as the connecting factor on which international tax law typically allocates powers of taxation between States as a general rule would deprive the fundamental freedoms of all meaning.⁶⁰ Instead, the distinction between a resident and a non-resident must have significance in the system of taxation. In this respect, the Commission, in the light of the judgments of the Court of Justice of the European Communities in *Schumacker*, *Asscher*, and *Gerritse*, finds it difficult to see any useful distinction between the application of a higher rate of tax to non-residents and the taxation of non-residents when residents are not taxed at all. Nor does it see any obvious reason for the imposition of a tax on non-residents when residents are not taxed on the same type of income.

56 Cases E-6/98 *Norway v EFTA Surveillance Authority*, cited above, at para 34; E-1/01 *Einarsson*, cited above, at para 17; E-1/03 *EFTA Surveillance Authority v Iceland*, cited above, at para 26.

57 Case C-452/01 *Ospelt*, cited above.

58 Reference is made to Case C-35/98 *Verkooijen*, cited above, at para 30.

59 Reference is made to Case C-311/97 *Royal Bank of Scotland*, cited above, at para 26.

60 Case 270/83 *Commission v France*, cited above.

Kommisjonen for De europeiske fellesskap

48. Ved sin gjennomgang av det første spørsmålet åpner Kommisjonen med å anføre at artikkel 40 kan anvendes i nærværende sak. Selv om EØS-statenes skattesystemer generelt ikke dekkes av EØS-avtalen må statene utøve sin beskatningskompetanse i overensstemmelse med EØS-retten.⁵⁶ Bestemmelsene i EØS-avtalen artikkel 40 og artikkel 56 EF er innholdsmessig identiske⁵⁷ og bør følgelig fortolkes på samme måte. Selv om mottagelsen av utbytte kanskje ikke i seg selv utgjør bevegelse av kapital, bygges det på et forutgående erverv av de underliggende verdipapirer, hvilket utgjør en overføring av kapital.⁵⁸

49. Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt det forhold at ikke-hjemmehørende aksjonærer ikke får fordelene av godtgjørelsesfradrag utgjør en restriksjon eller diskriminering, vurderer Kommisjonen hva godtgjørelsesordningen går ut på. I realiteten består denne av et skattefritak for hjemmehørende aksjonærer. Ileggelsen av en høyere skattebelastning på ikke-hjemmehørende aksjonærer utgjør en hindring av den frie bevegelse for kapital idet den mindre gunstige behandling av investeringer over landegrensene er egnet til å få ikke-hjemmehørende fra å investere i norske selskaper og utgjør en hindring for norske selskapers mulighet for å reise kapital fra utenlandske kilder. Videre fører det til en forskjellsbehandling sammenlignet med ikke-hjemmehørende aksjonærer. Om denne forskjellen tilsvarer en objektivt relevant forskjell mellom situasjonen for hjemmehørende og ikke-hjemmehørende med henblikk på beskatning av utbytte⁵⁹, og hvorvidt begrensning av den frie bevegelse for kapital er berettiget, vurderes i sammenheng.

50. I denne forbindelse refererer Kommisjonen til EF-domstolens rettspraksis hvoretter det å akseptere bosted, som er den tilknytningsfaktor som internasjonal skatterett typisk benytter for å fordele beskatningskompetanse mellom statene, som en generell regel ville frata de grunnleggende friheter enhver mening.⁶⁰ I stedet må sonderingen mellom en hjemmehørende og ikke-hjemmehørende ha betydning i beskatningssystemet. I denne henseende finner Kommisjonen, i lys av de dommene EF-domstolen har avsagt i *Schumacker*, *Asscher* og *Gerritse*, det vanskelig å se noen nyttig sondering mellom anvendelsen av en høyere skattetakst for ikke-hjemmehørende og beskatning av ikke-hjemmehørende når hjemmehørende ikke blir beskattet i det hele tatt. Kommisjonen ser heller ikke noen innlysende grunn til å ilegge ikke-hjemmehørende skatt når hjemmehørende ikke blir beskattet for samme type inntekt.

56 Sak E-6/98 *Norge mot EFTAs Overvåkningsorgan*, referert ovenfor, punkt 34; sak E-1/01 *Einarsson*, referert ovenfor, punkt 17; sak E-1/03 *EFTAs Overvåkningsorgan mot Island*, referert ovenfor, punkt 26.

57 Sak C-452/01 *Ospelt*, referert ovenfor.

58 Det vises til sak C-35/98 *Verkooijen*, referert ovenfor, punkt 30.

59 Det vises til sak C-311/97 *Royal Bank of Scotland*, referert ovenfor, punkt 26.

60 Sak 270/83 *Kommisjonen mot Frankrike*, referert ovenfor.

51. With regard to the argument that Article 40 EEA does not apply to the apportionment of the tax base between States pursuant to a double tax agreement, which is based on the judgment of the Court of Justice of the European Communities in *Gilly*, the Commission submits that what is at stake in the case at issue is not the apportionment of the right to tax, but the manner in which that right is exercised. Whereas the double tax agreements do give Norway the right to charge tax on certain income received by non-residents, it may not, under Article 40 EEA, exercise that right in a discriminatory manner.

52. As concerns the Respondent's argument that no additional tax burden is put on non-residents since they will be granted a tax credit in the home state, the Commission contends that regardless of whether credit is provided for under the applicable double tax agreements, such arrangements cannot justify a breach of an obligation under the EEA Agreement. Unfavourable tax treatment contrary to a fundamental freedom cannot be justified by the existence of other tax advantages in another Member State.⁶¹ Moreover, the tax credit enjoyed by the Norwegian residents and the tax credit to which non-residents are entitled under the double tax agreements may not be confused. The effect of the former is that no further tax is charged in addition to the corporate tax paid by the company that distributes dividends. The latter simply has the effect that the additional tax charged in Norway must be allowed for in the calculation of any further tax payable by the foreign shareholder in the shareholder's home country. Finally, as the basic rule laid down in the Norwegian legislation does not depend on the availability of a tax advantage in another State, it cannot be justified with arguments based on the terms of a double tax agreement.

53. With respect to alleged justification on grounds of a need to maintain the coherence of the international tax system, the Commission reiterates that what is at stake is not the attribution of tax jurisdiction but the exercise of that jurisdiction. A ban on withholding tax would not amount to the transfer of taxing rights from the source state to the resident state. It would merely prevent Norway from exercising its taxing rights in a discriminatory manner. As concerns the argument that the avoidance of double taxation is a matter for the home state of each taxpayer, the Commission maintains that the application by Norway of a withholding tax makes it impossible for the home state, even if it so wished, to eliminate double taxation, short of repaying to its taxpayers the tax charged in Norway. The exercise by Norway of its rights under the double tax agreements does not avoid but instead creates double taxation, as in relation to non-residents it levies an amount of tax in addition to the corporate tax paid by the company distributing the dividends.

61 The Commission refers to Cases 270/83 *Commission v France*, cited above, at para 21; C-307/97 *Compagnie de Saint-Gobain*, cited above, at para 53, concerning Article 43 EC.

51. Når det gjelder argumentet om at EØS-avtalen artikkel 40 ikke gjelder fordelingen av skattefundamentene mellom statene i medhold av en skatteavtale, som er basert på dom avsagt av EF Domstolen i *Gilly*, anfører Kommisjonen at det dreier seg om i den aktuelle saken ikke er fordelingen av retten til skatt, men måten denne retten utøves på. Mens skatteavtalene gir Norge rett til å ilegge skatt på visse inntekter mottatt av ikke-hjemmehørende, kan Norge i henhold til EØS-avtalen artikkel 40 ikke utøve denne retten på en diskriminerende måte.

52. Når det gjelder ankemotpartens anførsel om at ikke-hjemmehørende ikke påføres noen ekstra skattebelastning da de vil få skattekredit i hjemstaten, hevder Kommisjonen at uansett om kredit er hjemlet i henhold til de gjeldende skatteavtaler, kan slike ordninger ikke rettferdiggjøre et brudd på en forpliktelse i henhold til EØS-avtalen. En ugunstig skattemessig behandling i strid med en grunnleggende frihet kan ikke rettferdiggjøres ved at det finnes andre skattefordeler i en annen medlemsstat.⁶¹ Dertil kommer at den skattekredit som hjemmehørende i Norge nyter godt av ikke skal forveksles med den skattekredit som ikke-hjemmehørende har krav på i henhold til skatteavtalene. Virkningen av førstnevnte er at ingen ytterligere skatt belastes i tillegg til den selskapsskatt som betales av selskapet som utdeler utbyttet. Sistnevnte har ganske enkelt den virkning at tilleggsskatten som belastes i Norge må tas hensyn til i beregningen av eventuell ytterligere skatt som den utenlandske aksjonæren skal betale i sitt hjemland. Endelig, da den grunnleggende regelen i norsk lovgivning ikke er avhengig av at det finnes en skattefordel i en annen stat, kan den ikke rettferdiggjøres med argumenter basert på bestemmelsene i en skatteavtale.

53. Når det gjelder den påståtte berettigelse på grunnlag av et behov for å opprettholde sammenhengen i det internasjonale skattesystem, gjentar Kommisjonen at det dreier seg om ikke er en fordeling av skattejurisdiksjonen, men utøvelsen av denne jurisdiksjonen. Et forbud mot kildeskatt ville ikke medføre at beskatningsretten ble overført fra kildestaten til bostedsstaten. Det ville bare forhindre Norge fra å utøve sin beskatningsrett på en diskriminerende måte. Når det gjelder anførselen om at unngåelsen av dobbeltbeskatning er et anliggende for hver enkelt skattyters hjemland, fastholder Kommisjonen at Norges anvendelse av kildeskatt gjør det umulig for hjemstaten, selv om den skulle ønske det, å eliminere dobbeltbeskatning, med mindre den skulle betale tilbake til sine skattytere den i Norge ilignede skatten. Norges utøvelse av sine rettigheter i henhold til skatteavtalene unngår ikke, men skaper tvert i mot dobbeltbeskatning, da man i forhold til ikke-hjemmehørende skattytere ilegger et skattebeløp i tillegg til den selskapsskatten som betales av det selskapet som utdeler utbyttet.

61 I forhold til artikkel 43 EC: Sak 270/83 *Kommisjonen mot Frankrike*, referert ovenfor, punkt 21; sak C-307/97 *Compagnie de Saint-Gobain*, referert ovenfor, punkt 53.

54. In the view of the Commission, the second question requires an answer only if the Court should answer the first question in the affirmative. The Commission observes at the outset that although procedural tax rules of an EEA State are not, as a general rule, covered by the EEA Agreement, they have to be implemented in a manner consistent with EEA law. Consequently, the mere fact that the distributing company must act as a kind of fiscal representative for the foreign shareholder is not in principle incompatible with the free movement of capital. However, the need to ensure the presence in Norway of a person or entity liable for the payment of tax and the fulfilment of other tax obligations does not justify a rule that makes it impossible for non-resident taxpayers to defend themselves in proceedings that directly or indirectly affect their rights by charging tax on the dividends they receive. The exclusion of any right to be heard is not justified by any overriding consideration of public interest.

55. The Commission of the European Communities suggests answering the questions as follows:

“(1) Article 40 EEA precludes the application of a withholding tax on dividends distributed to non-resident shareholders where the State in question does not tax dividends distributed to residents. That is true irrespective of the availability of a tax credit for non-resident shareholders under any double tax convention between that State and other States.

(2) Article 40 EEA precludes the application of a rule under which an assessment decision for foreign taxpayers is made without either the owner for tax purposes or the VPS-registered owner under private law being made aware of the procedure leading to that decision or being entitled to participate in those proceedings.”

The United Kingdom

56. In the view of the United Kingdom, which limits itself to addressing the first question, the acquisition by non-residents of domestic securities is an operation that falls within the scope of Article 40 EEA and Directive 88/361. As Article 4 EEA applies independently only to situations in regard to which the EEA Agreement lays down no specific non-discrimination rules, the latter provision is not taken into account. As to the scope of prohibition contained

54. Etter Kommisjonens mening krever det andre spørsmålet kun et svar hvis domstolen besvarer det første spørsmålet bekreftende. Kommisjonen bemerker i utgangspunktet at selv om en EØS-stats skattemessige saksbehandlingsregler som en hovedregel ikke er dekket av EØS-avtalen, må de utøves på en måte som er i overensstemmelse med EØS-retten. Følgelig er det faktum alene at det utdelende selskap må opptre som en form for skatterepresentant for den utenlandske aksjonær i prinsippet ikke uforenelig med den frie bevegelighet for kapital. Imidlertid rettfærdiggjør ikke behovet for å sikre tilstedeværelsen i Norge av en person eller enhet som er ansvarlig for betalingen av skatt og oppfyllelsen av andre skattemessige forpliktelser, en regel som gjør det umulig for ikke-hjemmehørende skattytere å forsvare seg i saker som direkte eller indirekte berører deres rettigheter ved å ilegge skatt på det utbytte de mottar. Manglende adgang til å bli hørt rettfærdiggjøres ikke av noe overordnet allment hensyn.

55. EU Kommisjonen foreslår følgende besvarelse av spørsmålene:

“(1) EØS-avtalen artikkel 40 utelukker anvendelsen av kildeskatt på utbytte utdelt til ikke-hjemmehørende aksjonærer hvor vedkommende stat ikke skattelegger utbytte utdelt til hjemmehørende aksjonærer. Dette gjelder uansett om det finnes en skattekreditordning for ikke-hjemmehørende aksjonærer i henhold til en eventuell dobbeltbeskatningskonvensjon mellom vedkommende stat og andre stater.

(2) EØS-avtalen artikkel 40 utelukker anvendelse av en regel i henhold til hvilken ligningsvedtak for utenlandske skattytere treffes uten at verken den skattemessige eier eller den privatrettslige VPS-registrerte eier blir gjort kjent med den saksbehandlingen som fører til dette vedtak eller får rett til å delta i disse forhandlinger.”

Storbritannia

56. I henhold til Storbritannia, som begrenser seg til å behandle det første spørsmålet, er ikke-hjemmehørendes erverv av innenlandske verdipapirer en transaksjon som hører inn under virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 40 og Direktiv 88/361. Da EØS-avtalen artikkel 4 kun får selvstendig anvendelse i tilfeller der EØS-avtalen ikke fastlegger spesifikke ikke-diskriminerende regler, tas sistnevnte bestemmelse ikke i betraktning. Når det gjelder virkeområdet til

in Article 40 EEA, the United Kingdom submits that Member States may apply residence as a distinguishing factor, provided that it is applied to situations that are not objectively comparable⁶² or justified by overriding reasons in the general interest, in particular in relation to the coherence of the tax system.⁶³ These principles also apply to the interpretation of Article 40 EEA. The United Kingdom proposes that no prohibited restriction on free movement of capital exists, or any such restriction would be justified.

57. As a starting point, the United Kingdom contends that according to the case law of the Court of Justice of the European Communities the situations of resident and non-resident persons as well as companies are not comparable in relation to direct taxes so that treating both situations differently is not discriminatory. In the case at issue, the situations of resident and non-resident companies are different. Dividends received from Norwegian companies by resident shareholders are granted a tax credit because those dividends are taxable as general income in the hands of the recipient shareholders. Thus, economic double taxation is avoided. Dividends received by non-resident shareholders are not capable of being taxable as general income in the hands of the recipients in this way, for the recipients are not generally subject to the Norwegian tax system. Therefore, such dividends are not comparable to dividends received by resident shareholders.

58. The elimination of economic double taxation of a company and its shareholders must be dealt with by bilateral negotiations in cross-border situations.⁶⁴ The Norwegian approach entailing a difference in treatment between the situations of resident and non-resident shareholders is considered to be in line with international tax law, in particular Article 10 of the OECD Model Tax Convention and the commentary thereon. The United Kingdom finds it logical that the resident shareholder who receives a dividend from a resident company should have to look entirely to the shareholder's state of residence for alleviation of any double taxation to which it is subject, since such a shareholder can have no recourse elsewhere and only the home state has a complete overview of the shareholder's tax position.⁶⁵ The same applies to the non-resident shareholder in respect of its home state. Accordingly, Norway under the double taxation agreement alleviates economic double taxation by applying a reduced rate of withholding tax on the dividends paid to non-resident shareholders. It is left to

62 Case C-279/93 *Schumacker*, cited above.

63 Cases C-204/90 *Bachmann*, cited above; C-300/90 *Commission v Belgium*, [1992] ECR I-305.

64 Cases C-336/96 *Gilly*, cited above, at paras 23-24, C-385/00 *de Groot*, [2002] ECR I-11819, at paras 99-100.

65 Reference is made to Case C-385/00 *de Groot*, cited above, at para 98.

det forbud som fremgår av EØS-avtalen artikkel 40, anfører Storbritannia at medlemsstater kan anvende bosted som en avgjørende faktor, forutsatt at den anvendes på situasjoner som ikke er objektivt sammenlignbare⁶² eller er berettiget ut fra allmenne hensyn, spesielt i forhold til sammenhengen i skattesystemet.⁶³ Disse prinsipper gjelder også fortolkningen av EØS-avtalen artikkel 40. Storbritannia anfører at det ikke foreligger noen forbudt restriksjon på den frie bevegelse for kapital, eller at en eventuell restriksjon ville være berettiget.

57. I utgangspunktet hevder Storbritannia at i henhold til EF-domstolens rettspraksis er situasjonene til hjemmehørende og ikke-hjemmehørende personer og selskaper ikke sammenlignbare i forhold til direkte skatter, slik at forskjellig behandling av disse situasjoner ikke er diskriminerende. I den aktuelle saken er situasjonene til de hjemmehørende og ikke-hjemmehørende selskaper forskjellige. Utbytte mottatt fra norske selskaper av hjemmehørende aksjonærer innrømmes en skattekredit fordi dette utbytte er skattbart som alminnelig inntekt på mottakers hånd. Således unngås økonomisk dobbeltbeskatning. Utbytte mottatt av ikke-hjemmehørende aksjonærer kan ikke beskattes som alminnelig inntekt på mottakerens hand på denne måten, da mottakerne ikke generelt er underlagt det norske skattesystem. Derfor er slikt utbytte ikke sammenlignbart med utbytte mottatt av hjemmehørende aksjonærer.

58. Eliminering av økonomisk dobbeltbeskatning av et selskap og dets aksjonærer i grenseoverskridende situasjoner må håndteres gjennom bilaterale forhandlinger.⁶⁴ Den norske fremgangsmåten, som innebærer en forskjellsbehandling av hjemmehørende og ikke-hjemmehørende aksjonærer, anses for å være i overensstemmelse med internasjonal skatterett, spesielt artikkel 10 i OECDs Mønsterskattekonvensjon med kommentarer. Storbritannia finner det logisk at den hjemmehørende aksjonær som mottar utbytte fra et hjemmehørende selskap må holde seg utelukkende til aksjonærens bostedsstat for lemping av en eventuell dobbeltbeskatning som han er utsatt for da dette ikke kan skje noe annet sted og kun hjemstaten har en fullstendig oversikt over aksjonærens skattemessige stilling.⁶⁵ Det samme gjelder den ikke-hjemmehørende aksjonæren overfor sin hjemstat. Følgelig lempes Norge etter dobbeltbeskatningsavtalen økonomisk dobbeltbeskatning ved å anvende en redusert kildeskattstakst på utbytte utbetalt til ikke-hjemmehørende aksjonærer. Det overlates til aksjonærens hjemstat å gi ytterligere fradrag i henhold til hva

62 Sak C-279/93 *Schumacker*, referert ovenfor.

63 Sak C-204/90 *Bachmann*, referert ovenfor; sak C-300/90 *Kommisjonen mot Belgia*, [1992] ECR I-305.

64 Sak C-336/96 *Gilly*, referert ovenfor, punkt 23-24, sak C-385/00 *de Groot*, [2002] ECR I-11819, punkt 99-100.

65 Det vises til sak C-385/00 *de Groot*, referert ovenfor, punkt 98.

the shareholder's home state to grant further relief as the taxation agreement in question may provide. Given that the shareholder is generally subject to the tax system in its home state rather than in Norway, it is appropriate that the former should pay its part in relieving double taxation.

59. As to the principle of fiscal cohesion, the United Kingdom notes that the Court of Justice of the European Communities has sometimes appeared to adopt a restrictive approach by giving the impression that this ground of justification is available only where a direct link exists, in the case of one and the same taxpayer, between the grant of a tax advantage and the offsetting of that advantage by a fiscal levy, where both the advantage and the levy relate to the same tax.⁶⁶ This predominance of the criterion of the same taxpayer has, in the view of the United Kingdom, been put into perspective by the Advocate General, who in *Manninen* defined preconditions for accepting a link justifying reliance upon fiscal cohesion where a levy on one taxpayer is offset by relief for another.⁶⁷ As in the case at issue, the taxation relates to the same income, and the advantage of a tax credit does not appear to accrue to the taxpayer until the disadvantage to the company of a full charge on its profits, without credit for dividends paid out, has been borne, these preconditions are satisfied.

60. Moreover, since the aim of the relevant Norwegian provisions is to eliminate double taxation and there is a direct correlation between the amount of tax paid by the company in respect of the dividends paid out and the tax credit granted to the recipients of a dividend, these provisions form a fully integrated system in which the same income and the same tax are dealt with in the taxation of two taxable persons. Accordingly, the distinction between resident and non-resident shareholders is required for the cohesion of the Norwegian tax system and also for the cohesion of internationally agreed principles of taxation. If Norway were required unilaterally to give a tax credit to a non-resident shareholder, the principle of fiscal cohesion, in particular, would be rendered meaningless in relation to Member States that have adopted systems of imputation or shareholder relief. If that principle were indeed to be dependent on a situation where the relevant levy and grant apply in respect of the same taxpayer and the same tax, those Member States could either (1) withdraw tax credits in respect of dividends paid to resident shareholders from resident companies or (2) accord equivalent relief to recipients of dividends regardless of their country of establishment. Economic double taxation would be the consequence of the first option, and the effect of the second option would be to end the system of apportioning tax rights through bilateral treaties. Finally, the United Kingdom points to the worldwide recognition and acceptance of imputation or shareholder relief systems as an appropriate solution to avoid double taxation of company dividends.

66 Case C-35/98 *Verkooijen*, cited above, at paras 57-58.

67 Opinion in Case C-319/02 *Manninen*, cited above, at paras 60-62.

den aktuelle skatteavtale måtte hjemle. Når aksjonæren er generelt underlagt skattesystemet i sin hjemstat og ikke i Norge, er det høvelig at hjemstaten bidrar til at dobbeltbeskatning avhjelpes.

59. Når det gjelder prinsippet om skattemessig sammenheng, konstaterer Storbritannia at EF-domstolen noen ganger tilsynelatende har valgt en restriktiv holdning ved å gi inntrykk av at dette grunnlag for berettigelse kun foreligger når det for en og samme skattyter er en direkte tilknytning mellom tilståelsen av en skattefordel og kompensasjon av denne fordelen ved en skattemessig belastning, hvor både fordelen og belastningen vedrører samme skatt.⁶⁶ Den fremtredende plass som er kriteriet om samme skattyter har fått, er etter Storbritannias mening blitt satt i perspektiv av generaladvokaten, som i *Manninen* definerte forutsetninger for at hensynet til sammenhengen i skattesystemet kunne godtas som berettigelse, hvor iligning av skatt av én skattyter oppveies av fradrag for en annen.⁶⁷ I nærværende sak gjelder beskatningen samme inntekt, og fordelen av en skattecredit synes ikke å tilfalle skattebetaleren før ulempen for selskapet er inntruffet, med full belastning på dets overskudd uten kredit for utbetalt utbytte, og da er disse forutsetninger oppfylt.

60. Siden de relevante norske bestemmelser sikter mot å eliminere dobbeltbeskatning, og det er direkte korrelasjon mellom det skattebeløp som er betalt av selskapet for det utbetalte utbytte og den skattecredit som er gitt mottakerne av utbyttet, utgjør disse bestemmelser et fullt integrert system hvor samme inntekt og samme skatt behandles i beskatningen av to skattytere. Følgelig krever både sammenhengen i det norske skattesystem og også sammenhengen i internasjonalt avtalte beskatningsprinsipper at det sondres mellom hjemmehørende og ikke-hjemmehørende aksjonærer. Hvis det ble krevd av Norge ensidig å yte skattecredit til en ikke-hjemmehørende aksjonær, ville spesielt prinsippet om skattesystemets sammenheng bli meningsløst i forhold til medlemsstater som har vedtatt godtgjørelses- eller fradragssystemer for aksjonærer. Hvis dette prinsipp skulle være avhengig av en situasjon hvor den aktuelle skattebelastning og -lettelse gjelder samme skattyter og samme skatt, kunne disse medlemsstater enten (1) avstå fra skattecredit vedrørende utbytte utbetalt til hjemmehørende aksjonærer fra hjemmehørende selskaper, eller (2) gi tilsvarende fradrag til mottagere av utbytte uavhengig av deres etableringsland. Økonomisk dobbeltbeskatning ville være konsekvensen av det første alternativet, og virkningen av det andre alternativet ville være å bringe til opphør systemet med fordeling av retten til å beskatte gjennom bilaterale avtaler. Endelig peker Storbritannia på at det over hele verden er anerkjent og akseptert at et godtgjørelses- eller fradragssystem for aksjonærer er en passende løsning for å unngå dobbeltbeskatning av selskapsutbytte.

66 Sak C-35/98 *Verkooijen*, referert ovenfor, punkt 57-58.

67 Uttalelse i sak C-319/02 *Manninen*, referert ovenfor, punkt 60-62.

61. The United Kingdom suggests answering the first question as follows:

“It is not contrary to Article 40 EEA for the Norwegian tax authorities to grant a tax credit to taxpayers who are resident/domiciled in Norway, without granting the same tax credit to taxpayers who are resident/domiciled in other Member States.”

Carl Baudenbacher
Judge-Rapporteur

61. Storbritannia foreslår følgende besvarelse av det første spørsmålet:

“Det er ikke i strid med EØS-avtalen artikkel 40 at norske skattemyndigheter innrømmer en skattekredit til skattytere som er bosatt/hjemmehørende i Norge uten å gi den samme skattekredit til skattytere som er bosatt/hjemmehørende i andre medlemsstater.”

Carl Baudenbacher
Saksforberedende dommer

Case E-2/04

Reidar Rasmussen, Jan Rossavik, and Johan Kåldman

v

Total E&P Norge AS, v/styrets formann (chairman of the board)

*(Transfer of undertakings - Council Directive 77/187/EEC – time of transfer –
objection to transfer of employment relationship)*

Judgment of the Court, 10 December 2004	59
Report for the Hearing	74

Summary of the Judgment

1. The decisive criteria for establishing the existence of a transfer within the meaning of the Directive 77/187 are: whether the economic entity in question is transferred as a going concern with its own identity; and whether it retains this identity after the transfer, as indicated inter alia by the fact that its operation is actually continued or resumed. For the Directive to be applicable, the transfer must relate to a stable economic entity whose activities are not limited to performing one specific works contract.

2. The activities pursued are not the only factors that characterise an

entity. Its identity also emerges from other factors, such as its workforce, its management staff, the manner in which its work is organised, its operating methods or, where appropriate, the operational resources available to it.

3. For a part of a business' activity to be considered a separate economic entity, it must be distinguishable from its other activities, and normally have employees mostly assigned to that unit. Organisation by teams as opposed to organisation by formally defined departments, potentially makes it more difficult to identify an entity within the meaning of the Directive.

Sak E-2/04

Reidar Rasmussen, Jan Rossavik, and Johan Kåldman

v

Total E&P Norge AS v/styrets formann

*(Virksomhetsoverdragelser - Rådsdirektiv 77/187/EØF – overdragelsestidspunktet
– innvendinger mot overføring av ansettelsesforhold)*

Domstolens avgjørelse, 10. desember 2004.....	59
Rettsmøterapport	74

Sammendrag av avgjørelsen

1. De avgjørende momentene for å bestemme om det foreligger en overdragelse slik begrepet anvendes i Rådsdirektiv 77/187/EØS er om den aktuelle økonomiske enhet overføres som et igangværende foretak med en egen identitet, og om enheten beholder denne identiteten etter overføringen, hvilket blant annet kan komme til uttrykk ved at den faktisk fortsetter eller gjenopptar sin virksomhet. For at Direktivet skal komme til anvendelse, må overføringen gjelde en stabil økonomisk enhet, hvis virksomhet ikke er begrenset til utførelsen av ett bestemt oppdrag.

2. En enhet kan ikke vurderes alene ut fra den virksomhet den

driver. Dens identitet fremkommer også av andre faktorer, som dens arbeidsstyrke, ledelse, måter å organisere arbeidet på, driftsmetoder og eventuelle driftsmidler.

3. For å anses som en selvstendig økonomisk enhet, må en del av et foretaks virksomhet dessuten kunne atskilles fra dets øvrige virksomhet og normalt ha ansatte som i hovedsak er tilknyttet denne enheten. Organiseringen i team, i motsetning til en organisering i formelt avgrensede avdelinger, kan potensielt gjøre det vanskeligere å identifisere en enhet slik begrepet anvendes i Direktivet.

However, choice of organisational structure, as such, cannot render the Directive inapplicable.

4. When deciding whether there is a transfer of undertaking within the meaning of the Directive, the transfer of assets may, depending on circumstances such as the particular industry and its method of operation, be a decisive factor. However, certain economic entities are less dependent on tangible and intangible assets for their operation than are others, in which case the absence of transferred assets does not in itself render the Directive inapplicable.

5. Where tangible assets are present and are an important factor for the performance of the activity in question and it is established that the transferee has the right to use any relevant assets in such a way as is necessary to enable the transferee to continue to perform the transferred activities, it is immaterial whether ownership of the assets is transferred.

6. One of the factors to be considered when deciding whether an undertaking, business or part of a business has been transferred is whether the transferee has employed the transferor's employees. If the work to be performed does not require any particular expertise or knowledge, the assumption of personnel is less indicative of the identity of the undertaking. On the other hand, where a high percentage of the personnel is taken over, and where the previous business is characterised by the high degree of expertise of its personnel, the engagement of that same personnel by the transferee, may support a

finding of identity and continuity of the business.

7. The applicability of the Directive is not precluded by the fact that the transferee carries out the transferred functions together with an affiliated company within the same group of companies, which also engages some of the transferred employees. Determinative, is whether the same functions will continue to be performed.

8. Article 3(1) of the Directive is to be interpreted to the effect that employment relationships are transferred to the transferee simultaneously with and by virtue of the transfer of the undertaking for those employees who have not, prior to the time of transfer, declared that they do not wish to work for the transferee.

Valg av organisasjonsstruktur kan imidlertid ikke i seg selv gjøre Direktivet uanvendelig.

4. Ved avgjørelsen av om det foreligger en overdragelse av foretak i Direktivets forstand kan overføring av aktiva være et avgjørende moment, men det avhenger av de nærmere omstendighetene, som eksempelvis den aktuelle næringsgren og dens driftsmetoder. Noen økonomiske enheter er imidlertid mindre avhengige av fysiske og immaterielle aktiva enn andre, og det at aktiva ikke er overført gjør da ikke i seg selv Direktivet uanvendelig.

5. Der det finnes fysiske aktiva som er en viktig faktor for utøvelsen av den aktuelle virksomheten, og det er slått fast at erververen har rett til å bruke alle relevante aktiva i den grad det er nødvendig for at han kan fortsette den overførte virksomheten, er det uten betydning om eiendomsretten til aktivaene er overført.

6. Ett av de momentene den nasjonale domstolen må ta i betraktning når den avgjør om foretak, bedrifter eller deler av bedrifter er overført, er om erververen har ansatt overførerens ansatte. Dersom arbeidet ikke krever noen spesiell ekspertise eller erfaring, er overtakelsen av personell i mindre grad en indikasjon på foretakets identitet. På den annen side kan ansettelse av personell, der en høy andel av de ansatte overtas, og der den tidligere virksomheten kjennetegnes ved at de ansatte har et høyt kompetansenivå, støtte den

konklusjon at virksomheten utgjør en enhet og at den er videreført.

7. Direktivets anvendelse utelukkes ikke av at erververen utfører de overførte oppgavene sammen med et søsterselskap innen samme konsern som også ansetter noen av de overførte arbeidstakerne. Det avgjørende er om de samme oppgavene fortsatt vil bli utført.

8. Direktivets artikkel 3(1) må forstås slik at ansettelsesforhold overføres til erververen samtidig med, og i kraft av, overføringen av virksomheten for de arbeidstakere som ikke innen overføringstidspunktet har erklært at de ikke ønsker å arbeide for erververen.

JUDGMENT OF THE COURT

10 December 2004*

*(Transfer of undertakings - Council Directive 77/187/EEC – time of transfer –
objection to transfer of employment relationship)*

In Case E-2/04,

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

Reidar Rasmussen,

Jan Rossavik, and

Johan Kåldman,

and

Total E&P Norge AS, v/styrets formann (chairman of the board)

on the interpretation of Article 1 and Article 3(1) of Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses, or parts of businesses, as it was referred to in point 23 of Annex XVIII to the EEA Agreement,

* Language of the Request: Norwegian.

DOMSTOLENS DOM

10. desember 2004*

*(Virksomhetsoverdragelser - Rådsdirektiv 77/187/EØF – overdragelsestidspunktet
– innvendinger mot overføring av ansettelsesforhold)*

I sak E-2/04,

ANMODNING til EFTA-domstolen i medhold av artikkel 34 i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Gulating lagmannsrett i en sak som verserer for denne mellom

Reidar Rasmussen,

Jan Rossavik og

Johan Kåldman,

og

Total E&P Norge AS, v/styrets formann

vedrørende tolkningen av artikkel 1 og artikkel 3(1) i Rådsdirektiv 77/187/EØF av 14. februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter, som det er vist til i punkt 23 i vedlegg XVIII til EØS-avtalen,

* Språket i anmodningen om en rådgivende uttalelse: Norsk.

THE COURT,

composed of: Carl Baudenbacher, President, Per Tresselt and Thorgeir Örlygsson, (Judge-Rapporteur), Judges,

Registrar: Henning Harborg,

having considered the written observations submitted on behalf of:

- Reidar Rasmussen, Jan Rossavik and Johan Kåldman, represented by Bent Endresen, Advokat, Stavanger;
- Total E&P Norge AS, represented by Lars Holo, Advokat, Arntzen de Besche Advokatfirma AS, Oslo;
- the EFTA Surveillance Authority, represented by Elisabethann Wright, Senior Legal & Executive Officer, and Arne Torsten Andersen, Legal & Executive Officer, acting as Agents; and,
- the Commission of the European Communities, represented by John Forman and Gérard Rozet, Members of its Legal Service, acting as Agents,

having regard to the Report for the Hearing,

having heard oral arguments of Reidar Rasmussen, Jan Rossavik and Johan Kåldman, represented by Bent Endresen; Total E&P Norge AS, represented by Lars Holo; the EFTA Surveillance Authority, represented by Elisabethann Wright; and, the Commission of the European Communities, represented by John Forman, at the hearing on 15 October 2004,

gives the following

Judgment

I Facts and procedure

- 1 By a decision of 3 May 2004, registered at the Court on 6 May 2004, Gulating lagmannsrett submitted four questions to the Court for an Advisory Opinion in a case pending before it between Reidar Rasmussen, Jan Rossavik, and Johan Kåldman (the “Appellants”) and Total E&P Norge AS (the “Respondent”).

DOMSTOLEN,

sammensatt av: Carl Baudenbacher, president, Per Tresselt og Thorgeir Örlygsson, (saksforberedende dommer), dommere,

justissekretær: Henning Harborg,

etter å ha vurdert de skriftlige saksfremstillinger inngitt av:

- Reidar Rasmussen, Jan Rossavik og Johan Källdman, representert ved Bent Endresen, advokat, Stavanger;
- Total E&P Norge AS, representert ved Lars Holo, advokat, Arntzen de Besche Advokatfirma AS, Oslo;
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved Elisabethann Wright, senior rådgiver ved avdeling for juridiske saker og eksekutivsaker, og Arne Torsten Andersen, rådgiver ved samme avdeling; og,
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert ved John Forman og Gérard Rozet, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste,

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt den muntlige prosedyre for Reidar Rasmussen, Jan Rossavik og Johan Källdman, representert ved Bent Endresen, Total E&P Norge AS, representert ved Lars Holo, EFTAs overvåkningsorgan, representert ved Elisabethann Wright, og Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert ved John Forman, i rettsmøte den 15. oktober 2004,

avsier slik

Dom

I Faktum og saksgang

- 1 Ved beslutning datert 3. mai 2004, mottatt ved EFTA-domstolen den 6. mai 2004, forela Gulating lagmannsrett fire spørsmål for rådgivende uttalelse i en sak som verserer for lagmannsretten mellom Reidar Rasmussen, Jan Rossavik, og Johan Källdman (de ankende parter) og Total E&P Norge AS (ankemotparten).

- 2 The case before Gulating lagmannsrett concerns the question of whether a contract concluded between the Respondent, the operator of the Frigg gas field which is situated in the Norwegian and British part of the continental shelf, and Aker Offshore Partner AS (“AOP”), concerning maintenance and support functions in the field, entails a dismissal of the three Appellants, who were employed by the Respondent, and includes the question of whether there is a transfer of undertaking within the meaning of Council Directive 77/187/EEC.
- 3 Until 1997, the Respondent’s operation of the Frigg field was divided into a production department and a maintenance department. The Appellants worked in the latter department. Following a reorganisation in 1997, a more streamlined, team-based organisation was established, where the teams comprised both production and maintenance staff in an organisation of integrated operations.
- 4 The activities in the Frigg field are carried out partly by workers onshore and partly by workers offshore. All gas production takes place offshore and occurs on manned and unmanned permanently installed platforms. Offshore workers work on a rotation schedule that entails the rotation of three workers in the same position. The same position may be staffed by both employed and leased personnel.
- 5 In 1999, the maintenance and support functions were put out to tender, and on 17 September 1999 the Respondent entered into a contract with AOP (the “Contract”) that was to take effect on 1 May 2001. The Contract covered preventative and curative maintenance services as well as modifications. The Contract established a price of NOK 250 million for an estimated 25,000 to 35,000 hours of work annually.
- 6 The parties to the Contract agreed that the transfer of maintenance services under the Contract constituted a transfer of undertaking pursuant to Chapter XII A of the Working Environment Act of 4 February 1977 (*Lov av 4. feb. 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.*). According to the Contract, AOP was to take over those of the Respondent’s employees who performed maintenance functions from 1 May 2001.
- 7 Due to the fact that the Respondent had entered into a process of staff reduction, five of 19 maintenance workers employed by the Respondent had chosen to resign with a severance package. Thus, 14 maintenance workers employed by the Respondent, including the Appellants, were taken over pursuant to the Contract. AOP also took over existing contracts for the leasing of personnel.
- 8 In a letter of 23 January 2001 the Respondent informed the Appellants and others that 30 April 2001 would be their last day of duty in the service of the Respondent. They were also informed that AOP and another affiliated company,

- 2 Saken for Gulating lagmannsrett gjelder en kontrakt som er inngått mellom ankemotparten, som er operatør for gassfeltet Frigg på den norske og den britiske delen av kontinentalsokkelen, og Aker Offshore Partner AS (“AOP”), vedrørende vedlikeholds- og støttefunksjoner på feltet. Spørsmålet er om kontrakten innebærer oppsigelse av de tre ankende parter som var ansatt hos ankemotparten. Saken omfatter også spørsmålet om det foreligger en overdragelse av foretak slik begrepet anvendes i Rådskonklusjon 77/187/EØF.
- 3 Frem til 1997 var ankemotpartens drift av Frigg-feltet delt opp i en produksjonsavdeling og en vedlikeholdsavdeling. De ankende parter arbeidet i vedlikeholdsavdelingen. Som følge av en omorganisering i 1997 ble det etablert en mer strømlinjeformet, teambasert organisasjon, der både produksjonsansatte og vedlikeholdsansatte inngikk i teamene i en integrert driftsorganisasjon.
- 4 Virksomheten på Frigg-feltet utføres dels av ansatte på land og dels av ansatte offshore. All gassproduksjon skjer offshore, fra bemannede og ubemannede permanent plasserte plattformer. Ansatte som arbeider offshore inngår i en turnusplan som innebærer at tre arbeidere avløser hverandre i samme stilling. Den samme stillingen kan bemannes både med ansatte og innleid personell.
- 5 I 1999 ble vedlikeholds- og støttefunksjonene satt ut på anbud, og den 17. september 1999 inngikk ankemotparten kontrakt med AOP (“Kontrakten”), som skulle tre i kraft den 1. mai 2001. Kontrakten omfattet preventive og kurative vedlikeholdstjenester, så vel som modifikasjoner. Kontrakten fastsatte et vederlag på 250 millioner kroner for et estimert årlig arbeidsomfang på 25 000 til 35 000 timer.
- 6 Kontraktpartene var enige om at overdragelsen av vedlikeholdstjenestene etter Kontrakten utgjorde en overdragelse av virksomhet i henhold til kapittel XII A i Lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven). I henhold til Kontrakten skulle AOP fra 1. mai 2001 overta de av ankemotpartens ansatte som utførte vedlikeholdsoppgaver.
- 7 På grunn av at ankemotparten hadde innledet en nedbemanningsprosess, hadde 5 av 19 vedlikeholdsarbeidere ansatt hos ankemotparten valgt å fratrukke seg med en sluttpakke. Således ble 14 vedlikeholdsarbeidere som var ansatt hos ankemotparten, deriblant de ankende parter, overtatt i henhold til Kontrakten. AOP overtok også eksisterende kontrakter for innleie av personell.
- 8 Ved brev av 23. januar 2001 informerte ankemotparten blant andre de ankende parter om at den 30. april 2001 ville bli deres siste dag i ankemotpartens tjeneste. De ble også informert om at AOP og et annet søsterselskap, Aker Elektro AS

Aker Elektro AS (“AE”), would thenceforth be their sole employer. AOP and AE sent written letters of employment to all the 14 employees they had taken over, including the Appellants. When the Contract came into effect, the service obligations of AOP under the Contract were performed partly by AOP and partly by AE.

- 9 According to information provided by the Respondent, AOP and AE are subsidiaries of the same company, Aker Maritime AS. The Contract was concluded solely between the Respondent and AOP, but with a guarantee from the mother company.
- 10 The Appellants have continued their work on the Frigg field without interruption, and they have performed the same duties there both before and after the Contract entered into force. Reporting lines and work descriptions have remained unchanged. In operational matters, and in accordance with the Contract, the Appellants report to employees of the Respondent’s organisation.
- 11 In a letter of 28 August 2001, the Appellant Rasmussen gave notice that he did not accept the transfer of the employment relationship. As concerns the Appellants Rossavik and Kåldman, their opposition to the transfer of the employment relationship was made known on 18 December 2001, the same day as the three Appellants brought a suit against the Respondent before Stavanger tingrett.
- 12 The Appellants demanded that their alleged dismissals be declared void and claimed damages on the grounds that the Contract did not entail a transfer of undertaking pursuant to Chapter XII A of the Working Environment Act and infringed Section 60(2) of the same Act. The Respondent disputed this claim. In a judgment of 8 October 2002, Stavanger tingrett ruled in favour of the Respondent, concluding that there had been a transfer of undertaking within the meaning of Council Directive 77/187/EEC and that the Appellants’ employment relationships with the Respondent had thus been transferred to a new employer.
- 13 The judgment of Stavanger tingrett was appealed to Gulating Court of Appeal, which decided to refer the following questions to the Court:
 1. *Is Article 1 of Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 applicable in a situation where part of an undertaking, provided that it is organised as an independent economic entity, is handed over from one company to another and where the same or corresponding activities are carried out by the acquiring company and an affiliated company within the same group of companies? Does the fact that some working relationships are directly handed over from the transferor to the acquiring company, and others to its affiliated company, preclude the application of the Directive?*

(“AE”), fra da av ville være deres eneste arbeidsgiver. AOP og AE sendte skriftlige ansettelsesbrev til alle de 14 arbeidstakerne de hadde overtatt, deriblant de ankende parter. Fra Kontrakten trådte i kraft, ble tjenesteytelsene som AOP etter Kontrakten var forpliktet til å utføre, dels utført av AOP og dels av AE.

- 9 I henhold til opplysninger fremlagt av ankemotparten, er AOP og AE datterselskap av det samme selskapet, Aker Maritime AS. Kontrakten ble inngått mellom ankemotparten og AOP alene, men med en garanti fra morselskapet.
- 10 De ankende parter har fortsatt sitt arbeid på Frigg-feltet uten avbrudd, og de har der utført de samme oppgavene både før og etter Kontraktens ikrafttredelse. Rapporteringslinjer og arbeidsbeskrivelser er forblitt uendrede. I driftsmessig sammenheng, og i overensstemmelse med Kontrakten, rapporterer de ankende parter til ansatte i ankemotpartens organisasjon.
- 11 Den ankende part Rasmussen sendte i et brev av 28. august 2001 varsel om at han ikke aksepterte overføringen av ansettelsesforholdet. Hva angår de ankende parter Rossavik og Kåldman, ble deres innsigelser mot overføringen av ansettelsesforholdet tilkjennegitt den 18. desember 2001, samme dag som de tre ankende parter anla sak mot ankemotparten for Stavanger tingrett.
- 12 De ankende parter la ned påstand om at deres angivelige oppsigelser måtte kjennes ugyldige og at de måtte bli tilkjent erstatning, på grunnlag av at Kontrakten ikke innebar en overdragelse av virksomhet i henhold til kapittel XII A i arbeidsmiljøloven og var i strid med samme lovs § 60 nr. 2. Ankemotparten påsto frifinnelse. Ved dom av 8. oktober 2002 ga Stavanger tingrett ankemotparten medhold, idet den kom til at det hadde funnet sted en overdragelse av foretak slik begrepet anvendes i Rådets direktiv 77/187/EØF, og at de ankende parters ansettelsesforhold hos ankemotparten således var blitt overført til en ny arbeidsgiver.
- 13 Dommen fra Stavanger tingrett ble anket til Gulating lagmannsrett, som besluttet å forelegge følgende spørsmål for EFTA-domstolen:
 1. *Kan Rådets direktiv 77/187 EØF av 14. februar 1977 artikkel 1 få anvendelse i en situasjon hvor en del av en virksomhet, forutsatt at denne er organisert som en selvstendig økonomisk enhet, overføres fra ett selskap til et annet, når de samme eller tilsvarende aktiviteter blir utført av det ervervende selskap og et søsterselskap innen konsernet? Utelukker det anvendelse av direktivet at enkelte av arbeidsforholdene overføres direkte fra overdrageren til det ervervende selskap og andre til erververens søsterselskap?*

2. *Is application of the Directive, pursuant to Article 1, precluded in the event that the maintenance and support functions of the undertakings are handed over while the production function is not, and the employees of all these functions work as a team both before and after the transfer?*
3. *Is the Directive applicable, pursuant to Article 1, in the event of a handover of maintenance tasks on a fixed offshore installation for gas production where a considerable part, in terms of numbers and qualifications, of the workforce which performed this function with the transferor, is handed over to an acquirer that continues to carry out these maintenance tasks on the same installations under a service contract? Is application of the Directive precluded if the ownership of the tools and instruments which the maintenance staff used before the handover, and which they have continued to use after the handover, is not taken over by the acquirer?*
4. *Does it follow from Article 3(1) of the Directive that employment relationships are transferred to the transferee simultaneously with and by virtue of the transfer of the undertaking for those employees who have not, prior to the time of transfer, declared that they do not wish to work for the transferee?*

II Legal background

- 14 The dispute before the national court relates to the second paragraph of Article 60(2) and Chapter XII A of the Norwegian Working Environment Act. Chapter XII A of the Act was adopted as part of the implementation in Norwegian law of Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses, or parts of businesses (OJ 1977 L 61, p. 26), as amended by Council Directive 98/50/EC (OJ 1998 L 201, p. 88) (the "Directive").
- 15 Council Directive 98/50/EC was incorporated into the EEA Agreement by Decision of the EEA Joint Committee No 57/1999 of 30 April 1999, which entered into force 1 July 2000. This Directive, for which the period prescribed for implementation ended on 17 July 2001, entered into force and was implemented in Norwegian law prior to the events at issue before the national court, and is therefore relevant to the case. Council Directive 2001/23/EC that repealed the Directive, was incorporated into the EEA Agreement by EEA Joint Committee Decision No 159/2001 that entered into force on 12 December 2001, i.e. after the events at issue, and is therefore not relevant to the case.

