



Report of the EFTA Court

1998

© EFTA Court, Luxembourg, March 1999

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



Report of the EFTA Court

1998

Foreword

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

The first *Report of the EFTA Court* covers the period from 1 January 1994 to 30 June 1995 and contains an overview of the activities of the Court 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. The second and third *Report of the EFTA Court* cover the period from respectively 1 July 1995 to 31 December 1996 and 1 January 1997 to 31 December 1997. Like the first Report, they contain a general overview of the activities of the Court, including the decisions of the Court during the respective periods.

The present *Report of the EFTA Court* covers the period 1 January 1998 to 31 December 1998.

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 can be found in the booklet *EFTA Court Texts* (latest edition September 1996). The Statute of the Court was amended by decision of 10 August 1996 of the Committee of Representatives of the Contracting Parties. Amendments to the Rules of Procedure were adopted by the Court on 22 August 1996 and approved by the Governments. Instructions to the Registrar, adopted on 7 April 1994 and amended on 22 August 1996, complement the Rules of Procedure. In addition, the Statute of the Court Article 20 is being amended by a decision of the Member States, and will be implemented in the booklet *EFTA Court Texts* of which a new edition will be published as soon as possible. The booklet will then be available in English, German, Icelandic and Norwegian, and may be obtained from the Registry.

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

Table of Contents

<i>Foreword</i>	I
I. Administration of the Court	V
II. Judges and Staff	VII
III. Decisions of the Court	1
<i>Case E-3/97, Jan and Kristian Jæger AS, Supported by the Norwegian Association of Motor Car Dealers and Service Organisations v Opel Norge AS</i>	
– Summary	1
– Advisory Opinion	4
– Report for the Hearing	22
<i>Case E-4/97, The Norwegian Bankers' Association v The EFTA Surveillance Authority, Supported by The Kingdom of Norway</i>	
– Summary	38
– Decision of the Court	40
– Report for the Hearing	49
<i>Case E-5/97, European Navigation Inc v Star Forsikring AS under offentlig administrasjon (under public administration)</i>	
– Summary	59
– Order of the President	60
<i>Case E-7/97, The EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway</i>	
– Summary	62
– Judgment	63
<i>Case E-8/97, TV 1000 Sverige AB v The Norwegian Government, represented by the Royal Ministry of Cultural Affairs</i>	
– Summary	68
– Advisory Opinion	70
– Report for the Hearing	81

Case E-9/97, <i>Erla María Sveinbjörnsdóttir v The Government of Iceland</i>	
– Summary.....	95
– Advisory Opinion.....	97
– Report for the Hearing.....	115
Case E-10/97, <i>The EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway</i>	
– Summary.....	134
– Judgment.....	135
Case E-1/98, <i>The Norwegian Government, represented by the Royal Ministry of Social Affairs and Health v Astra Norge AS</i>	
– Summary.....	140
– Advisory Opinion.....	142
– Report for the Hearing.....	154
Case E-2/98, <i>Federation of Icelandic Trade (Samtök verslunarimmar - Félag íslenskra stórkaupmanna, FÍS) v The Government of Iceland and the Pharmaceutical Pricing Committee (Lyfjaverðsnefnd)</i>	
– Summary.....	172
– Advisory Opinion.....	174
– Report for the Hearing.....	186
Case E-3/98, <i>Rainford-Towning</i>	
– Summary.....	205
– Advisory Opinion.....	207
– Report for the Hearing.....	221
Case E-4/98, <i>Blyth Software Ltd. v AlphaBit AS</i>	
– Summary.....	239
– Order of the President.....	240
Case E-6/98 R, <i>The Government of Norway v The EFTA Surveillance Authority</i>	
– Summary.....	242
– Order of the Court.....	244

I. Administration of the Court

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

In accordance with Article 45 of the ESA/Court Agreement, the Governments of the EFTA/EEA States decided on 14 December 1994 that the seat of the Court should be moved from Geneva to Luxembourg as soon as suitable premises could be made available. Since 1 September 1996, the Court has had its seat at 1, rue du Fort Thüngen, Kirchberg, Luxembourg. The European Court of Justice and the Court of First Instance as well as the other European institutions are also situated in 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, with amendments most recently of 25 November 1998.

As provided for in Article 14 of the 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 held a public sitting on 11 November 1997 in which the appointed *ad hoc* judges took their oath and signed a declaration, pursuant to Article 30, fourth paragraph, of the ESA/Court Agreement, Article 2 of the Statute of the EFTA Court and Article 3 of the Rules of Procedure.

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

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

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

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

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

eftacourt@eftacourt.lu

II. Judges and Staff

The members of the Court are as follows:

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

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

Judge Haug was elected President of the Court on 18 January 1995 and was re-elected on 5 December 1996 for a period of three years, commencing 1 January 1997.

Mr Gunnar Selvik was appointed Registrar of the Court for a period of three years commencing 1 September 1998.

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

Nominated by Iceland:

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

Nominated by Liechtenstein:

Mr Marzell Beck, lawyer
Mr Martin Ospelt, lawyer

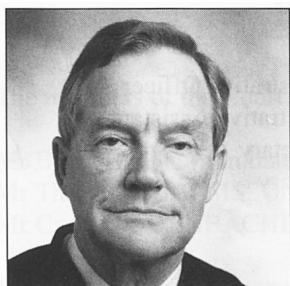
Nominated by Norway:

Mr Erling Selvig, professor
Ms Bjørg Ven, lawyer

In addition to the Judges, at the end of the year 1998 the following persons are employed by the Court:

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

CURRICULA VITAE OF THE JUDGES AND THE REGISTRAR



Bjørn HAUG

Born 16 December 1928 Oslo, Norway.

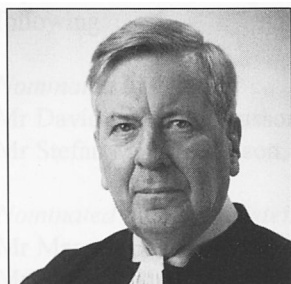
Studies: University of Oslo, cand jur 1954; University of California, Berkeley, LLM 1958.

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

Government and State bodies) 1972–1993.

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

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



Thór VILHJÁLMSOON

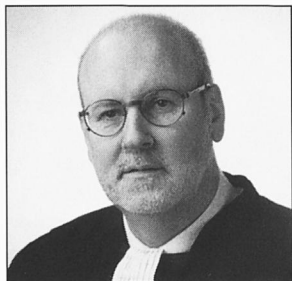
Born 9 June 1930 in Reykjavik, Iceland.

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

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

1962–67; Judge, European Court of Human Rights, Strasbourg, 1971–1998; Vice-President of that Court 1998; Judge, Supreme Court of Iceland, 1976–1993, President 1983–84 and 1993; Judge of the EFTA Court since 1 January 1994.

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



Carl BAUDENBACHER

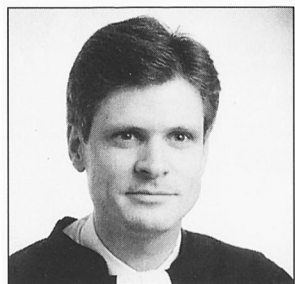
Born 1 September 1947 in Basel, Switzerland.

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

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

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

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



Gunnar SELVIK

Born 13 November 1963 in Bergen, Norway.

Studies: Norwegian Naval Academy 1982-1986, economic/logistic branch; University of Bergen and University of Oslo 1988-1992, cand jur; University of Oslo 1994, special subject EU-law.

Professional career: Paymaster on the Norwegian frigates Æger/Sleipner 1986-1987; Financial Officer Norwegian Element AFNORTH/NATO, Oslo 1987-1988; Group Leader Logistic System Design Office Norwegian Navy

Materiel Command (SFK), Bergen 1988-1990; Branch Chief Logistic System Design Office SFK 1990-1991; Senior Contracts-specialist Contracts Department SFK 1991; Financial Officer (head of finance) NACMA, Brussels

(Nato Air command Control Management Agency) 1992-1998; Alumni Member of Rotary International; Member of Rotary International's Group Study Exchange Programme 1990; Chairman of Norwegian Naval Economists Association 1989-1991; Member of the Representative Committee of "Military Personnel Service" 1990-1991; Member of the Norwegian Lawyers' Society.

III. Decisions of the Court

Case E-3/97

**Jan and Kristian Jæger AS, Supported by the
Norwegian Association of Motor Car Dealers and Service Organisations**

v

Opel Norge AS

(Request for an advisory opinion from Nedre Romerike herredsrett
(Nedre Romerike Municipal Court), Norway)

*(Competition – Motor vehicle distribution system – Compatibility with Article 53(1)
EEA – Admission to the system – Nullity)*

Advisory Opinion of the Court, 1 April 1998	4
Report for the Hearing.....	22

Summary of the Advisory Opinion

1. It is for the EEA Joint Committee to implement new Community legislation in the EEA by adopting amendments to the Annexes and Protocols to the EEA Agreement. Although homogeneity is one of the fundamental principles of the EEA Agreement, it follows from the structure of the Agreement and the legislative procedure provided for therein that this might not always be fully achieved in terms of simultaneous application of legislative measures. Thus, Article 102 EEA provides that decisions of the EEA Joint Committee shall be made "as

closely as possible" to the adoption by the Community of the corresponding new Community legislation with a view to permitting simultaneous application within the Community and EFTA pillars. The decision of the Joint Committee relevant to the present case implies that during a transitional period there would not necessarily be full homogeneity, and there is no basis for challenging the validity of that decision.

2. One cannot interpret the general prohibition in Article 53(1) EEA in order to bring it within the terms of a

Sak E-3/97

**Jan and Kristian Jæger AS, støttet av
Norges Bilbransjeforbund
mot
Opel Norge AS**

(Anmodning om en rådgivende uttalelse fra Nedre Romerike herredsrett)

(Konkurranselov – Distribusjonssystem for motorkjøretøyer – Forenlighet med EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 – Opptak i systemet – Ugyldighet)

Rådgivende uttalelse fra Domstolen, 1 april 1998.....	4
Rettsmøterapport.....	22

Sammendrag av den rådgivende uttalelsen

1. Det er opp til EØS-komiteén å overføre ny lovgivning i Fellesskapet til EØS ved å vedta endringer i EØS-avtalens vedlegg og protokoller. Og selv om ensartethet er et av EØS-avtalens fundamentale prinsipper, følger det av avtalens struktur og den lovgivningsprosedyren som er fastsatt i denne at dette ikke alltid fullt ut kan oppnås i forhold til samtidig anvendelse av lovgivningstiltakene. Således fastsetter EØS-avtalen artikkel 102 at EØS-komiteéns beslutninger skal treffes "så nær som mulig i tid" etter at Fellesskapet har vedtatt tilsvarende nytt

regelverk, med sikte på å gjøre det mulig med en samtidig iverksettelse innen Fellesskaps- og EFTA-pilarene. Den relevante beslutningen av EØS-komiteén i den foreliggende saken innebærer at det i løpet av overgangsperioden ikke nødvendigvis ville bli full ensartethet, og det er ikke grunnlag for å angripe denne beslutningen.

2. Man kan ikke tolke det generelle forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 for å bringe det innenfor rammen av et gruppefritak som i seg selv ikke er en

block exemption which, in itself, is not an interpretation of the provision but an exemption, i.e. something which derogates from the provision.

3. The concept of "agreement" in Article 53(1) EEA is an autonomous concept, which does not fully correspond to the concept of "agreement" in different national legal systems. The minimum requirement for there to be an "agreement" within the meaning of the provision is an expression of a joint intention of the parties involved to conduct themselves on the market in a specific way, the object or effect of the conduct being the prevention, restriction or distortion of competition.

4. Negotiations which have not yet culminated in an expression of a joint intention are not covered by the concept "agreement" in Article 53(1) EEA. Nor does the provision apply to unilateral conduct of an undertaking, including offers made for the conclusion of a contract as long as the offer has not been accepted by other party in the sense of expressing an intention to adhere to the provisions in the offer.

5. Where a car importer operates a distribution system which may affect channels of distribution and the conditions of which are not negotiable and are imposed on all accepted dealers, a refusal to accept a dealer forms part of the contractual relations between the undertaking and its dealers which fall to be examined under Article 53 EEA.

6. In the case of certain selective distribution systems, an importer, in order not to infringe Article 53(1) EEA, may become obliged to accept all potential dealers who meet qualitative criteria imposed by the importer. Thus, depending on the circumstances, a refusal to accept a dealer may constitute

an infringement of Article 53(1) EEA. If the distributor nevertheless refuses to comply with that requirement, the legal consequences may be, for instance, that fines are levied, or that the distributor is denied an individual exemption in procedures before the EFTA Surveillance Authority or the Commission of the European Communities (see Article 56 EEA). But there is no basis under Article 53 EEA for imposing upon an unwilling distributor a duty to enter into a specific dealership agreement.

7. The object and effect of a clause requiring the dealer to terminate all connections with a dealer group must be to prevent the dealer from selling vehicles of other makes. This amounts to a non-compete clause.

8. When a dealer is prevented from having any corporate law connection with another company, it must be assumed that the chances of a dealer successfully starting a new business will in most cases be reduced. Additionally, the condition in question is also able to prevent other potential dealers from getting access to qualified persons who could, in addition to providing capital, bring valuable knowledge of the trade to other potential dealer companies.

9. The clauses in question have as their object and effect to restrict competition, in particular inter-brand competition. Given the fact that the agreement is part of a network of other dealership agreements, the effect is also appreciable. As the agreement relates to international transactions, it may furthermore affect trade between the Contracting Parties.

10. The automatic nullity in consequence of breaches applies to those parts of the agreement affected by the

tolkning av bestemmelsen, men et fritak, dvs noe som fraviker fra bestemmelsen.

3. Begrepet "avtale" i EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 er et autonomt begrep som ikke fullt ut sammenfaller med begrepet "avtale" i forskjellige nasjonale rettssystemer. Ifølge avgjørelser fra EF-domstolen og Førsteinstansretten hva gjelder begrepet i EF-traktaten artikkel 85 nr 1, er minstevilkåret for at det skal være en "avtale" i bestemmelsens betydning at partene som er involvert har en uttrykt felles vilje til å innrette seg på markedet på en bestemt måte og at formålet eller virkningen av atferden er å hindre, innskrenke eller vri konkurransen.

4. Forhandlinger som foreløpig ikke har resultert i en uttrykt felles vilje er ikke dekket av begrepet "avtale" i EØS-avtalen artikkel 53 nr 1. Heller ikke får bestemmelsen anvendelse på ensidig atferd av et foretak, innbefattet tilbud utarbeidet for å slutte en kontrakt, så lenge tilbudet ikke er blitt akseptert av andre parten i betydningen av å uttrykke en vilje til å overholde bestemmelsene i tilbudet.

5. Hvor en bilimportør driver et distribusjonssystem som kan påvirke distribusjonskanaler og hvor vilkårene ikke er gjenstand for forhandling og er pålagt alle godkjente forhandlere, utgjør et avslag på å oppta en forhandler en del av det kontraktsmessige forholdet mellom importøren og dets forhandlere som er gjenstand for prøving under EØS-avtalen artikkel 53.

6. I forbindelse med enkelte selektive distribusjonssystemer kan en importør, for å unngå å bryte EØS-avtalen artikkel 53 nr 1, bli tvunget til å akseptere alle potensielle forhandlere som oppfyller de kvalitative kriteriene pålagt av importøren. Således kan,

avhengig av omstendighetene, et avslag på å oppta en forhandler innebære et brudd på EØS-avtalen artikkel 53 nr 1. Dersom distributøren likevel avslår å oppfylle det kravet, kan de rettslige konsekvensene for eksempel bli at det pålegges bøter eller at distributøren nektes et individuelt fritak i prosedyrer for EFTAs overvåkningsorgan eller Kommisjonen for De europeiske fellesskap (se EØS-avtalen artikkel 56). Men det er intet grunnlag i EØS-avtalen artikkel 53 for å pålegge en uvillig distributør en plikt til å inngå en konkret forhandleravtale.

7. Formålet med og virkningen av en klausul som krever at forhandleren oppgir alle forbindelsene med en forhandlergruppe, må være å hindre forhandleren fra å selge kjøretøyer av andre merker. Dette er ensbetydende med en klausul om konkurranseforbud.

8. Når en forhandler er forhindret fra å ha noen selskapsrettslige forbindelser med et annet selskap, må det antas at mulighetene for at en forhandler med suksess kan starte en ny virksomhet i de fleste tilfeller vil bli redusert. I tillegg er vilkåret det gjelder også i stand til å hindre andre potensielle forhandlere fra å få tilgang på kvalifiserte personer som, i tillegg til å skaffe kapital, kunne bringe verdifull kunnskap om bransjen til andre potensielle forhandlerselskaper.

9. Klausulene det gjelder har som formål og virkning å begrense konkurransen, særlig konkurransen mellom merkene. Gitt det faktum at avtalen er en del av et nettverk av andre forhandleravtaler er virkningen også merkelig. Ettersom avtalen angår internasjonale transaksjoner, kan den dessuten påvirke samhandelen mellom avtalepartene

prohibition, or to the agreement as a whole if it appears that those parts are not severable from the agreement itself. Consequently, any other contractual provisions which are not affected by the prohibition, and which therefore do not involve the application of the EEA Agreement, fall outside EEA law.

10. Ugyldighet av avtalen som en umiddelbar konsekvens gjelder bare de deler av avtalen som berøres av forbudet, eller for hele avtalen dersom disse deler ikke kan skilles ut fra de øvrige deler av avtalen. Følgelig faller

enhver kontraktsbestemmelse som ikke er påvirket av forbudet, og således ikke gjelder anvendelsen av EØS-avtalen, utenfor EØS-retten.

ADVISORY OPINION OF THE COURT

1 April 1998*

*(Competition – Motor vehicle distribution system – Compatibility with Article 53(1)
EEA – Admission to the system – Nullity)*

In Case E-3/97

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

Jan and Kristian Jæger AS

Supported by the
Norwegian Association of Motor Car Dealers and Service Organisations

and

Opel Norge AS

on the interpretation of Article 53 of the EEA Agreement.

THE COURT,

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

Registrar: Asle Aarbakke, Legal Secretary

after considering the written observations submitted on behalf of:

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

RÅDGIVENDE UTTALELSE FRA DOMSTOLEN

1 april 1998*

(Konkurranse - Distribusjonssystem for motorkjøretøyer - Forenlighet med EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 - Opptak i systemet - Ugyldighet)

I sak E-3/97

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

Jan og Kristian Jæger AS

Støttet av **Norges Bilbransjeforbund**

og

Opel Norge AS

om tolkningen av EØS-avtalen artikkel 53.

DOMSTOLEN,

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

Justissekretær: Asle Aarbakke, juridisk sekretær

etter å ha vurdert de skriftlige saksfremstillinger inngitt av:

* Språket i anmodningen om en rådgivende uttalelse: Norsk.

- the plaintiff, represented by Counsel Pål Magne Bakka, Advokatfirmaet Harris, Bergen;
- the defendant, represented by Counsel Jon Lyng, Advokatfirmaet Lyng & Co., Oslo;
- the Government of the Kingdom of Norway, represented by Hege M. Hoff, Royal Ministry of Foreign Affairs, acting as Agent;
- the EFTA Surveillance Authority, represented by Rolf Helmich Pedersen, Officer, Legal & Executive Affairs, acting as Agent;
- the Commission of the European Communities, represented by Richard Lyal, Member of its Legal Service, acting as Agent.

having regard to the Report for the Hearing,

after hearing the oral observations of the plaintiff, the defendant, the Norwegian Government, the EFTA Surveillance Authority and the Commission of the European Communities at the hearing on 19 February 1998,

gives the following

Advisory Opinion

Facts and Procedure

- 1 By an order dated 2 September 1997, registered at the Court on 8 September 1997, Nedre Romerike herredsrett, a Norwegian municipal court, made a Request for an Advisory Opinion in a case brought before it by Jan and Kristian Jæger AS, plaintiff, against Opel Norge AS, defendant. The case concerns the refusal to accept a new dealer for Opel cars in Norway.
- 2 The plaintiff, Jan and Kristian Jæger AS (hereinafter "Jæger"), is a wholly-owned subsidiary of Jæger-gruppen AS (the "Jæger Group"). Jan and Kristian Jæger are shareholders in the Jæger Group, which is a significant purchaser and dealer in different makes of motor vehicles, including Toyota, BMW, Rover and Land Rover.
- 3 The defendant, Opel Norge AS ("Opel"), is wholly-owned by General Motors Co. of the United States of America. It has 53 independent dealers in Norway. A standard dealership agreement is entered into with the dealers, normally for five years at a

- saksøker, representert ved advokat Pål Magne Bakka, Advokatfirmaet Harris, Bergen;
- saksøkte, representert ved advokat Jon Lyng, Advokatfirmaet Lyng & Co., Oslo;
- Den norske regjering, representert ved Hege M. Hoff, Utenriksdepartementet, som partsrepresentant;
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved Rolf Helmich Pedersen, saksbehandler, Avdelingen for juridiske saker og eksekutivesaker, som partsrepresentant;
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Richard Lyal, juridisk rådgiver i Rettsavdelingen, som partsrepresentant.

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt de muntlige innleggene fra saksøker, saksøkte, Den norske regjering, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskap under høringen den 19 februar 1998,

gir slik

Rådgivende uttalelse

Fakta og prosedyre

- 1 Ved en beslutning datert 2 september 1997, mottatt ved Domstolen den 8 september 1997, har Nedre Romerike herredsrett anmodet om en rådgivende uttalelse i en sak innbrakt for denne av Jan og Kristian Jæger AS, saksøker, mot Opel Norge AS, saksøkte. Saken gjelder avslaget på å godkjenne en ny forhandler for Opel-biler i Norge.
- 2 Saksøker, Jan og Kristian Jæger AS (heretter "Jæger"), er et heleiet datterselskap av Jæger-gruppen AS ("Jæger-gruppen"). Jan og Kristian Jæger er aksjonærer i Jæger-gruppen, som er en betydelig kjøper og forhandler av forskjellige merker av motorkjøretøyer, innbefattet Toyota, BMW, Rover og Land Rover.
- 3 Saksøkte, Opel Norge AS ("Opel"), eies i sin helhet av General Motors Co. i De forente stater. Det har 53 uavhengige forhandlere i Norge. En standard forhandleravtale er inngått med forhandlerne, vanligvis for fem år om gangen.

time. These agreements conform as much as possible to Opel's standard European dealership agreement.

- 4 On 13 December 1995, Jæger brought an action against Opel claiming that Opel had entered into a dealership agreement with it or, subsidiarily, that Opel was under an obligation to do so. The Norwegian Association of Motor Car Dealers and Service Organisations declared itself an intervener in support of Jæger by pleadings of 9 December 1996.
- 5 During the handling of the dispute by Nedre Romerike herredsrett, disagreement arose as to the interpretation of Article 53(1) EEA. The question is whether the provision prohibits certain terms in a motor vehicle dealership agreement.
- 6 In the spring of 1994, Jan and Kristian Jæger entered into negotiations with Opel for the establishment of a new Opel dealership in the Bergen area.
- 7 At a meeting in May 1994, the parties agreed that any such dealership should be held by a new company with its own management and Board of Directors, independent of the other companies in the Jæger Group and occupying premises separate from those of other companies in that group.
- 8 There was an exchange of letters between Jan Jæger on the one hand and Opel on the other regarding the shareholder structure in the new company. A new meeting was held on 9 May 1995. Following that meeting, Opel asked Jan and Kristian Jæger to apply for a dealership. In a letter of 22 May 1995, Jan and Kristian Jæger applied for an Opel dealership for the Bergen area on behalf of a new company which was to be created.
- 9 According to the application, Kristian Jæger would be General Manager of the new company and would hold 51% of the shares. His father, Jan Jæger, would hold the remaining 49% and would be Chairman of the Board of Directors.
- 10 By letter of 29 June 1995, Opel put forward an offer of dealership to Kristian and Jan Jæger on that basis. In accordance with normal practice, the offer was made to the person who was to be the General Manager of the new company. It was a condition of the offer that Kristian and Jan Jæger were to sell their shares in the Jæger Group by 31 December 1996 and that they could not be involved with competing products.
- 11 The following clauses were contained in the offer from Opel:

"2. The General Manager referred to in § 3 of the Agreement will be Kristian Jæger who, from the outset, will hold 51% of the company's shares. Jan Jæger will hold 49% of the shares as of the time the company is established and will be Chairman of the Board of Directors. Kristian Jæger is authorized to bind the company alone or together with the Chairman of the Board of Directors. It is a condition that Kristian Jæger will have right of first refusal at face value on the

Disse avtalene er så langt som mulig i overensstemmelse med Opels standard europeiske forhandleravtale.

- 4 Den 13 desember 1995 reiste Jæger AS sak mot Opel med påstand om at Opel hadde inngått en forhandleravtale med det eller, subsidiært, at Opel var forpliktet til å gjøre det. Norges Bilbransjeforbund erklærte seg som intervenient til støtte for Jæger ved prosesskrift av 9 desember 1996.
- 5 Under behandlingen av tvisten i Nedre Romerike herredsrett, er det oppstått uenighet om tolkningen av EØS-avtalen artikkel 53 nr 1. Spørsmålet er om bestemmelsen setter forbud mot visse vilkår i en forhandleravtale om motorkjøretøyer.
- 6 Våren 1994 innledet Jan og Kristian Jæger forhandlinger med Opel om opprettelsen av en ny Opel-forhandler i Bergensregionen.
- 7 På et møte i mai 1994 ble partene enige om at en slik handlervirksomhet skulle innehas av et nytt selskap med sin egen ledelse og styre, uavhengig av de andre selskapene i Jæger-gruppen, og holde til i lokaler som var atskilt fra lokaler til de andre selskapene i den gruppen.
- 8 Det fant sted en brevveksling mellom Jan Jæger på den ene siden og Opel på den annen vedrørende aksjonærstrukturen i det nye selskapet. Et nytt møte ble holdt den 9 mai 1995. Etter dette møtet ba Opel Jan og Kristian Jæger om å søke om å bli forhandler. I et brev av 22 mai 1995 søkte Jan og Kristian Jæger på vegne av et nytt selskap som skulle stiftes om å bli forhandler for Opel i Bergensregionen.
- 9 Ifølge søknaden skulle Kristian Jæger være daglig leder i det nye selskapet og ville inneha 51% av aksjene. Hans far, Jan Jæger, ville inneha de resterende 49% av aksjene og være styreformann.
- 10 I brev av 29 juni 1995 fremsatte Opel et tilbud til Kristian og Jan Jæger om å bli forhandler på det grunnlaget. I samsvar med vanlig praksis ble tilbudet gitt til den personen som skulle være daglig leder i det nye selskapet. Det var et vilkår for tilbudet at Kristian og Jan Jæger skulle selge sine aksjer i Jæger-gruppen innen 31 desember 1996, og at de ikke kunne befatte seg med konkurrerende produkter.
- 11 Følgende klausuler var innbefattet i tilbudet fra Opel:
 - "2. Daglig leder i Avtalens § 3 vil være Kristian Jæger som fra starten innehar 51% av firmaets aksjer. Jan Jæger vil inneha 49% av aksjene ved etablering og være styreformann. Kristian Jæger vil tegne firmaet alene eller sammen med styreformannen. Det forutsettes at Kristian Jæger vil ha forkjøpsrett til resten av aksjene utover hans nåværende 51% til pålydende verdi. Det forutsettes videre at såvel Kristian Jæger som Jan Jæger er kjøpt ut av Jæger-konsernet senest innen 31. desember 1996.

remainder of the shares beyond his current 51%. It is further a condition that both Kristian Jæger and Jan Jæger are to be bought out of the Jæger group no later than 31 December 1996.

3. With reference to point 2, Kristian Jæger, Jan Jæger and the new Opel dealer may not become involved with competing products."

- 12 In a letter of 18 September 1995, the offer was formally accepted by Jan and Kristian Jæger on behalf of the company being created. The acceptance conformed to the offer on all points except for the provisions on ownership structure.
- 13 Opel did not accept the change in relation to the offer. The standard agreement has not been signed by either of the parties.
- 14 The parties do not agree as to whether, under Norwegian contract law, a binding dealership agreement has been entered into. They furthermore disagree as to whether Opel has imposed the condition regarding shareholder structure in a discriminatory manner, given that the General Managers' ownership shares in Opel's dealer companies in Norway vary from 0% to 100%.
- 15 Nedre Romerike herredsrett decided to refer a Request for an Advisory Opinion on the following questions to the EFTA Court:
 - 1.a *Does Article 53(1) EEA, cf. the rules on selective distribution, prohibit an importer, upon entering into a dealership agreement concerning motor vehicles, from imposing conditions regarding a certain shareholder structure of the dealer?*
 - 1.b *If so, will this be applicable regardless of the aim or effects of the condition?*
 - 1.c *Did such a prohibition exist in September 1995?*
 - 2.a *Does Article 53(1) EEA, cf. the rules on selective distribution, prohibit an importer, upon entering into a dealership agreement concerning motor vehicles, from imposing conditions regarding the owners and/or general manager in the dealer company holding ownership interests in other companies which deal and/or hold ownership interests in other companies which deal in motor vehicles?*
 - 2.b *If so, is this applicable regardless of the aim or effects of the condition?*
 - 2.c *Did such a prohibition exist in September 1995?*

3. Med referanse til pkt. 2 vil verken Kristian Jæger, Jan Jæger eller den nye Opel-forhandleren engasjere seg i konkurrerende produkter."
- 12 I brev av 18 september 1995 ble tilbudet formelt akseptert av Jan og Kristian Jæger på vegne av det selskapet som var under stiftelse. Aksepten var i samsvar med tilbudet på alle punkter med unntak av bestemmelsene om eierstruktur.
- 13 Opel aksepterte ikke endringen i forhold til tilbudet. Standardavtalen har ikke blitt undertegnet av noen av partene.
- 14 Partene er ikke enige om hvorvidt det etter norsk avtalerett er inngått en bindende forhandleravtale. Videre er de uenige om hvorvidt Opel har stilt betingelsen vedrørende aksjonærstruktur på en diskriminerende måte, i og med at daglig leders eierandeler i Opels forhandlerselskaper i Norge varierer fra 0% til 100%.
- 15 Nedre Romerike herredsrett besluttet å rette en anmodning om en rådgivende uttalelse til EFTA-domstolen med følgende spørsmål:
- 1.a Forbyr EØS-avtalen artikkel 53 nr 1, jf reglene om selektiv distribusjon, at en importør ved inngåelse av en forhandleravtale vedrørende motorvogner stiller vilkår om en bestemt aksjonærstruktur hos forhandleren?*
- 1.b Gjelder dette isafall uansett hvilket formål eller virkninger vilkåret har?*
- 1.c Eksisterte det et slikt forbud i september 1995?*
- 2.a Forbyr EØS-avtalen artikkel 53 nr 1, jf reglene om selektiv distribusjon, at en importør ved inngåelse av en forhandleravtale vedrørende motorvogner stiller vilkår om at eierne og eller daglig leder i forhandlerselskapet [ikke] har eierinteresser i andre selskaper som forhandler og eller har eierinteresser i andre selskaper som forhandler motorvogner?*
- 2.b Gjelder dette isafall uansett hvilket formål eller virkninger vilkåret har?*
- 2.c Eksisterte det et slikt forbud i september 1995?*

3. *Does it follow from Article 53(1) EEA that an importer of motor vehicles in September 1995 had an obligation to enter into a dealership agreement with any or all who wished to be dealers and who otherwise met the qualitative criteria the importer could lawfully impose on dealers?*
 4. *Is Article 53(1) EEA to be construed to the effect that negotiations about an agreement or an agreement to enter into an agreement is tantamount to an "agreement" and, consequently, sufficient to bring the matter within the scope of Article 53(1)?*
 5. *Is Article 53(1) EEA to be construed to the effect that a refusal to accept a dealer falls to be examined under Article 53 when that refusal can serve to enforce an anti-competitive policy or contractual practice between the importer and other, existing dealers?*
 6. *Is Article 53(2) to be construed to the effect that if a condition is contrary to Article 53(1) and or the rules on selective distribution, the entire contract is then of no legal force or effect?*
- 16 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.

Legal background

- 17 The provisions in question are Article 53 EEA, Commission Regulation (EEC) No 123/85 of 12 December 1984 on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of motor vehicle distribution and servicing agreements (OJ No L 15, 18.1.1985, p. 16), hereinafter referred to as "Regulation 123/85", and Commission Regulation (EC) No 1475/95 of 28 June 1995 on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of motor vehicle distribution and servicing agreements, (OJ No L 145, 29.6.1995, p. 25), hereinafter referred to as "Regulation 1475/95".
- 18 Article 53 EEA reads as follows:

"1. The following shall be prohibited as incompatible with the functioning of this Agreement: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Contracting Parties and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the territory covered by this Agreement, and in particular those which:

3. *Følger det av EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 at en importør av motorvogner i september 1995 hadde plikt til å inngå forhandleravtale med noen eller alle de som ønsket å være forhandlere og som for øvrig fylte de kvalitative kriteriene som importøren lovlig kunne sette til en forhandler?*
 4. *Er EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 slik å forstå at forhandlinger om en avtale eller avtale om å inngå avtale er sidestilt med "avtale" og følgelig bringer forholdet inn under artikkel 53 nr 1?*
 5. *Er EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 slik å forstå at nektelse av å oppta en forhandler skal vurderes under artikkel 53 når nektelsen kan tjene til å handheve en konkurranshindrende policy eller avtalepraksis mellom importøren og andre, eksisterende forhandlere?*
 6. *Er EØS-avtalen artikkel 53 nr 2 slik å forstå [at] dersom et vilkår strider mot artikkel 53 nr 1 og eller reglene om selektiv distribusjon har hele avtalen ikke noen rettsvirkning?*
- 16 Det vises til rettsmøterapporten for en fylligere beskrivelse av den rettslige rammen, de faktiske forhold, saksgangen og de skriftlige saksfremstillinger fremlagt for Domstolen, som i det følgende bare vil bli omtalt og drøftet så langt det er nødvendig for Domstolens begrunnelse.

Rettslig bakgrunn

- 17 Bestemmelsene det gjelder er EOS-avtalen artikkel 53, kommisjonsforordning (EOF) 123/85 av 12 desember 1984 om anvendelse av traktatens artikkel 85 paragraf 3 på grupper av distribusjons- og serviceavtaler om motorkjøretøyer (OJ nr L 15, 18.1.1985, s 16), heretter omtalt som "forordning 123/85", og kommisjonsforordning (EF) 1475/95 av 28 juni 1995 om anvendelse av traktatens artikkel 85 paragraf 3 på grupper av distribusjons- og serviceavtaler om motorkjøretøyer. (OJ nr L 145, 29.6.1995, s 25), heretter omtalt som "forordning 1475/95".
- 18 EOS-avtalen artikkel 53 lyder:

"1. Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom avtalepartene, og som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innen det territorium som er omfattet av denne avtale, skal være uforenlige med denne avtales funksjon og forbudt, særlig slike som består i

- (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;
- (b) limit or control production, markets, technical development, or investment;
- (c) share markets or sources of supply;
- (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.

3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:

- any agreement or category of agreements between undertakings;
- any decision or category of decisions by associations of undertakings;
- any concerted practice or category of concerted practices;

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

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

19 Article 53 EEA is identical in substance to Article 85 EC. Thus, Article 6 EEA and Article 3(2) of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice are applicable when interpreting Article 53 EEA.

20 Certain agreements in the field of motor vehicle distribution have been exempted from the scope of Article 85 EC and Article 53 EEA by virtue of Regulation 123/85, subsequently replaced by Regulation 1475/95, see below.

Applicability in time

21 Article 53 EEA has been in force in the EFTA States of the EEA since the entry into force of the EEA Agreement on 1 January 1994.

22 Regulation 123/85 was part of the EEA Agreement when it entered into force (Act referred to in part B, No. 4, Annex XIV EEA) and was to remain in force, according to Article 14 of that Regulation, until 30 June 1995.

- a) å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår.
- b) å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer.
- c) å dele opp markeder eller forsyningskilder.
- d) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen.
- e) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.

2. Avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til denne artikkel, skal ikke ha noen rettsvirkning

3. Det kan imidlertid erklæres at bestemmelsene i nr 1 ikke skal anvendes på
- avtaler eller grupper av avtaler mellom foretak.
 - beslutninger eller grupper av beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak, og
 - samordnet opptreden eller grupper av slik opptreden.

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

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

19 EOS-avtalen artikkel 53 er innholdsmessig identisk med EF-traktaten artikkel 85. EOS-avtalen artikkel 6 og Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol artikkel 3(2) er således anvendelige ved tolkningen av EOS-avtalen artikkel 53.

20 Visse avtaler vedrørende distribusjon av motorkjøretøyer har blitt unntatt fra anvendelsesområdet til EF-traktaten artikkel 85 og EOS-avtalen artikkel 53 gjennom forordning 123/85, senere erstattet av forordning 1475/95, se nedenfor.

Anvendelse i tid

21 EOS-avtalen artikkel 53 har vært i kraft i EFTA-landene i EOS siden EOS-avtalen trådte i kraft den 1 januar 1994.

22 Forordning 123/85 var en del av EOS-avtalen da den trådte i kraft (rettsakt henvist til i EOS-avtalen vedlegg XIV del B nr 4), og skulle, i henhold til dens artikkel 14, fortsette å gjelde til 30 juni 1995.

- 23 Within the Community, the applicability of Regulation 123/85 was extended until 30 September 1995 by virtue of Article 13 of Regulation 1475/95. Regulation 1475/95 replaced Regulation 123/85 effective 1 October 1995. Article 7 of Regulation 1475/95 provides that agreements in force on 1 October 1995 which satisfied the conditions in Regulation 123/85 were to remain valid until 30 September 1996.
- 24 Regulation 1475/95 was implemented in the EEA Agreement pursuant to Article 98 EEA by Joint Committee Decision No. 46/96 of 19 July 1996 (Act referred to in part B, No. 4a, Annex XIV EEA). According to that decision, Regulation 1475/95 entered into force in the EEA on 1 August 1996, but would have effect as of 1 October 1995. However, the Joint Committee Decision empowered the individual EFTA States to adopt transitional measures for the period from 1 July 1995 to 19 July 1996, in so far as was necessary for constitutional reasons.
- 25 It is, in principle, a matter for the national court to determine the extent to which Norway availed itself of the possibility of adopting transitional measures in its national legislation for the period in question. However, the Court notes that, according to information submitted by the Norwegian Government, the following positions with regard to transitional measures seem to have been adopted:
- a) it was decided not to extend the applicability of Regulation 123/85 beyond 30 June 1995;
 - b) it was decided not to apply Regulation 1475/95 before 19 July 1996, with the consequence that the transitional provision in Article 7 of that Regulation did not apply.
- 26 If the national court finds that this description of national transitional measures is correct, the situation in Norway may be described as follows: from 1 January 1994 until 30 June 1995, Article 53 EEA was applicable, with the exemptions provided for in Regulation 123/85. From 1 July 1995 until 19 July 1996 only Article 53 EEA was applicable, with no block exemptions. Since 19 July 1996, Article 53 EEA has been applicable, with the exemptions provided for in Regulation 1475/95.
- 27 It is contested in the present case whether an agreement was concluded in September 1995 by virtue of Opel's formal offer and Jæger's purported acceptance thereof. Based on the information provided by the Norwegian Government concerning the adoption of transitional measures, the alleged agreement in September 1995 falls to be considered under Article 53 EEA and relevant case law alone.

- 23 Innen Fellesskapet ble gyldigheten av forordning 123/85 forlenget til 30 september 1995 i kraft av forordning 1475/95 artikkel 13. Forordning 1475/95 erstattet forordning 123/85 med virkning fra 1 oktober 1995. Forordning 1475/95 artikkel 7 foreskriver at avtaler i kraft 1 oktober 1995 og som tilfredsstilte vilkårene i forordning 123/85 skulle forbli gyldige til 30 september 1996.
- 24 Forordning 1475/95 ble gjort til del av EØS-avtalen i henhold til EØS-avtalen artikkel 98 ved EØS-komiteéns vedtak nr 46/96 av 19 juli 1996 (rettsakt henvist til i EØS-avtalen vedlegg XIV del B nr 4a). Ifølge denne beslutningen trådte forordning 1475/95 i kraft innen EØS den 1 august 1996, men skulle anvendes med virkning fra 1 oktober 1995. EØS-komiteéns beslutning ga imidlertid de individuelle EFTA-statene myndighet til å fastlegge overgangsordninger for perioden mellom 1 juli 1995 og 19 juli 1996 i den utstrekning dette av konstitusjonelle grunner var nødvendig.
- 25 Det er i prinsippet en sak for den nasjonale domstolen å avgjøre i hvilken utstrekning Norge benyttet seg av muligheten til å fastsette overgangsordninger i sin nasjonale lovgivning for den aktuelle perioden. Domstolen bemerker imidlertid at, ifølge informasjon gitt av Den norske regjering, følgende synes å være vedtatt når det gjelder overgangsordninger:
- a) det ble bestemt å ikke forlenge anvendeligheten av forordning 123/85 ut over 30 juni 1995;
 - b) det ble bestemt å ikke anvende forordning 1475/95 før 19 juli 1996, med den konsekvens at overgangsbestemmelsen i den forordningens artikkel 7 ikke fikk anvendelse.
- 26 Dersom den nasjonale domstolen finner at denne beskrivelsen av nasjonale overgangsordninger er riktig, kan situasjonen i Norge beskrives som følger: Fra 1 januar 1994 til 30 juni 1995 var EØS-avtalen artikkel 53 anvendelig med de fritakene som er foreskrevet i forordning 123/85. Fra 1 juli 1995 til 19 juli 1996 var bare EØS-avtalen artikkel 53 anvendelig, uten gruppefritak. Siden 19 juli 1996 har EØS-avtalen artikkel 53 vært anvendelig, med de fritakene som er fastsatt i forordning 1475/95.
- 27 I den foreliggende saken er det omtvistet hvorvidt en avtale ble sluttet i september 1995 gjennom Opels formelle tilbud og Jægers tilsiktede aksept av dette. På bakgrunn av informasjonen fremlagt av Den norske regjering om vedtagelsen av overgangsordninger, blir den påståtte avtalen i september 1995 alene å vurdere i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 og relevant rettspraksis.

- 28 The Court notes that the national court, in its first, second and third questions, asks specifically about the situation in September 1995. The fourth, fifth and sixth questions are general questions about the interpretation of Article 53 EEA and not about either of the two block exemptions. The Court will limit its Advisory Opinion accordingly.
- 29 The defendant submits that even if Regulation 123/85 was not formally in force in Norway in September 1995, it should be considered applicable for reasons of homogeneity with Community law.
- 30 That argument cannot be accepted. It is for the EEA Joint Committee to implement new Community legislation in the EEA by adopting amendments to the Annexes and Protocols to the EEA Agreement. And although homogeneity is one of the fundamental principles of the EEA Agreement, it follows from the structure of the Agreement and the legislative procedure provided for therein that this might not always be fully achieved in terms of simultaneous application of legislative measures. Thus, Article 102 EEA provides that decisions of the EEA Joint Committee shall be made "as closely as possible" to the adoption by the Community of the corresponding new Community legislation with a view to permitting a simultaneous application within the Community and EFTA pillars. The decision of the Joint Committee relevant to the present case implies that during a transitional period there would not necessarily be full homogeneity, and there is no basis for challenging the validity of that decision.
- 31 The defendant further submits that even though no block exemptions were formally in force in Norway in September 1995, Article 53 EEA should be interpreted in the light of Regulation 123/85 for reasons of homogeneity.
- 32 The Court finds that one cannot interpret the general prohibition in Article 53(1) EEA in order to bring it within the terms of a block exemption which, in itself, is not an interpretation of the provision but an exemption, i.e. something which derogates from the provision.

The fourth question

- 33 By its fourth question, which the Court considers should be dealt with first, the national court seeks to ascertain the scope of application of Article 53(1) EEA which prohibits *inter alia* all agreements between undertakings and concerted practices, which may affect trade between Contracting Parties, and have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the territory covered by the EEA Agreement.

- 28 Domstolen bemerker at den nasjonale domstolen i sitt første, andre og tredje spørsmål spør spesielt om situasjonen i september 1995. Det fjerde, femte og sjette spørsmål er generelle spørsmål om tolkningen av EØS-avtalen artikkel 53 og ikke om noen av de to gruppefritakene. Domstolen vil begrense sin rådgivende uttalelse tilsvarende.
- 29 Saksøkte hevder at selv om forordning 123/85 ikke formelt var i kraft i Norge i september 1995, bør den anses anvendelig av hensyn til ensartethet med fellesskapsretten.
- 30 Dette argumentet kan ikke godtas. Det er opp til EØS-komiteén å overføre ny lovgivning i Fellesskapet til EOS ved å vedta endringer i EØS-avtalens vedlegg og protokoller. Og selv om ensartethet er et av EØS-avtalens fundamentale prinsipper, følger det av avtalens struktur og den lovgivningsprosedyren som er fastsatt i denne at dette ikke alltid fullt ut kan oppnås i forhold til samtidig anvendelse av lovgivningstiltakene. Således fastsetter EØS-avtalen artikkel 102 at EOS-komiteéns beslutninger skal treffes "så nær som mulig i tid" etter at Fellesskapet har vedtatt tilsvarende nytt regelverk, med sikte på å gjøre det mulig med en samtidig iverksettelse innen Fellesskaps- og EFTA-pilarene. Den relevante beslutningen av EOS-komiteén i den foreliggende saken innebærer at det i løpet av overgangsperioden ikke nødvendigvis ville bli full ensartethet, og det er ikke grunnlag for å angripe denne beslutningen.
- 31 Saksøkte hevder videre at selv om det formelt sett ikke var noe gruppefritak i kraft i Norge i september 1995, bør EØS-avtalen artikkel 53 tolkes i lys av forordning 123/85 av hensyn til ensartethet.
- 32 Domstolen finner at man ikke kan tolke det generelle forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 for å bringe det innenfor rammen av et gruppefritak som i seg selv ikke er en tolkning av bestemmelsen, men et fritak, dvs noe som fraviker fra bestemmelsen.

Det fjerde spørsmålet

- 33 Med sitt fjerde spørsmål, som Domstolen anser bør behandles først, søker den nasjonale domstolen å få brakt på det rene anvendelsesområdet for EØS-avtalen artikkel 53 nr 1, som blant annet setter forbud mot alle avtaler mellom foretak og samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom avtalepartene og som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innen det territorium som er omfattet av EØS-avtalen.

- 34 While the *plaintiff* argues that Article 53 EEA applies to situations where, in a gradual process of concluding an agreement, one of the parties has given a legally binding offer, as well as to all conditions and understandings within that process, the *Commission of the European Communities* and the *EFTA Surveillance Authority* support the *defendant's* view, viz., that Article 53(1) EEA applies to agreements and not to negotiations which do not culminate in an agreement.
- 35 The *Court* notes that the concept of “agreement” in Article 53(1) EEA is an autonomous concept, which does not fully correspond to the concept of “agreement” in different national legal systems. According to decisions of the ECJ and CFI regarding the concept in Article 85(1) EC, the minimum requirement for there to be an “agreement” within the meaning of the provision is an expression of a joint intention of the parties involved to conduct themselves on the market in a specific way, the object or effect of the conduct being the prevention, restriction or distortion of competition (see the judgment in Case 41/69 *ACF Chemiefarma v Commission* [1970] ECR 661, paragraph 112; and the judgment in Joined Cases 209 to 215 and 218/78 *Van Landewyck v Commission* [1980] ECR 3125, paragraph 86; and of the CFI in Case T-7/89 *Hercules Chemicals v Commission* [1991] ECR II-1711).
- 36 The *Court* further notes that negotiations which have not yet culminated in an expression of a joint intention are not covered by the concept “agreement” in Article 53(1) EEA. Nor does the provision apply to unilateral conduct of an undertaking, including offers made for the conclusion of a contract as long as the offer has not been accepted by other party in the sense of expressing an intention to adhere to the provisions in the offer.
- 37 For the sake of completeness, the *Court* notes that the offer for a contract made by Opel was accepted by Jan and Kristian Jæger on all points except on those allegedly in conflict with Article 53 EEA. If, under national contract law, an agreement is found to have been concluded but without the contested clauses, such an agreement would not be contrary to Article 53(1) EEA since it would not contain the allegedly illegal terms.
- 38 The answer to the fourth question must therefore be that negotiations about an agreement or an agreement to enter into an agreement amount to an “agreement” within the meaning of Article 53(1) EEA only if there is an expression of the parties’ having reached a joint intention to conduct themselves on the market in a specific way.