2. *Utelukker det anvendelse av direktivet i henhold til artikkel 1 dersom virksomhetens vedlikeholds- og støttefunksjoner overføres uten at produksjonsfunksjonen overføres, når de ansatte innen samtlige funksjoner arbeider i team før og etter overdragelsen?*
3. *Får direktivet i henhold til artikkel 1 anvendelse på en overføring av vedlikeholdsoppgavene på en fast gassproduksjonsinnretning offshore dersom en etter antall og kvalifikasjoner betydelig del av arbeidsstyrken som utførte denne funksjonen hos overdrageren overføres til en erverver som fortsetter å utføre vedlikeholdsoppgavene på de samme installasjonene i henhold til en tjenesteytelseskontrakt? Utelukker det anvendelse av direktivet dersom eiendomsretten til det verktøy og de instrumenter som vedlikeholdsarbeiderne benyttet før overdragelsen og som de fortsatt har benyttet etter overdragelsen ikke overtas av erververen?*
4. *Medfører direktivets artikkel 3 nr. 1 at arbeidsforholdene overføres til erververen samtidig med og i kraft av overføringen av virksomheten, for så vidt gjelder de arbeidstakerne som ikke innen overføringstidspunktet har erklært at de ikke vil arbeide for erververen?*

II Rettslig bakgrunn

- 14 Tvisten for den nasjonale domstolen gjelder arbeidsmiljøloven § 60 nr. 2 annet avsnitt og kapittel XII A. Lovens kapittel XII A ble innført som en del av gjennomføringen i norsk lovgivning av Rådsdirektiv 77/187/EØF av 14. februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter (EFT 1977 L 61, s. 26), som endret ved Rådsdirektiv 98/50/EF (EFT 1998 L 201, s. 88) (heretter "Direktivet").
- 15 Rådsdirektiv 98/50/EF ble inkorporert i EØS-avtalen ved EØS-komiteéns beslutning nr. 57/1999 av 30. april 1999, som trådte i kraft den 1. juli 2000. Dette direktivet, som skulle gjennomføres innen 17. juli 2001, trådte i kraft og ble gjennomført i norsk lovgivning før hendelsene hovedsaken gjelder inntraff, og det er derfor relevant for saken. Rådets direktiv 2001/23/EF, som opphevet Direktivet, ble inkorporert i EØS-avtalen ved EØS-komiteéns beslutning nr. 159/2001, som trådte i kraft den 12. desember 2001, det vil si etter at de aktuelle hendelsene inntraff, og det er derfor ikke relevant for saken.

16 Article 1(1)(a) and (b) of the Directive reads as follows:

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

(b) Subject to subparagraph (a) and the following provisions of this Article, there is a transfer within the meaning of this Directive where there is a transfer of an economic entity which retains its identity, meaning an organised grouping of resources which has the objective of pursuing an economic activity, whether or not that activity is central or ancillary.

17 Article 3(1) of the Directive reads as follows:

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

(...)

18 Reference is made to the Report for the Hearing for a fuller account of the legal framework, the facts, the procedure and the written observations submitted to the Court, which are mentioned or discussed hereinafter only in so far as is necessary for the reasoning of the Court.

III Findings of the Court

General remarks

19 The first three questions referred to the Court concern the concept of transfer of an undertaking, business or part of an undertaking or business as a result of a legal transfer or merger within the meaning of Article 1(1) of the Directive. The fourth question concerns the time of the transfer of employment relationships according to Article 3(1) of the Directive and objections to such a transfer.

20 The Court understands the first question to the effect that the national court is essentially asking whether an independent economic entity can retain its identity pursuant to Article 1(1)(b) of the Directive in a situation where the entity is transferred to a company that entrusts another affiliated company with some of its obligations and that company takes over some of the employees of the transferred entity. In contrast, the second and the third questions are not based on a similar assumption of an existing independent entity. They are thus broader in scope. The Court therefore considers it appropriate to deal with the second and the third questions first. All these questions deal with the issue of transfer of undertaking within the meaning of Article 1(1) of the Directive and therefore the Court will initially consider the issue in general terms.

16 Direktivets artikkel 1(1)(a) og (b) lyder:

(a) Dette direktiv kommer til anvendelse ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av foretak eller bedrifter til en annen innehaver som følge av en kontraktmessig overdragelse eller en fusjon.

(b) Med forbehold for bokstav a) og de følgende bestemmelser i denne artikkel skal det regnes som overdragelse i henhold til dette direktiv når det skjer en overdragelse av en økonomisk enhet som beholder sin identitet, det vil si en samling av ressurser som er organisert med det formål å drive økonomisk virksomhet, uansett om det dreier seg om hoved- eller bivirksomhet.

17 Direktivets artikkel 3(1) lyder:

Overdragerens rettigheter og plikter som følger av en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold som foreligger på datoen for en overdragelse, skal, i kraft av overdragelsen, overføres til erververen.

(...)

18 Det vises til rettsmøterapporten for en fylldigere redegjørelse for de rettslige rammer, de faktiske forhold, saksgangen og den skriftlige prosedyre, som i det følgende bare nevnes eller drøftes i den grad det er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.

III Rettens bemerkninger

Generelle bemerkninger

19 De tre første spørsmålene som er forelagt EFTA-domstolen angår begrepet overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av foretak eller bedrifter som følge av en kontraktmessig overdragelse eller fusjon, slik det er anvendt i Direktivets artikkel 1(1). Det fjerde spørsmålet angår overføringstidspunktet for ansettelsesforhold i henhold til Direktivets artikkel 3(1), samt innvendinger mot slik overføring.

20 Slik EFTA-domstolen forstår det første spørsmålet fra den nasjonale domstolen, gjelder det i hovedsak om en selvstendig økonomisk enhet kan beholde sin identitet i henhold til Direktivets artikkel 1(1)(b), der den overføres til et selskap som overlater oppfyllelsen av enkelte av sine forpliktelser til et søsterselskap og dette søsterselskapet overtar enkelte av de ansatte i den overførte enheten. Det ligger ikke en tilsvarende forutsetning om en selvstendig økonomisk enhet til grunn for det andre og det tredje spørsmålet. Disse favner altså videre. EFTA-domstolen anser det derfor hensiktsmessig å behandle det andre og tredje spørsmålet først. Alle tre spørsmålene handler om begrepet overdragelse av foretak slik det anvendes i Direktivets artikkel 1(1), og EFTA-domstolen vil derfor innledningsvis behandle dette generelt.

- 21 The general principles of interpretation of the Directive are well established in the case law of the Court and the Court of Justice of the European Communities, and the decisions of both courts can give considerable guidance with respect to the situation in this case. In this respect it has to be borne in mind that Council Directive 98/50/EC incorporated important elements of the case law into the text of the Directive.
- 22 Pursuant to Article 1(1), the applicability of the Directive is subject to three conditions: the transfer must result in a change of employer; it must concern an undertaking, a business or part of an undertaking or business; and, it must be the result of a legal transfer or merger.
- 23 The aim of the Directive is to ensure, as far as possible, that the rights of employees are safeguarded in the event of a change of employer as a result of a merger or a transfer of an undertaking, business or part of an undertaking or business by enabling them to remain in employment with the new employer on the terms and conditions agreed with the transferor (see Case E-2/95 *Eidesund v Stavanger Catering* [1995-1996] EFTA Court Report 1, at paragraph 26). However, the Directive is not intended to achieve a uniform level of protection throughout the European Economic Area on the basis of common criteria. It can thus only be relied on to ensure that the employees are protected in their relation to the transferee to the same extent as they were in their relation to the transferor under the legal rules of the Contracting Party concerned (see, inter alia, Case 324/86 *Foreningen af Arbejdsledere v Daddy's Dance Hall* [1988] ECR 739, at paragraph 16).
- 24 According to Article 1(1)(b) of the Directive and in light of its aim, the decisive criteria for establishing the existence of a transfer within the meaning of the Directive are: whether the economic entity in question is transferred as a going concern with its own identity; and whether it retains this identity after the transfer, as indicated inter alia by the fact that its operation is actually continued or resumed (see Case E-3/96 *Ask v ABB Offshore Technology and Aker Offshore Partner* [1997] EFTA Court Report 1, at paragraph 19; and Case C-13/95 *Süzen* [1997] ECR I-1259, at paragraph 10) .
- 25 For the Directive to be applicable, the transfer must relate to a stable economic entity whose activities are not limited to performing one specific works contract (see *Ask*, at paragraph 19; and *Süzen*, at paragraph 13). Accordingly, Article 1(1)(b) of the Directive states that the term, entity, refers to an organised grouping of resources with the objective of pursuing an economic activity, whether or not that activity is central or ancillary.
- 26 In order to determine whether there is a transfer within the meaning of the Directive, it is necessary to consider all the facts characterising the transaction in question. These facts include, in particular: the type of undertaking or business;

- 21 De generelle prinsippene for tolkning av Direktivet er vel etablert i EFTA-domstolens og EF-domstolens rettspraksis, og avgjørelser fra begge domstolene gir betydelig veiledning i den foreliggende saken. Det må i denne sammenheng erindres at Rådskdirektiv 98/50/EF inkorporerte viktige elementer fra rettspraksis i Direktivets tekst.
- 22 I henhold til artikkel 1(1) beror anvendelsen av Direktivet på tre vilkår: overføringen må medføre et skifte av arbeidsgiver, det må dreie seg om foretak, bedrifter eller deler av foretak eller bedrifter, og overføringen må følge av en kontraktsmessig overdragelse eller en fusjon.
- 23 Direktivets formål er å sikre at arbeidstakernes rettigheter ivaretas ved et skifte av arbeidsgiver som følge av en fusjon eller overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av foretak eller bedrifter, ved at arbeidstakerne gis muligheten til å fortsette i ansettelsesforholdet med den nye arbeidsgiveren på de arbeidsvilkår som er avtalt med overdrageren (se EFTA-domstolens dom i sak E-2/95 *Eidesund v Stavanger Catering* [1995-1996] EFTA Court Report 1, avsnitt 26). Intensjonen med Direktivet er imidlertid ikke å etablere et ensartet beskyttelsesnivå for hele EØS-området ut fra felles kriterier. Det kan således bare påberopes med henblikk på å sikre at arbeidstakerne oppnår samme beskyttelse i forhold til erververen som de hadde i forhold til overdrageren i henhold til vedkommende EØS-stats rettsregler (se blant annet sak 324/86 *Foreningen af Arbejdsledere v Daddy's Dance Hall* [1988] ECR 739, avsnitt 16).
- 24 I henhold til Direktivets artikkel 1(1)(b), og i lys av dets formål, er de avgjørende momentene for å bestemme om det foreligger en overdragelse i Direktivets forstand om den angjeldende økonomiske enhet overføres som et igangværende foretak med en egen identitet, og om enheten beholder denne identiteten etter overføringen, hvilket blant annet kan komme til uttrykk ved at den faktisk fortsetter eller gjenopptar sin virksomhet (se sak E-3/96 *Ask v ABB Offshore Technology and Aker Offshore Partner* [1997] EFTA Court Report 1, avsnitt 19, og sak C-13/95 *Süzen* [1997] ECR I-1259, avsnitt 10).
- 25 For at Direktivet skal komme til anvendelse, må overføringen gjelde en stabil økonomisk enhet, hvis virksomhet ikke er begrenset til utførelsen av ett bestemt oppdrag (se *Ask*, avsnitt 19, og *Süzen*, avsnitt 13). I tråd med dette, slår Direktivets artikkel 1(1)(b) fast at begrepet "enhet" viser til en samling av ressurser som er organisert med det formål å drive økonomisk virksomhet, uavhengig av om det dreier seg om hoved- eller bivirksomhet.
- 26 For å kunne avgjøre om det foreligger en overdragelse i Direktivets forstand, er det nødvendig å vurdere alle omstendigheter som karakteriserer den aktuelle transaksjonen. Dette innebærer særlig hvilken type foretak eller bedrift det

whether or not tangible assets, such as buildings and moveable property, are transferred; the value of its tangible assets at the time of the transfer; whether or not a majority of its employees are taken over by the new employer; whether or not its customers are transferred; the degree of similarity between the activities carried on before and after the transfer, and the period, if any, for which those activities were suspended (see *Eidesund*, at paragraph 32; and Case 24/85 *Spijkers v Benedik* [1986] ECR 1119, at paragraph 13).

- 27 In assessing the facts characterising the transaction in question, the national court must take into account the type of undertaking or business concerned. It follows that the degree of importance to be attached to each criterion for determining whether or not there has been a transfer within the meaning of the Directive will necessarily vary according to the activity pursued, or the production or operating methods employed by the relevant undertaking, business or part of an undertaking or business (see *Sützen*, at paragraph 18).
- 28 In the first three questions, the referring court identifies certain factual elements of the case and essentially asks whether they preclude the application of the Directive. The Court recalls that these elements are only individual factors in the overall assessment that must be made in order to determine whether the Directive applies. They cannot be considered in isolation (see *Eidesund*, at paragraph 32; and *Spijkers*, at paragraph 13).

The second question

- 29 The second question relates to organisational matters concerning an entity. It relates primarily to the question of whether, in a situation where maintenance and production workers work together in teams, both before and after the effective date for the Contract, the maintenance function alone can be regarded as an entity which may retain its identity within the meaning of Article 1(1)(b) of the Directive.
- 30 In the view of the Appellants, only individual employment contracts, and not an independent economic entity, were transferred in the case at hand. At the hearing they emphasised that no real distinction could be drawn between maintenance and production work in the field. Some maintenance work, such as the work carried out by the Appellants, was vital for the day to day operation of the gas platform. The Respondent expressed the opposite view and stressed that the Contract itself indicated, per se, that the maintenance function was organised as an independent entity. The Respondent pointed out that the three Appellants were highly skilled technicians who could not be replaced by any of the production workers.
- 31 The Court recalls that in assessing the identity of the entity in question, it must be borne in mind that the activities pursued are not the only factors that characterise an entity. An entity cannot be reduced to the activity pursued by it. Its identity

er tale om, om det er overført fysiske aktiva, som bygninger og løsøre, verdien av foretakets fysiske aktiva på overføringstidspunktet, om et flertall av foretakets ansatte overtas av den nye arbeidsgiveren, om foretakets kunder overføres, graden av sammenfall mellom virksomheten som ble utført før, og virksomheten som utføres etter overføringen, og varigheten av et eventuelt driftsavbrudd (se *Eidesund*, avsnitt 32, og sak 24/85 *Spijkers v Benedik* [1986] ECR 1119, avsnitt 13).

- 27 Når den vurderer omstendighetene ved den aktuelle transaksjonen, må den nasjonale domstolen ta i betraktning hvilken type foretak eller bedrift det er tale om. Av dette følger at ved avgjørelsen av om det foreligger en overdragelse i Direktivets forstand, vil de ulike momentenes vekt nødvendigvis variere etter hvilken virksomhet som utføres, eller hvilke produksjons- og driftsmetoder som anvendes av vedkommende foretak, bedrift eller del av foretak eller bedrift (se *Süzen*, avsnitt 18).
- 28 I de tre første spørsmålene peker den foreleggende domstolen på enkelte faktiske forhold i saken og spør i hovedsak om disse utelukker at Direktivet kan komme til anvendelse. EFTA-domstolen minner om at slike forhold bare er momenter i helhetsvurderingen som må foretas for å avgjøre om Direktivet kommer til anvendelse. De kan ikke vurderes isolert (se *Eidesund*, avsnitt 32, og *Spijkers*, avsnitt 13).

Det andre spørsmålet

- 29 Det andre spørsmålet gjelder organisatoriske forhold knyttet til en enhet. Først og fremst er det spørsmål om vedlikeholdsfunksjonen alene kan anses som en enhet som kan beholde sin identitet i henhold til Direktivets artikkel 1(1)(b), i en situasjon der vedlikeholds- og produksjonsansatte arbeider sammen i team både før og etter Kontraktens ikrafttredelse.
- 30 Etter de ankende parter oppfatning var det i den foreliggende saken bare individuelle arbeidsavtaler, og ikke en økonomisk selvstendig enhet, som ble overført. Under rettsmøtet understreket de at det ikke kunne trekkes noe reelt skille mellom vedlikeholdsarbeid og produksjonsarbeid på feltet. Noe av vedlikeholdsarbeidet, som blant annet det som utføres av de ankende parter, er nødvendig for den daglige driften av gassplattformen. Ankemotparten uttrykte det motsatte syn og la vekt på at Kontrakten i seg selv viser at vedlikeholdsfunksjonen var organisert som en uavhengig enhet. Ankemotparten påpekte at de tre ankende parter er høyt kvalifiserte teknikere som ikke kan erstattes av noen av produksjonsarbeiderne.
- 31 EFTA-domstolen minner om at det ved vurderingen av identiteten til den enheten det er tale om, må tas i betraktning at virksomheten som utføres ikke er den eneste faktor som karakteriserer en enhet. En enhet kan ikke vurderes alene ut fra

also emerges from other factors, such as its workforce, its management staff, the manner in which its work is organised, its operating methods or indeed, where appropriate, the operational resources available to it (see *Ask*, at paragraph 21; and *Sützen*, at paragraph 15).

- 32 Furthermore, as held by the Court in *Eidesund*, at paragraph 36, for a part of a business' activity to be considered a separate economic entity, it must be distinguishable from its other activities, and normally have employees mostly assigned to that unit.
- 33 Article 1(1) of the Directive expressly provides that a transfer of an entity may concern only a part of an undertaking or business. In the case at hand, the entity in question is the maintenance and support functions of the Respondent. Whether the maintenance and support functions can be sufficiently distinguished from the production function and otherwise fulfil the conditions of Article 1(1)(b) of the Directive is a factual assessment for the national court to make, taking into account all the relevant factors.
- 34 In this regard, the Court notes that organisation by teams as opposed to organisation by formally defined departments, potentially makes it more difficult to identify an entity within the meaning of Article 1(1)(b). However, choice of organisational structure, as such, cannot render the Directive inapplicable. If that was the case, the Directive could be circumvented and thus its above-described aim to protect the rights of employees would be undermined.
- 35 In light of the above, the answer to the second question must be that the application of the Directive, pursuant to Article 1, is not precluded when the maintenance and support functions of an undertaking are transferred while the production function is not, and the employees of all these functions work as a team both before and after the transfer.

The third question

- 36 The third question is in two parts and concerns the situation on a fixed offshore installation for gas production. Firstly, the referring court seeks to establish whether the Directive may be applicable in the case of a transfer of maintenance tasks, where a considerable part, in terms of numbers and qualifications of the workforce that performed the transferred functions, is taken over by a company that continues to carry out these tasks on the same installation. Secondly, the referring court asks whether the application of the Directive is precluded if the ownership of the tools and instruments, which the staff used before the transaction in question, and which they continued to use afterwards, is not taken over by the company in question.

den virksomhet den driver. Dens identitet fremkommer også av andre faktorer, som dens arbeidsstyrke, ledelse, måter å organisere arbeidet på, driftsmetoder og eventuelle driftsmidler (se *Ask*, avsnitt 21, og *Süzen*, avsnitt 15).

- 32 For å anses som en selvstendig økonomisk enhet må en del av et foretaks virksomhet dessuten, som EFTA-domstolen slo fast i *Eidesund*, avsnitt 36, kunne atskilles fra dets øvrige virksomhet og normalt ha ansatte som i hovedsak er tilknyttet denne enheten.
- 33 Direktivets artikkel 1(1) slår uttrykkelig fast at overdragelsen av en enhet kan gjelde bare en del av et foretak eller en bedrift. I den foreliggende saken er den aktuelle enheten vedlikeholds- og støttefunksjonene til ankemotparten. Om vedlikeholds- og støttefunksjonene i tilstrekkelig grad kan atskilles fra produksjonsfunksjonen, og ellers oppfylle vilkårene i Direktivets artikkel 1(1)(b), er en vurdering av faktum som det tilligger den nasjonale domstolen å foreta, idet den tar i betraktning alle viktige karakteristika ved den aktuelle enheten.
- 34 I denne henseende bemerker EFTA-domstolen at organiseringen i team, i motsetning til en organisering i formelt avgrensede avdelinger, potensielt gjør det vanskeligere å identifisere en enhet slik begrepet anvendes i artikkel 1(1)(b). Valg av organisasjonsstruktur kan imidlertid ikke i seg selv gjøre Direktivet uanvendelig. Dersom det var tilfellet, ville Direktivet kunne omgås, slik at Direktivets formål om å beskytte arbeidstakernes rettigheter, som beskrevet ovenfor, ville bli undergravet.
- 35 I lys av ovenstående må det andre spørsmålet besvares med at anvendelsen av Direktivet i henhold til artikkel 1, ikke er utelukket i tilfeller der vedlikeholds- og støttefunksjonene til et foretak overføres, mens produksjonsfunksjonen ikke overføres, og de ansatte i alle disse funksjonene arbeider sammen i team både før og etter overføringen.

Det tredje spørsmålet

- 36 Det tredje spørsmålet er todelt og gjelder situasjonen på et permanent plassert offshore anlegg for gassproduksjon. Den foreleggende domstolen ønsker for det første å avklare om Direktivet kan komme til anvendelse i et tilfelle av overføring av vedlikeholdsoppgaver der en etter antall og kvalifikasjoner betydelig andel av arbeidsstyrken som utførte de overførte funksjonene, overtas av et foretak som forsetter å utføre disse oppgavene på det samme anlegget. For det andre spør den foreleggende domstol om anvendelsen av Direktivet er utelukket dersom det aktuelle foretaket ikke overtar eiendomsretten til verktøy og instrumenter som personalet brukte før den aktuelle transaksjonen, og som de fortsatte å bruke etterpå.

- 37 The Appellants submit that the tangible assets are essential to the entity in question and were not transferred. The Respondent, on the other hand, submits that the elements characterising the entity are both the skilled and experienced employees that were transferred and the tangible and in some respects intangible assets. The Respondent contends that even though the ownership of tangible assets was not transferred to AOP, both AOP and AE have the right to use these assets under the Contract, and refers in that regard to the judgment of the Court of Justice of the European Communities in Case C-340/01 *Abler v Sodexho* (judgment of 20 November 2003, not yet reported).
- 38 As stated above, the finding of a transfer of an undertaking within the meaning of the Directive is dependent on an overall assessment by the referring court taking into account various factors. The transfer of assets may, depending on the circumstances, such as the particular industry and its method of operation, be a decisive factor. However, certain economic entities are less dependent on tangible and intangible assets for their operation than are others, in which case the absence of transferred assets does not in itself render the Directive inapplicable (see *Ask*, at paragraph 25).
- 39 Where tangible assets are present and are an important factor for the performance of the activity in question and it is established that the transferee has the right to use any relevant assets in such a way as is necessary to enable the transferee to continue to perform the transferred activities, it is immaterial whether ownership of the assets is transferred. This is a matter for the referring court to determine.
- 40 One of the factors to be considered by the national court when deciding whether an undertaking, business or part of a business has been transferred is whether the transferee has employed the transferor's employees. If the work to be performed does not require any particular expertise or knowledge, the assumption of personnel is less indicative of the identity of the undertaking. On the other hand, where a high percentage of the personnel is taken over, and where the previous business is characterised by the high degree of expertise of its personnel, the engagement of that same personnel by the transferee, may support a finding of identity and continuity of the business. Where a business activity is characterised by a stable workforce carrying out the activity and where the transferee chooses to engage the workforce of the transferor for the continued operation of the business, this may suffice to constitute a transfer within the meaning of the Directive (see Case E-2/96 *Ulstein and Røiseng v Møller* [1995-1996] EFTA Court Report 65, at paragraph 36; *Ask*, at paragraph 29; and *Süzen*, at paragraph 21).
- 41 In a situation, as in the case at hand, where part of the workforce engaged in an activity is leased, it is necessarily only employed workers that may be taken over. In such a situation, the fact that the leasing contracts for leased personnel are taken over, supports the finding of identity of an entity within the meaning of the Directive and its continuity.

- 37 De ankende parter anfører at de fysiske aktiva er nødvendige for den aktuelle enheten og at de ikke ble overført. Ankemotparten anfører derimot at den aktuelle enheten kjennetegnes både ved de høyt kvalifiserte og erfarne ansatte som ble overført, og ved fysiske og i noen grad immaterielle aktiva. Ankemotparten viser til at både AOP og AE i henhold til Kontrakten har rett til å bruke de fysiske aktiva, selv om eiendomsretten til disse ikke ble overført til AOP, og viser i denne henseende til EF-domstolens dom i sak C-340/01 *Abler v Sodexo* (dom av 20. november 2003, ennå ikke publisert).
- 38 Som det er slått fast ovenfor, må den foreleggende domstolen foreta en helhetsvurdering der en rekke momenter tas i betraktning for å kunne avgjøre om det foreligger en overdragelse av foretak i Direktivets forstand. Overføring av aktiva kan være et avgjørende moment, men det avhenger av de nærmere omstendighetene, som eksempelvis den aktuelle næringsgren og dens driftsmetoder. Noen økonomiske enheter er imidlertid mindre avhengige av fysiske og immaterielle aktiva enn andre, og det at aktiva ikke er overført gjør da ikke i seg selv Direktivet uanvendelig (se *Ask*, avsnitt 25).
- 39 Der det finnes fysiske aktiva som er en viktig faktor for utøvelsen av den aktuelle virksomheten, og det er slått fast at erververen har rett til å bruke alle relevante aktiva i den grad det er nødvendig for at han kan fortsette den overførte virksomheten, er det uten betydning om eiendomsretten til aktivaene er overført. Dette er et spørsmål det tilligger den foreleggende domstolen å avgjøre.
- 40 Ett av de momentene den nasjonale domstolen må ta i betraktning når den avgjør om foretak, bedrifter eller deler av bedrifter er overført, er om erververen har ansatt overførerens ansatte. Dersom arbeidet ikke krever noen spesiell ekspertise eller erfaring, er overtakelsen av personell i mindre grad en indikasjon på foretakets identitet. På den annen side kan ansettelse av personell, der en høy andel av de ansatte overtas, og der den tidligere virksomheten kjennetegnes ved at de ansatte har et høyt kompetansenivå, støtte den konklusjon at virksomheten utgjør en enhet og at den er videreført. Der et foretaks virksomhet kjennetegnes ved at den utføres av en stabil arbeidsstyrke, og erververen velger å ansette arbeidsstyrken for å fortsette foretakets drift, kan dette være tilstrekkelig til å utgjøre en overdragelse i Direktivets forstand (se sak E-2/96 *Ulstein og Røiseng v Møller* [1995-1996] EFTA Court Report 65, avsnitt 36, *Ask*, avsnitt 29, og *Süzen*, avsnitt 21).
- 41 I en situasjon som den foreliggende, hvor en del av arbeidsstyrken i en virksomhet er innleid, kan erververen nødvendigvis bare overta arbeidere som er ansatt. I et slikt tilfelle vil det at kontraktene for innleid personell overtas, tale for at en enhet har identitet i Direktivets forstand, samt at denne er videreført.

- 42 Finally, the Court notes that an agreement on transfer within the meaning of Article 1(1) can be a part of a contract covering other issues, and employees of the transferred entity can thus, contrary to what the Appellants submit, constitute a small portion of the overall agreement without affecting the applicability of the Directive.
- 43 The answer to the third question must therefore be that the Directive may, pursuant to Article 1, be applicable in a situation of a transfer of maintenance tasks on a fixed offshore installation for gas production where a considerable part of the workforce, in terms of numbers and qualifications, that performed the transferred function is taken over by a company that continues to carry out these tasks on the same installation. The application of the Directive is not precluded by the mere fact that the ownership of the tools and instruments, which the maintenance staff used before the transaction in question and which they have continued to use afterwards, is not taken over by the company in question.

The first question

- 44 By the first question, the referring court seeks to establish whether an economic entity within the meaning of Article 1(1)(b) of the Directive may retain its identity in a situation where part of an undertaking is transferred from one company to another that carries out the same or corresponding activities together with another company within the same group of companies, and each company takes over some of the employees in question.
- 45 The Appellants submit that an entity cannot retain its identity in such a situation. The Respondent, on the other hand, stresses that it is of no relevance for the application of the Directive how the transferee chooses to fulfil its contractual obligations.
- 46 The Directive is applicable where, in the context of contractual relations, there is a change in the legal or natural person who is responsible for carrying on the business, and who, by virtue thereof, incurs the obligations of an employer vis-à-vis the employees of the undertaking (see, inter alia, *Abler*, at paragraph 41).
- 47 Furthermore, the absence of a direct contractual link between the transferor and the transferee cannot preclude the application of the Directive if an overall assessment of the transaction indicates a transfer within the meaning of the Directive (see, inter alia, *Eidesund*, at paragraph 30). The Directive has also been held applicable to a subcontracting situation on the ground that it is sufficient for a transfer to be part of the web of contractual relations even if indirect (see Case C-51/00 *Temco v Imzilyen and Others* [2002] ECR I-969, at paragraph 32).

- 42 Endelig bemerker EFTA-domstolen at en avtale om overdragelse i henhold til Direktivets artikkel 1(1) kan være en del av en kontrakt som dekker andre forhold, og ansatte i den overførte enheten kan derfor, i motsetning til hva de ankende parter hevder, utgjøre en liten andel av den samlede avtalen uten at det berører Direktivets anvendelighet.
- 43 Svaret på det tredje spørsmålet må derfor være at Direktivet, i henhold til artikkel 1, vil kunne komme til anvendelse på et tilfelle av overføring av vedlikeholdsoppgaver på et permanent plassert offshoreanlegg for gassproduksjon, der en etter antall og kvalifikasjoner betydelig andel av arbeidsstyrken som utførte den overførte virksomheten, overtas av et foretak som fortsetter å utføre disse oppgavene på det samme anlegget. Direktivets anvendelse utelukkes ikke alene ved det forhold at eiendomsretten til verktøy og instrumenter som vedlikeholdspersonalet benyttet før den aktuelle transaksjonen og som de har fortsatt å benytte etterpå, ikke overtas av erververen.

Det første spørsmålet

- 44 Med sitt første spørsmål søker den foreleggende domstolen å avklare om en økonomisk enhet i henhold til Direktivets artikkel 1(1)(b) kan beholde sin identitet i et tilfelle der en del av et foretak overføres til et selskap som utfører den samme eller tilsvarende virksomhet sammen med et annet selskap innen samme konsern, og hvert av de to selskapene overtar noen av de aktuelle arbeidstakerne.
- 45 De ankende parter hevder at en enhet ikke kan beholde sin identitet i et slikt tilfelle. Ankemotparten understreker derimot at den måte erververen velger å oppfylle sine kontraktsforpliktelser på, ikke har betydning for om Direktivet kommer til anvendelse.
- 46 Direktivet er anvendelig i et tilfelle der det på bakgrunn av et kontraktsforhold, skjer en endring av den juridiske eller fysiske person som har ansvar for å fortsette driften og som ved dette påtar seg arbeidsgiveransvar i forhold til foretakets ansatte (se blant annet *Abler*, avsnitt 41).
- 47 Videre kan fraværet av en direkte kontraktsmessig forbindelse mellom overføreren og erververen ikke utelukke at Direktivet kan komme til anvendelse, dersom en helhetsvurdering av transaksjonen viser at det foreligger en overdragelse i Direktivets forstand (se blant annet *Eidesund*, avsnitt 30). Direktivet har også vært ansett som anvendelig i et tilfelle av underentreprise, med den begrunnelse at det er tilstrekkelig at overføringen skjer som en del av kontraktsforhold, selv indirekte (se sak C-51/00 *Temco v Imzilyen and Others* [2002] ECR I-969, avsnitt 32).

- 48 Provided that other conditions for the application of the Directive have been met, its applicability is similarly not precluded by the fact that the transferee carries out the transferred functions together with an affiliated company within the same group of companies, which also engages some of the transferred employees. Determinative, is whether the same functions will continue to be performed. A different result would make the application of the Directive subject to the transferee's organisation of its work.
- 49 Based on the foregoing, the answer to the first question is that an economic entity within the meaning of Article 1(1)(b) of the Directive may retain its identity in a situation where part of an undertaking is transferred from one company to another that carries out the same or corresponding activities together with another affiliated company within the same group of companies, and when each company takes over some of the employees in question.

The fourth question

- 50 By the fourth question, the referring court seeks to establish whether Article 3(1) is to be interpreted to the effect that employment relationships are automatically transferred at the time of the transfer of an undertaking if the employees concerned have not by that time objected to the transfer of the employment relationships.
- 51 Article 3(1) of the Directive must, in light of the stated aim of the Directive and its actual wording, be understood as meaning that the transfer of the employment relationships existing on the date of the transfer of an undertaking automatically occurs upon the transfer of the undertaking by virtue of the transfer (see Case C-305/94 *De Hertaing v J. Benoidt, in liquidation and IGC Housing Service* [1996] I-5927, at paragraph 18 and 23).
- 52 After the date of the transfer and by virtue of the transfer alone, the transferor is discharged from all obligations of the employment relationship. Consequently, the rights of the employees can only be protected if all the obligations in question are transferred to the transferee as from the date of the transfer (see *Benoidt*, at paragraph 24).
- 53 It follows from the judgment of the Court of Justice of the European Communities in Joined Cases C-132/91, 138/91 and 139/91 *Katsikas* [1992] ECR I-6577, at paragraphs 31 - 32, that the Directive cannot be interpreted as obliging employees to continue their employment relationships with the transferee. Such an obligation would jeopardise the rights of the employees, who must be free to choose their employer and cannot be obliged to work for an employer whom they have not freely chosen.
- 54 If employees decide of their own accord not to continue the employment relationship with the new employer after the transfer, the protection which the Directive is intended to guarantee is without object (see Joined Cases C-171/94 and 172/94 *Merckx and Neuhuys v Ford* [1996] ECR-1253, at paragraph 33).

- 48 Forutsatt at de øvrige vilkår for anvendelsen av Direktivet er oppfylt, utelukkes anvendelsen heller ikke av at erververen utfører de overførte oppgavene sammen med et søsterselskap innen samme konsern som også ansetter noen av de overførte arbeidstakerne. Det avgjørende er om de samme oppgavene fortsatt vil bli utført. En annen løsning ville gjøre anvendelsen av Direktivet avhengig av hvordan erververen organiserte sitt arbeid.
- 49 På grunnlag av ovenstående må det første spørsmålet besvares med at en økonomisk enhet, slik begrepet er anvendt i Direktivets artikkel 1(1)(b), kan beholde sin identitet i et tilfelle der en del av et foretak overføres til et selskap som utfører den samme eller tilsvarende virksomhet sammen med et annet selskap innen samme konsern, og hvert av de to selskapene overtar noen av de aktuelle arbeidstakerne.

Det fjerde spørsmålet

- 50 Med det fjerde spørsmålet søker den foreleggende domstolen å avklare om artikkel 3(1) skal tolkes dit hen at ansettelsesforhold automatisk overføres samtidig som overføringen av virksomheten, med mindre de aktuelle arbeidstakerne innen dette tidspunktet har motsatt seg overføringen av ansettelsesforholdet.
- 51 I lys av ordlyden og Direktivets formål må Direktivets artikkel 3(1) forstås slik at overføringen av ansettelsesforhold som eksisterer på overføringstidspunktet for en virksomhet, automatisk skjer samtidig med og i kraft av overføringen av virksomheten (se sak C-305/94 *De Hertaing v J. Benoidt, in liquidation og IGC Housing Service* [1996] I-5927, avsnittene 18 og 23).
- 52 Etter overføringstidspunktet og alene i kraft av overføringen, løses overføreren fra sine forpliktelser som arbeidsgiver. De ansattes rettigheter kan derfor bare beskyttes dersom forpliktelsene overføres til erververen fra og med overføringstidspunktet (se *Benoidt*, avsnitt 24).
- 53 Det følger av EF-domstolens dom i forente saker C-132/91, 138/91 og 139/91 *Katsikas* [1992] ECR I-6577, avsnittene 31 - 32, at Direktivet ikke kan tolkes dit hen at det forplikter arbeidstakere til å fortsette sine ansettelsesforhold med erververen. En slik forpliktelse ville undergrave rettighetene til de ansatte, som må stå fritt til å velge sin arbeidsgiver og som ikke kan forpliktes til å arbeide for en arbeidsgiver de ikke selv har valgt.
- 54 Dersom de ansatte selv fritt bestemmer at de ikke ønsker å fortsette ansettelsesforholdet hos den nye arbeidsgiveren etter overføringen, er det ikke behov for den beskyttelse som Direktivet er ment å gi (se forente saker C-171/94 og 172/94 *Merckx and Neuhuys v Ford* [1996] ECR-1253, avsnitt 33).

- 55 The purpose of the Directive is not to ensure that the employment relationship with the transferor is continued where the undertaking's employees object to employment with the transferee (see *Katsikas*, at paragraph 34). In the event of such objection, the objector's employment situation is governed by national law.
- 56 The answer to the fourth question must be that Article 3(1) of the Directive is to be interpreted to the effect that employment relationships are transferred to the transferee simultaneously with and by virtue of the transfer of the undertaking for those employees who have not, prior to the time of transfer, declared that they do not wish to work for the transferee.

IV Costs

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

- 55 Direktivets hensikt er ikke å sikre at ansettelsesforholdet med overføreren opprettholdes der virksomhetens ansatte motsetter seg ansettelse hos erververen (se *Katsikas*, avsnitt 34). De ansattes situasjon er i et slikt tilfelle undergitt nasjonal lovgivning.
- 56 Svaret på det fjerde spørsmålet må etter dette være at Direktivets artikkel 3(1) må forstås slik at ansettelsesforhold overføres til erververen samtidig med, og i kraft av, overføringen av virksomheten for de arbeidstakere som ikke innen overføringstidspunktet har erklært at de ikke ønsker å arbeide for erververen.

IV Saksomkostninger

- 57 Omkostningene som er påløpt for EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen, som har forelagt saksfremstillinger for EFTA-domstolen, kan ikke kreves dekket. For så vidt gjelder partene i hovedsøksmålet, er foreleggelsen for EFTA-domstolen en del av rettergangen for den nasjonale domstolen. Avgjørelsen vedrørende saksomkostninger er derfor en sak for denne domstolen.

On those grounds,

THE COURT,

in answer to the questions referred to it by the *Gulating lagmannsrett* by a reference of 3 May 2004, hereby gives the following Advisory Opinion:

- 1. An entity within the meaning of Article 1(1)(b) of Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses, or part of businesses as amended by Directive 98/50/EC and incorporated into the EEA Agreement may retain its identity in a situation where part of an undertaking is transferred from one company to another that carries out the same or corresponding activities together with another affiliated company within the same group of companies, and where each company takes over some of the employees in question.**
- 2. The application of the Directive, pursuant to Article 1, is not precluded when the maintenance and support functions of an undertaking are transferred while the production function is not, and the employees of all these functions work as a team both before and after the transfer.**
- 3. The Directive may, pursuant to Article 1, be applicable in the situation of a transfer of maintenance tasks on a fixed offshore installation for gas production where a considerable part of the workforce, in terms of numbers and qualifications, that performed the transferred function is taken over by a company that continues to carry out these tasks on the same installation. The application of the Directive is not precluded by the mere fact that the ownership of the tools and instruments, which the maintenance staff used before the transaction in question, and which they have continued to use afterwards, is not taken over by the company in question.**

På dette grunnlag avgir

DOMSTOLEN,

som svar på spørsmålene som er forelagt av Gulating lagmannsrett ved anmodning av 3. mai 2004, følgende rådgivende uttalelse:

- 1. En enhet, slik begrepet anvendes i artikkel 1(1)(b) i Rådskonferansen 77/187/EØF av 14. februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter, som endret ved Rådskonferansen 98/50/EF og inkorporert i EØS-avtalen, kan beholde sin identitet i et tilfelle der en del av et foretak overføres til et selskap som utfører den samme eller tilsvarende virksomhet sammen med et annet selskap innen samme konsern, og hvert av de to selskapene overtar noen av de aktuelle arbeidstakerne.**
- 2. Anvendelsen av Direktivet i henhold til artikkel 1 er ikke utelukket i tilfeller der vedlikeholds- og støttefunksjonene til et foretak overføres, mens produksjonsfunksjonen ikke overføres, og de ansatte i alle disse funksjonene arbeider sammen i team både før og etter overføringen.**
- 3. Direktivet vil, i henhold til artikkel 1, kunne komme til anvendelse på et tilfelle av overføring av vedlikeholdsoppgaver på et permanent plassert offshoreanlegg for gassproduksjon, der en etter antall og kvalifikasjoner betydelig andel av arbeidsstyrken som utførte den overførte virksomheten, overtas av et foretak som fortsetter å utføre disse oppgavene på det samme anlegget. Direktivets anvendelse utelukkes ikke alene ved det forhold at eiendomsretten til verktøy og instrumenter som vedlikeholdspersonalet benyttet før den aktuelle transaksjonen, ikke overtas av erververen.**

- 4. Article 3(1) of the Directive is to be interpreted to the effect that employment relationships are transferred to the transferee simultaneously with and by virtue of the transfer of the undertaking for those employees who have not, prior to the time of transfer, declared that they do not wish to work for the transferee.**

Carl Baudenbacher

Per Tresselt

Thorgeir Örlygsson

Delivered in open court in Luxembourg on 10 December 2004.

Henning Harborg
Registrar

Carl Baudenbacher
President

- 4. Direktivets artikkel 3(1) må forstås slik at ansettelsesforhold overføres til erververen samtidig med, og i kraft av, overføringen av virksomheten for de arbeidstakere som ikke innen overføringstidspunktet har erklært at de ikke ønsker å arbeide for erververen.**

Carl Baudenbacher

Per Tresselt

Thorgeir Örlygsson

Avsagt i åpen rett i Luxembourg den 10. desember 2004.

Henning Harborg
Justissekretær

Carl Baudenbacher
President

REPORT FOR THE HEARING
in Case E-2/04

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

Reidar Rasmussen,

Jan Rossavik, and

Johan Kåldman,

and

Total E&P Norge AS, v/styrets formann (chairman of the board)

concerning the interpretation of Article 1 and Article 3(1) of Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses, or parts of businesses, as it was referred to in Annex XVIII, point 23 to the EEA Agreement.

I. Introduction

1. By a reference dated 3 May 2004, registered at the Court on 6 May 2004, Gulating lagmannsrett made a Request for an Advisory Opinion in a case pending before it between Reidar Rasmussen, Jan Rossavik, and Johan Kåldman (the "Appellants") and Total E&P Norge AS (the "Respondent").

II. Facts and procedure

2. The case concerns the question of whether a contract concluded between the Respondent, an operator of a gas field, and another undertaking concerning maintenance and support functions in the field entails a dismissal of the three Appellants, who were employed by the Respondent, and includes the question of

RETTSMØTERAPPORT

i sak E-2/04

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

Reidar Rasmussen,

Jan Rossavik og

Johan Kåldman,

og

Total E&P Norge AS, v/styrets formann

vedrørende tolkningen av artikkel 1 og artikkel 3(1) i rådsdirektiv 77/187/EØF av 14. februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter, som det er vist til i vedlegg XVIII, nr. 23 til EØS-avtalen.

I. Innledning

1. Ved beslutning datert 3. mai 2004, mottatt ved EFTA-domstolen den 6. mai 2004, anmodet Gulating lagmannsrett om en rådgivende uttalelse i en sak innbrakt for denne mellom Reidar Rasmussen, Jan Rossavik og Johan Kåldman (de “ankende parter”) og Total E&P Norge AS (“ankemotparten”).

II. Faktum og saksgang

2. Saken gjelder spørsmålet om en kontrakt inngått mellom ankemotparten, som er operatør for et gassfelt, og et annet foretak vedrørende vedlikeholds- og støttefunksjoner på feltet innebærer en oppsigelse av de tre ankende parter, som var ansatt hos ankemotparten. Saken omfatter også spørsmålet om

whether there is a transfer of undertaking within the meaning of Council Directive 77/187/EEC.

3. The Respondent is the operator of the Frigg field, situated on the Norwegian and the British part of the continental shelf. Originally, Elf Aquitaine Norge AS was the operator of the field, but the company later merged with TotalFina Norge AS; and in 2000 the merged company was renamed TotalFinaElf Exploration Norge AS. In 2003, the company changed its name to Total E&P Norge AS.

4. The Appellants accepted employment with the maintenance department of Elf Aquitaine Norge AS from 1981 to 1983, and their work since then has consisted of maintenance of the processing installation in the Frigg field platform. The Appellant Rasmussen is trained as an electrician, the Appellant Rossavik is trained as a mechanic, and the Appellant Kåldman is an instrument technician.