The fifth question

- 39 It is argued by the *plaintiff* that the applicability of Article 53(1) EEA extends to conduct of an undertaking which, although seemingly unilateral, relates to the undertaking’s agreements with third parties. This contention seems to be the basis for the fifth question of the national court, which asks whether a refusal to accept a

- 34 Mens *saksøker* hevder at EØS-avtalen artikkel 53 får anvendelse i situasjoner hvor, i en gradvis prosess for å slutte en avtale, en av partene har gitt et rettslig bindende tilbud, såvel som på alle vilkår og forståelser i løpet av denne prosessen, støtter *Kommisjonen for De europeiske fellesskap* og *EFTAs overvåkningsorgan saksøktets* syn, som er at EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 får anvendelse på avtaler og ikke på forhandlinger som ikke resulterer i en avtale.
- 35 *Domstolen* bemerker at begrepet "avtale" i EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 er et autonomt begrep som ikke fullt ut sammenfaller med begrepet "avtale" i forskjellige nasjonale rettssystemer. Ifølge avgjørelser fra EF-domstolen og Førsteinstansretten hva gjelder begrepet i EF-traktaten artikkel 85 nr 1, er minstevilkåret for at det skal være en "avtale" i bestemmelsens betydning at partene som er involvert har en uttrykt felles vilje til å innrette seg på markedet på en bestemt måte og at formålet eller virkningen av atferden er å hindre, innskrenke eller vri konkurransen (se dommen i sak 41/69 *ACF Chemiefarma* mot *Kommisjonen* [1970] ECR 661, avsnitt 112; og dommen i forente saker 209 til 215 og 218/78 *Van Landewyck* mot *Kommisjonen* [1980] ECR 3125, avsnitt 86; og av Førsteinstansretten i sak T-7/89 *Hercules Chemicals* mot *Kommisjonen* [1991] ECR II-1711).
- 36 *Domstolen* bemerker videre at forhandlinger som foreløpig ikke har resultert i en uttrykt felles vilje ikke er dekket av begrepet "avtale" i EØS-avtalen artikkel 53 nr 1. Heller ikke får bestemmelsen anvendelse på ensidig atferd av et foretak, innbefattet tilbud utarbeidet for å slutte en kontrakt, så lenge tilbudet ikke er blitt akseptert av andre parten i betydningen av å uttrykke en vilje til å overholde bestemmelsene i tilbudet.
- 37 For fullstendighets skyld bemerker *Domstolen* at tilbudet om en kontrakt som ble gitt av Opel ble akseptert av Jan og Kristian Jæger på alle punkter med unntak av de som hevdes å være i strid med EØS-avtalen artikkel 53. Dersom det blir funnet, etter nasjonal rett, at avtale er inngått, men uten de omtvistede klausulene, ville en slik avtale ikke være i strid med EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 siden den ikke ville inneholde de påstått ulovlige vilkårene.
- 38 Svaret på det fjerde spørsmålet må derfor bli at forhandlinger om en avtale eller en avtale om å inngå avtale utgjør en "avtale" i betydningen av EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 bare dersom partene har kommet til en uttrykt felles vilje til å innrette seg på markedet på en bestemt måte.

Det femte spørsmålet

- 39 Det er hevdet av *saksøker* at anvendeligheten av EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 omfatter et foretaks atferd som, selv om den tilsynelatende er ensidig, relaterer seg til foretakets avtaler med tredjeparter. Denne påstanden synes å være grunnlaget for det femte spørsmålet fra den nasjonale domstolen, som spør om en

dealer falls to be examined under Article 53 EEA when the refusal can serve to enforce an anti-competitive policy or contractual practice between the importer and other dealers.

- 40 In this connection, the plaintiff refers to Case C-107/82 *AG v Commission* [1983] ECR 3151, where the ECJ found that a refusal to approve a distributor for a system of selective distribution was not unilateral conduct but formed part of the contractual relations between the undertaking and resellers, since the admission of a distributor was based on the acceptance, tacit or express, by the contracting parties of the policy pursued by the undertaking, which required the exclusion from the network of all distributors which qualified for admission but were not prepared to adhere to the policy.
- 41 For the purpose of determining whether Article 53(1) EEA applies to a situation such as in the present case, the *Court* finds that the criteria established in the above-mentioned case *AG v Commission* are relevant.
- 42 The answer to the fifth question must be that where a car importer operates a distribution system which may affect channels of distribution and the conditions of which are not negotiable and are imposed on all accepted dealers, a refusal to accept a dealer forms part of the contractual relations between the undertaking and its dealers which fall to be examined under Article 53 EEA.
- 43 The Court adds that, for an analysis of a distribution system under Article 53 EEA, the essential assessment is whether prevention, restriction or distortion of competition follows from agreements or concerted practices. The assessment must also take into account the extent to which restrictions on competition inherent in the different arrangements can be accepted as enhancing competition and being beneficial to the consumer. The categorization of the different systems is of lesser importance.
- 44 It is for the national court to assess whether the conditions set out above are met in the case before it.

The third question

- 45 With its third question, the national court seeks to ascertain whether under Article 53(1) EEA an importer of motor vehicles, in September 1995, was under an obligation to enter into a dealership agreement with any or all who wished to become dealers and who otherwise met the qualitative criteria which the importer could lawfully impose on dealers.

nektelse av å oppta en forhandler skal vurderes under EØS-avtalen artikkel 53 når nektelsen kan tjene til å håndheve en konkurransehindrende policy eller avtalepraksis mellom importøren og andre forhandlere.

- 40 I denne sammenhengen viser saksøker til sak C-107/82, *AEI* mot *Kommisjonen* [1983] ECR 3151, hvor EF-domstolen fant at en nektelse av å godkjenne en distributør i et system av selektiv distribusjon ikke var en ensidig handling, men utgjorde en del av de kontraktmessige forbindelser mellom foretaket og dets forhandlere siden opptagelsen av en forhandler var bygget på kontraktspartenes stilltiende eller uttrykkelig aksept av den policy som ble fulgt av selskapet, som krevet utelukkelse fra systemet av kvalifiserte forhandlere som ikke var innforstått med å følge denne policy.
- 41 For å avgjøre hvorvidt EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 får anvendelse i en situasjon som i den foreliggende saken, finner *Domstolen* at kriteriene etablert i den ovennevnte saken *AEI* mot *Kommisjonen* er relevante.
- 42 Svaret på det femte spørsmålet må bli at hvor en bilimportør driver et distribusjonssystem som kan påvirke distribusjonskanaler og hvor vilkårene ikke er gjenstand for forhandling og er pålagt alle godkjente forhandlere, utgjør et avslag på å oppta en forhandler en del av det kontraktmessige forholdet mellom importøren og dets forhandlere som er gjenstand for prøving under EØS-avtalen artikkel 53.
- 43 Domstolen tilføyer at for en analyse av et distribusjonssystem under EØS-avtalen artikkel 53, er den avgjørende vurderingen hvorvidt konkurransen hindres, innskrenkes eller visis som en følge av avtaler eller samordnet opptreden. Vurderingen må også ta i betraktning i hvilken utstrekning konkurransebegrensningene som er iboende i de forskjellige ordningene kan aksepteres som konkurransefremmende og til gunst for forbrukeren. Kategoriseringen av de forskjellige systemene er av mindre betydning.
- 44 Det er for den nasjonale domstolen å vurdere hvorvidt vilkårene oppstilt ovenfor er oppfylt i saken for den.

Det tredje spørsmålet

- 45 Med sitt tredje spørsmål søker den nasjonale domstolen å få brakt på det rene hvorvidt en importør av motorkjøretøyer etter EØS-avtalen artikkel 53 i september 1995 hadde plikt til å inngå forhandleravtale med noen eller alle de som ønsket å være forhandlere og som for øvrig fylte de kvalitative kriteriene som importøren lovlig kunne sette til forhandlere.

- 46 The *plaintiff* submits that Article 53(1) EEA must be interpreted so that an importer of new motor vehicles in September 1995 had an obligation to enter into dealership agreements with some or all of those who wished to be dealers and met the qualitative criteria which the importer could lawfully impose on a dealer.
- 47 The *defendant*, the *EFTA Surveillance Authority* and the *Commission of the European Communities* are of the opinion that the EEA Agreement does not impose on importers of cars any duty to conclude a contract with persons or companies wishing to become new car dealers in an area where there is room for several dealers.
- 48 The *Court* notes that, in the case of certain selective distribution systems, an importer, in order not to infringe Article 53(1) EEA, may become obliged to accept all potential dealers who meet qualitative criteria imposed by the importer. Thus, depending on the circumstances, a refusal to accept a dealer may constitute an infringement of Article 53(1) EEA. If the distributor nevertheless refuses to comply with that requirement, the legal consequences may be, for instance, that fines are levied, or that the distributor is denied an individual exemption in procedures before the EFTA Surveillance Authority or the Commission of the European Communities (see Article 56 EEA).
- 49 But there is no basis under Article 53 EEA for imposing upon an unwilling distributor a duty to enter into a specific dealership agreement (see the judgment of the CFI in Case T-24/90 *Automec v Commission* [1992] ECR II-2223). The situation might be different under Article 54 EEA, but there is no indication that that provision applies in the present case.
- 50 The Court adds that a denial of entering into an agreement may have various legal consequences under applicable national laws, such as an obligation to make good the damage caused to a third party, or a possible obligation to enter into a contract. Consequently, it is possible that a national court may have the power under the rules of national law to order one trader to enter into a contract with another. This is to be determined under national law.
- 51 The answer to the third question must therefore be that Article 53(1) EEA does not impose an obligation on an importer of motor vehicles to enter into a dealership agreement with any or all who wish to become dealers and who otherwise meet the qualitative criteria the importer could lawfully impose on dealers in September 1995.

The first and second questions

- 52 By its first and second questions, the national court asks whether certain conditions in a motor vehicle dealership agreement requiring a specific ownership structure in the dealer company and restricting the owners' right to

- 46 *Saksøker* hevder at EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 må tolkes slik at en importør av nye motorkjøretøyer i september 1995 hadde en plikt til å inngå forhandleravtaler med noen eller alle av dem som ønsket å bli forhandlere og oppfylte de kvalitative kriteriene som importøren lovlig kunne sette til en forhandler.
- 47 *Saksøkte*, *EFTAs overvåkningsorgan* og *Kommisjonen for De europeiske fellesskap* er av den oppfatning at EØS-avtalen ikke pålegger bilimportører noen plikt til å slutte en kontrakt med personer eller selskaper som ønsker å bli nye bilforhandlere i et område hvor det er rom for flere forhandlere.
- 48 *Domstolen* bemerker at i forbindelse med enkelte selektive distribusjonssystemer kan en importør, for å unngå å bryte EØS-avtalen artikkel 53 nr 1, bli tvunget til å akseptere alle potensielle forhandlere som oppfyller de kvalitative kriteriene pålagt av importøren. Således kan, avhengig av omstendighetene, et avslag på å oppta en forhandler innebære et brudd på EØS-avtalen artikkel 53 nr 1. Dersom distributøren likevel avslår å oppfylle det kravet, kan de rettslige konsekvensene for eksempel bli at det pålegges bøter eller at distributøren nektes et individuelt fritak i prosedyrer for EFTAs overvåkningsorgan eller Kommisjonen for De europeiske fellesskap (se EØS-avtalen artikkel 56).
- 49 Men det er intet grunnlag i EØS-avtalen artikkel 53 for å pålegge en uvillig distributør en plikt til å inngå en konkret forhandleravtale (se Førsteinstansrettens dom i sak T-24/90 *Automec* mot *Kommisjonen* [1992] ECR II-2223). Situasjonen kan være annerledes under EØS-avtalen artikkel 54, men det er intet som tyder på at denne bestemmelsen får anvendelse i den foreliggende saken.
- 50 *Domstolen* tilføyer at en nektelse av å inngå avtale kan ha forskjellige rettslige konsekvenser etter relevant nasjonal lovgivning, så som en forpliktelse til å erstatte det tap som er påført en tredjemann, eller en mulig forpliktelse til å inngå avtale. Følgelig er det mulig at en nasjonal domstol har kompetanse etter nasjonale rettsregler til å pålegge en næringsdrivende å inngå avtale med en annen. Dette må avgjøres etter nasjonal rett.
- 51 Svaret på det tredje spørsmålet må derfor bli at EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 pålegger ingen plikt for en importør av motorkjøretøyer til å inngå en forhandleravtale med noen eller alle som ønsker å bli forhandlere og som ellers tilfredsstillter de kvalitative kriteriene importøren lovlig kunne sette for forhandlere i september 1995.

Det første og det andre spørsmålet

- 52 I sitt første og andre spørsmål spør den nasjonale domstolen om visse vilkår i en forhandleravtale vedrørende motorkjøretøyer som krever en bestemt aksjonærstruktur hos forhandlerselskapet og som begrenser eiernes rett til å ha

have ownership interests in other companies involved in car dealing are covered by the prohibition in Article 53(1) EEA.

- 53 The Court notes that the national court asks about “Article 53(1) EEA, cf. the rules on selective distribution”, referring for the latter expression to the interpretation of the general prohibition developed in the case *Metro v Commission* [1977] ECR 1875 and subsequent case law. The Court notes, however, that the questions do not relate to the applicability of the block exemption in Regulation 123/85.
- 54 The *plaintiff* points out that the General Manager was to own at least 51% of the shares and that the Chairman of the Board was expected to hold the remaining shares. The 51% requirement prevents the dealer company from joining a group of dealers, in particular from becoming a subsidiary in a group which deals in motor vehicles of other makes through other subsidiaries. The clause furthermore prevents groups from dealing in new motor vehicles of other makes. The conditions on ownership structure do not consist of objective criteria of a qualitative nature relating to the technical qualifications of the dealer or its staff within the meaning of the *Metro* judgment of the ECJ, and they are not indispensable within the meaning of that judgment. The plaintiff furthermore states that Opel has admitted that its practice concerning imposing conditions on ownership structure differs with regard to “new” and “old” dealers. The plaintiff concludes from this that Opel’s practice is obviously discriminatory.
- 55 With respect to the requirement forbidding ownership interests in other companies which deal and/or hold ownership interests in other companies which deal in motor vehicles, the plaintiff submits that the real object of this condition is to break up a strong competitor who, over many years, has demonstrated the ability to build up sales of different car makes. It must be considered that the object of such a condition is to ensure that the dealer and even the shareholders in the dealer company may only deal in one make of car. This distorts competition because it renders impossible multi-brand dealerships and the building up of a strong dealer stage, thereby weakening inter-brand competition.
- 56 The *defendant* is of the opinion that the distribution system operated by it in Norway is not an open selective distribution system of the kind dealt with by the ECJ in its judgments in *Metro* and *AEG*. However, in any case it is submitted that the criteria applied by it in the case at hand regarding ownership structure in connection with the selection of its dealers must be viewed as non-discriminatory and necessary to ensure reasonable distribution of such advanced technical products as cars and therefore in conformity with the principles applied by the ECJ in its *Metro* judgment. The ownership structure clause is, in the defendant’s view, a necessary tool to ensure that the dealer is able to fulfil its duties under the contract. The defendant states that the EEA Agreement does not prohibit an importer and a new, potential dealer from agreeing on a condition for future co-operation to the effect that the owner and general manager are not to hold shares

eierinteresser i andre selskaper som er involvert i forhandling av motorkjøretøyer, omfattes av forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr 1.

- 53 Domstolen bemerker at den nasjonale domstolen spør om "EØS-avtalen artikkel 53 nr 1, jf reglene om selektiv distribusjon", og viser for det sistnevnte uttrykk til den tolkningen av det generelle forbudet som er utviklet i saken *Metro mot Kommissjonen* [1977] ECR 1875 og senere rettspraksis. Domstolen bemerker imidlertid at spørsmålene ikke relaterer seg til anvendelsen av gruppefritaket i forordning 123/85.
- 54 *Saksøker* peker på at daglig leder skulle eie minst 51% av aksjene og at styreformannen var forventet å inneha resten av aksjene. Kravet om 51% avskjærer forhandlerselskapet fra å inngå i et konsern av forhandlere, og særlig fra å inngå som datterselskap i et konsern som forhandler motorkjøretøyer av andre merker gjennom andre datterselskap. Videre vil klausulen hindre konserner i å forhandle nye motorkjøretøyer av andre merker. Vilkårene om eierstruktur består ikke av objektive kriterier av kvalitetsmessig art som gjelder de tekniske kvalifikasjonene til forhandleren eller hans stab i betydningen av EF-domstolens *Metro*-dom, og de er ikke uunnværlige i denne dommens forstand. *Saksøker* hevder videre at Opel har innrømmet at dets praksis når det gjelder vilkår som stilles om eierstruktur varierer i forhold til "nye" og "gamle" forhandlere. *Saksøker* konkluderer på bakgrunn av dette at Opels praksis åpenbart er diskriminerende.
- 55 Når det gjelder kravet som forbyr eierinteresser i andre selskaper som forhandler og/eller har eierinteresser i andre selskaper som forhandler motorkjøretøyer, hevder *saksøker* at det reelle formålet med dette vilkåret er å bryte opp en sterk konkurrent som i en årrekke har vist evnen til å bygge opp salg av forskjellige merker. Formålet med et slikt vilkår må anses å være å sikre at forhandleren og selv aksjonærene i forhandlerselskapet bare kan forhandle ett bilmerke. Dette virk konkurransen fordi det umuliggjør flermerkerepresentasjon og oppbygningen av et sterkt forhandlerledd. Konkurransen mellom merker vil derfor bli svekket.
- 56 *Saksøkte* er av den oppfatning at det distribusjonssystemet som Opel driver i Norge ikke er et åpent selektivt distribusjonssystem av den type som EF-domstolen behandlet i *Metro*- og *AEI*-dommene. Det hevdes imidlertid at kriteriene som Opel anvender i den foreliggende saken med hensyn til eierstruktur ved utvelgelsen av sine forhandlere, under enhver omstendighet må ses som ikke-diskriminerende og nødvendige for å sikre en rimelig distribusjon av avanserte tekniske produkter så som biler, og således er i overensstemmelse med prinsippene anvendt av EF-domstolen i *Metro*-dommen. Etter *saksøkte*s oppfatning er eierstrukturvilkåret et nødvendig verktøy for å sikre at forhandleren er i stand til å oppfylle sine forpliktelser etter kontrakten. *Saksøkte* fremholder at EØS-avtalen ikke forbyr en importør og en ny potensiell forhandler å avtale et vilkår for fremtidig samarbeid som innebærer at eieren og daglig leder ikke skal inneha aksjer i konkurrerende virksomheter eller ikke skal engasjere seg i

in competing operations or are not to engage in competing operations. This requirement helps to build up a community of interest between the ownership interests and management. This enhances the dealerships' economic basis, productivity, the technical and economic development of the products and services and is in the interest of consumers.

- 57 In its written observations, the *EFTA Surveillance Authority* stated, with reference to the assumption in the request for an advisory opinion, that a selective distribution system was established. It referred to the *AEG* judgment of the ECJ, and submitted that Article 53(1) EEA was infringed if Opel denied access for potential dealers who fulfilled the qualitative criteria which Opel could lawfully set. At the oral hearing, based on further information then available, the EFTA Surveillance Authority pointed out that the system operated by Opel does not appear to be such a system.
- 58 With regard to the clauses in question, the EFTA Surveillance Authority submits that the condition of a certain shareholder structure would by itself in most cases amount to a restriction of competition within the meaning of Article 53(1) EEA. The restrictive effect of such a condition seems to be strengthened due to the nature of the business in question. The establishment of a dealership company will often require a substantial amount of capital which, in turn, may restrict potential dealers from applying for dealerships, due to the condition on shareholder structure. A dealership company will frequently be unable to finance the whole activity through loans, but will have to possess a certain amount of equity capital in order to obtain loans and thus operate a business. Even if it were economically possible to start a new business without equity capital, national legislation in many EEA States requires that economic activities may only be carried out if certain requirements as to minimum equity capital are fulfilled.
- 59 A condition which requires a specific shareholder structure may also imply a restriction on the possibility for shareholders' to sell their shares. If this condition implies that the owner or owners may only sell their shares to the other owners of the dealership company, or only with the prior consent of the supplier, such a condition may also imply certain foreclosure effects for new, potential dealers since it may be difficult to enter the market through the acquisition of shares in existing companies. The EFTA Surveillance Authority concludes that such a condition would, in most cases and regardless of the aim, constitute a restriction within the meaning of Article 53(1) EEA and would thus be contrary to that Article if the agreement also affects trade and competition.
- 60 The requirement imposed on the owner and the General Manager not to own shares in other companies retailing cars, or companies owning parts of such undertakings, is not a qualitative criterion within the meaning of *Metro* but rather amounts to a restriction of competition within the meaning of Article 53(1) EEA, regardless of the aim of the condition.

konkurrerende virksomheter. Dette vilkåret bidrar til å bygge opp et interessefellesskap mellom eierinteressene og ledelsen. Dette styrker forhandlervirksomhetens økonomiske grunnlag, produktiviteten, den tekniske og økonomiske utviklingen av produktene og servicen, og er i forbrukernes interesse.

- 57 I sitt skriftlige innlegg antok *EFTAs overvåkningsorgan*, under henvisning til fremstillingen i anmodningen om en rådgivende uttalelse, at det var etablert et selektivt distribusjonssystem. Det viste til *AEG-dommen* fra EF-domstolen og hevdet at EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 var overtrådt dersom Opel nektet adgang for potensielle forhandlere som oppfylte de kvalitetskrav Opel lovlig kunne sette. Under den muntlige høringen, og på bakgrunn av nærmere informasjon som da var tilgjengelig, pekte *EFTAs overvåkningsorgan* på at systemet Opel driver ikke synes å være et slikt system.
- 58 Med hensyn til vilkårene det er spørsmål om, hevder *EFTAs overvåkningsorgan* at vilkåret om en bestemt aksjonærstruktur i de fleste tilfeller i seg selv ville utgjøre en begrensning av konkurransen i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 nr 1. Den begrensende virkning av et slikt vilkår synes å bli styrket på grunn av vedkommende virksomhets natur. I mange tilfeller ville opprettelsen av et forhandlerselskap kreve en betydelig kapital, noe som i sin tur, på grunn av vilkåret om en aksjonærstruktur, ville kunne hindre potensielle forhandlere i å søke om forhandlervirksomhet. Et forhandlerselskap vil ofte være ute av stand til å finansiere hele virksomheten gjennom lån, men vil måtte ha en viss støtte på egenkapitalen for å kunne få lån og således kunne drive virksomheten. Selv om det skulle være økonomisk mulig å begynne en ny virksomhet uten egenkapital, krever nasjonal lovgivning i mange EØS-stater at økonomisk virksomhet bare kan utøves dersom visse krav med hensyn til en minste egenkapital er oppfylt.
- 59 Et vilkår om en bestemt aksjonærstruktur kan også innebære en begrensning i aksjonærenes mulighet til å selge sine aksjer. Dersom dette vilkåret innebærer at eieren eller eierne bare kan selge sine aksjer til de andre eierne i forhandlerselskapet, eller bare med forutgående samtykke fra leverandøren, ville et slikt vilkår også kunne innebære visse utelukkelsesvirkninger for nye, potensielle forhandlere, ettersom det vil kunne være vanskelig å komme inn på markedet gjennom erverv av aksjer i selskaper som allerede eksisterer. *EFTAs overvåkningsorgan* konkluderer med at et slikt vilkår, i de fleste tilfeller og uavhengig av formålet, ville innebære en begrensning i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 og ville således være en overtredelse av denne artikkelen dersom avtalen også merkbart påvirker samhandelen og konkurransen.
- 60 Vilåret som er pålagt eieren og daglig leder om ikke å eie aksjer i andre selskaper som forhandler biler, eller selskaper som eier andeler av slike foretak, er ikke et kvalitativt kriterium i *Metros* betydning, men utgjør, uansett formålet med vilkåret, en begrensning i konkurransen i betydningen av EØS-avtalen artikkel 53 nr 1.

- 61 The *Commission of the European Communities* submits that the *Metro* doctrine of the ECJ on selective distribution agreements is not of direct relevance to the present case. Opel does not operate a selective distribution system which is open to all dealers who want to join the system. It operates a system in which one dealer or a small number of dealers in each area are appointed. According to the Commission, distribution agreements in the motor vehicle sector, including the one in the present case, may be characterized as being "between selective distribution agreements ... and exclusive distribution agreements, but ... rather closer to the latter".
- 62 As regards the clauses in question, the Commission is of the opinion that a distinction must be drawn between the ownership clause and the requirement that Jan and Kristian Jæger dissolve all links with the Jæger Group. A clause requiring the General Manager of a car dealership to hold at least 51% of the shares in the dealership company may, depending on the circumstances, constitute a restriction of competition. This may, however, not be the case where the clause merely serves to identify the individuals with whom the supplier has negotiated the dealership agreement and to ensure that those persons retain effective control of the corporate entity.
- 63 In the view of the Commission, the requirement that all connections with the Jæger Group should be severed goes beyond what is necessary to establish a distinct legal entity and is therefore restrictive of competition and prohibited by Article 53(1) EEA.
- 64 The *Court* notes that the request for an advisory opinion describes the distribution system operated by Opel in Norway as a "selective distribution system" within the meaning of the *Metro* judgment of the ECJ and subsequent case law of the ECJ.
- 65 In *Metro*, the ECJ held that a selective distribution system for high-quality and technically advanced consumables is permissible, provided that resellers are chosen on the basis of objective criteria of a qualitative nature relating to the technical qualifications of the reseller and his staff and the suitability of his trading premises and that such conditions are laid down uniformly for all potential resellers and are not applied in a discriminatory fashion.
- 66 In its subsequent judgment in *AEGL*, the ECJ held that the operation of a selective distribution system based on criteria other than those mentioned in *Metro* constitutes an infringement of Article 85(1) EC, and that this is also the case when a system which is in principle in conformity with Community law is applied in practice in a manner incompatible therewith. According to the ECJ, such a practice must be considered unlawful when a manufacturer refuses to approve distributors who satisfy the qualitative criteria of the system, with a view to maintaining a high level of prices or excluding certain modern channels of distribution.

- 61 *Kommisjonen for De europeiske fellesskap* hevder at EF-domstolens *Metro*-doktrine om selektive distribusjonsavtaler ikke har direkte betydning for den foreliggende saken. Opel driver ikke et selektivt distribusjonssystem som er åpent for alle forhandlere som ønsker å bli med i systemet. Opel driver et system der én eller et lite antall forhandlere i hvert område blir utnevnt. Ifølge Kommisjonen kan distribusjonsavtaler i motorvognsektoren, innbefattet den i den foreliggende saken, karakteriseres som en "mellomting mellom selektive distribusjonsavtaler ... og eksklusive distribusjonsavtaler, men ... heller nærmere den sist nevnte".
- 62 Når det gjelder klausulene det er tale om, er Kommisjonen av den oppfatning at det er nødvendig å trekke et skille mellom klausulen om eierstruktur og kravet om at Jan og Kristian Jæger løser opp alle forbindelser med Jæger-gruppen. En klausul som krever at daglig leder i et bilforhandlerselskap skal eie minst 51% av aksjene i forhandlerselskapet kan, avhengig av omstendighetene, innebære en begrensning i konkurransen. Dette kan imidlertid stille seg annerledes hvor en klausul bare tjener til å identifisere personene som leverandøren har forhandlet forhandleravtalen med og til å sikre at de personene beholder effektiv kontroll over selskapsenheten.
- 63 Etter Kommisjonens oppfatning går vilkåret om at alle forbindelser med Jæger-gruppen skulle brytes lenger enn hva som er nødvendig for å etablere en særskilt juridisk enhet, og er således konkurransebegrensende og forbudt i henhold til EOS-avtalen artikkel 53 nr 1.
- 64 *Domstolen* bemerker at anmodningen om en rådgivende uttalelse beskriver distribusjonssystemet drevet av Opel i Norge som et "selektivt distribusjonssystem" i betydningen av EF-domstolens *Metro*-dom og senere rettspraksis fra EF-domstolen.
- 65 I *Metro* fastslo EF-domstolen at selektive distribusjonssystemer for høykvalitets- og teknisk avanserte forbrugsgoder er tillatt, forutsatt at utvelgelsen av videreforhandlere skjer på grunnlag av objektive kvalitetskriterier angående videreforhandlerens og hans stabs tekniske kvalifikasjoner og egnetheten av hans salgslokaler, og at slike vilkår gjøres gjeldende likt for alle potensielle videreforhandlere og ikke anvendes på en diskriminerende måte.
- 66 I sin senere *AEG*-dom fastslo EF-domstolen at driften av et selektivt distribusjonssystem basert på andre kriterier enn de som er nevnt i *Metro*, innebærer et brudd på EF-traktaten artikkel 85 nr 1, og at dette også er tilfellet når et system som i prinsippet er i overensstemmelse med fellesskapsretten i praksis håndheves på en måte som er uforenlig med den. Ifølge EF-domstolen må en slik praksis betraktes som ulovlig når en produsent avslår å oppta en distributør som oppfyller systemets kvalitative kriterier i den hensikt å opprettholde et høyt prisnivå eller å utelukke visse moderne distribusjonskanaler.

- 67 In the Court's view, it is not necessary for the answers to the first and the second questions to determine the nature of Opel's distribution system in Norway, as the clauses in question are not of a qualitative nature such as those accepted by the ECJ in *Metro* and *AEG*. However, the Court adds that it is of the view that the system operated by the defendant is not a "simple" selective distribution system within the meaning of the *Metro* and *AEG* decisions of the ECJ. Consequently, the principles developed in those judgments, in particular the requirement that all suitable qualified resellers are to be admitted to the system, are not directly applicable to selective distribution systems for motor vehicles. Motor vehicles are consumer durables requiring expert maintenance and repair. In order to provide such servicing, the co-operation of manufacturers with selected dealers and repairers cannot be extended to an unlimited number of dealers and repairers.
- 68 In the Court's view, the object and effect of a clause requiring the dealer to terminate all connections with a dealer group must be to prevent the dealer from selling vehicles of other makes. This amounts to a non-compete clause. That such a provision is restrictive of competition cannot be doubted; see, for comparison, Article 3, paragraph 1 d of Commission Regulation (EEC) No 4087/88 on the application of Article 85(3) of the Treaty to categories of franchise agreements, where a similar clause is deemed to be a restriction of competition but is exempted for franchise agreements. The Court considers that a non-compete clause such as the one in question here goes beyond the one exempted in Article 3, paragraph 1 d of the Franchising Block Exemption Regulation.
- 69 The opinion that the percentage clause is in itself not restrictive of competition is obviously based on the assumption that the personal bond between the parties is a decisive element in a dealer relationship. According to this view, a possible negative impact on competition would be outweighed by the pro-competitive effects of the clause. This might be true in certain circumstances. However, in the case at hand, the percentage clause must be read in its context, which includes the group clause. It is thus capable of intensifying the restrictive effects of the latter.
- 70 When a dealer is prevented from having any corporate law connection with another company, it must be assumed that the chances of a dealer successfully starting a new business will in most cases be reduced. Additionally, the condition in question is also able to prevent other potential dealers from getting access to qualified persons who could, in addition to providing capital, bring valuable knowledge of the trade to other potential dealer companies.
- 71 The Court considers that the clauses in question have as their object and effect to restrict competition, in particular inter-brand competition. Given the fact that the agreement is part of a network of other dealership agreements, the effect is also appreciable (cf. Case C-234/89 *Delimitis* [1991] ECR I-935). As the agreement relates to international transactions, it may furthermore affect trade between the Contracting Parties (cf. Case 42/84 *Remia v Commission* [1985] ECR 2545; Case

- 67 Etter Domstolens oppfatning er det ikke nødvendig for å svare på det første og det andre spørsmålet å bestemme karakteren av Opels distribusjonssystem i Norge, idet klausulene det er tale om ikke er av en slik kvalitativ art som de EF-domstolen aksepterte i *Metro* og *AEG*. Domstolen tilføyer imidlertid at den er av den oppfatning at det systemet som drives av saksøkte ikke er et "enkelt" selektivt distribusjonssystem i betydningen av EF-domstolens *Metro*- og *AEG*-dommer. Følgelig er prinsippene som er utviklet i disse dommene, især kravet om at alle kvalifiserte videreforhandlere må opptas i systemet, ikke direkte anvendelige på distribusjonssystemer for motorkjøretøyer. Motorkjøretøyer er varige forbruks-goder som krever sakkyndig vedlikehold og reparasjon. For å kunne gi slik service kan ikke samarbeidet mellom produsentene og de valgte forhandlere og reparatører bli utvidet til et ubegrenset antall av forhandlere og reparatører.
- 68 Etter Domstolens oppfatning må formålet med og virkningen av en klausul som krever at forhandleren oppgir alle forbindelsene med en forhandlergruppe, være å hindre forhandleren fra å selge kjøretøyer av andre merker. Dette er ensbetydende med en klausul om konkurranseforbud. At en slik bestemmelse er konkurransebegrensende kan ikke være tvilsomt, se for sammenligning forordning (EØF) 4087/88 om anvendelse av traktatens artikkel 85 paragraf 3 på grupper av franchiseavtaler artikkel 3 nr 1d) hvor en tilsvarende klausul er antatt å være konkurransebegrensende, men er fritatt for franchiseavtaler. Domstolen anser at en konkurranseforbuds-klausul som den det er tale om her, går lenger enn den som er fritatt i franchiseforordningen artikkel 3 nr 1d).
- 69 Synspunktet om at prosentklausulen ikke i seg selv er konkurransebegrensende, er åpenbart basert på en forutsetning om at de personlige bånd mellom partene er et avgjørende moment i et forhandlerforhold. I henhold til dette synspunktet vil en mulig negativ innvirkning på konkurransen oppveies av de konkurransefremmende følger av klausulen. Dette kan være tilfelle under visse omstendigheter. I den foreliggende saken må imidlertid prosentklausulen leses i sin sammenheng, hvilket innbefatter konsernklausulen. Den er således egnet til å forsterke de begrensende virkningene av den sist nevnte klausul.
- 70 Når en forhandler er forhindret fra å ha noen selskapsrettslige forbindelser med et annet selskap, må det antas at mulighetene for at en forhandler med suksess kan starte en ny virksomhet i de fleste tilfeller vil bli redusert. I tillegg er vilkåret det gjelder også i stand til å hindre andre potensielle forhandlere fra å få tilgang på kvalifiserte personer som, i tillegg til å skaffe kapital, kunne bringe verdifull kunnskap om bransjen til andre potensielle forhandlerselskaper.
- 71 Domstolen anser at klausulene det gjelder har som formål og virkning å begrense konkurransen, særlig konkurransen mellom merkene. Gitt det faktum at avtalen er en del av et nettverk av andre forhandleravtaler er virkningen også merkbar (jf sak C-234/89 *Delimitis* [1991] I-ECR 935). Ettersom avtalen angår internasjonale transaksjoner, kan den dessuten påvirke samhandelen mellom avtalepartene (jf sak 42/84 *Remia* mot *Kommisjonen* [1985] ECR 2545; sak 19/77 *Miller*

19/77 *Miller International Schallplatten GmbH v Commission* [1978] ECR 131; Case 172/80 *Züchner v Bayerische Vereinsbank* [1981] ECR 2021).

- 72 For the sake of comparison, the Court notes that, under the block exemption in Regulation 1475/95, which entered into force in Norway on 19 July 1996, a provision preventing a car dealer from selling other brands would not be exempt from the prohibition in Article 53(1) EEA. The Regulation is based on the idea of giving dealers greater commercial independence vis-à-vis manufacturers. The most important reform of this Regulation, compared to the block exemption in Regulation 123/85, consists of a significant loosening of the ban on dealing in competing products. Unlike Regulation 123/85, Regulation 1475/95 does not allow the imposition of a single-make rule. The new Regulation provides for the possibility of multi-brand dealerships, so long as different makes are sold in different premises, under different management in the form of a distinct legal entity, and in a manner which avoids confusion between makes.
- 73 In questions 1.b and 2.b, the national court asks whether a prohibition under Article 53(1) EEA will be applicable regardless of the aim or effects of the condition.
- 74 Article 53(1) EEA sets out as one of its conditions that the agreements have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition. Consequently, such aim or effects of the contractual condition must be present for the prohibition in Article 53(1) EEA to apply.
- 75 Consequently, the first and the second questions must be answered as set out in the operative part below.

The sixth question

- 76 According to Article 53(2) EEA, agreements or decisions prohibited pursuant to Article 53(1) EEA shall be automatically void. By its sixth question, the national court asks whether this applies to the agreement as a whole or only to those clauses in an agreement that infringe Article 53(1) EEA.
- 77 The answer to that question follows from settled case law of the ECJ. The automatic nullity in consequence of breaches of Article 85(1) EC, and thus Article 53(1) EEA, applies to those parts of the agreement affected by the prohibition, or to the agreement as a whole if it appears that those parts are not severable from the agreement itself, see the judgment of the ECJ in Case 56/65 *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm* [1966] ECR 235. Consequently, any other contractual provisions which are not affected by the prohibition, and which therefore do not involve the application of the EEA Agreement, fall outside EEA law. It is for the national court to determine in accordance with the relevant national law the extent and consequences, for the contractual relations as a whole, of the nullity of certain

International Schallplatten GmbH mot Kommissjonen [1978] ECR 131; sak 172/80 *Züchner mot Bayerische Vereinsbank AG* [1981] ECR 2021).

- 72 For sammenligningens skyld bemerker Domstolen at under gruppefritaket i forordning 1475/95, som trådte i kraft i Norge den 19 juli 1996, ville en bestemmelse som hindrer en bilforhandler fra å selge andre merker ikke bli fritatt fra forbudet i EOS-avtalen artikkel 53 nr 1. Forordningen er basert på tanken om å gi forhandlerne større kommersiell uavhengighet i forhold til produsentene. Den viktigste endringen i denne forordningen, sammenlignet med gruppefritaket i forordning 123/85, består i en omfattende oppmykning av forbudet mot å forhandle konkurrerende produkter. I motsetning til forordning 123/85, tillater ikke forordning 1475/95 påleggelsen av en ettmerke-regel. Den nye forordningen åpner for muligheten for forhandlervirksomhet med flere merker, så lenge de forskjellige merkene selges i forskjellige lokaler, under forskjellig ledelse i betydningen av en særskilt juridisk enhet, og på en måte som unngår forveksling mellom merkene.
- 73 I spørsmålene 1.b og 2.b spør den nasjonale domstolen hvorvidt et forbud i EOS-avtalen artikkel 53 nr 1 vil være anvendelig uavhengig av formålet eller virkningen av vilkåret.
- 74 EOS-avtalen artikkel 53 nr 1 oppstiller som ett av sine vilkår at avtalene har som formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen. Følgelig må enten et slikt formål eller en slik virkning av kontraktsvilkåret foreligge for at forbudet i EOS-avtalen artikkel 53 nr 1 skal få anvendelse.
- 75 Følgelig må det første og det andre spørsmålet besvares slik som fastsatt i slutningen nedenfor.

Det sjette spørsmålet

- 76 Ifølge EOS-avtalen artikkel 53 nr 2 skal avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til EOS-avtalen artikkel 53 nr 1 ikke ha noen rettsvirkning. Med sitt sjette spørsmål spør den nasjonale domstolen om dette gjelder hele avtalen eller bare de klausulene i en avtale som strider mot EOS-avtalen artikkel 53 nr 1.
- 77 Svaret på det spørsmålet følger av fast praksis fra EF-domstolen. Ugyldighet av avtalen som en umiddelbar konsekvens av brudd på EF-traktaten artikkel 85 nr 1, og således EOS-avtalen artikkel 53 nr 1, gjelder bare de deler av avtalen som berøres av forbudet, eller for hele avtalen dersom disse deler ikke kan skilles ut fra de øvrige deler av avtalen, se EF-domstolens dom i sak 56/65 *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm* [1966] ECR 235. Følgelig faller enhver kontraktsbestemmelse som ikke er påvirket av forbudet, og således ikke gjelder anvendelsen av EOS-avtalen, utenfor EOS-retten. Det er opp til den nasjonale domstolen, i overensstemmelse med den relevante nasjonale lovgivningen, å avgjøre omfanget av

contractual provisions by virtue of Article 53(2), see the judgment of the ECJ in Case 10/86 *VAG France v Magne* [1986] ECR 4071.

Costs

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

On those grounds,

THE COURT,

in answer to the questions referred to it by Nedre Romerike herredsrett by an order of 2 September 1997, hereby gives the following Advisory Opinion:

1. a) **A clause in a contract for the distribution of motor vehicles requiring the General Manager of the dealership company to hold 51% or more of the shares in that company may, depending on the circumstances, not be restrictive of competition within the meaning of Article 53(1) EEA. Taken together with a clause prohibiting ownership of shares in other car dealer companies, however, it is capable of being restrictive of competition within the meaning of Article 53(1) EEA.**

b) **Such a clause is only contrary to that Article if it is part of an agreement that may affect trade between Contracting Parties and has as its object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the territory covered by the EEA Agreement.**

c) **The general prohibition in Article 53(1) EEA applied in September 1995.**
2. a) **A clause in a contract for the distribution of motor vehicles preventing the shareholders in the corporate entity operating the dealership from holding ownership interests in other companies dealing in motor vehicles is capable of being restrictive of competition within the meaning of Article 53(1) EEA.**

og konsekvensene for kontraktsforholdet i sin helhet av ugyldigheten av visse kontraktsbestemmelser etter EØS-avtalen artikkel 53 nr 2, se EF-domstolens dom i sak 10/86 *VAG France mot Magne* [1986] ECR 4071.

Saksomkostninger

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

På dette grunnlag avgir

DOMSTOLEN,

som svar på de spørsmålene som er forelagt av Nedre Romerike herredsrett ved beslutning av 2 september 1997, følgende rådgivende uttalelse:

1. a) En klausul i en kontrakt for distribusjon av motorkjøretøyer som krever at daglig leder i forhandlerselskapet skal inneha 51% eller mer av aksjene i selskapet behøver, avhengig av omstendighetene, ikke å være konkurransebegrensende i betydningen av EØS-avtalen artikkel 53 nr 1. Sett i sammenheng med en klausul som forbyr aksjeeie i andre bilforhandlerselskaper, er den imidlertid egnet til å være konkurransebegrensende i betydningen av EØS-avtalen artikkel 53 nr 1.

b) En slik klausul er bare i strid med denne artikkelen dersom den er en del av en avtale som kan påvirke samhandelen mellom avtalepartene og har som formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innen det territoriet som er omfattet av EØS-avtalen.

c) Det generelle forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 var gjeldende i september 1995.
2. a) En klausul i en kontrakt for distribusjon av motorkjøretøyer som forhindrer aksjonærene i selskapet som driver forhandlervirksomheten fra å ha eierinteresser i andre selskaper som forhandler motorkjøretøyer, er egnet til å være konkurransebegrensende i betydningen av EØS-avtalen artikkel 53 nr 1.

- b) Such a clause is only contrary to that Article if it is part of an agreement that may affect trade between Contracting Parties and has as its object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the territory covered by the EEA Agreement.
- c) The general prohibition in Article 53(1) EEA applied in September 1995.
3. Article 53(1) EEA does not impose an obligation on an importer of motor vehicles to enter into a dealership agreement with any or all who wish to become dealers and who otherwise meet the qualitative criteria the importer could lawfully impose on dealers in September 1995.
 4. Negotiations about an agreement or an agreement to enter into an agreement amount to an "agreement" within the meaning of Article 53(1) EEA only if there is an expression of the parties' having reached a joint intention to conduct themselves on the market in a specific way.
 5. Where a car importer operates a distribution system which may affect channels of distribution and the conditions of which are not negotiable and are imposed on all accepted dealers, a refusal to accept a dealer forms part of the contractual relations between the importer and its dealers which fall to be examined under Article 53 EEA.
 6. Article 53(2) EEA applies only to those parts of the agreement which bring it into conflict with the prohibition in Article 53(1) EEA. It is for the national court to determine whether those parts which are contrary to Article 53(1) EEA are severable from the rest of the contract and whether there remains a contract capable of performance.

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Delivered in open court in Luxembourg on 1 April 1998.

Asle Aarbakke
Registrar
Legal Secretary

Bjørn Haug
President

b) En slik klausul er bare i strid med denne artikkelen dersom den er en del av en avtale som kan påvirke samhandelen mellom avtalepartene og har som formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innen det territoriet som er omfattet av EØS-avtalen.

c) Det generelle forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 var gjeldende i september 1995.

3. EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 pålegger ingen plikt for en importør av motorkjøretøyer til å inngå en forhandleravtale med noen eller alle som ønsker å bli forhandlere og som ellers tilfredsstillende de kvalitative kriteriene importøren lovlig kunne sette for forhandlere i september 1995.
4. Forhandlinger om en avtale eller en avtale om å inngå avtale utgjør en "avtale" i betydningen av EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 bare dersom partene har kommet til en uttrykt felles vilje til å innrette seg på markedet på en bestemt måte.
5. Hvor en bilimportør driver et distribusjonssystem som kan påvirke distribusjonskanaler og hvor vilkårene ikke er gjenstand for forhandling og er pålagt alle godkjente forhandlere, utgjør et avslag på å oppta en forhandler en del av det kontraktmessige forholdet mellom importøren og dets forhandlere som er gjenstand for prøving under EØS-avtalen artikkel 53.
6. EØS-avtalen artikkel 53 nr 2 får bare anvendelse for de deler av avtalen som gjør den uforenlig med forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr 1. Det er for den nasjonale domstolen å avgjøre hvorvidt de deler som er i strid med EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 kan skilles ut fra resten av kontrakten og om det gjenstår en kontrakt egnet til å gjennomføres.

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Avsagt i åpen rett i Luxembourg 1 april 1998.

Asle Aarbakke
Justissekretær
Juridisk sekretær

Bjørn Haug
President

REPORT FOR THE HEARING
in Case E-3/97

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

Jan and Kristian Jæger AS

and

Opel Norge AS

on the interpretation of Article 53(1) of the EEA Agreement.

I. Introduction

1. By an order dated 2 September 1997, registered at the Court on 8 September 1997, Nedre Romerike Herredsrett, a Norwegian municipal court, made a Request for an Advisory Opinion in a case brought before it by Jan and Kristian Jæger AS against Opel Norge AS. The case concerns the refusal to accept a new dealer in a system with selective distribution of motor vehicles.

II. Legal background

2. Rules concerning selective distribution of motor vehicles are included in Commission Regulations 123/85¹ and 1475/95². Regulation 123/85 was part of the EEA Agreement when it entered into force on 1 January 1994³. The validity of Regulation 123/85 was extended until 30 September 1995. This extension has not been provided for in the EEA context. Regulation 1475/95, which replaces Regulation 123/85, was implemented into the EEA Agreement in accordance with Article 98 EEA by Joint Committee Decision No. 46/96 of 19 July 1996⁴. At the time of the dispute between the parties, Regulation 123/85, according to its wording, had ceased to apply in the EEA, without Regulation 1475/95 having entered into force. Following Article 3 of Joint Committee Decision No. 46/96 of 19 July 1996, Regulation 1475/95 did not enter into force in the EEA until 1 August 1996, and should be applied with effect as of 1 October 1995.

¹ Commission Regulation (EEC) No 123/85 of 12 December 1984 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of motor vehicle distribution and servicing agreements, hereinafter referred to as "Regulation 123/85" (OJ No L 15, 18.1.1985, p. 16).

² Commission Regulation (EC) No 1475/95 of 28 June 1995 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of motor vehicle distribution and servicing agreements, hereinafter referred to as "Regulation 1475/95" (OJ No L 145, 28.6.1995, p. 25).

³ Act referred to in part B, No. 4, Annex XIV EEA.

⁴ Act referred to in part B, No. 4a, Annex XIV EEA.

RETSMØTERAPPORT

i sak E-3/97

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

Jan og Kristian Jæger AS

og

Opel Norge AS

om tolkningen av EØS-avtalen artikkel 53 nr 1.

I. Innledning

1. Ved en beslutning datert 2 september 1997, mottatt ved Domstolen den 8 september 1997, har Nedre Romerike herredsrett anmodet om en rådgivende uttalelse i en sak innbrakt for denne av Jan og Kristian Jæger AS mot Opel Norge AS. Saken gjelder avslag på å godkjenne en ny forhandler i et system med selektiv distribusjon av motorvogner.

II. Rettslig bakgrunn

2. Bestemmelser om selektiv distribusjon av motorvogner er tatt inn i kommisjonsforordning 123/85¹ og 1475/95². Forordning 123/85 var en del av EØS-avtalen da den trådte i kraft 1 januar 1994³. Gyldigheten av forordning 123/85 ble forlenget til 30 september 1995. Denne forlengelsen har ikke blitt gjort gjeldende i EØS-sammenheng. Forordning 1475/95, som erstatter forordning 123/85, ble gjennomført i EØS-avtalen etter EØS-avtalen artikkel 98 ved EØS-komiteéns vedtak nr 46/96 av 19 juli 1996⁴. På tidspunktet for tvisten mellom partene, hadde forordning 123/85 i henhold til sin ordlyd opphørt å gjelde i EØS, uten at forordning 1475/95 hadde trådt i kraft. Etter artikkel 3 i EØS-komiteéns vedtak 46/96 av 19 juli 1996 trådte ikke forordning 1475/95 i kraft i EØS før 1 august 1996, og skulle få anvendelse med virkning fra 1 oktober 1995.

¹ Kommisjonsforordning (EØF) nr 123/85 av 12 desember 1984 om anvendelse av traktatens artikkel 85 paragraf 3 på visse grupper av distribusjons- og serviceavtaler om motorkjøretøyer, heretter omtalt som "forordning 123/85" (OJ nr L 15, 18.1.1985, s 16).