5. Until 1997, the company's operation of the Frigg field was divided into a production department and a maintenance department. Following a reorganisation in 1997, the maintenance services became integrated into operations. This entailed a flatter, team-based organisation, where the teams were made up of both production and maintenance staff in an organisation of integrated operations. Planned maintenance tasks, so-called "campaign maintenance", were not part of the integrated organisation of operations. After the reorganisation, 19 employees of the Respondent, including the three Appellants and some leased personnel, performed the maintenance function.

6. In 1999, the maintenance and support function was put out to tender. An invitation to tender was issued for a contract referred to as "Elf Project and Operations Support" (the "EPOS Contract" or the "Contract"). On 17 September 1999, the EPOS Contract was awarded to Aker Offshore Partner AS, and was to take effect on 1 May 2001. The Contract covered both preventive and curative maintenance services as well as modifications. It was based on an estimated 25,000 to 35,000 hours of work annually, for a contract price of NOK 250 million. According to the Contract, Aker Offshore Partner AS was to take over the employees who worked in the maintenance function from 1 May 2001. The contracting parties agreed that the transfer of maintenance services under the EPOS Contract constituted a transfer of undertaking pursuant to Chapter XII A of the Working Environment Act of 4 February 1977 (*arbejdsmiljøloven*), and that the employees linked to the maintenance and support function would thus have their employment relationship transferred to the transferee pursuant to the provisions of the Working Environment Act.¹ Because the Respondent had

¹ The Court notes that in the Request for an Advisory Opinion, the referring court employs the term "transfer/outsourcing" to avoid any misunderstanding that they viewed the action as a transfer pursuant to the Directive. The Court shall employ the general term "transfer", which shall not refer to a transfer within the meaning of the Directive unless so stated.

det foreligger en overdragelse av foretak i den forstand begrepet er brukt i rådsdirektiv 77/187/EØF.

3. Ankemotparten er operatør på Frigg-feltet som ligger på den norske og den britiske delen av kontinentalsokkelen. Opprinnelig var Elf Aquitaine Norge AS operatør på feltet, men selskapet ble senere fusjonert med TotalFina Norge AS. Det fusjonerte selskap skiftet i 2000 navn til TotalFinaElf Exploration Norge AS. I 2003 endret selskapet navn til Total E&P Norge AS.

4. De ankende parter ble ansatt i vedlikeholdsavdelingen hos Elf Aquitaine Norge AS mellom 1981 og 1983, og arbeidet deres har siden da bestått i vedlikehold av prosesseringsinstallasjonen på plattformen på Frigg-feltet. Den ankende part Rasmussen er utdannet elektriker, ankende part Rossavik er utdannet mekaniker og ankende part Kåldman er instrumenttekniker.

5. Frem til 1997 var selskapets drift av Frigg-feltet delt opp i en produksjonsavdeling og en vedlikeholdsavdeling. Etter en omorganisering i 1997 ble vedlikeholdstjenestene en integrert i driften. Dette innebar en flatere, teambasert organisasjon, der både produksjonsansatte og vedlikeholdsansatte inngikk i teamene i en integrert driftsorganisasjon. Planlagte vedlikeholdsoppgaver, såkalt ”kampanjevedlikehold” utgjorde ikke en del av den integrerte driftsorganisasjon. Etter omorganiseringen ble vedlikeholdsfunksjonen utført av 19 personer ansatt hos ankemotparten, deriblant de tre ankende parter, samt en del innleid personell.

6. I 1999 ble vedlikeholds- og støttestruktur satt ut på anbud. Det ble utarbeidet en anbudsinnbydelse for en kontrakt som ble kalt “Elf Project and Operations Support” (“EPOS-kontrakten” eller “Kontrakten”). Den 17. september 1999 ble EPOS-kontrakten tildelt Aker Offshore Partner AS, og den skulle tre i kraft 1. mai 2001. Kontrakten dekket både forebyggende og reparasjonsmessige vedlikeholdstjenester, så vel som modifikasjon. Kontrakten var basert på et estimert arbeidsomfang på 25 000 til 35000 arbeidstimer pr. år til en kontraktspris på 250 millioner norske kroner. I henhold til Kontrakten skulle Aker Offshore Partner AS overta de ansatte som var tilknyttet vedlikeholdsfunksjonen fra 1. mai 2001. Kontraktpartene var enige om at overdragelsen av vedlikeholdstjenestene etter EPOS-kontrakten utgjorde en virksomhetsoverdragelse i medhold av arbeidsmiljøloven av 4. februar 1997, Kapittel XII A, og at de ansatte som var tilknyttet vedlikeholds- og støttestruktur dermed ville få sine ansettelsesforhold overført til erverver i medhold av arbeidsmiljølovens bestemmelser.¹ Fordi ankemotparten hadde innledet en nedbemanningsprosess, hadde enkelte ansatte valgt å fratre med en

¹ I anmodningen om en rådgivende uttalelse anvender den henvisende domstolen begrepet “overdragelse/kontraktsutsetting” for ikke å foregripe den rettslige konklusjonen. I denne rettsmøterapporten vil EFTA-domstolen anvende begrepet “overdragelse” uten at det skal forstås som overdragelse i direktivets forstand med mindre dette er særskilt angitt.

entered into a process of staff reduction, certain employees had chosen to resign with a severance package. Thus, 14 out of 19 maintenance workers covered by the Contract, including the Appellants, were transferred. Aker Offshore Partner AS assumed existing contracts for the leasing of personnel. In cases where Aker Offshore Partner AS already had a contract with the same firm, it could in principle choose either to assume the Respondent's contract or use its own. With regard to contracts that Aker Offshore Partner AS wished to assume, an "assignment agreement" was signed by the three parties, according to which the Respondent's rights and obligations under the agreement were assumed by Aker Offshore Partner AS. The service obligations of Aker Offshore Partner AS under the Contract, were performed partly by that company and partly by another affiliated company, Aker Elektro AS, which operates within the same area of activity and belongs to the same group of companies. Consequently, the employment relationship of some employees was transferred to Aker Elektro AS.

7. The production of gas in the Frigg field takes place from manned and unmanned permanently installed platforms. The activities are carried out partly by employees onshore and partly by employees offshore. Gas production takes place, in its entirety, offshore. Offshore employees work on a rotation schedule that includes 14 day periods of work offshore, followed by 21 or 28 days off. Daily work time is 12 hours, with stand-by duty beyond working hours in the event of operational disruptions. This working schedule entails the rotation of three workers in the same position/function.

8. The function of the Appellant Rasmussen was, during his off-duty periods, performed partly by a person leased from another company and partly by an employee of the Respondent. When the EPOS Contract took effect, his function was split between two teams, the core team and the backup team, in which about half of the workers were leased from other companies. As of 1 May 2001, Rasmussen became part of the "Frigg Process Team". Two employees of Aker Elektro AS replaced workers who had resigned. The function of the Appellant Rossavik was, during his off-duty periods, performed by two persons leased from another company. This distribution of tasks did not change as a result of the EPOS Contract. The function of the Appellant Kåldman was, during his off-duty periods, performed by two employees of the Respondent. These persons accepted severance package and resigned. After the Contract came into effect, the function of Kåldman was, during his off-duty periods, performed by persons leased from other companies.

9. In a letter of 28 August 2001, the Appellant Rasmussen gave notice that he did not accept the transfer to Aker Elektro AS. As concerns the Appellants Rossavik and Kåldman, their opposition to the transfer was made known on 18 December 2001. Initially, the Respondent argued that the employees concerned in the transfer had to sign new employment contracts with Aker Offshore Partner AS. This argument was later abandoned. The Appellants did not express their

sluttpakke. Således ble 14 av de kontraktstipulerte 19 vedlikeholdsarbeidere, blant disse de ankende parter, overført. Aker Offshore Partner AS overtok også de eksisterende kontakter om innleie av personell. I tilfeller der Aker Offshore Partner AS allerede hadde en kontrakt med den samme bedrift, kunne man i utgangspunktet velge enten å overta ankemotpartens kontrakt eller å bruke sin egen. Når det gjaldt kontrakter som Aker Offshore Partner AS ønsket å overta, ble det inngått en "assignment agreement" undertegnet av de tre partene, og i henhold til denne ble ankemotpartens rettigheter og forpliktelser etter avtalen overtatt av Aker Offshore Partner AS. De serviceforpliktelser som Aker Offshore Partner AS hadde etter kontrakten, ble oppfylt dels av selskapet og dels av et annet selskap fra samme konsern, Aker Elektro AS, som driver virksomhet innen samme område. Følgelig gikk ansettelsesforholdet for noen ansattes vedkommende over til Aker Elektro AS.

7. Gassproduksjonen på Frigg-feltet foregår fra bemannede og ubemannede permanent plasserte plattformer. Virksomheten utføres dels av ansatte på land og dels av ansatte offshore. Produksjonen av gass foregår i sin helhet offshore. Ansatte offshore inngår i en turnusplan som innebærer arbeidsperioder på 14 dager, etterfulgt av friperioder på 21 eller 28 dager. Den daglige arbeidstiden er 12 timer, med beredskap utover arbeidstiden for driftsforstyrrelser. Turnusplanen innebærer at tre arbeidere avløser hverandre i samme stilling/funksjon.

8. Funksjonen til den ankende part Rasmussen, ble i hans friperioder utført dels av en som var innleid fra et annet selskap, og dels av en ansatt hos ankemotparten. Da EPOS-kontrakten trådte i kraft, ble hans funksjon delt mellom to team, kjerneteamet (the core team) og reserveteamet (the backup team) hvor ca. halvparten av arbeidstakerne var innleid fra andre selskaper. Fra 1. mai 2001 inngikk Rasmussen i "Frigg Process Team". To ansatte fra Aker Elektro AS overtok for arbeidere som var fratrudd. Funksjonen til den ankende part Rossavik, ble i hans friperioder utført av to personer som var innleid fra et annet selskap. Denne fordeling av arbeidsoppgavene endret seg ikke som følge av EPOS-kontrakten. Funksjonen til den ankende part Källdman, ble i hans friperioder utført av to ansatte hos ankemotparten. Disse personene aksepterte sluttpakker og fratrudd. Etter at EPOS-kontrakten trådte i kraft ble den funksjonen som Källdman hadde, i hans friperioder utført av personer innleid fra andre selskaper.

9. Ved brev av 28. august 2001 sendte den ankende part Rasmussen varsel om at han ikke aksepterte overføringen til Aker Elektro AS. For så vidt angår de ankende parter Rossavik og Källdman ble det 18. desember 2001 tilkjennegitt at de motsatte seg overføringen. Innledningsvis hevdet ankemotparten at de arbeidstakere som ble berørt av overføringen, måtte undertegne nye arbeidsavtaler med Aker Offshore Partner AS. Det gikk man senere

reservations to Aker that they still considered themselves employees of the Respondent. Aker Offshore Partner AS and Aker Elektro AS sent written letters of employment to all the 14 employees they had taken over, including the Appellants. The Appellants continued their work without interruption, and they have carried out the same work before and after the EPOS Contract entered into force. Reporting lines and work descriptions have remained unchanged. They have not been given new work descriptions by Aker Offshore Partner AS. In operational matters, and in accordance with the services contract, the Appellants report to employees in the Respondent's organisation. They have received salaries from their respective Aker companies and are members of those companies' insurance and pension schemes.

10. By a statement of claim form of 18 December 2001, the three Appellants brought suit against the Respondent before Stavanger tingrett (the Stavanger District Court) demanding that their alleged dismissals be declared void, and demanding damages. The case was brought on the grounds that the Contract entailed "outsourcing", contrary to the second paragraph of Article 60(2), of the Working Environment Act, and not transfer of undertaking pursuant to Chapter XII A of the same act. The Respondent made the opposite claim, demanding that the Appellants' claims be dismissed. In a judgment rendered on 8 October 2002, Stavanger tingrett ruled in favour of the Respondent, concluding that there had been a transfer of an undertaking within the meaning of the Directive, and that the Appellants' employment relationship with the Respondent had thus been transferred to a new employer. Further, Stavanger tingrett ruled that the employees bringing the case had no right (under domestic rules) to maintain their employment relationship with the transferor, and that any such right had in any event been forfeited because the claims to this effect were brought too late. The judgment of Stavanger tingrett was appealed to Gulating lagmannsrett on 8 November 2002, where the questions referred to the Court arose.

III. Questions

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

(1) Is Article 1 of Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 applicable in a situation where part of an undertaking, provided that it is organised as an independent economic entity, is handed over from one company to another and where the same or corresponding activities are carried out by the acquiring company and an affiliated company within the same group of companies? Does the fact that some working relationships are directly handed over from the transferor to the acquiring company, and others to its affiliated company, preclude the application of the Directive?

bort fra. De ankende parter uttrykte ikke forbehold overfor Aker om at de anså seg fortsatt ansatt hos ankemotparten. Aker Offshore Partner AS og Aker Elektro AS sendte skriftlige ansettelsesbrev til alle de 14 arbeidstakere som man hadde overtatt, herunder også de ankende parter. De ankende parter fortsatte arbeidet sitt uten avbrytelser, og de har utført det samme arbeid før og etter EPOS-kontrakten trådte i kraft. Rapporteringslinjer og arbeidsbeskrivelser er ikke blitt endret. De har ikke fått nye arbeidsbeskrivelser fra erververen. I driftsmessig sammenheng, og i samsvar med tjenesteytelseskontrakten, rapporterer de ankende parter til ansatte i ankemotpartens organisasjon. De har mottatt lønn fra de respektive Aker-selskaper og er innmeldt i disse selskapers forsikrings- og pensjonsordninger.

10. Ved stevning av 18. desember 2001 anla de tre ankende parter sak mot ankemotparten ved Stavanger tingrett med krav om at deres angivelige oppsigelser blir kjent ugyldige, og med krav om erstatning. Kravene bygget på at kontrakten innebar utsetting av virksomhetens ordinære drift ("outsourcing"), i strid med arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2, annet ledd, og ikke virksomhetsoverdragelse i medhold av samme lovs kapittel XII A. Ankemotparten gjorde gjeldende det motsatte syn, og nedla påstand om frifinnelse. I dom avsagt den 8. oktober 2002 ga Stavanger tingrett ankemotparten medhold, idet man fant at det hadde funnet sted en overdragelse av foretak i direktivets forstand og at de ankende parters ansettelsesforhold hos ankemotparten således var blitt overført til en ny arbeidsgiver. Videre fant Stavanger tingrett at de ansatte som hadde reist saken, ikke var berettiget (etter nasjonale regler) til å opprettholde sine ansettelsesforhold hos overdrageren og at et eventuelt slikt krav under enhver omstendighet var gått tapt som for sent fremsatt. Dommen fra Stavanger tingrett ble anket til Gulating lagmannsrett den 8. november 2002, hvor de spørsmål fremkom som er henvist til EFTA-domstolen.

III. Spørsmål

11. Følgende spørsmål ble henvist til EFTA-domstolen:

(1) Kan Rådets direktiv 77/187 EØF av 14. februar 1977 artikkel 1 få anvendelse i en situasjon hvor en del av en virksomhet, forutsatt at denne er organisert som en selvstendig økonomisk enhet, overføres fra ett selskap til et annet, når de samme eller tilsvarende aktiviteter blir utført av det ervervende selskap og et søsterselskap innen konsernet ? Utelukker det anvendelse av direktivet at enkelte av arbeidsforholdene overføres direkte fra overdrageren til det ervervende selskap og andre til erververens søsterselskap?

(2) Is application of the Directive, pursuant to Article 1, precluded in the event that the maintenance and support functions of the undertakings are handed over while the production function is not, and the employees of all these functions work as a team both before and after the transfer?

(3) Is the Directive applicable, pursuant to Article 1, in the event of a handover of maintenance tasks on a fixed offshore installation for gas production where a considerable part, in terms of numbers and qualifications, of the workforce which performed this function with the transferor, is handed over to an acquirer that continues to carry out these maintenance tasks on the same installations under a service contract? Is application of the Directive precluded if the ownership of the tools and instruments which the maintenance staff used before the handover, and which they have continued to use after the handover, is not taken over by the acquirer?

(4) Does it follow from Article 3(1) of the Directive that employment relationships are transferred to the transferee simultaneously with and by virtue of the transfer of the undertaking for those employees who have not, prior to the time of transfer, declared that they do not wish to work for the transferee?

IV. Legal background

12. The dispute before the national court relates to the second paragraph of Article 60(2) and Chapter XII A of the Norwegian Working Environment Act. Chapter XII A of the Act was adopted as part of the implementation in Norwegian law of Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfer of undertakings, businesses, or parts of businesses², as amended by Council Directive 98/50/EC³.

² OJ 1977 L 61, p. 26.

³ OJ 1998 L 201, p. 88. Council Directive 98/50/EC was incorporated into the EEA Agreement by Decision of the EEA Joint Committee No 57/1999 of 30 April 1999 which entered into force 1 July 2000.

(2) Utelukker det anvendelse av direktivet i henhold til artikkel 1 dersom virksomhetens vedlikeholds- og støttestrukturer overføres uten at produksjonsfunksjonen overføres, når de ansatte innen samtlige funksjoner arbeider i team før og etter overdragelsen?

(3) Får direktivet i henhold til artikkel 1 anvendelse på en overføring av vedlikeholdsoppgavene på en fast gassproduksjonsinnretning offshore dersom en etter antall og kvalifikasjoner betydelig del av arbeidsstyrken som utførte denne funksjonen hos overdrageren overføres til en erverver som fortsetter å utføre vedlikeholdsoppgavene på de samme installasjonene i henhold til en tjenesteytelseskontrakt? Utelukker det anvendelse av direktivet dersom eiendomsretten til det verktøy og de instrumenter som vedlikeholdsarbeiderne benyttet før overdragelsen og som de fortsatt har benyttet etter overdragelsen ikke overtas av erververen?

(4) Medfører direktivets artikkel 3 nr. 1 at arbeidsforholdene overføres til erververen samtidig med og i kraft av overføringen av virksomheten, for så vidt gjelder de arbeidstakerne som ikke innen overføringstidspunktet har erklært at de ikke vil arbeide for erververen?

IV. Rettslig bakgrunn

12. Tvisten for den nasjonale domstolen gjelder den norske arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2, annet ledd og XII A. Kapittel XII A ble vedtatt som et ledd i gjennomføringen i norsk rett av rådsdirektiv 77/187/EØF av 14. februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter², med endringer ved rådsdirektiv 98/50/EF.³

² OJ 1977 L 61, s. 26.

³ OJ 1998 L 201, s. 88. Rådsdirektiv 98/50/EF ble innarbeidet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens vedtak nr. 57/1999 av 30. april 1999, i kraft 1. juli 2000.

13. Council Directive 77/187/EEC, as amended, was repealed and its provisions consolidated by Council Directive 2001/23/EC.⁴ Council Directive 2001/23/EC was incorporated into the EEA Agreement, at Point 32d of Annex XVIII thereto, by a Decision of the EEA Joint Committee which entered into force on 12 December 2001.⁵ As the entry into force of Council Directive 2001/23/EC was subsequent to the facts giving rise to the present case, the request by the national court is based on Council Directive 77/187/EEC, as amended (the “Directive”).

14. Article 1(1) of the Directive reads as follows:

“(a) This Directive shall apply to any transfer of an undertaking, business, or part of an undertaking or business to another employer as a result of a legal transfer or merger.

(b) Subject to subparagraph (a) and the following provisions of this Article, there is a transfer within the meaning of this Directive where there is a transfer of an economic entity which retains its identity, meaning an organised grouping of resources which has the objective of pursuing an economic activity, whether or not that activity is central or ancillary.

(c) This Directive shall apply to public and private undertakings engaged in economic activities whether or not they are operating for gain. An administrative reorganisation of public administrative authorities, or the transfer of administrative functions between public administrative authorities, is not a transfer within the meaning of this Directive.”

15. Article 2(1)(a) and (b) of the Directive reads as follows:

“(a) ‘transferor’ shall mean any natural or legal person who, by reason of a transfer within the meaning of Article 1(1), ceases to be the employer in respect of the undertaking, business or part of the undertaking or business;

(b) ‘transferee’ shall mean any natural or legal person who, by reason of a transfer within the meaning of Article 1(1), becomes the employer in respect of the undertaking, business or part of the undertaking or business;”

⁴ OJ 2001 L 82, p. 16.

⁵ Decision of the EEA Joint Committee No 159/2001 of 11 December 2001 amending Annex XVIII to the EEA Agreement, OJ 2002 L 65, p. 38 and EEA Supplement No 13, 7.3.2002., p. 22.

13. Rådskonferansedirektiv 77/187/EØF med endringer ble opphevet og dets bestemmelser konsolidert ved rådskonferansedirektiv 2001/23/EF.⁴ Rådskonferansedirektiv 2001/23/EF ble innarbeidet i EØS-avtalen under punkt 32d av Vedlegg XVIII til denne etter vedtak av EØS-komiteén som trådte i kraft den 12. desember 2001.⁵ I og med at ikrafttredelsesdatoen for rådskonferansedirektiv 2001/23/EF lå senere i tid enn de forhold som har gitt opphav til nærværende sak, er anmodningen fra den nasjonale domstolen basert på rådskonferansedirektiv 77/187/EØF med endringer (i det følgende kalt direktivet).

14. Direktivets artikkel 1(1) lyder som følger:

“a) Dette direktiv kommer til anvendelse ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av foretak eller bedrifter til en annen innehaver som følge av en kontraktmessig overdragelse eller en fusjon.

b) Med forbehold for bokstav a) og de følgende bestemmelser i denne artikkel skal det regnes som overdragelse i henhold til dette direktiv når det skjer en overdragelse av en økonomisk enhet som beholder sin identitet, det vil si en samling av ressurser som er organisert med det formål å drive økonomisk virksomhet, uansett om det dreier seg om hoved- eller bivirksomhet.

c) Dette direktiv får anvendelse for offentlige og private foretak som driver økonomisk virksomhet, enten formålet med virksomheten er gevinst eller ikke. En administrativ omorganisering av en offentlig forvaltningsmyndighet eller overføring av administrative funksjoner mellom offentlige forvaltningsmyndigheter er ikke en overdragelse slik det forstås i dette direktiv.”

15. Direktivets artikkel 2(1)(a) og (b) lyder som følger:

“1. I dette direktiv menes med

a) ‘overdrager’, enhver fysisk eller juridisk person som i kraft av en overdragelse som definert i artikkel 1 nr. 1 opphører å være innehaver av et foretak, en bedrift eller en del av et foretak eller en bedrift;

b) ‘erhverver’, enhver fysisk eller juridisk person som i kraft av en overdragelse som definert i artikkel 1 nr. 1 blir innehaver av et foretak, en bedrift eller en del av et foretak eller en bedrift;”

⁴ OJ 2001 L 82, s. 16.

⁵ EØS-komiteéns vedtak nr. 159/2001 av 11. desember 2001 om endring av Vedlegg XVIII til EØS-avtalen, OJ 2002 L 65, s. 38 og EØS-tillegget nr. 13, 7.3.2002, s. 22.

16. Article 3(1) of the Directive reads as follows:

“The transferor’s rights and obligations arising from a contract of employment or from an employment relationship existing on the date of a transfer shall, by reason of such transfer, be transferred to the transferee.

Member States may provide that, after the date of transfer, the transferor and the transferee shall be jointly and severally liable in respect of obligations which arose before the date of transfer from a contract of employment or an employment relationship existing on the date of the transfer.”

17. Article 3(3) of the Directive reads as follows:

“Following the transfer, the transferee shall continue to observe the terms and conditions agreed in any collective agreement on the same terms applicable to the transferor under that agreement, until the date of termination or expiry of the collective agreement or the entry into force or application of another collective agreement.”

18. Article 4(1) of the Directive reads as follows:

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

19. Article 6 of the Directive stipulates the information that the transferor and the transferee are required to send representatives of their respective employees and provides that it must be sent out in good time before the transfer is effected.

V. Written Observations

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

- the Appellants, represented by Bent Endresen, Advokat, Stavanger;
- the Respondent, represented by Lars Holo, Advokat, Arntzen de Besche, Advokatfirma AS, Oslo;

16. Direktivets artikkel 3(1) lyder som følger:

“Overdragerens rettigheter og plikter som følger av en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold som foreligger på datoen for en overdragelse, skal, i kraft av overdragelsen, overføres til erververen.

Medlemsstatene kan bestemme at overdrageren og erververen etter datoen for overdragelsen skal være solidarisk ansvarlige for forpliktelse begrunnet i en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold som forelå på datoen for overdragelsen.”

17. Direktivets artikkel 3(3) lyder som følger:

“Etter overdragelsen skal erververen opprettholde de arbeidsvilkår som er fastlagt i en tariffavtale på same vilkår som overdrageren ifølge samme avtale, inntil den dato tariffavtalen sies opp eller utløper eller en annen tariffavtale trer i kraft eller kommer til anvendelse.”

18. Direktivets artikkel 4(1) lyder som følger:

“Overdragelse av et foretak, en bedrift eller deler av et foretak eller en bedrift skal ikke i seg selv være en oppsigelsesgrunn for overdrageren eller erververen. Denne bestemmelsen er ikke til hinder for at oppsigelser kan foretas av økonomiske, tekniske eller organisasjonsmessige grunner som medfører endringer i arbeidsstyrken”

19. Direktivets artikkel 6 fastlegger den informasjonen som overdrager og erverver er forpliktet til å sende til representantene for sine respektive arbeidstakere og bestemmer at den må sendes ut i god tid før overdragelsen finner sted.

V. Skriftlige saksfremstillinger

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

- de ankende parter, representert ved advokat Bent Endresen, Stavanger;
- ankemotparten, representert ved advokat Lars Holo, Arntzen de Besche, Oslo;

- the EFTA Surveillance Authority, represented by Elisabethann Wright, Senior Legal & Executive Officer, and Arne Torsten Andersen, Legal & Executive Officer, acting as Agents;
- the Commission of the European Communities, represented by John Forman and Gérard Rozet, Members of its Legal Service, acting as Agents.

The Appellants

21. As a general remark, the Appellants express the opinion that the questions must be seen in context, and cannot be answered in isolation and independently of the facts on which Gulating lagmannsrett has based its questions.

The first and second questions

22. The Appellants state that the premise for questions 1 and 2 is the fact that only one out of three workers alternating in the same position was transferred to a new employer, whereas the two others remained with their old employer – employers who are neither the transferor nor the transferee. The Appellants claim that this fact alone indicates that there can be no transfer of undertaking within the meaning of the Directive – of an economic entity organised in a stable manner, an organised entity of personnel and assets – as it was arbitrary which employees working in the same position were transferred to a new employer and which employees remained with their old employer. Nor, in such a situation, was any identifiable economic entity being transferred; merely individual employment contracts were transferred.

23. With respect to the first question, the Appellants submit that the Directive does not apply in a situation where certain employment relationships are transferred directly from the transferor to two different companies. In such a situation, there will not exist a single, identifiable entity following the transaction, since the entity has been split between two companies. Whether or not the companies may be described as sister companies is of no relevance.⁶ Under the Directive, independent, private limited companies in the same group must be considered as separate legal entities and not as a single entity.

24. With respect to the second question, the Appellants submit that the Directive does not apply to a contract such as the one concluded between the Respondent and Aker Offshore Partner AS, since what was transferred was not a part of an undertaking but merely an employment relationship. When employees

⁶ The Appellants refer in this regard to Case C-234/98 *Allen and Others v Amalgamated Constructions*, [1999] ECR I-8643.

- EFTAs overvåkingsorgan, representert ved førstekonsulent og juridisk saksbehandler Elisabethann Wright og Arne Torsten Andersen, juridisk saksbehandler og konsulent, i egenskap av partsrepresentanter;
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap representert ved John Forman og Gérard Rozet, fra dens rettsavdeling, i egenskap av partsrepresentanter.

De ankende parter

21. Som en generell bemerkning gir de ankende parter uttrykk for at spørsmålene må sees i sammenheng og ikke kan besvares isolert og uavhengig av det faktum lagmannsretten har lagt til grunn for spørsmålene.

Spørsmål nr. 1 og nr. 2

22. De ankende parter fremholder at et premiss for spørsmål nr. 1 og 2 er at en av tre arbeidere som alternerer i samme stilling, overføres til ny arbeidsgiver, mens de to andre forblir hos sine gamle arbeidsgivere – arbeidsgivere som ikke er identiske verken med overdrager eller med erverver. De ankende parter hevder at allerede dette premiss innebærer at det ikke kan være tale om overføring av virksomhet i direktivets forstand – av en økonomisk enhet organisert på en stabil måte, en organisert helhet av personer og aktiva – i det det var vilkårlig hvilke arbeidere i samme stilling som ble overført til ny innehaver, og hvilke som forble hos sin gamle arbeidsgiver. I en slik situasjon var det heller ingen identifiserbar økonomisk enhet som ble overført, men kun enkelte arbeidskontrakter.

23. Til spørsmål nr. 1 anfører de ankende parter at direktivet ikke får anvendelse i en situasjon hvor enkelte av ansettelsesforholdene overføres direkte fra overdrager til to forskjellige selskaper. I en slik situasjon vil det ikke være én identifiserbar enhet etter overføringen, idet enheten er splittet på to selskaper. Det er uten betydning om selskapene kan betegnes som søsterselskap.⁶ I forhold til direktivet må selvstendige aksjeselskap i samme konsern betraktes som egne rettssubjekter, og ikke betraktes som én enkelt enhet.

24. Til spørsmål nr. 2 anfører de ankende parter at direktivet ikke får anvendelse for en kontrakt som den som er inngått mellom ankemotparten og Aker Offshore Partner AS, i og med at det som ble overført ikke er en del av en virksomhet men kun et arbeidsforhold. Når arbeidstakere arbeider i team slik

⁶ De ankende parter viser i denne anledning til Sak C-234/98 *Allen and Others v Amalgamated Constructions*, [1999] ECR I-8643.

work in teams as in the Frigg field, the Directive cannot apply when certain workers in the team are transferred to new employers, while others, rotating in the same position with the transferred workers, continue to work in the same team, in the same manner, and with the same reporting lines as prior to the transfer. The transferred employees did not constitute a separate economic entity or an organised entity prior to the transfer, nor did they subsequently represent any separate, identifiable identity. In the view of the Appellants, the problem as presented does not appear to have been considered earlier, but the judgment of the Court in *Ask*⁷ supports the views of the Appellants. What was transferred to Aker Offshore Partner AS and in particular to Aker Elektro AS has the character of labour contracting, whereas the Respondent runs an industrial undertaking, consisting of oil/gas platforms and processing plants. Finally, the Appellants assert that the assets transferred are insufficient to constitute a transfer of an undertaking or of a part thereof.⁸

The third question

25. The Appellants claim that the Directive does not apply when an operator transfers certain workers to a contractor without transferring other assets, such as operating equipment or organisation. Regarding the facts of the case at hand, the Appellants emphasise that the transfer of ten offshore workers represented an insignificant portion of the EPOS Contract, and within the overall context of the Contract the ten employees represented no identifiable entity after the transaction. It is further pointed out that the Appellants are technical personnel, who are dependent both on tools and materials, and parts (i.e. processing plant) in order to carry out their functions. When only the employment relationship is transferred from operator to contractor, as in the case at hand, without tools or processing installation being transferred in conjunction with the employment relationship, and the reporting lines remain the same as prior to the transfer, no entity is being transferred.

26. The Appellants assert that when deciding this question, the EFTA Court must have regard for the industry in question. Offshore oil and gas production in Norway is characterised by major investment of capital in platforms, installations, and equipment. None of this was transferred to Aker Offshore Partner AS. In certain industries where economic entities are largely based on personnel, a group of employees working together on a permanent basis could

⁷ Case E-3/96 *Ask and Others v ABB Offshore Technology*, [1997] EFTA Court Report 1, at paras 20 and 21.

⁸ The Appellants refer for comparison to Case 24/85 *Spijkers v Benedik*, [1986] ECR 1119.

som på Frigg-feltet, kan direktivet ikke få anvendelse når visse arbeidstakere fra teamet blir overført til nye arbeidsgivere, mens andre, som alternerer i samme stilling som de overførte arbeidstakere, fortsetter å arbeide i de samme team, på samme måte og med de samme rapporteringslinjer som før overføringen. De overførte arbeiderne utgjorde ingen egen økonomisk enhet eller en organisert helhet før overføringen, og utgjør heller ingen egen identifiserbar enhet etter. Etter de ankende parterers mening synes problemet slik det fremlegges ikke å ha vært behandlet tidligere, men EFTA-domstolens avgjørelse i saken *Ask*⁷ underbygger de ankende parterers syn. Den overførte virksomhet hos Aker Offshore Partner AS, og særlig hos Aker Elektro AS, har karakter av arbeidsutleie, mens ankemotparten driver en industrivirksomhet som består av olje-/gassplattformer og et prosessanlegg. Endelig utleder de ankende parter fra EF-Domstolens dom i saken *Spijkers*⁸ at de overførte aktiva ikke er tilstrekkelige til å utgjøre overføring av en virksomhet eller en del av en virksomhet.

Spørsmål nr. 3

25. De ankende parter hevder at direktivet ikke får anvendelse når en operatør overfører visse arbeidere til en kontraktør uten at det overføres andre eiendeler som f.eks. driftsutstyr eller organisasjon. Når det gjelder de faktiske forhold i nærværende sak, understreker de ankende parter at å overføre ti offshore-arbeidere representerte en ubetydelig del av EPOS-kontrakten, og innen kontraktens helhet representerte de ti arbeidstakere ingen identifiserbar enhet etter transaksjonen. Det påpekes videre at de ankende parter er teknisk personell som er avhengig av verktøy og emner (og prosessanlegget) for å kunne utføre sine funksjoner. Når det kun er arbeidsforholdet som blir overført fra operatøren til kontraktøren, som i det foreliggende tilfelle, uten at verktøy eller prosessanlegg blir overført i forbindelse med arbeidsforholdet, og rapporteringslinjene fortsatt er de samme som før overføringen, er det ikke overført noen enhet.

26. De ankende parter hevder at når EFTA-domstolen skal ta stilling til dette spørsmål, må det ses hen til hvilken bransje dette dreier seg om. Offshore produksjon av olje og gass i Norge er karakterisert ved store kapitalinvesteringer i plattformer, anlegg og utstyr. Intet av dette ble overført til Aker Offshore Partner AS. Innen visse bransjer hvor økonomiske enheter i stor grad er basert på arbeidskraft, vil en gruppe arbeidstakere som arbeider sammen på permanent

⁷ Sak E-3/96 *Ask and Others v ABB Offshore Technology*, [1997] EFTA Court Report 1, avsnittene 20 og 21.

⁸ Sak 24/85 *Spijkers v Benedik*, [1986] ECR 1119.

represent an economic entity.⁹ In other industries, a precondition would be that more than just personnel were involved in the transfer.¹⁰

The fourth question

27. The Appellants submit that the fourth question must be answered in the negative since employees cannot be required to object to being transferred to a new employer prior to the transfer. In the view of the Appellants, this applies particularly in a situation as the one at hand, where the transferor initially stated that the workers had to sign new employment contracts with their new employer as a precondition for the transfer of their employment relationship and thereafter abandoned this assertion, stating to the workers that their employment relationships were automatically transferred to the new employer by virtue of the agreement between the employers.

28. The Appellants suggest answering the first and the second question as follows:

“Council Directive 77/187 EEC is not applicable in a situation where an operating company in the North Sea outsources some of its workers to a contractor as a part of a larger modification and maintenance agreement and some workers to the contractor’s sister company. This is particularly true in a situation where the transferred workers work in the same team before and after the transfer together with the operator’s employees and rotate with other workers who are not affected by the transfer.”

29. The Appellants suggest answering the third question as follows:

“When an operator of an oil and gas field in the North Sea outsources certain workers in its operations organisation, without transferring either fixed or movable operating equipment, and the work is organised in the same manner as prior to the transfer, Directive 77/187 EEC is not applicable.”

30. The Appellants suggest that the fourth question be answered in the negative.

⁹ The Appellants mention as an example the service industry and refer to Case C-340/01 *Abler and Others v Sodexo MM Catering Gesellschaft*, judgment of 20 November 2003, not yet reported; Case E-2/95 *Eidesund v Stavanger Catering*, [1995-1996] EFTA Court Report 1.

¹⁰ In this regard the Appellants refer to Case 24/85 *Spijkers*, cited above; Case E-3/96 *Ask*, cited above; Case C-172/99 *Liikenne v Liskojärvi and Juntunen*, [2001] I-745. Also Case C-392/92 *Schmidt v Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*, [1994] ECR I-1311; C-209/91 *Watson Rask and Christensen v Iss Kantineservice*, [1992] ECR I-5755.

basis kunne representere en økonomisk enhet.⁹ Innen andre bransjer ville det være en forutsetning at mer enn bare personell var involvert i overføringen.¹⁰

Spørsmål nr. 4

27. De ankende parter anfører at spørsmål nr. 4 må besvares benektende, og at det ikke kan oppstilles krav om at arbeidstakere skal nekte overføring til ny arbeidsgiver forut for overdragelsen. Etter de ankende parters syn gjelder dette spesielt i en situasjon som den foreliggende hvor overdrager først erklærte at arbeiderne måtte undertegne nye arbeidsavtaler med sin nye arbeidsgiver som en forutsetning for at arbeidsforholdet kan gå over, for deretter å frafalle denne anførsel, og erklære at arbeidsforholdet automatisk ble overført til ny arbeidsgiver i kraft av avtale arbeidsgiverne imellom.

28. De ankende parter har følgende forslag til besvarelse av spørsmål nr. 1 og nr. 2:

“Rådsdirektiv 77/187 EØF får ikke anvendelse i en situasjon hvor et operatørselskap i Nordsjøen outsourcer enkelte av sine arbeidstakere til en kontraktør som en del av en større modifikasjons- og vedlikeholdsavtale og enkelte arbeidstakere til kontraktørens søsterselskap. Særlig gjelder dette i en situasjon hvor de overførte arbeidstakere arbeider i samme team før og etter overføringen med operatørens ansatte og alternerer med andre arbeidere som ikke er berørt av overføringen.”

29. De ankende parter har følgende forslag til besvarelse av spørsmål nr. 3:

“Når en operatør av et olje- og gassfelt i Nordsjøen outsourcer enkelte arbeidstakere i sin driftsorganisasjon, uten at verken faste eller løse driftsmidler overføres, og arbeidet er organisert på samme måte som før overføringen, får direktiv 77/187 EØF ikke anvendelse.”

30. De ankende parter foreslår at spørsmål 4 besvares benektende.

⁹ De ankende parter nevner som et eksempel den tjenesteytende bransjen og viser til Sak C-340/01 *Abler and Others v Sodexo MM Catering Gesellschaft*, dom av 20. november 2003, som ennå ikke er rapportert; Sak E-2/95 *Eidesund v Stavanger Catering*, [1995-1996] EFTA Court Report I.

¹⁰ I denne henseende viser de ankende parter til Sak 24/85 *Spijkers*, som henvist til ovenfor, Sak E-3/96 *Ask*, som henvist til ovenfor, Sak C-172/99 *Liikenne v Liskojärvi and Juniuones* [2001] I-745. Likeledes Sak C-392/92 *Schmidt v Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*, [1994] ECR I-1331; C-209/91 *Watson Rask and Christensen v Iss Kantineservice* [1992] ECR I-5755.

The Respondent

31. At the outset the Respondent claims that the transfer of the maintenance and support functions in the Frigg field, pursuant to the EPOS Contract, entailed that maintenance and support activities were continued by Aker Offshore Partner AS and that these activities constituted an independent entity that maintained its identity following the transfer. This implies that Article 1 of the Directive is applicable.¹¹

The first question

32. The Respondent argues that Article 1 of the Directive is applicable in a situation where part of an undertaking, provided that it is organised as an independent economic entity, is transferred from one company to another, when the same or corresponding functions are carried out by the acquiring company and a sister company within the same group. Three arguments are presented for this position. First, it is asserted that the maintenance and support functions, as organised following the reorganisation of the functions in 1997, constituted an independent economic entity within the meaning of the Directive. Stating that it appears from the questions referred that the Court is not asked to take a direct stand on this issue, the Respondent points out that the EPOS Contract indicates the existence of an independent economic entity. A precondition for entering into the EPOS Contract was that the functions transferred to Aker constituted an organised entity of personnel and assets, making it possible to engage in an economic activity with an independent purpose.¹² Second, the objective of the Directive, to ensure the continuity of existing employment relationships within an economic entity in the event of a change of ownership, would be jeopardised if the Directive is not to be applied when two companies carry out activities that were formerly provided by one.¹³ Third, it is submitted that Stavanger tingrett interpreted the Directive correctly when it ruled that further organisation by a transferee for the purpose of fulfilling contractual obligations did not preclude the application of the rules on the transfer of undertakings. Thus, that a direct contractual relationship exists between the transferor and transferee is not a condition to the application of the Directive. The Directive may also be applied where the transfer takes place through a third party.¹⁴ In the opinion of the Respondent, a similar view must be applied to the present case.

¹¹ Case C-340/01 *Abler*, cited above, at paras 28-30 and Case C-172/99 *Liikenne*, cited above, at paras 27-31.

¹² In relation to this the Respondent refers to Case C-13/95 *Süzen v Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*, [1997] ECR I-1259, at para 13.

¹³ Case C-340/01 *Abler*, cited above.

¹⁴ In relation to this the Respondent refers inter alia to joined Cases C-171 and 172/94, *Merckx and Neuhuys v Ford Motors Company Belgium*, [1996] ECR I-1253.

Ankemotparten

31. Innledningsvis hevder ankemotparten at overføringen av vedlikeholds- og støttefunksjonene på Frigg-feltet, i henhold til EPOS-kontrakten, innebar at vedlikeholds- og støtteaktivitetene ble videreført av Aker Offshore Partner AS og at nevnte aktiviteter utgjorde en selvstendig enhet som bevarte sin identitet etter overføringen. Dette innebærer at direktivets artikkel 1 får anvendelse.¹¹

Spørsmål nr. 1

32. Ankemotparten hevder at direktivets artikkel 1 får anvendelse i en situasjon hvor en del av et foretak, forutsatt at den er organisert som en selvstendig økonomisk enhet, overføres fra ett selskap til et annet, når de samme eller tilsvarende funksjoner utføres av det ervervende selskap og et søsterselskap innen samme konsern. Det anføres tre argumenter til støtte for dette standpunkt. For det første hevdes det at vedlikeholds- og støttefunksjonene, slik disse var organisert etter omorganisering av funksjonene i 1997, utgjorde en selvstendig økonomisk enhet i direktivets forstand. Ankemotparten viser til at det ut fra de spørsmålene som er forelagt fremgår at EFTA-domstolen ikke er anmodet om å ta direkte stilling til dette forhold, men påpeker at EPOS-kontrakten indikerer at det foreligger en selvstendig økonomisk enhet. En forutsetning for å inngå EPOS-kontrakten var at de funksjoner som ble overført til Aker, utgjorde en organisert helhet med personell og aktiva, som gjorde det mulig å utøve økonomisk virksomhet med et selvstendig formål.¹² For det andre hevdes det at direktivets formål, å sikre at bestående ansettelsesforhold fortsetter innen en økonomisk enhet ved et eierskifte, ville kunne bli undergravet dersom direktivet ikke får anvendelse når to selskaper viderefører virksomhet som tidligere ble utført av ett.¹³ For det tredje hevdes det at Stavanger tingrett fortolket direktivet korrekt ved sin avgjørelse om at erververs nærmere organisering for å oppfylle sine kontraktsforpliktelser, ikke var til hinder for anvendelse av reglene om overdragelse av foretak. Således er det ikke et vilkår for anvendelse av direktivet at det består et direkte kontraktsforhold mellom overdrager og erverver. Direktivet kan også få anvendelse der overføringen finner sted gjennom en tredjemann.¹⁴ Etter ankemotpartens oppfatning må det anlegges et tilsvarende synspunkt i den foreliggende sak.

¹¹ Sak C-340/01 *Abler*, som henvist til ovenfor, i avsnittene 28-30, og Sak C-172/99 *Liikenne*, som henvist til ovenfor, i avsnittene 27-31.

¹² I forhold til dette viser ankemotparten til Sak C-13/95 *Süzen v Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*, [1997] ECR I-1259, i avsnitt 13.

¹³ Sak C-340/01 *Abler*, som henvist til ovenfor.

¹⁴ Ankemotparten viser bl.a. til forenede saker C-171 og C-172/94, *Merckx og Neuhuys v Ford Motors Company Belgium*, [1996] ECR I-1253.

The second question

33. The Respondent claims that the application of the Directive is not precluded where the undertaking's maintenance and support functions are transferred while its production functions are not, when employees in all functions work in teams before and after the transfer. A distinctive feature of the transfer of the maintenance and support functions in the Frigg field was that all the employees attached to those functions were transferred to the new company. All the employees belonged to the maintenance department and worked with maintenance duties. The fact that the employees worked and work in teams together with workers in the production function cannot preclude the application of the Directive, as long as the maintenance and support functions constitute an independent economic entity within the meaning of the Directive.

The third question

34. The Respondent submits that Article 1 of the Directive applies to a transfer of maintenance tasks on a fixed offshore gas production unit if a significant part, in terms of numbers and qualifications, of the workforce that performed this function for the transferor is transferred to a transferee that continues to perform those maintenance tasks on the same installations pursuant to a service contract. This applies even if the ownership of the tools and instruments that those maintenance workers used prior to the transfer, and which they continued to use after the transfer, were not taken over by the transferee. In support of these submissions, the Respondent quotes paragraph 42 of the judgment of the Court of Justice of the European Communities in *Abler*.¹⁵ There it is stated that “*the fact that the tangible assets taken over by the new contractor did not belong to its predecessor but were provided by the contracting authority cannot [] preclude the existence of a transfer within the meaning of Directive 77/187.*” According to the Respondent, similar reasoning is applicable in the case at hand.

The fourth question

35. In the view of the Respondent, Article 3(1) of the Directive entails that employment relationships are transferred to the transferee simultaneously with, and by virtue of, the transfer of the undertaking for those employees who have not, prior to the time of transfer, declared that they do not wish to work for the transferee. When there is a transfer within the scope of the Directive, there is an automatic and unconditional transfer of the original employer's rights and obligations solely by virtue of the transfer of the undertaking.¹⁶ It is evident,

¹⁵ Case C-340/01 *Abler*, cited above, at paras 40-42.

¹⁶ The Respondent refers to Case C-305/94 *De Hertaign v J. Benoidt, in liquidation and IGC Housing Service*, [1996] I-5927; Joined Cases 144 and 145/87 *Berg and Busschers v Besselsen*, [1988] ECR 2559.

Spørsmål nr. 2

33. Ankemotparten hevder at det anvendelse av direktivet ikke utelukkes ved at virksomhetens vedlikeholds- og støttefunksjoner overføres uten at produksjonsfunksjonen overføres, når de ansatte innenfor samtlige funksjoner arbeider i team før og etter overdragelsen. Det karakteristiske for overføringen av vedlikeholds- og støttefunksjonene på Frigg-feltet var at alle ansatte som hadde sin tilknytning til disse funksjonene ble overført til det nye selskapet. Samtlige tilhørte vedlikeholdsavdelingen og arbeidet med vedlikeholdsoppgaver. Det forhold at arbeidstakerne inngikk og inngår i team med arbeidere innen produksjonsfunksjonen, kan ikke utelukke at direktivet gis anvendelse all den tid vedlikeholds- og støttefunksjonene utgjør en selvstendig økonomisk enhet i direktivets forstand.

Spørsmål nr. 3

34. Ankemotparten anfører at direktivets artikkel 1 får anvendelse på en overføring av vedlikeholdsoppgavene på en fast gassproduksjonsinnretning offshore dersom en etter antall og kvalifikasjoner betydelig del av arbeidsstyrken som utførte denne funksjonen hos overdrageren, overføres til en erverver som fortsetter å utføre vedlikeholdsoppgavene på de samme installasjonene i henhold til en tjenesteytelseskontrakt. Dette gjelder også selv om eiendomsretten til det verktøy og de instrumenter som disse vedlikeholdsarbeiderne benyttet før overdragelsen, og som de fortsatt har benyttet etter overdragelsen, ikke overtas av erververen. For å underbygge disse anførsler siterer ankemotparten EF-domstolens dom i *Abler*.¹⁵ Der heter det at *"den omstendighet at de materielle aktiva som blir overtatt av den nye kontraktør ikke tilhørte dennes forgjenger, men ble stilt til rådighet av oppdragsgiveren, kan ... ikke være til hinder for at det foreligger en overdragelse av foretak i direktivets forstand"*. Ifølge ankemotparten er samme synspunkt relevant i denne saken.

Spørsmål nr. 4

35. Etter ankemotpartens syn medfører direktivets artikkel 3(1) at ansettelsesforholdene overføres til erververen samtidig med og i kraft av overføringen av virksomheten, for så vidt gjelder de arbeidstakere som ikke innen overføringstidspunktet har erklært at de ikke vil arbeide for erververen. Når det foreligger en overføring som omfattes av direktivet, skjer det en automatisk og ubetinget overføring av den opprinnelige arbeidsgivers rettigheter og plikter utelukkende i kraft av virksomhetsoverdragelsen.¹⁶ Det er imidlertid på det rene

¹⁵ Sak C-340/01 *Abler*, som henvist til ovenfor, i avsnittene 40-42.

¹⁶ Ankemotparten viser til Sak C-305/94 *De Hertaing v J. Benoidt, in liquidation and IGC Housing Service*, [1996] I-5927; Forente Saker 144 og 145/87 *Berg and Busschers v Besselsen*, [1988] ECR 2559.

however, that a worker has the right, under the Directive, to oppose the transfer of his or her employment relationship to the transferee.¹⁷ The Respondent asserts that any rights under the Directive are transferred at the time of the transfer and after that point in time it is a question of national law to what extent there exist legal grounds to assert claims against the transferor.

The EFTA Surveillance Authority

36. Before dealing with the questions referred to the Court, the EFTA Surveillance Authority recalls the case law of the Court of Justice of the European Communities and the EFTA Court on the objective of the Directive, which is to safeguard the rights of employees through partial harmonisation.¹⁸ It is submitted that according to the case law, the decisive criterion for establishing the existence of a transfer within the meaning of the Directive is whether the entity in question retains its identity, as indicated, *inter alia*, by the fact that its operation is actually continued or resumed.¹⁹ It is also stated that the Directive is applicable wherever, in the context of contractual relations, there is a change in the natural or legal person who incurs the obligations of an employer towards employees of the undertaking.²⁰

The first and second questions

37. The EFTA Surveillance Authority first turns to the second question and submits at the outset that transfer of undertakings within the meaning of the Directive must relate to a stable economic entity, an organised grouping of persons and assets, whose activity is not limited to performing one specific works contract.²¹ It is thus considered necessary to determine first whether the maintenance and service function could constitute a stable economic activity that has retained its function and identity as provided for in Article 1(1)(b) of the Directive.²² If so, it has to be addressed whether a transfer of such a stable

¹⁷ The Respondent refers to joined Cases C-132, 138 and 139/91 *Katsikas v Konstantinidis and Skreb and Schroll v PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger*, [1992] ECR I-6577, at paras 34 and 35; Joined Cases C-171 and 172/94 *Merckx*, cited above, at paras 34 and 35.

¹⁸ Case C-4/01 *Martin and Others v South Bank University*, judgment of 6 November 2003, not yet reported, at para 41; Case 324/86 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v Daddy's Dance Hall*, [1988] ECR 739, at para 16; Case E-2/95 *Eidesund* cited above, at paras 25-26.

¹⁹ The EFTA Surveillance Authority refers to Case E-3/96 *Ask*, cited above, at para 19; C-48/94 *Ledernes Hovedorganisation, acting for Ole Rygaard v Dansk Arbejdsgiverforening, acting for Strø Mølle Akustik A/S*, [1995] ECR I-2745.

²⁰ The EFTA Surveillance Authority refers to joined Cases C-171 and 172/94 *Merckx*, cited above, at para 28.

²¹ Case C-48/94, *Rygaard*, cited above, at para 20; Case C-13/95 *Sützen*, cited above, at para 13; Case C-51/00 *Temco Service Industries v Imzilyen and Others*, [2002] ECR I-0969, at para 23.

²² With respect to the criterion of a stable economic entity, the EFTA Surveillance Authority refers to the judgment of the Court of Justice of the European Communities in Case C-234/98 *Allen*, cited above, at para 37.

at etter direktivet har en arbeidstaker rett til å motsette seg overføring av ansettelsesforholdet til erververen.¹⁷ Ankemotparten hevder at eventuelle rettigheter etter direktivet overføres på tidspunktet for overdragelsen og at det etter dette tidspunkt er nasjonal rett som avgjør om det foreligger annet rettslig grunnlag for å gjøre krav gjeldende mot overdrageren.

EFTAs overvåkingsorgan

36. Før de spørsmål som er henvist til EFTA-domstolen drøftes, viser EFTAs overvåkingsorgan til tidligere avgjørelser fra EF-domstolen og EFTA-domstolen om direktivets formål, som er ivaretagelsen av arbeidstakeres rettigheter gjennom delvis harmonisering.¹⁸ Det anføres at ifølge rettspraksis er det avgjørende kriterium for å fastslå om det foreligger en overdragelse i direktivets forstand, om den aktuelle enheten bevarer sin identitet, hvilket kan indikeres bl.a. ved at dens drift faktisk fortsetter eller blir gjenopptatt.¹⁹ Det hevdes også at direktivet får anvendelse hvor det som ledd i et kontraktsforhold skjer en utskifting av den fysiske eller juridiske person som påtar seg en arbeidsgivers forpliktelser overfor virksomhetens arbeidstakere.²⁰

Spørsmål nr. 1 og 2

37. EFTAs overvåkingsorgan tar først for seg spørsmål nr. 2, og anfører innledningsvis at overdragelse av foretak i direktivets forstand må vedrøre en stabil økonomisk enhet, en organisert gruppe av personer og aktiva hvis virksomhet ikke er begrenset til å gjennomføre et bestemt oppdrag.²¹ Det anses derfor nødvendig først å avgjøre om vedlikeholds- og servicefunksjonen vil kunne utgjøre en stabil økonomisk virksomhet som har bevart sin funksjon og identitet slik det er bestemt i direktivets artikkel 1(1)(b).²² Dersom det er tilfellet, må man se på om en slik overføring av en stabil økonomisk virksomhet faktisk

¹⁷ Ankemotparten viser til forente Saker C-132, 138 og 139/91 *Katsikas v Konstantinidis og Uwe Skreb og Schroll v PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger*, i avsnittene 34 og 35; Forente Saker C-171 og 172/94 *Merckx*, som henvist til ovenfor, i avsnittene 34 og 35.

¹⁸ Sak C-4/01 *Martin and Others v South Bank University*, dom av 6. november 2003, som ikke ennå er rapportert, i avsnitt 41; Sak 324/86 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v Daddy's Dance Hall*, [1988] ECR 739, i avsnitt 16; Case E-2/95 *Eidesund* som henvist til ovenfor, i avsnittene 25-26.

¹⁹ EFTAs overvåkingsorgan viser til Sak E-3/96 *Ask*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 19; C-48/94 *Ledernes Hovedorganisation, acting for Ole Rygaard v Dansk Arbejdsgiverforening, acting for Strø Mølle Akustik A/S*, [1995] ECR I-2745.

²⁰ EFTAs overvåkingsorgan viser til forente Saker C-171 og 172/94 *Merckx*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 28.

²¹ Sak C-48/94, *Rygaard*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 20; Sak C-13/95 *Süzen*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 13; Sak C-51/00 *Temco Service Industries v Imzilyen and Others*, [2002] ECR I-0969, i avsnitt 23.

²² For så vidt angår kriteriet om en stabil økonomisk enhet viser EFTAs Overvåkingsorgan til dommen fra EF-domstolen i Sak C-234/98 *Allen*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 37.

economic activity has, in fact, taken place in the present case. It is recalled that, according to Article 1(1)(a) of the Directive, a transfer can also concern part of a business. The EFTA Surveillance Authority considers that it is essentially for the national court to answer these questions, by making an overall assessment of the facts characterising the transaction at issue.²³ These include, in particular, the type of undertaking or business involved, whether or not its tangible assets are transferred and their value at the time of the transfer, the number of employees that are taken over, whether or not its customers are transferred, the degree of similarity between the activities carried on before and after the transfer, and the period, if any, for which those activities were suspended.²⁴ The EFTA Surveillance Authority submits that the degree of importance to be attached to each criterion will necessarily vary according to the activity at issue or the operating methods employed. Thus, if an economic entity is able to function without any significant tangible or intangible assets, the maintenance of its identity following the transaction affecting it cannot depend on the transfer of such assets.²⁵

38. With respect to the case at hand, the EFTA Surveillance Authority submits that there is evidence to support a conclusion that the maintenance and support function constitutes a functional and independent unit, which could be the subject of a transfer within the meaning of the Directive. In this respect, it is pointed out that despite the organisational structure set up in 1997, it is arguable from the previous independence of the maintenance and production activities one from the other that they are two distinct economic entities. As the judgment of the Court of Justice of the European Communities in *Schmidt* illustrates, it is not necessary for an undertaking to have a large number of employees for a transfer to be considered to have taken place.²⁶ Moreover, as judgments such as that of the Court of Justice of the European Communities in *Süzen*²⁷ demonstrate, it is possible to give a very narrow construction of what constitutes an economic entity. The EFTA Surveillance Authority also points to the fact that 14 of the 19 employees who provided maintenance and support services under the previous

²³ The EFTA Surveillance Authority refers, inter alia, to Case C-172/99 *Liikenne*, cited above, at para 32.

²⁴ Case E-3/96 *Ask*, cited above, at para 20; Case C-13/95 *Süzen*, cited above, at para 14; Case 24/85 *Spijkers*, cited above, at para 13; C-29/91 *Dr. Redmond Stichting v Bartol and Others*, [1992] ECR I-3189, at para 24; Case C-175/99 *Mayeur v Association Promotion de l'information messine*, [2000] ECR I-7755, at para 52.

²⁵ Case C-13/95 *Süzen*, cited above, at para 18; Case C-51/00 *Temco*, cited above, at para 25; Case C-172/99 *Liikenne*, cited above, at para 35.

²⁶ Case C-392/92 *Schmidt*, cited above.

²⁷ Case C-13/95 *Süzen*, cited above.

har funnet sted i denne saken. Det vises til at ifølge direktivets artikkel 1(1)(a) kan en overføring også dreie seg om en del av en virksomhet. EFTAs overvåkingsorgan fremholder at det først og fremst er den nasjonale domstols oppgave å besvare disse spørsmålene, og at det bør gjøres ved en helhetsvurdering av de forhold som kjennetegner den aktuelle transaksjon.²³ Disse omfatter særlig hvilken type foretak eller bedrift det dreier seg om, om materielle aktiva overdras eller ikke, disses eventuelle verdi på overdragelsestidspunktet, hvor mange arbeidstakere som blir overtatt, om kunder blir overdratt eller ikke, i hvilken grad det er likhet mellom virksomheten som utføres før og etter overdragelsen og lengden på eventuelle driftsavbrudd.²⁴ EFTAs overvåkingsorgan anfører at vekten det enkelte moment skal tillegges nødvendigvis vil variere alt etter hvilken virksomhet det gjelder eller hvilke driftsmetoder som anvendes. Dersom en økonomisk enhet er i stand til å fungere uten noen materielle eller immaterielle aktiva av betydning, kan opprettholdelse av dens identitet etter en transaksjon som berører den, således ikke være avhengig av overdragelsen av slike aktiva.²⁵

38. Til denne saken spesielt anfører EFTAs overvåkingsorgan at det foreligger bevisligheter som tilsier at vedlikeholds- og støttefunksjonen utgjør en funksjonell og selvstendig enhet som ville kunne være gjenstand for en overdragelse i direktivets forstand. I denne henseende blir det pekt på at til tross for den organisasjonsstrukturen som ble opprettet i 1997, kan det på bakgrunn av den tidligere uavhengighet i forholdet mellom vedlikeholds- og produksjonsvirksomheten, hevdes at de er to atskilte økonomiske enheter. Som belyst i EF-domstolens dom i *Schmidt* trenger ikke en virksomhet å ha et stort antall arbeidstakere for at det skal foreligge en overdragelse.²⁶ Avgjørelser som den fra EF-domstolen i *Süzen*²⁷ viser videre at det er mulig å anlegge en svært snever fortolkning av hva som utgjør en økonomisk enhet EFTAs overvåkingsorgan påpeker også at 14 av de 19 arbeidstakere som utførte vedlikeholds- og støtteservice under den tidligere ordningen, ble overtatt av

²³ EFTAs Overvåkingsorgan viser bl.a. til Sak C-172/99 *Liikenne*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 32.

²⁴ Sak E-3/96 *Ask*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 20; Sak C-13/95 *Süzen*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 14; Sak 24/85 *Spijkers*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 13; C-29/91 *Dr. Redmond Stichting v Bartol and Others*, [1992] ECR I-3189, i avsnitt 24; Sak C-175/99 *Mayeur v Association Promotion de l'information messine*, [2000] ECR I-7755, i avsnitt 52.

²⁵ Sak C-13/95 *Süzen*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 18; Sak C-51/00 *Temco*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 25; Sak C-172/99 *Liikenne*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 35.

²⁶ Sak C-392/92 *Schmidt*, som henvist til ovenfor.

²⁷ Sak C-13/95 *Süzen*, som henvist til ovenfor.

scheme were taken over by the transferee and their contracts maintained. In this regard, the EFTA Surveillance Authority refers to the judgment of the Court in *Eidesund*.²⁸

39. For guidance as to whether a transfer of undertaking has occurred in the present case, the EFTA Surveillance Authority refers to the judgment of the Court of Justice of the European Communities in *Süzen*, according to which the way the work was organised, the operational methods, and the operational resources must be examined.²⁹ According to that judgment, the mere fact that the services provided by the old and new entities are similar is not sufficient to conclude that an economic entity has been transferred. However, the EFTA Surveillance Authority is of the opinion that certain elements in the present case appear to support a transfer. In that respect, reference is again made to the fact that 14 of 19 employees who had previously provided maintenance services to the Respondent continue to do so. Moreover, the services provided, both while the maintenance was a separate function prior to 1997 and after it had been merged with the production procedure, do not appear to have been substantially altered. The EFTA Surveillance Authority concludes that, without prejudice to the conclusions of the national court, it would appear that the Contract entailed a transfer of undertaking within the meaning of Article 1 of the Directive. The fact that the maintenance and support employees continued to work with the production team would not alter this conclusion.

40. The EFTA Surveillance Authority then turns to the first question and asserts that the absence of a contractual link between the transferor and transferee does not preclude a transfer within the meaning of the Directive. It is sufficient for such a transfer to be part of a web of contractual relations even if they are indirect.³⁰

41. With respect to the facts of the case at hand, the EFTA Surveillance Authority points out that the Respondent and Aker Offshore Partner AS appear to believe that a transfer, within the meaning of Article 1(1)(a) of the Directive, took place between them. Moreover, Aker Elektro AS is a part of the same group of companies as Aker Offshore Partner AS and is involved in the same area of activity. Thus, there is a direct link between Aker Offshore AS and the Respondent and between Aker Offshore AS and Aker Electro AS. From this, the

²⁸ Reference is made to Case E-2/95 *Eidesund*, cited above, at para 43, where it was concluded that where a high percentage of the personnel is taken over, and where the previous business is characterised by a high degree of expertise of its personnel, the continued activities of the personnel may support a finding of identity and continuity of the business.

²⁹ Case C-13/95 *Süzen*, cited above, at para 15.

³⁰ Case C-51/00 *Temco*, cited above, at paras 31-32.

erhververen, og kontraktene deres ble opprettholdt. I denne sammenheng viser EFTAs overvåkingsorgan til EFTA-domstolens avgjørelse i *Eidesund*.²⁸

39. For veiledning om hvorvidt det i nærværende sak har funnet sted en foretaksoverdragelse viser EFTAs overvåkingsorgan til EF-domstolens avgjørelse i saken *Süzen* hvoretter det bør undersøkes hvilken måte arbeidet var organisert på samt driftsmetodene og -ressursene.²⁹ Ifølge nevnte dom er den blotte kjensgjerning at det er likheter mellom de tjenester som ble levert av den gamle og den nye enheten, ikke tilstrekkelig til å kunne slutte at det har foregått overdragelse av en økonomisk enhet. Imidlertid er EFTAs overvåkingsorgan av den oppfatning at visse elementer i denne saken synes å underbygge en overdragelse. Det vises igjen til at 14 av 19 arbeidstakere som tidligere hadde utført vedlikeholdstjenester for ankemotparten, fortsatt gjør dette. Videre synes de tjenester som er utført, så vel mens vedlikeholdet var en selvstendig funksjon forut for 1997 som etter at det var blitt slått sammen med produksjonen, ikke å ha endret seg vesentlig. Uten at dette er ment å foregripe den nasjonale domstolens konklusjon, er EFTAs overvåkingsorgan kommet frem til at det synes som om kontrakten innebar en overdragelse av foretak, i den betydning begrepet har i direktivets artikkel 1. At arbeidstakerne innen vedlikehold og støtte fortsatte å arbeide sammen med produksjonsteamet vil ikke kunne endre denne konklusjonen.

40. EFTAs overvåkingsorgan går så over til spørsmål nr. 1 og hevder at det kan foreligge en overdragelse i direktivets forstand selv om det ikke foreligger noen kontraktsmessig binding mellom overdrager og erverver. Det er tilstrekkelig at en slik overdragelse inngår som en del av et nettverk av kontraktsforhold selv om disse er indirekte.³⁰

41. Til faktum i denne saken vil EFTAs overvåkingsorgan påpeke at ankemotparten og Aker Offshore Partner AS synes å mene at det mellom dem foregikk en overdragelse i den betydning ordet har i direktivets artikkel 1(1)(a). Videre inngår Aker Elektro AS i samme konsern som Aker Offshore Partner AS, og er engasjert i samme type virksomhet. Det eksisterer således en direkte binding mellom Aker Offshore AS og ankemotparten, og mellom Aker Offshore AS og Aker Elektro AS. På denne bakgrunn konkluderer EFTAs

²⁸ Man viser til Sak E-2/95 *Eidesund*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 43, der man kom frem til at når en stor prosentandel av personellet blir overtatt, og når den tidligere bedriften er kjennetegnet ved en stor grad av fagkunnskap blant dens personell, vil dette personells fortsatte virksomhet kunne underbygge at man mener det er en identitet og fortsettelse av bedriften.

²⁹ Sak C-13/95 *Süzen*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 15.

³⁰ Sak C-51/00 *Temco*, som henvist til ovenfor, i avsnittene 31-32.

EFTA Surveillance Authority concludes that the transfer of a part of the Respondent's maintenance facilities to Aker Elektro AS constituted a valid transfer of undertakings within the meaning of Article 1(1)(a) of the Directive in the same way as did the transfer from the Respondent to Aker Offshore Partner AS.

The third question

42. With respect to the third question, the EFTA Surveillance Authority repeats its reference to the judgments of the Court of Justice of the European Communities in *Süzen* and *Temco*, reflected upon in paragraph 37 of this Report, and adds that in the judgments it is concluded that, in certain labour-intensive sectors, a group of workers engaged in a joint activity on a permanent basis may constitute an economic entity. The identity may be maintained where the new employer not merely pursues the activity in question but also takes over a major part, in terms of their numbers and skills, of the employees specially assigned by the employer's predecessor to that task.³¹ It is on the other hand also possible, under other circumstances, that tools and equipment are essential elements of the identity of an economic entity.³²

43. With respect to the facts of the present case, the EFTA Surveillance Authority reiterates that it is for the referring court to determine whether the conditions of the case law are fulfilled. That applies also to the significance of the absence of transfer of equipment. In this respect, the referring court could take into account the fact that maintenance services often rely to a significant extent on the skill and experience of the employees. This may, depending on the circumstances, be the most important asset in the transfer of undertakings in dispute. Also of potential relevance, in this respect, is the proportion of original members of the maintenance service that were transferred and continue to do the same tasks and report to employees in the Respondent's organisation. Finally, the EFTA Surveillance Authority submits that the referring court might also, if it concludes that tools and equipment do indeed form an essential element of the identity of the economic entity, examine whether it is common in this industry that such tools and equipment be provided by the operator rather than the service provider.

³¹ Case C-13/95 *Süzen*, cited above, at para 21; Case C-51/00 *Temco*, cited above, at para 26.

³² Case C-172/99 *Liikenne*, cited above, at paras 39-42; Case C-234/98 *Allen*, cited above, at paras 29-31.

overvåkingsorgan med at overdragelsen av en del av ankemotpartens vedlikeholdsopplegg til Aker Elektro AS utgjorde en regulær overdragelse av et foretak i henhold til direktivets artikkel 1(1)(a), på samme måte som overdragelsen fra ankemotparten til Aker Offshore Partner AS.

Spørsmål nr. 3

42. Til spørsmål nr. 3 gjentar EFTAs overvåkingsorgan sin henvisning til EF-domstolens dommer i sakene *Süzen* og *Temco*, drøftet i avsnitt 37 i denne rapport, og føyer til at det konkluderes i dommene med at innen visse arbeidskrevende sektorer kan en gruppe arbeidere som driver i samme virksomhet på permanent basis, utgjøre en økonomisk enhet. Identiteten kan opprettholdes når den nye arbeidsgiveren ikke bare viderefører virksomheten, men dessuten overtar en i antall og faglig dyktighet vesentlig del av arbeidstakerne som av arbeidsgiverens forgjenger spesielt var tildelt denne oppgave.³¹ Det er på den annen side også under visse omstendigheter mulig at verktøy og utstyr utgjør vesentlige deler av en økonomisk enhets identitet.³²

43. Med hensyn til faktum i denne saken gjentar EFTAs overvåkingsorgan at det er for den henvisende domstol å fastslå om de vilkår som er oppstilt i rettspraksis er oppfylt. Det gjelder også betydningen av at det ikke fant sted noen overdragelse av utstyr. I denne henseende vil den henvisende domstol kunne ta hensyn til at vedlikeholdstjenester ofte i sterk grad er avhengig av den faglige dyktighet og erfaring blant arbeidstakerne. Dette vil etter omstendighetene kunne være det mest betydningsfulle aktivum ved den omtvistede foretaksoverdragelsen. Et annet relevant moment kan være hvor stor andel av de opprinnelige ansatte i vedlikeholdstjenesten som ble overført, og som fortsetter å utføre de samme oppgaver og å rapportere til arbeidstakere innen ankemotpartens organisasjon. Endelig anfører EFTAs overvåkingsorgan at den henvisende domstolen eventuelt også, dersom den skulle komme frem til at verktøy og utstyr faktisk utgjør en viktig del av den økonomiske enhets identitet, vil kunne undersøke om det er vanlig i bransjen at slikt verktøy og utstyr stilles til rådighet av operatøren i stedet for av den som utfører tjenesten.

³¹ Sak C-13/95 *Süzen*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 21; Sak C-51/00 *Temco*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 26.

³² Sak C-172/9 *Liikenne*, som henvist til ovenfor, i avsnittene 39-42; Sak C-234/98 *Allen*, som henvist til ovenfor, i avsnittene 29-31.

The fourth question

44. In connection to this question, the EFTA Surveillance Authority reiterates the objective of the Directive to safeguard the rights of employees in the event of a change of employer as a result of a transfer of undertaking.³³ Article 3(1) of the Directive provides for the automatic transfer to the transferee of the transferor's rights and obligations arising from the contract of employment existing on the date of the transfer of the undertaking. As this provision is mandatory, the rights conferred on employees by the Directive may not be made subject to the consent of either the transferor or the transferee or to the consent of the employees' representatives or of the employees themselves.³⁴ Also, according to the judgment of the Court of Justice of the European Communities in *Berg*,³⁵ the Directive must be interpreted as meaning that after the date of transfer and by virtue of the transfer alone, the transferor is discharged from all obligations arising under the employment contract, or the employment relationship, even if the workers employed in the undertaking did not consent or if they object. This is, however, subject to the power of the EEA States to provide for joint liability of the transferor and the transferee after the date of the transfer. However, the employee has the option of refusing to have his or her contract of employment transferred to the transferee.³⁶ If the employee does so, the protection the Directive is intended to guarantee is redundant.³⁷ Under such circumstances, the employment contract or relationship becomes a matter to be determined under national law, in particular, whether it should be regarded as terminated or be maintained with the transferor.³⁸

45. The EFTA Surveillance Authority proposes that the questions be answered as follows:

“(1) Article 1 of the Act [the Directive] applies to a situation in which employees are transferred from the transferor undertaking both to the acquiring undertaking and directly to an affiliated company of the transferee company that is involved in the same area of activity as the transferee.

³³ Case E-2/95 *Eidesund*, cited above, at paras 25-26; Joined Cases C-132, 138 and 139/91 *Katsikas*, cited above, at para 21.

³⁴ Case C-362/89 *D'Urso, Ventadori and Others v Ercole Marelli Elettromeccanica Generale and Others*, [1991] ECR I-4105, at para 11.

³⁵ Joined Cases 144 and 145/87 *Berg*, cited above, at para 14.

³⁶ Joined Cases C-132, 138 and 139/91 *Katsikas*, cited above, at para 33; Case C-51/00 *Temco*, cited above, at para 36.

³⁷ Case 105/84 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v Danmols Inventar*, [1985] ECR 2639, at para 16 and Joined Cases C-132, 138 and 139/91 *Katsikas*, cited above, at para 30.

³⁸ Joined Cases C-132, 138 and 139/91 *Katsikas*, cited above, at paras 33 and 36; Case C-51/00 *Temco*, cited above, at para 36.

Spørsmål nr. 4

44. I forbindelse med dette spørsmål gjentar EFTAs overvåkingsorgan at direktivets formål er ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter i tilfelle av skifte av arbeidsgiver som følge av en foretaksoverdragelse.³³ Direktivets artikkel 3(1) fastsetter at overdragerens rettigheter og plikter etter den arbeidsavtale som forelå på tidspunktet for overdragelsen automatisk overføres til erververen. I og med at dette er en preseptorisk bestemmelse, kan ikke de rettigheter som ved direktivet er gitt til arbeidstakere, gjøres avhengig av samtykke fra verken overdrager eller erverver eller samtykke fra arbeidstakernes representanter eller fra arbeidstakerne selv.³⁴ Dessuten må direktivet, i henhold til EF-domstolens dom i saken *Berg*,³⁵ tolkes slik at etter datoen for overdragelse, og i kraft av denne alene, blir overdrager løst fra alle forpliktelser med utspring i arbeidsavtalen eller ansettelsesforholdet, selv om de ansatte i foretaket ikke har samtykket eller har gjort innvendinger. Dette gjelder imidlertid med det forbehold at EØS-statene har adgang til å bestemme at overdrager og erverver skal være solidarisk ansvarlige etter datoen for overdragelsen. Dog har arbeidstakeren en mulighet for å nekte å la sin arbeidsavtale overgå til erververen.³⁶ Dersom en arbeidstaker velger å gjøre dette, blir vernet etter direktivet gjenstandsløst.³⁷ Under slike omstendigheter blir arbeidsavtalen eller ansettelsesforholdet en sak som må avgjøres etter nasjonal rett, særlig om det er å anse som brakt til opphør eller skal fortsette hos overdrageren.³⁸

45. EFTAs overvåkingsorgan foreslår at spørsmålene besvares som følger:

“(1) Artikkel 1 i rettsakten [Direktivet] får anvendelse i en situasjon hvor arbeidstakere blir overført fra den overdragende foretak både til det overtakende foretak, og direkte til et selskap tilknyttet det overtakende selskap som er engasjert innen samme virksomhetsområde som erververen.

³³ Sak E-2/95 *Eidesund*, som henvist til ovenfor, i avsnittene 25-26; Forente Saker C-132, 138 og 139/91 *Katsikas*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 21.

³⁴ Sak C-362/89 *D'Urso, Ventadore and Others v Ercole arelli Elettromeccanica Generale and Others*, [1991] ECR I-4105, i avsnitt 11.

³⁵ Forente Saker 144 and 145/87 *Berg*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 14.

³⁶ Forente Saker C-132, 138 and 139/91 *Katsikas*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 33; Sak C-51/00 *Temco*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 36.

³⁷ Sak 105/84 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v Danmols Inventar*, [1985] ECR 2639, i avsnitt 16 og Sak C-139/91 *Katsikas*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 30.

³⁸ Forente Saker C-132, 138 og 139/91 *Katsikas*, som henvist til ovenfor, i avsnittene 33 and 36; Sak C-51/00 *Temco*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 36.

(2) *Application of the Act is not precluded in circumstances in which a production and maintenance team is divided and the maintenance function made subject to a transfer of undertaking while the production function is retained by the original employer.*

(3) *A transfer of undertakings within the application of the Act can be said to occur where a considerable part of an undertaking's workforce is transferred to a transferee and continues to carry out the same maintenance tasks on the same installations under a service contract. The absence of transfer of the equipment used by the employees does not necessarily, in such circumstances, undermine the transfer.*

(4) *It follows from Article 3(1) of the Act that the employment contract of employees who fail to express a wish not to be part of the transfer of an undertaking are automatically transferred by virtue of the transfer of the undertaking. It is for national law to determine whether any objection to a transfer by an employee should be made prior to or subsequent to the transfer."*

The Commission of the European Communities

46. At the outset the Commission recalls the case law of the Court of Justice of the European Communities³⁹ and the EFTA Court⁴⁰ on the objective of the Directive to safeguard rights of employees. However, the Directive does not lay down a uniform level of protection throughout the Community.⁴¹

The first, second, and third questions

47. The Commission regards the first three questions to be essentially concerned with the matter of whether there was a transfer of undertaking, within the meaning of the Directive. According to the case law of the Court of Justice of the European Communities and of the EFTA Court, the decisive criterion in that respect is whether the entity in question, i.e. an organised grouping of persons and assets exercising economic activity which pursues a specific objective, retains its identity, as indicated, inter alia, by the fact that its operation is actually continued or resumed.⁴² In order to establish whether the conditions for transfer

³⁹ Case 287/86 *Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark v Ny Mølle Kro*, [1987] ECR 5465, at para 12; Case 324/86 *Daddy's Dance Hall*, cited above, at para 9.

⁴⁰ Case E-2/95 *Eidesund*, cited above, at paras 25-26.

⁴¹ In this regard the Commission refers to Case 324/86 *Daddy's Dance Hall*, cited above, at para 16; Case 105/84 *Danmols Inventar*, cited above, at para 26.

⁴² The Commission refers to the judgment of the EFTA Court in Case E-2/96 *Ask*, cited above, at para 19; Judgment of the Court of Justice of the European Communities in Case C-340/01, *Abler*, cited above, at paras 29-30.

(2) *Anvendelse av rettsakten er ikke utelukket i tilfeller hvor et produksjons- og vedlikeholdsteam deles, og vedlikeholdsfunksjonen gjøres til gjenstand for en foretaksoverdragelse, mens produksjonsfunksjonen blir beholdt hos den opprinnelige arbeidsgiveren.*

(3) *En overdragelse av foretak som faller inn under rettsakten kan sies å ha inntruffet når en vesentlig del av et foretaks arbeidsstyrke blir overført til en erverver og fortsetter å utføre de samme vedlikeholdsoppgaver på de samme installasjoner etter en tjenesteytelseskontrakt. At det ikke foregår overgang av det utstyret som anvendes av arbeidstakerne medfører under slike omstendigheter ikke nødvendigvis noen undergraving av overføringen.*

(4) *Det følger av rettsaktens artikkel 3(1) at ansettelseskontrakten for arbeidstakere som ikke uttrykker noe ønske om ikke å inngå som del av en foretaksoverdragelse, automatisk blir overført i kraft av overdragelsen av foretaket. Det er nasjonal rett som må bestemme hvorvidt en arbeidstakers eventuelle innvending mot å bli overført bør fremsettes før eller etter overdragelsen.”*

Kommisjonen for De europeiske fellesskap

46 Innledningsvis minner Kommisjonen om rettspraksis fra EF-domstolen³⁹ og EFTA-domstolen⁴⁰ om direktivets formål om ivaretagelse av arbeidstakeres rettigheter. Imidlertid fastsetter direktivet ikke et ensartet nivå for dette vern i hele Fellesskapsområdet.⁴¹

Spørsmål nr. 1, 2 og 3

47. Kommisjonen anser at de tre første spørsmålene i det vesentlige omhandler hvorvidt det forelå en overdragelse av foretak i direktivets forstand. Ifølge rettspraksis fra EF-domstolen og EFTA-domstolen er det avgjørende i denne henseende om den aktuelle enhet, dvs. en organisert gruppering av personer og aktiva som utfører økonomisk virksomhet med et bestemt formål for øye, bevarer sin identitet slik det bl.a. kommer til uttrykk ved at enhetens drift faktisk fortsetter eller blir gjenopptatt.⁴² For å kunne fastslå om vilkårene for

³⁹ Sak 287/86 *Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark v Ny Mølle Kro*, [1987] ECR 5465, i avsnitt 12; Sak 324/86 *Daddy's Dance Hall*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 9.

⁴⁰ Sak E-2/95 *Eidesund*, som henvist til ovenfor, i avsnittene 25-26.

⁴¹ I denne henseende viser Kommisjonen til Sak 324/86 *Daddy's Dance Hall*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 16; Sak 105/84 *Danmols Inventar*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 26.

⁴² Kommisjonen viser til dommen fra EFTA-domstolen i Sak E-2/96 *Ask*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 19; Dommen fra EF-domstolen i Sak C-340/01, *Abler*, som henvist til ovenfor, i avsnittene 29-30.

of an organised economic entity are met, it is necessary to make an overall assessment of all the facts characterising the transaction in question,⁴³ taking into account the activity carried on by the relevant undertaking, business or part of business, or the production or operating methods employed by it.⁴⁴

48. In the view of the Commission, the information provided in the Request is not sufficient for the Court to establish whether there is, in fact, the required set of persons and elements, organised in a stable manner and exercising an economic activity with its own specific objective. In particular, details are lacking on the “maintenance” and “support” activities in the field, what material is involved, and the organisation and management of the staff in question. These are all matters for the referring court to consider. Also, unless additional information is submitted to the Court in the course of the proceedings, the Court cannot reply to the second question as well as to the first part of the third question to the extent that the question deals with the overlapping of the maintenance activities transferred and the other production activities retained by the Respondent.⁴⁵

49. With respect to the second part of the third question, the Commission submits that the fact that, according to the Contract, the tools and instruments taken over by the transferee to provide maintenance services were used by the Respondent beforehand and remain in its ownership, cannot preclude the existence of a transfer according to the Directive. In this regard the Commission deduces from the judgment of the Court of Justice of the European Communities in *Abler* that the Directive is applicable whenever, in the context of contractual relations, there is a change in the legal or natural person who is responsible for carrying on the business and who, by virtue of that fact, incurs the obligations of an employer vis-à-vis the employees of the undertaking.⁴⁶

50. The Commission then turns to the first question and expresses the view that if, following the transfer, the identity of the economic entity is maintained, the fact that, formally, there is not just a single but several new employers does not appear to be decisive. A result that excluded transfers between companies, where the potential transferee had some of its obligations assumed by a subsidiary, would be contrary to the aim of the Directive.⁴⁷

⁴³ The Commission refers to the elements described in paragraph 37 of this Report.

⁴⁴ The Commission refers to Case C-340/01 *Abler*, cited above, at paras 33-35; Case E-2/96, *Ulstein*, [1995-1996] EFTA Court Report, 65, at para 20.

⁴⁵ However, as to the scope of Article 1(1), the Commission refers to the judgment of the Court of Justice of the European Communities in Case C-209/91 *Watson Rask*, cited above, at para 17.

⁴⁶ Case C-340/01 *Abler*, cited above, at para 41.

⁴⁷ Case C-234/98 *Allen*, cited above, at para 20.

overdragelse av en organisert økonomisk enhet er oppfylt, er det nødvendig å foreta en helhetsvurdering av samtlige forhold som kjennetegner transaksjonen det her er tale om,⁴³ der det tas i betraktning hvilken virksomhet som drives av vedkommende foretak, bedrift eller del av bedrift, eller de produksjons- eller driftsmetoder som benyttes.⁴⁴

48. Etter Kommissjonens oppfatning er de opplysningene som fremkommer i anmodningen, ikke tilstrekkelige til at EFTA-domstolen kan fastslå om det faktisk foreligger et nødvendig sett av personer og elementer som er organisert på en stabil måte og utøver en økonomisk virksomhet med et eget bestemt formål. Spesielt mangler det opplysninger om “vedlikeholds-” og “støtte-” virksomhet på feltet, hvilket materiell det dreier seg om, samt organisasjon og ledelse for angjeldende personell. Dette er alt sammen forhold som den henvisende domstol må vurdere. Med mindre det fremlegges ytterligere opplysninger under forhandlingenes gang, kan EFTA-domstolen heller ikke besvare spørsmål nr. 2 eller første del av spørsmål nr. 3, i den grad spørsmålet dreier seg om overlapping mellom den vedlikeholdsvirksomheten som ble overdradd og den øvrige produksjonsvirksomheten som ble beholdt hos ankemotparten.⁴⁵

49. Hva angår annen del av spørsmål nr. 3, anfører Kommissjonen at det forhold at verktøy og instrumenter som i henhold til kontrakten ble overtatt av erververen for å kunne levere vedlikeholdstjenester, ble anvendt av ankemotparten tidligere, og forblir dennes eiendom, kan ikke utelukke at det foreligger en overdragelse i henhold til direktivet. I denne henseende utleder Kommissjonen fra EF-domstolens dom i saken *Abler* at direktivet alltid får anvendelse når det som ledd i et kontraktsforhold skjer en utskiftning mht. den juridiske eller fysiske person som er ansvarlig for å drive virksomheten, og som i kraft av denne kjensgjerning påtar seg en arbeidsgivers forpliktelser overfor foretakets arbeidstakere.⁴⁶

50. Kommissjonen behandler deretter spørsmål nr. 1 og uttrykker det syn at dersom det etter overdragelsen er slik at den økonomiske enhetens identitet er opprettholdt, synes det ikke å være avgjørende om det formelt kun er én enkelt eller flere nye arbeidsgivere. Et resultat som utelukket overdragelser mellom selskaper hvor den potensielle erververen fikk noen av sine forpliktelser overtatt av et datterselskap, ville være i strid med direktivets siktemål.⁴⁷

⁴³ Kommissjonen viser til de forhold som er beskrevet i avsnitt 37 av nærværende rapport.

⁴⁴ Kommissjonen viser til Sak C-340/01 *Abler*, som henvist til ovenfor, i avsnittene 33-35; Sak E-2/96, *Ulstein*, [1995-1996] EFTA Court Report, 65, i avsnitt 20.

⁴⁵ Med hensyn til omfanget av Artikkel 1(1) viser Kommissjonen imidlertid til dommen fra EF-domstolen i Sak C-209/91 *Watson Rask*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 17.

⁴⁶ Sak C-340/01 *Abler*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 41.

⁴⁷ Sak C-234/98 *Allen*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 20.

The fourth question

51. The Commission's submissions in relation to this question essentially coincide with the submissions of the EFTA Surveillance Authority. The Commission submits that Article 3(1) of the Directive is a mandatory provision that provides for automatic transfer of employment rights and obligations but with the possibility for the employee to refuse to have his or her contract of employment transferred since otherwise the fundamental rights of the employee, who must be free to choose an employer, would be jeopardised.⁴⁸ If the employee decides not to continue with the contract of employment or employment relationship with the transferee, it is for each Member State to determine what the fate of the employment contract or employment relationship should be, e.g. whether it is terminated or maintained with the transferor.⁴⁹ Finally, the Commission asserts that it follows from the concept of automatic transfer, as laid down in the Directive, that the transfer of contracts of employment takes place at the time of the transfer of the undertaking. The employee who decides not to carry on with the contract or working relationship with the transferee must, therefore, make this known before this date. In relation to this, reference is made to Article 6 of the Directive.

52. The Commission suggests that the questions to the Court be given the following replies:

“Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees’ rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses is to be interpreted as meaning that it may apply to the transfer of the maintenance and support activities undertaken on behalf of an offshore gas platform, even though, on the one hand, it is the transferor’s tools and instruments, in whose ownership they remain, which are used to this end by the transferee and whose obligations, on the other, are taken over, in part, by one of the transferee’s subsidiaries.

⁴⁸ Case C-51/00 *Temco*, cited above, at paras 35 and 36; Joined Cases C-171 and 172/94 *Merckx*, cited above, at para 34 .

⁴⁹ Joined Cases C-171 and 172/94 *Merckx*, cited above, at para 35.

Spørsmål nr. 4

51. Kommisjonens anførsler vedrørende dette spørsmålet er i det vesentlige sammenfallende med anførselene fra EFTAs overvåkingsorgan. Kommisjonen anfører at direktivets artikkel 3(1) er en preseptorisk bestemmelse som medfører at det skjer en automatisk overgang av rettigheter og plikter mht. ansettelsesforholdet, dog med mulighet for arbeidstakeren til å avslå overføring av sin ansettelseskontrakt, siden man ellers ville sette på spill arbeidstakerens grunnleggende rett til å velge arbeidsgiver.⁴⁸ Dersom arbeidstakeren bestemmer seg for ikke å videreføre arbeidsavtalen eller ansettelsesforholdet med erververen, tilligger det den enkelte medlemsstat å bestemme hva som skal skje med arbeidsavtalen eller ansettelsesforholdet, f.eks. om den/det skal bringes til opphør eller skal opprettholdes med overdrager.⁴⁹ Endelig konstaterer Kommisjonen at det følger av tanken om automatisk overgang, slik denne er nedfelt i direktivet, at overgang for arbeidsavtaler finner sted på tidspunktet for overdragelse av foretaket. Den arbeidstaker som bestemmer seg for ikke å videreføre arbeidsavtalen eller ansettelsesforholdet med erververen, må derfor tilkjennegi dette før dette tidspunkt. I denne forbindelse vises det til direktivets artikkel 6.

52. Kommisjonen foreslår at spørsmålene til EFTA-domstolen blir gitt følgende svar:

“Rådsdirektiv 77/187/EØF av 14. februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av foretak eller bedrifter skal tolkes slik at det kan få anvendelse på overdragelse av den vedlikeholds- og støtteaktivitet som foretas i relasjon til en offshore gassplattform, selv om det på den ene side er overdragers verktøy og utstyr som forblir dennes eiendom, som av erververen anvendes til dette formål, og selv om, på den annen side, erververens forpliktelser delvis overtas av et av erververens datterselskaper.

⁴⁸ Sak C-51/00 *Temco*, som henvist til ovenfor, i avsnittene 35 and 36; Forente Saker C-171 and 172/94 *Merckx*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 34.

⁴⁹ Forente Saker C-171 and 172/94 *Merckx*, som henvist til ovenfor, i avsnitt 35.

It follows from Article 3(1) of Directive 77/187 that employment relationships are transferred to the transferee by reason of and simultaneously with the transfer of the undertaking in respect of those employees who, having been informed of the transfer, have not, prior to the moment of transfer, stated that they do not wish to work for the transferee.”

Thorgeir Örlygsson
Judge-Rapporteur

Det følger av artikkel 3(1) i direktiv 77/187 at ansettelsesforhold blir overført til erververen som følge av og samtidig med overdragelse av foretaket for så vidt angår de arbeidstakere som etter å ha blitt underrettet om overdragelsen, ikke forut for tidspunktet for overdragelsen har uttrykt at de ikke ønsker å arbeide for erververen.”

Thorgeir Örlygsson
Forberedende dommer

Case E-3/04

**Tsomakas Athanasios and Others with Odfjell ASA
as an accessory intervener**

v

**The Norwegian State, represented by Rikstrygdeverket (The National
Insurance Administration)**

*(Freedom of movement for workers - social security for migrant workers - Title II of
Regulation 1408/71 - form E 101 - Article 3 EEA)*

Judgment of the Court, 14 December 2004	97
Report for the Hearing	108

Summary of the Judgment

1. Regulation 1408/71 provides for coordination and not harmonisation of social security legislations of the Contracting Parties. In order to facilitate the free movement of workers, Title II of Regulation 1408/71 contains provisions that constitute a complete and uniform system of choice of law rules. Those rules are intended to prevent the simultaneous application of more than one national system of social security legislation to persons covered by the Regulation, and to ensure that those persons are not left without social security cover because there is no legislation applicable to them.

2. Article 3 EEA lays down the principle of sincere cooperation between the Contracting Parties. Article 84 of Regulation 1408/71 is a specification of this principle and imposes a duty on the issuing institution to carry out a proper factual assessment and consequently to guarantee the correctness of the information contained in form E 101.