² Kommisjonsforordning (EF) nr 1475/95 av 28 juni 1995 om anvendelse av traktatens artikkel 85 paragraf 3 på visse grupper av distribusjons- og serviceavtaler om motorkjøretøyer, heretter omtalt som "forordning 1475/95" (OJ nr L 145, 28.6.1995, s 25).

³ Rettsakt henvist til i EØS-avtalen vedlegg XIV del B nr 4.

⁴ Rettsakt henvist til i EØS-avtalen vedlegg XIV del B nr 4a.

III. Facts and Procedure

3. The plaintiff, *Jan and Kristian Jæger AS*, is a wholly-owned subsidiary of *Jæger-gruppen AS*. Jan and Kristian Jæger are shareholders in this group, which is a significant purchaser and dealer in different makes of motor vehicles.

4. On 13 December 1995, Jan and Kristian Jæger AS brought an action against Opel Norge AS (hereinafter "Opel") claiming that Opel had entered into a dealership agreement with it and, subsidiarily, that Opel was under an obligation to enter into a dealership agreement with it. The Norwegian Association of Motor Car Dealers and Service Organisations declared itself an intervener by pleadings of 9 December 1996.

5. During the handling of the dispute by Nedre Romerike Herredsrett, disagreement has arisen as to the interpretation of Article 53(1) EEA. The question is whether the provision prohibits terms of an agreement relating to ownership of motor vehicle dealers.

6. The defendant, Opel, is wholly-owned by General Motors Co. of the United States. Opel has 53 independent dealers in Norway. A standard dealership agreement is entered into with the dealers, normally for five years at a time. These agreements conform as much as possible to Opel's standard European dealership agreement.

7. In the spring of 1994, *Jæger-gruppen AS* entered into negotiations with Opel for the establishment of a new Opel dealership in the Bergen area. At a meeting in May 1994, the parties agreed that any such dealership should be held by a new company with its own management and Board of Directors independent of the other companies in the *Jæger* group and that it should occupy premises separate from those of other companies in this group. There was some exchange of letters between Jan Jæger on the one hand and Opel on the other regarding the shareholder structure in the new company. A new meeting was held on 9 May 1995. Following that meeting, Opel asked Jan and Kristian Jæger to apply for a dealership. In a letter of 22 May 1995, Jan and Kristian Jæger applied, on behalf of a new company which was to be created, for an Opel dealership for the Bergen area. According to the application, Kristian Jæger would be General Manager of the new company and would hold 51% of the shares. His father, Jan Jæger, would hold the remaining 49% and be Chairman of the Board of Directors.

8. By letter of 29 June 1995, Opel put forward an offer of dealership to Kristian and Jan Jæger on that basis. In accordance with normal practice, the offer was made to the person who was to be the General Manager of the new company. It was a condition of the offer that Kristian and Jan Jæger were to sell their shares in the *Jæger* group by 31 December 1996 and that they could not be involved with competing products. The offer was formally accepted by Jan and Kristian Jæger on behalf of the company being created in a letter of 18 September 1995. The acceptance conformed to the offer on all points except for the provisions on ownership structure.

9. Opel did not accept the change in relation to the offer. The standard agreement has not been signed by any of the parties.

10. The parties do not agree as to whether under Norwegian contract law a binding dealership agreement has been entered into and, consequently, whether Opel has an obligation towards Jan and Kristian Jæger AS to conclude a contract. They furthermore disagree as to whether Opel has imposed the condition regarding shareholder structure in a discriminatory manner, given that the General Managers' ownership shares in Opel's dealer companies vary from 0% to 100%.

III. Fakta og prosedyre

3. Saksøker, *Jan og Kristian Jæger AS*, er et helciet datterselskap i Jæger-gruppen AS. Jan og Kristian Jæger er aksjonærer i denne gruppen, som er en betydelig kjøper og forhandler av forskjellige motorvognmerker.
4. Den 13 desember 1995 reiste Jan og Kristian Jæger AS sak mot Opel Norge AS (heretter betegnet "Opel") med pastand om at Opel hadde inngått en forhandleravtale med det og subsidiært, at Opel var forpliktet til å inngå en forhandleravtale med det. Norges Bilbransjeforbund erklærte seg som intervenient ved prosesskrift av 9 desember 1996.
5. Under behandlingen av tvisten i Nedre Romerike herredsrett, er det oppstatt uenighet om tolkningen av EØS-avtalen artikkel 53 nr 1. Spørsmålet er hvorvidt bestemmelsen setter forbud mot vilkar i en avtale vedrørende eierforhold hos forhandlere av motorvogn.
6. Saksøkte, *Opel*, eies i sin helhet av General Motors Co. i De forente stater. Opel har 53 uavhengige forhandlere i Norge. En standard forhandleravtale er inngått med forhandlerne, vanligvis for fem år om gangen. Disse avtalene er så langt som mulig i overensstemmelse med Opels standard europeiske forhandleravtale.
7. Varen 1994 innledet Jæger-gruppen AS forhandlinger med Opel om opprettelsen av en ny Opel-forhandler i Bergensregionen. På et møte i mai 1994 ble partene enige om at en slik forhandlervirksomhet skulle eies av et nytt selskap med sin egen ledelse og styre, uavhengig av de andre selskapene i Jæger-gruppen, og at det skulle holde til i lokaler som var atskilt fra de andre selskapene i denne gruppen. Det var en del brevveksling mellom Jan Jæger på den ene siden og Opel på den annen vedrørende aksjonærstrukturen i det nye selskapet. Et nytt møte ble holdt den 9 mai 1995. Etter dette møtet ba Opel Jan og Kristian Jæger om å søke om å bli forhandler. I et brev av 22 mai 1995 søkte Jan og Kristian Jæger på vegne av et nytt selskap som skulle stiftes, om å bli Opel-forhandlere i Bergensregionen. Ifølge søknaden skulle Kristian Jæger være daglig leder i det nye selskapet og innha 51% av aksjene. Hans far, Jan Jæger, skulle inneha de resterende 49% av aksjene og være styreformann.
8. I brev av 29 juni 1995 fremsatte Opel et tilbud til Kristian og Jan Jæger om å bli forhandlere på dette grunnlaget. I samsvar med vanlig praksis ble tilbudet gitt til den personen som skulle være daglig leder i det nye selskapet. Det var et vilkar for tilbudet at Kristian og Jan Jæger skulle selge sine aksjer i Jæger-gruppen innen 31 desember 1996, og at de ikke kunne være engasjert i konkurrerende produkter. Tilbudet ble i brev av 18 september 1995 formelt godkjent av Jan og Kristian Jæger på vegne av det selskapet som var under stiftelse. Godkjennelsen var i samsvar med tilbudet på alle punkter med unntak av bestemmelsene om eierstruktur.
9. Opel aksepterte ikke endringen i forhold til tilbudet. Standardavtalen har ikke blitt undertegnet av noen av partene.
10. Partene er ikke enige om hvorvidt det etter norsk avtalerett er inngått en bindende forhandleravtale, og folgelig om Opel har en kontraheringsplikt overfor Jan og Kristian Jæger AS. Videre er de uenige om hvorvidt Opel har stilt betingelsen vedrørende aksjonærstruktur på en diskriminerende måte, i og med at daglig leders eierandeler i Opels forhandlerselskaper varierer fra 0% til 100%.

11. Nedre Romerike Herredsrett has decided to submit a Request for an Advisory Opinion on these questions to the EFTA Court.

IV. Questions

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

"1.a Does Article 53(1) EEA, cf. the rules on selective distribution, prohibit an importer, upon entering into a dealership agreement concerning motor vehicles, from imposing conditions regarding a certain shareholder structure of the dealer?"

1.b If so, will this be applicable regardless of the aim or effects of the condition?"

1.c Did such a prohibition exist in September 1995?"

2.a Does Article 53(1) EEA, cf. the rules on selective distribution, prohibit an importer, upon entering into a dealership agreement concerning motor vehicles, from imposing conditions regarding the owners and/or general manager in the dealer company holding ownership interests in other companies which deal and/or hold ownership interests in other companies which deal in motor vehicles?"

2.b If so, is this applicable regardless of the aim or effects of the condition?"

2.c Did such a prohibition exist in September 1995?"

3. Does it follow from Article 53(1) EEA that an importer of motor vehicles in September 1995 had an obligation to enter into a dealership agreement with any or all who wished to be dealers and who otherwise met the qualitative criteria the importer could lawfully impose on dealers?"

4. Is Article 53(1) EEA to be construed to the effect that negotiations about an agreement or an agreement to enter into an agreement is tantamount to an "agreement" and, consequently, sufficient to bring the matter within the scope of Article 53(1)?"

5. Is Article 53(1) EEA to be construed to the effect that a refusal to accept a dealer falls to be examined under Article 53 when that refusal can serve to enforce an anti-competitive policy or contractual practice between the importer and other, existing dealers?"

6. Is Article 53(2) to be construed to the effect that if a condition is contrary to Article 53(1) and/or the rules on selective distribution, the entire contract is then of no legal force or effect?"

11. Nedre Romerike Herredsrett har besluttet å rette en anmodning om en rådgivende uttalelse til EFTA-domstolen vedrørende disse spørsmålene.

IV. Spørsmål

12. Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:

"1.a Forbyr EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 jf reglene om selektiv distribusjon at en importør ved inngåelse av en forhandleravtale vedrørende motorvogner stiller vilkår om en bestemt aksjonærstruktur hos forhandleren?"

1.b. Gjelder dette isåfall uansett hvilket formål eller virkninger vilkåret har?

1.c. Eksisterte det et slikt forbud i september 1995?

2.a Forbyr EØS-avtalen artikkel 53 nr 1, jf reglene om selektiv distribusjon at en importør ved inngåelse av en forhandleravtale vedrørende motorvogner stiller vilkår om at eiere og/eller daglig leder i forhandlerselskapet har eierinteresser i andre selskaper som forhandler og/eller har eierinteresser i andre selskaper som forhandler motorvogner?

2.b Gjelder dette isåfall uansett hvilket formål eller virkninger vilkåret har?

2.c Eksisterte det et slikt forbud i september 1997?

3 Følger det av EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 at en importør av motorvogner i september 1995 hadde plikt til å inngå forhandleravtale med noen eller alle de som ønsket å være forhandlere og som for øvrig fylte de kvalitative kriteriene som importøren lovlig kunne sette til en forhandler?

4) Er EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 slik å forstå at forhandling om en avtale eller avtale om å inngå avtale er sidestilt med "avtale" og følgelig bringer forholdet inn under artikkel 53 nr 1?

5) Er EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 slik å forstå at nektelse av å oppta en forhandler skal vurderes under artikkel 53 når nektelsen kan tjene til å håndheve en konkurransehindrende policy eller avtalepraksis mellom importøren og andre, eksisterende forhandlere?

6) Er EØS-avtalen artikkel 53 nr 2 slik å forstå dersom et vilkår strider mot artikkel 53 nr 1 og/eller reglene om selektiv distribusjon har hele avtalen ikke noen rettsvirkning?"

V. Written observations

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

- the plaintiff, represented by Counsel Counsel Pal Magne Bakka, Advokatfirma Harris, Bergen,
- the defendant, represented by Counsel Jon Lyng, Advokatfirma Lyng & Co., Oslo;
the Government of the Kingdom of Norway, represented by Hege M. Hoff, acting as Agent,
- the EFTA Surveillance Authority, represented by Rolf Helmich Pedersen, Officer, Legal & Executive Affairs, acting as Agent,
- the Commission of the European Communities, represented by Richard Lyal, Member of its Legal Service, acting as Agent.

1. Jan and Kristian Jæger AS

14. The *plaintiff* states that the case law of the ECJ⁵ on selective distribution is, together with Article 53 EEA, of particular significance for the present case.

15. One of the consequences of a condition on a specific ownership structure in a company is that the dealership company is prevented from joining a group, for example, as a wholly-owned subsidiary in a group which then, through other subsidiaries, deals in new motor vehicles of other makes.

16. According to the plaintiff, such clauses have a clear competition-distorting object and effect. The conditions impose requirements on the dealer which, according to case law on selective distribution, go considerably further than is necessary to protect the reputation of the brand name. Furthermore, the conditions are applied in an arbitrary and discriminatory fashion.

17. The real object of these conditions is to break up a strong competitor who, through a number of years, has demonstrated the ability to build up different makes.

18. In any event, the object of such a condition must be considered to be to ensure that the dealer only deals in one make of car. This distorts competition because it renders impossible (1) multi-brand dealerships and (2) building up of a strong dealer stage. Both of these aims are fundamental considerations in the new Regulation 1475/95. Avoiding a "conflict of interest" is not a concern which can make it lawful.

19. The requirement that the General Manager is to own at least 51% of the shares (and the Chairman of the Board 49%) *ex lege* prevents the dealer company from becoming a subsidiary in a group. Furthermore, it will prevent groups from dealing in new motor vehicles.

⁵ Case 26/76 *Metro v Commission* [1977] ECR 1875 (hereinafter "*Metro*").

⁶ The Jæger group is one of Norway's largest car dealers and deals in *inter alia* Toyota, BMW, Rover and Land Rover.

V. Skriftlige saksfremstillinger

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

- saksøker, representert ved advokat Pal Magne Bakka. Advokatfirma Harris, Bergen;
- saksøkte, representert ved advokat Jon Lyng. Advokatfirma Lyng & Co., Oslo;
- Den norske regjering, representert ved Høge M. Hoff, Utenriksdepartementet, som partsrepresentant;
- EFTAs overvåkingsorgan, representert ved Rolf Helmich Pedersen, saksbehandler, Avdelingen for juridiske saker og eksekutivesaker, som partsrepresentant;
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Richard Lyal, juridisk rådgiver i Rettsavdelingen, som partsrepresentant.

1. Jan og Kristian Jæger AS

14. *Saksøkeren* hevder at EF-domstolens rettspraksis⁵ om selektiv distribusjon, sammen med EØS-avtalen artikkel 53, har særlig betydning for den foreliggende saken.

15. En av konsekvensene av et vilkar om en bestemt eierstruktur i et selskap, er at forhandlerselskapet blir avskåret fra å inngå i et konsern, for eksempel som et heleiet datterselskap i et konsern, som deretter gjennom andre datterselskaper forhandler nye motorvogner av andre merker⁶.

16. Ifølge saksøker har slike klausuler klart konkurransevridende formål og virkning. Vilkaene stiller krav til forhandleren som, ifølge rettspraksis om selektiv distribusjon, gar vesentlig lenger enn det som er nødvendig for å beskytte varenavnets anseelse. Videre er vilkaene anvendt på en vilkarlig og diskriminerende måte.

17. Det reelle formål med disse vilkaene er å bryte opp en sterk konkurrent som i en rekke har vist evnen til å bygge opp forskjellige merker.

18. Under enhver omstendighet må formålet med et slikt vilkar anses å være å sikre at forhandleren bare forhandler ett bilmerke. Dette vrir konkurransen, idet det umuliggjør (1) flermærkerepresentasjon og (2) oppbygning av et sterkt forhandlerledd. Begge disse formålene er grunnleggende hensyn i den nye forordning 1475/95. Å unngå en "interessekonflikt" er ikke en bekymring som kan gjøre dette lovlig.

19. Kravet om at daglig leder skal eie minst 51% av aksjene (og styreformannen 49%) avskjærer *ex lege* forhandlerselskapet fra å inngå som datterselskap i et konsern. Videre vil det hindre konsern i å forhandle nye motorvogner.

⁵ Sak 26/76 *Metro v Kommisjonen* [1977] ECR 1875 (heretter "*Metro*").

⁶ Jæger-gruppen er en av Norges største bilforhandlere og forhandler blant annet Toyota, BMW, Rover og Land Rover.

20. The plaintiff states that groups are particularly widespread and this form of business organization is an important instrument for effective, appropriate organization of a business operation. An example is multi-brand dealerships. Others are dealerships for new and used motor vehicles, or motor vehicles and machines as well as property ownership.

21. Thus, the condition will have the main effect of distorting the structure at the dealer stage, since large, financially strong groups will have to refrain from becoming dealers. The dealer stage will consist of relatively small businesses and become considerably more dependent on the supplier than a dealer which is part of a strong group would. A weaker dealer stage will carry less weight for building up its organization and competing with other makes of cars. Inter-brand competition will be weakened. In addition, a weak dealer stage with its essential operations linked to one supplier will be much more vulnerable to tactics and pressure from the supplier, with all forms of concerted practices which, as a whole, reduce competition between different brand dealers.

22. The first effect of the buy-out requirement will be that the dealer company will not be able to have any corporate law connection to groups which deal in other new motor vehicles of other makes, in this case the Jäger group. Secondly, it implies that not even the shareholders in the dealer company can have any such corporate law connections.

23. Referring to case law of the ECJ⁷, the plaintiff is of the opinion that the conditions on ownership structure do not consist of objective criteria of a qualitative nature relating to the technical qualifications of the reseller and its staff.

24. The plaintiff is of the opinion that Article 53 EEA clearly applies to a situation where the supplier deliberately enforces a condition on ownership structure in a different manner in relation to the "new" and the "old" dealers. This applies to the requirement that the General Manager hold 51% of the shares, in which Opel has admitted its practice varies.

25. The supplier shall not impose conditions which go further than what is "indispensable". Lawful conditions must be imposed in the same fashion on all dealers. The plaintiff concludes from this that Opel's practice is obviously discriminatory.

26. Since "gentlemen's agreements" and other, non-binding understandings⁸ have been covered under Article 85 EC, the above situation must clearly be considered as one which comes within the scope of Article 53 EEA. *A fortiori* must this be so when even "concerted practices" make Article 53 EEA applicable.

27. The plaintiff refers to the *AEG*⁹ and the *Ford*¹⁰ case. From these judgments, the plaintiff maintains that it follows that unilateral legal situations, where a private-law binding contractual relationship does not exist, are to be considered as tied to or stemming from an agreement and thereby subject to Article 53 EEA. This is particularly true of distribution systems. In the present

⁷ Case 26/76 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co.KG v Commission of the European Communities [1977] ECR 1875.

⁸ Case 41/69 ACF Chemiefarma NV v Commission of the European Communities [1970] ECR 661.

⁹ Case 107/82 AEG-Telefunken AG v Commission of the European Communities [1983] ECR 3151.

¹⁰ Joined Cases 25 and 26/84 Ford Werke AG and Ford of Europe Inc. v Commission of the European Communities [1985] ECR 2725.

20. Saksokeren hevder at konserner er særlig utbredt, og at denne selskapsformen er et viktig instrument for effektiv og hensiktsmessig organisering av en forretningsvirksomhet. Et eksempel er forhandling av flere merker. Andre er forhandling av nye og brukte motorvogner, eller motorvogner og maskiner såvel som eiendomsbesittelse.

21. Vilkaene vil således ha den hovedeffekt at det vrir strukturen i forhandlerleddet, idet kapitalsterke større konserner vil måtte avstå fra å bli forhandlere. Forhandlerleddet vil bestå av relativt små virksomheter og bli vesentlig mer avhengig av leverandoren enn det en forhandler som er en del av et sterkt konsern ville være. Et svakere forhandlerledd vil ha mindre tyngde til å kunne bygge opp sin organisasjon og konkurrere med andre bilmerker. Konkurransen mellom merkene vil bli svekket. I tillegg vil et svakt forhandlerledd med sin vesentlige virksomhet knyttet til én leverandør, være langt mer utsatt for taktikk og press fra leverandoren, med alle former for samordnet opptreden som, samlet sett, vil redusere konkurransen mellom de ulike merkeforhandlerne.

22. Den første virkningen av kravet om salg av aksjer, vil være at forhandlerselskapet ikke vil kunne ha noen selskapsrettslig tilknytning til konsern som forhandler andre nye motorvogner av andre merker, i dette tilfellet Jæger-gruppen. For det andre innebærer det at ikke en gang aksjonærene i forhandlerselskapet kan ha noen slik selskapsrettslig tilknytning.

23. Under henvisning til EF-domstolens rettspraksis⁷ er saksoker av den oppfatning at vilkaene om eierstruktur ikke består av objektive kriterier av kvalitetsmessig art som gjelder de tekniske kvalifikasjonene til videreforhandleren og hans stab.

24. Saksokeren er av den oppfatning at EØS-avtalen artikkel 53 klart får anvendelse i en situasjon der leverandoren bevisst handhever et eierstrukturvilkar på en annen måte overfor de "nye" enn overfor de "gamle" forhandlerne. Dette gjelder kravet om at daglig leder skal eie 51% av aksjene, der Opel har innrommet at dets praksis varierer.

25. Leverandoren skal ikke stille vilkar som går lenger enn det som er "absolutt nødvendig". Rettmessige vilkar må stilles på samme måte for alle leverandører. Saksoker slutter ut fra dette at Opels praksis er åpenbart diskriminerende.

26. Siden "gentlemen's agreements" og andre ikke-bindende forståelser⁸ har vært omfattet av EF-traktaten artikkel 85, må ovennevnte situasjon klart anses å være en som er omfattet av EØS-avtalen artikkel 53. Desto mer må dette gjelde når selv "samordnet opptreden" gjør EØS-avtalen artikkel 53 anvendelig.

27. Saksokeren viser til sakene *AEG*⁹ og *Ford*¹⁰. Ut fra disse dommene hevder saksoker at det følger at ensidige rettslige situasjoner, hvor et privatrettslig bindende avtaleforhold ikke eksisterer, må anses å være knyttet til eller utsprunget av en avtale og således være underlagt EØS-avtalen artikkel 53. Dette gjelder særlig i distribusjonssystemer. I den aktuelle saken er det

⁷ Sak 26/76 *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v Kommisjonen for De europeiske fellesskap* [1977] ECR 1875.

⁸ Sak 41/69 *ACF Chemiefarma NV v Kommisjonen for De europeiske fellesskap* [1970] ECR 661.

⁹ Sak 107/82 *AEG-Telefunken AG v Kommisjonen for De europeiske fellesskap* [1983] ECR 3151.

¹⁰ Forente saker 25 og 26/84 *Ford Werke AG og Ford of Europe Inc. v Kommisjonen for De europeiske fellesskap* [1985] ECR 2725.

case, it is the existence of the supplier's agreements with third parties which makes Article 53 EEA applicable.

28. Following case law of the ECJ¹¹, the plaintiff considers that the automatic nullity in question only applies to those parts of the agreement affected by the prohibition, or to the agreement as a whole if it appears that those parts are not severable from the agreement itself.

29. In addition to the effect of invalidity, the breach of the law in the present case has the effect of the agreement being considered entered into or, alternatively, that Opel is under an obligation to conclude an agreement. This follows from the *Metro* and *ALG* judgments and the absence of a block exemption in September 1995.

30. The plaintiff suggests answering the questions as follows:

"Question 1:

Article 53(1) EEA, cf. Article 6 and the rules on selective distribution, must be interpreted so that conditions regarding a given shareholder structure of the dealer which are imposed by an importer of new motor vehicles when a dealership agreement is entered into have both a competition-distorting aim and a competition-distorting effect, judged both per se and in context, and are prohibited.

An independent, additional ground for considering the condition as prohibited will be present where an importer has not required all dealers to meet the condition formally and in fact without undue delay, including not treating differently dealers who joined the system before or after 1986.

The concern of avoiding a "conflict of interest" does not make the condition lawful.

The prohibitions applied in September 1995 and apply today.

Question 2:

Article 53(1) EEA, cf. Article 6 and the rules on selective distribution, must be interpreted so that conditions to the effect that the owners of the dealer are to sell off their (direct or indirect) ownership interest in other dealer companies which are imposed by an importer of new motor vehicles when a dealership agreement is entered into have both a competition-distorting aim and a competition-distorting effect, judged both per se and in context, and are prohibited.

An independent, additional ground for considering the condition as prohibited will be present where an importer has not required all dealers to meet the condition formally and in fact without undue delay, including not treating differently dealers who joined the system before or after 1986.

The concern of avoiding a "conflict of interest" does not make the condition lawful.

The prohibitions applied in September 1995 and apply today.

¹¹ Case 56/65 Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH [1966] ECR 235.

eksistensen av leverandørens avtaler med tredjemenn som gjør EØS-avtalen artikkel 53 anvendelig.

28. Etter EF-domstolens rettspraksis¹¹ anser saksøker at den aktuelle automatiske ugyldigheten bare gjelder de delene i avtalen som er berørt av forbudet, eller avtalen som helhet dersom det viser seg at disse delene ikke kan skilles ut fra selve avtalen.

29. I tillegg til virkningen av ugyldighet har rettsbruddet i den foreliggende saken den virkning at avtalen må anses som inngått, eller, alternativt, at Opel har kontraheringsplikt. Dette følger av dommene i *Metro* og *Al/Gi*, samt fraværet av et gruppeunntak i september 1995.

30. Saksøker foreslår følgende svar på spørsmålene:

"Spørsmål 1:

EØS-avtalen art 53 nr 1 jfr art 6 og reglene om selektiv distribusjon må tolkes slik at et vilkår om en bestemt aksjonærstruktur hos forhandleren stillet av en importør av nye motorvogner ved inngåelse av en forhandleravtale har både konkurransevidende formål og konkurransevirkende effekt, bedømt så vel per se som i kontekst, og er forbudt.

Et selvstendig tilleggsgrunnlag for å anse vilkåret forbudt vil foreligge hvor en importør ikke har pålagt alle forhandlere å oppfylle formelt og reelt vilkåret uten ugrunnet opphold, herunder uten å forskjellsbehandle forhandlere som ble tilknyttet systemet før eller etter 1986.

Hensynet til å unngå "interessekonflikt" gjør ikke vilkåret lovlig.

Forbudene gjaldt i september 1995, og gjelder idag.

Spørsmål 2:

EØS-avtalen art 53 nr 1, jfr art 6 og reglene om selektiv distribusjon må tolkes slik at et vilkår om at eierne av forhandleren skal selge seg ut av sin (direkte eller indirekte) eierposisjon i andre forhandlerselskaper stillet av en importør av nye motorvogner ved inngåelse av forhandleravtale har både konkurransevidende formål og konkurransevidende effekt, bedømt så vel per se som i kontekst, og er forbudt.

Et selvstendig tilleggsgrunnlag for å anse vilkåret forbudt vil foreligge hvor en importør ikke har pålagt alle forhandlere å oppfylle formelt og reelt vilkåret uten ugrunnet opphold, herunder uten å forskjellsbehandle forhandlere som ble tilknyttet systemet før eller etter 1986.

Hensynet til å unngå "interessekonflikt" gjør ikke vilkåret lovlig.

Forbudene gjaldt i september 1995, og gjelder idag.

¹¹ Sak 56/65 *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH* [1966] ECR 235.

Question 3:

Article 53(1) EEA, cf. 53 (2) EEA, must be interpreted so that an importer of new motor vehicles in September 1995 had an obligation to enter into dealership agreements with some or all of those who wished to be dealers and met the qualitative criteria which the importer could lawfully impose on a dealer.

Question 4:

Article 53(1) EEA, cf. Article 6, must be interpreted so that where parties in a process of concluding an agreement have come so far that one of the parties has given a legally-binding offer, Article 53 will apply to that offer. In addition, Article 53(1) EEA, cf. Article 6, is applicable to all conditions, pre-conditions and understandings which are laid down in the course of a gradual process of concluding an agreement.

Question 5:

When a refusal to accept a dealer can serve to enforce a competition-distorting policy or contractual practice between the importer and other, existing dealers, the refusal must be assessed under Article 53 EEA.

Question 6:

Article 53 (2) EEA cannot be considered as authorizing total invalidity in a case of a condition on ownership structure in a selective distribution system for new motor vehicles."

2. Opel Norge AS

31. The *defendant* is of the opinion that neither Article 53 EEA nor the rules regarding selective distribution apply to a case such as the one at hand, where the parties have not moved beyond the negotiations stage. During the negotiations the opposite parties of Opel Norge AS were the two individuals Jan and Kristian Jæger.

32. Referring to the *Metro* judgment of the ECJ, the defendant submits that the criteria applied by Opel Norge AS regarding ownership structure in connection with the selection of its dealers must be viewed as non-discriminatory and necessary to ensure reasonable distribution of advanced technical products such as cars.

33. In the view of the defendant, the wording of the question "upon entering into ... imposing conditions" is imprecise. The formulation has no relevance for the factual situation in the case and the problem is hypothetical, since no agreement has been entered into or concluded by the parties. Furthermore, the defendant is of the view that the formulation of the question: "imposing conditions regarding a certain shareholder structure" is imprecise.

Spørsmål 3:

EØS-avtalen art 53 nr 1 jfr nr 2 må tolkes slik at en importør av nye motorvogner i september 1995 hadde en plikt til å inngå forhandleravtale med noen eller de som ønsket å være forhandlere og for øvrig fylte de kvalitative kriteriene som importøren lovlig kunne sette til en forhandler.

Spørsmål 4:

EØS-avtalen art 53 nr 1 jfr art 6 må tolkes slik at hvor parter i en avtaleinngåelsesprosess har kommet så langt at en av partene har avgitt et for seg rettslige forpliktende tilbud, vil art 53 være anvendelig på nevnte tilbud. Dessuten er art 53 nr 1 jfr art 6 anvendelig på alle vilkår, forutsetninger og forståelser som fastlegges underveis i en stegvis avtaleinngåelsesprosess.

Spørsmål 5:

Når en nektelse av å oppta en forhandler kan tjene til å håndheve en konkurransevridende policy eller avtalepraksis mellom importøren og andre, eksisterende forhandlere, skal nektelsen vurderes under art 53.

Spørsmål 6:

EØS-avtalen art 53 nr 2 kan ikke anses å hjemle total ugyldighet i en sak om eierstrukturvilkåret i et selektivt distribusjonssystem for nye motorvogner."

2. Opel Norge AS

31. *Saksøkte* er av den oppfatning at verken EØS-avtalen artikkel 53 eller bestemmelsene om selektiv distribusjon får anvendelse i en sak som den foreliggende, hvor partene ikke har gått ut over forhandlingsstadiet. Under forhandlingene var motpartene til Opel Norge AS de to privatpersonene Jan og Kristian Jæger.

32. Under henvisning til EF-domstolens dom i *Metro* hevder saksøkte at de kriteriene Opel Norge AS har anvendt med hensyn til eierstruktur ved utvelgelsen av sine forhandlere, må ses som ikke-diskriminerende og nødvendige for å sikre en rimelig distribusjon av avanserte tekniske produkter så som biler.

33. Etter saksøktes mening er ordlyden i spørsmålet "ved inngåelse av stiller vilkår" upresis. Formuleringen har ingen relevans for den faktiske situasjonen i saken, og problemstillingen er hypotetisk i og med at partene ikke har inngått eller sluttet noen avtale. Videre er saksøkte av den oppfatning at formuleringen av spørsmålet "stille vilkår om en bestemt aksjonærstruktur" er upresis.

34. For the defendant, Article 53(1) EEA and the rules on selective distribution do not apply in a situation where an importer and the potential dealer have not entered into a binding agreement on the establishment of a dealer relationship. Nor do the provisions referred to in the question generally preclude importers of motor vehicles from choosing their dealers based on non-discriminatory qualitative criteria in order to ensure reasonable distribution of the motor vehicles and services related thereto, including conditions as to who are to be shareholders in the dealership company and the specific share distribution among the shareholders.

35. The defendant states that, under Norwegian law, there was a period with a "break" from 30 June 1995 until 19 July 1996, when the Regulations were implemented under Norwegian law.

36. The defendant is of the view that the presumption principle must be particularly strong in a situation where Norway can be condemned for breach of treaty due to failure to implement and which can harm politically important relationships of trust with the EU. The defendant submits that a reinforced presumption principle can also be grounded in the duty of loyalty under Article 3 EEA.

37. The defendant considers that it must be possible to deduce from this a duty for Norwegian courts, in accordance with the EU law principle on interpretation in accordance with directives, to interpret national law as much as possible in accordance with non-implemented directives. Under the EEA, the duty must apply not only in relation to directives but also in relation to regulations.

38. It would be entirely unreasonable if agreements between private parties which were formerly valid and in accordance with the block exemption were to be deemed invalid and thereby without legal effect for the period from 30 June 1995 until 19 July 1996.

39. For the defendant, it is obvious that for September 1995 there exists no prohibition against importers of motor vehicles choosing dealers based on conditions as to who is to be shareholders in the dealership company, and the specific share distribution among them. Considerations of harmonization of the rules in the EU with the rules in the European Economic Area point towards the block exemption in Regulation 123/85 having been replaced by the new block exemption in Regulation 1475/95; this also applies for Norway.

40. Furthermore, the EEA Agreement does not prohibit an importer and a new, potential dealer from agreeing that a condition for further negotiations on future co-operation is that the owner and general manager are not to hold shares in competing operations or are not to engage in competing operations.

41. The defendant is of the opinion that question 3 is also imprecise and that the formulation is unfortunate. For the defendant, it is unclear what the person asking the question refers to by the term "met the qualitative criteria the importer could lawfully impose on dealers". In any case, the EEA Agreement does not impose on importers of cars a duty to conclude a contract with companies wishing to become new car dealers in an area where there is room for several dealers.

42. Furthermore, Article 53(1) EEA may not be interpreted as also applying to situations in which two parties are in negotiations without having completed them and where no contractual relationship has been established and where no *de facto* business collaboration has been entered into, either, or no implied agreement exists between the parties.

34. Etter saksøkers oppfatning kommer EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 og reglene om selektiv distribusjon ikke til anvendelse i et tilfelle hvor en importør og den potensielle forhandler ikke har inngått bindende avtale om etablering av et forhandlerforhold. De bestemmelser som er omtalt i spørsmålet er heller ikke generelt til hinder for at importører av motorvogner velger sine forhandlere på grunnlag av ikke-diskriminerende kvalitative kriterier for å sikre en rimelig distribusjon av motorvognene og tjenester knyttet til disse, herunder forutsetninger om hvem som skal være aksjonærer i forhandlerselskapet, og den nærmere aksjefordeling mellom aksjonærene.
35. Saksøkte hevder at det etter norsk lov var et tidsrom med et "opphold" fra 30 juni 1995 til 19 juli 1996, da forordningene ble gjennomført i norsk lov.
36. Saksøkte er av den oppfatning at presumpsjonsprinsippet må gjøre seg særlig sterkt gjeldende i en situasjon der Norge kan bli domt for traktatbrudd på grunn av manglende gjennomføring og som kan skade politisk viktige tillitsforhold i forhold til EU. Saksøkte hevder at et forsterket presumpsjonsprinsipp også kan baseres på lojalitetsplikten i artikkel 3 EØS.
37. Saksøkte anser at det ut fra dette må være mulig å avlede for norske domstoler, og i samsvar med EUs rettsprinsipp om fortolkning i samsvar med direktiver, en plikt til å fortolke nasjonal lovgivning så mye som mulig i samsvar med ikke-gjennomførte direktiver. I EØS må denne plikten gjelde ikke bare med hensyn til direktiver, men også med hensyn til forordninger.
38. Det ville være helt urimelig dersom avtaler mellom private parter som tidligere var gyldige og i samsvar med gruppeunntaket, skulle kjønnnes ugyldige og således ikke ha rettsvirkning i tidsrommet fra 30 juni 1995 til 19 juli 1996.
39. For saksøkte er det innlysende at det i september 1995 ikke eksisterer noe forbud mot at importører av motorvogner velger forhandlere på grunnlag av vilkår om hvem som skal være aksjonærer i forhandlerselskapet, og den særlige aksjefordelingen blant dem. Hensynet til harmonisering av bestemmelsene i EU med bestemmelsene i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde peker i retning av at gruppeunntaket i forordning 123/85 er blitt erstattet av det nye gruppeunntaket i forordning 1475/95; dette gjelder også for Norge.
40. Videre forbyr ikke EØS-avtalen en importør og en ny, potensiell forhandler fra å avtale at et vilkår for videre forhandlinger om fremtidig samarbeid er at eieren og daglig leder ikke skal eie aksjer i konkurrerende virksomhet eller ikke skal engasjere seg i konkurrerende virksomhet.
41. Saksøkte er av den oppfatning at spørsmål 3 også er upresist, og at formuleringen er uheldig. For saksøkte er det uklart hva personen som stiller spørsmålet mener med uttrykket "fylte de kvalitative kriteriene som importøren lovlig kunne sette til forhandlere". Uansett pålegger ikke EØS-avtalen bilimportører en kontraheringsplikt med selskaper som ønsker å bli nye bilforhandlere i et område der det er plass til flere forhandlere.
42. Videre kan ikke EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 tolkes slik at den også kommer til anvendelse på situasjoner hvor to parter er i forhandlinger uten å ha sluttført disse og hvor det ikke er etablert noe kontraktsforhold og hvor det heller ikke er inngått noe faktisk foretningssamarbeid eller foreligger noen underforstått avtale mellom partene.

43. For Opel it is not “an anti-competitive policy” to impose requirements to the effect that a General Manager must have an ownership interest which is dominant and as strong as possible. In the view of Opel, this requirement is economically important and legitimate. Furthermore, it is capable of strengthening the economy and power of the dealers and thereby their competitiveness, which serves consumers. Opel is of the view that the requirements help to build up the community of interest between the ownership interests and management, and that this enhances the dealerships’ economic basis, productivity, the technical and economic development of the products and services, and that this is in the interest of consumers.

44. With respect to question 6 as well, the defendant’s comment is that the formulation of the question is imprecise and hypothetical. No agreement has been entered into by the parties and it is also an incorrect use of terminology to use the expression “condition”. The essential point is that the relevant factual and legal issue is not covered by question 6.

45. The defendant submits that Article 53(1) EEA, cf. (2), gives no authority to intervene in a negotiation situation between two parties, so that a pre-condition in an offer from one party to enter into an agreement may be viewed as unlawful with the consequence that the party in question is legally bound to enter into an agreement without this condition.

46. The defendant has fundamental objections to the formulation of the questions and is of the view that a number of them must be reformulated. In the view of the defendant, the questions 1) b. and 2) b. should not be answered without further clarification from the plaintiff.

3. The Norwegian Government

47. The *Norwegian Government* concentrates its written observations on questions 1) c. and 2) c. and argues that no group exemption for distribution and servicing agreements existed in Norwegian law in the period 1 July 1995 to 19 July 1996. This opinion is based on the fact that a new act of Community law is not part of the EEA Agreement until the EEA Joint Committee has decided that it is to be incorporated into the Agreement. A new act of Community law cannot be made applicable to Norwegian nationals and enterprises until it has been implemented into Norwegian law.

48. The principle that individuals and economic operators are not bound by obligations under international law until these have been implemented in Norwegian law follows from the dualistic system which is based on the Norwegian Constitution.

49. The Norwegian Government proposes to answer the above mentioned questions as follows:

“The decision of the EEA Joint Committee No. 46/96 on the incorporation into the EEA Agreement of Commission Regulation 1475/95 applied from 1 October 1995. The individual EFTA States could however, for constitutional reasons, lay down transitional measures for the period between 1 July 1995 and the date of adoption of the decision, 19 July 1996. The individual EFTA states were thereby for constitutional reasons free to delay the implementation of the Regulation, or to lay down national adaptations to it, until 19 July 1996. Thus, it will be for the national court to interpret national legislation implementing the Regulation and, on this basis, decide whether the prohibition set out in Article 53, paragraph 1, of the EEA Agreement did exist in Norwegian law in September 1995.”

43. For Opel er det ikke "en konkurransevridende policy" å stille krav om at en daglig leder må ha en eierinteresse som er dominerende og så sterk som mulig. Etter Opels syn er dette kravet økonomisk viktig og legitimt. Videre vil det kunne styrke økonomien og slagkraften til forhandlerne, og derved deres konkurransevne, hvilket tjener forbrukerne. Opel er av den oppfatning at kravene bidrar til å bygge opp interessefellesskapet mellom eierinteresser og ledelse, og at dette styrker forhandlerens økonomiske grunnlag, produktivitet, produktenes og tjenestenes tekniske og økonomiske utvikling, og at dette er i forbrukernes interesse.

44. Også med hensyn til spørsmål 6 er saksøktes kommentar at formuleringen av spørsmålet er upresis og hypotetisk. Det er ikke inngått noen avtale mellom partene, og det er også en feil begrepsbruk å bruke uttrykket "vilkår". Det vesentlige punkt er at det relevante faktiske og rettslige spørsmålet ikke dekkes av spørsmål 6.

45. Saksøkte hevder at EØS-avtalen artikkel 53 nr 1, jf. nr 2, ikke gir hjemmel til å gripe inn i en forhandlings situasjon mellom to parter, slik at en forutsetning i et tilbud fra én part om å inngå en avtale kan anses som urettmessig, med den følge at den aktuelle part er rettslig bundet til å inngå en avtale uten dette vilkår.

46. Saksøkte har grunnleggende innvendinger mot formuleringen av spørsmålene, og er av den oppfatning at en rekke av dem må omformuleres. Etter saksøktes syn bør spørsmål 1) b. og 2) b. ikke besvares uten ytterligere klargjøring fra saksøkers side.

3. Den norske regjering

47. *Den norske regjering* konsentrerer sine skriftlige saksfremstillinger om spørsmålene 1) c og 2) c, og hevder at det ikke fantes gruppeunntak for distribusjons- og serviceavtaler i norsk lovgivning i tidsrommet 1 juli 1995 til 19 juli 1996. Dette synspunktet er basert på det faktum at en ny fellesskapsrettsakt ikke er en del av EØS-avtalen før EØS-komiteén har besluttet at den skal inntas i Avtalen. En ny fellesskapsrettsakt kan ikke få anvendelse for norske borgere og foretak før den er gjennomført i norsk lovgivning.

48. Prinsippet om at privatpersoner og økonomiske aktører ikke er bundet av forpliktelser i henhold til folkeretten før disse er gjennomført i norsk lovgivning, følger av det dualistiske systemet basert på Norges Grunnlov.

49. Den norske regjering foreslår følgende svar på ovennevnte spørsmål:

"EØS-komiteéns vedtak nr 46/96 om gjennomføring av kommisjonsforordning 1475/95 i EØS-avtalen, gjaldt fra 1 oktober 1995. De enkelte EFTA-statene kunne imidlertid av forfatningsmessige grunner fastsette overgangsordninger for tidsrommet mellom 1 juli 1995 og den dato da vedtaket ble vedtatt, 19 juli 1996. De enkelte EFTA-stater sto således av forfatningsmessige grunner fritt til å utsette gjennomføring av forordningen, eller til å fastsette nasjonale tilpasninger til den, til 19 juli 1996. Det vil således være opp til den nasjonale domstol å fortolke nasjonal lovgivning om gjennomføring av forordningen, og på dette grunnlag avgjøre om forbudet nedfelt i EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 eksisterte i norsk lovgivning i september 1995."

4. The EFTA Surveillance Authority

50. The *EFTA Surveillance Authority* states that it will be for the national court, based on the facts presented, to establish what content of the national law is applicable to the present case. Furthermore, it will be for the national court to decide when an agreement has been entered into and, if so, on what date.

51. According to the EFTA Surveillance Authority, an application for an individual exemption under Article 53 (3) was not made by the parties.

52. Concerning the question whether negotiations about an agreement or an agreement to enter into an agreement amount to an "agreement" within the meaning of Article 53(1) EEA, the EFTA Surveillance Authority refers to the case law of the ECJ¹² and comes to the conclusion that unless a joint intention of the parties to conduct themselves in a specific way on the market is established, there is no agreement within the meaning of Article 53(1) EEA.

53. If the parties, without having entered into an agreement, have initiated activity which amounts to a "concerted practice"¹³ within the meaning of Article 53(1), such activity could be contrary to Article 53(1). Since the parties only seem to have reached the stage of negotiations, no such co-ordination between the parties seems to have taken place.

54. Concerning the question whether a supplier could lay down conditions as to the structure of the ownership of the dealership company without violating Article 53(1) regardless of the aim or effects of the condition, the EFTA Surveillance Authority submits that the condition on a certain shareholder structure would by itself in most cases amount to a restriction of competition within the meaning of Article 53(1). In addition, the restrictive effect of such a condition seems to be strengthened due to the nature of the business in question. In many cases, the establishment of a dealership company would require a substantial amount of capital, which in turn, due to the condition of a shareholder structure, may restrict potential dealers from applying for dealerships. A dealership company will often not be able to finance the whole activity through loans, but will have to have a certain amount of equity capital in order to obtain loans and thus to commence business. Even if it were possible to start a new business without equity capital, national legislation in many EEA States requires that economic activities may only be carried out if certain requirements as to a minimum equity capital are fulfilled.

55. A condition on specific shareholder structure may also imply a restriction on the shareholder to sell his shares. If this condition implies that the owner or owners may only sell their shares to the other owners of the dealership company, or only with the prior consent of the supplier, such a condition may also imply certain foreclosure effects for new, potential dealers since it may be difficult to enter the market through the acquisition of shares in already-existing companies.

56. It seems that the requirement concerning a specific ownership structure is not a qualitative requirement in the meaning of the *Metro* judgment of the ECJ and would thus, in most cases, be a restriction within the meaning of Article 53(1).

¹² Case 41/69 ACF Chemiefarma NV v Commission of the European Communities [1970] ECR 661; Case T-7/89 S.A. Hercules Chemicals N.V. v Commission of the European Communities [1991] II ECR 1711; Case C-277/87 Sandoz prodotti farmaceutici SpA v Commission of the European Communities [1990] I ECR 45.

¹³ Case 48/69 Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities [1972] ECR 619.

4. EFTAs overvåkningsorgan

50. *EFTAs overvåkningsorgan* hevder at det er opp til den nasjonale domstol på grunnlag av de fremlagte fakta å fastslå hvilken del av den nasjonale lovgivning som får anvendelse i denne saken. Videre vil det være opp til den nasjonale domstol å avgjøre når en avtale er inngått, og i så fall på hvilken dato.

51. Ifølge EFTAs overvåkningsorgan ble ikke en søknad om individuelt fritak etter artikkel 53 nr 3 fremsatt av partene.

52. Vedrørende spørsmålet om hvorvidt forhandlinger om en avtale eller en avtale om å inngå en avtale utgjør en "avtale" i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 nr 1, viser EFTAs overvåkningsorgan til EF-domstolens rettspraksis¹², og kommer til den konklusjon at med mindre en felles intensjon fra partenes side om å opptre på en bestemt måte på markedet foreligger, eksisterer det ingen avtale i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 nr 1.

53. Dersom partene, uten å ha inngått en avtale, har igangsatt virksomhet som utgjør en "samordnet opptreden"¹³ i henhold til artikkel 53 nr 1, kan en slik virksomhet være i strid med artikkel 53 nr 1. Siden partene bare synes å ha nådd forhandlingsstadiet, synes det ikke å ha funnet sted en slik samordning mellom partene.

54. Vedrørende spørsmålet om hvorvidt en leverandør kan stille vilkår om eierstrukturen i forhandlerselskapet uten å bryte artikkel 53 nr 1 uansett vilkårets formål eller virkning, hevder EFTAs overvåkningsorgan at vilkåret om en bestemt aksjonærstruktur i de fleste tilfeller i seg selv ville utgjøre en begrensning av konkurransen i henhold til artikkel 53 nr 1. I tillegg synes den begrensende virkning av et slikt vilkår å bli styrket på grunn av vedkommende virksomhets natur. I mange tilfeller ville opprettelsen av et forhandlerselskap kreve en betydelig kapital, noe som i sin tur, på grunn av vilkåret om en aksjonærstruktur, ville kunne hindre potensielle forhandlere i å søke om forhandlervirksomhet. Et forhandlerselskap vil ofte ikke være i stand til å finansiere hele virksomheten gjennom lån, men vil måtte ha en viss størrelse på egenkapitalen for å kunne få lån og således begynne virksomheten. Selv om det skulle være mulig å begynne en ny virksomhet uten egenkapital, krever nasjonal lovgivning i mange EØS-stater at økonomisk virksomhet kan utføres bare dersom visse krav med hensyn til en minste egenkapital er oppfylt.

55. Et vilkår om en bestemt aksjonærstruktur kan også innebære en begrensning i aksjonærens mulighet til å selge sine aksjer. Dersom dette vilkåret innebærer at eieren eller eierne bare kan selge sine aksjer til de andre eierne i forhandlerselskapet, eller bare med forutgående samtykke fra leverandøren, ville et slikt vilkår også kunne innebære visse utelukkelsesvirkninger for nye, potensielle forhandlere, ettersom det vil kunne være vanskelig å komme inn på markedet gjennom tegning av aksjer i selskaper som allerede eksisterer.

56. Det synes som om kravet om en bestemt eierstruktur ikke er et kvalitativt krav etter EF-domstolens dom i *Metro*, og vil således i de fleste tilfeller være en begrensning i henhold til artikkel 53 nr 1.

¹² Sak 41/69 *ACF Chemiefarma NV v Kommisjonen for De europeiske fellesskap* [1970] ECR 661; Sak T-7/89 *S.A. Hercules Chemicals N.V. v Kommisjonen for De europeiske fellesskap* [1991] II ECR 1711; Sak C-277/87 *Sandoz prodotti farmaceutici SpA v Kommisjonen for De europeiske fellesskap* [1990] I ECR 45.

¹³ Sak 48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd. v Kommisjonen for De europeiske fellesskap* [1972] ECR 619.