Sak E-3/04

Tsomakas Athanasios med flere med Odfjell ASA som hjelpeintervenient

v

Den norske stat v/ Rikstrygdeverket

*(Fri bevegelighet for arbeidstakere – trygd for vandrearbeidere – Rådsforordning
1408/71 avdeling II – blankett E 101 – EØS-avtalen artikkel 3)*

Domstolens avgjørelse, 14. desember 2004.....	97
Rettsmøterapport	108

Sammendrag av avgjørelsen

1. Forordning 1408/71 medfører samordning og ikke harmonisering av EØS-statenes trygdlovgevinger. For å fremme den frie bevegelighet for arbeidstakere, inneholder forordningens avdeling II bestemmelser som utgjør et fullstendig og ensartet system av lovvalgsregler. Disse reglene er ment å forhindre at mer enn én nasjonal trygdlovgivning kommer til anvendelse samtidig på personer som omfattes av forordningen, samt å sikre at disse personene ikke blir stående uten trygdedekning fordi ingen lovgivning kommer til anvendelse på dem.

2. I artikkel 3 EØS er det nedfelt et prinsipp for oppriktig samarbeid mellom EØS-statene. Artikkel 84 i forordning 1408/71 er en presisering av dette prinsippet og pålegger den utstedende myndighet en plikt til å vurdere alle relevante faktiske omstendigheter og derved også innestå for riktigheten av de opplysninger E 101-blanketten inneholder.

3. It follows from the principle of sincere cooperation and the aims of the choice of law rules, that once form E 101 has been issued, it is binding on other Contracting Parties in so far as it establishes a presumption that the individual in question falls under the social security legislation of the issuing State. The same applies with respect to equivalent official statements.

4. In a situation where no form E 101 has been issued, the States concerned are similarly pursuant to the principle of sincere cooperation laid down in Article 3 EEA under an obligation to ensure the correct application of the choice of law rules contained in Regulation 1408/71. The flag State must assess whether the conditions of Article 14b(4) of Regulation 1408/71 are fulfilled, and for that purpose evaluate other evidence presented to it, including unofficial evidence.

5. It is not compatible with the choice of law rules contained in Title II of Regulation 1408/71, that a flag State proceeds from the premises that a State of residence must have issued a form E 101 or a statement containing equivalent information, for the legislation of the State of residence to apply in accordance with Article 14b(4), and that in the absence of such documentation, the legislation of the flag State shall apply in accordance with Article 13(2)(c).

3. Det følger av prinsippet om oppriktig samarbeid og siktemålene med lovvalgsreglene i forordning 1408/71 avdeling II at når blankett E 101 først er utstedt, er den bindende for andre EØS-stater i den forstand at den skaper en formodning for at det angjeldende individet faller inn under trygdellovgivningen til den utstedende staten. Det samme gjelder med hensyn til tilsvarende offisielle erklæringer.

4. Der blankett E 101 ikke er utstedt er de berørte statene på tilsvarende måte forpliktet til å sikre korrekt anvendelse av lovvalgsreglene i forordning 1408/71 avdeling II. Dette følger av prinsippet om oppriktig samarbeid som er nedfelt i artikkel 3 EØS. Flaggstaten må vurdere om vilkårene i artikkel 14b(4) i forordning 1408/71 er oppfylt på grunnlag av annet fremlagt materiale, derunder materiale som er fremlagt av private parter.

5. Det er ikke er forenlig med lovvalgsreglene i forordning 1408/71 avdeling II at en flaggstat legger til grunn at en bostedsstat må ha utstedt blankett E 101 eller en erklæring som inneholder tilsvarende opplysninger, for at bostedsstatens lovgivning skal komme til anvendelse i henhold til artikkel 14b(4), eller at flaggstatens lovgivning må komme til anvendelse i henhold til artikkel 13(2)(c) der slik dokumentasjon ikke foreligger.

JUDGMENT OF THE COURT

14 December 2004*

(Freedom of movement for workers - social security for migrant workers - Title II of Regulation 1408/71 - form E 101 - Article 3 EEA)

In Case E-3/04,

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

Tsomakas Athanasios and Others with Odfjell ASA as an accessory intervener

and

The Norwegian State, represented by Rikstrygdeverket (The National Insurance Administration)

on the interpretation of Regulation (EEC) No 1408/71 on the application of social security schemes to employed persons, to self-employed persons and to members of their families moving within the Community, as amended (“Regulation 1408/71”) and as referred to in Annex VI, point 1 to the EEA Agreement,

* Language of the Request: Norwegian.

DOMSTOLENS DOM

14. desember 2004*

(Fri bevegelighet for arbeidstakere – trygd for vandrearbeidere – Rådsforordning 1408/71 avdeling II – blankett E 101 – EØS-avtalen artikkel 3)

I sak E-3/04,

ANMODNING til EFTA-domstolen i medhold av artikkel 34 i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Gulating lagmannsrett i en sak som verserer for denne mellom

Tsomakas Athanasios med flere

med **Odfjell ASA som hjelpeintervenient**

og

Den norske stat v/Rikstrygdeverket

vedrørende tolkningen av Rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendige næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet med endringer (forordning 1408/71), som vist til i punkt 1 i vedlegg VI til EØS-avtalen,

* Språket i anmodningen om en rådgivende uttalelse: Norsk.

THE COURT,

composed of: Carl Baudenbacher, President, Per Tresselt and Thorgeir Örlygsson (Judge-Rapporteur), Judges,

Registrar: Henning Harborg,

having considered the written observations submitted on behalf of:

- Tsomakas Athanasios, Labropoulos V. Elias, Pastrikos Constantinos, Moystakas Antonios, Stiros Ilias, Papmarkos Konstantinos, Desypris Petros, Dellaportas Gerasimos, Koufogiannis Nikolas Sotirios, Markou Stavros Pantelis, Bourzikos Konstantinos, Karafillidis Grigorios, Spyratos Konstantinos, Skiadaressis Vassilis, Manasis Leonidas, Kourouklis Panagiotis, Vasilakis Georgios (the “Plaintiffs”), and Odfjell ASA, the accessory intervener in the proceedings before the national court (the “Accessory Intervener”), represented by Stephan L. Jervell, Advokat, Wiersholm, Mellbye & Bech Advokatfirma AS, Oslo, and Espen Ommedal, Advokat, Ernst & Young Tax, Bergen;
- the Norwegian State (the “Defendant”), represented by Ketil Bøe Moen, Advokat, Office of the Attorney General;
- The Government of the Republic of Iceland, represented by Finnur Thór Birgisson, Ministry of Foreign Affairs, acting as Agent;
- The Government of the Federal Republic of Germany, represented by Claus-Dieter Quassowski and Annette Tiemann, officials in the Federal Ministry of Finance, acting as Agents;
- the EFTA Surveillance Authority, represented by Michael Sánchez Rydelski, Deputy Director, Legal & Executive Affairs, and Arne Torsten Anderssen, Officer, Legal & Executive Affairs, acting as Agents;
- the Commission of the European Communities, represented by Nicola Yerrell and Denis Martin, Members of its Legal Service, acting as Agents;

having regard to the Report for the Hearing,

having heard oral argument of the Plaintiffs and the Accessory Intervener, represented by Stephan L. Jervell, the Defendant, represented by Ketil Bøe Moen, the EFTA Surveillance Authority, represented by Arne Torsten Anderssen and the Commission of the European Communities, represented by Nicola Yerrell at the hearing on 12 November 2004,

gives the following

DOMSTOLEN,

sammensatt av: Carl Baudenbacher, president, Per Tresselt og Thorgeir Örlygsson (saksforberedende dommer), dommere,

justissekretær: Henning Harborg,

etter å ha vurdert de skriftlige saksfremstillinger inngitt av:

- Tsomakas Athanasios, Labropoulos V. Elias, Pastrikos Constantinos, Moystakas Antonios, Stiros Ilias, Papmarkos Konstantinos, Desypris Petros, Dellaportas Gerasimos, Koufogiannis Nikolas Sotirios, Markou Stavros Pantelis, Bourzikos Konstantinos, Karafillidis Grigorios, Spyrtos Konstantinos, Skiadaressis Vassilis, Manasis Leonidas, Kourouklis Panagiotis, Vasilakis Georgios (saksøkerne) og Odfjell ASA, hjelpeintervenient i saken for den nasjonale domstolen (hjelpeintervenienten), representert ved Stephan L. Jervell, advokat, Wiersholm, Mellbye & Bech Advokatfirma AS, Oslo, og Espen Ommedal, advokat, Ernst & Young Tax, Bergen;
- Den norske stat (saksøkte), representert ved Ketil Bøe Moen, advokat, Regjeringsadvokaten;
- Den islandske republikks regjering, representert ved Finnur Thór Birgisson, Utenriksdepartementet;
- Den tyske forbundsrepublikks regjering, representert ved Claus-Dieter Quassowski og Annette Tiemann, Det føderale finansdepartementet;
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved Michael Sánchez Rydelski, assisterende direktør ved avdeling for juridiske saker og eksekutivsaker, og Arne Torsten Anderssen, rådgiver samme sted;
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Nicola Yerrell og Denis Martin, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste;

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt den muntlige prosedyre for saksøkerne og hjelpeintervenienten representert ved Stephan L. Jervell, saksøkte, representert ved Ketil Bøe Moen, EFTAs overvåkningsorgan, representert ved Arne Torsten Anderssen, og Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Nicola Yerrell, i rettsmøte den 12. november 2004,

avsier slik

Judgment

I Facts and procedure

- 1 By a reference dated 28 May 2004, registered at the Court on 4 June 2004, *Gulating lagmannsrett* referred 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, a question on the interpretation of Regulation 1408/71.
- 2 The question arose in the context of a dispute between the plaintiffs, who are Greek mariners, and Rikstrygdeverket (The National Insurance Administration) over a decision of Folketrygdekontoret for utenlandssaker (the National Office for Social Insurance Abroad, “FFU”) of 11 July 2000, denying their request for an exemption from Norwegian social security legislation on the basis of Article 14b(4) of Regulation 1408/71.
- 3 The Plaintiffs worked on board vessels owned by the Accessory Intervener for varying lengths of time between 1995 and 1999. All of the vessels were registered with the Norwegian International Ship Registry (“NIS”). According to documentation provided to the national court by the Accessory Intervener, the Plaintiffs are residing in Greece and have been employed and remunerated by Mare Maritime SA, which has its place of business in Greece.
- 4 Before issuing its decision, FFU, which is the competent institution in Norway for deciding whether Norway’s social security legislation applies pursuant to Regulation 1408/71, sent a request to the competent Greek institution to issue form E 101 for a group of Greek mariners working on board vessels registered in NIS. The competent Greek institution subsequently issued E 101 forms for most of the Greek mariners, but not for all of them, and not for any of the Plaintiffs.
- 5 In its decision, FFU found that it was for the Greek social security authorities to make a factual determination, and to provide confirmation that the conditions for the application of Article 14b(4) of Regulation 1408/71 were fulfilled. Such confirmation could be provided by issuing form E 101 or equivalent official statement from Greek social security authorities. The decision provides that in the absence of such documentation, Norwegian legislation is to apply pursuant to Article 13(2)(c) of Regulation 1408/71. Upon appeal, Trygderetten (The National Insurance Court) upheld FFU’s decision by a ruling on 11 April 2003.
- 6 The Plaintiffs brought an action before *Gulating lagmannsrett*, demanding that Trygderetten’s ruling be set aside, primarily on the grounds that the finding of a requirement for documentation from Greek social security authorities is contrary to Article 14b(4) of Regulation 1408/71. The Defendant argues in its reply that Trygderetten’s ruling was based upon a correct interpretation of EEA law, and requests a finding in favour of the Defendant.

Dom

I Faktum og saksgang

- 1 Ved beslutning datert 28. mai 2004, mottatt ved EFTA-domstolen den 4. juni 2004, forela Gulating lagmannsrett i medhold av artikkel 34 i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol, et spørsmål vedrørende tolkningen av forordning 1408/71.
- 2 Spørsmålet kom opp i en tvist mellom saksøkerne, som er greske sjøfolk, og Rikstrygdeverket om gyldigheten av et vedtak der Folketrygdkontoret for utenlandssaker (FFU) av 11. juli 2000 avslo saksøkernes krav om unntak fra norsk trygdelovgivning på grunnlag av artikkel 14b(4) i forordning 1408/71.
- 3 Saksøkerne arbeidet ombord på fartøy eid av hjelpeintervenienten i kortere eller lengre perioder mellom 1995 og 1999. Samtlige fartøy var registrert i Norsk Internasjonalt Skipsregister (NIS). I henhold til dokumentasjon som hjelpeintervenienten har fremlagt for den nasjonale domstolen, er saksøkerne bosatt i Hellas og har vært ansatt og lønnet av Mare Maritime SA, som har sitt forretningssted i Hellas.
- 4 Før den fattet vedtak, sendte FFU, som er den myndighet i Norge som har kompetanse til å bestemme om norsk trygdelovgivning kommer til anvendelse i henhold til forordning 1408/71, en forespørsel til den kompetente greske myndighet om å utstede blankett E 101 for en gruppe greske sjøfolk som arbeidet ombord på NIS-registrerte fartøy. Den kompetente greske myndighet utstedte deretter E 101-blanketter for de fleste av de greske sjøfolkene, men ikke for alle, og ikke for noen av saksøkerne.
- 5 FFU kom i sitt vedtak frem til at det måtte tilligge de greske trygdemyndighetene å fastlegge faktum og å bekrefte at vilkårene i artikkel 14b(4) i forordning 1408/71 var oppfylt. Slik bekreftelse kunne vært gitt ved utstedelse av blankett E 101 eller tilsvarende offisiell erklæring fra greske trygdemyndigheter. Vedtaket slår fast at i fravær av slik dokumentasjon, må norsk lovgivning komme til anvendelse i henhold til artikkel 13(2)(c) i forordning 1408/71. Trygderetten opprettholdt etter anke FFUs vedtak ved en kjennelse av 11. april 2003.
- 6 Saksøkerne reiste sak for Gulating lagmannsrett med påstand om at Trygderettens kjennelse må kjennes ugyldig, primært på grunnlag av at kravet om dokumentasjon fra greske trygdemyndigheter er i strid med artikkel 14b(4) i forordning 1408/71. Saksøkte la i sitt tilsvarende ned påstand om frifinnelse og anførte at Trygderettens kjennelse bygde på en korrekt forståelse av EØS-retten.

- 7 The Gulating lagmannsrett decided to request an Advisory Opinion from the Court on the following question:

Is it compatible with the choice of law rules contained in Title II of Regulation (EEC) No 1408/71, that the flag State proceeds from the premise that the State of residence must have issued a form E 101 or a statement containing information equivalent to that found in form E 101, for the legislation of the State of residence to apply in accordance with Article 14b(4), and that in the absence of such documentation, the legislation of the flag State shall apply in accordance with Article 13(2)(c)?

II Legal background

National law

- 8 The basic principle of the Norwegian National Insurance Act of 28 February 1997 No 19 (lov av 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd), is that only those persons who are residing in Norway are compulsory members of the Norwegian social security scheme (folketrygden) cf. Section 2-1. However, the King is, pursuant to Section 1-3 of the Act, authorised to grant exemptions from its provisions on the basis of reciprocal agreements with other States, such as the EEA Agreement. Until 1 January 2001, the choice of law rules of Regulation 1408/71 were implemented in Norwegian law through Regulation No 384 of 25 April 1997 (forskrift av 25. april 1997 nr. 384). According to Section 1 of the Norwegian regulation, the rules of the National Insurance Act shall be derogated from insofar as is necessary in order to apply, inter alia, the choice of law rules contained in Regulation 1408/71.

EEA Law

- 9 Article 3 of the EEA Agreement 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.

- 7 Gulating lagmannsrett besluttet å be om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen om følgende spørsmål:

Er det i overensstemmelse med lovvalgsreglene i Rfo (EØF) nr. 1408/71 avdeling II om flaggstaten legger til grunn at bostedsstaten må ha utstedt blankett E 101 eller en erklæring med tilsvarende informasjon som blankett E 101 for at bostedsstatens lovgivning skal komme til anvendelse etter artikkel 14b nr. 4, og at flaggstatens lovgivning uten slik dokumentasjon får anvendelse i medhold av artikkel 13 nr. 2 bokstav c)?

II Rettslig bakgrunn

Nasjonal rett

- 8 Det grunnleggende prinsipp i Lov av 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven) er at bare personer bosatt i Norge er pliktige medlemmer i folketrygden, jf. § 2-1. I henhold til lovens § 3-1 har imidlertid Kongen hjemmel til å gjøre unntak fra lovens bestemmelser på grunnlag av gjensidige avtaler med andre stater, slik som EØS-avtalen. Frem til 1. januar 2001 var lovvalgsreglene i forordning 1408/71 gjennomført i norsk rett ved forskrift av 25. april 1997 nr. 384. Etter § 1 i forskriften skal folketrygdlovens bestemmelser fravikes i den utstrekning det er nødvendig for anvendelsen av blant annet lovvalgsreglene i forordning 1408/71.

EØS-rett

- 9 Artikkel 3 EØS lyder:

Avtalepartene skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale.

De skal avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av denne avtales mål i fare.

De skal videre lette samarbeidet innen rammen av denne avtale.

10 Article 28(1) and (2) of the EEA Agreement read:

1. Freedom of movement for workers shall be secured among EC Member States and EFTA States.

2. Such freedom of movement shall entail the abolition of any discrimination based on nationality between workers of EC Member States and EFTA States as regards employment, remuneration and other conditions of work and employment.

11 Article 29 of the EEA Agreement reads:

In order to provide freedom of movement for workers and self-employed persons, the Contracting Parties shall, in the field of social security, secure, as provided for in Annex VI, for workers and self-employed persons and their dependants, in particular:

(a) aggregation, for the purpose of acquiring and retaining the right to benefit and of calculating the amount of benefit, of all periods taken into account under the laws of the several countries;

(b) payment of benefits to persons resident in the territories of Contracting Parties.

12 Regulation 1408/71 is referred to in point 1 of Annex VI to the EEA Agreement. It was amended and updated by Council Regulation (EC) No 118/97 (OJ 1997 L 28, p. 1), incorporated into the EEA Agreement by Decision of the EEA Joint Committee No 66/98 of 4 July 1998. It has subsequently been amended several times. Regulation 1408/71, as amended by Council Regulation No 1399/1999 of 29 April 1999 (OJ 1999 L 164, p.1), incorporated into the EEA Agreement by Decision of the EEA Joint Committee No 9/2000 of 28 January 2000, that entered into force the subsequent day, is the version relevant to this case.

13 According to Article 13(1) of Regulation 1408/71 persons to whom the Regulation applies shall be subject to the legislation of a single Member State only.

14 Article 13(2)(c) of Regulation 1408/71 reads:

2. Subject to Articles 14 to 17:

(...)

(c) a person employed on board a vessel flying the flag of a Member State shall be subject to the legislation of the State;

10 Artikkel 28(1) og (2) EØS lyder:

1. Fri bevegelse for arbeidstagere skal gjennomføres mellom EFs medlemsstater og EFTA-statene.

2. Den frie bevegelse innebærer at all forskjellsbehandling av arbeidstagere fra EFs medlemsstater og EFTA-statene på grunnlag av statsborgerskap skal avskaffes når det gjelder sysselsetting, lønn og andre arbeidsvilkår.

11 Artikkel 29 EØS lyder:

For å gjennomføre den frie bevegelse for arbeidstagere og selvstendig næringsdrivende skal avtalepartene, i samsvar med bestemmelsene i vedlegg VI, med hensyn til sosial trygghet særlig sikre arbeidstagere og selvstendig næringsdrivende og deres pårørende:

a) at alle tidsrom som de enkelte nasjonale lovgivninger tillegger betydning for å oppnå og beholde retten til ytelser og for beregningen av dem, blir lagt sammen, og

b) at ytelser som tilkommer personer bosatt på avtalepartenes territorium, blir utbetalt.

12 Forordning 1408/71 er henvist til i punkt 1 i vedlegg VI til EØS-avtalen. Forordningen ble endret og oppdatert ved Rådets forordning (EF) nr. 118/97 (EFT 1997 L 28, s. 1), som ble inkorporert i EØS-avtalen ved EØS-komiteens vedtak nr. 66/98 av 4. juli 1998. Den er senere blitt endret flere ganger, og det er versjonen etter endringen ved Rådets forordning (EF) nr. 1399/1999 (EFT 1999 L 164, s. 1) som ble inkorporert i EØS-avtalen ved EØS-komiteens vedtak nr. 9/2000 av 28. januar 2000 og trådte i kraft dagen etter, som er anvendelig i denne saken.

13 I henhold til artikkel 13(1) i forordning 1408/71 skal personer som faller innenfor forordningens anvendelsesområde bare omfattes av én medlemsstats lovgivning.

14 Artikkel 13(2)(c) i forordning 1408/71 lyder:

2. Med forbehold for artikkel 14 til 17:

(...)

c) en person som utfører inntektsgivende arbeid om bord på et skip som fører en medlemsstats flagg, skal omfattes av denne stats lovgivning.

15 Article 14b(4) of Regulation 1408/71 reads:

Article 13(2)(c) shall apply subject to the following exceptions and circumstances:

(...)

4. A person employed on board a vessel flying the flag of a Member State and remunerated for such employment by an undertaking or a person whose registered office or place of business is in the territory of another Member State shall be subject to the legislation of the latter State if he is resident in the territory of that State; the undertaking or person paying the remuneration shall be considered as the employer for the purpose of the said legislation.

- 16 Articles 80 and 81 of Regulation 1408/71 establish the Administrative Commission on Social Security for Migrant Workers (the “Administrative Commission”). Its duties include dealing with all administrative questions and questions of interpretation arising from the provisions of Regulation 1408/71.
- 17 In the EEA context, the rights and duties conferred upon the Administrative Commission are assumed by the EEA Joint Committee, cf. point II under the heading “Sectoral Adaptations” in Annex VI to the EEA Agreement.
- 18 Article 84 of Regulation 1408/71 contains rules on cooperation between competent authorities and institutions of the Member States within the field of application of the Regulation. Article 84(1) requires the competent authorities of the Member States to communicate to each other information regarding, inter alia, their implementing measures. Article 84(2) states that the authorities and institutions of the Member States shall lend their good offices and act as though implementing their own legislation. Article 84(3) states that the competent authorities and institutions may, for the purpose of implementing the Regulation, communicate directly with one another and with the persons concerned or their representatives.
- 19 Regulation (EEC) No 574/72 of 21 March 1972 laying down the procedure for implementing Regulation (EEC) No 1408/71, was amended and updated by Council Regulation (EC) No 118/97. The version relevant to the case at hand is the Regulation as it read after it was amended by Council Regulation (EC) No 1399/1999 and as referred to in point 2 of Annex VI to the EEA Agreement (“Regulation 574/72”). According to Article 2(1) of Regulation 574/72 models of certification and other documents necessary for the application of the Regulation and of the implementing Regulation shall be drafted by the Administrative Commission.

15 Artikkel 14b(4) i forordning 1408/71 lyder:

Artikkel 13(2) bokstav c får anvendelse, og i den forbindelse skal det tas hensyn til følgende unntak og særlige forhold:

(...)

4. En person som utfører lønnet arbeid om bord på et skip som fører en medlemsstats flagg, og som lønnes for dette arbeidet av et foretak, eller en person som har sitt forretningssted eller sin bopel på en annen medlemsstats territorium, skal omfattes av sistnevnte stats lovgivning dersom vedkommende er bosatt på denne statens territorium; det foretak eller den person som betaler lønnen, skal anses som arbeidsgiver ved anvendelse av nevnte lovgivning.

- 16 Artiklene 80 og 81 i forordning 1408/71 etablerer Den administrative kommisjon for trygd for vandrearbeidere (Den administrative kommisjon). Den har blant annet til oppgave å behandle alle spørsmål om administrasjon og fortolkning av bestemmelsene i forordning 1408/71.
- 17 I EØS-sammenheng er rettighetene og oppgavene som er pålagt Den administrative kommisjon, tillagt EØS-komiteén, jf. punkt II under overskriften "sektorvis tilpasning" i vedlegg VI til EØS-avtalen.
- 18 Artikkel 84 i forordning 1408/71 inneholder regler om samarbeid mellom de myndigheter og institusjoner i medlemsstatene som er kompetente på forordningens område. Artikkel 84(1) krever at medlemsstatenes kompetente myndigheter skal holde hverandre underrettet om blant annet de tiltak som er truffet med sikte på anvendelsen av forordningen. I artikkel 84(2) heter det at medlemsstatenes myndigheter og institusjoner skal bistå hverandre som om det dreide seg om anvendelse av deres egen lovgivning. Det heter videre i artikkel 84(3) at de kompetente myndigheter og institusjoner ved anvendelse av forordningen kan ta direkte kontakt med hverandre og med de berørte personer eller deres representanter.
- 19 Rådsforordning (EØF) nr. 574/72 av 21. mars 1972 om regler for gjennomføring av forordning 1408/71 ble endret og oppdatert ved Rådsforordning (EF) nr. 118/97. Den er senere blitt endret flere ganger, og det er versjonen etter endringen ved Rådsforordning (EF) nr. 1399/1999, og som referert til i punkt 2 i vedlegg VI til EØS-avtalen, som er anvendelig i denne saken (forordning 574/72). I henhold til artikkel 2(1) i forordning 574/72 skal blanketter som er nødvendige for anvendelsen av forordningen og gjennomføringsforordningen, utarbeides av Den administrative kommisjon.

20 Article 11(1)(a) and (b) of Regulation 574/72 reads:

The institutions designated by the competent authority of the Member State whose legislation is to remain applicable shall issue a certificate stating that an employed person shall remain subject to that legislation up to a specific date:

a) at the request of the employed person or his employer in cases referred to in Articles 14 (1) and 14b (1) of the Regulation;

b) in cases where Article 17 of the Regulation applies.

21 Form E 101, drafted by the Administrative Commission by Decision No 164 of 27 November 1998 on the model forms necessary for the application of Regulation (EEC) No 1408/71 and Regulation (EEC) No 574/72 (OJ 1997 L 216, p. 85), as amended by Decision No 172 of 9 December 1998 (OJ 1999 L 143, p. 13), referred to in point 3.48 of Annex VI to the EEA Agreement, contains the following introduction:

“CERTIFICATE CONCERNING THE LEGISLATION APPLICABLE
Regulation (EEC) No 1408/71: Article 13.2.d; Article 14.1.a; (...) Article 14b.1,
2 and 4; (...) Article 17”

22 Reference is made to the Report for the Hearing for a fuller account of the legal framework, the facts, the procedure and the written observations submitted to the Court, which are mentioned or discussed hereinafter only in so far as is necessary for the reasoning of the Court.

III Findings of the Court

23 The question from the national court concerns the significance of form E 101 or an equivalent official statement for the application of Article 14b(4) of Regulation 1408/71, which contains conditions for exempting a person employed on board a vessel flying the flag of a Contracting Party from the social security legislation of the flag State. The national court asks, in essence, whether the flag State is entitled to refuse an application for such exemption solely on the ground that such official documentation is absent. That question concerns the role of the flag State in the assessment of conditions established in Article 14b(4); in particular, to what extent the flag State is obliged to take into account other evidence.

24 The Plaintiffs submit that by requiring the production of form E 101 or of a equivalent official statement, the Defendant imposes a condition for the application of Article 14b(4) not contained in the Regulation, and which, contrary to the aim of the choice of law rules, creates a risk of simultaneous application of the legislation of more than one Contracting Party. Such an

20 Artikkelen 11(1)(a) og (b) i forordning 574/72 lyder:

Den institusjon som er utpekt av den kompetente myndighet i den medlemsstat hvis lovgivning fortsatt får anvendelse, skal utstede en attest som bekrefter at en arbeidstaker fortsatt skal omfattes av denne lovgivning inntil et bestemt tidspunkt:

a) etter anmodning fra arbeidstakeren eller vedkommendes arbeidsgiver i tilfellene omhandlet i forordningens artikkel 14(1) og artikkel 14b(1),

b) i tilfeller der forordningens artikkel 17 får anvendelse.

21 Blankett E 101, som er utarbeidet av Den administrative kommisjon ved vedtak nr. 164 av 27. november 1998 om de blanketter som skal benyttes ved anvendelse av forordning 1408/71 og forordning 574/72 (EFT 1997 L 216, side 85), med endringer ved vedtak nr. 172 av 9. desember 1998 (EFT 1999 L 143, side 13), som det er vist til i punkt 3.48 i vedlegg VI til EØS-avtalen, har følgende innledning:

“CERTIFICATE CONCERNING THE LEGISLATION APPLICABLE
Regulation (EEC) No 1408/71: Article 13.2.d; Article 14.1.a; (...) Article 14b.1,
2 and 4; (...) Article 17”

22 Det vises til rettsmøterapporten for en fyldigere redegjørelse for de rettslige rammer, de faktiske forhold, saksgangen og den skriftlige prosedyre, som i det følgende bare nevnes eller drøftes i den grad det er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.

III Rettens bemerkninger

23 Spørsmålet fra den nasjonale domstolen gjelder betydningen av blankett E 101 eller tilsvarende offisiell erklæring for anvendelsen av artikkel 14b(4) i forordning 1408/71, som inneholder vilkår for å unnta en person som utfører lønnet arbeid om bord på et fartøy som seiler under en EØS-stats flagg, fra flaggstatens trygdellovgivning. Den nasjonale domstolen spør i hovedsak om flaggstaten er berettiget til å avvise et krav om slikt unntak alene på grunnlag av at det ikke foreligger slik offisiell dokumentasjon. Dette spørsmålet gjelder flaggstatens rolle ved vurderingen av vilkårene i artikkel 14b(4), særlig i hvilken utstrekning flaggstaten plikter å ta i betraktning annet fremlagt materiale.

24 Saksøkerne anfører at saksøkte, ved å kreve at blankett E 101 eller en tilsvarende offisiell erklæring må være utstedt, oppstiller et vilkår for anvendelsen av artikkel 14b(4) som forordningen ikke inneholder, og som i strid med lovvalgsreglenes siktemål, medfører risiko for at mer enn én EØS-stats lovgivning kan komme til anvendelse samtidig. Et slikt tilleggskrav utgjør

additional requirement constitutes indirect discrimination on the basis of nationality and a restriction on the right to free movement of workers that cannot be justified. They stress that Title II of Regulation 1408/71 is only concerned with the question of which social security legislation applies. Therefore, it is of no importance for the application of Article 14b(4) whether the Plaintiffs fall completely outside the Greek social security system or whether they, as they argue, merely fall outside the mandatory social security system, but as pensioners may voluntarily subscribe to the social security system in Greece.

- 25 The Defendant shares the view of the Plaintiffs that Title II of Regulation 1408/71 is confined to choice of law rules, but contests the submission of the Plaintiffs that the Defendant's interpretation of the Regulation entails a condition not contained therein. The Defendant submits that the Regulation is based on a principle of home State control and argues that the objectives of the Regulation, to avoid both positive and negative conflict of laws, can only be ensured if it is the competent institution of the State of residence that decides whether the conditions of Article 14b(4) are fulfilled. Furthermore, the Defendant submits that where form E 101 has been issued, the evaluation made is binding on other States and refers in that regard to Cases C-178/97 *Barry Banks and Others v Théâtre Royal de la Monnaie* [2000] ECR I-2005, at paragraph 40; and C-202/97 *Fitzwilliam Executive Search v Bestuur van het Landelijk Instituut Sociale Verzekeringen* [2000] ECR I-883, at paragraph 53. In the view of the Defendant, the same consideration applies where the State of residence does not issue form E 101. The Defendant asserts that the social security authorities and the courts in Norway are not competent to overrule the competent Greek institution in this matter.
- 26 The EFTA Surveillance Authority and the Commission are of the opinion that the flag State cannot proceed from the premise that the State of residence must issue form E 101 or another equivalent official statement, but has to evaluate private documentation if presented. In support of this conclusion, they refer, inter alia, to the aim of Regulation 1408/71 (to facilitate the free movement of workers), to the nature and aim of the choice of law rules contained in the Regulation, and to the obligations of the Contracting Parties to cooperate when implementing the Regulation.
- 27 The starting point for the Court must be that Regulation 1408/71 provides for coordination and not harmonisation of social security legislations of the Contracting Parties. In order to facilitate the free movement of workers, Title II of Regulation 1408/71 contains provisions that constitute a complete and uniform system of choice of law rules. Those rules are intended to prevent the simultaneous application of more than one national system of social security legislation to persons covered by the Regulation, and to ensure that those persons are not left without social security cover because there is no legislation applicable to them (see also Case C-196/90 *Fonds voor Arbeidsongevallen v Madeleine De Paep* [1991] ECR I-4815, at paragraph 18).

indirekte forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet og en restriksjon på den frie bevegelighet av arbeidstakere som ikke kan rettfærdiggjøres. De understreker at forordning 1408/71 avdeling II bare gjelder spørsmålet om hvilken trygdelovgivning som kommer til anvendelse. Det har derfor ingen betydning for anvendelsen av artikkel 14b(4) om saksøkerne faller fullstendig utenfor den greske trygdeordningen eller om de, slik de hevder, bare faller utenfor den obligatoriske trygdeordningen, men som pensjonister har mulighet til å tilknyttes trygdeordningen i Hellas på frivillig basis.

- 25 Saksøkte er enig med saksøkerne i at forordning 1408/71 avdeling II bare inneholder lovvalgsregler, men bestrider saksøkernes anførsel om at saksøktes tolkning av forordningen medfører at det innføres et vilkår som forordningen ikke inneholder. Saksøkte anfører at forordningen er basert på et prinsipp om hjemstatskontroll og at forordningens formål, å unngå såvel positiv som negativ lovkonflikt, bare kan oppnås dersom det er bostedsstatens kompetente myndighet som avgjør om vilkårene i artikkel 14b(4) er oppfylt. Saksøkte hevder videre at vurderingen som er gjort der blankett E 101 er utstedt, er bindende for andre stater og viser i den forbindelse til sakene *C-178/97 Barry Banks med flere v Théâtre Royal de la Monnaie* [2000] ECR I-2005, avsnitt 40, og *C-202/97 Fitzwilliam Executive Search v Bestuur van het Landelijk Instituut Sociale Verzekeringen* [2000] ECR I-883, avsnitt 53. Etter saksøktes oppfatning må det være på samme måte der bostedsstaten lar være å utstede blankett E 101. Saksøkte hevder at norske trygdemyndigheter og domstoler ikke har kompetanse til å overprøve den kompetente greske myndighet i dette spørsmålet.
- 26 EFTAs overvåkningsorgan og Kommissjonen er av den oppfatning at flaggstaten ikke kan legge til grunn at bostedsstaten må utstede blankett E 101 eller annen tilsvarende offisiell erklæring, men må vurdere eventuell dokumentasjon som legges frem av private parter. Til støtte for dette vises blant annet til formålet med forordning 1408/71 (å fremme den frie bevegelighet for arbeidstakere), formålet med og arten av lovvalgsreglene i forordningen, samt EØS-statenes forpliktelse til å samarbeide for å gjennomføre forordningen.
- 27 Utgangspunktet for EFTA-domstolen må være at forordning 1408/71 medfører samordning og ikke harmonisering av EØS-statenes trygdelovgivinger. For å fremme den frie bevegelighet for arbeidstakere, inneholder forordningens avdeling II bestemmelser som utgjør et fullstendig og ensartet system av lovvalgsregler. Disse reglene er ment å forhindre at mer enn én nasjonal trygdelovgivning kommer til anvendelse samtidig på personer som omfattes av forordningen, samt å sikre at disse personene ikke blir stående uten trygdedekning fordi ingen lovgivning kommer til anvendelse på dem (se også sak *C-196/90 Fonds voor Arbeidsongevallen v Madeleine De Paep* [1991] ECR I-4815, avsnitt 18).

- 28 The choice of law rules of Title II of Regulation 1408/71 are binding in the sense that a Contracting Party cannot decide the extent to which its own legislation or that of another State applies. In order to facilitate their implementation, Regulation 1408/71 and Regulation 574/72 establish a system of cooperation and reconciliation between the Contracting Parties. In the Community, a central body, the Administrative Commission, deals with administrative questions and questions of interpretation. In the EEA context, the rights and duties conferred upon the Administrative Commission are assumed by the EEA Joint Committee, cf. point II under the heading “Sectoral Adaptations” in Annex VI to the EEA Agreement.
- 29 The duty of the competent institutions of a Contracting Party to issue a certificate declaring that its legislation applies to a certain individual in a given situation, is an essential feature of the system. Pursuant to Regulation 574/72, the Administrative Commission has to draft model certificates to be used by the Contracting Parties, cf. Article 2. Form E 101 constitutes such a model certificate. Its aim is to facilitate the implementation of Regulation 1408/71, and thereby the free movement of workers (see Case C-202/07 *Fitzwilliam*, at paragraph 48).
- 30 Article 3 EEA lays down the principle of sincere cooperation between the Contracting Parties. Article 84 of Regulation 1408/71 is a specification of this principle and imposes a duty on the issuing institution to carry out a proper factual assessment and consequently to guarantee the correctness of the information contained in form E 101 (see for comparison Case C-202/07 *Fitzwilliam*, at paragraph 51; and Case C-178/97 *Barry Banks*, at paragraph 38).
- 31 It follows from the principle of sincere cooperation and the aims of the choice of law rules contained in Title II of Regulation 1408/71, that once form E 101 has been issued, it is binding on other Contracting Parties in so far as it establishes a presumption that the individual in question falls under the social security legislation of the issuing State (see Case C-202/97 *Fitzwilliams*, at paragraphs 52 to 53; and Case C-178/97 *Barry Banks*, at paragraphs 39 to 40). The same applies with respect to equivalent official statements. If the competent institution of the flag State doubts the correctness of the issued form, the competent institution of the State of residence is obliged to reconsider whether the form was properly issued and, if appropriate withdraw it (see *Fitzwilliam*, at paragraph 56; and *Barry Banks*, at paragraph 43).
- 32 In a situation, such as the one at hand, where no form E 101 has been issued, the States concerned are similarly under an obligation to ensure the correct application of the choice of law rules contained in Title II of Regulation 1408/71. That follows from the principle of sincere cooperation which is laid down in Article 3 EEA. The flag State must assess whether the conditions of Article 14b(4) of Regulation 1408/71 are fulfilled, and for that purpose evaluate other evidence presented to it, including unofficial evidence. Any other solution would impair legal certainty and thereby undermine the aims of the choice of law rules in Regulation 1408/71 and restrain the free movement of workers.

- 28 Lovvalgsreglene i forordning 1408/71 avdeling II er bindende i den forstand at en enkelt EØS-stat ikke kan bestemme i hvilken utstrekning dens egen eller en annen stats lovgivning kommer til anvendelse. For å lette gjennomføringen etablerer forordning 1408/71 og forordning 574/72 en ordning for samarbeid og mekling mellom EØS-statene. I EU er det et sentralt organ, Den administrative kommisjon, som behandler administrative spørsmål og spørsmål om fortolkning av forordningen. I EØS-rettslig sammenheng er rettighetene og oppgavene som er pålagt Den administrative kommisjon, tillagt EØS-komiteén, jf. punkt II under overskriften "sektorvis tilpasning" i vedlegg VI til EØS-avtalen.
- 29 Et vesentlig trekk ved systemet er den plikt en EØS-stats kompetente myndigheter har til å utstede erklæring om at deres trygdellovgivning kommer til anvendelse på et bestemt individ i en gitt situasjon. I henhold til forordning 574/72 må Den administrative kommisjon utarbeide blanketter som skal anvendes av EØS-statene, jf. artikkel 2. E 101 er en slik blankett. Dens siktemål er å fremme gjennomføringen av forordning 1408/71, og derved også den frie bevegelighet for arbeidstakere (se sak C-202/07 *Fitzwilliam*, avsnitt 48).
- 30 I artikkel 3 EØS er det nedfelt et prinsipp for oppriktig samarbeid mellom EØS-statene. Artikkel 84 i forordning 1408/71 er en presisering av dette prinsippet og pålegger den utstedende myndighet en plikt til å vurdere alle relevante faktiske omstendigheter og derved også innestå for riktigheten av de opplysninger E 101-blanketten inneholder (sml. sak C-202/07 *Fitzwilliam*, avsnitt 51 og sak C-178/97 *Barry Banks*, avsnitt 38).
- 31 Det følger av prinsippet om oppriktig samarbeid og siktemålene med lovvalgsreglene i forordning 1408/71 avdeling II at når blankett E 101 først er utstedt, er den bindende for andre EØS-stater i den forstand at den skaper en formodning for at det angjeldende individet faller inn under trygdellovgivningen til den utstedende staten (se sak C-202/97 *Fitzwilliams*, avsnittene 52 og 53, og sak C-178/97 *Barry Banks*, avsnittene 39 til 40). Det samme gjelder med hensyn til tilsvarende offisielle erklæringer. Dersom flaggstatens kompetente myndighet betviler riktigheten av den utstedte blanketten, er bostedsstatens kompetente myndighet forpliktet til på ny å vurdere om blanketten ble utstedt på riktig grunnlag, og om nødvendig trekke den tilbake (se *Fitzwilliam*, avsnitt 56 og *Barry Banks*, avsnitt 43).
- 32 I en situasjon som den foreliggende, der blankett E 101 ikke er utstedt, er de berørte statene på tilsvarende måte forpliktet til å sikre korrekt anvendelse av lovvalgsreglene i forordning 1408/71 avdeling II. Dette følger av prinsippet om oppriktig samarbeid som er nedfelt i artikkel 3 EØS. Flaggstaten må vurdere om vilkårene i artikkel 14b(4) i forordning 1408/71 er oppfylt på grunnlag av annet fremlagt materiale, derunder materiale som er fremlagt av private parter. Noe annet ville svekke forutsigbarheten og dermed undergrave siktemålet for lovvalgsreglene i forordning 1408/71 og begrense den frie bevegelighet for arbeidstakere.

- 33 This is further supported by the wording of Article 84(3) of Regulation 1408/71, which stipulates that authorities and institutions of the Contracting Parties may, for the purpose of implementing the Regulation, communicate directly with one another and with the persons concerned or their representatives. Form E 101 or an equivalent statement is therefore not a legal precondition to the application of the rule in Article 14b(4).
- 34 If the flag State is satisfied that the evidence made available to it allows the conclusion that the conditions of Article 14b(4) are fulfilled, its legislation will not be applicable, and the flag State should notify the identified State of residence. If, in that situation, the identified State of residence does not acknowledge that its legislation applies, the competent institutions of both States are bound to seek a settlement of the issue through all practicable channels, including, if necessary, referring of the matter to the EEA Joint Committee, cf. Article 111 EEA.
- 35 In light of the above, the answer to the question referred to the Court must be that it is not compatible with the choice of law rules contained in Title II of Regulation 1408/71, that a flag State proceeds from the premises that a State of residence must have issued a form E 101 or a statement containing equivalent information, for the legislation of the State of residence to apply in accordance with Article 14b(4), and that in the absence of such documentation, the legislation of the flag State shall apply in accordance with Article 13(2)(c).

IV Costs

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

- 33 Dette støttes videre av ordlyden i artikkel 84(3) i forordning 1408/71 som fastsetter at EØS-statenes myndigheter og institusjoner, ved anvendelsen av forordningen, kan ta direkte kontakt med hverandre og med de berørte personer eller deres representanter. Blankett E 101 eller en tilsvarende erklæring er derfor ikke en rettslig forutsetning for at regelen i artikkel 14b(4) skal komme til anvendelse.
- 34 Dersom flaggstaten anser det godtgjort at det på bakgrunn av det fremlagte materiale kan konkluderes med at vilkårene i artikkel 14b(4) er oppfylt, vil flaggstatens lovgivning ikke komme til anvendelse, og den bør varsle den utpekte bostedsstaten. Dersom den utpekte bostedsstaten i en slik situasjon ikke erkjenner at dens lovgivning kommer til anvendelse, plikter de kompetente myndigheter i begge stater å søke en løsning av saken gjennom alle tjenlige kanaler, derunder, om nødvendig, å henvise saken til EØS-komiteén, jf. artikkel 111 EØS.
- 35 I lys av ovenstående må svaret på spørsmålet som er forelagt EFTA-domstolen være at det ikke er forenlig med lovvalgsreglene i forordning 1408/71 avdeling II at en flaggstat legger til grunn at en bostedsstat må ha utstedt blankett E 101 eller en erklæring som inneholder tilsvarende opplysninger, for at bostedsstatens lovgivning skal komme til anvendelse i henhold til artikkel 14b(4), eller at flaggstatens lovgivning må komme til anvendelse i henhold til artikkel 13(2)(c) der slik dokumentasjon ikke foreligger.

IV Saksomkostninger

- 36 Omkostningene som er påløpt for EFTAs overvåkningsorgan, Kommisjonen, Den islandske republikk og Den tyske forbundsrepublikk, som har forelagt saksfremstillinger for EFTA-domstolen, kan ikke kreves dekket. For så vidt gjelder partene i hovedsøksmålet, er foreleggelsen for EFTA-domstolen en del av rettergangen for den nasjonale domstolen. Avgjørelsen av saksomkostningsspørsmålet tilligger derfor denne domstolen.

On those grounds,

THE COURT,

in answer to the questions referred to it by Gulating lagmannsrett by a reference of 28 May 2004, hereby gives the following Advisory Opinion:

It is not compatible with the choice of law rules contained in Title II of Regulation (EEC) 1408/71 on the application of social security schemes to employed persons, to self-employed persons and to members of their families moving within the Community, as amended and as referred to in Annex VI, point 1 to the EEA Agreement, that a flag State proceeds from the premises that a State of residence must have issued a form E 101 or a statement containing equivalent information, for the legislation of the State of residence to apply in accordance with Article 14b(4), and that in the absence of such documentation, the legislation of the flag State shall apply in accordance with Article 13(2)(c).

Carl Baudenbacher

Per Tresselt

Thorgeir Örlygsson

Delivered in open court in Luxembourg on 14 December 2004.

Henning Harborg
Registrar

Carl Baudenbacher
President

På dette grunnlag avgir

DOMSTOLEN,

som svar på spørsmålet som er forelagt av Gulating lagmannsrett ved anmodning av 28. mai 2004, følgende rådgivende uttalelse:

Det er ikke forenlig med lovvalsreglene i avdeling II i Rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendige næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet, med endringer, som vist til i punkt 1 i vedlegg VI til EØS-avtalen, at en flaggstat legger til grunn at en bostedsstat må ha utstedt blankett E 101 eller en erklæring som inneholder tilsvarende opplysninger, for at bostedsstatens lovgivning skal komme til anvendelse i henhold til artikkel 14b(4), eller at flaggstatens lovgivning må komme til anvendelse i henhold til artikkel 13(2)(c) der slik dokumentasjon ikke foreligger.

Carl Baudenbacher

Per Tresselt

Thorgeir Örlygsson

Avsagt i åpen rett i Luxembourg den 14. desember 2004.