57. Referring to the case law of the ECJ¹⁴, it is stated that the requirement “may affect trade” is satisfied in the present case. It is not necessary to establish that the agreement has in fact affected trade between Member States; it suffices to establish that the agreement is capable of having such an effect. Furthermore, an effect on inter-State trade will normally be presumed where the agreement directly relates to international transactions.

58. The EFTA Surveillance Authority is of the opinion that it will be for the national court to consider whether an agreement is unlikely either to affect trade or to restrict competition to any appreciable extent¹⁵. Therefore, the national court has to identify the relevant market, i.e. the product and geographical market in which the product competes¹⁶.

59. Having established the relevant product and geographical market, the national court will have to consider whether the agreement affects trade and competition to any appreciable extent in this market.

60. When assessing whether an agreement in a selective distribution system has an appreciable effect on competition and trade, the national court will, firstly; have to consider whether the agreement in its own right has an appreciable effect. If it does not, but the agreement is a part of a network of similar agreements, the tests in *Delimitis*¹⁷ will have to be applied.

61. The EFTA Surveillance Authority takes the view that the requirement of a specific ownership structure would, in most cases, regardless of the aim, be a restriction on competition within the meaning of Article 53(1) in September 1995 and would thus be contrary to that article if the agreement also appreciably affects trade and competition.

62. The requirement imposed on the owner and the General Manager not to own shares in other companies retailing cars or companies owning parts of such undertakings seems to be a restriction of competition within the meaning of Article 53(1) EEA because it restricts the owner and General Manager from starting competing businesses themselves, since their influence over another undertaking is limited if they are unable to be in a ownership position. Thus, it may be assumed that the interest for these persons in starting up a new business would be reduced. The condition on ownership in competing companies would also prevent other potential dealers from getting access to qualified persons who could, in addition to providing capital, also bring valuable knowledge of the trade into other potential dealer companies.

63. A condition to the effect that the General Manager or owners of car dealer companies may not own parts in other competing companies is not a qualitative criterion within the meaning of *Metro*, but amounts, regardless of the aim of the condition, to a restriction of competition within the meaning of Article 53(1).

¹⁴ Case 42/84 *Remia BV and Others v. Commission of the European Communities* [1985] ECR 2545; Case 19/77 *Miller Internationaal Schallplatten GmbH v Commission of the European Communities* [1978] ECR 131; Case 172/80 *Gerhard Züchner v Bayerische Vereinsbank AG* [1981] ECR 2021.

¹⁵ Case 5/69 *Franz Völk v Établissements J. Vervaecke* [1969] ECR 295.

¹⁶ See footnote 11.

¹⁷ Case C-234/89 *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG* [1991] I ECR 935.

57. Under henvisning til EF-domstolens rettspraksis¹⁴ hevdes det at kravet "kan påvirke handelen" er oppfylt i denne sak. Det er ikke nødvendig å fastslå at avtalen faktisk har påvirket handelen mellom medlemsstater; det er tilstrekkelig å fastslå at avtalen vil kunne ha en slik virkning. Videre vil en virkning på mellom-statlig handel normalt presumeres der avtalen direkte angår internasjonale transaksjoner.

58. EFTAs overvåkningsorgan er av den oppfatning at det vil være opp til den nasjonale domstol å avgjøre om det er usannsynlig at en avtale enten påvirker handelen eller begrenser konkurransen i noen merkbar utstrekning¹⁵. Den nasjonale domstol må derfor identifisere det relevante markedet, dvs produktmarkedet og det geografiske markedet der produktet konkurrerer¹⁶.

59. Når det relevante produktmarkedet og det geografiske markedet er fastsatt, vil den nasjonale domstol måtte vurdere om avtalen i noen merkbar utstrekning påvirker samhandelen og konkurransen på dette markedet.

60. Når den nasjonale domstol skal vurdere om en avtale i et selektivt distribusjonssystem har en merkbar virkning på konkurranse og handel, vil nasjonale domstol for det første måtte ta i betraktning om avtalen i seg selv har en merkbar virkning. Dersom den ikke har det, men avtalen er en del av et nettverk av lignende avtaler, vil testene i *Delimitis*¹⁷ måtte anvendes.

61. EFTAs overvåkningsorgan er av den oppfatning at kravet om en bestemt eierstruktur i de fleste tilfeller og uavhengig av formålet, ville være en begrensning i konkurransen i henhold til artikkel 53 nr 1 i september 1995, og ville således være en overtredelse av denne artikkelen dersom avtalen også har en merkbar virkning på samhandel og konkurranse.

62. Kravet som stilles til eieren og daglig leder om ikke å eie aksjer i andre selskaper som forhandler biler, eller selskaper som eier andeler av slike foretak, synes å være en begrensning i konkurransen i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 nr 1, fordi den hindrer eieren og daglig leder i å starte konkurrerende virksomhet selv, ettersom deres innflytelse på et annet foretak begrenses dersom de ikke kan være i en eiersituasjon. Således kan det antas at den interesse disse personene har av å starte opp en ny virksomhet ville bli redusert. Vilkåret om eierskap i konkurrerende selskaper ville også hindre andre potensielle forhandlere i å få tilgang til kvalifiserte personer som i tillegg til å bidra med kapital, også kunne bringe verdifull kunnskap om handelen inn i andre potensielle forhandlerselskaper.

63. Et vilkår som har den virkning at daglig leder eller eiere i bilforhandlerselskaper ikke kan eie andeler i andre, konkurrerende selskaper, er ikke et kvalitativt kriterium i henhold til *Metro*, men utgjør, uansett formålet med vilkåret, en begrensning i konkurransen i henhold til artikkel 53 nr 1.

¹⁴ Sak 42/84 *Remia BV og andre v Kommisjonen for De europeiske fellelsskap* [1985] ECR 2545; Sak 19/77 *Miller International Schallplatten GmbH v Kommisjonen for De europeiske fellelsskap* [1978] ECR 131; Sak 172/80 *Gerhard Züchner v Bayerische Vereinsbank AG* [1981] ECR 2021.

¹⁵ Sak 5/69 *Franz Völk v Établissements J. Vervaecke* [1969] ECR. 295.

¹⁶ Se fotnote 11.

¹⁷ Sak C-234/89 *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG* [1991] I ECR 935.

64. Referring to the *AEG*¹⁸ judgment of the ECJ, the EFTA Surveillance Authority submits that the refusal to admit potential dealers to selective distribution systems which exclude certain qualified dealers is not a unilateral act, but falls to be examined under Article 53(1).

65. Reference is made to the *Hasselblad*¹⁹ case in which the ECJ held that Article 85(1) applies if the system restricts the number of dealers admitted. Hence, in order for a selective distribution system not to fall within Article 53(1), all suitably qualified resellers must be admitted to the system. Therefore, Article 53(1) is infringed if Opel denies access to potential dealers which fulfil the qualitative criteria which Opel could lawfully set.

66. Following the case law of the ECJ²⁰, nullity as a civil law consequence of breaches of Article 85(1) EC only applies to those provisions or features in the agreement or practice which violate Article 85(1) EC and thus Article 53(1) EEA. The remaining provisions are unaffected by the nullity sanction, provided they are severable from the rest of the agreement. The question of severability is a matter to be decided by reference to the law applicable to the agreement or practice in question. Accordingly, it will be for the national court, in light of the national legislation, to decide on the question of severability.

67. The EFTA Surveillance Authority proposes answering the questions as follows:

"Questions 1(a), (b) and (c):

A requirement of a specific ownership structure in an agreement between a distributor and a dealer of motor vehicles entered into in September 1995, would, regardless of the aim, in most cases be a restriction on competition in the meaning of Article 53(1) and thus be contrary to this article if the agreement also appreciably affects trade and competition.

Questions 2(a), (b) and (c):

A clause in an agreement between a distributor and a dealer of motor vehicles entered into in September 1995 which forbids the owners and the managing director from owning shares in other car dealer companies, or companies which own such car dealer companies is, regardless of its aim, contrary to Article 53(1) provided the agreement appreciably affects competition and trade between the Contracting Parties.

¹⁸ See footnote 9.

¹⁹ Case 86/82 *Hasselblad (GB) Limited v Commission of the European Communities* [1984] ECR 883.

²⁰ See footnote 11.

64. Ved å henvise til EF-domstolens dom i *AEG*,¹⁸ hevder EFTAs overvåkningsorgan at nektelsen av å gi potensielle forhandlere adgang til selektive distribusjonssystemer som utelukker visse kvalifiserte forhandlere ikke er en ensidig handling, men må undersøkes i henhold til artikkel 53 nr 1.

65. Det vises til *Hasselblad*-saken,¹⁹ hvor EF-domstolen fastslo at artikkel 85 nr 1 far anvendelse dersom systemet begrenser antall forhandlere som får tilgang. For at et selektivt distribusjonssystem ikke skal omfattes av artikkel 53 nr 1, må derfor alle videreforhandlere med egnede kvalifikasjoner få tilgang til systemet. Det er derfor en overtredelse av artikkel 53 nr 1 dersom Opel nekter adgang for potensielle forhandlere som oppfyller de kvalitative kriteriene som Opel rettmessig kan stille opp.

66. Etter EF-domstolens rettspraksis²⁰ følger ugyldighet som en sivilrettslig konsekvens av brudd på artikkel 85 nr 1 bare for de bestemmelsene eller sidene av avtalen eller den opptredenen som er et brudd på artikkel 85 nr 1 og således EØS-avtalen artikkel 53 nr 1. De gjenværende bestemmelsene berøres ikke av ugyldighetssanksjonen, forutsatt at de kan skilles ut fra resten av avtalen. Spørsmålet om utskillbarhet er et forhold som må avgjøres med henvisning til den lovgivning som gjelder for den aktuelle avtalen eller opptredenen. I samsvar med dette vil det være opp til den nasjonale domstol å avgjøre spørsmålet om utskillbarhet i lys av nasjonal lovgivning.

67. EFTAs overvåkningsorgan foreslår følgende svar på spørsmålene:

"Spørsmål 1 (a), (b) og (c):

Et krav om en bestemt eierstruktur i en avtale mellom en distributør og en forhandler av motorvogner inngått i september 1995, ville, uansett formål, i de fleste tilfeller være en begrensning i konkurransen i henhold til artikkel 53 nr 1, og således være i strid med denne artikkelen dersom avtalen også i merkbar grad påvirker samhandel og konkurranse.

Spørsmål 2 (a), (b) og (c):

En klausul i en avtale mellom en distributør og en forhandler av motorvogner inngått i september 1995, som forbyr eierne og daglig leder å eie aksjer i andre bilforhandlerselskaper, eller i selskaper som eier slike bilforhandlerselskaper, er uansett formål i strid med artikkel 53 nr 1, forutsatt at avtalen i merkbar grad påvirker konkurranse og samhandel mellom kontraherende parter.

¹⁸ Se fotnote 9.

¹⁹ Sak 86/82 *Hasselblad (GB) Limited v Kommisjonen for De europeiske fellesskap* [1984] ECR 883.

²⁰ Se fotnote 11.

Question 3:

According to Article 53(1) an importer of motor vehicles had in September 1995 an obligation to enter into a dealership agreement with all who wished to become dealers provided they met the qualitative criteria the importer lawfully could impose on such dealers.

Question 4:

Negotiations about an agreement or an agreement to enter into an agreement is not tantamount to an "agreement" in the meaning of Article 53(1).

Question 5:

A refusal to accept a dealer into a selective distribution system falls to be examined under Article 53(1) when that refusal can serve to enforce an anti-competitive policy or contractual practice between the other existing dealers.

Question 6:

Article 53(2) applies to those provisions or features in the agreement which violate Article 53(1) provided these parts of the agreement are severable from the rest of the agreement."

5. Commission of the European Communities

68. The *Commission of the European Communities* is of the opinion that a distinction has to be drawn between the ownership structure itself and the requirement that Jan and Kristian Jæger dissolve any links with the Jæger group of companies. A clause requiring the General Manager of a car dealership to hold 51% of the shares in the company holding the dealership does not in itself constitute a restriction of competition. Such a clause ensures that no others have control of the dealer chosen by the supplier.

69. The requirement to dissolve all links with the Jæger group prevents Jan and Kristian Jæger from continuing to have a role or even a financial interest in the business carried on by the group.

70. The Commission emphasizes that Article 53 EEA does not apply to the unilateral acts of undertakings. Only in the hypothesis of a dominant position may a refusal to deal be regarded *ipso facto* as an infringement of the competition rules. Such a refusal would only have an effect on trade between EEA Contracting Parties if such clauses were included in all Opel's dealership

Spørsmål 3:

Ifølge artikkel 53 nr 1 hadde en importør av motorvogner i september 1995 en forpliktelse til å inngå en forhandleravtale med alle som ønsket å bli forhandlere, forutsatt at de oppfylte de kvalitative kriteriene som importøren rettmessig kunne pålegge slike forhandlere.

Spørsmål 4:

Forhandlinger om en avtale eller en avtale om å inngå en avtale er ikke ensbetydende med en "avtale" i henhold til artikkel 53 nr 1.

Spørsmål 5:

Et avslag på å godta en forhandler i et selektivt distribusjonssystem, må undersøkes i henhold til artikkel 53 nr 1 når et slikt avslag kan tjene til å underbygge en konkurransbegrensende politikk eller avtalepraksis mellom de andre forhandlerne som finnes.

Spørsmål 6:

Artikkel 53 nr 2 gjelder for de bestemmelsene i eller sidene av avtalen som er et brudd på artikkel 53 nr 1, forutsatt at disse delene av avtalen kan skilles ut fra resten av avtalen."

5. Kommisjonen for De europeiske fellesskap

68. *Kommisjonen for De europeiske fellesskap* er av den oppfatning at det er nødvendig å trekke et skille mellom selve eierstrukturen og kravet om at Jan og Kristian Jæger løser opp alle forbindelser med Jæger-gruppen. En klausul som krever at daglig leder i et bilforhandlerselskap skal eie 51% av aksjene i selskapet som innehar forhandlervirksomheten, utgjør ikke i seg selv en begrensning i konkurransen. En slik klausul sikrer at ingen andre har kontroll over den forhandleren som leverandøren har valgt.

69. Kravet om å oppheve alle forbindelser med Jæger-gruppen, utelukker Jan og Kristian Jæger i å fortsette å ha en rolle eller til og med en økonomisk interesse i den virksomheten konsernet driver.

70. Kommisjonen understreker at EØS-avtalen artikkel 53 ikke gjelder for ensidige handlinger fra foretak. Bare i det hypotetiske tilfelle av en dominerende stilling kan det å gi avslag på å forhandle *ipso facto* anses som et brudd på konkurransereglene. Et slikt avslag ville bare ha virkning på samhandelen mellom avtalepartene i EØS dersom slike klausuler var inkludert i alle

agreements. The combined effect of such clauses in a host of contracts might amount to a significant restriction²¹.

71. The Commission states that the case law of the ECJ²² on selective distribution agreements is not of direct relevance to the present case. Opel does not operate a selective distribution system which is open to all dealers who want to join the system. It operates a system in which one dealer or a small number of dealers in each area are appointed.

72. Distribution agreements in the motor vehicle sector typically contain a number of restrictions of competition. Nevertheless such agreements may be considered beneficial on the ground that they contribute to efficient distribution of motor vehicles.

73. Referring to Regulation 123/85, Regulation 1475/95 and the Decision of the EEA Joint Committee No. 46/96, the Commission assumes that there was a period from 1 July to 30 September 1995 in which no block exemption for motor vehicle distribution agreements was in force in the EEA outside the European Community.

74. After the entry into force of Regulation 1475/95 in Norway, the transitional provision of Article 7 would have had the effect of exempting the clause in question until 30 September 1996.

75. Unlike Regulation 123/85, for contracts entered into after 1 October 1995, Regulation 1475/95 does not authorize the imposition of a single make rule. The new regulation provides for the possibility of multi-brand dealers, so long as different makes are sold in different premises under different management.

76. The Commission considers that the condition of a distinct legal entity does not justify a requirement that the shareholders of each legal entity must be different. A requirement to eliminate all connections with the Jæger group goes beyond what is necessary in order to establish a distinct legal entity. Such a clause is no longer exempted by Regulation 1475/95. It is for the national court to decide whether the remainder of the contract can stand by itself as a valid contract²³.

77. Concerning the question whether a contract may be found to have been concluded on 18 September 1995 and the question whether the defendant is under an obligation to enter into a contract with the plaintiff on the terms agreed with the exception of the restrictive clause, the Commission states that Regulation 1475/95 does not establish a code of provisions applicable to motor vehicle distribution agreements²⁴.

²¹ Case 23/67 *S.A. Brasserie de Haecht v Wilkin and Wilkin* [1967] ECR 407; Case C-234/89 *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG* [1991] ECR I-935; see also the third recital in the Preamble to Regulation 1475/95.

²² See footnote 5.

²³ See footnote 11 and Case 319/82 *Société de vente de ciments v Kerpen & Kerpen* [1983] ECR 4173.

²⁴ Case C-226/94 *Grand Garage Albigeois SA and others v Garage Massol SARL* [1996] ECR I-651.

Opels forhandleravtaler. Den samlede virkning av slike klausuler i en stor mengde kontrakter, vil kunne utgjøre en betydelig begrensning²¹.

71. Kommissjonen hevder at EF-domstolens rettspraksis²² om selektive distribusjonsavtaler ikke har direkte betydning for denne sak. Opel driver ikke et selektivt distribusjonssystem som er åpent for alle forhandlere som ønsker å bli med i systemet. Opel driver et system der én eller et lite antall forhandlere i hvert område blir utnevnt.

72. Forhandleravtaler i motorvognbransjen inneholder vanligvis flere begrensninger i konkurransen. Ikke desto mindre kan slike avtaler anses gunstige fordi de bidrar til en effektiv distribusjon av motorvogner.

73. Ved å henvise til forordning 123/85, forordning 1475 og EØS-komiteens vedtak nr 46/96, antar Kommissjonen at det var et tidsrom fra 1 juli til 30 september 1995 da det ikke var i kraft noe gruppeunntak for distribusjonsavtaler for motorvogner i EØS utenfor Det europeiske fellesskap.

74. Etter ikrafttreddelsen av forordning 1475/95 i Norge, ville overgangsbestemmelsen i artikkel 7 ha hatt den virkning at denne klausulen ville vært unntatt til 30 september 1996.

75. Til forskjell fra forordning 123/85 tillater ikke forordning 1475/95 å pålegge en regel om et enkelt merke for kontrakter inngått etter 1 oktober 1995. Den nye forordningen gjør det mulig med forhandlere av flere merker, så lenge forskjellige merker selges i forskjellige lokaler under forskjellig ledelse.

76. Kommissjonen anser at vilkåret om et atskilt rettssubjekt ikke rettferdiggjør et krav om at det må være forskjellige aksjonærer i hvert av rettssubjektene. Et krav om å fjerne alle forbindelser med Jæger-gruppen går ut over det som er nødvendig for å kunne opprette et atskilt rettssubjekt. En slik klausul er ikke lenger unntatt ved forordning 1475/95. Det er opp til den nasjonale domstol å avgjøre om den gjenværende delen av kontrakten kan bli stående alene som en gyldig kontrakt²³.

77. Vedrørende spørsmålet om hvorvidt en kontrakt kan sies å ha vært sluttet den 18 september 1995, og spørsmålet om hvorvidt saksøkte har en kontraheringsplikt med saksøker på de vilkår som ble avtalt, med unntak av den begrensende klausulen, hevder Kommissjonen at forordning 1475/95 ikke fastsetter en samling bestemmelser som gjelder for avtaler om distribusjon av motorvogner.²⁴

²¹ Sak 23/67 *S.A. Brasserie de Haecht vs Wilkin and Wilkin* [1967] ECR 407; Sak C-234/89 *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG* [1991] ECR I-935. Se også tredje henvisning i preambelen til forordning 1475/95.

²² Se fotnote 5.

²³ Se fotnote 11 og sak 319/82 *Société de vente de ciments v Kerpen & Kerpen* [1983] ECR 4173.

²⁴ Sak C-226/94 *Grand Garage Albigeois SA m fl v Garage Massol SARL* [1996] ECR I-651.

78. Because of the possibility of exemption under Article 53(3) EEA, the Commission considers that at the time of conclusion of the contract it is not possible to know with certainty whether or not a restrictive clause will be considered capable of exemption. Therefore, a national rule of contract law following which the contract between the parties was concluded without the unlawful or void clause would not be applicable in the present case.

79. The Commission is of the view that the defendant is under an obligation to enter into a contract only if it occupies a dominant position on the market in question.

80. The Commission proposes answering the questions as follows:

"Question 1:

A clause in a contract for the distribution of motor vehicles laying down requirements for the shareholder structure of the corporate entity which is to operate the dealership is not restrictive of competition where it serves merely to identify the individuals with whom the supplier has negotiated the dealership agreement and ensure that those person[s] have effective control of the corporate entity.

Question 2:

A clause in a contract for the distribution of motor vehicles which prevents shareholders in the corporate entity operating the dealership from holding ownership interests in other companies which deal in motor vehicles or hold in their turn ownership interests in such companies is restrictive of competition and is thus prohibited by Article 53(1) of the EEA Agreement.

The prohibition in Article 53(1) may be declared inapplicable to certain restrictions of competition by individual decision or by regulation.

Prior to 1 July 1995 an agreement containing a restrictive clause of the kind in question was exempted from the prohibition by virtue of Commission Regulation No. 123/85. No general (block) exemption for restrictive clauses in contracts for the distribution of motor vehicles existed in the EEA between 1 July and 30 September 1995. By virtue of Article 7 of Regulation 1475/95 an agreement containing a restrictive clause of the kind in question entered into on or before 30 September 1995 was exempted from the prohibition for the period from 1 October 1995 to 30 September 1996. There is no block exemption for such a clause in a contract entered into on or after 1 October 1995.

For the period from 1 July to 30 September 1995 and after 1 October 1996 it is open to the parties to a contract containing such a clause to apply for individual exemption.

Question 3:

Article 53(1) of the EEA Agreement imposes no obligation on an importer of motor vehicles to enter into a dealership agreement.

78. På grunn av muligheten for unntak i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 nr 3, anser Kommissjonen at det på det tidspunkt kontrakten blir sluttet, ikke er mulig å vite med sikkerhet hvorvidt en begrensende klausul kan anses å kvalifisere for unntak. En nasjonal avtalerettsregel, som kontrakten mellom partene ble sluttet i henhold til uten den ulovlige eller ugyldige klausulen, vil derfor ikke få anvendelse i den foreliggende saken.

79. Kommissjonen er av den oppfatning at saksøkte bare har kontraheringsplikt dersom vedkommende innehar en dominerende stilling i det aktuelle markedet.

80. Kommissjonen foreslår å besvare spørsmålene på følgende måte:

"Spørsmål 1:

En klausul i en kontrakt om distribusjon av motorvogner som stiller krav om aksjonærstrukturen i selskapsenheter som skal drive forhandlervirksomheten, er ikke konkurransebegrensende når den bare har til hensikt å identifisere de privatpersonene som leverandøren har forhandlet frem forhandleravtalen med, og sikrer at disse personene har effektiv kontroll over selskapsenheter.

Spørsmål 2:

En klausul i en kontrakt om distribusjon av motorvogner som utelukker aksjonærer i selskapet som driver forhandlervirksomheten, i å ha eierinteresser i andre selskaper som forhandler motorvogner eller som i sin tur har eierinteresser i slike selskaper, er konkurransebegrensende og er således forbudt etter EØS-avtalen artikkel 53 nr 1.

Forbudet i artikkel 53 nr 1 kan ved enkeltvedtak eller ved forordning erklæres å ikke gjelde for visse begrensninger i konkurransen.

Før 1 juli 1995 ble en avtale som inneholdt en begrensende klausul av den aktuelle typen unntatt fra forbudet i henhold til kommisjonsforordning nr 123/85. Det fantes ingen generelle (gruppe-) unntak for begrensende klausuler i kontrakter om distribusjon av motorvogner i EØS mellom 1 juli og 30 september 1995. I henhold til artikkel 7 i forordning 1475/95 var en avtale som inneholdt en begrensende klausul av den aktuelle typen, som ble inngått på eller før 30 september 1995, unntatt fra forbudet i tidsrommet fra 1 oktober 1995 til 30 september 1996. Det finnes ingen gruppeunntak for en slik klausul i en kontrakt som er inngått på eller etter 1 oktober 1995.

For tidsrommet fra 1 juli til 30 september 1995 og etter 1 oktober 1996 kan partene i en kontrakt som inneholder en slik klausul søke om individuelt fritak.

Spørsmål 3:

EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 pålegger ikke en importør av motorvogner noen forpliktelse til å inngå en forhandleravtale.

Question 4:

Article 53(1) is concerned with agreements; it lays down no rules for negotiations which do not culminate in agreements.

Question 5:

Article 53 of the EEA Agreement does not apply to the unilateral acts of undertakings. The fact that a restrictive clause in an agreement is similar to or reinforces restrictive elements in other agreements is relevant in determining whether the restriction is an appreciable one and whether it affects trade between Contracting Parties to the EEA Agreement, so as to fall within the prohibition laid down in Article 53(1).

Question 6:

In accordance with Article 6(2) of Regulation 1475/95, which has effect from 1 October 1995 onwards, the inclusion in a contract for the distribution of motor vehicles of a restrictive clause which is not expressly exempted by that regulation has the consequence that all the restrictive clauses in the contract are void. It is for the national court to determine whether those clauses are severable and whether there remains a contract capable of execution."

**Carl Baudenbacher
Judge Rapporteur**

Spørsmål 4:

EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 omhandler avtaler; den fastsetter ikke noen bestemmelser for forhandlinger som ikke fører frem til en avtale.

Spørsmål 5:

Artikkel 53 i EØS-avtalen gjelder ikke for ensidige handlinger fra foretak. Det faktum at en begrensende klausul i en avtale svarer til eller styrker begrensende elementer i andre avtaler, er av betydning for å avgjøre om begrensningen er merkbar, og om den påvirker handelen mellom avtalepartene i EØS-avtalen og på den måten omfattes av forbudet nedfelt i EØS-avtalen artikkel 53 nr 1.

Spørsmål 6:

I samsvar med artikkel 6 nr 2 i forordning 1475/95, som har virkning fra 1 oktober 1995 og fremover, har det å ta med en begrensende klausul som ikke eksplisitt er unntatt fra denne forordningen, i en kontrakt om distribusjon av motorvogner, den konsekvens at alle begrensende klausuler i kontrakten er ugyldige. Det er opp til den nasjonale domstol å avgjøre om disse klausulene kan skilles ut og hvorvidt det gjenstår en kontrakt som kan fullbyrdes."

Carl Baudenbacher
Saksforberedende dommer

Case E-4/97

The Norwegian Bankers' Association
v
The EFTA Surveillance Authority,
Supported by The Kingdom of Norway

*(State Aid - Action for annulment of a decision
of the EFTA Surveillance Authority – Admissibility)*

Decision of the Court, 12 June 1998.....	40
Report for the Hearing.....	49

Summary of the Decision

1. It is the role of the EFTA Surveillance Authority to monitor State aid and react where appropriate in the way set out in the EEA and Surveillance and Court Agreements. The Court notes that both the Association's complaint and the EFTA Surveillance Authority's decision appear to concern State aid under Article 61 EEA. In the EFTA Surveillance Authority's decision, Article 59(2) has been used to justify aid which would otherwise be contrary to Article 61, but that does not change the nature of the case. The Association has challenged the decision by presenting arguments that fall under Article 36(1)

of the Surveillance and Court Agreement.

2. The case at hand must be viewed as a State aid case to be dealt with pursuant to Article 61 EEA and Protocol 3 to the Surveillance and Court Agreement. The EFTA Surveillance Authority's decision was taken without Article 1(2) of Protocol 3 to the Surveillance and Court Agreement being applied. This means that no formal notice was given to the parties concerned to submit their comments, even though the file of the case shows that certain contacts had been made both

with the Norwegian Government and the Association.

3. The EFTA Surveillance Authority has exempted the framework conditions for *Husbanken* from the application of the State aid rules of the Agreement under Article 59(2) EEA. The decision to close the file amounts to a final assessment of the legality of State aid to *Husbanken*. The system of State aid control as provided for in the EEA Agreement requires that the Court can review a decision such as the one at hand. Those intended to benefit from the procedural guarantees in Article 1(2) of Protocol 3 to the Surveillance and Court Agreement may secure compliance therewith only if they can challenge the decision taken by the EFTA Surveillance Authority before the Court. Accordingly, it is reviewable.

4. Even in the absence of provisions providing for a procedural system for complaints regarding State aid, an association's involvement in the proceedings before the EFTA Surveillance Authority, as in the case at hand, may, in certain circumstances, warrant standing for that association to bring an action for annulment before the Court. This is particularly so where the association is, as a representative of its members, at the origin of a complaint to the EFTA Surveillance Authority, as is the case here, and where its views were heard during the procedure and information was gathered from the State in question regarding the complaint from the Association and in particular as, in the present case, where a decision effectively is a decision not to object to the State aid complained of.

DECISION OF THE COURT

12 June 1998

*(State Aid - Action for annulment of a decision
of the EFTA Surveillance Authority - Admissibility)*

In Case E-4/97

Norwegian Bankers' Association, represented by Counsel Mr Jonas W. Myhre,
Hjort Law Office, Oslo, Norway,

applicant,

EFTA Surveillance Authority, represented by Mr Håkan Berglin, Director of
the Legal and Executive Affairs Department, acting as Agent,

defendant,

supported by

The Kingdom of Norway, represented by the Office of the Attorney General
(Civil Affairs), Mr Ingvald Falch, acting as Agent, assisted by Mr Morten Goller,
acting as Co-agent,

intervener,

APPLICATION for a decision on the admissibility of an application brought
under Article 36 of the Agreement between the EFTA States on the
Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice by the
Norwegian Bankers' Association for annulment of the decision of 9 July 1997 of
the EFTA Surveillance Authority,

THE COURT,

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

Registrar: Asle Aarbakke, Legal Secretary

having regard to the written pleadings of the parties and the intervener, and

having regard to the Report for the Hearing,

after hearing oral argument from the parties at the hearing on 30 April 1998 on the question of admissibility,

gives the following

Decision

Factual background and proceedings before the Court

- 1 *Den Norske Stats Husbank* (The Norwegian State Housing Bank, hereinafter “*Husbanken*”) is a State institution governed by Act No. 3 of 1 March 1946 relating to the Norwegian State housing bank, as amended (*Lov om Den Norske Stats Husbank*). The role of *Husbanken* is, according to Section 1 of the Act, *inter alia* to provide loans or loan guarantees in return for security in developed property and to channel support from central and local government to housing constructions and other housing projects.
- 2 By a letter of 7 November 1995, *Den Norske Bankforening* (the Norwegian Bankers’ Association, hereinafter “the Association”), an interest organization representing 26 commercial banks and mortgage companies in Norway, lodged a complaint with the EFTA Surveillance Authority, asking that Authority to assess whether the framework conditions for *Husbanken* were in conformity with the Agreement on the European Economic Area (hereinafter “EEA”).
- 3 The Association’s complaint referred to Article 61 EEA on State aid as its legal basis, contending that the arrangement distorted competition to the detriment of credit institutions competing with *Husbanken*, and that the monopoly of subsidized lending constituted an economic barrier to free trade in financial services and affected cross-border trade. The Association further contended that the arrangement went beyond what was required by the interests of the population groups, which the subsidies targeted, and beyond the scope of necessity implicit in Article 59 EEA regarding public undertakings.

- 4 On 9 July 1997, the EFTA Surveillance Authority adopted Decision No. 177/97 COL, which concluded as follows:

“1. The complaint initiated by letter of 7 November 1995 (Doc. No. 95-6439-A), concerning the framework conditions for the Norwegian State Housing Bank and their compatibility with the provisions of the EEA Agreement on State aid and competition, is closed without further action by the Authority.

2. The Norwegian authorities, the complainant and the European Commission shall be informed by means of a copy of this decision.”

- 5 By an application of 9 September 1997, the Association brought an action before the EFTA Court under Article 36 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice (hereinafter “Surveillance and Court Agreement”) for annulment of that decision.
- 6 The application is based on the grounds that the EFTA Surveillance Authority did not commence formal proceedings concerning State aid; that the EFTA Surveillance Authority infringed essential procedural requirements by not providing adequate reasons as required by Article 16 of the Surveillance and Court Agreement; and, finally, that the EFTA Surveillance Authority wrongfully interpreted and applied Article 59(2) EEA.
- 7 Pursuant to Article 36 of Protocol 5 to the Surveillance and Court Agreement (hereinafter “Statute of the EFTA Court”), the Norwegian Government lodged an Application for Intervention in support of the EFTA Surveillance Authority. By a letter of 14 January 1998, the Court informed the Government of its decision to allow the intervention. A Statement in Intervention was received at the Court Registry on 6 February 1998.
- 8 On 9 December 1997, the EFTA Surveillance Authority lodged at the Court Registry a Request for a decision on the admissibility in accordance with Article 87 of the Rules of Procedure of the EFTA Court. The Association lodged a statement to that request on 2 February 1998.
- 9 On the basis of a preliminary report of the Judge-Rapporteur and with reference to Article 87(4) of the Rules of Procedure, the Court decided that an oral hearing would be held on the request for a decision on admissibility, as a preliminary issue.

Form of decision sought by the parties as regards admissibility of the application

- 10 The EFTA Surveillance Authority requests the Court to dismiss the application as inadmissible and order the Association to pay the costs.

- 11 The Norwegian Government, as intervener, supports the EFTA Surveillance Authority's claims and asks the Court to dismiss the application as inadmissible.
- 12 The Association asks the Court to declare the application admissible and order the EFTA Surveillance Authority to bear the costs.
- 13 At this stage of the proceedings, the Court will rule on the admissibility of the application lodged by the Association. Consequently, the Court must rule on the reviewability of the decision made by the EFTA Surveillance Authority on 9 July 1997 as well as on the question of whether the Association has *locus standi* in the present case.

Reviewability

- 14 The *EFTA Surveillance Authority* submits that the case concerns an application for annulment of a decision rejecting a complaint about an alleged failure by Norway to comply with Article 59 EEA, read in conjunction with other provisions of the EEA Agreement, notably Article 61 EEA, through the framework conditions it has in place for *Husbanken*. The EFTA Surveillance Authority submits that it was called upon by the complainant to take appropriate measures against Norway under Article 59(3) EEA. Accordingly, the contested decision is not a measure subject to review under Article 36(2) of the Surveillance and Court Agreement, see, with respect to the corresponding provision in Article 173(4) EC, Case T-32/93 *Ladbroke v Commission* [1994] ECR II-1015.
- 15 At the oral hearing, the EFTA Surveillance Authority emphasized that, in determining admissibility, the nature of the complaint and the contested decision should be the decisive factors. The EFTA Surveillance Authority submits that the complaint concerned the very framework within which *Husbanken* operated, raising issues about essential elements of the policy pursued and the organizational structure for the implementation of the policy, rather than any measures taken by *Husbanken* acting on its own as a competitor on the market. Further, although the complainant alleged illegal State aid, nothing in the complaint suggested that aid was being given in excess of what was necessary for fulfilment of tasks entrusted to *Husbanken*, and the complainant noted that the complaint should be viewed in a broader context than that involving State aid.
- 16 The *Norwegian Government* supports the view of the EFTA Surveillance Authority to the effect that only Article 59(3) EEA provided the appropriate procedure for assessment of the complaint, as the initial complaint concerned the framework conditions of a public undertaking.

- 17 The *Association* argues that Protocol 3 to the Surveillance and Court Agreement sets out the procedural context for the present case. The Protocol is applicable to complaints involving public undertakings which may benefit from the exception under Article 59(2) EEA. The Association refers to Case C-387/92 *Banco Exterior de España* [1994] ECR I-877 and Case T-106/95 *FFSA and others v Commission* [1997] ECR II-229.
- 18 At the oral hearing, the Association emphasized that the background to the application was that the EFTA Surveillance Authority had reached a formal, reasoned decision, which established State aid in contravention of Article 61 EEA, but subject to the derogation in Article 59(2) EEA, and that the decision was taken at a preliminary stage, without a formal procedure being undertaken. The Association argues that the decision to close the case without further action is a reviewable measure, first, because the procedure under Article 1(2) of Protocol 3 was not carried out and, secondly, because the decision is a final assessment of the legality of the State aid provided to *Husbanken*.
- 19 The Association argues that, since the decision by the EFTA Surveillance Authority is to be viewed as a failure to open formal proceedings, the reviewability of the decision follows from Case C-198/91 *Cook v Commission* [1993] ECR I-2487. The review by the Court is all the more warranted in this case, as incomplete facts and insufficient answers from Norwegian authorities ought to have given rise to serious difficulties in determining whether the derogation under Article 59(2) EEA was applicable and, consequently, whether the aid in question was compatible with the EEA rules.
- 20 The Association further contends that the decision is a final assessment of the case with definitive legal effects and is to be considered a reviewable measure. Reference is made to *FFSA and others v Commission* (cited above) and Case C-313/90 *CIRFS and others v Commission* [1993] ECR I-1125 (see paragraph 27), in which a decision by the Commission not to commence the procedure under Article 93(2) EC was considered to be a final decision and not only a preparatory measure and therefore reviewable under Article 173 EC.
- 21 In answer to this, the EFTA Surveillance Authority submits that the application for annulment is inadmissible even if the decision is viewed as a decision under Protocol 3 to the Surveillance and Court Agreement. Where existing aid is found not to be compatible with the EEA Agreement, Article 1 of Protocol 3 obliges the EFTA Surveillance Authority to propose appropriate measures to the State concerned before it proceeds with a formal investigation and decision on the matter. The contested decision would therefore have implied a refusal to propose appropriate measures to Norway under Article 1 of the Protocol, a decision which is not reviewable, see Case T-330/94 *Salt Union v Commission* [1996] ECR II-1475, where, in the context of the corresponding provision of Community law, the Court of First Instance of the European Communities (hereinafter “CFI”)

held that a refusal by the Commission to propose such measures under Article 93(1) EC is not an act which can be challenged under Article 173 EC.

- 22 At the oral hearing, the EFTA Surveillance Authority further stressed that different procedural rules apply to new and altered aid under Article 1(3), cf. Article 1(2) of Protocol 3, as compared with existing aid, such as in the present case, under Article 1(1), cf. Article 1(2) of Protocol 3, and that case law of the ECJ and CFI was of limited guidance, as every case referred to by the Association was distinguishable from the present case on its merits.
- 23 The *Court* must rule on the question of whether it is possible for a private organization to challenge before it a decision which concerns the framework conditions for *Husbanken*, a public institution which is at the centre of the public policy on housing in Norway.
- 24 It is the role of the EFTA Surveillance Authority to monitor State aid and react where appropriate in the way set out in the EEA and Surveillance and Court Agreements. The Court notes that both the Association's complaint and the EFTA Surveillance Authority's decision appear to concern State aid under Article 61 EEA. In the EFTA Surveillance Authority's decision, Article 59(2) has been used to justify aid which would otherwise be contrary to Article 61, but that does not change the nature of the case. The Association has challenged the decision by presenting arguments that fall under Article 36(1) of the Surveillance and Court Agreement.
- 25 With respect to the procedures to be followed, the Court finds that the case must be viewed as a State aid case to be dealt with pursuant to Article 61 EEA and Protocol 3 to the Surveillance and Court Agreement. The EFTA Surveillance Authority's decision was taken without Article 1(2) of Protocol 3 to the Surveillance and Court Agreement being applied. This means that no formal notice was given to the parties concerned to submit their comments, even though the file of the case shows that certain contacts had been made both with the Norwegian Government and the Association.
- 26 Even if the Court does not have to rule at this stage on whether that procedure was essential in the present case, it would seem to be so, taking into account the complicated nature of the case. The EFTA Surveillance Authority has exempted the framework conditions for *Husbanken* from the application of the State aid rules of the Agreement under Article 59(2) EEA. The decision to close the file amounts to a final assessment of the legality of State aid to *Husbanken*. The system of State aid control as provided for in the EEA Agreement requires that the Court can review a decision such as the one at hand. Those intended to benefit from the procedural guarantees in Article 1(2) of Protocol 3 to the Surveillance and Court Agreement may secure compliance therewith only if they can challenge the decision taken by the EFTA Surveillance Authority before the Court. Accordingly, it is reviewable, see most recently Case C-367/95P

Commission and others v Chambre Syndicale Nationale des Entreprises de Transport de Fonds et Valeurs (Sytraval) and Brinks's France SARL, Judgment of 2 April 1998 (not yet reported), at paragraph 47.

Locus standi

- 27 *The Association* refers to Joined Cases T-447/93, T-448/93 and T-449/93, *AITEC and others v Commission* [1995] ECR II-1971, and Case C-169/84, *COFAZ v Commission* [1986] ECR 391, to the effect that a decision to find an aid compatible with the Treaty leaves intact all the effects of the contested aid which the applicant sought to abolish or amend and is therefore of direct concern to the applicant. The Association further claims that it is individually concerned, as it meets both of two alternative criteria, i.e. has itself particular interest and represents members who could have brought an admissible action.
- 28 The *EFTA Surveillance Authority* has stressed that case law establishing the direct and individual concern of individuals or associations is limited to situations where there is a homogeneous and limited group of competitors, operating in a narrow and well-defined market (see Joined Cases T-447/93, T-448/93 and T-449/93, *AITEC and others v Commission*, cited above, and Case T-266/94, *Skibsværftforeningen and others v Commission* [1996] ECR II-1399, or where an association has a particular interest in the market sector (see Case E-2/94, *Scottish Salmon Growers v EFTA Surveillance Authority* [1994-1995] Report of the EFTA Court 59). The *EFTA Surveillance Authority* contends that the Association has no particular interest in the housing sector at which the State funds involved are targeted, and that the market is characterized by a great number of players and different categories of players.
- 29 At the oral hearing, the *Norwegian Government* emphasised that mortgage housing loans were also provided by a large number of Savings banks, which are not members of the Association, and that these banks held a larger market share in this market than the members of the Association. The *Norwegian Government* estimated the market share of Husbanken in this market to be 14-15%.
- 30 The *Court* notes that, according to the case law of the Court of Justice of the European Communities and the Court of First Instance, “parties concerned” within the meaning of Article 93(2) EC are those persons, undertakings or associations whose interests might be affected by the grant of an aid, in particular competing undertakings and trade associations, see Case C-225/91 *Matra v Commission* [1993] ECR I-3202, at paragraph 18, Case C-328/82 *Intermills v Commission* [1984] ECR 3809, at paragraph 16 and Case C-198/91 *Cook v Commission* (cited above).

- 31 The cited judgments are a specific enunciation of a consistent application of Article 173 EC, whereby persons other than those to whom a decision is addressed may claim to be concerned within the meaning of that provision only if the decision affects them by reason of certain attributes which are peculiar to them, or by reason of circumstances in which they are differentiated from all other persons.
- 32 The Court further notes that the Association emphasizes the competitive disadvantage of its members with regard to first priority mortgage loans, a disadvantage which, according to the Association, is attributable directly to the subsidies channelled through *Husbanken*. The complaint to the EFTA Surveillance Authority, the investigation of which culminated in the disputed decision, also emphasized this issue.
- 33 It is not for the Court to make a definitive finding at the present stage on the competitive relationship between the banks and mortgage companies represented by the Association and *Husbanken*, nor on their market share in providing first priority loans and other mortgage loans on the Norwegian market. It is sufficient to note that the Court finds that the Association has shown that the decision of the EFTA Surveillance Authority may affect the legitimate interests of the members of the Association, by affecting their position on the market.
- 34 Further, the Court is of the opinion that even in the absence of provisions providing for a procedural system for complaints regarding State aid, an association's involvement in the proceedings before the EFTA Surveillance Authority, as in the case at hand may, in certain circumstances, warrant a standing for that association to bring an action for annulment before the Court. This is particularly so where the association is, as a representative of its members, at the origin of a complaint to the EFTA Surveillance Authority, as is the case here, and where its views were heard during the procedure and information was gathered from the State in question regarding the complaint from the Association (see in particular Case C-169/84, *COFAZ v Commission*, cited above). This may equally apply at the earlier stages of the procedure (see Case C-367/95 P, *Commission and others v Sytraval and Brinks's France SARL*, cited above) and in particular as, in the present case, where a decision effectively is a decision not to object to the State aid complained of.
- 35 The Court finally notes that in circumstances such as in the case at hand, any other conclusion would presumably preclude judicial review of the decision of the EFTA Surveillance Authority under Article 36 of the Surveillance and Court Agreement and would thus deprive the Court of its powers to exercise its functions of judicial control (see Case E-2/94, *Scottish Salmon Growers v EFTA Surveillance Authority*, cited above).
- 36 The Court has decided to reserve its decision on costs until its final judgment.

On those grounds,

THE COURT,

before giving judgment on the substance of the case, hereby:

1. **Declares that the application is admissible;**
2. **Reserves the decision on costs.**

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Delivered in open court in Luxembourg on 12 June 1998.

Asle Aarbakke
Registrar
Legal Secretary

Bjørn Haug
President

REPORT FOR THE HEARING

in Case E-4-97

Admissibility

- Revised -

DIRECT ACTION brought under Article 36 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice by the Norwegian Bankers' Association for annulment of the decision of 9 July 1997 of the EFTA Surveillance Authority.

Norwegian Bankers' Association

v

EFTA Surveillance Authority

I. Facts and procedure

1. By a letter of 7 November 1995, *Den Norske Bankforening* (the Norwegian Bankers' Association, hereinafter variously "NBA" and "the Association") lodged a complaint with the EFTA Surveillance Authority asking the Authority to assess whether the framework conditions for *Husbanken* (The Norwegian State Housing Bank) were in conformity with the Agreement on the European Economic Area ("EEA"). NBA's complaint was based on Article 61 EEA on State aid contending that the arrangement distorted competition to the detriment of credit institutions other than *Husbanken* and that the monopoly of subsidized lending constituted an economic barrier to free trade in financial services and affected cross-border trade. NBA further contended that the arrangement went beyond what was required by the interests of the population groups which the subsidies targeted, and beyond the scope of necessity implicit in Article 59 EEA regarding public undertakings.

2. On 9 July 1997, the EFTA Surveillance Authority adopted the following decision: "The complaint initiated by letter of 7 November 1995 (Doc. No. 95-6439-A), concerning the framework conditions for the Norwegian State Housing Bank and their compatibility with the provisions of the EEA Agreement on State aid and competition, is closed without further action by the Authority." NBA was informed of the decision by means of a copy, in accordance with the decision which stipulated the following: "The Norwegian authorities, the complainant and the European Commission shall be informed by means of a copy of this decision."

3. By an application of 9 September 1997, received at the Court Registry on the same day, NBA brought an action under Article 36 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice ("Surveillance and Court Agreement") for annulment of the above-mentioned decision. The application is based on the grounds that the EFTA Surveillance Authority did not commence formal proceedings concerning State aid; that the EFTA Surveillance Authority infringed essential procedural requirements by not providing adequate reasons as required by Article 16 of the Surveillance and Court Agreement; and, finally, that the EFTA Surveillance Authority wrongfully interpreted and applied Article 59(2) EEA.

4. Pursuant to Article 36 of Protocol 5 to the Surveillance and Court Agreement (“Statute of the EFTA Court”) the Norwegian Government lodged an application to intervene in support of the EFTA Surveillance Authority. The Application for Intervention and Written Observations were received at the Court Registry on 24 November 1997. By a letter of 14 January 1998, the Court informed the Norwegian Government of its decision to allow the intervention. A Statement in Intervention was received at the Court Registry on 6 February 1998.

5. On 9 December 1997, the EFTA Surveillance Authority lodged at the Court Registry a request for a decision on admissibility pursuant to Article 87 of the Rules of Procedure of the EFTA Court. NBA lodged a statement to that request on 2 February 1998.

6. Pursuant to Article 20 of the Statute of the EFTA Court, the Commission of the European Communities submitted its written observations, received at the Court Registry on 19 December 1997.

7. On the basis of a preliminary report of the Judge-Rapporteur and with reference to Article 87(4) of the Rules of Procedure, the Court decided that an oral hearing would be held on the request for a decision on admissibility, as a preliminary issue.

II. Form of order sought by the parties as regards admissibility of the Application

8. The claims of the EFTA Surveillance Authority in the request for a decision on the admissibility are that the Court should:

- dismiss the application as inadmissible;
- order NBA to pay the costs.

9. The Norwegian Government, as intervener, supports the EFTA Surveillance Authority’s claims and asks the Court:

- principally, to dismiss the application as inadmissible.

10. The claims of NBA as regards admissibility are that the Court should:

- declare the application admissible;
- order the EFTA Surveillance Authority to bear the costs.

III. Legal background

The EEA Agreement

11. Article 59 EEA provides:

“1. In the case of public undertakings and undertakings to which EC Member States or EFTA States grant special or exclusive rights, the Contracting Parties shall ensure that there is neither enacted nor maintained in force any measure contrary to the rules contained in this Agreement, in particular to those rules provided for in Articles 4 and 53 to 63.”