Henning Harborg
Justissekretær

Carl Baudenbacher
President

REPORT FOR THE HEARING
in Case E-3/04

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

Tsomakas Athanasios and Others

Supported by
Odfjell ASA

and

The Norwegian State represented by Rikstrygdeverket

concerning the interpretation of Regulation (EEC) No 1408/71 on the application of social security schemes to employed persons, to self-employed persons and to members of their families moving within the Community, as amended¹ (“Regulation 1408/71”) and as referred to in Annex VI, point 1 to the EEA Agreement.

I. Introduction

1. By a reference dated 28 May 2004, registered at the Court on 4 June 2004, Gulating lagmannsrett made a Request for an Advisory Opinion in a case pending before it between Tsomakas Athanasios, Labropoulos V. Elias,

* Paragraph 36 has been inserted and subsequent paragraphs renumbered.

¹ The Regulation was amended and updated by Council Regulation No 118/97 of 2 December 1996 (OJ 1997 L 28, p. 1), incorporated into the EEA Agreement by Decision of the EEA Joint Committee No 66/98 of 4 July 1998. It has subsequently been amended several times. Regulation 1408/71, as amended by Council Regulation No 1399/1999 of 29 April 1999 (OJ 1999 L 164, p.1), incorporated into the EEA Agreement by Decision of the EEA Joint Committee No 9/2000 of 28 January 2000, that entered into force the subsequent day, is the version relevant to this case.

RETSMØTERAPPORT

i sak E-3/04

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

Tsomakas Athanasios med flere

med **Odfjell ASA som hjelpeintervenient**

og

Den norske stat v/ Rikstrygdeverket

vedrørende tolkningen av rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendige næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet med endringer,¹ som vist til i vedlegg VI, nr. 1 til EØS-avtalen.

I. Innledning

1. Ved beslutning av 28. mai 2004, mottatt ved EFTA-domstolen 4. juni 2004, anmodet Gulating lagmannsrett om en rådgivende uttalelse i en verserende sak mellom Tsomakas Athanasios, Labropoulos V. Elias,

* Avsnitt 36 er lagt til og de følgende avsnitt renummerert.

¹ EFT 1971 L 149, side 2. Forordningen ble endret og ajourført ved rådsforordning (EØF) nr. 118/97 av 2. desember 1996 (EFT 1997 L 28, side 1), innarbeidet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens vedtak nr. 66/1998 av 4. juli 1998. Den har senere blitt endret flere ganger. Forordning 1408/71, med endringer ved forordning (EØF) nr. 1399/1999 av 29. april 1999 (EFT 1999 L 164, side 1), innarbeidet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens vedtak nr. 9/2000 av 28. februar 2000, er den relevante versjon for denne saken.

Pastrikos Constantinos, Moystakas Antonios, Stiros Ilias, Papmarkos Konstantinos, Desypris Petros, Dellaportas Gerasimos, Koufogiannis Nikolas Sotirios, Markou Stavros Pantelis, Bourzikos Konstantinos, Karafillidis Grigorios, Bourzikos Konstantinos, Karafillidis Grigorios, Spyrtatos Konstantinos, Skiadaressis Vassilis, Manasis Leonidas, Kourouklis Panagiotis, Vasilakis Georgios (the “Plaintiffs”), supported by Odfjell ASA (the “Accessory Intervener”), and the Norwegian State, represented by Rikstrygdeverket (the National Insurance Administration) (the “Defendant”).

II. Facts and procedure

2. In the case before the national court there is a disagreement on the interpretation of the choice of law rules contained in Title II of Regulation 1408/71. The disagreement essentially concerns the question of whether a decision to apply Article 14b(4) of the Regulation is only to be based on form E 101 or equivalent official documentation issued by the State of residence, or whether the flag State must, in the absence of such documentation, conduct its own evaluation of whether the conditions of Article 14b(4) are fulfilled, and assess, *inter alia*, private documentation.

3. The Plaintiffs are Greek mariners who worked on board vessels owned by the Accessory Intervener for varying lengths of time between 1995 and 1999. All of the vessels were registered with the Norwegian International Ship Registry (NIS). According to documentation provided to the national court by the Accessory Intervener, the Plaintiffs are residing in Greece and have been employed and remunerated by Mare Maritime SA, which has its place of business in Greece.

4. On behalf of its employees, Mare Maritime SA made a claim to Sentralskattekontoret for utenlandssaker (the Central Office – Foreign Tax Affairs) on 4 September 1997 to be exempt from Norwegian social security legislation. The matter was referred to Folketrygdekontoret for utenlandssaker (the National Office for Social Insurance Abroad, the “FFU”), which is the competent institution in Norway for deciding whether Norway’s or another State’s social security legislation applies pursuant to Regulation 1408/71. By way of letter dated 19 February 1999, FFU notified Mare Maritime SA that the competent Greek institution needed to issue form E 101 for each mariner, confirming that the mariners in question were covered by Greek legislation. FFU also sent a request to the competent Greek institution for completed E 101 forms for the mariners. The competent Greek institution subsequently issued completed E 101 forms for most of the Greek mariners working on the subject vessels, but not for all of them, and not for any of the Plaintiffs.

Pastrikos Constantinos, Moystakas Antonios, Stiros Ilias, Papmarkos Konstantinos, Desypris Petros, Dellaportas Gerasimos, Koufogiannis Nikolas Sotirios, Markou Stavros Pantelis, Bourzikos Konstantinos, Karafillidis Grigorios, Spyrtatos Konstantinos, Skiadaressis Vassilis, Manasis Leonidas, Kourouklis Panagiotis, Vasilakis Georgios ("saksøkerne"), med Odfjell ASA som hjelpeintervenient ("hjelpeintervenienten"), og Staten v/ Rikstrygdeverket ("saksøkte").

II. Faktum og saksgang

2. I saken for den nasjonale domstolen er det uenighet om tolkningen av lovvalgsreglene i forordning 1408/71 avdeling II. Uenigheten gjelder hovedsakelig spørsmålet om en avgjørelse om å anvende forordningens artikkel 14b(4) utelukkende skal baseres på blankett E 101 eller tilsvarende offisiell dokumentasjon utstedt av bostedsstaten, eller om flaggstaten i fravær av slik dokumentasjon må foreta en selvstendig undersøkelse av om vilkårene i artikkel 14b(4) er oppfylt, blant annet ved å vurdere privat dokumentasjon.

3. Saksøkerne er greske sjøfolk som i forskjellige perioder i tidsrommet 1995-1999 arbeidet på skip eid av hjelpeintervenienten. Alle skipene var registrert i Norsk Internasjonalt Skipsregister (NIS). Ifølge dokumentasjon som hjelpeintervenienten har fremlagt for lagmannsretten, er saksøkerne bosatt i Hellas og har vært ansatt og lønnet av Marc Maritime SA, som har sete i Hellas.

4. På vegne av sine ansatte fremmet Marc Maritime SA 4. september 1997 krav overfor Sentralskattekontoret for utenlandssaker om unntak fra den norske trygdlovgivningen. Saken ble overført til Folketrygdkontoret for utenlandssaker (FFU) som er den norske myndighet med kompetanse til å avgjøre om Norges eller et annet lands trygdlovgivning får anvendelse i henhold til forordning 1408/71. Ved brev av 19. februar 1999 til Marc Maritime SA orienterte FFU om at kompetent myndighet i Hellas måtte utstede blankett E 101 for hver enkelt sjømann som bekreftelse på at de var dekket av gresk lovgivning. FFU sendte også en anmodning til greske myndigheter om å få tilsendt utfylte E 101-blanketter for sjøfolkene. Greske trygdemyndigheter utstedte deretter utfylte E 101-blanketter for de fleste av de greske sjøfolkene som arbeidet på de aktuelle skipene, men ikke for alle, og ikke for noen av saksøkerne.

5. On 11 July 2000, FFU issued a decision on social security cover for the Greek mariners. With respect to Article 14b(4) of Regulation 1408/71, and the need for documentation from the Greek authorities, FFU found that it was for the Greek social security authorities to make a factual determination, and provide confirmation that the conditions for application of Article 14b(4) were fulfilled. Such confirmation could be provided by issuing form E 101 or equivalent documentation from Greek social security authorities. It stated that in the absence of such confirmation, FFU was unable to determine if the individual mariner is actually covered by Greek social security during those periods such individual works on Norwegian vessels. On those grounds FFU confirmed exemption from social security in Norway for those Greek mariners for whom Greek authorities had issued form E 101 but denied exemption for other mariners, including all the Plaintiffs.

6. Based upon FFU's ruling, in October 2000 Sentralskattekontoret for utenlandssaker stipulated the basis for calculating social security contributions for those mariners who were not exempt from Norwegian social security law.

7. On 17 August 2000, the Accessory Intervener, on behalf of the mariners, appealed FFU's decision to Trygderetten (The National Insurance Court), arguing that Article 14b(4) of Regulation 1408/71 exhaustively determines which State's laws shall apply, and that form E 101, or equivalent documentation, cannot be demanded in addition to the conditions set forth in the Regulation. Among the documents presented to Trygderetten was a statement from a Greek government representative to the Administrative Commission on Social Security for Migrant Workers in Brussels, dated 9 May 2002. The statement was a reply to an inquiry from Norwegian authorities regarding social security cover for mariners on board the relevant vessels. The reply was made after consultations with the competent Greek institution. It stated, inter alia, that on the basis of Article 14b(4), E 101 forms were provided for all the mariners expressly mentioned and that:

“Yet, E 101 Forms have not been issued for Greek mariners who, in their capacity of pensioners, have been employed on board vessels flying the Norwegian flag...”

According to the Request, the parties to the proceedings disagree on the factual and legal meaning of the above statement.

5. FFU fattet 11. juli 2000 vedtak om trygdedekning for de greske sjøfolkene. For så vidt gjaldt artikkel 14b(4) i forordning 1408/71 og behovet for dokumentasjon fra greske myndigheter for å la det unntaket komme til anvendelse, fant FFU at det må falle til greske trygdemyndigheter å fastlegge faktum, og eventuelt bekrefte at vilkårene for anvendelse av artikkel 14b(4) var oppfylt. Bekreftelse kunne ifølge FFU vært gitt ved utstedelse av E 101-blanketter eller tilsvarende dokumentasjon fra greske trygdemyndigheter. I fravær av slik bekreftelse mente FFU at det ikke hadde grunnlag for å avgjøre om den enkelte sjømann var medlem i gresk trygd i de perioder vedkommende arbeidet på norske skip. Følgelig bekreftet FFU unntak fra folketrygden for de sjøfolk det var utstedt E 101-blanketter for, men avslo unntak for de andre sjøfolkene, deriblant saksøkerne.

6. Basert på FFUs vedtak fastsatte Sentralskattekontoret for utenlandssaker i oktober 2000 ved skjønn grunnlaget for trygdeavgift for de sjøfolkene som ikke var unntatt fra norsk trygdelovgivning.

7. Den 17. august 2000 påanket hjelpeintervenienten på vegne av sjøfolkene FFUs vedtak til Trygderetten. Det ble anført at artikkel 14b(4) i forordning 1408/71 uttømmende regulerer hvilket lands lovgivning som skal gjelde, og at det ikke kan kreves blankett E 101 eller tilsvarende dokumentasjon i tillegg til de vilkår bestemmelsen oppstiller. Blant de dokumenter som ble fremlagt for Trygderetten var en uttalelse av 9. mai 2002 fra representanten for den greske regjeringen til Den administrative kommisjon for trygd og vandrearbeidere i Brussel. Uttalelsen var svar på en anmodning fra norske myndigheter om trygdedekningen for sjøfolkene om bord på de aktuelle skipene. Svaret ble gitt etter konsultasjoner med den kompetente greske myndighet. Det het der blant annet at i henhold til artikkel 14b(4) var E 101-blanketter blitt utstedt for alle sjøfolkene som hadde arbeidet på skip som seilte under norsk flagg, og at:

”E 101-blanketter er likevel ikke blitt utstedt for de greske sjøfolkene som, i egenskap av pensjonister, har arbeidet om bord på skip under norsk flagg ...”.

Ifølge anmodningen er sakens parter uenige om det faktiske og rettslige meningsinnholdet i ovennevnte uttalelse.

8. On 11 April 2003, Trygderetten issued its ruling on the appeal. A majority of two of three judges agreed with FFU's interpretation of Regulation 1408/71 and upheld its ruling, stating, *inter alia*, that no Norwegian authority would be competent to determine that the mariners in question would be covered by Greek law when this has not been confirmed by the competent Greek institution. On 7 October 2003, the Accessory Intervener challenged Trygderetten's ruling before Gulating lagmannsrett, claiming that Trygderetten's ruling is invalid, primarily on the grounds that Trygderetten's finding of a requirement for documentation from the Greek social security authorities is contrary to Article 14b(4) of Regulation 1408/71.² The Defendant argues in its reply that Trygderetten's ruling was based upon a correct interpretation of EEA law, and requests a finding in the Defendant's favour. Under the proceedings Gulating lagmannsrett decided to request an Advisory Opinion from the Court.

III. Question

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

Is it compatible with the choice of law rules contained in Title II of Regulation (EEC) No 1408/71, that the flag State proceeds from the premise that the State of residence must have issued a form E 101 or a statement containing information equivalent to that found in form E 101, for the legislation of the State of residence to apply in accordance with Article 14b(4), and that in the absence of such documentation, the legislation of the flag State shall apply in accordance with Article 13(2)(c)?

IV. Legal background

10. According to Chapter 2 of the National Insurance Act No 19 of 28 February 1997 (*lov om folketrygd*), the basic principle is that only those persons who are residing in Norway are compulsory members of the Norwegian social security scheme. However, the King is, pursuant to the Act, authorised to grant exemptions from its provisions through reciprocal agreements with other states, such as the EEA Agreement. Until 1 January 2001, the choice of law rules of Regulation

² Subsequently the claim was altered and the 17 mariners were named as Plaintiffs and Odfjell AS as Accessory Intervener.

8. Trygderetten fattet 11. april 2003 vedtak i ankesaken. Flertallet på to av tre dommere sluttet seg til FFUs forståelse av forordning 1408/71 og stadfestet dettes vedtak. Trygderetten uttalte blant annet at ingen norsk myndighet har kompetanse til å avgjøre om de aktuelle seilere var dekket av gresk lovgivning når dette ikke hadde blitt bekreftet av de kompetente greske myndigheter. Odfjell ASA reiste 7. oktober 2003 sak for Gulating lagmannsrett med påstand om at Trygderettens kjennelse var ugyldig. Det sentrale grunnlag for ugyldighet var at det krav om dokumentasjon som Trygderetten oppstilte var i strid med art 14b(4) i forordning 1408/71.² Saksøkte nedla i sitt tilsvarende påstand om frifinnelse og anførte at Trygderettens kjennelse bygde på en korrekt forståelse av EØS-retten. Gulating lagmannsrett besluttet under saksforberedelsen å anmode om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen.

III. Spørsmål

9. Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:

Er det i overensstemmelse med lovvalgsreglene i Rådsforordning 1408/71 avdeling II om flaggstaten legger til grunn at bostedsstaten må ha utstedt blankett E 101 eller en erklæring med tilsvarende informasjon som blankett E 101 for at bostedsstatens lovgivning skal komme til anvendelse etter artikkel 14b nr. 4, og at flaggstatens lovgivning uten slik dokumentasjon får anvendelse i medhold av artikkel 13(2) bokstav c?

IV. Rettslig bakgrunn

10. Etter lov om folketrygd av 28. februar 1997 nr. 19 (folketrygdloven) er utgangspunktet at kun personer som er bosatt i Norge er pliktige medlemmer av folketrygden. Loven gir imidlertid Kongen hjemmel til å gjøre unntak fra lovens bestemmelser gjennom gjensidige avtaler med andre land, som for eksempel EØS-avtalen. Frem til 1. januar 2001 var lovvalgsreglene i forordning 1408/71

² Partsangivelsen ble senere endret slik at de 17 sjøfolkene ble oppgitt som saksøkere mens Odfjell ASA inntok rollen som hjelpeintervenient.

1408/71 were implemented in Norwegian law through Regulation No 384 of 25 April 1997 (*forskrift av 25. april 1997 nr. 384*). According to section 1 of the Norwegian regulation, the rules of the National Insurance Act shall be derogated from insofar as is necessary in order to apply, inter alia, the choice of law rules contained in Regulation 1408/71.

11. In its review of the consequences of the choice of law issue, Gulating lagmannsrett states that in the event that the Plaintiffs are found not to be subject to Norwegian social security legislation they will not be liable for social security payments to Norway and will not be entitled to any benefits under the Norwegian social security legislation or from any other social security programs in Norway. If the opposite conclusion is reached, the Plaintiffs must pay Norwegian social security contributions pursuant to section 23-3 of the National Insurance Act, and their employer would be required to pay social security contributions pursuant to section 23-2 of the National Insurance Act. In addition, the Plaintiffs will be fully entitled to all of the benefits enjoyed by Norwegian citizens during the relevant period.

12. Article 3 of the EEA Agreement 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.”

13. Article 28(1) and (2) of the EEA Agreement read:

“1. Freedom of movement for workers shall be secured among EC Member States and EFTA States.

2. Such freedom of movement shall entail the abolition of any discrimination based on nationality between workers of EC Member States and EFTA States as regards employment, remuneration and other conditions of work and employment.”

gjennomført i norsk rett gjennom forskrift av 25. april 1997 nr. 384. Etter forskriftens § 1 skal folketrygdlovens bestemmelser fravikes blant annet i den utstrekning det er nødvendig av hensyn til lovvalgsreglene i forordning 1408/71.

11. I sin gjennomgang av konsekvensene av lovvalget, fremholder Gulating lagmannsrett at dersom man finner at saksøkerne ikke er underlagt den norske trygdelovgivning, så vil de ikke måtte betale trygdeavgift til Norge, men de vil heller ikke ha krav på ytelser etter folketrygdloven eller andre trygdeordninger. Er de derimot underlagt norsk trygdelovgivning, vil saksøkerne måtte betale trygdeavgift etter folketrygdloven § 23-3, og arbeidsgiveren deres arbeidsgiveravgift etter folketrygdloven § 23-2. Samtidig vil de ha samme rett som norske borgere til alle folketrygdens ytelser i den perioden de er underlagt den norske trygdeordningen.

12. Artikkel 3 i EØS-avtalen lyder:

”Avtalepartene skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale.

De skal avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av denne avtales mål i fare.

De skal videre lette samarbeidet innen rammen av denne avtale.”

13. Artikkel 28(1) og (2) i EØS-avtalen lyder:

“1. Fri bevegelighet for arbeidstagere skal gjennomføres mellom EFs medlemsstater og EFTA-statene.

2. Den frie bevegelighet innebærer at all forskjellsbehandling av arbeidstagere fra EFs medlemsstater og EFTA-statene på grunnlag av statsborgerskap skal avskaffes når det gjelder sysselsetting, lønn og andre arbeidsvilkår.”

14. Article 29 of the EEA Agreement reads:

“In order to provide freedom of movement for workers and self-employed persons, the Contracting Parties shall, in the field of social security, secure, as provided for in Annex VI, for workers and self-employed persons and their dependants, in particular:

(a) aggregation, for the purpose of acquiring and retaining the right to benefit and of calculating the amount of benefit, of all periods taken into account under the laws of the several countries;

(b) payment of benefits to persons resident in the territories of Contracting Parties.”

15. According to Article 13(1) of Regulation 1408/71 persons to whom the Regulation applies shall be subject to the legislation of a single Member State only.

16. Article 13(2)(c) of Regulation 1408/71 reads:

“2. Subject to Articles 14 to 17:

(...)

(c) a person employed on board a vessel flying the flag of a Member State shall be subject to the legislation of the State;”

17. Article 14b(4) of Regulation 1408/71 reads:

“Article 13 (2) (c) shall apply subject to the following exceptions and circumstances:

(...)

4. A person employed on board a vessel flying the flag of a Member State and remunerated for such employment by an undertaking or a person whose registered office or place of business is in the territory of another Member State shall be subject to the legislation of the latter State if he is resident in the territory of that State; the undertaking or person paying the remuneration shall be considered as the employer for the purpose of the said legislation.”

14. Artikkel 29 i EØS-avtalen lyder:

“For å gjennomføre den frie bevegelighet for arbeidstagere og selvstendig næringsdrivende skal avtalepartene, i samsvar med bestemmelsene i vedlegg VI, med hensyn til sosial trygghet særlig sikre arbeidstagere og selvstendig næringsdrivende og deres pårørende:

a) at alle tidsrom som de enkelte nasjonale lovgivninger tillegger betydning for å oppnå og beholde retten til ytelser og for beregningen av dem, blir lagt sammen, og

b) at ytelser som tilkommer personer bosatt på avtalepartenes territorium, blir utbetalt.”

15. Etter artikkel 13(1) i forordning 1408/71 skal personer som faller innenfor forordningens anvendelsesområde bare omfattes av én medlemsstats lovgivning.

16. Art 13(2) bokstav c i forordning 1408/71 lyder:

”Med forbehold for artikkel 14 til 17:

...

c) en person som utfører inntektsgivende arbeid om bord på et skip som fører en medlemsstats flagg, skal omfattes av denne statens lovgivning”.

17. Artikkel 14b(4) i forordning 1408/71 lyder:

”Artikkel 13(2) bokstav c får anvendelse, og i den forbindelse skal det tas hensyn til følgende unntak og særlige forhold:

...

En person som utfører lønnet arbeid om bord på et skip som fører en medlemsstats flagg, og som lønnes for dette arbeidet av et foretak, eller en person som har sitt forretningssted eller sin bopel på en annen medlemsstats territorium, skal omfattes av sistnevnte stats lovgivning dersom vedkommende er bosatt på denne statens territorium; det foretak eller den person som betaler lønnen, skal anses som arbeidsgiver ved anvendelse av nevnte lovgivning.”

18. Articles 80 and 81 of Regulation 1408/71 establish the Administrative Commission on Social Security for Migrant Workers (“the Administrative Commission”), whose duties include dealing with all administrative questions and questions of interpretation arising from the provision of Regulation 1408/71 and the fostering and development of cooperation between Member States with a view to expediting, taking into account developments in administrative management techniques, the awarding of benefits.

19. Article 84 of Regulation 1408/71 contains rules on cooperation between competent authorities and institutions of Member States within the field of application of the Regulation. Article 84(1) requires the competent authorities of the Member States to communicate to each other information regarding, inter alia, their implementing measures. Article 84(2) states that “*the authorities and institutions of Member States shall lend their good offices and act as though implementing their own legislation.*” Article 84(3) further states that the competent authorities and institutions may, for the purpose of implementing the Regulation, communicate directly with one another and with the persons concerned or their representatives.

20. According to Article 2(1) of Regulation (EEC) No 574/72 of 21 March 1972 laying down the procedure for implementing Regulation (EEC) No 1408/71, as amended³ (“Regulation 574/72”), and as referred to in point 2 of Annex VI to the EEA Agreement, models of certification and other documents necessary for the application of the Regulation and of the implementing Regulation shall be drawn up by the Administrative Commission.

21. Article 11(1)(a) and (b) of Regulation 574/72 reads:

“The institutions designated by the competent authority of the Member State whose legislation is to remain applicable shall issue a certificate stating that an employed person shall remain subject to that legislation up to a specific date:

(a) at the request of the employed person or his employer in cases referred to in Articles 14 (1) and 14b (1) of the Regulation;

(b) in cases where Article 17 of the Regulation applies.”

³ The Regulation was amended and updated by Council Regulation (EC) No 118/97 (OJ 1997 L 28, p. 1), incorporated into the EEA Agreement by Decision of the EEA Joint Committee No 66/98 of 4 July 1998. It has subsequently been amended several times. Regulation 574/72, as amended by Council Regulation No 1399/1999 of 29 April 1999 (OJ 1999 L 164, p. 1), incorporated into the EEA Agreement by Decision of the EEA Joint Committee No 9/2000 of 28 January 2000 that entered into force the subsequent day, is the version relevant to this case.

18. Artikkel 80 og 81 i forordning 1408/71 etablerer Den administrative kommisjon for trygd og vandrearbeidere ("Den administrative kommisjon"). Den har blant annet til oppgave å behandle alle spørsmål om administrasjon og fortolkning av bestemmelsen i forordning 1408/71, samt tilrettelegging for og utvikling av samarbeid mellom medlemsstatene med sikte på hurtig tildeling av ytelser. Det skal i dette samarbeidet tas hensyn til utviklingen for så vidt gjelder administrative styringsmetoder.

19. Artikkel 84 i forordning 1408/71 inneholder regler om samarbeid mellom de myndigheter og institusjoner i medlemsstatene som er kompetente på det område som reguleres av forordningen. Artikkel 84(1) krever at medlemsstatenes kompetente myndigheter skal holde hverandre underrettet blant annet om hvilke tiltak som er truffet for å gjennomføre forordningen. I artikkel 84(2) heter det at "medlemsstatenes myndigheter og institusjoner [skal] bistå hverandre som om det dreide seg om anvendelse av deres egen lovgivning." Det heter videre i artikkel 84(3) at de kompetente myndigheter og institusjoner ved anvendelse av forordningen kan ta direkte kontakt med hverandre og med de berørte personer eller deres representanter.

20. Etter artikkel 2(1) i rådsforordning (EØF) nr. 574/72 av 21. mars 1972 om regler for gjennomføring av forordning 1408/71 med endringer ("forordning 574/72"),³ skal blanketter til bekreftelser og andre dokumenter som er nødvendige ved anvendelsen av forordningen eller gjennomføringsforordningen utarbeides av Den administrative kommisjon.

21. Artikkel 11(1) bokstav a og b i forordning 574/72 lyder:

"Den institusjon som er utpekt av den kompetente myndighet i den medlemsstat hvis lovgivning fortsatt får anvendelse, skal utstede en attest som bekrefter at en arbeidstaker fortsatt skal omfattes av denne lovgivning inntil et bestemt tidspunkt:

a) etter anmodning fra arbeidstakeren eller vedkommendes arbeidsgiver i tilfellene omhandlet i forordningens artikkel 14(1) og artikkel 14b(1),

b) i tilfeller der forordningens artikkel 17 får anvendelse."

³ EFT 1972 L 74, side 1, som det er vist til Vedlegg VI, nr. 2 til EØS-avtalen. Forordningen ble endret og ajourført ved forordning 118/97 av 2. desember 1996 (EFT 1997 L 28, side 1), innarbeidet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens vedtak nr. 66/1998 av 4. juli 1998. Den har senere blitt endret flere ganger. Forordning 574/72, med endringer ved forordning 1399/1999 av 29. april 1999 (EFT 1999 L 164, side 1), innarbeidet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens vedtak nr. 9/2000 av 28. januar 2000 som trådte i kraft påfølgende dag, er den relevante versjon for denne saken.

22. Form E 101, drafted by the Administrative Commission⁴, contains the following introduction:

“CERTIFICATE CONCERNING THE LEGISLATION APPLICABLE
Regulation (EEC) No 1408/71: Article 13.2.d; Article 14.1.a; (...) Article 14b.1,2
and 4; (...) Article 17”

Section 5.1. of the form contains a separate box for marking Article 14b(4).

V. Written Observations

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

- the Plaintiffs and the Accessory Intervener, represented by Stephan L. Jervell, Advokat, Wiersholm, Mellbye & Bech, advokatfirma AS, Oslo, and Espen Ommedal, Advokat, Ernst & Young Tax, Bergen;
- the Defendant, represented by Ketil Bøe Moen, Assistant Advocate, Office of the Attorney General;
- The Government of the Republic of Iceland, represented by Finnur Thór Birgisson, Ministry of Foreign Affairs, acting as Agent;
- The Government of the Federal Republic of Germany, represented by Claus-Dieter Quassowski and Annette Tiemann, officials in the Federal Ministry of Finance, acting as Agents;
- the EFTA Surveillance Authority, represented by Michael Sánchez Rydelski, Deputy Director, Legal & Executive Affairs, and Arne Torsten Anderssen, Legal & Executive Officer, acting as Agents;

⁴ Decision No 164 of 27 November 1998 on the model forms necessary for the application of Regulation (EEC) No 1408/71 and Regulation (EEC) No 574/72 (OJ 1997 L 216, p. 85), as amended by Decision No 172 of 9 December 1998 (OJ 1999 L 143, p. 13), referred to in point 3.48 of Annex VI to the EEA Agreement. It was incorporated into the EEA Agreement by Decision of the EEA Joint Committee No 11/2000 of 28 January 2000 that entered into force the subsequent day.

22. Blankett E 101, utarbeidet av Den administrative Kommissjon,⁴ har følgende innledning:

”CERTIFICATE CONCERNING THE LEGISLATION APPLICABLE
Regulation (EEC) No 1408/71: Article 13.2.d; Article 14.1.a; (...) Article 14b.1,2
and 4; (...) Article 17”

Det er en egen avkrysningsrubrikk i blankettens punkt 5.1 for artikkel 14b(4).

V. Skriftlige saksfremstillinger

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

- Saksøkerne og hjelpeintervenienten, representert ved advokat Stephan L. Jervell, advokatfirmaet Wiersholm, Mellbye & Bech AS, Oslo, og Advokat Espen Ommedal, Ernst & Young Tax, Bergen;
- saksøkte, representert ved advokatfullmektig Ketil Bøe Moen, Regjeringsadvokaten;
- Den islandske regjering, representert ved Finnur Thór Birgisson, Utenriksdepartementet, som partsrepresentant;
- Den tyske regjering, representert ved Claus-Dieter Quassowski og Annette Tiemann, Det føderale finansdepartementet, som partsrepresentanter;
- EFTAs overvåkingsorgan, representert ved ass. direktør Michael Sánchez Rydelski og juridisk saksbehandler Arne Torsten Andersen, som partsrepresentanter;

⁴ Vedtak nr. 164 av 27. november 1998 vedrørende nødvendige blanketter for anvendelsen av forordning 1408/71 og forordning 574/72 (EFT 1997 L 216, side 85), med endringer ved vedtak nr. 172 av 9. desember 1998 (EFT 1999 L 143, side 13), som det er vist til i Vedlegg VI, nr. 3.48 til EØS-avtalen. Den ble innarbeidet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens vedtak nr. 11/2000 av 28. januar 2000 som trådte i kraft påfølgende dag.

- the Commission of the European Communities, represented by Nicola Yerrell and Denis Martin, Members of its Legal Service, acting as Agents.

The Plaintiffs and the Accessory Intervener

24. The Plaintiffs and the Accessory Intervener are of the opinion that the question referred to the Court must be answered in the negative. Article 14b(4) of Regulation 1408/71 provides, in their view, an independent, complete and exhaustive set of choice of law rules for determining which country's social security legislation shall apply at any given time. Accordingly, there is no room for national authorities to supplement the provision with additional conditions, particularly when doing so would result in Article 14b(4) being used to the detriment of foreign citizens residing in other EEA States.

25. In their introductory remarks the Plaintiffs and the Accessory Intervener describe, inter alia, the main issues of the case. In their view, the parties to the case agree that the situation of the Plaintiffs falls within the scope of Article 14b(4) of Regulation 1408/71, and that the Plaintiffs would initially appear to be subject to Greek legislation. As they see it, the disagreement concerns the proper interpretation of Article 14b(4) as well as the legal status of the Plaintiffs under Greek law, i.e. whether they, as allegedly argued by the Defendant, fall completely outside the Greek social security system or whether they, as argued by themselves, merely fall outside the mandatory social security system, but as pensioners may voluntarily subscribe to a social security system in Greece.

26. The Plaintiffs and the Accessory Intervener also describe the legal framework of the case. As regards Regulation 1408/71 they state that the Regulation contains an exhaustive set of choice of law rules, which entail that an individual shall only be subject to one set of laws and that an EEA State cannot maintain domestic laws that exclude individuals to whom the law should apply pursuant to the Regulation.⁵ Moreover, they maintain that as the purpose of Regulation 1408/71 is to coordinate the social security legislation of different States through choice of law rules and not to harmonize them, it does not affect an individual State's ability to decide for itself the details of its own social security system. The Plaintiffs and the Accessory Intervener then quote the judgment

⁵ In this regard the Plaintiffs and the Accessory Intervener refer, as an example, to Case C-196/90 *Fonds voor Arbeidsongevallen v Madeleine De Paep* [1991] ECR I-4815, para 18.

- Kommissjonen for De europeiske fellesskap representert ved Nicola Yerrell og Denis Martin, fra dens rettsavdeling, som partsrepresentanter.

Saksøkerne og hjelpeintervenienten

24. Saksøkerne og hjelpeintervenienten gjør gjeldende at spørsmålet som er forelagt EFTA-domstolen må besvares benektende. Etter deres oppfatning utgjør artikkel 14b(4) i forordning 1408/71 et selvstendig, fullstendig og uttømmende sett av lovvalgsregler som avgjør hvilket lands trygdelovgivning som til enhver tid skal gjelde. Det er derfor ikke rom for de nasjonale myndigheter til å supplere bestemmelsen med ytterligere vilkår, spesielt ikke når dette ville medføre en anvendelse av artikkel 14b(4) til ulempe for utlendinger bosatt i andre EØS-stater.

25. Saksøkerne og hjelpeintervenienten beskriver innledningsvis sakens hovedtemaer. Etter deres oppfatning er sakens parter enige om at saksøkerne er i en faktisk situasjon som faller innenfor anvendelsesområdet til artikkel 14b(4) i forordning 1408/71, og at det tilsier at de i utgangspunktet skal underlegges gresk lovgivning. Slik de ser det, gjelder uenigheten tolkningen av artikkel 14b(4), samt saksøkernes materiellrettslige stilling i gresk rett, det vil si om de, som saksøkte skal ha anført, faller fullstendig utenfor det greske trygdesystemet eller om de, som de selv hevder, kun faller utenfor det obligatoriske trygdesystemet, men at de som pensjonister kan tegne frivillig trygdemedlemskap.

26. Saksøkerne og hjelpeintervenienten beskriver også sakens rettslige rammer. For så vidt gjelder forordning 1408/71 anfører de at den inneholder uttømmende lovvalgsregler som medfører at en person utelukkende skal falle innenfor ett lands lovgivning, og at en EØS-stat ikke kan ha interne lovregler som ekskluderer personer som etter forordningen skal omfattes av dette lands lovgivning.⁵ De hevder videre at ettersom hensikten med forordning 1408/71 er å koordinere ulike lands trygdelovgivinger gjennom lovvalgsregler, og ikke å harmonisere dem, påvirker den ikke en stats muligheter til selv å utforme detaljene i eget trygdesystem. Saksøkerne og hjelpeintervenienten siterer deretter EF-domstolens

⁵ Som et eksempel viser saksøkerne og hjelpeintervenienten i denne sammenheng til sak C-196/90 *Fonds voor Arbeidsongevallen v Madeleine De Paep* [1991] ECR I-4815, avsnitt 18.

of the Court of Justice of the European Communities in Case C-18/95 *Terhoeve*⁶, which stated, *inter alia*, that Member States must comply with Community law when exercising their power to determine the conditions governing the right or duty to be insured with a social security scheme. Thus, in their view, an individual EEA State is not free to establish additional requirements when applying Article 14b(4).

27. In the opinion of the Plaintiffs and the Accessory Intervener, the general issue is to what extent an EEA State can establish supplemental conditions when applying EEA law. They stress that free movement of workers and other fundamental rights must be respected and that States have to seek solutions that best preserve these fundamental rights and duties when interpreting secondary legislation. Furthermore, they argue that the main purpose behind Regulation 1408/71 is to promote free movement of workers, and thus a State's freedom to supplement the conditions thereof in a manner which restricts the free movement of workers is limited.

28. The Plaintiffs and the Accessory Intervener submit that the Defendant's application of Article 14b(4) of Regulation 1408/71 results in a restriction of the Plaintiffs' right to free movement as workers since they would be forced to make mandatory social security contributions to Norway. They argue in this regard that it is clear that Article 28 EEA not only prohibits discrimination, but also precludes restrictions on the free movement of workers.⁷ The Plaintiffs and the Accessory Intervener submit that a mandatory Norwegian social security tax would potentially hinder Greek mariners from applying for, or obtaining, work through Greek management companies on board Norwegian registered ships. They assert that such a mandatory tax will potentially cause Norwegian shipowners to prefer mariners from other EEA States who are exempt from paying social security taxes in Norway, or perhaps citizens from outside the EEA. Furthermore, they state that it follows from Article 14b(4) of Regulation 1408/71 that the Plaintiffs are subject to Greek social security legislation. Regardless of the substance of this legislation, a requirement to pay social security tax to Norway while subject to Greek social security legislation would be an obstacle to their freedom of movement as workers. The fact that Greek social security legislation does not provide for mandatory participation in all circumstances cannot justify subjecting the Plaintiffs to Norwegian social security legislation.

⁶ Case C-18/95 *F.C. Terhoeve v Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland* [1999] ECR I-345, para 34.

⁷ The Plaintiffs refer to Case C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Bosman, Royal club liégeois SA v Bosman and Others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Bosman* [1995] ECR I-4921; Case C-176/96 *Lethonen and Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL v Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL* [2000] ECR I-2681; Case C-18/95 *Terhoeve*, paras 36 and 39.

dom i sak C-18/95 *Terhoeve*⁶, hvor det blant annet uttales at medlemsstater må overholde fellesskapsretten når de utøver retten til å utforme vilkår for rett eller plikt til å forsikres ved en trygdeordning. Etter deres oppfatning har derfor den enkelte EØS-stat ikke frihet til å fastsette tilleggsvilkår ved anvendelse av artikkel 14b(4).

27. Hovedspørsmålet er etter saksøkerne og hjelpeintervenientens oppfatning i hvilken utstrekning en EØS-stat kan fastsette tilleggsvilkår ved anvendelse av EØS-retten. De understreker at fri bevegelse for arbeidstakere og andre grunnleggende rettigheter må etterleves, og at stater ved tolkning av sekundærlovgivning må søke løsninger som best ivaretar de grunnleggende rettigheter og forpliktelser. De anfører videre at hovedformålet med forordning 1408/71 er å fremme fri bevegelighet for arbeidstakere, og at en stats frihet til å supplere forordningens vilkår på en måte som rammer den frie bevegelighet derfor er begrenset.

28. Saksøkerne og hjelpeintervenienten anfører at Statens anvendelse av artikkel 14b(4) i forordning 1408/71 medfører en begrensning av saksøkernes rett til fri bevegelighet som arbeidstakere ved at de derved pålegges å betale trygdeavgift til Norge. I denne sammenheng argumenterer de for at det er klart at artikkel 28 i EØS-avtalen ikke bare forbyr diskriminerende forskjellsbehandling, men også restriksjoner på den frie bevegelighet for arbeidstakere.⁷ Saksøkerne og hjelpeintervenienten anfører at en tvungen norsk trygdeavgift potensielt vil hindre greske sjøfolk i å søke eller få arbeid om bord på norskregistrerte skip gjennom greske managementselskaper. De hevder at en slik avgift vil kunne medføre at norske redere vil foretrekke sjøfolk fra andre EØS-stater som er unntatt fra norsk trygdeavgift, eventuelt borgere fra land utenfor EØS. De hevder videre at det følger av artikkel 14b(4) i forordning 1408/71 at saksøkerne er underlagt gresk lovgivning, derunder trygdellovgivningen. Uavhengig av dennes materielle innhold, ville et krav om betaling av trygdeavgift i Norge mens de er underlagt gresk trygdellovgivning, utgjøre en hindring i deres frie bevegelighet som arbeidstakere. At gresk trygdellovgivning ikke pålegger tvungen deltakelse i alle tilfeller, kan ikke rettferdiggjøre at saksøkerne underlegges norsk trygdellovgivning.

⁶ Sak C-18/95 *F.C. Terhoeve v Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland* [1999] ECR I-345, avsnitt 34.

⁷ Saksøkerne viser til sak C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Bosman, Royal club liégeois SA v Bosman and Others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Bosman* [1995] ECR I-4921, sak C-176/96 *Lethonen and Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL v Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL* [2000] ECR I-2681, og sak C-18/95 *Terhoeve*, avsnittene 36 og 39.

29. The Plaintiffs and the Accessory Intervener are also of the opinion that the Defendant's application of Article 14b(4) of Regulation 1408/71 is de facto indirectly discriminatory on the basis of nationality⁸ and conflicts with the fundamental principles of Regulation 1408/71. In this regard they argue that the Defendant applies the same rule in different circumstances by requiring the Plaintiffs to pay social security tax in Norway. In particular, the Defendant's position subjects the Plaintiffs to two legal regimes, both Norwegian and Greek, and subjects them to unjustifiable double taxation. In the view of the Plaintiffs and the Accessory Intervener it must be assumed that citizens of other EEA States are more likely to be subject to double social security coverage than Norwegian citizens.⁹

30. The Plaintiffs and the Accessory Intervener then submit that a requirement to produce an E 101 form or its equivalent does not follow from the choice of law provision of Article 14b(4) of Regulation 1408/71 and reiterate that the situation of the Plaintiffs falls within the scope of the provision. They support this submission by referring to the wording of Article 14b(4), which states that if the conditions of the provision are fulfilled the worker "shall" be subject to the legislation of the State of residence. Therefore, the Greek authorities are obliged to allow the Plaintiffs to avail themselves of Greece's social security legislation. Likewise, Norway has a duty to accept that the Plaintiffs are not subject to Norwegian social security legislation. Any other conclusion would, in their view, jeopardise the policy of avoiding double jurisdiction, double membership, and double social security taxation. In this regard the Plaintiffs and the Accessory Intervener stress that the formal choice of law rules that regulate which State's laws shall apply and the internal substantive laws on social security cover must not be confused.¹⁰ In this case it is only the choice of law rules that matter. Whether the Plaintiffs are perhaps not covered by the mandatory social security scheme in Greece or whether they have chosen to participate in a voluntary scheme is therefore, in the opinion of the Plaintiffs and the Accessory Intervener, irrelevant.¹¹

⁸ With respect to indirect discrimination, the Plaintiffs refer to Case C-80/94 *Wielockx v Inspecteur der Directe Belastingen* [1995] ECR I-2493, para 17.

⁹ The Plaintiffs and the Accessory Intervener refer in this regard to Case C-175/88 *Biehl v Administration des contributions du Grand-duché de Luxembourg* [1990] ECR I-1779, para 14.

¹⁰ With respect to the consequences of the absence of harmonisation between social security schemes, the Plaintiffs and the Accessory Intervener refer to Case C-18/95 *Terhoeve*, para 34.

¹¹ In this regard the Plaintiffs and the Accessory Intervener refer to the judgment in Case C-121/92 *Staatssecretaris van Financiën v Zinnecker* [1993] ECR I-5023, paras 4 and 18 and the Opinion of Advocate General Jacobs in the case, para 38.

29. Etter saksøkerne og hjelpeintervenientens oppfatning utgjør Statens anvendelse av artikkel 14b(4) i forordning 1408/71 de facto indirekte diskriminering på grunnlag av nasjonalitet⁸ og står i strid med de grunnleggende prinsipper som forordningen bygger på. De fremholder i denne sammenheng at Staten, ved å kreve at saksøkerne betaler trygdeavgift til Norge, anvender samme regel på forskjellige situasjoner. Konkret innebærer Statens syn at saksøkerne underkastes to rettssystemer, både det greske og det norske, og at de derved utsettes for en uberettiget dobbel avgiftsplikt. Det må etter saksøkerne og hjelpeintervenientens oppfatning legges til grunn at det på grunn av saksøktets unntaksfrie krav om utstedelse av blankett E 101, er større sannsynlighet for at borgere fra andre EØS-stater vil bli underlagt dobbel trygdedekning enn nordmenn.⁹

30. Saksøkerne og hjelpeintervenienten anfører deretter at det etter lovvalsregelen i artikkel 14b(4) i forordning 1408/71 ikke er noe vilkår at det må fremlegges en E 101-blankett eller tilsvarende, og gjentar at saksøkernes situasjon faller innenfor den regelens anvendelsesområde. De finner støtte for denne anførselen i ordlyden til artikkel 14b(4) hvor det heter at arbeideren “skal” omfattes bostedsstatens lovgivning dersom bestemmelsens vilkår er oppfylt. Greske myndigheter er derfor forpliktet til å la saksøkerne være omfattet av gresk trygdelovgivning. Tilsvarende er Norge forpliktet til å godta at saksøkerne ikke underkastes norsk trygdelovgivning. En annen konklusjon ville etter deres oppfatning motvirke målsetningen om å unngå at samme person blir underkastet to rettssystemer, får dobbelt medlemskap og dobbel avgiftsplikt. Saksøkerne og hjelpeintervenienten understreker i denne sammenheng at man ikke må forveksle lovvalsreglene som avgjør hvilket lands rett som kommer til anvendelse med de nasjonale materielle regler om trygdedekning.¹⁰ Det er kun lovvalsreglene som er av betydning i denne saken. Det er irrelevant om saksøkerne eventuelt ikke faller innunder den obligatoriske trygdeordningen, og også om de har valgt å delta i en frivillig ordning eller ikke.¹¹

⁸ For så vidt gjelder indirekte diskriminering viser saksøkerne til sak C-80/94 *Wielockx v Inspecteur der Directe Belastingen* [1995] ECR I-2493, avsnitt 17.

⁹ Saksøkerne og hjelpeintervenienten viser i denne sammenheng til sak C-175/88 *Biehl v Administration des contributions du Grand-duché de Luxembourg* [1990] ECR I-1779, avsnitt 14.

¹⁰ Med hensyn til virkningene av manglende harmonisering av trygdeordninger viser saksøkerne og hjelpeintervenienten til sak C-18/95 *Terhoeve*, avsnitt 34.

¹¹ I denne sammenheng viser saksøkerne og hjelpeintervenienten til sak C-121/92 *Staatssecretaris van Financiën v Zinnecker* [1993] ECR I-5023, avsnittene 4 and 18 og Generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i saken, avsnitt 38.

31. The Plaintiff and the Accessory Intervener also submit that Article 11 of Regulation 574/72 demonstrates the absence of authority for requiring an E 101 form or its equivalent. That Article is, in their view, framed specifically in order to limit the requirement that a certificate is issued to the situations governed by certain provisions of Article 14 et seq. of Regulation 1408/71. They argue that the distinctions between the different provisions of Regulation 1408/71 would be without meaning in the event Article 11 of Regulation 574/72 applied to all provisions of Article 14 et seq. of Regulation 1408/71. The specificity of Regulation 574/72 is, in the view of the Plaintiffs and the Accessory Intervener, further emphasised by the specific provision of Article 11a of Regulation 574/72 relating to Articles 14a(1) and 14b(2) of Regulation 1408/71. In their view, it is not correct to interpret Article 11 of Regulation 574/72 and Article 14b(4) of Regulation 1408/71 broadly as the Defendant does. The Plaintiffs and the Accessory Intervener further point out that Regulation 574/72 regulates a particular situation which is different from those regulated by Article 14b(4) of Regulation 1408/71.