2. *Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly shall be subject to the rules contained in this Agreement, in particular to the rules on competition, in so far as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Contracting Parties.*

3. *The EC Commission as well as the EFTA Surveillance Authority shall ensure within their respective competence the application of the provisions of this Article and shall, where necessary, address appropriate measures to the States falling within their respective territory.*"

12. Article 61(1) and (2) EEA provides:

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

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

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

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

(c) aid granted to the economy of certain areas of the Federal Republic of Germany affected by the division of Germany, in so far as such aid is required in order to compensate for the economic disadvantages caused by that division."

The Surveillance and Court Agreement

13. Article 1 of Protocol 3 to the Surveillance and Court Agreement, on the functions and powers of the EFTA Surveillance Authority in the field of State aid reads as follows:

"1. The EFTA Surveillance Authority shall, in co-operation with the EFTA States, keep under constant review all systems of aid existing in those States. It shall propose to the latter any appropriate measures required by the progressive development or by the functioning of the EEA Agreement.

2. If, after giving notice to the parties concerned to submit their comments, the EFTA Surveillance Authority finds that aid granted by an EFTA State or through EFTA State resources is not compatible with the functioning of the EEA Agreement having regard to Article 61 of the EEA Agreement, or that such aid is being misused, it shall decide that the EFTA State concerned shall abolish or alter such aid within a period of time to be determined by the Authority.

If the EFTA State concerned does not comply with this decision within the prescribed time, the EFTA Surveillance Authority or any other interested EFTA State may, in derogation from Articles 31 and 32 of this Agreement, refer the matter to the EFTA Court directly.

On application by an EFTA State, the EFTA States may, by common accord, decide that aid which that State is granting or intends to grant shall be considered to be compatible with the functioning of the EEA Agreement, in derogation from the provisions of Article 61 of the EEA Agreement, if such a decision is justified by exceptional circumstances. If, as regards the aid in question, the EFTA Surveillance Authority has already initiated the procedure provided for in the first subparagraph of this paragraph, the fact that the State concerned has made its application to the EFTA States shall have the effect of suspending that procedure until the EFTA States, by common accord, have made their attitude known.

If, however, the EFTA States have not made their attitude known within three months of the said application being made, the EFTA Surveillance Authority shall give its decision on the case.

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

IV. Submissions of the parties and the intervener regarding admissibility

1. Reviewability of the decision

14. The EFTA Surveillance Authority submits that the case concerns the application for annulment of a decision rejecting a complaint concerning an alleged failure by Norway to comply with Article 59 EEA, in conjunction with other rules of the Agreement, notably Article 61 EEA. The Authority has thus been called upon to take appropriate measures against Norway under Article 59(3) EEA.

15. The EFTA Surveillance Authority submits that considerations underlying the settled case law of the European Court of Justice ("ECJ") regarding Article 169 EC, which has established that the Commission enjoys absolute discretion in deciding whether or not to initiate infringement procedures and that a refusal to do so is not subject to judicial review, apply with equal force to a rejection of a complaint requesting measures to be taken under Article 90(3) EC. This is further supported by the decision of the Court of First Instance ("CFI") in Case T-32/93 *Ladbroke v Commission* [1994] ECR II-1015, and the opinion of Advocate General Cosmas in Joined Cases C-359/95 P and C-379/95 P *Commission and France v Ladbroke Racing Ltd.*, opinion of 13 May 1997.

16. These considerations are equally valid in the context of Article 59 EEA. Accordingly, the contested decision is not a measure subject to review under Article 36(2) of the Surveillance and Court Agreement.

17. Were the Authority's rejection of the complaint to be viewed as a decision under Protocol 3 to the Surveillance and Court Agreement, and not under Article 59(3) EEA, the EFTA Surveillance Authority submits that the application for annulment would be inadmissible under that scenario as well. The aid has to be considered existing aid within the meaning of Article 61(1) EEA, and this includes both the provisions on the funding of *Husbanken*, which pre-date the entry into force of the EEA Agreement, and the amendments introduced on 1 January 1996. The EFTA Surveillance Authority submits that it is not explicitly contested by the Association that the aid is to be regarded as existing aid.

18. The EFTA Surveillance Authority argues that where existing aid is found not to be compatible with the EEA Agreement, before the Authority proceeds with a formal investigation and decision on the matter, Article 1 of Protocol 3 obliges the EFTA Surveillance Authority to propose appropriate measures to the State concerned. The contested decision would therefore have implied a refusal to propose appropriate measures to Norway under Article 1 of the Protocol. The EFTA Surveillance Authority refers to a judgment of the CFI in Case T-330/94 *Salt Union v Commission* [1996] ECR II-1475, in the context of the corresponding provision of Community law, Article 93(1) EC, where the Court held that a refusal by the Commission to propose such measures is not an act which can be challenged under Article 173 EC.

19. The *Norwegian Government* supports the view of the EFTA Surveillance Authority to the effect that Article 59(3) EEA is the appropriate basis for the EFTA Surveillance Authority's decision. Stressing that Article 59 EEA constitutes a specialized regime for public undertakings, the Government finds that Article 59(3) EEA establishes a particular system of monitoring State obligations with regard to public undertakings and that this procedure is the only appropriate procedure, since Article 59(3) EEA is the only provision preparing for the full assessment by the EFTA Surveillance Authority of all relevant facts and circumstances. The Government further submits that, under Article 59(3) EEA, the EFTA Surveillance Authority enjoys broad discretion in deciding whether or not to initiate infringement proceedings. The Government refers to Case C-107/95 P *Bundesverband der Bilanzbuchhalter v Commission* [1997] ECR I-947, in this respect, stressing, that no exceptional circumstances are present in the case at hand.

20. The Norwegian Government submits that neither the aim nor the means of the housing policy was altered in 1996, but rather the technical system for fixing the low interest rate was adjusted. Such a technical adjustment does not, in the view of the Government, bring the case within the scope of the notification procedure in Article 1(3) of the Protocol.

21. *NBA* makes reference to the procedure chosen by the Authority when examining the complaint. *NBA* submits that the EFTA Surveillance Authority has misinterpreted the complaint, its own decision and the procedural context in interpreting the complaint as a request to take a measure under Article 59(3) EEA. In the view of *NBA*, the complaint concerned alleged illegal State aid in contravention of Article 61 EEA, to which the derogation in Article 59(2) EEA was not applicable.

22. The exemption in Article 59(2) EEA, which corresponds to Article 90(2) EC, is an exemption from the rules of the EEA Agreement and must be applied in connection with other rules in the Agreement. *NBA* argues that there is no specific "Article 59(2) procedure", but the procedural requirements follow from the provisions to which Article 59(2) EEA is connected, in State aid cases Protocol 3 to the Surveillance and Court Agreement, and refers to Case T-106/95 *FFSA and others v Commission* [1997] ECR II-229. Further, the applicability of Article 61 EEA is explicitly stated in "Procedural and Substantive Rules in the Field of State aid" (OJ L 113/19, 4 May 1994) adopted by the Authority on 19 January 1994, paragraphs 20.2 and 20.6.

23. According to NBA, the aid in the present case is “new aid” within the meaning of Article 1(3) of Protocol 3. However, NBA submits that the difference between existing aid and new aid has no legal relevance when considering whether the decision is a reviewable measure. Regardless of an extra preparatory stage in the case of existing aid, i.e. the proposal of appropriate measures to a Member State, NBA submits that nothing in the wording of Article 1(1) compared to Article 1(3) and 1(2) suggests a different supervisory obligation for the EFTA Surveillance Authority. Nor is this supported by case law. In both instances the objective is to arrive at a final decision of the compatibility of the State aid in question.

24. The EFTA Surveillance Authority chose to take a decision at the first stage of the proceedings, with the effect of a final decision. NBA argues that this makes the contested decision a reviewable measure, first because the procedure under Article 1(2) of Protocol 3 was not opened and, secondly, because the decision is a final assessment of the legality of State aid to *Husbanken*.

25. Viewed as a failure to open formal proceedings, the reviewability of the decision follows from Case C-198/91 *Cook v Commission* [1993] ECR I-2487. The review by the Court is the more warranted in this case as incomplete facts and insufficient answers from Norwegian authorities ought to have given rise to serious difficulties in determining whether the derogation under Article 59(2) EEA was applicable and, consequently, whether the aid in question was compatible with the EEA rules.

26. NBA distinguishes the case at hand from *Salt Union v Commission* (cited above) emphasizing that the explicit request in that case was to propose appropriate measures pursuant to Article 93(1) EC. NBA submits that the judgment should be given a limited application, closely linked to the specific complaint and action invoked. The case cannot, in the view of NBA, be seen as overruling *Cook v Commission* (cited above).

27. The decision is a final assessment of the case with definitive legal effects and is to be considered a reviewable measure. Reference is made to *FFSA and others v Commission* (cited above) and Case C-313/90 *CIRFS and others v Commission* [1993] ECR I-1125, in which a decision by the Commission not to commence the procedure under Article 93(2) EC was considered to be a final decision and not only a preparatory measure and therefore reviewable under Article 173 EC. The question of admissibility was not raised in Case T-471/93 *Tiercé Ladbroke v Commission* [1995] ECR II-2537.

28. Alternatively, NBA submits that, in the event that its complaint is interpreted as a request to the EFTA Surveillance Authority to take appropriate measures against Norway under Article 59(3) EEA, the decision is a measure subject to review under Article 36(2) of the Surveillance and Court Agreement.

29. The case at hand concerns framework conditions and contributions to a particular entity, *Husbanken*, by political decisions taken each year by the Norwegian Parliament, and not legislation of general application. NBA distinguishes *Ladbroke v Commission* (cited above) from the present case and contests the view of the EFTA Surveillance Authority that a rejection of a complaint requesting measures under Article 90(3) EC is to be viewed in the same light as a refusal to take action under Article 169 EC. NBA refers to *Commission and France v Ladbroke Racing Ltd.*, referred to by the EFTA Surveillance Authority, contesting the EFTA Surveillance Authority’s interpretation of the Advocate General’s opinion. NBA further refers to the opinion of Advocate General La Pergola in *Bundesverband der Bilanzbuchhalter v Commission* (cited above), where he distinguishes between Article 90(3) EC and Article 169 EC.

30. NBA points out that the legal situation is not settled. NBA further points out that the difference between Article 59(3) EEA and Article 90(3) EC is significant when it comes to proposing “appropriate measures” vis-à-vis “appropriate directives or decisions”, as the power conferred on the Authority to propose measures of general scope is very limited. NBA refers to joined cases C-48/90 and C-66/90, *Netherlands and others v Commission* [1992] ECR I-565, paragraphs 31, 32 and 43, in support of the view that the powers of the Commission under Article 90(3) EC are comparable with its powers under Article 93 EC. NBA concludes that the EFTA Surveillance Authority’s principal argument for the decision not being reviewable is not valid, either on factual or legal grounds.

2. *Locus standi*

31. The *EFTA Surveillance Authority* submits that the Association is not directly and individually concerned by the decision within the meaning of Article 36(2) of the Surveillance and Court Agreement and does not meet the established criteria that the decision should affect the Association who is not an addressee of the decision by reason of certain attributes peculiar to him or by reason of circumstances in which he is differentiated from all others and thereby individually distinguished (Case C-25/62 *Plaumann v Commission* [1963] ECR 95; C-231/82 *Spijker v Commission* [1983] ECR 2559; C-309/89 *Codorniu v Council* [1994] ECR I 1853; T-2/93 *Air France v Commission* [1994] ECR II 323).

32. Even if an association may have *locus standi* to challenge a decision (i) where the association defends not only the interests of the industry sector concerned but also the individual interests of some or all of its members, which are directly and individually concerned (Joined cases T-447, 448 and 449/93 *AITEC and Others v Commission* [1995] ECR II- 1971) and (ii) where the Association has been so actively involved in the matter at issue that the challenged decision can be seen as also affecting the position of the association itself (Joined Cases 67, 68 and 70/85 *van der Kooy and Others v Commission* [1988] ECR 219; Case E-2/94 *Scottish Salmon Growers Association Ltd. v EFTA Surveillance Authority* [1994-1995] Report of the EFTA Court 59), none of these conditions apply in the present case. NBA’s members can not be considered individually concerned by the decision and nothing shows that the Association has been engaged in any such actions with regard to the conditions complained of, i.e. that the Association is affected individually.

33. Where an association has brought a complaint before the Commission and has been active in the examination of the complaint, this is not sufficient to distinguish the association individually from others, where the decision concerned relates to national measures of a general nature (Case T-398/94 *Scheppvaart v Commission* [1996] ECR II 477).

34. If the decision is to be considered as a decision taken under Protocol 3 to the Surveillance and Court Agreement, the EFTA Surveillance Authority acknowledges that ECJ has recognized, in principle, a right for “parties concerned” within the meaning of Article 93(2) EC to challenge decisions approving aid without opening the formal investigation procedure (*Cook v Commission*, cited above; Case C-225/91 *Matra v Commission* [1993] ECR I 3203). “Parties concerned” are, according to the case law of ECJ, “persons, undertakings or associations whose interests might be affected by the grant of the aid, in particular competing undertakings and trade associations” (Case C-323/82 *Intermills v Commission* [1982] ECR 3809; *Matra v Commission*, cited above).

35. However, the EFTA Surveillance Authority argues that this does not change the conclusion already reached to the effect that NBA does not have *locus standi* in the present case. The scope of the rulings have been narrowed down by the Court of First Instance in *Scheppvaart BV v Commission* (cited above), in which the rulings were found to relate to approval of

“individual aids” and could not in the circumstances be considered decisive with regard to a general aid scheme.

36. Finally, the facts of the present case warrant no legitimate interest by NBA or the association’s members in having the Court review the decision, as any change in the competitive situation of the members is not dependent on the abolition of State aid to *Husbanken*, but on the alternative arrangements for providing housing subsidies chosen by the Norwegian authorities.

37. The *Norwegian Government* supports the submission that the Association does not have *locus standi*. The Government refers to the case law of ECJ, and in particular to the rule that, under EC law, cases will be admissible only when a decision is addressed to an organisation or it is affected directly in its capacity as negotiator and not only its members (*CIRFS and others v Commission*, cited above). The Government distinguishes the *Scottish Salmon Growers* case (cited above) from the present case, pointing out the involvement of that association in economic activities.

38. *NBA* submits that the association is entitled to challenge the decision pursuant to Article 36(2) of the Surveillance and Court Agreement. If the decision is viewed as a failure to initiate formal investigation proceedings, *NBA* stresses that the ECJ has held that the corresponding Article 173(4) EC must not be interpreted strictly (*Plaumann v Commission*, cited above) and that “the parties concerned” within the meaning of Article 93(2) EC have the right to contest the decision (*Cook v Commission*, *Matra v Commission*, cf. also *Intermills v Commission*, all cited above). *NBA* points out that the members of the association are in direct competition with *Husbanken* on the market for first priority mortgage loans to new dwellings, the definition of “party concerned” expressly refers to trade associations and the Court of First Instance has recognized an association as a “party concerned” (Case T-380/94 *AIUFFASS and AKT v Commission* [1996] ECR II 2169).

39. Seen as a decision involving final assessment of the legality of State aid to *Husbanken*, *NBA* submits that the Association is directly and individually concerned by the decision within the meaning of Article 36(2) of the Surveillance and Court Agreement. *NBA* states, that the ECJ has in several cases recognized the *locus standi* of an association to challenge a decision and refers to recent cases where an association’s standing to initiate court proceedings has not been contested (*Bundesverband der Bilanzbuchhalter v Commission*, *FFSA and others v Commission*, cited above).

40. As regards direct and individual concern of the Association, *NBA* submits that the Association must be regarded as directly concerned and refers to established case law on the point that a decision to find an aid compatible with the Treaty leaves intact all the effects of the contested aid, which the Association had sought abolished or amended; the decision is therefore of direct concern to the Association (*AITEC and others v Commission*, cited above, and Case C-169/84 *COFAZ v Commission* [1986] ECR 391).

41. *NBA* submits that the Association is individually concerned and fulfils both of the two alternative criteria established by the ECJ, for the standing of an association which is not the addressee of a measure, i.e. (i) “where the association has a particular interest in acting, especially because its negotiating position is affected by the measure which it seeks to have annulled” or (ii) “where the association, by bringing its action, has substituted itself for one of more of the members whom it represents, on condition that those members were themselves in a position of bring an admissible action”. (Joined Cases T-481/93 and 484/93 *Exporteurs in Lvende Varkens and others v Commission* [1995] ECR II 2941 and *AIUFFASS and AKT v Commission*, cited above).

42. As regards the first criterion, NBA refers to *van der Kooy and others v Commission, CIRFS and others v Commission*, as well as *AIUFFASS and AKT v Commission*, both cited above, and Case T-585/93 *Greenpeace and others v Commission* [1995] ECR II 2205 and a judgment of the EFTA Court in the *Scottish Salmon Growers* case (cited above). NBA stresses that the Association took active part in the administrative procedure culminating in the contested decision; that the Association has continually taken action towards Norwegian authorities on the subject of State aid to *Husbanken*; that the Association has been involved with questions concerning State banks; that the Norwegian Government and authorities often address themselves to the Association instead of the individual banks; that the Association has negotiated, co-ordinated, managed or taken action on behalf of its members towards Norwegian authorities; that the Association has pursued the general question of changes in legislation to allow ordinary financial institutions to compete with the favourable terms that *Husbanken* offers and that the Association is a full member, and the only Norwegian member, of the Banking Federation of the European Union, and the European Mortgage Federation. NBA submits that the Association's position as interlocutor both of the EFTA Surveillance Authority and the Norwegian authorities is affected by the contested decision and the Association has a particular interest in having the decision reviewed.

43. As regards the second criterion, NBA submits that the member institutions of the Association are in direct competition with *Husbanken* on the market for first priority mortgage loans to new dwellings. Furthermore, examples and calculations show that the market shares and income potential of the members of the Association are affected by the State aid to *Husbanke* in that the members of the Association are directly concerned by the decision of the Authority to approve the aid. The Association therefore has standing as a representative of its members. NBA refers to *COFAZ v Commission*, cited above, *AITEC and others v Commission* cited above and Case T-266/94 *Skibsværftforeningen and others v Commission* [1996] ECR II 1399.

44. NBA stresses the importance of the State aid to *Husbanken* for its members by calculations and further states that a taking over of loan portfolios and customers from *Husbanken* would improve the diversification of their balance sheets.

45. NBA submits that *Scheppevaart v Commission*, referred to by the EFTA Surveillance Authority, is distinguishable from the present case on its merits. The present case does not concern the authorization of a general aid scheme but the approval of an individual aid granted to one single undertaking, i.e. *Husbanken*. Moreover, the members of NBA are in direct competition with *Husbanken*.

46. Further, the Association disagrees with the reasoning of the EFTA Surveillance Authority when it states that, according to settled case law, the defence of the common interests of members of an association is not sufficient to establish the admissibility of an action for annulment. NBA submits that all judgments referred to by the EFTA Surveillance Authority in this context concern actions for annulment of measures applicable to an undefined number of recipients within a certain sector. Finally, NBA disagrees with the submission of the EFTA Surveillance Authority to the effect that the Association does not have a legitimate interest in having the Court review the decision. NBA submits that if the action succeeds and the State aid granted to *Husbanken* is found to be illegal, the Norwegian Government will have to abolish the aid and that this will change the position of the Association's members. Whether or not the Government will choose to abandon housing subsidies totally or maintain a system of housing subsidies, in a form which is not contrary to the EEA Agreement is, in NBA's submission, irrelevant in this context.

Thór Vilhjálmsson
Judge-Rapporteur

Case E-5/97

European Navigation Inc

v

Star Forsikring AS under offentlig administrasjon (under public administration)

(Request for an advisory opinion from Høyesteretts kjæremålsutvalg
(the Interlocutory Appeal Committee of the Supreme Court), Norway)

(Withdrawal of a request for an Advisory Opinion)

Order of the President of the Court, 11 February 1998 60

ORDER OF THE PRESIDENT OF THE COURT

11 February 1998

(Withdrawal of a request for an Advisory Opinion)

In Case E-5/97,

European Navigation Inc

v

Star Forsikring AS under offentlig administrasjon (under public administration)

With respect to a request for an Advisory Opinion by Høyesteretts kjæremålsutvalg (the Interlocutory Appeal Committee of the Supreme Court) by order of that court of 16 September 1997 in the case *European Navigation Inc v Star Forsikring AS under offentlig administrasjon* (under public administration),

THE PRESIDENT OF THE COURT

makes the following

ORDER

A request was made to the EFTA Court by an order of 16 September 1997 by Høyesteretts kjæremålsutvalg, which was received at the Court Registry on 19 September 1997, for an Advisory Opinion in the case of *European Navigation Inc v Star Forsikring AS under offentlig administrasjon* (under public administration), on the following questions:

- "1. Is it incompatible with Article 4 EEA for a national procedural rule to empower a Norwegian court to decide, at the request of a defendant, that a company with its place of business (domicile) in another EEA country than Norway must provide security for costs when it brings an action against a company with its place of business (domicile) in Norway, when

such provision of security cannot be required from legal persons with their place of business (domicile) in Norway?

2. If such a requirement is not, as a starting proposition, compatible with the EEA Agreement, is Article 4 EEA nonetheless to be interpreted to the effect that a requirement for provision of security for costs can be justified (proportional) on the basis of the intended purposes and objective foundation?"

On 9 February 1998, after the appellant before the national court had withdrawn its appeal, Høyesteretts kjæremålsutvalg notified the Court that it withdrew its request for an Advisory Opinion.

Costs have not been claimed or incurred before the EFTA Court.

On those grounds,

THE PRESIDENT OF THE COURT

hereby orders:

Case E-5/97 is removed from the Register.

Luxembourg, 11 February 1998.

Per Christiansen
Registrar

Bjørn Haug
President

Case E-7/97

The EFTA Surveillance Authority

v

The Kingdom of Norway

(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)

Judgment of the Court, 30 April 1998 63

Summary of the Judgment

1. Article 3 of the EEA Agreement imposes upon the Contracting Parties two general obligations. There is a positive obligation for the Contracting Parties to “take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of this Agreement”. There is, correspondingly, a negative obligation to “abstain from any measure which could jeopardize the attainment of the objectives of this Agreement”. These fundamental legal obligations require loyal co-operation and assistance.

2. The Contracting Parties are obliged to implement all acts referred to or contained in the Annexes to the EEA Agreement or in decisions of the EEA Joint Committee.

JUDGMENT OF THE COURT

30 April 1998

*(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)*

In Case E-7/97,

EFTA Surveillance Authority, represented by Håkan Berglin, Director of the Legal & Executive Affairs Department, acting as Agent, assisted by Anne-Lise H. Rolland, National Expert in the same department, 74 Rue de Trèves, Brussels,

applicant,

v

The Kingdom of Norway, represented by Jan Bugge-Mahrt, Assistant Director General, Royal Ministry of Foreign Affairs, acting as Agent, 7. Juni plassen/Victoria Terrasse 0251 Oslo,

defendant,

APPLICATION for a declaration that, by not adopting by the time-limit prescribed the national provisions necessary to comply with the Act referred to in point 16f of Annex XVIII (“the Act”) to the Agreement on the European Economic Area (“the EEA Agreement”), i.e. Council Directive 92/104/EEC of 3 December 1992 on the minimum requirements for improving the safety and health protection of workers in surface and underground mineral-extracting industries, as adapted by way of Protocol 1 to the EEA Agreement, the Kingdom of Norway has failed to fulfil its obligations under Article 13 of that Act and Article 7 of the EEA Agreement,

THE COURT,

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

gives the following

Judgment

- 1 By application lodged at the Court Registry on 21 October 1997, the *EFTA Surveillance Authority* submitted, pursuant to the second paragraph of Article 31 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice, an application for declaration that, by not adopting by the time-limit prescribed the national provisions necessary to comply with the Act referred to in point 16f of Annex XVIII to the Agreement on the European Economic Area, i.e. Council Directive 92/104/EEC of 3 December 1992 on the minimum requirements for improving the safety and health protection of workers in surface and underground mineral-extracting industries, as adapted by way of Protocol 1 to the EEA Agreement, the Kingdom of Norway has failed to fulfil its obligations under Article 13 of that Act and Article 7 of the EEA Agreement.
- 2 The *Commission of the European Communities*, represented by John Forman, Legal Adviser in its Legal Service and Nicola Yerrell, official seconded to the Commission's Legal Service under the arrangements for the exchange of national officials, submitted written observations pursuant to Article 20 of the Statute of the EFTA Court.
- 3 The *Norwegian Government* and the *EFTA Surveillance Authority* have consented to the oral procedure being dispensed with.

Facts and Procedure

- 4 By Decision No. 7/94 of 21 March 1994 of the EEA Joint Committee (OJ 1994 No. L 160, p. 1), which entered into force on 1 July 1994, Council Directive 92/104/EEC on the minimum requirements for improving the safety and health protection of workers in surface and underground mineral-extracting industries (OJ No. L 404, p.10) was added as a new point 16f of Annex XVIII to the EEA Agreement.

- 5 It follows from Article 2 of the decision and Article 13 of the Act, as adapted by way of Protocol 1 to the EEA Agreement, that Norway was to bring into force the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with the Act by 3 December 1994 and inform the EFTA Surveillance Authority about the measures which were taken.
- 6 In its communication of 29 December 1995 concerning implementation of the Act, the Norwegian Government stated that a preliminary draft Regulation on Mining (Forskrift om bergarbeid) would be given national notification early in 1996.
- 7 On 15 April 1996, the EFTA Surveillance Authority issued a letter of formal notice to the Norwegian Government, stating that Norway had not adopted the national measures necessary to comply with the Act and Articles 3 and 7 of the EEA Agreement.
- 8 Following an exchange of letters, the EFTA Surveillance Authority delivered a reasoned opinion on 17 April 1997 in which it concluded that, by failing to take the necessary measures to comply with the Act, Norway had failed to fulfil its obligations under Article 13 of the Act and Articles 3 and 7 of the EEA Agreement. The Norwegian Government was requested to take the necessary measures to comply with the reasoned opinion within two months following notification thereof. The reasoned opinion was notified to the Norwegian Government on 17 April 1997. The time-limit to comply with the opinion thus expired on 17 June 1997.
- 9 The Norwegian authorities and the EFTA Surveillance Authority had contact on several occasions, but the requested measures failed to materialize. The present application was then brought before the Court.

Law

- 10 The application of the *EFTA Surveillance Authority* is based on one plea of law, viz. that, by failing to adopt the national measures necessary to comply with the Act referred to in point 16f of Annex XVIII to the EEA Agreement, as adapted by way of Protocol 1 to the EEA Agreement, Norway has failed to fulfil its obligations under Article 13 of that Act and Article 7 of the EEA Agreement.
- 11 The time-limit for Norway to take the measures necessary to comply with the Act expired on 3 December 1994. Norway did not implement any such measures, either at that time or by the time-limit set by the EFTA Surveillance Authority in its reasoned opinion.

- 12 Referring to these circumstances, the EFTA Surveillance Authority requests the EFTA Court to grant the application and to order Norway to pay the costs of the proceedings.
- 13 The *Norwegian Government* does not dispute the order sought by the applicant. It requests the EFTA Court to order each party to pay its own costs of the proceedings.
- 14 The *Commission of the European Communities* supports the view of the EFTA Surveillance Authority and concludes that the application should be granted.
- 15 The *Court* notes that Norway was obliged to adopt national provisions necessary to comply with the Act referred to in point 16f of Annex XVIII to the EEA Agreement, as adapted by way of Protocol 1 to the EEA Agreement, not later than 3 December 1994. On 17 June 1997, the date on which the time-limit given in the reasoned opinion of the EFTA Surveillance Authority expired, Norway had still not adopted national measures necessary to comply with the reasoned opinion.
- 16 Under these circumstances, the Court notes that Article 3 of the EEA Agreement imposes upon the Contracting Parties two general obligations. There is a positive obligation for the Contracting Parties to “take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of this Agreement”. There is, correspondingly, a negative obligation to “abstain from any measure which could jeopardize the attainment of the objectives of this Agreement”. These fundamental legal obligations require loyal co-operation and assistance.
- 17 Furthermore, the Contracting Parties are obliged to implement all acts referred to or contained in the Annexes to the EEA Agreement or in decisions of the EEA Joint Committee.
- 18 It must therefore be held that, by not adopting by the time-limit prescribed the national provisions necessary to comply with the Act referred to in point 16f of Annex XVIII to the Agreement on the European Economic Area, i.e. Council Directive 92/104/EEC of 3 December 1992 on the minimum requirements for improving the safety and health protection of workers in surface and underground mineral-extracting industries, as adapted by way of Protocol 1 to the EEA Agreement, the Kingdom of Norway has failed to fulfil its obligations under Article 13 of that Act and Article 7 of the EEA Agreement.

Costs

- 19 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 EFTA Surveillance Authority has asked for the Kingdom of Norway to be ordered to pay the costs. Since the latter has been unsuccessful in its defence, it must be ordered to pay the costs. The costs incurred by the Commission of the European Communities, which has submitted observations to the Court, are not recoverable.

On those grounds,

THE COURT

hereby:

- 1. Declares that, by not adopting by the time-limit prescribed the national provisions necessary to comply with the Act referred to in point 16f of Annex XVIII to the Agreement on the European Economic Area, i.e. Council Directive 92/104/EEC of 3 December 1992 on the minimum requirements for improving the safety and health protection of workers in surface and underground mineral-extracting industries, as adapted by way of Protocol 1 to the EEA Agreement, the Kingdom of Norway has failed to fulfil its obligations under Article 13 of that Act and Article 7 of the EEA Agreement.**
- 2. Orders the Kingdom of Norway to pay the costs of the proceedings.**

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Delivered in open court in Luxembourg on 30 April 1998.

Per Christiansen
Registrar

Bjørn Haug
President

Case E-8/97

TV 1000 Sverige AB
v
The Norwegian Government,
represented by the Royal Ministry of Cultural Affairs

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

(Council Directive 89/552/EEC – Transfrontier television broadcasting – Pornography)

Advisory Opinion of the Court, 12 June 1998	70
Report for the Hearing.....	81

Summary of the Advisory Opinion

1. The Directive has established an overriding principle of division of responsibilities among the Member States. Following the so-called “transmitting State principle”, a receiving State may not carry out further controls in addition to those effected by the transmitting State. However, certain restrictions on television broadcasting, for example, measures against advertisements targeting children, may be upheld by the Member States under Council Directive 84/450/EEC, which concerns misleading advertising.

2. An exceptional procedure of temporary suspension is allowed

pursuant to Article 2(2) of the Directive, if the conditions of that provision are fulfilled, including the criterion that a television broadcast coming from another Member State must manifestly, seriously and gravely infringe Article 22.

3 The reference in Article 2(2)(a) of the Directive to a television broadcast infringing Article 22 must be understood as being a reference to the criterion that it “might seriously impair the physical, mental or moral development of minors”. The provision does not purport to lay down any standards for what might have such detrimental effects, leaving it up to the Member States to

Sak E-8/97

TV 1000 Sverige AB
mot
Den norske regjering, representert ved Kulturdepartementet

(Anmodning om en rådgivende uttalelse fra Oslo byrett)

(Rådsdirektiv 89/552/EØF – Fjernsynssendinger over landegrensene – Pornografi)

Rådgivende uttalelse fra Domstolen, 12 juni 1998.....	70
Rettsmøterapport.....	81

Sammendrag av den rådgivende uttalelsen

1. Direktivet har etablert en overordnet prinsipiell ansvarsdeling mellom medlemsstatene. Etter det såkalte "senderstatsprinsippet" kan en mottakerstat ikke utøve ytterligere kontroll i tillegg til den som er utført av senderstaten. Visse restriksjoner på fjernsynssendinger, for eksempel tiltak mot reklame rettet mot barn, kan imidlertid opprettholdes av medlemsstatene i medhold av rådsdirektiv 84/450/EØF som gjelder villedende reklame.

2. En unntaksprosedyre med midlertidig avbrudd tillates i henhold til direktivet artikkel 2 nr 2 dersom vilkårene oppstilt i den artikkelen er oppfylt, innbefattet vilkåret om at en fjernsynssending som kommer fra en

annen medlemsstat åpenbart, vesentlig og alvorlig er et brudd på artikkel 22.

3. Henvisningen i direktivet artikkel 2 nr 2 a) til en fjernsynssending som er i strid med artikkel 22, må forstås som en henvisning til vilkåret om at den "i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling". Bestemmelsen har ikke til hensikt å fastsette noen standarder for hva som kan ha slike skadelige virkninger. Den overlater til medlemsstatene å definere disse begrepene, så vel som begrepet "pornografi", i overensstemmelse med deres nasjonale lovgivning og moralnormer. Dette gjelder både for senderstaten etter artikkel 22 med hensyn til fjernsynssendinger under dets myndighet og for mottakerstaten som

define these terms, as well as the term “pornography”, in accordance with their national legislation and moral standards. This applies equally to the transmitting State, pursuant to Article 22, with regard to broadcasts under its jurisdiction and to the receiving State exercising its powers under Article 2(2), second sentence, cf. Article 22.

4. Even if Article 22 mentions “pornography” as content of a programme which might seriously impair the physical, mental or moral development of minors, not all broadcasts of sexually explicit material automatically fall under Article 22, first paragraph, first sentence, as conceded by the Norwegian Government. The decisive criterion is whether a programme may have the effects on minors referred to in the first sentence of the Article.

5. Protection of minors is a legitimate goal of each of the Contracting Parties to the EEA Agreement. The protection of the mental and moral development of minors forms an important part of the protection of public morality, an area where it is not possible to determine a uniform European conception, as the requirements of morals vary, depending on time and place.

6. It follows from the wording of Article 22, first paragraph, that the provision sets out two different categories of programmes, with the second sentence allowing for the possibility of taking into account the measures intended to prevent minors from seeing broadcasts which are likely to impair the physical, mental or moral development of minors, without falling into the category of broadcasts that might seriously impair the development of minors.

7. Article 2(2)(a) to (d) of the Directive list the conditions under which a Contracting Party may provisionally suspend retransmissions of television broadcasts from other Contracting Parties. All the conditions listed in Article 2(2)(a) to (d) must be fulfilled in order for the receiving State to restrict retransmission. The measures taken are subject to supervision by the Commission and the EFTA Surveillance Authority, as the case may be. In decisions on provisional suspension of retransmission, regard must be had to the principle of proportionality.

utøver sin myndighet etter artikkel 2 nr 2 annen setning, jf artikkel 22.

4. Selv om artikkel 22 nevner "pornografi" som et programinnhold som i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling, faller ikke enhver fjernsynssending med eksplisitt seksuelt materiale automatisk under artikkel 22 første ledd, første setning. Det avgjørende kriterium er om et program kan ha de virkningene på mindreårige som det er vist til i artikkelens første setning.

5. Beskyttelse av mindreårige er et legitimt mål for hver av EØS-avtalens avtaleparter. Beskyttelsen av den mentale og moralske utviklingen til mindreårige utgjør en viktig del av beskyttelsen av offentlig moral, et område der det ikke er mulig å fastsette et ensartet europeisk konsept ettersom kravene til moral varierer, avhengig av tid og sted.

6. Det følger av ordlyden i artikkel 22 første ledd at bestemmelsen oppstiller

to forskjellige typer av programmer, der den andre setningen åpner for muligheten til å ta i betraktning tiltak som har til formål å hindre at mindreårige ser fjernsynssendinger som er sannsynlig at skader den fysiske, mentale eller moralske utviklingen til mindreårige, uten å falle under kategorien av fjernsynssendinger som i alvorlig grad kan skade mindreåriges utvikling.

7. Direktivet artikkel 2 nr 2 a) til d) fastsetter vilkårene for at en avtalepart midlertidig kan avbryte videresending av fjernsynssendinger fra andre avtaleparter. Alle vilkårene som er oppregnet i artikkel 2 nr 2 a) til d) må være oppfylt for at mottakerstaten skal kunne begrense videresending. Tiltakene som er iverksatt er gjenstand for kontroll av henholdsvis Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan. I vedtak om midlertidig avbrudd av videresending må det tas hensyn til forholdsmessighetsprinsippet.

ADVISORY OPINION OF THE COURT

12 June 1998*

(Council Directive 89/552/EEC – Transfrontier television broadcasting – Pornography)

In Case E-8/97

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

TV 1000 Sverige AB

and

The Norwegian Government, represented by the Royal Ministry of Cultural Affairs

on the interpretation of Council Directive 89/552/EEC.

THE COURT,

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

Registrar: Asle Aarbakke, Legal Secretary

after considering the written observations submitted on behalf of:

- the plaintiff, represented by Counsel Mr Birger Nilsen, Advokatfirma Meltvedt & Co., Oslo;

* Language of the request for an advisory opinion: Norwegian

RÅDGIVENDE UTTALELSE FRA DOMSTOLEN
12 juni 1998*

(Rådsdirektiv 89/552/EØF – Fjernsynssendinger over landegrensene – Pornografi)

I sak E-8/97

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

TV 1000 Sverige AB

og

Den norske regjering, representert ved Kulturdepartementet

om tolkningen av rådsdirektiv 89/552/EØF.

DOMSTOLEN,

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

Justissekretær: Asle Aarbakke, juridisk sekretær

etter å ha vurdert de skriftlige saksfremstillinger inngitt av:

- saksøker, representert ved advokat Birger Nilsen, Advokatfirma Meltvedt & Co., Oslo;

* Språket i anmodningen om en rådgivende uttalelse: Norsk.

- the defendant, represented by Ms Bergljot Webster, Office of the Attorney General (Civil Affairs), acting as Agent;
- the Government of Sweden, represented by Mr Erik Brattgård, acting as Agent;
- the Government of the United Kingdom, represented by Mr J.E. Collins, acting as Agent, and Mr Rhodri Thompson, Barrister;
- the EFTA Surveillance Authority, represented by Ms Helga Óttarsdóttir, Officer, Legal & Executive Affairs, acting as Agent;
- the Commission of the European Communities, represented by Ms Karen Banks, Member of its Legal Service, acting as Agent.

having regard to the Report for the Hearing,

after hearing the oral observations of the plaintiff, the defendant, the Government of the United Kingdom, the EFTA Surveillance Authority and the Commission of the European Communities at the hearing on 12 May 1998,

gives the following

Advisory Opinion

Facts and Procedure

- 1 By an order dated 21 October 1997, registered at the Court on 24 October 1997, Oslo byrett (Oslo City Court), a Norwegian municipal court, made a reference to the EFTA Court for an advisory opinion in a case brought before it by TV 1000 Sverige AB against the Norwegian Government, represented by the Royal Ministry of Cultural Affairs. The dispute before the Norwegian court concerns the validity of a decision of the Royal Ministry of Cultural Affairs, by which it prohibited further broadcast of the FilmMax channel on the Norwegian cable system as of 22 May 1995.
- 2 The case concerns TV 1000 Sverige AB, a Swedish broadcasting company which broadcasts on *inter alia* the TV 1000 and FilmMax channels. Television programmes are broadcast from Sweden in the form of satellite signals that are captured by Norwegian receiving stations. These are in turn linked to Norwegian cable systems, which broadcast the television signals to Norwegian homes. The broadcasts are encoded so that they can only be received by paying subscribers.

- saksøkte, representert ved Bergljot Webster, regjeringsadvokatens kontor, som partsrepresentant;
- Den svenske regjering, representert ved Erik Brattgård, som partsrepresentant;
- Den britiske regjering, representert ved J.E. Collins, som partsrepresentant, og Rhodri Thompson, advokat;
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved Helga Óttarsdóttir, saksbehandler, Avdelingen for juridiske saker og eksekutivesaker, som partsrepresentant;
- Kommissjonen for De europeiske fellesskap, representert Karen Banks, ansatt i Rettsavdelingen, som partsrepresentant.

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt de muntlige innleggene fra saksøker, saksøkte, Den britiske regjering, EFTAs overvåkningsorgan og Kommissjonen for De europeiske fellesskap under høringen den 12 mai 1998,

gir slik

Rådgivende uttalelse

Fakta og prosedyre

- 1 Ved en beslutning datert 21 oktober 1997, mottatt ved Domstolen den 24 oktober 1997, anmodet Oslo byrett EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse i en sak innbrakt for denne av TV 1000 Sverige AB mot Den norske regjering, representert ved Kulturdepartementet. Tvisten ved den norske domstolen gjelder gyldigheten av en beslutning av Kulturdepartementet der det satte forbud mot videresending av kanalen FilmMax i det norske kabelnettet fra og med 22 mai 1995.
- 2 Saken gjelder TV 1000 Sverige AB, et svensk fjernsynsselskap som bl a sender på fjernsynskanalene TV 1000 og FilmMax. Fjernsynsprogrammene sendes fra Sverige som satellittsignaler som fanges inn av norske mottaksstasjoner. Disse er igjen knyttet til norske kabelnett som formidler fjernsynssignalene til norske hjem. Sendingene er kodet slik at de bare kan mottas av betalende abonnenter.

The television channels can also be received directly by subscribers with satellite dishes and decoding equipment.

- 3 Both TV 1000 and FilmMax at times broadcast films with explicit sexual scenes. In these cases, TV 1000 placed a black square on the screen image which takes up about one-third of the screen surface. However, the pornographic films were transmitted in uncensored form on the FilmMax channel. As of 24.00 hrs on 16 September 1994, FilmMax broadcast the film "Andrew Blake's girls". As of 00.30 hrs on 17 September 1994, the film "The best of Andrew Blake" was broadcast. As of 23.30 hrs on 18 September 1994, the film "A Pussy called Wanda" was broadcast.
- 4 The Norwegian Board of Film Classification (*Statens Filmtilsyn*), which is the administrative body which assesses whether the content of films and videograms violate Norwegian legislation, found that all three films clearly violated section 211 of Act No. 10 of 22 May 1902 (*straffeloven*, hereinafter the "Norwegian Penal Code").
- 5 Based on this, the Norwegian Mass Media Authority (*Statens medieforvaltning*) notified TV 1000 Sverige AB that it intended to take a decision to prohibit further broadcast of FilmMax on Norwegian cable systems if FilmMax again broadcast films which were in violation of section 211 of the Penal Code. The notice was given on 24 October 1994 pursuant to section 16 of Act No. 54 of 10 February 1967 on procedure in cases concerning the public administration (*forvaltningsloven*, the Public Administration Act), which requires the Mass Media Authority to give such prior notice.
- 6 On 10 November 1994, FilmMax broadcast the film "Justin et Juillet". The Norwegian Board of Film Classification found that this film also clearly violated section 211 of the Norwegian Penal Code.
- 7 Pursuant to Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities (hereinafter the "Directive"), Norwegian authorities notified the EFTA Surveillance Authority of plans to interrupt FilmMax's broadcasts on Norwegian cable systems. Pursuant to Article 2(2)(d) of the Directive, a consultation meeting was held on 15 February 1995, with the EFTA Surveillance Authority, Norwegian and Swedish authorities, as well as representatives from the Commission of the European Communities, without an amicable settlement being reached. In a report of the meeting, the EFTA Surveillance Authority concluded that Norwegian authorities had fulfilled their obligations under the EEA Agreement and that the conditions were met for Norway to be able to take a decision on temporary interruption of broadcasts of FilmMax on Norwegian cable systems.

Fjernsynskanalene kan også tas inn direkte av abonnenter med parabolantenne og dekoderutstyr.

- 3 Både TV 1000 og FilmMax sendte tidvis filmer med eksplisitte seksuelle scener. TV 1000 har i disse tilfellene lagt inn en sort firkant i bildet som opptar omtrent 1/3 av billedflaten. I kanalen FilmMax sendte man imidlertid de pornografiske filmene i usensurert form. Den 16 september 1994 fra kl 24.00 sendte FilmMax filmen "Andrew Blake's girls". Den 17 september 1994 fra kl 00.30 ble filmen "The best of Andrew Blake" sendt. Den 18 september 1994 fra kl 23.30 ble filmen "A Pussy called Wanda" sendt.
- 4 Statens filmtilsyn, som er det forvaltningsorgan som vurderer om innholdet av filmer og videogrammer er i strid med norsk lovgivning, fant at alle tre filmene klart stred mot Almindelig borgerlig Straffelov av 22 mai 1902 nr 10 (heretter "straffeloven") § 211.
- 5 På bakgrunn av dette varslet Statens medieforvaltning TV 1000 Sverige AB at det hadde til hensikt å treffe vedtak om å forby videresending av FilmMax i norske kabelnett dersom FilmMax på nytt sendte filmer som er i strid med straffeloven § 211. Varslet ble gitt 24 oktober 1994 i henhold av lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10 februar 1967 nr 54 § 16, som pålegger Statens medieforvaltning en plikt til å gi slikt forhåndsvarsel.
- 6 Den 10 november 1994 sendte FilmMax filmen "Justin et Juillet". Statens filmtilsyn fant at også denne filmen klart stred mot straffeloven § 211.
- 7 I henhold til rådsdirektiv 89/552/EØF av 3 oktober 1989 om samordning av visse bestemmelser om utøvelse av fjernsynsvirksomhet, fastsatt ved lov eller forskrift i medlemsstatene (heretter "direktivet"), underrettet norske myndigheter EFTAs overvåkningsorgan om sine planer om å avbryte FilmMax' sendinger i norske kabelnett. I henhold til direktivet artikkel 2 nr 2 d), ble det avholdt et konsultasjonsmøte den 15 februar 1995 med EFTAs overvåkningsorgan, norske og svenske myndigheter samt representanter fra Kommisjonen for De europeiske fellesskap, uten at det ble nådd en minnelig ordning. I en rapport fra møtet konkluderte EFTAs overvåkningsorgan med at norske myndigheter hadde oppfylt sine forpliktelser etter EØS-avtalen og at vilkårene var oppfylt for at Norge kunne treffe vedtak om midlertidig avbrudd av FilmMax' sendinger i norske kabelnett.

- 8 On 30 November 1994, the Mass Media Authority decided to prohibit the broadcast of FilmMax on Norwegian cable systems as of 9 December 1994. On 21 December 1994, TV 1000 Sverige AB, TV 1000 Norge AS, Norske Fjernsynsantenner AS and Mr Einar Brustad filed a complaint against the decision of the Mass Media Authority with the Norwegian Royal Ministry of Cultural Affairs. Norske Fjernsynsantenner is a cable company that distributes television signals through a separate system, and Mr Einar Brustad was a subscriber to FilmMax. On 15 May 1995, the Norwegian Royal Ministry of Cultural Affairs made a decision on the complaint, which was to prohibit further broadcasts of FilmMax as of 22 May 1995 as of 24.00 hrs.
- 9 Before the national court the plaintiff, TV 1000 Sverige AB, argued that the decision of 15 May 1995 by the Ministry of Cultural Affairs suffers from shortcomings relating to competence and content which render the decision invalid. The plaintiff has argued that Norway is subject to the Directive, and that section 4-5, litra b, of Act No. 127 of 4 December 1992 on broadcasting (*kringkastingsloven*, hereinafter the “Broadcasting Act”), on which the decision is based, must be interpreted as having the same meaning as Article 2, cf. Article 22 of the Directive.
- 10 Oslo byrett, considering that Article 22, first sentence of the Directive may raise questions as to whether the provision leaves it up to the individual EU/EFTA State to determine the degree of pornography, violence, etc., which can be deemed to seriously impair the physical, mental or moral development of minors, or whether the Directive seeks to introduce a common EEA standard with respect to what is to be accepted in terms of pornography, violence, etc., in the European Economic Area, decided to refer a request to the EFTA Court to obtain an advisory opinion on certain questions.

Questions

- 11 The following questions were referred to the EFTA Court:
1. *Does Article 22, first sentence of Council Directive 89/552/EEC introduce a common standard for what “might seriously impair the physical, mental or moral development of minors” or is it left up to each individual EU and EFTA country to determine the degree of pornography, violence, etc., which is to be deemed to have the damaging effects referred to in Article 22?*
 2. *In the event that Article 22, first sentence of Council Directive 89/552/EEC establishes a common standard for the European Economic Area: is the Swedish norm which accepts scenes shot in close-ups with masturbation, licking and sucking of sexual organs, intercourse, dwelling on ejaculation in the mouths of women and group*

- 8 Den 30 november 1994 traff Statens medieforvaltning vedtak om å forby sending av FilmMax i norske kabelnett fra og med 9 desember 1994. Den 21 desember 1994 ble Statens medieforvaltnings vedtak påklaget til Kulturdepartementet av TV 1000 Sverige AB, TV 1000 Norge AS, Norske Fjernsynsantenner AS og Einar Brustad. Norske Fjernsynsantenner er et kabelselskap som distribuerer fjernsynssignaler gjennom et separat nett, og Einar Brustad var en abonnent på FilmMax. Den 15 mai 1995 traff Kulturdepartementet vedtak i klagesaken, som var å forby videresending av FilmMax fra og med 22 mai 1995 kl 24.00.
- 9 For den nasjonale domstolen har saksøkeren, TV 1000 Sverige AB, anført at Kulturdepartementets vedtak av 15 mai 1995 lider av kompetanse- og innholdsmangler som medfører at vedtaket er ugyldig. Saksøker har anført at Norge er underlagt direktivet og at lov om kringkasting av 4 desember 1992 nr 127 (heretter "kringkastingsloven") § 4-5 bokstav b, som vedtaket er basert på, må tolkes slik at den gis samme meningsinnhold som direktivet artikkel 2, jf artikkel 22.
- 10 Oslo byrett har funnet at det etter direktivet artikkel 22 første setning kan reises spørsmål om bestemmelsen overlater til den enkelte EU/EFTA-stat å avgjøre hvilken grad av pornografi, vold mv som kan anses i alvorlig grad å skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling, eller om direktivet søker å innføre en felles EU-standard for hva man i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde skal akseptere når det gjelder pornografi, vold mv, og har besluttet å rette en anmodning til EFTA-domstolen for en rådgivende uttalelse om visse spørsmål.