32. Furthermore, the Plaintiffs and the Accessory Intervener contest that the presence of a check box on form E 101 for Article 14b(4) has any legal significance. In their view, it does not imply that use of the form is compulsory. In that regard, they refer, inter alia, to the instructions to form E 101, where reference is made to the same provisions of Article 14 of Regulation 1408/71 as in Article 11 of Regulation 574/72. Also, they note that form E 101 does not inquire about social security cover, but rather which law applies, and if the EEA citizen is subject to the competent EEA State's legislation.

33. Lastly, the Plaintiffs and the Accessory Intervener address the purpose of the choice of law provisions contained in Title II of Regulation 1408/71 and state that it is twofold: to avoid that migrant workers are subject to neither social security legislation of their originating State nor their host State, and to avoid subjecting them to both. In this regard, they refer, inter alia, to the judgment of the Court of Justice of the European Communities in *De Paep*.¹² In the view of the Plaintiffs and the Accessory Intervener, this judgment does not support the Defendant's position that a form E 101 must be issued to document that a worker is covered by a mandatory social security scheme in his State of residence. In this regard they first point out that in the judgment, the focus is on choice of law and not on the substantive content of national social security schemes. Second, by requiring a form E 101, the Defendant overlooks the policy of avoiding double participation/taxation. Furthermore, the Plaintiffs and the Accessory Intervener

¹² Case C-196/90, para 18.

31. Saksøkerne og hjelpeintervenienten anfører også at artikkel 11 i forordning 574/72 medfører at Staten mangler adgang til å kreve blankett E 101 eller tilsvarende. De påpeker at bestemmelsen er utformet med særskilte angivelser av hvilke bestemmelser i artikkel 14 flg. i forordning 1408/71 den skal gjelde for, og etter deres oppfatning må det være for å begrense kravet om særskilt dokumentasjon nettopp til disse tilfeller. De hevder at de særskilte angivelsene ville være uten betydning dersom artikkel 11 i forordning 574/72 anvendes for alle bestemmelsene i artikkel 14 flg. i forordning 1408/71. Etter saksøkerne og hjelpeintervenientens syn økes spesifikasjonsgraden i forordning 574/72 ved at artikkel 11a inneholder særbestemmelser for artikkel 14a(1) og 14b(2) i forordning 1408/71. De hevder at det ikke er grunnlag for en utvidende tolkning av artikkel 11 i forordning 574/72 og artikkel 14b(4), slik saksøkte etter deres oppfatning gjør. Saksøkerne og hjelpeintervenienten påpeker også at forordning 574/72 regulerer en særegen situasjon som er annerledes enn de situasjoner som reguleres av artikkel 14b(4) i forordning 1408/71.

32. Videre bestrider saksøkerne og hjelpeintervenienten at det har noen rettslig betydning at blankett E 101 inneholder en avkrysningsrubrikk for artikkel 14b(4). Etter deres oppfatning kan ikke eksistensen av en slik rubrikk innebære at bruk av blanketten er påkrevd. De viser i den sammenheng til veiledningen til E 101 der det henvises til de samme bestemmelsene i artikkel 14 i forordning 1408/71 som i artikkel 11 i forordning 574/72. De påpeker også at blankett E 101 ikke etterspør informasjon om vedkommende sjømann har tryggedekning, men snarere om hvilken lovgivning som skal komme til anvendelse og om EØS-borgeren er underkastet bostedsstatens lovgivning.

33. Til slutt behandler saksøkerne og hjelpeintervenienten formålet med lovvalsreglene i avdeling II i forordning 1408/71, og hevder at det er todelt: 1) å unngå at vandrearbeidere verken blir omfattet av hjemlandet eller vertslandets trygdlovgivning, og 2) å unngå at de blir omfattet av begge. De viser i denne forbindelse blant annet til EF-domstolens dom *De Paep*.¹² Etter saksøkerne og hjelpeintervenientens oppfatning støtter ikke dommen Statens standpunkt om at blankett E 101 må fremlegges for å bekrefte at en arbeider er dekket av en tvungen trygdeordning i bostedsstaten hans. I denne forbindelse påpeker de for det første at fokuset i dommen er på lovvalgsspørsmål og at ett lands lovgivning må komme til anvendelse, og ikke på det materielle innholdet i nasjonale trygdeordninger. For det annet overser Staten, ved å kreve blankett E 101, hensynet til å unngå dobbel deltakelse og dobbel avgiftsplikt. Saksøkerne og hjelpeintervenienten hevder

¹² Sak C-196/90, avsnitt 18.

assert that the Defendant places too much emphasis on the Regulation's objective. They note that the legal significance of form E 101 was not addressed in *De Paep* and thus the judgment is of limited value for resolving the issue in the current matter. Nor can the Plaintiffs and the Accessory Intervener see how the judgments in *Barry Banks*¹³ and *Fitzwilliam*¹⁴ provide a solution to the present matter, as both of these judgments concern factual situations different from the present case.

34. The Plaintiffs and the Accessory Intervener suggest to answer the question as follows:

“It is not compatible with the choice of law rules contained in Title II of Regulation (EEC) No 1408/71, that the flag State proceeds from the premise that the State of residence must have issued a form E 101 or a statement containing information equivalent to that found in form E 101, for the legislation of the State of residence to apply in accordance with Article 14b(4), and in the absence of such documentation, the legislation of the flag State shall not apply in accordance with Article 13(2)(c).”

The Defendant

35. The Defendant maintains that the question referred to the Court must be answered in the affirmative and argues that this can be inferred from the choice of law rules in Title II of Regulation 1408/71. These rules must in the view of the Defendant be read in the light of, in particular, the objectives of Regulation 1408/71 and of form E 101 itself, including its formulation, legal basis, purpose and its binding effect. Furthermore, a requirement for form E 101 or equivalent information will, in the Defendant's view, contribute to more efficiently effecting the principle of free movement of workers, cf. Article 28 EEA.

36. The documentation provided by the Accessory Intervener, indicating that the criteria set out in Article 14b(4) of Regulation (EEC) No 1408/71 may be fulfilled, has not been examined by the Norwegian social

¹³ Case C-178/97 *Barry Banks and Others v Theatre royal de la Monnaie* [2000] ECR I-2005.

¹⁴ Case C-202/97 *Fitzwilliam Executive Search v Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen* [2000] ECR I-883.

dessuten at man ikke kan slutte seg frem til svaret på det spørsmål som er forelagt EFTA-domstolen ut fra en generell formålsangivelse. Det ville være å legge langt mer i formålsangivelsen enn det med rimelighet er grunnlag for. De påpeker at *De Paep* ikke gjaldt E 101-blankettens rettslige betydning og mener at dommen derfor har begrenset betydning for løsningen av vår sak. Saksøkerne og hjelpeintervenienten kan heller ikke se at dommene i *Barry Banks*¹³ og *Fitzwilliam*¹⁴ gir noen løsning til vår sak, ettersom begge de sakene gjaldt andre faktiske situasjoner enn denne.

34. Saksøkerne og hjelpeintervenienten foreslår at spørsmålet besvares som følger:

”Det er ikke i overensstemmelse med lovvalgsreglene i Avdeling II 1 forordning (EØF) 1408/71 om flaggstaten legger til grunn at bostedsstaten må ha utstedt blankett E 101 eller en erklæring med tilsvarende informasjon som E 101 for at bostedsstatens lovgivning skal komme til anvendelse etter artikkel 14b(4), og flaggstatens lovgivning skal ikke uten slik dokumentasjon få anvendelse i medhold av artikkel 13(2)c.”

Saksøkte

35. Saksøkte gjør gjeldende at spørsmålet som er stillet EFTA-domstolen må besvares bekreftende, og hevder at dette kan slutes fra lovvalgsreglene i avdeling II i forordning 1408/71. Etter saksøktes oppfatning må lovvalgsreglene leses i lys av forordningens formål, og av blankett E 101 selv, derunder dennes formulering, rettslige grunnlag, formål og bindende virkning. I tillegg vil et krav om utstedelse av blankett E 101 eller tilsvarende informasjon etter saksøktes oppfatning bidra til mer effektiv gjennomføring av prinsippet om fri bevegelighet for arbeidstakere, jf. artikkel 28 i EØS-avtalen.

36. De norske trygdemyndighetene har ikke gransket den dokumentasjon som hjelpeintervenienten har skaffet, og som indikerer at vilkåret i artikkel 14b(4) i forordning 1408/71 kan være oppfylt. I følge saksøkte er dette på grunn av

¹³ Sak C-178/97 *Barry Banks and Others v Theatre royal de la Monnaie* [2000] ECR I-2005.

¹⁴ Sak C-202/97 *Fitzwilliam Executive Search v Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekering* [2000] ECR I-883.

security authorities. According to the Defendant, this is due to the Defendant's understanding of the legal issue in the case at hand; namely that neither the Norwegian social security authorities nor Norwegian courts are competent to overrule the mariners' State of residence (i.e. Greece) as regards the question of whether the social security law of the State of residence is applicable according to Article 14b(4) of Regulation (EEC) No 1408/71. In this connection, the Defendant refers to the request dated 9 March 1999 whereby the Norwegian authorities asked the competent Greek institution to certify the application of Greek legislation pursuant to Article 14b(4) for a considerable number of Greek mariners. Subsequently, the Greek authorities issued completed E 101 forms for most of the mariners, but not for any of the Plaintiffs.

37. In its assessment of the question referred to the Court, the Defendant first provides an introduction to the choice of law rules in Regulation 1408/71. In the introduction, the Defendant points out that neither Article 42 EC (corresponding to Article 29 EEA) nor Regulation 1408/71 provide for a harmonisation of the national legislation on social security within the EU. Therefore, these provisions do not affect the freedom of the EEA States to determine the conditions for affiliation with their own social security systems, provided there is no discrimination against nationals of other EEA States, cf. Article 3(1) of Regulation 1408/71.¹⁵ The Defendant also refers to the purpose of Regulation 1408/71: to provide for a co-ordination of the social security systems of the Member States by way of regulating which State's law is applicable and thereby ensure that the social security legislation of one – but only one – Member State shall apply in its entirety, both as regards benefits and obligations.¹⁶ In this regard, the Defendant refers to Articles 3(1) and 13(1) of Regulation 1408/71 and the case law of the Court of Justice of the European Communities, according to which, the aim of the choice of law rules encompasses two main objectives: ensuring that persons covered by the Regulation are not left without any social security cover because there is no legislation which is applicable to them (negative conflict of law); and, preventing the simultaneous application of more than one national legislative system (positive conflict of law).¹⁷

¹⁵ The Defendant refers to Case C-297/92 *Istituto Nazionale della Previdenza Sociale v Corradina Baglieri*, [1993] ECR I-5211, para 13.

¹⁶ Case C-71/93 *Guido Van Poucke v Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen and Algemene Sociale Kas voor Zelfstandigen*, [1994] ECR I-1101, para 22; Case C-202/97 *Fitzwilliam*, para 20.

¹⁷ Case C-196/90 *De Paep*, para 18.

saksøktes forståelse av det rettslige spørsmålet i den foreliggende saken; nemlig at verken de norske trygdemyndighetene eller norske domstoler er kompetente til å overprøve sjøfolkene bostedsstat (dvs. Hellas) hva gjelder spørsmålet om bostedsstatens trygdelovgivning er anvendelig i henhold til artikkel 14b(4) i forordning 1408/71. Saksøkte viser i denne sammenheng til forespørselen av 9. mars 1999, hvorved de norske myndighetene ba den kompetente greske myndighet om å bekrefte at gresk trygdelovgivning, i henhold til artikkel 14b(4), kom til anvendelse på et betydelig antall greske sjøfolk. Deretter utstedte de greske myndighetene utfylte E 101-blanketter for de fleste av sjøfolkene, men ikke for noen av saksøkerne.

37. I sin vurdering av spørsmålet som er forelagt Domstolen, gir saksøkte først en innføring i lovvalgsreglene i forordning 1408/71. Det påpekes at verken artikkel 42 EF (som tilsvarer artikkel 29 i EØS-avtalen) eller forordning 1408/71 pålegger harmonisering av de forskjellige nasjonale trygdelovgivningene innen EU. Disse bestemmelsene påvirker derfor ikke EØS-statenes frihet til å regulere de nærmere vilkårene for tilknytning til deres trygdeordning, så lenge borgere av andre medlemsstater ikke diskrimineres, jf. art 3(1) i forordning 1408/71.¹⁵ Saksøkte viser også til formålet med forordning 1408/71, nemlig å samordne medlemsstatenes trygdesystemer ved å fastlegge hvilken stats lovgivning som skal komme til anvendelse, slik at man derved sikrer at én medlemsstats trygdelovgivning – men bare én – kommer til anvendelse i sin helhet, og da både for rettigheter og forpliktelser.¹⁶ Saksøkte viser i denne forbindelse til artikkel 3(1) og 13(1) i forordning 1408/71 og til rettspraksis fra EF-domstolen hvor det fremkommer at formålet med lovvalgsreglene er todelt: De skal sikre at personer som omfattes av forordningen ikke etterlates uten trygddekning overhodet fordi ingen lovgivning er anvendelig overfor dem (negativ lovkollisjon), og den skal hindre samtidig anvendelse av flere nasjonale lovgivninger (positiv lovkollisjon).¹⁷

¹⁵ Saksøkte viser til sak C-297/92 *Istituto Nazionale della Previdenza Sociale v Corradina Baglieri*, [1993] ECR I-5211, avsnitt 13.

¹⁶ Sak C-71/93 *Guido Van Poucke v Rijksinstituut voor de Sociale Verzekering der Zelfstandigen and Algemene Sociale Kas voor Zelfstandigen*, [1994] ECR I-1101, avsnitt 22, og sak C-202/97 *Fitzwilliam*, avsnitt 20.

¹⁷ Sak C-196/90 *De Paep*, avsnitt 18.

38. As regards the answer to the question referred to the Court, the Defendant first argues that the application of the correct choice of law pursuant to Regulation 1408/71 does in itself presuppose a principle of home State control, i.e., in this case, the State of residence. In this regard, the Defendant points out that in order to determine whether the conditions for an exception from the general rule in Article 13(2)(c) are fulfilled, comprehensive knowledge of the factual and legal situation in the worker's or economic operator's home State is required.

39. Secondly, the Defendant argues that the two objectives of Regulation 1408/71: to avoid negative and positive conflict of law, as described above, strongly support the conclusion that it is the authorities of the State of residence that are competent to decide whether the conditions of Article 14b(4) have been fulfilled. The Defendant submits that a requirement for form E 101 facilitates both of these objectives. Those mariners, for whom form E 101 is issued, are subject to the legislation of the State of residence, whereas the mariners for whom the State of residence does not issue form E 101, are subject to the legislation of the flag State. If, on the other hand, it were up to the Norwegian authorities to determine whether the conditions for social security cover in Greece are fulfilled, there is in the Defendant's view a significant risk that the mariners will be without social security cover. Furthermore, the risk of double cover would generally increase if both the State of residence and the flag State are competent to make the same evaluation. The view of the Plaintiffs and the Accessory Intervener would thus result in legal uncertainty. In this regard the Defendant refers to the judgments of the Court of Justice of the European Communities in *Fitzwilliam*¹⁸ and *Barry Banks*.¹⁹ In the view of the Defendant, there is no conflict between the two objectives in the case at hand. Generally speaking, however, to ensure that there is social security cover could be regarded as the more fundamental of the two objectives.

40. Thirdly, the Defendant submits that where form E 101 has been issued, the evaluation made is, according the case law of the Court of Justice of the European Communities,²⁰ binding on other States. In the view of the Defendant, the same consideration applies where the State of residence chooses not to issue form E 101. The essential point is that it is exclusively the State of residence that is competent to decide whether each individual is covered by that State's social security legislation in accordance with Regulation 1408/71.

¹⁸ Case C-202/97 *Fitzwilliam*, para 54.

¹⁹ Case C-178/97 *Barry Banks*, para 41.

²⁰ Case C-178/97 *Barry Banks*, para 40; Case C-202/97 *Fitzwilliam*, para 53.

38. Spesifikt til det spørsmål som er forelagt EFTA-domstolen, anfører saksøkte først at lovvalsreglene i forordning 1408/71 forutsetter at det gjelder et prinsipp om hjemstatskontroll, som i denne saken vil si bostedsstaten. Saksøkte påpeker i denne sammenheng at omfattende kunnskap både om den faktiske og den rettslige situasjon i vedkommende arbeidstakers eller virksomhets hjemstat er nødvendig for å kunne avgjøre om vilkårene for unntak fra hovedregelen i artikkel 13(2)c er oppfylt.

39. For det annet hevder saksøkte at de to formålene med forordning 1408/71, det vil si å unngå negative og positive lovkonflikter (se ovenfor), klart støtter den konklusjon at det er bostedsstatens myndigheter som har kompetansen til å avgjøre om vilkårene i artikkel 14b(4) er oppfylt. Saksøkte anfører at kravet om blankett E 101 vil fremme begge formål. Sjøfolkene som blankett E 101 utstedes for, blir underlagt bostedsstatens lovgivning, mens sjøfolkene som blankett E 101 ikke utstedes for, vil bli underlagt flaggstatens lovgivning. Hvis det på den annen side skulle være norske myndigheters oppgave å avgjøre om vilkårene for tryggedekning i Hellas er oppfylt, ville det etter Statens oppfatning medføre en betydelig risiko for at sjøfolkene ville bli stående uten noen tryggedekning. I tillegg ville risikoen for dobbelt dekning i de fleste tilfeller bli større dersom både bostedsstaten og flaggstaten hadde hatt kompetanse til å gjøre den vurderingen. Det synspunkt saksøkerne og hjelpeintervenienten forfekter, ville derfor medføre uforutsigbarhet om rettsstillingen. Saksøkte viser i denne sammenheng til EF-domstolens dommer i *Fitzwilliam*¹⁸ og *Barry Banks*¹⁹. Etter saksøktes oppfatning er det ingen motstrid mellom de to formålene i denne saken. På generelt grunnlag må det likevel kunne hevdes at det mest grunnleggende formålet er å sikre at det foreligger tryggedekning.

40. For det tredje viser saksøkte til at i tilfeller der E 101 har blitt utstedt, vil den vurdering som utstedelsen innebærer – etter rettspraksis fra EF-domstolen²⁰ – være bindende for andre stater. Saksøkte anfører at det samme må gjelde der bostedsstaten velger ikke å utstede blankett E 101. Det sentrale poeng er at bostedsstaten har eksklusiv kompetanse til å avgjøre om vedkommende person i tråd med forordning 1408/71 er dekket av bostedsstatens trygdelovgivning.

¹⁸ Sak C-202/97 *Fitzwilliam*, avsnitt 54.

¹⁹ Sak C-178/97 *Barry Banks*, avsnitt 41.

²⁰ Sak C-178/97 *Barry Banks*, avsnitt 40, sak C-202/97 *Fitzwilliam*, avsnitt 53.

41. The Defendant finds support for this position in the actual formulation of form E 101, which does not include any block or field to be filled out in the event that the State competent to issue form E 101 finds the conditions for an exemption are not fulfilled. The Defendant also points out that the use of form E 101 clearly facilitates the objectives of Regulation 1408/71, and in particular the avoidance of simultaneous application of more than one national legislative system. Furthermore, the Defendant argues that the use of form E 101 also facilitates the free movement of workers. The risk of not being covered by any social security system might discourage mariners from making use of their right to free movement, contrary to the principle of Article 28 EEA. Additionally, the interpretation of EEA law submitted by the Defendant would be best in line with the principle of co-operation in Article 84 of Regulation 1408/71 and Article 3 EEA. Conversely, the solution proposed by the Plaintiffs and the Accessory Intervener implies that Norwegian authorities have to overrule the evaluation made by the competent Greek institution as regards the applicability of Article 14b(4) of Regulation 1408/71 to the Plaintiffs.

42. Moreover, with respect to the binding effect of form E 101, the Defendant submits that the absence of an express reference to Article 14b(4) in Article 11 of Regulation 574/72 cannot be decisive. In this regard the Defendant points to the reference in form E 101 to Article 14b(4) of Regulation 1408/71, and the separate box in section 5.1. of the form to be checked off if the State of residence finds the conditions in Article 14b(4) are fulfilled. Furthermore, the legal basis for form E 101 is not Article 11 of Regulation 574/72, but rather Article 81 of Regulation 1408/71 and Article 2 of Regulation 574/72. Finally, the Administrative Commission has acknowledged the need for documentation by way of form E 101 for an exception according to Article 14b(4) to apply.

43. On this background, the Defendant submits that the Administrative Commission has de facto determined what constitutes necessary documentation in order for the Member States to apply this provision, but has not imposed a new condition in addition to those that can be derived from Regulation 1408/71 and Regulation 574/72.

41. Saksøkte finner støtte for sitt syn i utformingen av blankett E 101 som ikke inneholder noen rubrikk som skal fylles ut dersom den kompetente staten finner at vilkårene for unntak ikke er oppfylt. Saksøkte påpeker også at bruk av blankett E 101 klart fremmer forordningens målsettinger, og da særlig målsettingen om å unngå samtidig anvendelse av mer enn ett lands trygdellovgivning. Etter saksøktes oppfatning vil kravet om utstedelse av blankett E 101 også fremme fri bevegelse for arbeidstakere. Risikoen for å falle utenfor ethvert trygdesystem kan frata sjøfolk lysten til å utøve retten til fri bevegelse, i strid med prinsippet i artikkel 28 i EØS-avtalen. Saksøkte mener i tillegg at dennes tolkning av EØS-retten harmonerer best med prinsippet om lojalt samarbeid i artikkel 84 i forordning 1408/71 og artikkel 3 i EØS-avtalen. Den løsning som saksøkerne og hjelpeintervenienten har foreslått ville derimot innebære at norske myndigheter måtte overprøve greske myndigheters uttrykkelige vurdering av anvendeligheten av artikkel 14b(4) i forordning 1408/71 overfor saksøkerne.

42. I forhold til E 101-blankettens bindende virkning, anfører saksøkte at fraværet i artikkel 11 i forordning 574/72 av en eksplisitt henvisning til artikkel 14b(4), ikke kan være avgjørende. Saksøkte viser i denne sammenheng til henvisningen i blankett E 101 til artikkel 14b(4) i forordning 1408/71, og at det er en egen avkrysningsrubrikk i del 5.1 for artikkel 14b(4) som skal benyttes hvis bostedsstaten finner at vilkårene i den bestemmelsen er oppfylt. Videre påpekes det at det rettslige grunnlag for blankett E 101 ikke er å finne artikkel 11 i forordning 574/72, men snarere i artikkel 81 i forordning 1408/71 og artikkel 2 i forordning 574/72. Endelig vises det til at Den administrative kommisjon har anerkjent nødvendigheten av at det må foreligge bekreftelse gjennom blankett E 101 for at det skal være grunnlag for unntak etter art 14b(4).

43. På denne bakgrunn anfører saksøkte at det Den administrative kommisjon i realiteten har gjort, er å vurdere hvilken dokumentasjon som er nødvendig for at en EØS-stat kan anvende bestemmelsen, og ikke å pålegge et nytt vilkår som kommer i tillegg til de som kan utledes fra forordning 1408/71 og forordning 574/72.

44. Fourthly, the Defendant asserts that neither the social security authorities nor the national courts in Norway are competent to overrule the competent Greek institutions in this matter. A decision by a Norwegian court on this question will, as the Defendant sees it, not be binding on the competent Greek institutions. In the opinion of the Defendant, this view is in line with the general principle that the effects of EEA and Community law in a particular State must be determined by the competent institutions and judiciary system of that State.²¹

45. The Defendant suggests to answer the question as follows:

“It is compatible with the choice of law rules contained in Title II of Regulation (EEC) No 1408/71, that the flag State proceeds from the premise that the State of residence of mariners must have issued a form E 101 or a statement containing information equivalent to that found in form E 101, for the legislation of the State of residence to apply in accordance with Article 14b(4), and that in the absence of such documentation, the legislation of the flag State shall apply in accordance with Article 13(2)(c).”

The Icelandic Government

46. The Icelandic Government first addresses the question of whether Norwegian authorities are imposing an additional requirement that does not follow from the provisions of Title II of Regulation 1408/71 by requiring that the Plaintiffs present form E 101 or other equivalent documentation to substantiate that they are covered by Greek social security legislation. In the view of the Icelandic Government, they are not. In support of that position, the Icelandic Government refers to the content and purpose of form E 101 and states that the form is a certificate stating that a person that falls under the scope of the Regulation is covered by the social security legislation of the EEA State that issues the form in accordance with the choice of law rules of Title II of Regulation 1408/71. In addition the Icelandic Government points out that the form refers explicitly to Article 14b(4) of Regulation 1408/71. In the view of the Icelandic Government, form E 101 simply serves the purpose of facilitating the administrative co-operation and sharing of information between the competent authorities of the EEA States that is necessary to ensure the proper application of Title II of Regulation 1408/71. The competent institutions have legitimate and compelling reasons for requesting conclusive information: so that they can make sure both that no-one engaged in paid employment in their territory is excluded from social security cover, and that no-one is subjected to social security schemes

²¹ The Defendant refers in this regard to the Opinion of the Advocate General Jacobs in Case C-202/97 *Fitzwilliam*, para 60.

44. Saksøker hevder for det fjerde at verken trygdemyndighetene eller domstolene i Norge har kompetanse til å overprøve de kompetente greske myndigheter. En norsk domstolsavgjørelse om dette spørsmål vil etter saksøktets syn ikke være bindende for de kompetente greske myndigheter. Etter saksøktets oppfatning er dette synet i overensstemmelse med det generelle prinsippet om at virkningene av EØS- og fellesskapsretten i en bestemt stat må fastlegges av de kompetente myndigheter og domstolsapparatet i vedkommende stat.²¹

45. Saksøkte foreslår at spørsmålet besvares som følger:

”Det er i overensstemmelse med lovvalgsreglene i Avdeling II i forordning 1408/71 EØF om flaggstaten legger til grunn at sjøfolkenes bostedsstat må ha utstedt blankett E 101 eller en erklæring med tilsvarende informasjon som blankett E 101 for at bostedsstatens lovgivning skal komme til anvendelse etter artikkel 14b nr. 4, og at flaggstatens lovgivning uten slik dokumentasjon får anvendelse i medhold av artikkel 13(2) bokstav c.”

Den islandske regjering

46. Den islandske regjering behandler først spørsmålet om norske myndigheter, ved å kreve at saksøkerne fremlegger blankett E 101 eller annen tilsvarende dokumentasjon for å underbygge at de omfattes av gresk trygdelovgivning, innfører et tilleggsvilkår som ikke følger av bestemmelsene i forordning 1408/71 avdeling II. Det gjør norske myndigheter ikke slik den islandske regjering ser det. Til støtte for sin oppfatning viser den islandske regjering til innholdet av, og formålet med, blankett E 101 og uttaler at blanketten er en attest som erklærer at en person som faller innenfor forordningens anvendelsesområde, i overensstemmelse med lovvalgsreglene i forordningens avdeling II, omfattes av lovgivningen i den EØS-staten som har utstedt blanketten. Den islandske regjering påpeker videre at blanketten uttrykkelig viser til artikkel 14b(4) i forordning 1408/71. Etter den islandske regjeringens oppfatning er formålet med blankett E 101 bare å lette det administrative samarbeid og den informasjonsutveksling mellom de kompetente myndigheter i EØS-statene som er nødvendig for å sikre en korrekt anvendelse av forordningens avdeling II. De kompetente myndighetene har legitime og tvingende grunner for å etterspørre avgjørende informasjon, både for å forsikre seg om at ingen som er i lønnet arbeid på deres territorium blir stående uten noen trygddekning, og dessuten for å sikre at ingen underlegges trygdeordninger i flere enn én EØS-stat. Blankett E 101 er etter den islandske

²¹ Saksøkte viser i denne sammenheng til Generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i sak C-202/97 *Fitzwilliam*, avsnitt 60.

in two or more EEA States. In the view of the Icelandic Government, form E 101 is the simplest and the quickest way of providing the necessary information to attain this objective.

47. Regarding the implications of the fact that Article 11 of Regulation 574/72 does not refer to Article 14b(4) of Regulation 1408/71, the Icelandic Government refers again to the purpose of the form. Furthermore, it argues that even though the use of form E 101 would not be considered mandatory when applying Article 14b(4) of Regulation 1408/71, authorities in the flag State would still need some kind of confirmation from the State of residence that the relevant workers are in fact covered by the social security legislation of the latter State before excluding them from their social security legislation. Otherwise, there is, in the opinion of the Icelandic Government, a real risk that the objective of Regulation 1408/71 would be undermined.²² Moreover, the flag State risks interfering with matters that are solely for another State to decide if it were to independently evaluate whether a worker should be covered by the social security legislation of another State pursuant to Article 14b(4). In this regard, the Government of Iceland refers to the judgment of the Court of Justice of the European Communities in *Fitzwilliam*.²³

48. Based on those arguments the Icelandic Government suggests that the question is answered as follows:

“It is compatible with the choice of law rules contained in Title II of Regulation (EEC) No 1408/71, that the flag State proceeds from the premise that the State of residence must have issued a form E101 or a statement containing information equivalent to that found in form E101, for the legislation of the State of residence to apply in accordance with Article 14b(4), and that in the absence of such documentation, the legislation of the flag State shall apply in accordance with Article 13(2)(c).”

The Government of the Federal Republic of Germany

49. The Government of Germany is of the opinion that the question referred to the Court should be answered in the affirmative. With respect to the legal consequences of form E 101, the Government of Germany quotes the Opinion of Advocate General Lenz in Case C-425/93 *Andresen*²⁴, and asserts that if statements

²² With respect to the objectives of the Regulation, reference is made to Case C-196/90 *De Paep*, para 18.

²³ Case C-202/97, paras 49 and 55.

²⁴ Case C-425/93 *Calle Grenzshop Andresen v Allgemeina Ortskrankenkasse für den Kreis Schleswig-Flensburg*, [1995] ECR I-269, para 60 of the Opinion.

regjerings oppfatning den enkleste og raskeste måten å formidle den informasjon på som er nødvendig for å oppnå denne målsettingen.

47. Vedrørende betydningen av at artikkel 11 i forordning 574/72 ikke henviser til artikkel 14b(4) i forordning 1408/71 viser den islandske regjering igjen til blankettens formål. Videre uttaler regjeringen at myndighetene i flaggstaten, selv om det ikke skulle være nødvendig å bruke blankett E 101 ved anvendelsen av artikkel 14b(4), uansett vil ha behov for en eller annen form for bekreftelse fra bostedsstaten på at arbeidstakerne faktisk dekkes av bostedsstatens trygdellovgivning, før de utelukker dem fra flaggstatens trygdellovgivning. Ellers vil det, etter den islandske regjeringens oppfatning, være en reell risiko for at formålet med forordning 1408/71 undergraves.²² Dessuten ville flaggstaten risikere å gripe inn i forhold som det ellers bare hører under en annen stat å avgjøre, dersom den i henhold til artikkel 14b(4) skulle foreta en selvstendig vurdering av om en arbeidstaker omfattes av den andre statens trygdellovgivning. I denne sammenhengen viser den islandske regjering til EF-domstolens dom i *Fitzwilliam*.²³

48. På bakgrunn av disse argumentene, foreslår den islandske regjering at spørsmålet besvares som følger:

“Det er i overensstemmelse med lovvalgsreglene i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 avdeling II om flaggstaten legger til grunn at bostedsstaten må ha utstedt blankett E 101 eller en erklæring med tilsvarende informasjon som blankett E 101 for at bostedsstatens lovgivning skal komme til anvendelse etter artikkel 14b nr. 4, og at flaggstatens lovgivning uten en slik dokumentasjon får anvendelse i medhold av artikkel 13 nr. 2 bokstav c.”

Den tyske regjering

49. Den tyske regjering er av den oppfatning at spørsmålet som er forelagt EFTA-domstolen bør besvares bekræftende. Vedrørende den rettslige betydningen av blankett E 101 siterer den tyske regjering Generaladvokat Lentz' forslag til avgjørelse i sak C-425/93 *Andresen*,²⁴ og uttaler at det ikke ville ha noen hensikt

²² Vedrørende forordningens formål, vises det til sak C-196/90 *De Paep*, avsnitt 18.

²³ Sak C-202/97, avsnittene 49 og 55.

²⁴ Sak C-425/93 *Calle Grenzshop Andresen v Allgemeina Ortskrankenkasse für den Kreis Schleswig-Flensburg*, [1995] ECR I-269, avsnitt 60 i forslaget til avgjørelse.

made by the competent institutions in one EEA State could be called into question by another EEA State's institution, then there would be no purpose in having to provide formalised proof by way of a binding declaration as to which legal system was applicable. In addition, one of the fundamental principles of Regulation 1408/71, i.e. the application of only a single EEA State's legal system, would be jeopardised if the competent institution of the second State could decide that a legal system other than the one specified in the form is applicable. That would lead to double coverage inconsistent with Article 13(1) of Regulation 1408/71 and thus also the objectives of EC Treaty provisions on the free movement of workers.

50. In the opinion of the Government of Germany, form E 101 merely constitutes presumptive evidence of a legal situation, which can be refuted by providing other evidence. If this is done, the person named on the form would be forced to leave the social security system of the EEA State issuing the form, so that s/he can be admitted to the social security system of the competent State.²⁵ In the view of the Government of Germany, the presumptive effect of form E 101 was confirmed in the judgments of the Court of Justice of the European Communities in *Barry Banks*²⁶ and *Fitzwilliam*.²⁷ As long as form E 101 is not withdrawn or declared invalid, the State of employment must take it into account. If that State doubts its basis or the facts contained therein, the issuing State will have to reconsider whether the conditions for issuing the form were fulfilled, and if necessary withdraw it. In the event of a disagreement, the matter can be referred to the Administrative Commission. In the opinion of the Government of Germany, the Court of Justice of the European Communities, in *Barry Banks* and *Fitzwilliam*, rightly emphasised the importance of legal certainty and of the principle that workers must be subject to only a single system of social security.

51. The Government of Germany argues that this must, therefore, also apply *mutatis mutandis* to cases in which the competent institution of the State of residence does not issue such a form. In such cases, according to the principle *lex loci laboris* laid down in Article 13(2)(c) of Regulation 1408/71, the legislation of the flag State applies as long as the competent institution of that State has no guarantee whatsoever that the competent institution of the State of residence will actually subject the concerned workers to its own social security legislation during their detachment. In the event that the competent institution of the flag State

²⁵ In this regard, the Government of Germany refers to Case C-425/93 *Andresen*, para 64.

²⁶ Case C-178/97, paras 38-43.

²⁷ Case C-202/97, paras 53-57.

å måtte skaffe formelt bevis i form av en bindende erklæring med hensyn til hvilket rettssystem som kommer til anvendelse, dersom erklæringer fra kompetente myndigheter i én EØS-stat skulle kunne trekkes i tvil av en tilsvarende myndighet i en annen. Dersom den kompetente myndighet i den sistnevnte staten skulle kunne bestemme at et annet rettssystem enn det som spesifiseres på blanketten skulle anvendes, ville dessuten et av de grunnleggende prinsippene i forordning 1408/71, det at bare én stats rettssystem skal kunne komme til anvendelse, settes i fare. Det ville lede til dobbeltdekning i strid med artikkel 13(1) i forordning 1408/71 og således også stride mot formålet med EF-traktatens bestemmelser om fri bevegelighet for arbeidstakere.

50. Etter den tyske regjeringens oppfatning gir blankett E 101 bare en presumpsjon for en rettslig tilstand, som kan motbevises ved fremleggelse av andre bevismidler. I så tilfelle ville den personen blanketten gjelder være tvunget til å tre ut av trygdeordningen i den EØS-staten som har utstedt blanketten, for å tre inn i trygdeordningen i den kompetente staten.²⁵ Slik den tyske regjering ser det, ble den presumptive betydningen av blankett E 101 bekreftet av EF-domstolen i *Barry Banks*²⁶ og *Fitzwilliam*.²⁷ Så lenge blankett E 101 ikke tilbakekalles eller erklæres ugyldig, må flaggstaten ta hensyn til den. Hvis flaggstaten tviler på grunnlaget for eller innholdet av blanketten, må den staten som utstedte den på nytt vurdere om betingelsene for utstedelsen av blanketten var oppfylt og om nødvendig kalle den tilbake. I tilfelle uenighet kan saken henvises til Den administrative kommisjon. Etter den tyske regjeringens oppfatning har EF-domstolen i *Barry Banks* og *Fitzwilliam* med rette understreket viktigheten av forutsigbarhet om rettstilstanden og av prinsippet om at arbeidstakere bare må omfattes av én trygdeordning.

51. Den tyske regjering anfører at dette derfor også må gjelde, *mutatis mutandis*, i saker der den kompetente myndighet i bostedsstaten ikke utsteder blanketten. I slike saker vil flaggstatens lovgivning, i henhold til prinsippet *lex loci laboris*, som følger av artikkel 13(2) bokstav c i forordning 1408/71, anvendes så lenge den kompetente myndighet i denne staten ikke har noen garanti for at det kompetente organet i bostedsstaten faktisk vil la sin egen trygdelovgivning omfatte de aktuelle arbeidstakerne i den perioden de er borte. Dersom den kompetente myndighet i flaggstaten likevel mener at bostedsstatens trygdelovgivning burde komme til anvendelse, forventes det at denne myndighet

²⁵ I denne forbindelse viser den tyske regjering til sak C-425/93 *Andresen*, avsnitt 64.

²⁶ Sak C-178/97, avsnittene 38-43.

²⁷ Sak C-202/97, avsnittene 53-57.

nevertheless believes that the social security legislation of the State of residence should apply, that institution is expected to contact the competent institution of the State of residence, and if necessary, request that form E 101 be issued. In the event that the competent institution in the State of residence subsequently issues the form, it may have retroactive effect²⁸ and social security contributions previously paid in the flag State may have to be reimbursed. In the view of the Government of Germany, this ensures no negative conflict regarding jurisdiction and that workers employed in a State other than that of residence are not without social security cover during the time they are working in such other State.

52. Finally, the Government of Germany asserts that the judgment of the Court of Justice of the European Communities in *De Paep*²⁹ is not relevant to the case at hand. In support of that assertion, the Government of Germany points out that the judgment considered neither the matter of the legal consequences of form E 101 nor the refusal to issue the form, but only the validity of national legislation in light of the conflict of law rules of Regulation 1408/71.

53. The Government of Germany suggests that the question referred to the Court should be answered as follows:

“It is compatible with the choice of law rules contained in Title II of Regulation (EEC) No 1408/71 that the flag State proceeds from the premise that the State of residence must have issued a form E 101 or a statement containing information equivalent to that found in form E 101, for the legislation of the State of residence to apply in accordance with Article 14b(4) Regulation No 1408/71. In the absence of such documentation, the legislation of the flag State shall apply in accordance with Article 13(2)(c) of that Regulation.”

The EFTA Surveillance Authority

54. The EFTA Surveillance Authority is of the opinion that, disregarding private documentation in the absence of any official documentation does not conform to an effective application of the conflict rules of Title II of Regulation 1408/71, and thus does not facilitate free movement of persons within the European Economic Area. However, it is for the relevant national authorities and courts to determine what constitutes sufficient private documentation and to evaluate it.

²⁸ In this regard, the Government of Germany refers to Case C-178/97 *Barry Banks*.

²⁹ Case C-196/90.

tar kontakt med den kompetente myndighet i bostedsstaten og, om nødvendig, ber om at blankett E 101 utstedes. Dersom den kompetente myndighet i bostedsstaten etter dette utsteder blanketten, kan den ha tilbakevirkende kraft,²⁸ og innbetalinger til trygdeordningen i flaggstaten vil kunne kreves tilbakebetalt. Etter den tyske regjeringens oppfatning sikrer dette at det ikke oppstår noen negativ lovkollisjon, og at arbeidstakerne ikke vil være uten trygdedekning den perioden de arbeider i flaggstaten.

52. Endelig hevder den tyske regjering at EF-domstolens dom i *De Paep*²⁹ ikke har betydning for den foreliggende saken. Til støtte for dette synspunktet peker den tyske regjeringen på at dommen verken gjaldt spørsmålet om den rettslige betydningen av blankett E 101 eller spørsmålet om å nekte utstedelse av blanketten. Bare gyldigheten av nasjonal lovgivning i lys av lovvalgsreglene i forordning 1408/71 ble vurdert.

53. Den tyske regjering foreslår at spørsmålet som er forelagt EFTA-domstolen bør besvares som følger:

“Det er i overensstemmelse med lovvalgsreglene i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 avdeling II om flaggstaten legger til grunn at bostedsstaten må ha utstedt blankett E 101 eller en erklæring med tilsvarende informasjon som blankett E 101 for at bostedsstatens lovgivning skal komme til anvendelse etter artikkel 14b nr. 4. Dersom slik dokumentasjon ikke foreligger får flaggstatens lovgivning anvendelse i medhold av forordningens artikkel 13 nr. 2 bokstav c.”

EFTAs overvåkningsorgan

54. EFTAs overvåkningsorgan er av den oppfatning at det å se bort fra privat dokumentasjon i tilfeller der det ikke finnes noen offisiell dokumentasjon, ikke er i overensstemmelse med en effektiv anvendelse av lovvalgsreglene i forordning 1408/71 avdeling II, og således ikke fremmer fri bevegelighet for personer innen EØS. Det er imidlertid opp til de aktuelle nasjonale myndigheter og domstoler å avgjøre hva som utgjør tilfredsstillende privat dokumentasjon og å vurdere den.

²⁸ I denne forbindelse viser den tyske regjering til sak C-178/97 *Barry Banks*.

²⁹ Sak C-196/90.

55. In its assessment of the question referred to the Court, the EFTA Surveillance Authority describes the nature and scope of the conflict rules in Title II of Regulation 1408/71. The EFTA Surveillance Authority recalls the aim of the conflict rule laid down in Article 13(1) of the Regulation, and states that, according to settled case law of the Court of Justice of the European Communities, the provisions of Title II of Regulation 1408/71 constitute a complete and uniform system of conflict rules, the aim of which is to ensure that workers moving within the European Economic Area are subject to the social security scheme of only one EEA State³⁰, and to ensure that persons are not left without social security cover because there is no legislation applicable to them.³¹ Consequently, EEA States are bound by the determination of the applicable law under the conflict rules in Title II of Regulation 1408/71.³² It is, however, for the legislator of each State to lay down the conditions creating the right or the duty to become affiliated with a social security scheme.³³

56. In assessing the question of whether form E 101 is the only means of proof, or in the negative, what other proof the Defendant could legitimately request before deciding not to apply Norwegian social security law, the EFTA Surveillance Authority first turns to the issue of how the conflict rules should be applied. In that regard, the EFTA Surveillance Authority refers to the functions of the Administrative Committee, established under Article 80 and 81 of Regulation 1408/71 and to Title III of Regulation 574/72.³⁴ The EFTA Surveillance

³⁰ Reference is inter alia made to Case 60/85 *M.E.S. Luijten v Raad van Arbeid* [1986] ECR 2365, paras 12 and 14; Case C-2/89 *Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank v M. G. J. Kits van Heijningen* [1990] ECR I-1755, para 12; Case C-202/97 *Fitzwilliam*, para 20; Case C-347/98 *Commission v Belgium* [2001] ECR I-3327, para 27.

³¹ Case C-196/90 *Madeleine De Paep*, para 18; Case C-275/96 *Anne Kuusijärvi v Riksförsäkringsverket*, [1998] ECR I-3419, para 28; Case C-347/98 *Commission v Belgium* [2001] ECR I-3327.

³² In relation to this, the EFTA Surveillance Authority refers to Case 276/81 *Board of the Sociale Verzekeringsbank v Heirs or assigns of Kuijpers* [1982] ECR 3027, para 14; Case 275/81 *Koks v Raad van Arbeid* [1982] ECR 3013, para 10; Case 302/84 *Ten Holder v Direction de la Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging* [1986] ECR 1821; Case 60/85 *Luijten*, para 14; Case C-2/89 *Kits van Heijningen*, para 20; Case C-196/90 *De Paep*, para 18.

³³ In this regard, the EFTA Surveillance Authority refers to Case C-2/89 *Kits van Heijningen*, para 19; Case 275/81 *Koks*; Case C-202/97 *Fitzwilliam*, para 50.

³⁴ As regards the content and aim of the provisions of Title III of Regulation 574/72, the EFTA Surveillance Authority refers to the Opinion of Advocate General Lenz in Case C-425/93 *Andresen*, para 57; Case 93/81 *Institut national d'assurance maladie-invalidité v Knoeller* [1982] ECR 951, para 10; the Opinion of Advocate General Colomer in Case C-178/97 *Barry Banks*, para 84; Case C-202/97 *Fitzwilliam*, para 50.

55. I sin vurdering av spørsmålet som er forelagt EFTA-domstolen, beskriver EFTAs overvåkningsorgan arten og rekkevidden av lovvalgsreglene i forordning 1408/71 avdeling II. EFTAs overvåkningsorgan minner om formålet med lovvalgsregelen som er fastsatt i forordningens artikkel 13(1) og uttaler at bestemmelsene i forordning 1408/71 avdeling II, i henhold til fast rettspraksis fra EF-domstolen, utgjør et fullstendig og ensartet system av lovvalgsregler som har til formål både å sikre at arbeidstakere som beveger seg innen EØS-området omfattes av trygdeordningen i bare én medlemsstat³⁰, og å forhindre at noen blir stående uten tryggedekning fordi ingen lovgivning kommer til anvendelse på dem.³¹ Som følge av dette er EØS-statene bundet av det lovvalgsreglene bestemmer med hensyn til hvilken lov som skal anvendes.³² Imidlertid ligger det for lovgiveren i hver enkelt stat å fastsette vilkår for rett eller plikt til å tilknytte en trygdeordning.³³

56. For vurderingen av spørsmålet om blankett E 101 er det eneste bevismiddelet, eller eventuelt, hvilken annen dokumentasjon saksøkte rettmessig kan be om før det avgjøres at norsk trygdelovgivning ikke kommer til anvendelse, tar EFTAs overvåkningsorgan først opp hvordan lovvalgsreglene bør anvendes. I så henseende peker EFTAs overvåkningsorgan på oppgavene til Den administrative kommisjon, som er etablert i henhold til artikkel 80 og 81 i forordning 1408/71, og på forordning 574/72 avdeling III.³⁴ EFTAs

³⁰ Det henvises, inter alia, til sak 60/85 *M.E.S. Luijten v Raad van Arbeid* [1986] ECR 2365, avsnittene 12 og 14; sak C-2/89 *Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank v M. G. J. Kits van Heijningen* [1990] ECR I-1755, avsnitt 12; sak C-202/97 *Fitzwilliam*, avsnitt 20; og sak C-347/98 *Commission v Belgium* [2001] ECR I-3327, avsnitt 27.

³¹ Sak C-196/90 *Madeleine De Paep*, avsnitt 18; sak C-275/96 *Anne Kuusijärvi v Riksförsäkringsverket*, [1998] ECR I-3419, avsnitt 28; og sak C-347/98 *Commission v Belgium* [2001] ECR I-3327.

³² EFTAs overvåkningsorgan viser vedrørende dette til sak 276/81 *Board of the Sociale Verzekeringsbank v Heirs or assigns of Kuijpers* [1982] ECR 3027, avsnitt 14; sak 275/81 *Koks v Raad van Arbeid* [1982] ECR 3013, avsnitt 10; sak 302/84 *Ten Holder v Direction de la Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging* [1986] ECR 1821; sak 60/85 *Luijten*, avsnitt 14, sak C-2/89 *Kits van Heijningen*, avsnitt 20; og sak C-196/90 *De Paep*, avsnitt 18.

³³ EFTAs overvåkningsorgan viser vedrørende dette til sak C-2/89 *Kits van Heijningen*, avsnitt 19; sak 275/81 *Koks*; og sak C-202/97 *Fitzwilliam*, avsnitt 50.

³⁴ Vedrørende innholdet av og formålet med bestemmelsene i forordning 574/72 avdeling III, viser EFTAs overvåkningsorgan til Generaladvokat Lentz' forslag til avgjørelse i sak C-425/93 *Andresen*, avsnitt 57; sak 93/81 *Institut national d'assurance maladie-invalidité v Knoeller* [1982] ECR 951, avsnitt 10; Generaladvokat Colomers forslag til avgjørelse i sak C-178/97 *Barry Banks*, avsnitt 84; og sak C-202/97 *Fitzwilliam*, avsnitt 50.

Authority also describes the content and the purpose of form E 101 and states, *inter alia*, that form E 101 documents the legal appraisal of specific facts.³⁵ It is up to the competent institution of the EEA State whose legislation is applicable under the conflict rules to issue form E 101, and hence no EEA State can issue form E 101 on behalf of another EEA State. The principle of sincere cooperation laid down in Article 10 EC (corresponding to Article 3 EEA), requires the institution that issues form E 101 to carry out a proper assessment of the facts relevant for the application of the conflict rules, and consequently, to guarantee the correctness of the information contained in an E 101 form.³⁶ The EFTA Surveillance Authority also states that form E 101 binds the authorities of another EEA State, in so far as it establishes a presumption that the person concerned is affiliated with a social security system³⁷, but it does not affect States' freedom to organise their own social security schemes or the way in which they regulate the conditions for affiliation to the various social security schemes.³⁸ The EFTA Surveillance Authority argues that the issuing of form E 101 means not only that the person it concerns will be exempt from the duty to pay contributions in the second State but also that the issuing State assumes responsibility for the social security cover of this person.³⁹ Consequently, as long as the issuing State does not exclude the compulsorily insured person from its social security system by withdrawing or declaring the form E 101 invalid, the person concerned cannot be subject to the scheme in force in another EEA State, since that would make him subject to two systems of social insurance and would run counter to the purpose of Article 13(1) of Regulation 1408/71.⁴⁰ Considering the above, it is the view of the EFTA Surveillance Authority that the certification procedure under Regulation 574/72 was established to make the conflict rules operational between EEA States and to provide the respective authorities with sufficient proof that particular national legislation applies in a given case. In the view of the EFTA Surveillance

³⁵ In this regard, the EFTA Surveillance Authority refers to the Opinion of Advocate General Lenz in Case C-425/93 *Andresen*, para 59.

³⁶ Case C-202/97 *Fitzwilliam*, paras 51 and 56; Case C-178/97 *Barry Banks*, paras 38 and 43.

³⁷ In relation to this, the EFTA Surveillance Authority refers to Opinion of Advocate General Lenz in Case C-425/93 *Andresen*, paras 61 and 62; Case C-202/97 *Fitzwilliam*, paras 53 and 59; Case C-178/97 *Barry Banks*, paras 40 and 46.

³⁸ Case C-202/97 *Fitzwilliam*, para 50.

³⁹ In this context, the EFTA Surveillance Authority refers to Opinion of Advocate General Colomer in Case C-178/97 *Barry Banks*, para 84.

⁴⁰ In this context, the EFTA Surveillance Authority refers to Opinion of Advocate General Lenz in Case C-425/93 *Andresen*, para 65; Case C-202/97 *Fitzwilliam*, para 55; Opinion of Advocate General Colomer in Case C-178/97 *Barry Banks*, para 42.

overvåkningsorgan beskriver også innholdet av og formålet med blankett E 101 og uttaler, inter alia, at blankett E 101 dokumenterer den rettslige vurderingen av spesifikke fakta.³⁵ Det ligger for den kompetente myndighet i den EØS-stat hvis lovgivning får anvendelse etter lovvalgsreglene å utstede blankett E 101, og derfor kan ingen EØS-stat utstede blanketten på en annen EØS-stats vegne. Lojalitetsplikten som er fastsatt i EF-traktaten artikkel 10 (tilsvarende artikkel 3 i EØS-avtalen) krever at myndigheten som utsteder blankett E 101 foretar en fullstendig vurdering av de fakta som er relevante for anvendelsen av lovvalgsreglene, og dermed også garanterer for riktigheten av den informasjonen E 101-blankett inneholder.³⁶ EFTAs overvåkningsorgan uttaler også at blankett E 101 binder myndighetene i en annen EØS-stat, for så vidt som den skaper en presumsjon for at den personen den angår er tilknyttet en trygdeordning.³⁷ Imidlertid berører den ikke stater frihet til å organisere sine egne trygdeordninger eller på hvilken måte de oppstiller betingelser for tilknytning til disse.³⁸ Utstedelsen av blankett E 101 betyr ikke bare at den personen det angår unntas fra plikten til å betale bidrag i den andre staten, men også at den staten som utsteder blanketten påtar seg ansvar for denne personens trygdedekning.³⁹ Så lenge den staten som utsteder blanketten ikke ekskluderer den obligatorisk forsikrede personen fra sin trygdeordning, ved å tilbakekalle blankett E 101 eller erklære den ugyldig, kan denne personen følgelig ikke omfattes av den ordning som gjelder i en annen EØS-stat, idet det ville medføre at han var omfattet av to trygdesystemer og stride mot formålet med artikkel 13(1) i forordning 1408/71.⁴⁰ På bakgrunn av det ovenstående er det EFTAs overvåkningsorgans oppfatning at prosedyren for attestasjon i henhold til forordning 574/72 ble opprettet for å gi lovvalgsreglene virkning mellom EØS-statene, og for å gi de respektive myndigheter tilstrekkelig bevis for at en bestemt nasjonal lovgivning kommer til anvendelse i en gitt sak. Slik EFTAs overvåkningsorgan ser det burde det normalt være når anvendelsen

³⁵ EFTAs overvåkningsorgan viser vedrørende dette til Generaladvokat Lentz' forslag til avgjørelse in sak C-425/93 *Andresen*, avsnitt 59.

³⁶ Sak C-202/97 *Fitzwilliam*, avsnittene 51 og 56; og sak C-178/97 *Barry Banks*, avsnittene 38 og 43.

³⁷ EFTAs overvåkningsorgan viser vedrørende dette til Generaladvokat Lentz' forslag til avgjørelse i sak C-425/93 *Andresen*, avsnittene 61 og 62; sak C-202/97 *Fitzwilliam*, avsnittene 53 og 59; og sak C-178/97 *Barry Banks*, avsnittene 40 og 46.

³⁸ Sak C-202/97 *Fitzwilliam*, avsnitt 50.

³⁹ I denne sammenheng viser EFTAs overvåkningsorgan til Generaladvokat Colomers forslag til avgjørelse i sak C-178/97 *Barry Banks*, avsnitt 84.

⁴⁰ I denne sammenheng viser EFTAs overvåkningsorgan til Generaladvokat Lentz' forslag til avgjørelse in sak C-425/93 *Andresen*, avsnitt 65; sak C-202/97 *Fitzwilliam*, avsnitt 55; og Generaladvokat Colomers forslag til avgjørelse i sak C-178/97 *Barry Banks*, avsnitt 42.

Authority, it should normally be when the application of the legislation of an EEA State is confirmed (certified) by the competent institutions of that State that another EEA State can rightfully refrain from applying its own legislation. Applying the above assessment to the case at hand, the EFTA Surveillance Authority submits that the failure of the Greek authorities to issue the E 101 forms establishes the presumption that the Plaintiffs are not subject to Greek social security law.

57. The EFTA Surveillance Authority then turns to the question of whether any certification requirement applies for cases covered by Article 14b(4) of Regulation 1407/81. In this regard, the EFTA Surveillance Authority firstly points out that no reference is made in Title III of Regulation 574/72 to Article 14b(4) and hence no certification requirement follows therefrom. Secondly, the EFTA Surveillance Authority points out that national authorities are not bound by the decision of the Administrative Commission to use form E 101 in relation to cases falling under Article 14b(4) as the Administrative Commission is not empowered by the Council to adopt acts having the force of law.⁴¹ The fact that the decision of the Administrative Commission has been incorporated into the EEA Agreement by way of an EEA Joint Committee Decision that has the force of law, does not in the opinion of the EFTA Surveillance Authority lead to a different result. Firstly, because it cannot be established that it was the intention of the EEA Joint Committee to change the legal nature of the decision of the Administrative Commission. Secondly, a different result would run counter to the homogeneous application of Community and EEA law. In light of the above the EFTA Surveillance Authority concludes that the Defendant cannot require form E 101 as the only possible proof.

58. Next, the EFTA Surveillance Authority assesses the need for effective application of the conflict rules of Regulation 1408/71 with respect to Articles 28 and 29 EEA.⁴² The EFTA Surveillance Authority states that simultaneous application of more than one social security system to migrant workers would discourage the movement of workers and thus run counter to the aim of Articles 28 and 29 EEA and the basic principle of Regulation 1408/71. Furthermore, legal uncertainties with regard to the question of which national law is applicable would have the same effect.

⁴¹ In this regard, the EFTA Surveillance Authority refers to Case 98/80 *Romano v Institut national d'assurance maladie-invalidité* [1981] ECR 1241, para 20.

⁴² With respect to the relationship between Regulation 1408/71 and Article 28 and 29 EEA, the EFTA Surveillance Authority refers to Case 93/81, *Knoeller*, para 9.

av lovgivningen i en EØS-stat er bekreftet (attestert) av denne statens kompetente myndigheter, at en annen EØS-stat med rette kan la være å anvende sin egen lovgivning. Dersom vurderingen ovenfor anvendes i den foreliggende sak, er det EFTAs overvåkningsorgans anførsel at de greske myndighetenes manglende utstedelse av blankett E 101 skaper en presumpsjon for at saksøkerne ikke omfattes av gresk trygdelovgivning.

57. EFTAs overvåkningsorgan tar så opp spørsmålet om det gjelder særskilte dokumentasjonskrav i tilfeller som dekkes av artikkel 14b(4) i forordning 1408/71. I denne forbindelse peker EFTAs overvåkningsorgan først på at det i forordning 574/72 avdeling III ikke finnes noen henvisning til artikkel 14b(4), og at det derfor ikke følger noe dokumentasjonskrav av denne forordningen. Videre påpeker EFTAs overvåkningsorgan at de nasjonale myndigheter ikke er bundet av Den administrative kommisjons avgjørelse om å anvende blankett E 101 i forbindelse med saker som faller inn under artikkel 14b(4), ettersom Rådet ikke har gitt Den administrative kommisjon myndighet til å fatte rettslig bindende vedtak.⁴¹ At Den administrative kommisjons beslutning er inkorporert i EØS-avtalen ved en bindende beslutning fra EØS-komiteen, fører etter EFTAs overvåkningsorgans oppfatning ikke til et annet resultat. For det første fordi det ikke kan slås fast at det var EØS-komiteens mening å endre Den administrative kommisjons beslutnings rettslige karakter. For det andre ville et annet resultat stride mot en ensartet anvendelse av EU- og EØS-retten. I lys av det ovenstående konkluderer EFTAs overvåkningsorgan med at saksøkte ikke kan kreve blankett E 101 som eneste mulige bevismiddel.

58. Etter dette vurderer EFTAs overvåkningsorgan behovet for en effektiv anvendelse av lovvalsreglene med hensyn til artikkel 28 og 29 i EØS-avtalen.⁴² EFTAs overvåkningsorgan uttaler at samtidig anvendelse av mer enn én trygdeordning på vandrearbeidere ville motvirke arbeidstakeres bevegelighet og således være i strid med formålet til artikkel 28 og 29 i EØS-avtalen og grunnprinsippet i forordning 1408/71. Dessuten ville manglende forutsigbarhet om hvilken nasjonal lov som er anvendelig ha samme virkning.

⁴¹ EFTAs overvåkningsorgan viser i denne forbindelse til sak 98/80 *Romano v Institut national d'assurance maladie-invalidité* [1981] ECR 1241, avsnitt 20.

⁴² Med hensyn til forholdet mellom forordning 1408/71 og EØS-avtalen artikkel 28 og 29, viser EFTAs overvåkningsorgan til sak 93/81, *Knoeller*, avsnitt 9.

59. The EFTA Surveillance Authority submits that any uncertainties as to which national law applies should primarily be resolved between the competent authorities and institutions of the relevant EEA States.⁴³ They are obliged, pursuant to Article 3 of the EEA Agreement together with Article 84 of Regulation 1408/71, to cooperate in good faith to give full effect to the EEA provisions on social security and ensure the fulfilment of the objectives of Articles 28 and 29 EEA.⁴⁴ If, following consultation between the relevant States, agreement can not be reached, the matter could be raised before the EEA Joint Committee, which assumed the rights and duties conferred upon the Administrative Commission.⁴⁵ In the view of the EFTA Surveillance Authority, it should not be for the Defendant, but for the competent institution in Greece, to assess and verify, in accordance with the principle of sincere cooperation laid down in Article 10 EC (corresponding to Article 3 EEA)⁴⁶, whether the conditions of Article 14b(4) of Regulation 1408/71 were fulfilled for the Plaintiffs. Nor should it be up to the Plaintiffs to prove to the Norwegian Authorities that Greek law applies. This division of tasks is, in the opinion of the EFTA Surveillance Authority, supported by the fact that the conditions of Article 14b(4) for applying Greek legislation require an investigation into the situation of individual mariners in Greece, which Greek authorities are in the best position to undertake. The EFTA Surveillance Authority asserts that such a responsibility inherently carries an obligation to inform the parties and competent institutions in the EEA States involved in a particular case about the outcome of such an investigation.⁴⁷ In the opinion of the EFTA Surveillance Authority, the inactivity of the Greek authorities cannot lead to a situation whereby the effective application of the conflict rules is undermined. It should not be to the disadvantage of the free movement of workers if the cooperation between EEA States malfunctions. Under such circumstances,

⁴³ In this respect, the EFTA Surveillance Authority refers to the Opinion of Advocate General Jacobs in Case C-202/97 *Fitzwilliam*, para 54.

⁴⁴ The EFTA Surveillance Authority refers, in this regard, to the Opinion of Advocate General Jacobs in Case C-202/97 *Fitzwilliam*, para 56. As regards more generally the obligations of EEA States the EFTA Surveillance Authority refers, inter alia, to Case 32/79 *Commission v United Kingdom* [1980] ECR 2403; Case 42/82 *Commission v France* [1983] ECR 1013; Case 235/87 *Matteucci v Communauté française of Belgium and Commissariat général aux relations internationales of the Communauté française of Belgium* [1988] ECR 5589; Case C-251/89 *Athanasopoulos and others v Bundesanstalt für Arbeit* [1991] ECR I-2797; Case C-186/91 *Commission v Belgium* [1993] ECR I-851; Case C-94/98 *The Queen, ex parte Rhône-Poulenc and May & Baker v The Licensing Authority* [1999] ECR I-8789.

⁴⁵ In this regard, reference is made to Case C-202/97 *Fitzwilliam*, para 57; Case C-178/97 *Barry Banks*, para 44.

⁴⁶ Case C-202/97 *Fitzwilliam*, para 51; Case C-178/97 *Barry Banks*, para 38.

⁴⁷ Concerning obligations between States to inform each other, reference is made to Case 42/82 *Commission v France*.

59. EFTAs overvåkningsorgan mener at all usikkerhet med hensyn til hvilken nasjonal lov som får anvendelse, først og fremst bør avklares mellom de kompetente myndigheter og organer i de aktuelle EØS-stater.⁴³ De er, i henhold til artikkel 3 i EØS-avtalen sammen med artikkel 84 i forordning 1408/71, forpliktet til lojalt samarbeid for å oppfylle EØS-reglene om trygdeytelser og sikre oppnåelsen av formålene med artikkel 28 og 29 i EØS-avtalen.⁴⁴ Hvis det ikke kan oppnås enighet etter drøftelser mellom de aktuelle statene, kan saken bringes inn for EØS-komiteen, som er pålagt rettighetene og oppgavene som er tildelt Den administrative kommisjon.⁴⁵ Etter EFTAs overvåkningsorgans oppfatning burde det ikke ligge for saksøkte, men for de kompetente myndighetene i Hellas, i overensstemmelse med lojalitetsprinsippet som er fastsatt i EF-traktaten artikkel 10 (tilsvarende artikkel 3 i EØS-avtalen),⁴⁶ å vurdere og avklare i hvilken grad vilkårene i artikkel 14b(4) i forordning 1408/71 er oppfylt for saksøkernes vedkommende. Det burde heller ikke ligge for saksøkerne å dokumentere for norske myndigheter at gresk lovgivning får anvendelse. Denne arbeidsdelingen støttes etter EFTAs overvåkningsorgans mening av at vilkårene i artikkel 14b(4) for å anvende gresk lovgivning krever undersøkelse av den enkelte sjømanns stilling i Hellas, hvilket greske myndigheter er best skikket til å foreta. EFTAs overvåkningsorgan uttaler at et slikt ansvar implisitt innebærer en forpliktelse til å informere partene og de kompetente myndigheter i de EØS-stater som er involvert i en sak, om resultatet av en slik undersøkelse.⁴⁷ Etter EFTAs overvåkningsorgans oppfatning kan ikke de greske myndighetenes passivitet føre til en situasjon hvorved en effektiv anvendelse av lovvalgsreglene undergraves. Det burde ikke være til skade for den frie bevegelighet for arbeidstakere om samarbeidet mellom EØS-statene svikter. Under slike omstendigheter må saksøkerne gis muligheten

⁴³ I denne forbindelse viser EFTAs overvåkningsorgan til Generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i sak C-202/97 *Fitzwilliam*, avsnitt 54.

⁴⁴ I denne forbindelse viser EFTAs overvåkningsorgan til Generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i sak C-202/97 *Fitzwilliam*, avsnitt 56. Hva angår EØS-statenes forpliktelser mer generelt, viser EFTAs overvåkningsorgan, *inter alia*, til sak 32/79 *Commission v United Kingdom* [1980] ECR 2403; sak 42/82 *Commission v France* [1983] ECR 1013; sak 235/87 *Matteucci v Communauté française of Belgium and Commissariat général aux relations internationales of the Communauté française of Belgium* [1988] ECR 5589; sak C-251/89 *Athanasopoulos and others v Bundesanstalt für Arbeit* [1991] ECR I-2797; sak C-186/91 *Commission v Belgium* [1993] ECR I-851; og sak C-94/98 *The Queen, ex parte Rhône-Poulenc and May & Baker v The Licensing Authority* [1999] ECR I-8789.

⁴⁵ Det vises i denne forbindelse til sak C-202/97 *Fitzwilliam*, avsnitt 57; og sak C-178/97 *Barry Banks*, avsnitt 44.

⁴⁶ Sak C-202/97 *Fitzwilliam*, avsnitt 51; og sak C-178/97 *Barry Banks*, avsnitt 38.

⁴⁷ Vedrørende statenes gjensidige informasjonsplikt henvises det til sak 42/82 *Commission v France*.

the Plaintiffs must be given the opportunity to submit proof, which the flag State should consider, in order to apply the correct conflict rules to the Plaintiffs. However, it should be for the relevant authorities of the flag State to determine whether sufficient private documentation has been produced for Article 14b(4) to apply, before deciding not to apply the social security law of the flag State.⁴⁸

60. The EFTA Surveillance Authority suggests that the question should be answered as follows:

“It is not in conformity with an effective application of the conflict rules contained in Title II of Regulation 1408/71 that the flag State proceed from the premise that the State of residence must have issued a form E 101 or a statement containing information equivalent to that found in form E 101, in order that the legislation of the State of residence apply in accordance with Article 14b(4), and that in the absence of any such official documentation, the legislation of the flag State shall apply in accordance with Article 13(2)(c), if sufficient private documentation has been submitted, proving that the circumstances in Article 14b(4) are fulfilled. It is for the relevant national authorities and courts to determine what constitutes sufficient private documentation and whether this has been submitted and proves that the circumstances are fulfilled for national social security law to apply in accordance with Article 14b(4) of Regulation 1408/71.”

The Commission of the European Communities

61. The Commission states that Regulation 1408/71 plays a fundamental role in ensuring that workers who exercise their right to free movement are not disadvantaged as regards their social security cover or access to benefits.⁴⁹ In this regard the Commission quotes the judgment of the Court of Justice of the European Communities in *De Paep*⁵⁰ where it was held that the provisions of Title II of Regulation 1408/71 constitute a complete and uniform system of conflict rules,⁵¹ the aim of which is to prevent both positive and negative conflict of law.

⁴⁸ With regard to the acceptance of documents submitted, the EFTA Surveillance Authority refers to Case C-336/94 *Dafeki v Landesversicherungsanstalt Württemberg* [1997] ECR I-6761, paras 18 and 19.

⁴⁹ As an example, the Commission refers to the judgment in Case 41/84 *Pinna v Caisse d'allocations familiales de la Savoie* [1986] ECR I, para 20.

⁵⁰ Case C-196/90, para 18.

⁵¹ With respect to this point the Commission also refers to Case 60/85 *Luijten*, paras 12-14.

til å fremlegge bevismateriale, som flaggstaten burde undersøke for å kunne anvende de rette lovvalsregler på saksøkerne. Imidlertid burde det være opp til flaggstatens kompetente myndigheter å avgjøre i hvilken grad det er fremlagt tilstrekkelig privat bevismateriale for at artikkel 14b(4) får anvendelse, før det besluttes ikke å anvende flaggstatens trygdelovgivning.⁴⁸

60. EFTAs overvåkningsorgan foreslår at spørsmålet besvares som følger:

“Det er ikke i overensstemmelse med en effektiv anvendelse av lovvalsreglene i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 avdeling II om flaggstaten legger til grunn at bostedsstaten må ha utstedt blankett E 101 eller en erklæring med tilsvarende informasjon som blankett E 101 for at bostedsstatens lovgivning skal komme til anvendelse i medhold av artikkel 14b nr. 4, og at flaggstatens lovgivning får anvendelse i medhold av forordningens artikkel 13 nr. 2 bokstav c der slik offentlig dokumentasjon ikke foreligger, dersom det er fremlagt tilstrekkelig privat dokumentasjon som beviser at vilkårene i artikkel 14b nr. 4 er oppfylt. Det ligger for de aktuelle nasjonale myndigheter og domstoler å avgjøre hva som utgjør tilstrekkelig privat dokumentasjon og om dette er fremlagt og beviser at vilkårene er oppfylt for at nasjonal trygdelovgivning kommer til anvendelse i medhold av Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 artikkel 14b nr. 4.”

Kommisjonen for De europeiske fellesskap

61. Kommisjonen uttaler at forordning 1408/71 spiller en grunnleggende rolle i å sikre at arbeidstakere som utøver sin rett til fri bevegelighet ikke blir skadelidende med hensyn til dekning eller tilgang til ytelser under en trygdeordning.⁴⁹ I denne forbindelse siterer Kommisjonen EF-domstolens dom i *De Paep*,⁵⁰ der det ble uttalt at bestemmelsene i forordning 1408/71 avdeling II utgjør et fullstendig og ensartet sett av lovvalsregler⁵¹ som har til formål å avverge både positiv og negativ lovkollisjon. Når vilkårene i forordningens

⁴⁸ Med hensyn til godkjenning av forelagte dokumenter viser EFTAs overvåkningsorgan til sak C-336/94 *Dafeki v Landesversicherungsanstalt Württemberg* [1997] ECR I-6761, avsnitt 18 og 19.

⁴⁹ Kommisjonen henviser, som et eksempel, til EF-domstolens dom i sak 41/84 *Pinna v Caisse d'allocations familiales de la Savoie* [1986] ECR I, avsnitt 20.

⁵⁰ Sak C-196/90, avsnitt 18.

⁵¹ Vedrørende dette punktet viser Kommisjonen også til sak 60/85 *Luijten*, avsnitt 12-14.

Thus, once the conditions set out in Article 14b(4) of the Regulation are fulfilled, it is the legislation of the State of residence of the mariner and his employer which applies and not the legislation of the flag State in accordance with Article 13(2)(c) of the Regulation. This is not a matter of choice for the relevant authorities, but follows necessarily from the system set up by the Regulation itself.

62. In the Commission's view, it is clear that the rule laid down by Article 14b(4) of Regulation 1408/71 cannot be subordinated to a formal requirement for a form E 101 or equivalent document. In this regard, the Commission reiterates that the conflict rules established by Regulation 1408/71 were intended to provide a complete and uniform system of choice of law provisions, on the one hand preventing complications of positive conflict of laws, and on the other facilitating freedom of movement. Form E 101 was designed for effectively applying this system and further promoting freedom of movement.⁵² In this sense, it forms part of the cooperation envisaged between social security institutions in the context of Regulation 1408/71. However, it is not itself a constitutive part of the determination of the legislation applicable in a given case, but simply states that the person concerned remains subject to the legislation of that EEA State throughout a given period. This is illustrated by the fact that the certificate may even be issued with retroactive effect.⁵³ It follows logically that it cannot be a legal precondition for the application of Article 14b(4). Any other conclusion would be likely to bring about the very result the conflict rules were intended to avoid. The principle that only one social security system should apply would be undermined, as would the predictability of the system to be applied and consequently legal certainty.⁵⁴ This would in turn risk acting as an obstacle to the fundamental principle of free movement.

63. As regards how Article 14b(4) of Regulation 1408/71 can be applied in the absence of a form E 101, the Commission states that the Norwegian authorities clearly need at least a minimum level of documentation in order to know that the basic conditions of Article 14b(4) are satisfied. In the opinion of the Commission, Article 84 of Regulation 1408/71 clearly requires the competent institutions in the relevant EEA States to cooperate in order to ensure that the Regulation is applied correctly and the rights it confers are fully respected.⁵⁵ The Commission argues

⁵² In relation to this, the Commission refers to Case C-202/97 *Fitzwilliam*, para 48.

⁵³ The Commission refers, in this regard, to Case C-178/97 *Barry Banks*, para 53.

⁵⁴ The Commission refers, in this regard, to Case C-178/97 *Barry Banks*, para 41; Case C-202/97 *Fitzwilliam*, para 54.

⁵⁵ In relation to this, the Commission refers to Case C-326/00 *Idryma Koinonikon Asfaliseon v Ioannidis* [2003] ECR I-1703, para 51.

artikkel 14b(4) er oppfylt, er det således, i henhold til forordningens artikkel 13(2) bokstav c, sjømannens og arbeidsgiverens bostedsstats lovgivning som kommer til anvendelse og ikke lovgivningen i flaggstaten. Dette innebærer ikke at de aktuelle myndighetene har valgfrihet, men utledes som en naturlig konsekvens av forordningens system.

62. Etter Kommisjonens oppfatning er det klart at den regelen som er fastsatt ved artikkel 14b(4) i forordning 1408/71, ikke kan gjøres avhengig av et formelt krav om blankett E 101 eller tilsvarende dokumentasjon. I denne forbindelse gjentar Kommisjonen at lovvalgsreglene som fastsettes i forordning 1408/71 avdeling II utgjør et fullstendig og ensartet sett av lovvalgsregler, som på den ene siden avverger positiv lovkollisjon og på den andre siden bidrar til den frie bevegelighet. Blankett E 101 ble utarbeidet for at disse reglene skulle anvendes effektivt og for ytterligere å fremme den frie bevegelighet.⁵² På denne måten inngår den i det samarbeidet som er forespeilet mellom trygdemyndighetene vedrørende forordning 1408/71. Den er imidlertid ikke i seg selv en konstituerende del av avgjørelsen av hvilken lovgivning som får anvendelse i en gitt sak, og gir bare uttrykk for at personen den gjelder skal omfattes av EØS-statens lovgivning i et bestemt tidsrom. Det illustreres av at erklæringen også kan utstedes med tilbakevirkende kraft.⁵³ Av dette følger det logisk at blanketten ikke kan være et rettslig vilkår for anvendelsen av artikkel 14b(4). Enhver annen konklusjon ville med stor sannsynlighet føre til nettopp det resultat som lovvalgsreglene var ment å forhindre. Prinsippet om at bare én trygdeordning skal anvendes ville undergraves, på samme måte som forutsigbarheten ved den ordning som skulle anvendes og følgelig også rettslig sikkerhet.⁵⁴ Det ville så kunne medføre en hindring for det grunnleggende prinsippet om fri bevegelighet.

63. Med hensyn til hvordan artikkel 14b(4) i forordning 1408/71 kan anvendes der blankett E 101 ikke foreligger, uttaler Kommisjonen at norske myndigheter klart vil ha behov for et minimum av dokumentasjon for å kunne slå fast at de grunnleggende vilkårene i artikkel 14b(4) er oppfylt. Etter Kommisjonens oppfatning inneholder artikkel 84 i forordning 1408/71 tydelig et krav om at de kompetente myndigheter i de aktuelle EØS-statene må samarbeide, for å sikre at forordningen anvendes på korrekt måte og at rettighetene som kan utledes fra den virkelig respekteres.⁵⁵ Kommisjonen anfører at dette ytterligere bekreftes av

⁵² Kommisjonen viser angående dette til sak C-202/97 *Fitzwilliam*, avsnitt 48.

⁵³ Kommisjonen henviser i denne forbindelse til sak C-178/97 *Barry Banks*, avsnitt 53.

⁵⁴ Kommisjonen henviser i denne forbindelse til sak C-178/97 *Barry Banks*, avsnitt 41; og sak C-202/97 *Fitzwilliam*, avsnitt 54.

⁵⁵ I denne forbindelse viser Kommisjonen til sak C-326/00 *Idryma Koinonikon Asfaliseon v Ioannidis* [2003] ECR I-1703, avsnitt 51.

that this is further confirmed by the terms of the new Article 84a, which was inserted into Regulation 1408/71 by Regulation 631/04.⁵⁶ In particular the Commission refers to paragraph 3 of Article 84a, which reads:

“In the event of difficulties in the interpretation or application of this Regulation which could jeopardise the rights of a person covered by it, the institution of the competent State or of the State of residence of the person involved shall contact the institution(s) of the Member State(s) concerned. (...)”

As part of this duty of cooperation, the competent institution of the place of residence should therefore provide the competent institution of the flag State with the necessary information to enable it to be satisfied that Article 14b(4) of Regulation 1408/71 applies. If, however, the State of residence does not fulfil its duties in this regard, it is, in the opinion of the Commission, not open to the competent institution of the flag State simply to decide to apply the general rule of Article 13(2)(c) of Regulation 1408/71 instead. Such an approach would in the view of the Commission undermine the entire system of conflict rules and risk prejudicing the individuals concerned, contrary to the overriding objective of promoting free movement. In these circumstances, it seems to the Commission that it can be derived from the wording of Article 84(3) of Regulation 1408/71 that the competent authority of the flag State may properly assess any other evidence made available to it, such as private documentation put forward directly by the persons involved. If such evidence cannot be accepted, then the proper course according to the case law of the Court of Justice of the European Communities,⁵⁷ now codified in Article 84a(3) of Regulation 1408/71, would be, in the view of the Commission, to refer the matter to the EEA Joint Committee (which replaces the Administrative Commission in the EEA context).

⁵⁶ OJ 2004 L 100, p. 1, incorporated into the EEA Agreement by Decision of the EEA Joint Committee No 101/2004 of 9 July 2004 that entered into force the subsequent day.

⁵⁷ Reference is made to Case C-202/97 *Fitzwilliam*, paras 57-58.

ordlyden i den nye artikkel 84a, som ble innført i forordning 1408/71 ved Rådets forordning (EØF) nr. 631/04.⁵⁶ Særlig viser Kommisjonen til artikkel 84a(3), som lyder:

“Hvis fortolkningen eller anvendelsen af denne forordning giver anledning til vanskeligheder, som kan bringe rettighederne for en af forordningen omfattet person i fare, kontakter institutionen i den kompetente stat eller i den stat, hvor den pågældende har bopæl, institutionen eller institutionerne i den eller de øvrige berørte medlemsstater.”

Som en del av denne samarbeidsplikten bør derfor den kompetente myndighet i bostedsstaten gi den kompetente myndighet i flaggstaten den informasjon den trenger for å overbevises om at artikkel 14b(4) i forordning 1408/71 kommer til anvendelse. Hvis, derimot, bostedsstaten ikke oppfyller sine forpliktelser i dette henseende, står den kompetente myndighet etter Kommisjonens oppfatning likevel ikke fritt til bare å bestemme seg for å anvende den generelle regelen i artikkel 13(2) bokstav c i stedet. En slik tilnærming ville, slik Kommisjonen ser det, undergrave hele systemet av lovvalgsregler og medføre risiko for at de berørte enkeltpersoner blir skadelidende, i strid med det overordnede hensynet om å fremme den frie bevegelse. For Kommisjonen synes det under disse omstendigheter som at det kan utledes fra ordlyden i forordningens artikkel 84(3), at den kompetente myndighet i flaggstaten vil kunne vurdere all annen dokumentasjon som stilles til rådighet for den, slik som privat dokumentasjon som fremlegges direkte fra berørte personer. Dersom slik dokumentasjon ikke kan godkjennes, vil den rette fremgangsmåten i henhold til rettspraksis fra EF-domstolen,⁵⁷ som nå er kodifisert i forordning 1408/71 artikkel 84a(3), slik Kommisjonen ser det, være å henvise saken til EØS-komiteen (som erstatter Den administrative kommisjon i EØS-sammenheng).

⁵⁶ EFT 2004 L 100, side 1, innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens avgjørelse nr. 101/2004 av 9. juli 2004, og i kraft fra neste dag.

⁵⁷ Det henvises til sak C-202/97 *Fitzwilliam*, avsnittene 57-58.

64. The Commission of the European Communities suggests to answer the question as follows:

“The choice of law rules contained in Title II of Regulation (EEC) No 1408/71 together with the duty of cooperation set down in its Article 84 preclude the flag State from proceeding from the premise that the State of residence must have issued a Form E101 or a statement containing equivalent information for the legislation of the State of residence to apply in accordance with Article 14b(4), and that in the absence of such documentation, the legislation of the flag State shall apply in accordance with Article 13(2)(c).”

Thorgeir Örlygsson
Judge Rapporteur

64. Kommissjonen for De europeiske fellesskap foreslår at spørsmålet besvares som følger:

“Lovvalsreglene i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 avdeling II er, sammen med plikten til samarbeid som er nedfelt i artikkel 84, til hinder for at flaggstaten kan legge til grunn at bostedsstaten må ha utstedt blankett E 101 eller en erklæring med tilsvarende informasjon som blankett E 101 for at bostedsstatens lovgivning skal komme til anvendelse etter artikkel 14b nr. 4, og at flaggstatens lovgivning uten slik dokumentasjon får anvendelse i medhold av artikkel 13 nr. 2 bokstav c.”

Thorgeir Örlygsson
Forberedende dommer

CASES 1994 - 2003

CASE	PARTIES	TYPE OF CASE	EFTA COURT REPORT
1	E-1/94 <i>Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Tullilautakunta, Finland</i> 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 <i>Scottish Salmon Growers Association Ltd v EFTA Surveillance Authority</i>	<i>Direct Action</i> 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 <i>Alexander Flandorfer Friedmann and Others v Republic of Austria</i>	Jurisdiction – Procedure – Admissibility – Legal aid	[1994-1995] p. 83
4	E-4/94 <i>Konsumentombudsmannen v De Agostini (Svenska) Förlag AB</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Marknadsdomstolen, Sweden</i> Withdrawn	[1994-1995] p. 89
5	E-5/94 <i>Konsumentombudsmannen v TV-shop i Sverige AB</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Marknadsdomstolen, Sweden</i> Withdrawn	[1994-1995] p. 93
6	E-6/94 <i>Reinhard Helmers v EFTA Surveillance Authority and Kingdom of Sweden</i>	<i>Direct Action</i> Procedure – Admissibility – Application for revision	[1994-1995] p. 97 and 103
7	E-7/94 <i>Data Delecta Aktiebolag and Ronnie Forsberg v MSL Dynamics Ltd</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Högsta domstolen, Sweden</i> Withdrawn	[1994-1995] p. 109

8	Joined Cases E-8/94 and E-9/94	<i>Forbrukerombudet v Mattel Scandinavia A/S and Lego Norge A/S</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Markedsrådet, Norway</i> 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	<i>Ulf Samuelsson v Svenska staten</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Varbergs tingsrätt, Sweden</i> Admissibility – Council Directive 80/987/EEC – National measures to counter abuse – Proportionality	[1994-1995] p. 145
10	E-2/95	<i>Eilert Eidesund v Stavanger Catering A/S</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Gulating lagmannsrett, Norway</i> 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	<i>Torgeir Langeland v Norske Fabricom A/S</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Stavanger byrett, Norway</i> Council Directive 77/187/EEC – Transfer of rights to pension benefits	[1995-1996] p. 36
12	E-1/96	<i>EFTA Surveillance Authority v Republic of Iceland</i>	<i>Discontinuance of proceedings</i>	[1995-1996] p. 63
13	E-2/96	<i>Jørn Ulstein and Per Otto Røiseng v Asbjørn Møller</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Inderøy herredsrett, Norway</i> Council Directive 77/187/EEC – Transfer of rights to pension benefits	[1995-1996] p. 65
14	E-3/96	<i>Tor Angeir Ask and Others v ABB Offshore Technology AS and Aker Offshore Partner AS</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Gulating lagmannsrett, Norway</i> Council Directive 77/187/EEC – Transfer of part of a business	[1997] p. 1

15	E-4/96	<i>Fridtjof Frank Gundersen v Oslo kommune</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Oslo byrett, Norway</i> Withdrawn	[1997] p. 28
16	E-5/96	<i>Ullensaker kommune and Others v Nille AS</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Borgarting lagmannsrett, Norway</i> Admissibility – Free movement of goods – Licensing scheme	[1997] p. 30
17	E-6/96	<i>Tore Wilhelmsen AS v Oslo kommune</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Oslo byrett, Norway</i> Alcohol sales – State monopolies of a commercial character – Free movement of goods	[1997] p. 53
18	E-7/96	<i>Paul Inge Hansen v EFTA Surveillance Authority</i>	<i>Direct Action</i> Action for failure to act – Admissibility	[1997] p. 100
19	E-1/97	<i>Fridtjof Frank Gundersen v Oslo kommune, supported by Norway</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Oslo byrett, Norway</i> Alcohol sales – State monopolies of a commercial character – Free movement of goods	[1997] p. 108
20	E-2/97	<i>Mag Instrument Inc v California Trading Company Norway, Ulsteen</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Fredrikstad byrett, Norway</i> Exhaustion of trade mark rights	[1997] p. 127
21	E-3/97	<i>Jan and Kristian Jæger AS, supported by Norwegian Association of Motor Car Dealers and Service Organisations v Opel Norge AS</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Nedre Romerike herredsrett, Norway</i> Competition – Motor vehicle distribution system – Compatibility with Article 53(1) EEA – Admission to the system – Nullity	[1998] p. 1
22	E-4/97	<i>The Norwegian Bankers' Association v EFTA Surveillance Authority, supported by Kingdom of Norway</i>	<i>Direct Action</i> 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. 2

23	E-5/97	<i>European Navigation Inc v Star Forsikring AS, under offentlig administrasjon (under public administration)</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Høysteretts kjæremålsutvalg, Norway</i> Withdrawn	[1998] p. 59
24	E-7/97	<i>EFTA Surveillance Authority v Kingdom of Norway</i>	<i>Direct Action</i> 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	<i>TV 1000 Sverige AB v Norwegian Government</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Oslo byrett, Norway</i> Council Directive 89/552/EEC – Transfrontier television broadcasting – Pornography	[1998] p. 68
26	E-9/97	<i>Erla María Sveinbjörnsdóttir v Government of Iceland</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur, Iceland</i> Council Directive 80/987/EEC – Incorrect implementation of a directive – Liability of an EFTA State	[1998] p. 95
27	E-10/97	<i>EFTA Surveillance Authority v Kingdom of Norway</i>	<i>Direct Action</i> 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	<i>Norwegian Government v Astra Norge AS</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Borgarting lagmannsrett, Norway</i> Free movement of goods – Copyright – Disguised restriction on trade	[1998] p. 140
29	E-2/98	<i>Federation of Icelandic Trade (Samtök verslunarinnar – Félag íslenskra stórkaupmanna, FIS) v Government of Iceland and the Pharmaceutical Pricing Committee (Lyfjaver snefnd)</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur, Iceland</i> Pricing of pharmaceutical products – General price decrease – Price control system	[1998] p. 172

30	E-3/98	<i>Herbert Rainford-Towning</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein</i> Right of establishment – Residence requirement for managing director of a company	[1998] p. 205
31	E-4/98	<i>Blyth Software Ltd v AlphaBit AS</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Oslo byrett, Norway</i> Withdrawn	[1998] p. 239
32	E-6/98	<i>Government of Norway v EFTA Surveillance Authority</i>	<i>Direct Action</i> 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
33	E-5/98	<i>Fagtún ehf v Byggingarnefnd Borgarholtsskóla, Government of Iceland, City of Reykjavík and Municipality of Mosfellsbær</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Hæstiréttur Íslands, Iceland</i> General prohibition on discrimination – Free movement of goods – Post-tender negotiations in public procurement proceedings	[1999] p. 51
34	E-1/99	<i>Storebrand Skadeforsikring AS v Veronika Finanger</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Norges Høyesterett, Norway</i> Motor Vehicle Insurance Directives – Driving under the influence of alcohol – Compensation for passengers	[1999] p. 119
35	E-2/99	<i>EFTA Surveillance Authority v Kingdom of Norway</i>	<i>Direct Action</i> 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	<i>State Debt Management Agency v Íslandsbanki-FBA hf.</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur, Iceland</i> 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	<i>Allied Colloids and Others v Norwegian State</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Oslo byrett, Norway</i> 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	<i>EFTA Surveillance Authority v Kingdom of Norway</i>	<i>Direct Action</i> 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	<i>Dr Johann Brändle</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein</i> Right of establishment – Single practice rule – Justification by overriding reasons of general interest	[2000-2001] p. 123
40	E-5/00	<i>Dr Josef Mangold</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein</i> Right of establishment – Single practice rule – Justification by overriding reasons of general interest	[2000-2001] p. 163
41	E-6/00	<i>Dr Jürgen Tschannet</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein</i> Right of establishment – Single practice rule – Justification by overriding reasons of general interest	[2000-2001] p. 203
42	E-7/00	<i>Halla Helgadóttir v Daníel Hjaltason and Iceland Insurance Company Ltd</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur, Iceland</i> Motor Vehicle Insurance Directives – Standardised compensation system – Compensation for victims	[2000-2001] p. 246
43	E-5/01	<i>EFTA Surveillance Authority v Principality of Liechtenstein</i>	<i>Direct Action</i> 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
44	E-1/01	<i>Hörður Einarsson v The Icelandic State</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur, Iceland</i> Differentiated value-added tax on books – Article 14 EEA – Competing products – Indirect protection of domestic products	[2002] p. 1

45	E-2/02	<i>Dr Franz Martin Pucher</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein</i> Right of establishment – Residence requirement for at least one board member of a domiciliary company	[2002] p. 44
46	E-9/00	<i>EFTA Surveillance Authority v Norway</i>	<i>Direct Action</i> Failure of a Contracting Party to fulfil its obligations – State retail alcohol monopoly – licensed serving of alcohol beverages – discrimination	[2002] p. 72
47	E-8/00	<i>Landsorganisasjonen i Norge v Kommunenes Sentralforbund and Others</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Arbeidsretten, Norway</i> Competition rules – Collective agreements – Transfer of occupational pension scheme	[2002] p. 114
48	E-3/01	<i>Alda Viggósdóttir v Íslandsþóstur hf.</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur, Iceland</i> Council Directive 77/187/EEC – Transfer of a State administrative entity to a State owned limited liability company	[2002] p. 202
49	E-8/01	<i>Gunnar Amundsen AS and Others v Vectura AS</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Borgarting lagmannsrett, Norway</i> Withdrawn	[2002] p. 236
50	E-4/01	<i>Karl K. Karlsson hf. v The Icelandic State</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur, Iceland</i> 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
51	E-6/01	<i>CIBA and Others v The Norwegian State</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Oslo byrett, Norway</i> Rules of procedure – Admissibility – Jurisdiction of the Court – Competence of the EEA Joint Committee	[2002] p. 281
52	E-7/01	<i>Hegelstad and Others v Hydro Texaco AS</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Gulating lagmannsrett, Norway</i> Competition – Exclusive purchasing agreement – Service-station agreement – Article 53 EEA – Regulation 1984/83 – Nullity	[2002] p. 310
53	E-1/02	<i>EFTA Surveillance Authority v Norway</i>	<i>Direct Action</i> 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	<i>Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH and Bellona Foundation v EFTA Surveillance Authority</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Oslo byrett, Norway</i> Action for annulment of a decision of the EFTA Surveillance Authority-State aid-Admissibility-Locus standi	[2003] p. 52
55	E-3/02	<i>Paranova AS and Merck & Co., Inc. and Others</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Oslo byrett, Norway</i> 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	<i>EFTA Surveillance Authority v Iceland</i>	<i>Direct Action</i> 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	<i>Ákærvaldið (The Public Prosecutor) v Ásgeir Logi Ásgeirsson, Axel Pétur Ásgeirsson and Helgi Már Reynisson</i>	<i>Request for an Advisory Opinion from Oslo byrett, Iceland</i> 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