Spørsmål

- 11 Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:
- Medfører rådsdirektiv 89/552/EØF artikkel 22, 1. pkt. en felles standard for hva som "i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling" eller er det opp til det enkelte EU- og EFTA-lands skjønn å selv avgjøre hvilken grad av pornografi, vold o.l. som anses for å ha de skadevirkninger artikkel 22 oppstiller?*
 - Under forutsetning av at rådsdirektiv 89/552/EØF artikkel 22 fastsetter en felles standard for EØS-området: Er den svenske normen som godtar scener fotografert i nærbilder med masturbasjon, slikking og suging av kjønnsorganer, samleier, dveling ved sædavgang i kvinners munn og gruppesex uttrykk for den felles standard i artikkel 22 som skal gjelde for det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområdet?*

sex an expression of the common norm in Article 22 which is to apply for the European Economic Area?

3. *Can the provision in Article 22, first paragraph, second sentence of Council Directive 89/552/EEC concerning the choice of broadcast time and technical measures apply to circumstances which are to be subsumed under Article 22, first paragraph, first sentence?*
4. *If a film is deemed to be contrary to Article 22, first paragraph, first sentence of Council Directive 89/552/EEC, is Article 2(2)(a) a further impediment to the temporary interruption of further broadcast of television broadcasts under Article 2(2)?*
5. *Are repeated acts contrary to Article 22 of the TV Directive to be subsumed under Article 2(2) (a) or (b)?*

- 12 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.

Legal background

1. EEA law

- 13 Article 36(1) of the EEA Agreement on the freedom to provide services is in substance identical to Article 59, first paragraph of the EC Treaty. Article 36(2) EEA states further that Annexes IX to XI contain provisions on the freedom to provide services. Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities, is incorporated into the EEA Agreement through a reference in Annex X to the Agreement.
- 14 Article 2 of the Directive provides:

- “1. Each Member State shall ensure that all television broadcasts transmitted
- by broadcasters under its jurisdiction, or
 - by broadcasters who, while not being under the jurisdiction of any Member State, make use of a frequency or a satellite capacity granted by, or a satellite up-link situated in, that Member State,

3. *Kan bestemmelsen i rådsdirektiv 89/552/EØF artikkel 22 første ledd annet punktum angående valg av sendetid og tekniske tiltak komme til anvendelse på forhold som skal subsumeres under artikkel 22 første ledd første punktum?*
 4. *Hvis en film først anses for å være i strid med rådsdirektiv 89/552/EØF artikkel 22 første ledd første punktum, utgjør artikkel 2 nr 2 bokstav a) noen ytterligere hindring for å midlertidig avbryte videresending av fjernsynssending etter artikkel 2 nr 2?*
 5. *Skal gjentatte brudd på TV-direktivets artikkel 22 subsumeres under artikkel 2 nr 2 bokstav a) eller bokstav b)?*
- 12 Det vises til rettsmøterapporten for en fylligere beskrivelse av den rettslige rammen, de faktiske forhold, saksgangen og de skriftlige saksfremstillinger fremlagt for Domstolen. Dette vil i det følgende bare vil bli omtalt og drøftet så langt det er nødvendig for Domstolens begrunnelse.

Rettslig bakgrunn

1. EØS-retten

- 13 EØS-avtalen artikkel 36 nr 1 om fri tjenesteytelsesrett er innholdsmessig identisk med EF-traktaten artikkel 59, første ledd. EØS-avtalen artikkel 36 nr 2 fastsetter videre at vedlegg IX til XI inneholder bestemmelser om adgangen til å yte tjenesteytelser. Direktiv 89/552/EØF av 3 oktober 1989 om samordning av visse bestemmelser om utøvelse av fjernsynsvirksomhet, fastsatt ved lov eller forskrift i medlemsstatene, er gjort til del av EØS-avtalen gjennom en henvisning i avtalens vedlegg X.
- 14 Direktivet artikkel 2 lyder:
- "1. Hver medlemsstat skal påse at alle fjernsynsprogrammer sendt
 - av fjernsynsselskaper underlagt denne medlemsstats myndighet eller
 - av fjernsynsselskaper som nytter en frekvens eller en satellittkapasitet som vedkommende medlemsstat har gitt tillatelse til å bruke, eller en satelittforbindelse som er plassert i medlemsstaten, selv om de ikke er underlagt noen medlemsstats myndighet,

comply with the law applicable to broadcasts intended for the public in that Member State.

2. Member States shall ensure freedom of reception and shall not restrict retransmission on their territory of television broadcasts from other Member States for reasons which fall within the fields coordinated by this Directive. Member States may provisionally suspend retransmissions of television broadcasts if the following conditions are fulfilled:
 - (a) a television broadcast coming from another Member State manifestly, seriously and gravely infringes Article 22;
 - (b) during the previous 12 months, the broadcaster has infringed the same provision on at least two prior occasions;
 - (c) the Member State concerned has notified the broadcaster and the Commission in writing of the alleged infringements and of its intention to restrict retransmission should any such infringement occur again;
 - (d) consultations with the transmitting State and the Commission have not produced an amicable settlement within 15 days of the notification provided for in point (c), and the alleged infringement persists.

The Commission shall ensure that the suspension is compatible with Community law. It may ask the Member State concerned to put an end to a suspension which is contrary to Community law, as a matter of urgency. This provision is without prejudice to the application of any procedure, remedy or sanction to the infringements in question in the Member State which has jurisdiction over the broadcaster concerned.

3. This Directive shall not apply to broadcasts intended exclusively for reception in States other than Member States, and which are not received directly or indirectly in one or more Member States.”

15 Article 22 of the Directive provides:

“Member States shall take appropriate measures to ensure that television broadcasts by broadcasters under their jurisdiction do not include programmes which might seriously impair the physical, mental or moral development of minors, in particular those that involve pornography or gratuitous violence. This provision shall extend to other programmes which are likely to impair the physical, mental or moral development of minors, except where it is ensured, by selecting the time of the broadcast or by any technical measure, that minors in the area of transmission will not normally hear or see such broadcasts.

Member States shall also ensure that broadcasts do not contain any incitement to hatred on grounds of race, sex, religion or nationality.”

er i samsvar med gjeldende lovgivning for sendinger beregnet på allmennheten i denne medlemsstat.

2. Medlemsstatene skal sikre fri mottaking og skal ikke hindre videresending på sitt territorium av fjernsynssendinger fra andre medlemsstater på grunn av forhold som faller inn under områder som samordnes ved dette direktiv. Medlemsstatene kan midlertidig avbryte videresending av fjernsynssendinger dersom følgende forhold foreligger:
 - a) en fjernsynssending fra en annen medlemsstat utgjør et åpenbart, vesentlig og alvorlig brudd på artikkel 22,
 - b) fjernsynsselskapet har i løpet av de 12 foregående månedene overtrådt den samme bestemmelsen ved minst to tidligere anledninger,
 - c) vedkommende medlemsstat har gitt fjernsynsselskapet og Kommisjonen skriftlig melding om de påståtte overtredelsene og om at den har til hensikt å hindre videresending dersom overtredelsen skjer igjen,
 - d) konsultasjoner med senderstaten og Kommisjonen har ikke ført til en minnelig løsning innen femten dager etter at meldingen omhandlet i bokstav c) ble gitt, og den påståtte overtredelsen fortsetter.

Kommisjonen skal påse at midlertidige avbrudd skjer i samsvar med fellesskapsretten. Den kan anmode vedkommende medlemsstat om straks å stanse avbrudd som er i strid med fellesskapsretten. Denne bestemmelse er ikke til hinder for å innlede saksbehandling, treffe forholdsregler eller sanksjoner i forbindelse med de aktuelle overtredelsene i den medlemsstat hvis myndighet fjernsynsselskapet er underlagt.

3. Dette direktiv skal ikke få anvendelse på sendinger som utelukkende er beregnet på å mottas i andre stater enn medlemsstatene, og som verken direkte eller indirekte mottas i en eller flere medlemsstater."

15 Direktivet artikkel 22 lyder:

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

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

- 16 The Court notes that the English version of the Directive's text uses "or" in the expression "impair the physical, mental *or* moral development of minors". Most other language versions, including the French, Italian, Danish and Swedish texts, are similarly phrased. The Norwegian version uses "og" and the German version uses "und", which translate as "and", but cannot reasonably be interpreted as establishing cumulative conditions.
- 17 Directive 97/36/EC of the European Parliament and of the Council of 30 June 1997, amending Council Directive 89/552/EEC, has not yet been incorporated into the EEA Agreement by a decision of the EEA Joint Committee.

2. *National legislation*

- 18 According to the request, the decision to stop FilmMax's broadcasts was taken pursuant to section 4-5, first paragraph, litra b of the Broadcasting Act. That provision, which entered into force on 1 January 1994, reads as follows:

"The Mass Media Authority may prohibit further broadcast by television stations which ... broadcast programmes with pornography or violence in violation of Norwegian law."

- 19 Section 211 of the Norwegian Penal Code lays down sanctions for *inter alia* dissemination of pornographic writings, pictures, films, videograms or the like. During the proceedings, the Norwegian Government has stressed that, under Norwegian law, films with a strong emphasis on sexual organs in a sexual context and which are aimed at being sexually exciting for the viewer are usually beyond what may be acceptable under section 211 of the Norwegian Penal Code. The Norwegian Government refers to three Supreme Court judgments which allegedly establish this. The judgments are published in Norsk Rettstidende 1978:1111, 1984:1016 and 1987:1537.

Questions 1, 2 and 3

- 20 By its first three questions, the referring court seeks clarification on the interpretation of Articles 2(2) and 22 of the Directive. The referring Court primarily asks whether it is left up to each Contracting Party to determine the degree of pornography, violence etc., which is to be deemed to have the damaging effects referred to in Article 22 or whether there is a common standard for what "might seriously impair the physical, mental or moral development of minors" and, if so, whether the Swedish norm, as derived from accepted practices in Sweden, is the expression of the common standard.

- 16 Domstolen bemerker at den engelske versjonen av direktivteksten bruker "or" i uttrykket "impair the physical, mental *or* moral development of minors". De fleste andre språkversjoner, innbefattet de franske, italienske, danske og svenske tekstene, er tilsvarende formulert. Den norske versjonen bruker "og" og den tyske versjonen bruker "und", som tilsvarer det engelske "and", men kan ikke rimeligvis bli tolket som å oppstille kumulative vilkår.
- 17 Europaparlaments- og rådsdirektiv 97/36/EF av 30 juni 1997, som endrer rådsdirektiv 89/552/EØF, er hittil ikke gjort til del av EØS-avtalen gjennom et vedtak av EØS-komiteén.

2. *Nasjonal lovgivning*

- 18 Ifølge anmodningen ble vedtaket om å stoppe FilmMax' fjernsynssendinger truffet i medhold av kringkastingsloven § 4-5 første ledd bokstav b. Bestemmelsen, som trådte i kraft 1 januar 1994, lyder som følger:

"Statens mediaforvaltning kan forby videresending av fjernsynskanaler som ... sender program med pornografi eller vold i strid med norsk lov."

- 19 Straffeloven § 211 oppstiller sanksjoner bl a for spredning av pornografiske skrifter, bilder, filmer, videogram eller lignende. Under saksgangen har Den norske regjeringen understreket at etter norsk lov vil filmer med en sterk fremheving av kjønnsorganer i seksuell sammenheng, med det formål å virke seksuelt opphissende på seeren, normalt ligge utenfor det som kan aksepteres etter straffeloven § 211. Den norske regjering viser til tre dommer fra Høyesterett som angivelig fastsetter dette. Dommene er publisert i Norsk Retstidende 1978 s 1111, 1984 s 1016 og 1987 s 1537.

Spørsmål 1, 2 og 3

- 20 Med sine tre første spørsmål søker den nasjonale domstolen avklaring med hensyn til tolkningen av direktivet artikkel 2 nr 2 og 22. Den foreleggende domstolen spør i første rekke om det er overlatt til hver avtalepart å avgjøre hvilken grad av pornografi, vold mv som skal anses for å ha de skadelige virkningene som vist til i artikkel 22, eller om det er en felles standard for hva som "i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling", og, dersom dette er tilfelle, om den svenske normen, som utledet fra akseptert praksis i Sverige, er et uttrykk for den felles standarden.

- 21 The Norwegian Government, the Government of Sweden, the Government of the United Kingdom, the EFTA Surveillance Authority and the Commission of the European Communities all argue that, under Article 2(2), it is for the national authorities of the receiving State to determine, in accordance with that State's values and national legislation, which programmes might seriously impair the physical, mental or moral development of minors within the meaning of Article 22, first paragraph, first sentence. At the oral hearing, the plaintiff conceded that it was, in principle, for each Member State to carry out this control, although Article 22 of the Directive limited somewhat the discretion of the Member States in this area.
- 22 The *Court* has noted in its case law that the Directive has established an overriding principle of division of responsibilities among the Member States. Following the so-called "transmitting State principle", a receiving State may not carry out further controls in addition to those effected by the transmitting State (see Joined Cases E-8/94 and E-9/94 *Forbrukerombudet v Mattel Scandinavia A/S and Lego Norge A/S* [1994-1995] EFTA Court Report 113, hereinafter "*Mattel/Lego*"). However, both the EFTA Court and the Court of Justice of the European Communities have accepted that certain restrictions on television broadcasting, for example, measures against advertisements targeting children, may be upheld by the Member States under Council Directive 84/450/EEC, which concerns misleading advertising (see *Mattel/Lego* and Joined Cases C-34/95, C-35/95 and C-36/95 *KO v De Agostini and TV-Shop* [1997] ECR I-3843).
- 23 Furthermore, an exceptional procedure of temporary suspension is allowed pursuant to Article 2(2) of the Directive, if the conditions of that provision are fulfilled, including the criterion that a television broadcast coming from another Member State must manifestly, seriously and gravely infringe Article 22.
- 24 The reference in Article 2(2)(a) of the Directive to a television broadcast infringing Article 22 must be understood as being a reference to the criterion that it "might seriously impair the physical, mental or moral development of minors". The Court notes that, as pointed out by *inter alia* the EFTA Surveillance Authority and the Commission of the European Communities, the provision does not purport to lay down any standards for what might have such detrimental effects, leaving it up to the Member States to define these terms, as well as the term "pornography", in accordance with their national legislation and moral standards. This applies equally to the transmitting State, pursuant to Article 22, with regard to broadcasts under its jurisdiction and to the receiving State exercising its powers under Article 2(2), second sentence, cf. Article 22.

- 21 *Den norske regjering, Den svenske regjering, Den britiske regjering, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskap* gjør alle gjeldende at det etter artikkel 2 nr 2 er opp til myndighetene i mottakerstaten i overensstemmelse med sine egne verdier og nasjonal lovgivning å avgjøre hvilke programmer som i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling i henhold til artikkel 22 første ledd, første setning. Under den muntlige høringen vedgikk *saksøker* at det i prinsippet er opp til hver medlemsstat å utøve denne kontrollen, selv om direktivet artikkel 22 i noen grad begrenser medlemsstatenes skjønn på dette området.
- 22 *Domstolen* har bemerket i sin rettspraksis at direktivet har etablert en overordnet prinsipiell ansvarsdeling mellom medlemsstatene. Etter det såkalte "senderstatsprinsippet" kan en mottakerstat ikke utøve ytterligere kontroll i tillegg til den som er utført av senderstaten (se forente saker E-8/94 og E-9/94 *Forbrukerombudet mot Mattel Scandinavia A/S og Lego Norge A/S* [1994-1995] EFTA Court Report 113, heretter "*Mattel/Lego*"). Både EFTA-domstolen og EF-domstolen har imidlertid akseptert at visse restriksjoner på fjernsynssendinger, for eksempel tiltak mot reklame rettet mot barn, kan opprettholdes av medlemsstatene i medhold av rådsdirektiv 84/450/EØF som gjelder villedende reklame (se *Mattel/Lego* og forente saker C-34/95, C-35/95 og C-36/95 *KO mot De Agostini og TV-Shop* [1997] ECR I-3843).
- 23 Videre tillates en unntaksprosedyre med midlertidig avbrudd i henhold til direktivet artikkel 2 nr 2 dersom vilkårene oppstilt i den artikkelen er oppfylt, innbefattet vilkåret om at en fjernsynssending som kommer fra en annen medlemsstat åpenbart, vesentlig og alvorlig er et brudd på artikkel 22.
- 24 Henvisningen i direktivet artikkel 2 nr 2 a) til en fjernsynssending som er i strid med artikkel 22, må forstås som en henvisning til vilkåret om at den "i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling". Domstolen bemerker, som påpekt av bl a EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskap, at det ikke er bestemmelsens hensikt å fastsette noen standarder for hva som kan ha slike skadelige virkninger. Den overlater til medlemsstatene å definere disse begrepene, så vel som begrepet "pornografi", i overensstemmelse med deres nasjonale lovgivning og moralnormer. Dette gjelder både for senderstaten etter artikkel 22 med hensyn til fjernsynssendinger under dets myndighet og for mottakerstaten som utøver sin myndighet etter artikkel 2 nr 2 annen setning, jf artikkel 22.

- 25 The Court notes, however, that even if Article 22 mentions “pornography” as content of a programme which might seriously impair the physical, mental or moral development of minors, not all broadcasts of sexually explicit material automatically fall under Article 22, first paragraph, first sentence, as conceded by the Norwegian Government. The decisive criterion is whether a programme may have the effects on minors referred to in the first sentence of the Article.
- 26 Protection of minors is a legitimate goal of each of the Contracting Parties to the EEA Agreement. The protection of the mental and moral development of minors forms an important part of the protection of public morality, an area where it is not possible to determine a uniform European conception, as the requirements of morals vary, depending on time and place (see the *Handyside* judgment of the European Court of Human Rights of 7 December 1976, Series A Vol. 24). This approach has been confirmed by the ECJ (see Case 121/85 *Conegate v HM Customs and Excise* [1986] ECR 1007). In that judgment, the ECJ observed that a Member State is permitted by the EC Treaty to make its own assessment relating to public morality within its territory. Nevertheless, a State is guilty of arbitrary discrimination if it seeks to prohibit the importation of goods or services that could be made and marketed lawfully within its territory.
- 27 The Court does not accept the plaintiff’s submission to the effect that programmes which might seriously impair the physical, mental or moral development of minors must be considered by virtue of Article 22, first paragraph, second sentence, not to have seriously impairing effects if, through selection of the time of broadcast or technical measures, it is ensured that minors in the area will not normally hear or see such broadcasts.
- 28 It is sufficient to note, as the defendant, the Government of the United Kingdom, the EFTA Surveillance Authority and the Commission of the European Communities all point out, that it follows from the wording of Article 22, first paragraph, that the provision sets out two different categories of programmes, with the second sentence allowing for the possibility of taking into account the measures intended to prevent minors from seeing broadcasts which are likely to impair the physical, mental or moral development of minors, without falling into the category of broadcasts that might seriously impair the development of minors.

Questions 4 and 5

- 29 By its fourth and fifth questions, the referring court seeks clarification on the provisions contained in Article 2(2) of the Directive, in particular (a) and (b). The *plaintiff* has argued that, according to Article 2(2)(a), a qualified infringement of Article 22 is required, and that such a qualified infringement has not been established in the case at hand.

- 25 Domstolen bemerker imidlertid at selv om artikkel 22 nevner "pornografi" som et programinnhold som i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling, faller ikke, som innrømmet av Den norske regjering, enhver fjernsynssending med eksplisitt seksuelt materiale automatisk under artikkel 22 første ledd, første setning. Det avgjørende kriterium er om et program kan ha de virkningene på mindreårige som det er vist til i artikkelens første setning.
- 26 Beskyttelse av mindreårige er et legitimt mål for hver av EØS-avtalens avtaleparter. Beskyttelsen av den mentale og moralske utviklingen til mindreårige utgjør en viktig del av beskyttelsen av offentlig moral, et område der det ikke er mulig å fastsette et ensartet europeisk konsept ettersom kravene til moral varierer, avhengig av tid og sted (se *Handyside*-dommen fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol av 7 desember 1976, Serie A vol 24). Denne tilnærmingen har blitt bekreftet av EF-domstolen (se sak 121/85 *Conegate mot HM Customs & Excise* [1986] ECR 1007). I den dommen bemerket EF-domstolen at EF-traktaten tillater en medlemsstat å gjøre sin egen vurdering hva gjelder offentlig moral på sitt territorium. Ikke desto mindre er en stat skyldig i vilkårlig forskjellsbehandling dersom den søker å forby importen av varer og tjenester som lovlig kunne lages og markedsføres på dets territorium.
- 27 Domstolen aksepterer ikke saksøkers anførsler om at programmer som i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling må vurderes i lys av artikkel 22 første ledd, andre setning, og ikke ha alvorlige skadelige virkninger dersom det ved valg av sendetid eller ved tekniske tiltak sørges for at mindreårige som befinner seg i området vanligvis ikke vil se eller høre slike sendinger.
- 28 Det er tilstrekkelig å bemerke, som saksøkte, Den britiske regjering, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskap alle har pekt på, at det følger av ordlyden i artikkel 22 første ledd at bestemmelsen oppstiller to forskjellige typer av programmer, der den andre setningen åpner for muligheten til å ta i betraktning tiltak som har til formål å hindre at mindreårige ser fjernsynssendinger som er sannsynlig at skader den fysiske, mentale eller moralske utviklingen til mindreårige, uten å falle under kategorien av fjernsynssendinger som i alvorlig grad kan skade mindreåriges utvikling

Spørsmål 4 og 5

- 29 Med sitt fjerde og femte spørsmål søker den nasjonale domstolen avklaring av bestemmelsene i direktivet artikkel 2 nr 2, særlig bokstav a) og b). *Saksøker* hevder at det i henhold til artikkel 2 nr 2 a) er krevet et kvalifisert brudd på artikkel 22, og at et slikt kvalifisert brudd ikke har blitt fastslått i den foreliggende saken.

- 30 The *Court* notes that Article 2(2)(a) to (d) of the Directive list the conditions under which a Contracting Party may provisionally suspend retransmissions of television broadcasts from other Contracting Parties. All the conditions listed in Article 2(2)(a) to (d) must be fulfilled in order for the receiving State to restrict retransmission. The measures taken are subject to supervision by the Commission and the EFTA Surveillance Authority, as the case may be.
- 31 The Court notes that it is for the national authorities to assess, with regard to the facts of each case, if the infringement of Article 22 is manifest, serious and grave, as required by Article 2(2)(a). The Court further notes that Article 2(2)(a) and (b) list separate criteria, with (a) regulating the gravity of the infringement, while (b) is to be interpreted to the effect that the right to provisional suspension of retransmission arises when material infringing Article 22, as laid down in Article 2(2)(a), has been broadcast on three occasions within a period of twelve months.
- 32 The Court finally notes that, in decisions on provisional suspension of retransmission, regard must be had to the principle of proportionality.

Costs

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

On those grounds,

THE COURT,

in answer to the questions referred to it by Oslo byrett by an order of 21 October 1997, hereby gives the following Advisory Opinion:

Under Article 2(2) of Council Directive 89/552/EEC, it is for the national authorities of the receiving State to determine, in accordance with that State's values and national legislation, which programmes might seriously impair the physical, mental or moral development of minors within the meaning of Article 22, first paragraph, first sentence of the Directive.

- 30 *Domstolen* bemerker at direktivet artikkel 2 nr 2 a) til d) fastsetter vilkårene for at en avtalepart midlertidig kan avbryte videresending av fjernsynssendinger fra andre avtaleparter. Alle vilkårene som er oppregnet i artikkel 2 nr 2 a) til d) må være oppfylt for at mottakerstaten skal kunne begrense videresending. Tiltakene som er iverksatt er gjenstand for kontroll av henholdsvis Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan.
- 31 *Domstolen* bemerker at det er for de nasjonale myndigheter å vurdere, med hensyn til fakta i hver sak, om bruddet på artikkel 22 er åpenbart, vesentlig og alvorlig som krevet i artikkel 2 nr 2 a). *Domstolen* bemerker videre at artikkel 2 nr 2 a) og b) oppstiller ulike vilkår. Bokstav a) regulerer alvorligheten av bruddet, mens bokstav b) må tolkes slik at retten til midlertidig å avbryte videresending oppstår, som fastsatt i artikkel 2 nr 2 a), når materiale som er i strid med artikkel 22 har vært sendt ved tre anledninger i løpet av en periode på tolv måneder.
- 32 *Domstolen* bemerker endelig at i vedtak om midlertidig avbrudd av videresending må det tas hensyn til forholdsmessighetsprinsippet.

Saksomkostninger

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

På dette grunnlag avgir

DOMSTOLEN,

som svar på de spørsmålene som er forelagt av Oslo byrett ved beslutning av 21 oktober 1997, følgende rådgivende uttalelse:

Etter rådsdirektiv 89/552/EØF artikkel 2 nr 2 er det opp til de nasjonale myndighetene i mottakerstaten, i overensstemmelse med den statens verdier og nasjonal lovgivning, å avgjøre hvilke programmer som i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling i henhold til direktivet artikkel 22 første ledd, første setning.

The exception in the second sentence of Article 22, first paragraph does not extend to programmes “which might seriously impair the physical, mental or moral development of minors” dealt with in the first sentence of Article 22, first paragraph.

All the conditions listed in Article 2(2)(a) to (d) of the Directive must be fulfilled in order for the receiving State to restrict retransmission, regard being had to the principle of proportionality and the decision being subject to supervision by the Commission and the EFTA Surveillance Authority, as the case may be.

The criteria in Article 2(2)(a) and (b) are separate criteria, with (a) regulating the gravity of the infringement and (b) providing that the right to provisional suspension of retransmission arises when material infringing Article 22, as laid down in Article 2(2)(a), has been broadcast on three occasions within a period of twelve months.

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Delivered in open court in Luxembourg on 12 June 1998.

Asle Aarbakke
Registrar
Legal Secretary

Bjørn Haug
President

Unntaket i artikkel 22 første ledd, andre setning, omfatter ikke programmer "som i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling", som er behandlet i artikkel 22 første ledd, første setning.

Alle vilkårene som er oppregnet i direktivet artikkel 2 nr 2 a) til d) må være oppfylt for at mottakerstaten skal kunne begrense videresending, hensyn må tas til forholdsmessighetsprinsippet, og vedtaket er gjenstand for kontroll av henholdsvis Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan.

Vilkårene i artikkel 2 nr 2 a) og b) er forskjellige, idet a) regulerer alvorligheten av bruddet og b) bestemmer at retten til midlertidig å avbryte videresending oppstår, som fastsatt i artikkel 2 nr 2 a), når materiale som er i strid med artikkel 22 har blitt sendt ved tre anledninger i løpet av en periode på tolv måneder.

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Avsagt i åpen rett i Luxembourg den 12 juni 1998.

Asle Aarbakke
Justissekretær
Juridisk sekretær

Bjørn Haug
President

REPORT FOR THE HEARING
in Case E-8/97

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

TV 1000 Sverige AB

and

Norwegian Government, represented by the Royal Ministry of Cultural Affairs

on the interpretation of Council Directive 89/552/EEC.

I. Introduction

1. By an order dated 21 October 1997, registered at the Court on 24 October 1997, Oslo byrett (Oslo City Court), a Norwegian municipal court, made a reference to the EFTA Court for an advisory opinion in a case brought before it by TV 1000 Sverige AB against the Norwegian Government, represented by the Royal Ministry of Cultural Affairs. The dispute before the Norwegian court concerns the validity of a decision of the Royal Ministry of Cultural Affairs, by which it prohibited further broadcast of the FilmMax channel on the Norwegian cable system as of 22 May 1995.

II. Legal background

National legislation

2. According to the request, the decision to stop FilmMax's broadcasts was taken pursuant to section 4-5, first paragraph, litra b of Act No. 127 of 4 December 1992 on broadcasting (*kringkastingsloven*, hereinafter the "Broadcasting Act"). The provision entered into force on 1 January 1994.

3. Section 4-5, first paragraph, litra b of the Broadcasting Act reads as follows:

"The Mass Media Authority may prohibit further broadcast by television stations which ... broadcast programmes with pornography or violence in violation of Norwegian law."

4. Section 211 of the Norwegian General Civil Penal Code (*straffeloven*, Act no. 10 of 22 May 1902, hereinafter the "Penal Code"), last amended on 22 May 1992, reads:

"Any person shall be liable to fines or imprisonment for a term not exceeding two years, or to both, who

RETSMØTERAPPORT
i sak E-8/97

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

TV 1000 Sverige AB

og

Den norske regjering, representert ved Kulturdepartementet

om tolkningen av rådsdirektiv 89/552/EØF.

I. Innledning

1. Ved beslutning datert 21 oktober 1997, mottatt ved Domstolen den 24 oktober 1997, anmodet Oslo byrett EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse i en sak innbrakt for denne av TV 1000 Sverige AB mot Den norske regjering, representert ved Kulturdepartementet. Tvisten ved den norske domstolen gjelder gyldigheten av en beslutning av Kulturdepartementet der det satte forbud mot videresending av kanalen FilmMax i norske kabelnett fra og med 22 mai 1995.

II. Rettslig bakgrunn

Nasjonal lovgivning

2. Ifølge anmodningen ble vedtaket om å stoppe FilmMax' fjernsynssendinger truffet i medhold av lov om kringkasting av 4 desember 1992 nr 127 (heretter "kringkastingsloven") § 4-5(1) bokstav b. Bestemmelsen trådte i kraft 1 januar 1994.

3. Kringkastingsloven § 4-5(1) bokstav b lyder som følger:

"Statens mediaforvaltning kan forby videresending av fjernsynskanaler som ... sender et program med pornografi eller i strid med norsk lov."

4. Almindelig borgerlig Straffelov av 22 mai 1902 nr 10 (heretter "straffeloven") § 211, sist endret den 22 mai 1992, lyder:

"Med bøter eller med fengsel inntil 2 år eller med begge deler straffes:

- a) gives public lectures or arranges public performances or exhibitions of an indecent or pornographic content,
- b) publishes, offers for sale or hire or in any other way seeks to disseminate, or with intent to so disseminate, imports indecent or pornographic writings, pictures, films, videograms or the like,
- c) delivers indecent or pornographic writings, pictures, films, videograms or the like to persons under 18 years of age.
- d) possesses or imports pictures, films, videograms, or the like in which any person who is, must be considered to be or is presented as being under 16 years of age is shown in an indecent or pornographic manner.

In this section indecent or pornographic depictions mean sexual depictions that have an offensive effect or in any other way are capable of having a humanly degrading or brutalizing effect, including sexual depictions showing children, animals, violence, duress, and sadism.

An accomplice shall be liable to the same penalty.

Any person who negligently commits any such act as is referred to in this section shall be liable to fines or imprisonment for a term not exceeding six months or both.

Any proprietor or superior who wilfully or negligently omits to prevent the commission in his business of any such act is referred to in this section shall be liable to the same penalty.

In the apportioning of the sentence the fact that the indecent or pornographic depictions include the use of children, animals, violence, duress, and sadism shall be treated as an aggravating circumstance.

This section shall not apply to films or videograms that the National Board of Film Censors has by prior control approved for commercial exhibition or sale.”

EEA law

5. Directive 89/552/EEC of 3 October 1989, on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities (hereinafter “the Directive”) is referred to in point 1 of Annex X to the EEA Agreement.

6. Article 2 of the Directive provides:

“1. Each Member State shall ensure that all television broadcasts transmitted

- by broadcasters under its jurisdiction, or
- by broadcasters who, while not being under the jurisdiction of any Member State, make use of a frequency or a satellite capacity granted by, or a satellite up-link situated in, that Member State,

comply with the law applicable to broadcasts intended for the public in that Member State.

2. Member States shall ensure freedom of reception and shall not restrict retransmission on their territory of television broadcasts from other Member States for reasons which fall within the fields co-ordinated by this Directive. Member States may provisionally suspend retransmissions of television broadcasts if the following conditions are fulfilled:

- a) den som holder offentlig foredrag eller istandbringer offentlig forestilling eller utstilling av utuktig eller pornografisk innhold.
- b) den som utgir, frambyr til salg eller leie eller på annen måte søker å utbre, eller som med hensikt å foreta slik utbredelse innfører utuktige eller pornografiske skrifter, bilder, filmer, videogram eller lignende.
- c) den som overlater utuktige eller pornografiske skrifter, bilder, film, videogram og liknende til personer under 18 år.
- d) den som besitter eller innfører bilder, film, videogram eller lignende, hvor noen som er, må regnes å være eller fremstilles som å være under 16 år, er vist på en utuktig eller pornografisk måte.

Med utuktige eller pornografiske skildringer menes i denne paragraf kjønslige skildringer som virker støtende eller på annen måte er egnet til å virke menneskelig nedverdiggende eller forræcende, herunder kjønslige skildringer med bruk av barn, dyr, vold, tvang og sadisme.

Medvirkning straffes på samme måte.

Med bøter eller fengsel inntil 6 måneder eller begge deler straffes den som av uaktksomhet foretar noen sådan handling som er nevnt i denne paragraf.

På samme måte straffes den innehaver eller overordnede som forsettlig eller av uaktksomhet unnlater å hindre at det i en virksomhet blir foretatt handling som nevnt i denne paragraf.

Ved straffutmålingen legges det i skjerpene retning vekt på om de utuktige eller pornografiske skildringer omfatter bruk av barn, dyr, vold, tvang og sadisme.

Paragrafen gjelder ikke for film eller videogram som Statens filmtilsyn ved forhåndskontroll har godkjent til ervervsmessig framvisning eller omsetning."

EØS-retten

5. Direktiv 89/552/EØF av 3 oktober 1989 om samordning av visse bestemmelser om utøvelse av fjernsynsvirksomhet, fastsatt ved lov eller forskrift i medlemsstatene (heretter "direktivet") er omhandlet i EØS-avtalen vedlegg X punkt 1.

6. Direktivet artikkel 2 lyder:

- "1. Hver medlemsstat skal påse at alle fjernsynsprogrammer sendt
 - av fjernsynsselskaper underlagt denne medlemsstats myndighet eller
 - av fjernsynsselskaper som nytter en frekvens eller en satellittkapasitet som vedkommende medlemsstat har gitt tillatelse til å bruke, eller en satelittforbindelse som er plassert i medlemsstaten, selv om de ikke er underlagt noen medlemsstats myndighet,

er i samsvar med gjeldende lovgivning for sendinger beregnet på allmennheten i denne medlemsstat.

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

- (a) a television broadcast coming from another Member State manifestly, seriously and gravely infringes Article 22;
- (b) during the previous 12 months, the broadcaster has infringed the same provision on at least two prior occasions;
- (c) the Member State concerned has notified the broadcaster and the Commission in writing of the alleged infringements and of its intention to restrict retransmission should any such infringement occur again;
- (d) consultations with the transmitting State and the Commission have not produced an amicable settlement within 15 days of the notification provided for in point (c), and the alleged infringement persists.

The Commission shall ensure that the suspension is compatible with Community law. It may ask the Member State concerned to put an end to a suspension which is contrary to Community law, as a matter of urgency. This provision is without prejudice to the application of any procedure, remedy or sanction to the infringements in question in the Member State which has jurisdiction over the broadcaster concerned.

3. This Directive shall not apply to broadcasts intended exclusively for reception in States other than Member States, and which are not received directly or indirectly in one or more Member States.”

7. Article 22 of the Directive provides:

“Member States shall take appropriate measures to ensure that television broadcasts by broadcasters under their jurisdiction do not include programmes which might seriously impair the physical, mental or moral development of minors, in particular those that involve pornography or gratuitous violence. This provision shall extend to other programmes which are likely to impair the physical, mental or moral development of minors, except where it is ensured, by selecting the time of the broadcast or by any technical measure, that minors in the area of transmission will not normally hear or see such broadcasts.

Member States shall also ensure that broadcasts do not contain any incitement to hatred on grounds of race, sex, religion or nationality.”

8. Directive 97/36/EC of the European Parliament and of the Council of 30 June 1997, amending Council Directive 89/552/EEC, has not yet been incorporated into the EEA Agreement by a decision of the EEA Joint Committee. Article 1(2) of Directive 97/36/EC amends Article 2 and inserts a new Article 2a. The new Article 2a reads:

- “1. Member States shall ensure freedom of reception and shall not restrict retransmissions on their territory of television broadcasts from other Member States for reasons which fall within the fields coordinated by this Directive.
- 2. Member States may, provisionally, derogate from paragraph 1 if the following conditions are fulfilled:
 - (a) a television broadcast coming from another Member State manifestly, seriously and gravely infringes Article 22 (1) or (2) and/or Article 22a;

- a) en fjernsynssending fra en annen medlemsstat utgjør et åpenbart, vesentlig og alvorlig brudd på artikkel 22.
- b) fjernsynsselskapet har i løpet av de 12 foregående månedene overtrådt den samme bestemmelsen ved minst to tidligere anledninger,
- c) vedkommende medlemsstat har gitt fjernsynsselskapet og Kommisjonen skriftlig melding om de påståtte overtredelsene og om at den har til hensikt å hindre videresending dersom overtredelsen skjer igjen.
- d) konsultasjoner med senderstaten og Kommisjonen har ikke ført til en minnelig løsning innen femten dager etter at meldingen omhandlet i bokstav c) ble gitt, og den påståtte overtredelsen fortsetter.

Kommisjonen skal påse at midlertidige avbrudd skjer i samsvar med fellesskapsretten. Den kan anmode vedkommende medlemsstat om straks å stanse avbrudd som er i strid med fellesskapsretten. Denne bestemmelse er ikke til hinder for å innlede saksbehandling, treffe forholdsregler eller sanksjoner i forbindelse med de aktuelle overtredelsene i den medlemsstat hvis myndighet fjernsynsselskapet er underlagt.

3. Dette direktiv skal ikke få anvendelse på sendinger som utelukkende er beregnet på å mottas i andre stater enn medlemsstatene, og som verken direkte eller indirekte mottas i en eller flere medlemsstater."

7. Direktivet artikkel 22 lyder:

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

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

8. Europaparlaments- og rådsdirektiv 97/36/EF av 30 juni 1997, som endrer rådsdirektiv 89/552/EØF, er hittil ikke gjort til del av EØS-avtalen gjennom et vedtak av EØS-komiteén. Direktiv 97/36/EF artikkel 1 nr 2 endrer artikkel 2 og tilføyer en ny artikkel 2a. Den nye artikkel 2a lyder:

1. Medlemsstatene skal sikre fri mottaking og skal ikke hindre videresending på sitt territorium av fjernsynssendinger fra andre medlemsstater på grunn av forhold som faller inn under områder som samordnes ved dette direktiv.
2. Medlemsstatene kan midlertidig gjøre unntak fra nr. 1 dersom følgende forhold foreligger:
 - a) en fjernsynssending fra en annen medlemsstat utgjør et åpenbart, vesentlig og alvorlig brudd på artikkel 22 nr. 1 eller 2 og/eller artikkel 22a,

- (b) during the previous 12 months, the broadcaster has infringed the provision(s) referred to in (a) on at least two prior occasions;
- (c) the Member State concerned has notified the broadcaster and the Commission in writing of the alleged infringements and of the measures it intends to take should any such infringement occur again;
- (d) consultations with the transmitting Member State and the Commission have not produced an amicable settlement within 15 days of the notification provided for in (c), and the alleged infringement persists.

The Commission shall, within two months following notification of the measures taken by the Member State, take a decision on whether the measures are compatible with Community law. If it decides that they are not, the Member State will be required to put an end to the measures in question as a matter of urgency.

- 3. Paragraph 2 shall be without prejudice to the application of any procedure, remedy or sanction to the infringements in question in the Member State which has jurisdiction over the broadcaster concerned.”

Article 1(27) of Directive 97/36/EC amends Article 22 of Directive 89/552/EEC. The new Article 22 reads:

- “1. Member States shall take appropriate measures to ensure that television broadcasts by broadcasters under their jurisdiction do not include any programmes which might seriously impair the physical, mental or moral development of minors, in particular programmes that involve pornography or gratuitous violence.
- 2. The measures provided for in paragraph 1 shall also extend to other programmes which are likely to impair the physical, mental or moral development of minors, except where it is ensured, by selecting the time of the broadcast or by any technical measure, that minors in the area of transmission will not normally hear or see such broadcasts.
- 3. Furthermore, when such programmes are broadcast in unencoded form Member States shall ensure that they are preceded by an acoustic warning or are identified by the presence of a visual symbol throughout their duration.”

In addition, a new Article 22a now provides that Member States shall ensure that broadcasts do not contain any incitement to hatred on grounds of race, sex, religion or nationality.

III. Facts and Procedure

9. TV 1000 Sverige AB is a Swedish broadcasting company, which broadcasts on, *inter alia*, the TV 1000 and FilmMax channels. Television programmes are broadcast from Sweden in the form of satellite signals that are captured by Norwegian receiving stations. These are in turn linked to Norwegian cable systems, which broadcast the television signals to Norwegian homes. The broadcasts are encoded so that they can only be received by paying subscribers. The television channels can also be received directly by subscribers with satellite dishes and decoding equipment.

- b) fjernsynsselskapet har i løpet av de tolv foregående månedene allerede overtrådt én eller flere av bestemmelsene nevnt i bokstav a) ved minst to anledninger,
- c) vedkommende medlemsstat har gitt fjernsynsselskapet og Kommisjonen skriftlig melding om de påståtte overtredelsene og om de tiltak den har til hensikt å treffe dersom overtredelse skjer igjen.
- d) konsultasjoner med sendermedlemsstaten og Kommisjonen har ikke ført til en minnelig løsning innen 15 dager etter at meldingen omhandlet i bokstav c) ble gitt, og den påståtte overtredelsen fortsetter.

Kommisjonen skal innen to måneder etter at det ble gitt underretning om tiltakene medlemsstaten har truffet, avgjøre om tiltakene er i samsvar med fellesskapsretten. Dersom Kommisjonen avgjør at tiltakene ikke er i samsvar med fellesskapsretten, skal medlemsstaten anmodes om straks å stanse tiltakene.

- 3. Nr. 2 er ikke til hinder for at det innledes saksbehandling, treffes forholdsregler eller sanksjoner i forbindelse med de aktuelle overtredelsene i den medlemsstat hvis myndighet fjernsynsselskapet er underlagt."

Direktiv 97/36/EF artikkel 1 nr 27 endrer direktiv 89/552/EØF artikkel 22. Den nye artikkel 22 lyder:

- "1. Medlemsstatene skal treffe passende tiltak for å sikre at fjernsynsselskaper underlagt deres myndighet ikke sender noen programmer som i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling, særlig programmer som inneholder pornografiske scener eller umotivert vold.
- 2. Tiltakene nevnt i nr. 1 skal også omfatte andre programmer som kan skade mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling, med mindre det ved valg av sendetid eller ved andre tekniske tiltak sørges for at mindreårige som befinner seg i sendeområdet, vanligvis ikke kan se eller høre slike sendinger.
- 3. Når slike programmer kringkastes i ukodet form, skal medlemsstatene i tillegg sørge for at det gis en akustisk advarsel for sending, eller at programmene under hele sendetiden kan identifiseres ved hjelp av et visuelt symbol."

I tillegg bestemmer nå en ny artikkel 22a at medlemsstatene skal påse at sendinger ikke inneholder elementer som sporer til hat på grunnlag av rase, kjønn, religion eller nasjonalitet

III. Fakta og prosedyre

9. TV 1000 AB er et svensk fjernsynsselskap som bl a sender på fjernsynskanalen TV 1000 og FilmMax. Fjernsynsprogrammene sendes fra Sverige som satelittsignaler som mottas av norske mottaksstasjoner. Disse er igjen knyttet til norske kabelnett som videreformidler fjernsynssignalene til norske hjem. Sendingene er kodet slik at de bare kan mottas av betalende abonnenter. Fjernsynskanalen kan også tas direkte inn av abonnenter med parabolantenne og dekoderutstyr.

10. Både TV 1000 og FilmMax har tidvis sendt filmer med eksplisitte seksuelle scener. TV 1000 har i disse tilfellene lagt inn en sort firkant i bildet som opptar omtrent 1/3 av billedflaten. I kanalen FilmMax sendte man imidlertid de pornografiske filmene usensurert. Den 16 september

10. Both TV 1000 and FilmMax have at times broadcast films with explicit sexual scenes. In these cases, TV 1000 has placed a black square on the screen image which takes up about one-third of the screen surface. However, the pornographic films were transmitted in uncensored form on the FilmMax channel. As of 24.00 hrs on 16 September 1994, FilmMax broadcast the film "Andrew Blake's girls". As of 00.30 hrs on 17 September 1994, the film "The best of Andrew Blake" was broadcast. As of 23.30 hrs on 18 September 1994, the film "A Pussy called Wanda" was broadcast.

11. The Norwegian Board of Film Classification (*Statens Filmtilsyn*), which is the administrative body which assesses whether the content of films and videograms violate Norwegian legislation, found that all three films clearly violated section 211 of the Norwegian Penal Code.

12. Based on this, the Norwegian Mass Media Authority (*Statens medieforvaltning*) notified TV 1000 Sverige AB that the intention was to take a decision to prohibit further broadcast of FilmMax on Norwegian cable systems if FilmMax again broadcast films which were in violation of section 211 of the Penal Code. The notice was given on 24 October 1994 pursuant to section 16 of the Act of 10 February 1967 on procedure in cases concerning the public administration (the Public Administration Act – *forvaltningsloven*), which requires the Mass Media Authority to give such prior notice.

13. On 10 November 1994, FilmMax broadcast the film "Justin et Juillet". The Norwegian Board of Film Classification found that this film also clearly violated section 211 of the Norwegian Penal Code.

14. Pursuant to Council Directive 89/552/EEC, Norwegian authorities notified the EFTA Surveillance Authority (ESA) of plans to interrupt FilmMax's broadcasts on Norwegian cable systems. Pursuant to Article 2(2)(d) of the Directive, a consultation meeting was held on 15 February 1995, with the EFTA Surveillance Authority, Norwegian and Swedish authorities, as well as representatives from the EU Commission, without an amicable settlement being reached. In a report of the meeting, the EFTA Surveillance Authority concluded that Norwegian authorities had fulfilled their obligations under the EEA Agreement. The EFTA Surveillance Authority found that all conditions were met for Norway to be able to take a decision on temporary interruption of broadcasts of FilmMax on Norwegian cable systems.

15. On 30 November 1994, the Mass Media Authority decided to prohibit the broadcast of FilmMax on Norwegian cable systems as of 9 December 1994. On 21 December 1994, TV 1000 Sverige AB, TV 1000 Norge AS, Norske Fjernsynsantenner AS and Mr Einar Brustad filed a complaint against the decision of the Mass Media Authority with the Norwegian Royal Ministry of Cultural Affairs. Norske Fjernsynsantenner is a cable company that distributes television signals through a separate system, and Mr Einar Brustad was a subscriber to FilmMax. On 15 May 1995, the Norwegian Royal Ministry of Cultural Affairs made a decision on the complaint, which was to prohibit further broadcasts of FilmMax as of 22 May 1995 as of 24.00 hrs.

16. Before the national court, the plaintiff, TV 1000 Sverige AB, has argued that the decision of 15 May 1995 by the Ministry of Cultural Affairs suffers from shortcomings relating to competence and content, which render the decision invalid. The plaintiff has argued that Norway is subject to Directive 89/552/EEC, and that section 4-5, *litra b*, of the Broadcasting Act, on which the decision is based, must be interpreted as having the same meaning as Article 2, *cf.* Article 22 of the Directive.

1994 fra kl 24.00 sendte FilmMax filmen "Andrew Blake's girls". Den 17 september 1994 fra kl 00.30 ble filmen "The best of Andrew Blake" sendt. Den 18 september 1994 fra kl 23.30 ble filmen "A Pussy called Wanda" sendt.

11. Statens filmtilsyn, som er det forvaltningsorgan som vurderer om innholdet av filmer og videogrammer er i strid med norsk lovgivning, fant at alle tre filmene klart stred mot straffeloven § 211.

12. På bakgrunn av dette varslet Statens medieforvaltning TV 1000 Sverige AB at man hadde til hensikt å treffe vedtak om å forby videresending av FilmMax i norske kabelnett dersom FilmMax på nytt sendte filmer som var i strid med straffeloven § 211. Varslet ble gitt 24 oktober 1994 i henhold av lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10 februar 1967 § 16, som pålegger Statens medieforvaltning en plikt til å gi slikt forhåndsvarsel.

13. Den 10 november 1994 sendte FilmMax filmen "Justin et Juillet". Statens filmtilsyn fant at også denne filmen klart stred mot straffeloven § 211.

14. I henhold til rådsdirektiv 89/552/EØF meddelte norske myndigheter EFTAs overvåkningsorgan (ESA) om sine planer om å avbryte FilmMax' sendinger på det norske kabelnettet. I henhold til direktivet artikkel 2 nr 2 bokstav d, ble det den 15 februar 1995 avholdt et konsultasjonsmøte med EFTAs overvåkningsorgan, norske og svenske myndigheter samt representanter fra Kommissjonen for De europeiske fellesskap, uten at det ble nådd en minnelig ordning. I en rapport fra møtet konkluderte EFTAs overvåkningsorgan med at norske myndigheter hadde oppfylt sine forpliktelser etter EØS-avtalen. EFTAs overvåkingsorgan fant at alle vilkårene var oppfylt slik at Norge kunne treffe vedtak om midlertidig avbrudd av FilmMax' sendinger i det norske kabelnettet.

15. Den 30 november 1994 traff Statens medieforvaltning vedtak om å forby sending av FilmMax i norske kabelnett fra og med 9 desember 1994. Den 21 desember 1994 ble Statens medieforvaltnings vedtak påklaget til Kulturdepartementet av TV 1000 Sverige AB, TV 1000 Norge AS, Norske Fjernsynsantenner AS og Einar Brustad. Norske Fjernsynsantenner er et kabelselskap som distribuerer fjernsynssignaler gjennom et eget nett, og Einar Brustad var abonnent på FilmMax. Den 15 mai 1995 traff Kulturdepartementet vedtak i klagesaken, som var å forby videresending av FilmMax fra og med 22 mai 1995 kl 24.00.

16. For den nasjonale domstolen har saksøkeren, TV 1000 Sverige AB, anført at Kulturdepartementets vedtak av 15 september 1995 lider av kompetanse- og innholdsmangler som medfører at vedtaket er ugyldig. Saksøker har anført at Norge er underlagt direktiv 89/552/EØF og at kringkastingsloven § 4-5 bokstav b, som vedtaket er basert på, må tolkes slik at den gir det samme meningsinnholdet som direktivet artikkel 2, jf artikkel 22.

17. Oslo byrett, considering that Article 22, first sentence of Council Directive 89/552/EEC may raise questions as to whether the provision leaves it up to the individual EU/EFTA country to determine the degree of pornography, violence, etc., which can be deemed to seriously impair the physical, mental or moral development of minors, or whether the Directive seeks to introduce a common EU standard with respect to what is to be accepted in terms of pornography, violence, etc., in the European Economic Area, has decided to refer a request to the EFTA Court to obtain an advisory opinion on certain questions.

IV. Questions

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

"1. Does Article 22, first sentence of Council Directive 89/552/EEC introduce a common standard for what "might seriously impair the physical, mental or moral development of minors" or is it left up to each individual EU and EFTA country to determine the degree of pornography, violence, etc., which is to be deemed to have the damaging effects referred to in Article 22?

2. In the event that Article 22, first sentence of Council Directive 89/552/EEC establishes a common standard for the European Economic Area: is the Swedish norm which accepts scenes shot in close-ups with masturbation, licking and sucking of sexual organs, intercourse, dwelling on ejaculation in the mouths of women and group sex an expression of the common norm in Article 22 which is to apply for the European Economic Area?

3. Can the provision in Article 22, first paragraph, second sentence of Council Directive 89/552/EEC concerning the choice of broadcast time and technical measures apply to circumstances which are to be subsumed under Article 22, first paragraph, first sentence?

4. If a film is deemed to be contrary to Article 22, first paragraph, first sentence of Council Directive 89/552/EEC, is Article 2(2)(a) a further impediment to the temporary interruption of further broadcast of television broadcasts under Article 2(2)?

5. Are repeated acts contrary to Article 22 of the TV Directive to be subsumed under Article 2(2) (a) or (b)?"

V. Written observations

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

- the plaintiff, represented by Counsel Mr Birger Nilsen, Advokatfirma Meltvedt & Co., Oslo;
- the defendant, represented by the Office of the Attorney General (Civil Affairs), represented by Ms Bergljot Webster;
- the Government of Sweden, represented by Mr Erik Brattgård, acting as Agent;

17 Oslo byrett har funnet at det etter rådsdirektiv 89/552/EØF artikkel 22 første setning kan reises spørsmål om bestemmelsen overlater til de enkelte EU/EFTA-land å avgjøre hvilken grad av pornografi, vold mv som kan anses i alvorlig grad å skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling, eller om direktivet søker å innføre en felles EU-standard for hva man i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde skal akseptere av pornografi, vold mv, og har besluttet å rette en anmodning til EFTA-domstolen for en rådgivende uttalelse om visse spørsmål.

IV. Spørsmål

18. Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:

"1. Medfører rådsdirektiv 89/552/EØF artikkel 22, 1. pkt. en felles standard for hva som "i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling" eller er det opp til det enkelte EU- og EFTA-lands skjønn å selv avgjøre hvilken grad av pornografi, vold o.l. som anses for å ha de skadevirkninger art 22 oppstiller?"

2. Under forutsetning av at rådsdirektiv 89/552/EØF artikkel 22 fastsetter en felles standard for EØS-området: Er den svenske normen som godtar scener fotografert i nærbilder med masturbasjon, slikking og suging av kjønnsorganer, samleier, dveling ved sædavgang i kvinners munn og gruppesex uttrykk for den felles standard i artikkel 22 som skal gjelde for det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområdet?"

3. Kan bestemmelsen i rådsdirektiv 89/552/EØF artikkel 22 første ledd annet punktum angående valg av sendetid og tekniske tiltak komme til anvendelse på forhold som skal subsumeres under artikkel 22 første ledd første punktum?"

4. Hvis en film først anses for å være i strid med rådsdirektiv 89/552/EØF artikkel 22 første ledd første punktum, utgjør artikkel 2 nr 2 bokstav a) noen ytterligere hindring for å midlertidig avbryte videresending av fjernsynssending etter artikkel 2 nr 2?"

5. Skal gjentatte brudd på TV-direktivets artikkel 22 subsumeres under artikkel 2 nr 2 bokstav a) eller bokstav b)?"

V. Skriftlige saksfremstillinger

19. I medhold av Vedtektene for EFTA-domstolen artikkel 20 og Rettergangsordningen artikkel 97 er skriftlige saksfremstillinger mottatt fra:

- saksøker, representert ved advokat Birger Nilsen, Advokatfirma Meltvedt & Co, Oslo;
- saksøkte, representert ved Bergljot Webster, regjeringsadvokatens kontor;
- Den svenske regjering, representert ved Erik Brattgård, som partsrepresentant;

- the Government of the United Kingdom, represented by Mr J.E. Collins, acting as Agent, and Mr Rhodri Thompson, Barrister;
- the EFTA Surveillance Authority, represented by Ms Helga Óttarsdóttir, Officer, Legal & Executive Affairs, acting as Agent;
- the Commission of the European Communities, represented by Ms Karen Banks, Member of its Legal Service, acting as Agent.

TV 1000 Sverige AB

20. The *plaintiff* submits that, pursuant to Article 2(1) of the Directive, Swedish authorities are to ensure that the television programmes in question comply with the applicable national law. The plaintiff refers to the Preamble to the Directive in support of the view that it is for the transmitting State to ensure that broadcasts comply with national law as co-ordinated by the Directive, without secondary control on the same grounds in the receiving State. This is sufficient under Community law to ensure free movement of broadcasts.

21. All of the relevant films broadcast on FilmMax have been approved by Swedish authorities. No objections have been made as to the content of the broadcasts in other Nordic countries which receive broadcasts from FilmMax.

22. The plaintiff submits that the discretion provided for in Article 22 of the Directive concerns whether “programmes which might seriously impair the physical, mental or moral development of minors, in particular those that involve pornography or gratuitous violence” may be broadcast. Further, the plaintiff submits, the provision applies “except where it is ensured, by selecting the time of the broadcast or by any technical measure, that minors in the area of transmission will not normally hear or see such broadcasts.”

23. In approving the films broadcast on FilmMax, Swedish authorities have found that the films cannot seriously impair the physical, mental or moral development of minors. It is submitted that the physical, mental and moral development of Norwegian minors cannot be seriously impaired by films which do not have such an effect on Swedish minors. The films in question show actions between human beings which are permitted. If the films were to be found to seriously impair the development of minors, the plaintiff stresses that through the timing of the broadcast and through technical measures it is ensured that minors in the area will not normally hear or see the broadcasts. The films in question were broadcast starting as of midnight, and an active action is required from the subscriber in the ordering of the subscription and the payment of the fee. Additionally, a decoder is necessary to be able to receive the television signals; it normally has an interruption mechanism which allows the decoder to be blocked for use by minors.

24. In any event, the plaintiff argues that the films at issue do not manifestly, seriously and gravely infringe Article 22, cf. Article 2(2)(a) of the Directive. To suspend retransmissions of broadcasts under Article 2(2) of the Directive, a qualified infringement of Article 22 is required. No such infringement can be established in the case at hand.

- Den britiske regjering, representert ved J.E. Collins, som partsrepresentant, og Rhodri Thompson, advokat;
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved Helga Óttarsdóttir, saksbehandler, Avdelingen for juridiske saker og ekskutivesaker, som partsrepresentant;
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert Karen Banks, ansatt i Rettsavdelingen, som partsrepresentant.

TV 1000 Sverige AB

20. *Saksøker* hevder at i henhold til direktivet artikkel 2 nr 1 skal svenske myndigheter sikre at de fjernsynsprogrammene det er tale om er i samsvar med gjeldende nasjonal lov. *Saksøker* viser til direktivets fortale til støtte for synspunktet om at det er senderstaten som skal sikre at sendinger er i samsvar med nasjonal lov som koordinert ved direktivet, uten sekundærkontroll i mottakerstaten. Dette er etter fellesskapsretten tilstrekkelig til å sikre fri bevegelighet av sendinger.

21. Alle de aktuelle filmene som ble sent på FilmMax har blitt godkjent av svenske myndigheter. Det har ikke fremkommet innsigelser mot innholdet av sendingene i andre nordiske land som mottar FilmMax' sendinger.

22. *Saksøker* hevder at skjønnstemaet i direktivet artikkel 22 er om det kan sendes "programmer som i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling, særskilt programmer som inneholder pornografiske scener eller umotivert vold." *Saksøker* hevder videre at bestemmelsen får anvendelse "med mindre det ved valg av sendetid eller ved andre tekniske tiltak sørges for at mindreårige som befinner seg i sendeområdet, vanligvis ikke ser eller hører sendinger."

23. Svenske myndigheter har ved godkjenningen av de filmer som sendes på FilmMax funnet at filmene ikke i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling. Det hevdes at norske mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling ikke i alvorlig grad kan skades av filmer som ikke har en slik virkning på svenske mindreårige. Filmene det er tale om viser handlinger mellom mennesker som er tillatt. Dersom filmene i alvorlig grad hadde blitt funnet å skade mindreåriges utvikling, understreker saksøkeren at det ved valg av sendetid og ved tekniske tiltak er sikret at mindreårige i sendeområdet vanligvis ikke ser eller hører sendingene. Det var sendestart ved midnatt for de filmene det er tale om, og det er krevet en aktiv handling fra abonnentens side ved bestillingen av abonnement og betalingen av avgiften. I tillegg er det nødvendig med en dekode for å kunne motta fjernsynssignalene; den har vanligvis en innstillingsmekanisme som innebærer at dekodeen kan sperres for bruk av mindreårige.

24. Under enhver omstendighet anfører saksøkeren at filmene det gjelder ikke utgjør et åpenbart, vesentlig og alvorlig brudd på direktivet artikkel 22, jf artikkel 2 nr 2 a). Det kreves et kvalifisert brudd på direktivet artikkel 22 for å avbryte videresending i henhold til artikkel 2 nr 2. Et slikt brudd foreligger ikke i den nærværende saken.

The Norwegian Government

25. The *defendant*, the Norwegian Government, stresses that, under Norwegian law, films with a strong emphasis on sexual organs in a sexual context and which are aimed at being sexually exciting for the viewer are usually beyond what may be acceptable under section 211 of the Norwegian Penal Code. The defendant refers to three Supreme Court judgments which establish this. The judgments are published in Norsk Rettstidende 1978:1111, 1984:1016 and 1987:1537.

26. The defendant further stresses that, when the new Broadcasting Act was enacted in 1992, the legislator stated that Norwegian law was in accordance with Directive 89/552/EEC, and the majority of the parliamentary committee dealing with the Act stated that the EEA Agreement did not give rise to a need to amend Norwegian legislation on pornography, which television programmes broadcast on cable systems in Norway must not violate.

27. The defendant interprets the Directive to the effect that a receiving State may not carry out further controls in addition to those effected by the transmitting State, except in certain limited circumstances, when a receiving State may implement controls and sanctions in the form of temporary suspension of the broadcast, pursuant to Article 2(2), second sentence.

28. The defendant submits that the wording of Article 22 of the Directive implies that the Directive assumes that pornography can seriously impair the “physical, mental and moral development” of minors. It is therefore not necessary to prove that pornography actually may have such an effect on children. The essential question is what is to be defined as pornography. The defendant submits that, subject to certain limits, it must be up to the Member States to establish that definition. It was never the intention to co-ordinate through the Directive the concept of pornography for all Member States. No attempts have been made to harmonize similar standards in other areas of EC law (Case C-34/79 *Regina v. Henn and Darby* [1979] ECR 3795 and Case C-121/85 *Conegate v HM Customs & Excise* [1986] ECR 1007).

29. The defendant submits that the effects to be avoided are the impairment of children’s mental and moral development, both of which are dependent upon the cultural environment. The Directive gives the Member States a margin of appreciation, subject to certain limits. The defendant submits that there is a lower limit for the concept of “pornography” under the Directive, below which a case must be considered under the second sentence of Article 22, for which the harm to minors need not be serious for a violation to be found. The Directive also implies an upper limit for what a State may allow to be broadcast, without violating the obligation to intervene against pornographic broadcasts. The defendant submits that the films in question clearly exceed the lower limit under the Directive and that there can be no doubt that the films referred to are of such a nature that a State must be able to characterize them as being pornographic within the meaning of the Directive.

30. The defendant proposes the following answers to the questions:

“Question 1:

Council Directive. 89/552/EEC is to be interpreted as not introducing a common standard for what “might seriously impair the physical, mental or moral development of minors”. Each EU and EFTA State must determine the degree of pornography, violence, etc., which is to be deemed to have the damaging effects referred to in Article 22.

Den norske regjering

25. *Saksøkte*, Den norske regjering, understreker at etter norsk lov vil filmer med en sterk fremheving av kjønnsorganer i seksuell sammenheng, med det formål å virke seksuelt opphissende på seeren, normalt ligger utenfor det som kan aksepteres etter straffeloven § 211. *Saksøkte* viser til tre dommer fra Høyesterett som fastsetter dette. Dommene er publisert i Norsk Retstidende 1978 s 1111, 1984 s 1016 og 1987 s 1537.

26. *Saksøkte* understreker videre at da den nye kringkastingsloven ble gitt i 1992 ga lovgiver uttrykk for at norsk rett var i samsvar med direktiv 89/552/EØF, og at flertallet i stortingskomiteén som behandlet loven slo fast at EØS-avtalen ikke medførte behov for å endre norsk lovgivning om pornografi. Fjernsynsprogram som sendes på kabelnettet i Norge må ikke være i strid med denne lovgivningen.

27. *Saksøkte* tolker direktivet slik at mottakerstaten ikke kan utføre ytterligere kontroll i tillegg til den som er utført av senderstaten, med unntak av visse begrensede tilfeller når mottakerstaten kan gjennomføre kontroll og iverksette sanksjoner i form av midlertidig avbrudd av sendingen i henhold til artikkel 2 nr 2, annen setning.

28. *Saksøkte* hevder at ordlyden i direktivet artikkel 22 innebærer at direktivet forutsetter at pornografi i alvorlig grad kan skade mindreåriges "fysiske, mentale og moralske utvikling". Det er derfor ikke nødvendig å bevise at pornografi faktisk kan ha en slik virkning på barn. Det sentrale spørsmålet er hva som skal defineres som pornografi. *Saksøkte* hevder at det, innenfor visse grenser, må være opp til medlemsstatene å fastsette den definisjonen. Det var aldri meningen å samordne pornografibegrepet i alle medlemslandene gjennom direktivet. Ingen forsøk er gjort på å samordne tilsvarende standarder på andre felt av EF-retten (sak C-34/79 *Regina* mot *Henn* og *Darby* [1979] ECR 3795 og sak C-121/85 *Conegate* mot *HM Customs & Excise* [1986] ECR 1007).

29. *Saksøkte* hevder at de virkninger som skal unngås er skade på barns mentale og moralske utvikling, som begge er avhengig av de kulturelle omgivelsene. Direktivet gir innenfor visse grenser medlemsstatene en skjønnsmargin. *Saksøkte* hevder at det er en nedre grense for pornografibegrepet i direktivets forstand. Nedenfor denne grensen må et tilfelle vurderes etter artikkel 22, annen setning, hvor det ikke er krav om alvorlig grad av skade på mindreårige for å konstatere brudd. Direktivet innebærer også en øvre grense for hva en stat kan tillate sendt, uten å komme i konflikt med plikten til å gripe inn mot pornografiske sendinger. *Saksøkte* hevder at filmene det gjelder, klart ligger over den nedre grensen etter direktivet, og at det ikke kan være tvilsomt at filmene det er vist til, er av en slik art at en stat må kunne karakterisere dem som pornografiske i direktivets forstand.

30. *Saksøkte* foreslår følgende svar på spørsmålene:

"Spørsmål 1:

Rådsdirektiv 89/552/EØF skal fortolkes slik at den ikke oppstiller en felles standard for hva som "i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling". Det enkelte EU og EFTA land må selv avgjøre hvilken grad av pornografi, vold o.l. som anses for å ha de skadevirkningene art. 22 oppstiller.

Question 2:

If the Court replies to question 1 by determining that Article 22 establishes a common standard:

The Swedish norm is not an expression of the common norm introduced by Article 22.

Question 3:

The provision in Article 22, first paragraph, second sentence of Council Directive 89/552/EEC does not apply to circumstances which are to be subsumed under Article 22, first paragraph, first sentence.

Question 4:

Article 2(2)(a) imposes further requirements, in addition to the requirements following from Article 22, that must be fulfilled before a Member State may effect temporary suspensions of broadcasts. Whether these requirements are fulfilled must be assessed according to that State's internal norms.

Question 5:

Repeated infringements of Article 22 of Council Directive 89/552/EEC may be subsumed both under Article 2(2)(a) and (b), in so far as the remaining conditions are met."

The Government of Sweden

31. The *Government of Sweden* submits written observations only as to the first question. The Government of Sweden points out that the Directive does not contain a harmonized definition of terms such as "pornography", "gratuitous violence" or "which might seriously impair the physical, mental or moral development of minors", as contained in Article 22 of the Directive. The Government refers to judgment of the ECJ in Case 34/79, *Regina v Henn and Darby* (cited above) on the interpretation of the term "public morality" in Article 36 EC, the case having established that, in principle, it is for each Member State to determine the requirements of public morality in its territory, in accordance with its own scale of values and in the form selected by it. The Government of Sweden further refers to judgments of the European Court of Human Rights, where it is stated that it is not possible to determine a uniform European conception of morals, and that the requirements of morals vary from time to time and from place to place (see the *Handyside Case*, Judgment of 7 December 1976 (Series A Vol. 24); the *Case of Müller and Others*, Judgment of 24 May 1988 (Series A Vol. 133); and the *Otto-Preminger-Institute Case*, Judgment of 20 September 1994 (Series A Vol. 295).

32. The Government of Sweden concludes that it is, in principle, for the individual Member State to determine, in accordance with its own scale of values, which programmes can, according to Article 22, paragraph 1, seriously impair the physical, mental or moral development of minors.

Spørsmål 2:

Under forutsetning av at retten besvarer spørsmål 1 med at artikkel 22 fastsetter en felles standard:

Den svenske normen er ikke uttrykk for den felles standard artikkel 22 setter.

Spørsmål 3:

Bestemmelsen i Rådskonferensdirektiv 89/552/EØF artikkel 22 første ledd annet punktum kommer ikke til anvendelse på forhold som skal subsumeres under artikkel 22 første ledd første punktum.

Spørsmål 4:

Artikkel 2 nr. 2 bokstav a) innebærer ytterligere krav, utover kravene som følger av artikkel 22, som må være oppfylt for at en medlemsstat kan foreta midlertidig avbrudd i videresending. Om disse kravene er oppfylt, må vurderes i forhold til det enkelte lands interne norm.

Spørsmål 5:

Gjentatte brudd på Rådskonferensdirektiv 89/552/EØF artikkel 22 kan subsumeres både under artikkel 2 nr. 2 bokstav a) og b), under forutsetning av at vilkårene for øvrig er til stede."

Den svenske regjering

31. *Den svenske regjering* begrenser sitt skriftlige innlegg til det første spørsmålet. Den svenske regjering peker på at direktivet ikke inneholder en samordnet definisjon av begreper direktivet artikkel 22 inneholder, så som "pornografi", "umotivert vold" eller "som i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling". Regjeringen viser til EF-domstolens dom i sak 34/79, *Regina mot Henn og Darby* (siteret ovenfor), om tolkningen av begrepet "offentlig moral" i EF-traktaten artikkel 36, hvor det ble fastslått at det i prinsippet er opp til hver medlemsstat å avgjøre kravene til offentlig moral på sitt territorium i overensstemmelse med sine egne verdinormer og i den formen valgt av det. Den svenske regjering viser videre til dommer fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol, der det er fastslått at det ikke er mulig å fastsette et ensartet europeisk moralbegrep og at moralkravene varierer fra tid til tid og fra sted til sted (se *Handyside*-saken, dom av 7 desember 1976 (Serie A vol 24); saken *Müller med flere*, dom av 24 mai 1988 (Serie A vol 133); og saken *Otto-Preminger-Institute*, dom av 20 september 1994 (Serie A vol 295).

32. *Den svenske regjering* konkluderer med at det i prinsippet er for det enkelte medlemsstat å fastsette, i overensstemmelse med sin egen verdinorm, hvilke programmer som alvorlig grad skader mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling i henhold til artikkel 22 nr 1.

The Government of the United Kingdom

33. The *Government of the United Kingdom* supports the submissions of the defendant. It is submitted that the questions referred to the EFTA Court raise two issues: first, what test is to be applied by national authorities of an EEA State in determining whether a programme containing pornographic material received from another EEA State, where such material is not prohibited, for the purposes of retransmission by cable, “manifestly, seriously and gravely infringes Article 22 of the Directive” (Questions 1, 2, 4 and 5) and, second, whether the prohibition in Article 22(1), first sentence applies where a broadcaster ensures, by selection of time or by a technical measure, that minors in the area of transmission will not normally hear or see such broadcasts (Question 3).

Questions 1, 2, 4 and 5

34. As regards the first issue, the Government of the United Kingdom notes that Article 2(2) of the Directive imposes a general prohibition on secondary control by the national authorities of one EEA State of broadcasts from other EEA States. This applies even where a receiving State considers that authorities responsible for control over broadcast in the transmitting State have failed to exercise the degree of control required under the Directive (Case C-11/95 *Commission v Belgium* [1996] ECR I-4155; Case C-14/96 *Denuit* [1997] ECR I-2785).

35. However, in specific circumstances an exceptional procedure is allowed for as envisaged in the 15th recital of the Preamble to the Directive and implemented in Article 2(2) of the Directive, which in turn refers to Article 22. The Government of the United Kingdom notes that the answers to the questions referred to the EFTA Court are not affected by amendments to Articles 2 and 22 by Directive 97/36/EC of 30 June 1997, although the answer to question 3 is clarified by the amendments to Article 22.

36. The Directive is enacted pursuant to Articles 57(2) and 66 of the EC Treaty and is thus subject to Article 56(1), which provides for derogations from the free movement of services by the Member States on grounds of “public policy, public security and public health”. The protection of minors is a fundamental issue of public policy, rightly recognized by the Directive as a matter for the individual EEA States to regulate in accordance with individual traditions and specific conditions prevailing in their territories.

37. The Government of the United Kingdom submits that there is no uniform standard of morality throughout the EEA in relation to issues of this kind. The Government further submits that case law of the EC Court of Justice in relation to derogations from freedom of movement is relevant in relation to issues specified under Article 22 of the Directive. Like any secondary legislation, the Directive must be interpreted in the light of the Treaty rules on free movement of services, in particular Article 56 of the Treaty (Joined Cases C-427/93, 429/93 and 436/96 *Bristol-Myers Squibb and others v Paranova* [1996] ECR I-3457, at para. 27).

38. The same general principle applies in the context of the free movement of services as in the context of free movement of goods, *viz.* that Member States have a legitimate interest in controlling obscene material being imported into their territory (Case 34/79 *Regina v Henn and Darby* (cited above) at para. 21). This is confirmed by Case C-288/89 *Collectieve Antennevoorziening Gouda* [1991] ECR I-4007 at paras. 22-23, and Case C-353/89 *Commission v Netherlands* [1991] ECR I-4069, at paras. 29-30. The Government of the United Kingdom submits that rules in relation to the protection of minors against exposure to pornography plainly fall within the scope of this principle and points out that a similar principle has been applied by the European Court of Human Rights (*Handyside* (cited above), at para. 48).

Den britiske regjering

33. *Den britiske regjering* støtter anførselene til saksøkte. Det er hevdet at spørsmålene som er henvist til EFTA-domstolen reiser to problemstillinger: For det første, hvilken test som skal anvendes av en EØS-stats nasjonale myndigheter ved avgjørelsen av om et program som inneholder pornografisk materiale og som er mottatt fra en annen EØS-stat, der slikt materiale ikke er forbudt, og med det formål å videresende på kabel, "utgjør et åpenbart, vesentlig og alvorlig brudd på artikkel 22" (spørsmål 1, 2, 4 og 5) og, for det andre, om forbudet i artikkel 22 nr 1, første setning, får anvendelse der en kringkaster, ved valg av sendetid eller ved et teknisk tiltak, sikrer at mindreårige som befinner seg i sendeområdet, vanligvis ikke vil se eller høre slike sendinger (spørsmål 3).

Spørsmål 1, 2, 4 og 5

34. Når det gjelder det første spørsmålet, bemerker Den britiske regjering at direktivet artikkel 2 nr 2 setter et generelt forbud mot sekundærkontroll av en EØS-stats nasjonale myndigheter på fjernsynssendinger fra andre EØS-stater. Dette gjelder selv der en mottakerstat antar at myndighetene som er ansvarlige for kontrollen av fjernsynssendinger i senderstaten har feilet i utøvelsen av det kontrollnivået krevet i direktivet (sak C-11/95 *Kommisjonen mot Belgia* [1996] ECR I-4155; sak C-14/96 *Denuit* [1997] ECR I-2785).

35. Under spesielle omstendigheter tillates imidlertid en unntaksprosedyre som forutsatt i direktivets fortale femtende ledd og gjennomført i direktivet artikkel 2 nr 2, som i sin tur viser til artikkel 22. Den britiske regjering bemerker at svarene på spørsmålene fremlagt for EFTA-domstolen ikke påvirkes av endringene av artiklene 2 og 22 ved direktiv 97/36/EF av 30 juni 1997, skjønt svaret på spørsmål 3 er klargjort ved endringene i artikkel 22.

36. Direktivet er gitt i medhold av EF-traktaten artiklene 57 nr 2 og 66 og er således underlagt artikkel 56 nr 1, som åpner for unntak i medlemsstatene fra den frie bevegelse av tjenester begrunnet i hensynet til "offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen". Beskyttelsen av mindreårige er en grunnleggende del av offentlig orden, med rette anerkjent i direktivet som en sak for den enkelte EØS-stat å regulere i overensstemmelse med individuelle tradisjoner og særskilte vilkår som gjelder på deres territorium.

37. Den britiske regjering hevder at det ikke er en ensartet moralstandard i hele EØS-området i forbindelse med spørsmål av denne type. Regjeringen hevder videre at rettspraksis fra EF-domstolen i sammenheng med unntak fra fri bevegelse er relevant i forbindelse med spørsmål som gjelder direktivet artikkel 22. Som enhver sekundærlovgivning må direktivet tolkes i lys av traktatbestemmelsene om fri bevegelse av tjenester, spesielt traktatens artikkel 56 (forente saker C-427/93, 429/93 og 436/96 *Bristol-Myers Squibb med flere mot Paranova* [1996] ECR I-3457, i avsnitt 27).

38. Det samme generelle prinsippet får anvendelse i konteksten av fri bevegelse av tjenester som i konteksten av fri bevegelse av varer, dvs at medlemsstatene har en berettiget interesse i å kontrollere utiktig materiale som importeres til deres territorium (sak 34/79 *Regina mot Henn og Darby* (siteret ovenfor) i avsnitt 21). Dette er bekreftet ved sak C-288/89 *Collectieve Antennevoorziening Gouda* [1991] ECR I-4007 i avsnittene 22-23, og sak C-353/89 *Kommisjonen mot Nederland* [1991] ECR I-4069, i avsnittene 29-30. Den britiske regjering hevder at regler i forbindelse med beskyttelse av mindreårige mot å bli utsatt for pornografi klart faller innenfor området for dette prinsippet, og peker på at et tilsvarende prinsipp har vært lagt til grunn av Den europeiske menneskerettsdomstol (*Handyside*, siteret ovenfor, i avsnitt 48).

39. The Government of the United Kingdom submits that the only interpretation of Articles 2(2) and 22 that would accord with general principles of Community law and the satisfactory construction of the Directive is that the national authorities of the receiving State should apply Article 2(2) by reference to the measures that it has adopted pursuant to its obligations under Article 22. The question of whether other States, including the transmitting State, have either more liberal or more stringent rules, is irrelevant to the interpretation of Article 2(2)(a). The Government in particular draws attention to the following: (1) Article 22 is not addressed to individual broadcasters; (2) it would be contrary to principle for the Norwegian authorities to be required to construe Swedish law; (3) if Norwegian authorities were of the opinion that Swedish law was infringed, the proper remedy would be to bring the matter to the attention of the Commission or the EEA Joint Committee; (4) no such action is provided for by the tailpiece to Article 2(2); (5) discretion is conferred on both Norwegian and Swedish authorities as regards "appropriate measures" in Article 22, and it cannot be expected that the measures are the same; and (6) it appears that both Norwegian and Swedish law are considered by the competent EC and EEA authorities to comply with Article 22.

40. As regards the conditions laid down in Article 2(2), the Government of the United Kingdom submits that it is true that, as a matter of general principle, that Article 56, and in particular the public policy exception recognized thereunder must be interpreted restrictively. The position under Articles 2(2) and 22 is different. The effect of these provisions is to replace the general principles by a formal procedure, applicable only under very restrictive conditions and under supervision by the Commission, whereby the EEA States retain a residual national competence to control television programmes of particular sensitivity.

41. Under Article 2(2) (a) and (b), the receiving EEA State must assess the material by reference to its own national rules and on the same basis as it would apply to material broadcast by a domestic broadcaster. Its right to provisionally suspend broadcasts arises where material of this kind has been broadcast three times within a 12-month period. The United Kingdom submits, in answer to the fifth question, that the fact that material is repeatedly broadcast is not to be taken into account under Article 2(2)(a), as the provision is directed at the nature of the material contained in a broadcast. Under Article 2(2)(b) the jurisdiction of a receiving State to adopt suspensory measures does not arise until it has identified three occasions within a 12-month period during which a single broadcaster has infringed the national measures adopted pursuant to Article 22 in the manner laid down by Article 2(2)(a).

Question 3

42. As regards the issue raised by the third question, the Government of the United Kingdom refers to its submissions in Case C-327/93 *R v Secretary of State for National Heritage ex parte Continental Television Bvto and others*¹ at section 4.2, and to the amendments to Article 22 in Directive 97/36, designed to put this matter beyond doubt by separating the two sentences originally contained in Article 22. The Government of the United Kingdom proposes the following answer to the third question:

"The exception contained in the second sentence of Article 22, first paragraph – whereby programmes "which are likely to impair the physical, mental or moral development of minors" are not subject to the prohibition provided for in the first

¹ Case C-327/93 was removed from the register of the ECJ by order of 29 March 1996 of the President of the Court following the national court's withdrawal of the questions it had submitted.

39. Den britiske regjering hevder at den eneste tolkningen av artikkel 2 nr 2 og 22 som ville være i samsvar med fellesskapsrettens generelle prinsipper og en tilfredsstillende tolkning av direktivet, er at de nasjonale myndighetene i mottakerstaten bør anvende artikkel 2 nr 2 under henvisning til tiltakene det har vedtatt i henhold til dets forpliktelser etter artikkel 22. Spørsmålet om hvorvidt andre stater, innbefattet senderstaten, har enten mer liberale eller strengere regler er irrelevant ved tolkningen av artikkel 2 nr 2 a). Regjeringen gjør særlig oppmerksom på følgende: (1) Artikkel 22 er ikke rettet mot individuelle fjernsynsselskaper; (2) det ville være i strid med prinsipper for norske myndigheter å pålegges å tolke svensk lov; (3) dersom norske myndigheter var av den oppfatning at svensk lov var brutt, ville det riktige rettsmidlet være å bringe forholdet til kunnskap hos Kommissjonen eller EØS-komiteén; (4) det er ikke åpnet for noen slik handling i sluttdelen av artikkel 2 nr 2; (5) både norske og svenske myndigheter er gitt skjønnsmargin når det gjelder "passende tiltak" i artikkel 22, og det kan ikke bli forventet at tiltakene er de samme; og (6) det synes som både norsk og svensk lov av kompetente EF- og EØS-myndigheter er antatt å være i overensstemmelse med artikkel 22.

40. Når det gjelder vilkårene fastsatt i artikkel 2 nr 2, hevder Den britiske regjering at det er riktig at, som et generelt prinsipp, må artikkel 56, og spesielt unntaket som der oppstilles om offentlig orden, tolkes restriktivt. Situasjonen er forskjellig under artikkel 2 nr 2 og 22. Virkningen av disse bestemmelsene er å erstatte de generelle prinsippene med en formell prosedyre som bare er anvendelig under svært restriktive vilkår og under tilsyn av Kommissjonen, hvorefter EØS-statene beholder en gjenstående nasjonal myndighet til å kontrollere fjernsynsprogrammer av spesiell sensitivitet.

41. Etter artikkel 2 nr 2 a) og b) må den mottakende EØS-staten vurdere materialet under henvisning til sine egne nasjonale regler og på samme grunnlag som det ville ha anvendt på materialet sendt av et innenlandsk fjernsynsselskap. Dens rett til midlertidig å avbryte fjernsynssendinger oppstår hvor materiale av denne type har blitt sendt tre ganger i løpet av en periode på 12 måneder. Den britiske regjering hevder, som svar på det femte spørsmålet, at det faktisk at materiale gjentatte ganger er sendt ikke skal tas i betraktning etter artikkel 2 nr 2 a) ettersom bestemmelsen er rettet mot arten av det materialet som en sending inneholder. Etter artikkel 2 nr 2 b) inntreer ikke mottakerstatens myndighet til midlertidig å avbryte sendinger for den har identifisert tre tilfeller løpet av en periode på 12 måneder hvor et enkelt fjernsynsselskap har brutt de nasjonale tiltakene som er vedtatt i henhold til artikkel 22, på den måten som fastsatt i artikkel 2 nr 2 a).

Spørsmål 3

42. Når det gjelder det tvistepunkt som er reist ved det tredje spørsmålet, viser Den britiske regjering til avsnitt 4.2 i sitt innlegg i sak C-327/93 *R mot Secretary of State for National Heritage ex parte Continental Television Bvjo med flere*,¹ og til endringene av artikkel 22 i direktiv 97/36, utformet for å fjerne enhver tvil om dette spørsmålet ved å skille de to setningene som opprinnelig var en del av artikkel 22. Den britiske regjering foreslår følgende svar på det tredje spørsmålet:

"Unntaket i artikkel 22 nr 1 andre setning, hvorefter programmer "som i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling" er ikke gjenstand for forbudet fastsatt i artikkel 22 nr 1, første setning, der "det ved valg av sendetid eller

¹ Sak C-372/93 ble ved kjennelse av domstolens President den 29 mars 1996 strøket av EF-domstolens saksregister som en følge av at den nasjonale domstol trakk tilbake de spørsmålene den hadde fremlagt.

sentence of Article 22, first paragraph, "where it is ensured, by selecting the time of the broadcast or by any technical measure, that minors in the area of transmission will not normally hear or see such broadcasts" – does not extend to programmes "which might seriously impair the physical, mental or moral development of minors", identified in the first sentence of Article 22, first paragraph."

The EFTA Surveillance Authority

43. The *EFTA Surveillance Authority* notes that Council Directive 89/552/EEC has been amended by Directive 97/36 EC of 30 June 1997. As this Directive had, in February 1998, not been incorporated into the EEA Agreement, the Authority's conclusions are not dependent on the existence of that Directive.

Questions 1, 2 and 3

44. The main purpose of the Directive is to ensure freedom to provide broadcasting services and in this respect the Directive lays down minimum rules. Among those rules are rules regarding jurisdiction over broadcasters, found in Article 2, first and second paragraph. Articles 2 and 3 of the Directive establish the so called "transmitting State principle", under which the transmitting State shall supervise the broadcasters which operate under their jurisdiction, the jurisdiction being based on the broadcaster's connection to that State's legal system (Joined Cases C-34/95, 35/95 and 36/95 *Konsumentombudsmannen v De Agostini Förlag AB and TV shop i Sverige AB* [1997] ECR I-3843. Under Article 2(2) EEA States are obliged not to interrupt broadcasts from other EEA States for reasons which fall within the fields co-ordinated by the Directive.

45. Article 22 requires EEA States to ensure that broadcasts under their jurisdiction do not include programs containing pornography or gratuitous violence which might seriously impair the physical, mental or moral development of minors. The Authority submits that it is clear that the provision does not purport to lay down any standards for what might have such detrimental effects, the different values and scales in the EEA States explaining why no attempt has been made to provide for a common standard in this respect. In the absence of any indications in the Directive, the values and scales regarding impairment of the development of minors can only be sought for in the respective national laws. The Directive thus leaves it to each EEA State to define the level of pornography or gratuitous violence that might seriously impair the physical, mental or moral development of minors.

46. In light of the answer proposed to the first question, the Authority submits that there is no need to answer the second question referred to the Court. As regards the third question, the Authority submits that it already follows from the construction and wording of Article 22 that the provision contains two different sets of prohibitions which operate under distinct conditions. This is supported by the legislative history of the provision and now by the amendments to the Directive, found in Directive 97/36/EC, which has clarified the issue without changing the substance of the rules.

Questions 4 and 5

47. The fourth and fifth questions concern the interpretation of Article 2(2) of the Directive. The *EFTA Surveillance Authority* points out that Article 2(2) constitutes an exception to the main rule of the Directive, which allows the receiving State to restrict the reception of television

ved andre tekniske tiltak sørges for at mindreårige som befinner seg i sendeområdet, vanligvis ikke ser eller hører slike sendinger" ikke gjelder programmer "som i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling" som oppstilt i artikkel 22 nr 1, første setning."

EFTAs overvåkningsorgan

43. *EFTAs overvåkningsorgan* bemerker at rådsdirektiv 89/552/EØF har blitt endret ved direktiv 97/36/EF av 30 juni 1997. Da dette direktivet i februar 1998 ikke var gjort til del av EØS-avtalen, er overvåkningsorganets konklusjoner ikke avhengig av det direktivets eksistens.

Spørsmål 1, 2 og 3

44. Hovedformålet med direktivet er å sikre frihet til å yte fjernsynstjenester, og i denne henseende fastsetter direktivet minimumsregler. Blant disse reglene er det regler som gjelder myndighet over fjernsynsselskaper, som finnes i artikkel 2 nr 1 og 2. Direktivet artiklene 2 og 3 etablerer det såkalte "senderstatsprinsippet", hvorefter senderstaten skal ha tilsyn med fjernsynsselskaper som opererer under deres myndighet, en myndighet som baseres på fjernsynsselskapets tilknytning til dens statens rettssystem (forente saker C-34/95, 35/95 and 36/95 *Konsumentombudsmannen mot De Agostini Förlag AB og TV shop i Sverige AB* [1997] ECR I-3843). EØS-stater er etter artikkel 2 nr 2 forpliktet til ikke å avbryte sendinger fra andre EØS-stater av grunner som faller innenfor området koordinert av direktivet.

45. Artikkel 22 krever at EØS-statene sikrer at fjernsynsselskaper som er underlagt deres myndighet ikke inkluderer programmer som inneholder pornografi eller umotivert vold som i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling. Overvåkningsorganet hevder at det er klart at bestemmelsen ikke har til hensikt å fastsette noen standarder for hva som kan ha slike skadelige virkninger. De forskjellige verdinormene i EØS-statene forklarer hvorfor det ikke har vært gjort forsøk på å gi en fellesstandard på dette området. I fraværet av holdepunkter i direktivet, kan verdinormene når det gjelder svekkelsen av mindreåriges utvikling bare søkes i de respektive nasjonale lovene. Direktivet overlater således til hver EØS-stat å definere nivået av pornografi eller umotivert vold som i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling.

46. I lys av forslaget til svar på det første spørsmålet, hevder overvåkningsorganet at det ikke er behov for å svare på det andre spørsmålet som er forelagt Domstolen. Når det gjelder det tredje spørsmålet, hevder overvåkningsorganet at det allerede følger av oppbygningen av og ordlyden i artikkel 22 at bestemmelsen inneholder to forskjellige sett av forbud som får anvendelse under bestemte vilkår. Dette er støttet av bestemmelsens forhistorie og nå av endringene til direktivet som finnes i direktiv 97/36/EF, som har klaggjort spørsmålet uten å endre reglens meningsinnhold.

Spørsmål 4 og 5

47. Det fjerde og det femte spørsmålet gjelder tolkningen av direktivet artikkel 2 nr 2. EFTAs overvåkningsorgan peker på at artikkel 2 nr 2 utgjør et unntak fra hovedregelen i direktivet, som tillater mottakerstaten til å begrense mottaket av fjernsynssendinger under forutsetning av at visse vilkår er oppfylt. EFTAs overvåkningsorgan foreslår følgende svar på det fjerde spørsmålet:

broadcasts, provided that certain conditions are fulfilled. ESA submits the following answer to the fourth question:

“A mere infringement of Article 22 is not sufficient in order to suspend broadcasts according to Article 2(2), as under the latter provision the infringement has to be manifest, serious and grave. An infringement of Article 22, first paragraph, first sentence, will normally be considered serious and grave.”

48. As regards the fifth question, the EFTA Surveillance Authority submits that all conditions listed in sub-paragraphs (a) to (d) of Article 2(2) must be fulfilled in order for the receiving State to restrict retransmission of broadcasts. (Opinion of Advocate General Lenz in Case C-11/95 *Commission v Belgium* [1996] ECR I-4115). The answer to the fifth question is thus, in the submission of the EFTA Surveillance Authority, the following:

“Both sub-paragraphs (a) and (b) of Article 2(2) have to be fulfilled in order for an EEA State to apply the exemption in Article 2(2) to suspend retransmission of television broadcasts from another EEA State.”

The Commission of the European Communities

49. The *Commission of the European Communities* proposes that the first question asked should be answered to the effect that no common standard has been established as to what “might seriously impair the physical, mental or moral development of minors”, but that each EU and EFTA country enjoys a considerable margin of discretion in determining the kind of programmes which are to be deemed to have the damaging effects referred to in Article 22 of the Directive. The Commission points out that even if Article 22 of the Directive should, in principle, have a uniform meaning common to all the Member States of the EU and EFTA countries, the nature of the concepts involved makes it inevitable that there will be differences of interpretation from one country to another, depending on different traditions and value systems.

50. Except in certain extreme cases, it is very difficult to determine objectively exactly what programmes are covered by Article 22, first sentence. Inevitably, therefore, each individual EU and EFTA country retains a margin of discretion in determining what programmes must be banned. The Commission notes that it has consistently adopted the position that a Member State retains the capacity to define the terms “pornography” and what “might seriously impair...minors” in accordance with their national moral standards. This is, in the Commission’s submission, in conformity with the jurisprudence of the European Court of Human Rights concerning Article 10 of the European Convention on Human Rights, the Article mentioned in the eighth recital of the Directive. This case law provides valuable guidance as to how the balance should be struck between freedom of information and protection of the rights of others, and leaves a certain supervisory function to the European Court of Human Rights, which will find a breach of Article 10 if the Member State’s discretion has been exercised in an entirely unreasonable way. The Commission refers to the *Handyside Case*, the *Case of Müller and Others* and, in the context of religious values, the *Otto-Preminger Institute Case* (all cited above).

51. The Commission submits that it is reasonable to follow the same approach as does the European Court of Human Rights in interpreting Article 22 of the Directive. An infringement of Article 22 could thus only be found where a State had clearly exceeded the margin of discretion allowed it.

"Et brudd bare på artikkel 22 er ikke tilstrekkelig til å avbryte sendinger i henhold til artikkel 2 nr 2, da bruddet etter den sistnevnte bestemmelsen må være åpenbart, vesentlig og alvorlig. Et brudd på artikkel 22 nr 1, første setning, vil normalt betraktes som vesentlig og alvorlig."

48. Når det gjelder det femte spørsmålet, hevder EFTAs overvåkningsorgan at alle vilkårene som er oppregnet i artikkel 2 nr 2 bokstav a) til d) må være oppfylt for at mottakerstaten skal kunne begrense videreføringen av sendinger (uttalelse av generaladvokat Lenz i Case C-11/95 *Kommisjonen mot Belgia* [1996] ECR I-4115). EFTAs overvåkningsorgan foreslår derfor følgende svar på det femte spørsmålet:

"Både bokstav a) og b) i artikkel 2 nr 2 må være oppfylt for at en EØS-stat skal kunne anvende unntaket i artikkel 2 nr 2 og avbryte videresending av fjernsynssendinger fra en annen EØS-stat."

Kommisjonen for De europeiske fellesskap

49. *Kommisjonen for De europeiske fellesskap* foreslår at det første spørsmålet som er forelagt bør besvares i den retning at det ikke har blitt etablert noen felles standard for hva som "i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling", men at hvert EU- og EFTA-land nyter en betydelig skjønnsmargin i avgjørelsen av den type program som skal anses å ha de skadelige virkningene som det er vist til i direktivet artikkel 22. Kommisjonen peker på at selv om direktivet artikkel 22 i prinsippet burde ha en ensartet betydning felles for alle EU- og EFTA- medlemsstatene, gjør arten av begrepene det her er tale om det uunngåelig at det vil bli forskjeller i tolkningen fra et land til et annet avhengig av forskjellige tradisjoner og verdiordninger.

50. Med unntak av i visse ekstreme tilfeller er det meget vanskelig å avgjøre objektivt eksakt hvilke programmer som er omfattet av artikkel 22 første setning. Det er derfor uunngåelig at hvert enkelt EU- og EFTA-land fortsatt har en skjønnsmargin i avgjørelsen av hvilke programmer som må forbys. Kommisjonen bemerker at den konsekvent har inntatt den holdningen at en medlemsstat sitter igjen med en kompetanse til å definere begrepene "pornografi" og hva som "i alvorlig grad kan skade ... mindreårige" i overensstemmelse med sine nasjonale moralnormer. Dette er, etter Kommisjonens oppfatning, i overensstemmelse med Den europeiske menneskerettighetsdomstols rettspraksis om Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 10, artikkelen som er nevnt i fortalens åttende ledd. Denne rettspraksisen gir verdifull veiledning om hvorledes balansen bør finnes mellom retten til informasjon og beskyttelsen av andres rettigheter, og overlater en viss kontrollfunksjon til Den europeiske menneskerettighetsdomstol som vil finne brudd på artikkel 10 dersom medlemsstatens skjønn har blitt utøvet på en helt urimelig måte. Kommisjonen viser til *Handyside-saken*, *saken Müller med flere* og, i forhold til religiøse verdier, *saken Otto-Preminger Institute* (alle sitert ovenfor).

51. Kommisjonen hevder at det er rimelig å følge den samme tilnærming som Den europeiske menneskerettighetsdomstol ved tolkningen av direktivet artikkel 22. En overtredelse kunne således bare bli funnet der en stat klart hadde overskredet skjønnsmarginen den er tillatt.

52. The Commission submits that possible conflict between different national standards can in practice be solved by the receiving State having recourse to Article 2(2) of the Directive. This has been done on a number of occasions where offending material has ceased to be retransmitted in the receiving State.

53. In light of the answer to the first question, the Commission submits that the second question does not require an answer.

54. As regards the third question, the Commission refers to the intention of the legislator and the clarification made with Directive 97/36, and submits that the answer to the question must be in the negative. Article 22 sets out two different categories of programmes: those which might “seriously” impair the physical, mental or moral development of minors and those other programmes which are likely to impair the physical, mental or moral development of minors.

55. The fourth question has, in the Commission’s submission, to be answered in the affirmative, since Article 2(2)(a) requires not merely an infringement of Article 22, but one that is manifest, serious and grave.

56. As to the fifth question, the Commission submits that both Article 2(2)(a) and (b) have to be satisfied. The repeated nature of an infringement is relevant only for the assessment under Article 2(2)(b); the fact that an infringement has already occurred in the past is not relevant for determining the gravity of another infringement occurring later.

Thór Vilhjálmsson
Judge-Rapporteur

52. Kommissjonen hevder at mulig konflikt mellom forskjellige nasjonale standarder i praksis kan løses ved at mottakerstaten tar direktivet artikkel 2 nr 2 til hjelp. Dette har blitt gjort en rekke ganger der støtende materiale har opphørt å bli videresendt i mottakerstaten.

53. I lys av svaret på det første spørsmålet, hevder Kommissjonen at det andre spørsmålet ikke krever noe svar.

54. Når det gjelder det tredje spørsmålet, viser Kommissjonen til lovgivers intensjon og klargjøringen gjort ved direktiv 97/36, og hevder at det spørsmålet må besvares negativt. Artikkel 22 oppstiller to forskjellige typer av programmer: de som "i alvorlig grad" kan skade den fysiske, mentale eller moralske utviklingen til mindreårige og de andre programmene der det er sannsynlig at de skader den fysiske, mentale eller moralske utviklingen til mindreårige.

55. Det fjerde spørsmålet må etter Kommissjonens oppfatning bli besvart bekreftende siden artikkel 2 nr 2 a) ikke bare krever en overtredelse av artikkel 22, men en som er som er åpenbar, vesentlig og alvorlig.

56. Når det gjelder det femte spørsmålet, hevder Kommissjonen at både artikkel 2 nr 2 a) og b) må være oppfylt. Et brudds gjentagne karakter er bare relevant for vurderingen etter artikkel 2 nr 2 b); det faktum at et brudd allerede har inntruffet i fortiden er ikke relevant ved avgjørelsen av alvorligheten av et annet brudd inntruffet tidligere.

Thór Vilhjálmsson
Saksforberedende dommer

Case E-9/97

Erla María Sveinbjörnsdóttir

v

The Government of Iceland

(Request for an advisory opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur
(Reykjavik City Court), Iceland)

*(Council Directive 80/987/EEC – Incorrect implementation of a directive –
Liability of an EFTA State)*

Advisory Opinion of the Court, 10 December 1998.....	97
Report for the Hearing.....	115

Summary of the Advisory Opinion

1. It follows both from the aim of the Directive, which is to provide a minimum level of protection for all employees, and from the exceptional nature of the possibility of exclusion allowed for by Article 1(2) of the Directive, that that provision cannot be interpreted broadly. It follows from the wording of the Directive that the Contracting Parties may only exercise the right to exclude certain categories of employee by virtue of Article 1(2) of the Directive in so far as the exceptions are listed in the Annex to the Directive. This interpretation is further supported by the

fact that the Annex would be deprived of much of its purpose if the Contracting Parties were free to exclude categories of employee not listed there.

2. The expression “direct relative” in item H 4 in Point 24 of Annex XVIII must be interpreted as referring only to relatives in direct line of ascent or descent. Consequently, siblings are not covered by the expression.

3. Article 10(a) must be interpreted as not allowing the application, as a measure against abuse, of a provision of

Mál E-9/97

Erla María Sveinbjörnsdóttir
gegn
Íslenska ríkinu

(Beiðni um ráðgefandi álit frá Héraðsdómi Reykjavíkur)

(Tilskipun ráðsins 89/987/EBE – Landsréttur ekki réttilega lagður að ákvæðum tilskipunar – Skaðabótaábyrgð EFTA-rikis)

Ráðgefandi álit dómstólsins frá 10. desember 1998.....	97
Skýrsla framsögumanns.....	115

Samantekt

1. Það leiðir bæði af því markmiði tilskipunarinnar að mæla fyrir um lágmarksvernd allra launþega og því að um sérstaka undanþáguheimild er að ræða í 2. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar, að ákvæðið verður ekki skýrt rúmt. Það leiðir af orðalagi tilskipunarinnar að samningsaðilum er einungis heimilt að undanþiggja kröfur tiltekinna hópa samkvæmt 2. mgr. 1. gr. hennar með því að telja þá upp í viðauka við tilskipunina. Þá styður það þessa túlkun að viðaukinn yrði lítils virði ef samningsaðilar gætu að vild útilokað hópa launþega sem ekki eru taldir þar.

2. Orðalagið “direct relative” / “ættingi í beinan legg” í lið H.4. í 24. tl. XVIII. viðauka verður að túlka svo að það taki aðeins til ættingja í beinan legg, upp á við og niður á við. Af því leiðir að undanþágan nær ekki til systkina.

3. Túlka verður a lið 10. gr. tilskipunarinnar svo að hún heimili ekki ráðstafanir til að koma í veg fyrir misnotkun sem felast í því að lög útiloki almennt systkini eiganda verulegs hlutafjár í gjaldþrota fyrirtæki, sem þau eru launþegar hjá, frá greiðslum frá ábyrgðasjóði launa.

national law generally excluding a sibling of a major shareholder in the insolvent employer from compensation from the wage guarantee fund.

4. Article 10(b) of the Directive must be interpreted as precluding the application of a provision of national law according to which siblings of a major shareholder in the insolvent employer company are generally not entitled to compensation from the wage guarantee fund.

5. One of the main objectives of the Agreement is to create a homogeneous EEA. This homogeneity objective is also expressed in the fourth and fifteenth recitals of the Preamble to the EEA Agreement.

6. The provisions of the EEA Agreement are, to a great extent, intended for the benefit of individuals and economic operators throughout the European Economic Area. Therefore, the proper functioning of the EEA Agreement is dependent on those individuals and economic operators being able to rely on the rights thus intended for their benefit.

7. The EEA Agreement is an international treaty *sui generis* which contains a distinct legal order of its own. The EEA Agreement does not establish a customs union but an enhanced free trade area. The depth of integration of the EEA Agreement is less far-reaching than under the EC Treaty, but the scope and the objective of the EEA Agreement goes beyond what is usual for an agreement under public international law.

8. The homogeneity objective and the objective of establishing the right of individuals and economic operators to equal treatment and equal opportunities are so strongly expressed in the EEA Agreement that the EFTA States must be obliged to provide for compensation for loss and damage caused to an individual by incorrect implementation of a directive.

9. It follows from Article 7 EEA and Protocol 35 to the EEA Agreement that the EEA Agreement does not entail a transfer of legislative powers. However, the principle of State liability must be seen as an integral part of the EEA Agreement as such.

10. The conditions under which such liability gives rise to a right to compensation must depend on the nature of the breach of the obligations thereunder which has caused the loss or damage. Firstly, the directive in question must be intended to confer rights on individuals, the content of which can be identified on the basis of the provisions of the Directive. Secondly, the breach on the part of the State concerned must be sufficiently serious. Thirdly, there must be a causal link between the breach of the State's obligation and the loss and damage suffered by the injured parties.

4. Túlka verður b lið 10. gr. tilskipunarinnar svo að hún komi í veg fyrir að beitt sé ákvæðum innlendra laga sem fela í sér að systkini eiganda verulegs hlutfjár í gjaldþrota fyrirtæki, sem þau eru launþegar hjá, eigi almennt ekki rétt á greiðslu frá ábyrgðasjóði launa.

5. Eitt meginmarkmið EES-samningsins er að mynda einsleitt Evrópskt efnahagssvæði. Þetta einsleitnimarkmið kemur einnig fram í fjórða og fimmtánda lið aðfaraorða EES-samningsins.

6. Ákvæðum EES-samningsins er í ríku mæli ætlað að vera til hagsbóta einstaklingum og aðilum í atvinnurekstri á öllu Evrópska efnahagssvæðinu. Því veltur framkvæmd samningsins á því að einstaklingar og lögaðilar, sem tryggð eru þessi réttindi, geti byggt á þeim.

7. EES-samningurinn er þjóðréttarsamningur sem er sérstaks eðlis (*sui generis*) og sem felur í sér sérstakt og sjálfstætt réttarkerfi. EES-samningurinn kemur ekki á fót tollabandalagi heldur þróuðu friverslunarsvæði. Samruni sá sem EES-samningurinn mælir fyrir um gengur ekki eins langt og er ekki eins víðfemur eins og samruni sá sem Rómarsamningurinn stefnir að. Hins vegar ganga markmið EES-samningsins lengra og gildissvið hans er víðtækara en venjulegt er um þjóðréttarsamninga.

8. Markmiðið um einsleitni og það markmið að koma á og tryggja rétt einstaklinga og aðila í atvinnurekstri til jafnræðis og jafnra tækifæra koma svo skýrt fram í EES-samningnum, að EFTA-rikkjunum, sem aðild eiga að samningnum, ber skylda til að sjá til þess að það tjón fái bætt sem hlýst af því að landsréttur er ekki réttilega lagaður að tilskipunum.

9. Það leiðir af 7. gr. EES-samningsins og bókun 35 við hann að EES-samningurinn felur ekki í sér framsal lögjafarvalds. Meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkisins er hins vegar hluti EES-samningsins.

10. Skilyrði bótaréttar sem leiðir af reglunni fara eftir eðli þeirrar vanrækslu ríkisins á samningsskuldbindingum sem rekja má tjónið til. Í fyrsta lagi verður það að felast í tilskipuninni að einstaklingar öðlist tiltekin réttindi og ákvæði tilskipunarinnar verða að bera með sér hver þau réttindi eru. Í öðru lagi verður að vera um nægilega alvarlega vanrækslu á skuldbindingum ríkisins að ræða. Í þriðja lagi verður að vera orsakasamband milli vanrækslu ríkisins á skuldbindingum sínum og þess tjóns sem tjónþoli verður fyrir.

ADVISORY OPINION OF THE COURT

10 December 1998*

*(Council Directive 80/987/EEC – Incorrect implementation of a directive
– Liability of an EFTA State)*

In Case E-9/97

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

Erla María Sveinbjörnsdóttir

and

The Government of Iceland

on the interpretation of Article 6 of the EEA Agreement and Council Directive 80/987/EEC, as amended by Council Directive 87/164/EEC, and referred to in Point 24 of Annex XVIII to the EEA Agreement.

THE COURT,

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

Registrar: Gunnar Selvik

after considering the written observations submitted on behalf of:

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

RÁÐGEFANDI ÁLIT
10. desember 1998*

(Tilskipun ráðsins 89/987/EBE – Landsréttur ekki réttilega lagaður að ákvæðum tilskipunar – Skaðabótaábyrgð EFTA-ríkis)

Mál E-9/97

BEIÐNI um ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins, samkvæmt 34. gr. samningsins milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls, frá Héraðsdómi Reykjavíkur í máli sem rekið er fyrir dómstólnum

Erla María Sveinbjörnsdóttir

gegn

íslenska ríkinu

varðandi túlkun 6. gr. EES-samningsins og tilskipunar ráðsins 80/987/EBE, eins og tilskipuninni var breytt með tilskipun ráðsins 87/164/EBE. Vísað er til tilskipunarinnar í 24. tl. XVIII. viðauka við EES-samninginn.

DÓMSTÓLLINN,

skipaður: Bjørn Haug (framsögumanni), forseta, Þór Vilhjálmssyni og Carl Baudenbacher, dómurum,

dómritari: Gunnar Selvik,

hefur, með tilliti til skriflegra greinargerða frá:

* Beiðni um ráðgefandi álit var á íslensku.

- the plaintiff, Erla María Sveinbjörnsdóttir, represented by Counsel Stefán Geir Þórisson, Lögmenn Klapparstíg;
- the defendant, the Government of Iceland, represented by Counsel Árni Vilhjálmsson, Adelsteinsson & Partners, assisted by Martin Eyjólfsson, Legal Officer, Ministry for Foreign Affairs;
- the Government of Norway, represented by Jan Bugge-Mahrt, Assistant Director General, Royal Ministry of Foreign Affairs, acting as Agent;
- the Government of Sweden, represented by Erik Brattgård, Director, Ministry for Foreign Affairs, acting as Agent;
- the Government of the United Kingdom, represented by Dawn Cooper, Treasury Solicitor’s Department, acting as Agent;
- the EFTA Surveillance Authority, represented by Håkan Berglin, Director, Legal & Executive Affairs Department, acting as Agent and assisted by Bjarnveig Eiríksdóttir and Anne-Lise H. Rolland, Officers of that Department;
- the Commission of the European Communities (hereinafter “EC Commission”), represented by Peter Jan Kuijper and Dimitrios Gouloussis, both Legal Advisers in its Legal Service, acting as Agents;

having regard to the Report for the Hearing,

after hearing the oral observations of the plaintiff, the defendant, the Government of Norway, the Government of Sweden, represented by Anders Kruse, Director General, Ministry for Foreign Affairs, the EFTA Surveillance Authority and the EC Commission at the hearing on 17 September 1998,

gives the following

Advisory Opinion

Facts and Procedure

- 1 By an order dated 5 November and a request dated 12 November 1997, registered at the Court on 18 November 1997, Héraðsdómur Reykjavíkur (Reykjavik City Court) of Iceland made a request for an Advisory Opinion in a case pending before it between Erla María Sveinbjörnsdóttir, plaintiff, and the Government of Iceland, defendant.

- Stefnanda, Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur. Í fyrirsvari er Stefán Geir Þórisson hrl., Lögmenn Klapparstíg;
- Stefndu, ríkisstjórn Íslands. Í fyrirsvari er Árni Vilhjálmsson hrl., A&P Lögmenn og honum til aðstoðar sem ráðgjafi er Martin Eyjólfsson, lögfræðingur í utanríkisráðuneytinu;
- Ríkisstjórn Noregs. Í fyrirsvari sem umboðsmaður er Jan Bugge-Mahrt, aðstoðardeildarstjóri í konunglega utanríkisráðuneytinu;
- Ríkisstjórn Svíþjóðar. Í fyrirsvari sem umboðsmaður er Erik Brattgård, deildarstjóri í utanríkisráðuneytinu;
- Ríkisstjórn Stóra-Bretlands og Norður Írlands (“ríkisstjórn Bretlands”). Í fyrirsvari sem umboðsmaður er Dawn Cooper, lagadeild fjármálaráðuneytisins;
- Eftirlitsstofnun EFTA. Í fyrirsvari sem umboðsmaður er Hákon Berglin, deildarstjóri lagadeildar Eftirlitsstofnunar EFTA og honum til aðstoðar sem ráðgjafar eru Bjarnveig Eiríksdóttir og Anne-Lise H. Rolland, lögfræðingar í deildinni;
- Framkvæmdastjórn Evrópubandalaganna (“framkvæmdastjórnin”). Í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Peter Jan Kuijper og Dimitrios Gouloussis, lögfræðilegir ráðgjafar hjá lagadeild;

með tilliti til skýrslu framsögumanns og munnlegs málflutnings stefnanda, stefnda, ríkisstjórnar Noregs, ríkisstjórnar Svíþjóðar, í fyrirsvari Anders Kruse, deildarstjóri í utanríkisráðuneytinu, Eftirlitsstofnunar EFTA og framkvæmdastjórnarinnar þann 17. september 1998,

látið uppi svohljóðandi

Ráðgefandi álit

Málsatvik og meðferð málsins

- 1 Með úrskurði frá 5. nóvember 1997 og beiðni dagsettri 12. nóvember 1997, sem skráð var hjá dómstólnum 18. nóvember 1997, óskaði Héraðsdómur Reykjavíkur, Íslandi, eftir ráðgefandi álit í máli sem rekið er fyrir dómstólnum milli Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur, stefnanda, og íslenska ríkisins, stefnda.

- 2 Ms Sveinbjörnsdóttir, the plaintiff in the case before the national court, had been employed for a number of years at a machine workshop when she was dismissed from her position by a letter of 29 December 1994 with effect from 1 January 1995. The plaintiff was dismissed with six months' notice and was not required to work during the notice period. The plaintiff received her wages until 12 March 1995. On 22 March 1995, the machine workshop was declared insolvent.
- 3 Ms Sveinbjörnsdóttir filed claims against both the insolvency estate of the machine workshop and the Icelandic Wage Guarantee Fund, claiming payment of wages for the notice period, unpaid wage increases, vacancy pay from 1 May 1994 to the end of the notice period, *i.e.* until 30 June 1995, vacancy pay supplement and a December wage supplement, in total 743 844 Icelandic crowns. Both claims were subsequently rejected.
- 4 The claim against the insolvency estate was rejected on the grounds that the plaintiff was the sister of the holder of 40% of the shares in the machine workshop, so that her claim could not be given privileged status. Reference was made to Article 112 in conjunction with Article 3 of the Icelandic Insolvency Act (*Lög um gjaldþrotaskipti* – Act No. 21/1991) (hereinafter the “Insolvency Act”). Article 112 of the Insolvency Act provides that claims for unpaid wages, etc. are, as a general rule, privileged but makes an exception for claims by persons “close” to the insolvent entity. The expression “close” is defined in Article 3 of the Insolvency Act and comprises *inter alia* the relationship between a person and a company owned to a considerable extent by another person to whom the first person is “related through direct descent or collateral relation”.
- 5 The claim against the Wage Guarantee Fund was rejected on the grounds that the plaintiff's claim had not been recognized as a privileged claim in the insolvency estate. Reference was also made to Article 5, first paragraph, and Article 6 of the Wage Guarantee Fund Act (*Lög um ábyrgðasjóð launa vegna gjaldþrota* – Act No. 53/1993) (hereinafter the “Wage Guarantee Fund Act”). Article 5, first paragraph of that Act provides that the guarantee covers claims for unpaid wages, etc. “which have been recognized as privileged claims under the Insolvency Act”. Article 6 excludes from the scope of the Wage Guarantee Fund *inter alia* claims from persons who have held 5% or more of the share capital in an insolvent joint-stock company, and claims from the spouse of such a person “and also his relatives in direct line of descent and the spouse of any relative in direct line of descent”.
- 6 The plaintiff then brought an action for compensation against the Government of Iceland with a writ of summons served on the defendant on 12 March 1997. In the writ of summons the plaintiff submitted that the Government is liable for damages for not having adjusted its national legislation correctly to the EEA Agreement, *i.e.* for not having adapted national legislation (Article 5, first paragraph, and Article 6 of the Wage Guarantee Fund Act and Article 112, third paragraph, of the Insolvency Act, cf. Article 3 of that Act) correctly to the act referred to in point 24 of Annex XVIII to the EEA Agreement.

- 2 Stefnandi málsins fyrir héraðsdómi, Erla María Sveinbjörnsdóttir, hafði starfað um langt árabíll á vélaverkstæði er henni var sagt upp störfum með uppsagnarbréfi dags. 29. desember 1994 og skyldi uppsögnin taka gildi 1. janúar 1995. Uppsagnarfrestur var 6 mánuðir og var vinnuframlags hennar ekki óskað í uppsagnarfrestinum. Stefnandi fékk greidd laun til 12. mars 1995. Þann 22. mars 1995 var vélaverkstæðið tekið til gjaldþrotaskipta.
- 3 Stefnandi lýsti kröfu sinni í þrotabúið og krafðist jafnframt greiðslu frá Ábyrgðasjóði launa. Krafðist stefnandi launa á uppsagnarfresti, ógreiddrar hækkunar á launin, orlofs frá 1. maí 1994 út uppsagnarfrestinn til 30. júní 1995, orlofsuppbótar og desemberuppbótar, samtals kr. 743.844. Báðum kröfum stefnanda var hafnað.
- 4 Kröfu stefnanda á hendur þrotabúinu var hafnað á þeim forsendum að stefnandi væri systir eiganda 40% hlutafjár í vélaverkstæðinu og væri því ekki unnt að viðurkenna kröfuna sem forgangskröfu í búið. Því til stuðnings var vísað til 112. gr., sbr. 3. gr., laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti (hér eftir “lög nr. 21/1991” eða “gjaldþrotaskiptalög”). Samkvæmt 112. gr. gjaldþrotaskiptalaga njóta kröfur um ógreidd laun og kröfur svipaðs eðlis að jafnaði forgangsréttar, en þeir sem eru “nákomnir” þrotamanni njóta ekki þess réttar fyrir kröfum sínum. Orðið “nákomnir” er skilgreint í 3. gr. gjaldþrotaskiptalaga og tekur m.a. til manns og félags, sem maður honum nákominn á verulegan hlut í. Þá segir að nákomnir séu þeir sem eru “skyldir í beinan legg eða fyrsta lið til hliðar”.
- 5 Kröfu stefnanda á hendur Ábyrgðasjóði launa var hafnað á þeim forsendum að krafan hefði ekki verið viðurkennd sem forgangskrafa í þrotabúið. Þá var vísað til 1. mgr. 5. gr. og 6. gr. laga nr. 53/1993 um ábyrgðasjóð launa vegna gjaldþrota (hér eftir “lög nr. 53/1993” eða “lög um ábyrgðasjóð launa”). Samkvæmt 1. mgr. 5. gr. laganna tekur ábyrgð sjóðsins til tilgreindra krafna “sem viðurkenndar hafa verið sem forgangskröfur semkvæmt gjaldþrotaskiptalögum”. Ákvæði 6. gr. kemur þó í veg fyrir að tilteknir launþegar geti krafist sjóðinn um greiðslu krafna, m.a. þeir sem átt hafa 5% hlutafjár eða meira í gjaldþrota hlutafélagi og maki þess sem svo er ástatt um “svo og skyldmenni hans í beinan legg og maki skyldmennis í beinan legg”.
- 6 Stefnandi höfðaði þá skaðabótamál á hendur ríkinu með stefnu birtri 12. mars 1997. Í stefnunni byggði stefnandi á því að íslenska ríkið bæri skaðabótaábyrgð á því að hafa ekki lagað löggjöf landsins réttilega að EES-samningnum, þ.e. að hafa ekki lagað löggjöf landsins (1. mgr. 5. gr. og 6. gr. laga nr. 53/1993 og 3. mgr. 112. gr. laga nr. 21/1991, sbr. 3. gr. sömu laga) réttilega að þeirri gerð sem vísað er til í 24. tl. XVIII. viðauka við EES-samninginn.

- 7 Considering that it was necessary to interpret provisions of the EEA Agreement in order for it to reach a decision and pursuant to Article 34 of the Surveillance and Court Agreement, Héraðsdómur Reykjavíkur submitted a request to the EFTA Court for an Advisory Opinion on the following questions:
1. *Is the act referred to in point 24 of Annex XVIII to the EEA Agreement (Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980, as amended by Council Directive 87/164/EEC of 2 March 1987), in particular Article 1, paragraph 2, and Article 10 of the Directive, to be interpreted to mean that national legislation may provide that an employee may be precluded from receiving payment of a wage claim against an insolvency estate from the State's Wage Guarantee Fund on grounds of family relation to an owner of 40% of the shares in the insolvent company. The relevant relation in the case at hand is collateral, i.e. siblings?*
 2. *If the answer to question 1 is to the effect that such an employee may not be precluded from receiving payment of a wage claim, is the State liable vis-à-vis the employee for not having adapted national legislation when it became party to the EEA Agreement, so that the employee has a legal right to the payment of the wage claim?*
- 8 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.

Legal background

EEA law

- 9 Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on the approximation of the laws of the Member States relating to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer, as amended by Council Directive 87/164/EEC (hereinafter the “Directive”), is referred to in Point 24 of Annex XVIII to the Agreement on the European Economic Area (hereinafter variously “EEA” and the “EEA Agreement”).
- 10 Article 1 of the Directive reads:
- “1. This directive shall apply to employees’ claims arising from contracts of employment or employment relationships and existing against employers who are in a state of insolvency within the meaning of Article 2(1).

7 Héraðsdómur Reykjavíkur taldi túlkun á ákvæðum EES-samningsins nauðsynlega áður en niðurstaða fengist í málinu. Með vísan til þess og til 34. gr. samningsins milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls (hér eftir “samningur um eftirlitsstofnun og dómstól”) óskaði dómstóllinn eftir ráðgefandi áliti um eftirfarandi spurningar:

1. *Ber að skýra gerð þá sem er að finna í 24. tl. í viðauka XVIII við Samninginn um Evrópska efnahagssvæðið (tilskipun ráðsins nr. 80/987/EBE frá 20. október 1980, eins og henni var breytt með tilskipun ráðsins 87/164/EBE frá 2. mars 1987), einkum 2. mgr. 1. gr. og 10. gr. hennar, á þann veg að samkvæmt henni megi með landslögum útiloka launþega, vegna skyldleika við eiganda sem á 40% í gjaldþrota hlutafélagi, frá því að fá greidd laun frá ábyrgðarsjóði launa á vegum ríkisins þegar launþeginn á ógoldna launakröfu á hendur þrotabúinu. Um er að ræða skyldleika í fyrsta lið til hliðar, þ.e.a.s. systkini?*
2. *Ef svarið við spurningu nr. 1 er á þá leið, að launþegann megi ekki útiloka frá því að fá laun sín greidd, varðar það ríkið skaðabótaábyrgð gagnvart launþeganum að hafa ekki, samfara aðild sinni að Samningnum um Evrópska efnahagssvæðið, breytt landslögum á þann veg að launþeginn ætti samkvæmt þeim lögbundinn rétt til launagreiðslanna?*

8 Vísað er til skýrslu framsögumanns um frekari lýsingu löggjafar, málsatvika og meðferðar málsins, svo og um greinargerðir sem dómstólnum bárust. Þessi atriði verða ekki rakin eða rædd hér á eftir nema að því leyti sem forsendur álitsins krefjast.

Löggjöf

Reglur EES-samningsins

9 Í 24. tl. XVIII. viðauka við EES-samninginn er vísað til tilskipunar ráðsins 80/987/EBE frá 20. október 1980 um samræmingu á lögum aðildarríkjanna um vernd til handa launþegum verði vinnuveitandi gjaldþrota, eins og henni var breytt með tilskipun ráðsins 87/164/EBE, (hér eftir “tilskipunin”).

10 1. gr. tilskipunarinnar er svohljóðandi:

“1. Tilskipun þessi gildir um kröfur launþega á hendur vinnuveitendum sem eru gjaldþrota í skilningi 1. mgr. 2. gr., í tengslum við ráðningarsamninga og ráðningarsamkomulag.

2. Member States may, by way of exception, exclude claims by certain categories of employee from the scope of this directive, by virtue of the special nature of the employee's contract of employment or employment relationship or of the existence of other forms of guarantee offering the employee protection equivalent to that resulting from this directive.

The categories of employee referred to in the first subparagraph are listed in the Annex.

3. This directive shall not apply to Greenland. This exception shall be re-examined in the event of any development in the job structures in that region."

11 For the purposes of the EEA Agreement, Point 24 of Annex XVIII to the EEA Agreement, provides for, *inter alia*, the following adaptation:

"(a) The following shall be added to section I of the Annex:

...

H. ICELAND

1. Those members of the Board of Directors of a bankrupt company after the company's financial situation became considerably adverse.

2. Those having held 5% or thereover of the capital of a bankrupt limited company.

3. The general manager of a liquidated company or those others who, on account of their work with the company, had had a survey of the company's finances in such a manner that it could not be concealed from them that a company's liquidation had been impending at the time the wages were being earned.

4. The spouse of a person in a situation specified in clauses 1 to 3 as well as his/her direct relative and direct relative's spouse."

12 Article 10 of the Directive reads:

"This directive shall not affect the option of Member States:

- (a) to take the measures necessary to avoid abuses;
- (b) to refuse or reduce the liability referred to in Article 3 or the guarantee obligation referred to in Article 7 if it appears that fulfilment of the obligation is unjustifiable because of the existence of special links between the employee and the employer and of common interests resulting in collusion between them."

2. Aðildarríkjunum er heimilt að undanþiggja kröfur tiltekinna hópa frá gildissviði tilskipunar þessarar vegna ráðningarsamnings eða ráðningarsamkomulags af sérstökum toga eða vegna annars konar trygginga sem veita launþegunum sambærilega vernd og kveðið er á um í tilskipun þessari.

Í viðauka eru taldir upp þeir hópar launþega sem getið er um í undanfarandi undirgrein.

3. Tilskipun þessi gildir ekki um Grænland. Þessi undantekning skal tekin til endurskoðunar verði breytingar á atvinnuháttum þar.”

- 11 Í 24. tl. XVIII. viðauka við EES-samninginn, þar sem vísað er til tilskipunarinnar, er m.a. mælt fyrir um eftirfarandi aðlögun með tilliti til EES-samningsins:

“a) Eftirfarandi bætist við I. þátt viðaukans:

...

H. ÍSLAND

1. Stjórnarmenn gjaldþrota félags eftir að fjárhagsstaða félagsins varð mjög slæm.
2. Þeir sem hafa átt 5% eða meira af fjármagni gjaldþrota hlutafélags.
3. Framkvæmdastjóri gjaldþrota félags eða aðrir sem vegna starfa sinna fyrir félagið höfðu þá yfirsýn yfir fjárhag þess að þeim mátti vera ljóst að gjaldþrot vofði yfir þegar teknanna var aflað.
4. Maki einstaklings sem er í þeirri aðstöðu sem tilgreind er í 1. – 3. lið svo og ættingi einstaklings og ættingi maka í beinan legg.¹”

12. 10. gr. tilskipunarinnar er svohljóðandi:

“Tilskipun þessi hefur ekki áhrif á rétt aðildarríkja:

- a) til þess að gera nauðsynlegar ráðstafanir til að koma í veg fyrir misnotkun;
- b) til að hafna þeirri greiðsluábyrgð, sem getið er um í 3. gr. eða þeirri greiðsluskyldu, sem getið er um í 7. gr., eða lækka hana komi í ljós að skuldabindingin sé óréttmæt vegna sérstakra tengsla milli launþegans og vinnuveitandans og sameiginlegra hagsmuna sem leiðir til þess að þeir gera með sér leynilegt samkomulag.”

¹ Opinber texti. Ensukur texti er svohljóðandi: “4. The spouse of a person in a situation specified in clauses 1 to 3 as well as his/her direct relative and direct relative’s spouse.”

National law

13 Article 5, first paragraph, of the Icelandic Wage Guarantee Fund Act reads:

“The obligations of the fund shall extend to the following claims against an employer’s estate which have been recognized as privileged claims under the Insolvency Act:

- a. a wage earner’s claim for wages for his last three working months spent with the employer, including the part of wages retained by the employer under Section VIII of the Act No. 86 of 1988;
- b. a wage earner’s claim for vacation pay which was to have been paid during his last three working months spent with the employer;
- c. a claim by a recognized pension fund for pension fund premiums in arrears which fell due in the last 18 months before the deadline, providing the conditions of Section III of this Act are met; this obligation shall, however, be subject to the minimum limit stated in Article 4 of the Act No. 55 of 1980;
- d. compensation for lost wages for up to three months as a consequence of the cancellation or rescission of an employment agreement, providing that the claimant under this item demonstrates by means of a declaration from an employment agency that he sought other employment during the period for which compensation is claimed;
- e. compensation to a wage earner which an employer is obliged to pay in respect of damage caused by a work-related accident, or to a person who has the right to compensation in respect of the death of a wage earner, providing that the claim for compensation enjoys privilege status in the employer’s estate;
- f. interest under Article 5 of the Interest Act, No. 25 of 1987, on claims under items a-e from the due date of their payment to the date on which the claims are paid by the guarantee fund;
- g. insurance to cover the costs of liquidation paid by wage earners or pension funds. This shall also apply to unavoidable expenses incurred by the wage earner or other claimant under item e in connection with measures necessary to secure the payment of his claim, subject, however, to a maximum determined by the fund’s management board.”

14 Article 6, first paragraph, of the Wage Guarantee Fund Act reads:

“However, the following wage earners may not demand payment by the fund of claims under items a-d of Article 5, paragraph 1:

- a. Those who sat on the board of an insolvent enterprise after its financial position began to deteriorate substantially. ...

Íslensk löggjöf

13 Ákvæði 1. mgr. 5. gr. laga nr. 53/1993 eru svohljóðandi:

“Ábyrgð sjóðsins tekur til eftirfarandi krafna í bú vinnuveitanda sem viðurkenndar hafa verið sem forgangskröfur samkvæmt gjaldþrotaskiptalögum:

- a. kröfu launþega um vinnulaun fyrir síðustu þrjá starfsmánuði hans hjá vinnuveitanda, þar með talinn hluti launa sem haldið var eftir af vinnuveitanda skv. VIII. kafla laga nr. 86/1988,
- b. kröfu launþega um orlofslaun sem koma áttu til útborgunar á síðustu þremur starfsmánuðum hans hjá vinnuveitanda,
- c. kröfu viðurkennds lífeyrissjóðs um vangoldin lífeyrissjóðsiðgjöld sem fallið hafa í gjalddaga á síðustu 18 mánuðum fyrir frest dag að uppfylltum skilyrðum III. kafla laga þessara; ábyrgðin takmarkast þó við lágmark 4. gr. laga nr. 55/1980,
- d. bóta vegna launamissis í allt að þrjá mánuði vegna riftunar eða uppsagnar vinnusamnings, enda skal sá sem krefst bóta samkvæmt þessum lið sýna fram á með vottorði vinnumiðlunar að hann hafi leitað eftir annarri atvinnu þann tíma sem bóta er krafist,
- e. bóta til launþega sem vinnuveitanda ber að greiða vegna tjóns af völdum vinnuslyss eða til þess sem tilkall á til bóta vegna dauðsfalls launþega, enda fylgi bótakröfunni forgangsréttur í bú vinnuveitandans,
- f. vaxta skv. 5. gr. vaxtalaga, nr. 25/1987, af kröfum samkvæmt staflaðum a- e frá gjalddaga þeirra til þess dags er krafan fæst greidd úr ábyrgðasjóði,
- g. skiptatryggingar sem launþegar eða lífeyrissjóður hafa greitt. Sama gildir um óhjákvæmilegan kostnað sem launþegi eða sá sem krefst bóta skv. e-lið hefur orðið að greiða vegna nauðsynlegra ráðstafana til innheimtu kröfu sinnar, þó að hámarki samkvæmt ákvörðun sjóðstjórnar.”

14 Ákvæði 1. mgr. 6. gr. laga nr. 53/1993 eru svohljóðandi:

“Eftirtaldir launþegar geta þó ekki krafist sjóðinn um greiðslu krafna skv. a-d-liðum 1. mgr. 5. gr.:

- a. Þeir sem sæti áttu í stjórn gjaldþrota félags eftir að fjárhag þess tók verulega að halla. Þetta á þó ekki við um þá sem sæti eiga í varastjórn félags nema þeir hafi gegnt stjórnarstörfum á umræddu tímabili.

- b. Those who have held 5% or more of the share capital in an insolvent joint-stock company.
- c. The director, managing director and others who, in view of their positions with the insolvent employer, ought to have had sufficient knowledge of the enterprise's financial position for it to be clear to them that insolvency was imminent during the period during which they worked for their wages.
- d. The spouse of any person covered by items a-c, and also his relatives in direct line of descent and the spouse of any relative in direct line of descent. ...”

15 According to Article 112, first paragraph, of the Insolvency Act, claims for wages and related sums have, as a general rule, privileged status in the estate of an insolvent employer. Article 112, third paragraph, makes the following exception to this main rule:

“Persons close to the insolvent entity do not enjoy the rights stipulated in 1-3 of the first paragraph relating to their claims; nor do persons who have been on the Board of the insolvent entity or were engaged in managing the insolvent entity.”

16 The term “close” used in that Article is defined in Article 3 of the Insolvency Act, which reads:

“In this Act, the term “close” refers to persons having any of the following relations:

- 1. Married couples and common-law couples,
- 2. Those related through direct descent or collateral relation, including relations through adoption or fostering,
- 3. Those related as in point 2 through marriage or common-law marriage,
- 4. A person and a company or institution owned to a considerable extent by that person or someone close to that person,
- 5. Two companies or institutions where one is owned to a considerable extent by the other or some person closely related to it,
- 6. Persons, companies or institutions related in ways comparable to those in points 1-5.”

- b. Þeir sem átt hafa 5% hlutafjár eða meira í gjaldþrota hlutafélagi.
- c. Forstjóri, framkvæmdastjóri og þeir aðrir sem vegna starfa sinna hjá hinum gjaldþrota vinnuveitanda áttu að hafa þá yfirsýn yfir fjárhag fyrirtækisins að þeim mátti ekki dyljast að gjaldþrot þess væri yfirvofandi á þeim tíma sem unnið var fyrir vinnulaununum.
- d. Maki þess sem ástatt er um sem segir í a-c-liðum, svo og skyldmenni hans í beinan legg og maki skyldmennis í beinan legg. (...)”

15 Samkvæmt 1. mgr. 112. gr. gjaldþrotaskiptalaga eru launakröfur og skyldar kröfur að jafnaði forgangskröfur í þrotabú. Frá þeirri meginreglu er þó eftirfarandi undantekning í 3. mgr. 112. gr.:

“Hvorki njóta þeir sem eru nákomnir þrotamanni réttar skv. 1.-3. tölul. 1. mgr. fyrir kröfum sínum né þeir sem hafa átt sæti í stjórn eða haft með höndum framkvæmdastjórn félags eða stofnunar sem er til gjaldþrotaskipta.”

16 Hugtakið “nákomnir” í 112. gr. er skilgreint í 3. gr. gjaldþrotaskiptalaga, sem er svohljóðandi:

“Orðið nákomnir er í lögum þessum notað um þá sem eftirfarandi tengsl standa milli:

- 1. hjón og þá sem búa í óvígðri sambúð,
- 2. þá sem eru skyldir í beinan legg eða fyrsta lið til hliðar, en með skyldleika er í þessu sambandi einnig átt við tengsl sem skapast við ættleiðingu eða föstur,
- 3. þá sem tengjast með hjúskap eða óvígðri sambúð með sama hætti og um ræðir í 2. tölul.,
- 4. mann og félag eða stofnun sem hann eða maður honum nákominn á verulegan hluta í,
- 5. tvö félög eða stofnanir ef annað þeirra eða maður nákominn öðru þeirra á verulegan hluta í hinu,
- 6. menn, félög og stofnanir sem eru í sambærilegum tengslum og um ræðir í 1.-5. tölul.”

The first question

- 17 Article 1(1) of the Directive sets out as a main rule that all employees are entitled to coverage from a national wage guarantee fund in the case of their employer's insolvency. The Directive allows for two exceptions to this main rule, set out in Articles 1(2) and 10, respectively. By its first question, the national court seeks to determine the scope of both of these exceptions, by asking whether the Directive must be interpreted so as to permit a general rule in Icelandic legislation that excludes from the scope of the wage guarantee fund siblings of an owner of 40% of the shares in an insolvent employer company.
- 18 The Court notes that the claims of the plaintiff relate to a period of time from 1 May 1994 until 30 June 1995. The Court finds appropriate to point out that, under the Directive, the Contracting Parties are only required to ensure payment of employees' outstanding claims for a minimum period specified in Articles 3 and 4 of the Directive. It is up to the national authorities to determine the end date, within the options set out in Article 3(2), with such guarantee periods as determined by Article 4(2). The protection of employees under the Directive is a minimum level of protection, limited to the period following the national authorities' choice. However, according to Article 9, the Directive does not prevent the Contracting Parties from applying or introducing national rules which are more favourable to employees, including rules which extend the period for which payments are to be made under the guarantee. If a Contracting Party decides to extend the protection beyond what is required by the Directive, the State concerned is free to determine the scope of such extended protection, both with regard to the periods and persons covered. Since it is not for the Court to express itself on national law, the following discussion is only relevant with regard to the minimum period specified in Articles 3 and 4.

Article 1(2) of the Directive and the adaptation in Point 24 of Annex XVIII to the EEA Agreement

- 19 As mentioned above, Article 1(2) of the Directive provides that Member States may, by way of exception, exclude claims by certain categories of employee from the scope of the Directive, by virtue of the special nature of the employee's contract of employment or employment relationship or of the existence of other forms of guarantee offering the employee protection equivalent to that resulting from the Directive.
- 20 It follows from the second subparagraph of Article 1(2) that the categories of employee referred to in the first subparagraph are listed in the Annex. For the purposes of the EEA Agreement, the Annex to the Directive has been adapted by virtue of Point 24 of Annex XVIII of the EEA Agreement, which sets out certain exceptions applicable with regard to Iceland.

Fyrri spurningin

- 17 Samkvæmt 1. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar er það meginregla að allir launþegar eiga rétt á greiðslu frá ábyrgðasjóði launa verði vinnuveitandi gjaldþrota. Tilskipunin heimilar tvær undanþágur frá meginreglunni og koma þær fram í 2. mgr. 1. gr. annars vegar og í 10. gr. hins vegar. Með fyrri spurningunni leitast Héraðsdómur Reykjavíkur við að ákvarða umfang undanþáganna með því að spyrja um hvort túlka beri tilskipunina svo að hún heimili almenna reglu í íslenskum lögum sem útilokar systkini eiganda 40% hlutfjár í gjaldþrota félagi, sem þau eru launþegar hjá, frá því að fá greiðslur frá sjóðnum.
- 18 Dómstóllinn bendir á að kröfur stefnanda taka til tímabilsins frá 1. maí 1994 til 30. júní 1995. Dómstóllinn telur rétt að vekja athygli á að samkvæmt tilskipuninni skulu aðildarríkin gera nauðsynlegar ráðstafanir til að tryggja greiðslur á önnheimtum kröfum launþega fyrir tiltekin tímabil sem ákvæði eru um í 3. og 4. gr. tilskipunarinnar. Stjórnvöld í ríkjunum hafa val um þá dagsetningu sem ábyrgðin miðast við innan ramma ákvæða 2. mgr. 3. gr. og miðað við þau tímamörk sem ákveðin eru í 2. mgr. 4. gr. Vernd launþega samkvæmt tilskipuninni er lágmarksvernd sem er takmörkuð við ábyrgð á launum fyrir þá dagsetningu sem stjórnvöld velja. Tilskipunin hefur þó ekki áhrif á rétt aðildarríkjanna til að beita eða koma á lögum og stjórnsýslufyrirmælum sem eru launþegum hagstæðari, sbr. 9. gr. tilskipunarinnar, þ.m.t. að tryggja ábyrgð á kröfum umfram tiltekið tímabil. Ákveði samningsaðili að tryggja ábyrgð á kröfum umfram það sem tilskipunin krefst er það undir ríkinu komið að ákveða gildissvið þeirrar ábyrgðar bæði að því er lýtur að tíma og þeim hópum launþega sem verndin tekur til. Þar sem það er ekki í valdi dómstólsins að gefa álit á skýringu innlendra laga á það sem hér á eftir fer aðeins við um þau tímabil sem skilgreind eru í 3. og 4. gr. tilskipunarinnar.

Ákvæði 2. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar og aðlögunin í 24. tl. XVIII. viðauka við EES-samninginn

- 19 Eins og fram kemur hér að framan mælir 2. mgr. 1. gr. fyrir um þá undantekningu að aðildarríkjunum sé heimilt að undanþiggja kröfur tiltekinna hópa frá gildissviði tilskipunarinnar vegna ráðningarsamnings eða ráðningarsamkomulags af sérstökum toga eða vegna annars konar trygginga sem veita launþegunum sambærilega vernd og kveðið er á um í tilskipuninni.
- 20 Samkvæmt 2. málslíð 2. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar skulu þeir hópar launþega sem getið er um í 1. málslíð 2. mgr. 1. gr. taldir upp í viðauka. Með 24. tl. XVIII. viðauka við EES-samninginn hefur viðaukinn við tilskipunina verið aðlagður með tilliti til EES-samningsins og eru þar taldar þær undanþágur sem eiga við um Ísland.

- 21 One question that arises is whether a Contracting Party to the EEA Agreement may only rely on Article 1(2) in so far as an appropriate listing has been made in the Annex to the Directive. The *Government of Norway* argues that the listings in the Annex are not exhaustive and that a Contracting Party may exclude claims from certain categories of employee, provided that the conditions in the first subparagraph of Article 1(2) are fulfilled. By contrast, the *EFTA Surveillance Authority* and the *EC Commission* both submit that the listings in the Annex are exhaustive.
- 22 In the opinion of the *Court*, it follows both from the aim of the Directive, which is to provide a minimum level of protection for all employees, and from the exceptional nature of the possibility of exclusion allowed for by Article 1(2) of the Directive, that that provision cannot be interpreted broadly in the manner contended by the Government of Norway. It follows from the wording of the Directive that the Contracting Parties may only exercise the right to exclude certain categories of employee by virtue of Article 1(2) of the Directive in so far as the exceptions are listed in the Annex to the Directive. This interpretation is further supported by the fact that the Annex would be deprived of much of its purpose if the Contracting Parties were free to exclude categories of employee not listed there.
- 23 With this as a starting point, it becomes necessary to examine the scope of the exceptions with regard to Iceland which are actually listed in the Annex. Item H 2 in the Annex excludes from the scope of the Directive “[t]hose having held 5% or thereover of the capital of a bankrupt limited company”. Item H 4 further excludes “[t]he spouse of a person in a situation specified in clauses 1 to 3 as well as his/her direct relative and direct relative’s spouse”. Thus, the question is whether the expression “direct relative” in H 4 can be interpreted so as to include the sister of a person referred to in item H 2.
- 24 The *plaintiff*, the *EFTA Surveillance Authority* and the *EC Commission* submit that the expression contained in the Icelandic listing must be interpreted as not comprising siblings. The *defendant* contends that siblings are indeed covered by the listing. In both cases, arguments are related to the wording of the listing and the purpose of the entry made by Iceland.
- 25 As for the wording of the exceptions, the Court notes that the negotiations were conducted and the final text agreed in the English language. The chosen wording “direct relative” is not entirely precise but is, on a wide interpretation, capable of including siblings.

- 21 Fyrsta spurningin sem kemur til álita er hvort samningsaðili að EES-samningnum geti eingöngu borið fyrir sig 2. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar ef viðeigandi upptalning hefur verið gerð í viðaukanum. *Ríkisstjórn Noregs* heldur því fram að upptalningin í viðaukanum sé ekki tæmandi og að samningsaðili megi útiloka kröfur frá ákveðnum hópum launþega, að því tilskyldu að skilyrðum 1. málslíðs 2. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar sé fullnægt. Á hinn bóginn halda bæði *Eftirlitsstofnun EFTA* og *framkvæmdastjórnin* því fram að upptalningin í viðaukanum sé tæmandi.
- 22 *Dómstóllinn* telur að það leiði bæði af því markmiði tilskipunarinnar að mæla fyrir um lágmarksvernd allra launþega og því að um sérstaka undanþáguheimild er að ræða í 2. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar, að ákvæðið verði ekki skýrt rúmt með þeim hætti sem ríkisstjórn Noregs heldur fram. Það leiðir af orðalagi tilskipunarinnar að samningsaðilum er einungis heimilt að undanþiggja kröfur tiltekinna hópa samkvæmt 2. mgr. 1. gr. hennar með því að telja þá upp í viðauka við tilskipunina. Þá styður það þessa túlkun að viðaukinn yrði lítills virði ef samningsaðilar gætu að vild útilokað hópa launþega sem ekki eru taldir þar.
- 23 Þegar gengið er út frá framangreindu er nauðsynlegt að líta á umfang þeirra undanþága sem eiga við um Ísland og sem koma fram í viðaukanum. Samkvæmt lið H.2. í viðaukanum má undanþiggja frá gildissviði tilskipunarinnar kröfur þeirra “sem hafa átt 5% eða meira af fjármagni gjaldþrota hlutafélags”. Samkvæmt lið H.4. tekur undanþágan til eftirfarandi hóps: “Maki einstaklings sem er í þeirri aðstöðu sem tilgreind er í 1. – 3. lið svo og ættingi einstaklings og ættingi maka í beinan legg”. Álitæfnið er því, hvort hugtakið “ættingi í beinan legg” í lið H.4. verði túlkað svo að það taki til systur einstaklings sem liður H.2. tekur til.
- 24 *Stefnandi*, *Eftirlitsstofnun EFTA* og *framkvæmdastjórnin* halda því fram að skýra verði hugtakið sem notað er í upptalningunni fyrir Ísland svo að það taki ekki til systkina. *Stefndi* telur að systkini falli undir undanþáguna. Rök byggja í báðum tilvikum á orðalagi undanþágunnar og á markmiði Íslands með upptalningunni.
- 25 Að því er lýtur að orðalagi undanþágunnar tekur dómstóllinn fram að samningaviðræður fóru fram á ensku og var endanlegur texti samþykktur á ensku. Orðalag það sem valið var, “direct relative”, er ekki nákvæmt en með rúmri túlkun má skilja það svo að það taki einnig til systkina.

- 26 The Court further notes that in the subsequent translation of the agreed English wording into the other authentic language versions, there are variations in the precision and scope of the wording. The majority of the language versions use non-committal terms corresponding to “direct relatives” or “close relatives” which are capable of being interpreted as including siblings. Some language versions (the Icelandic, Finnish, French, German, Greek and Spanish) use more specific and restrictive terms to include only relatives in direct line of ascent or descent.
- 27 The translation into Greek may be an example of how such discrepancies in scope may arise. At the oral hearing, it was explained that the Greek version uses an expression comparable to “direct relative” which, however, in Greek legal terminology has the distinct meaning of “ascendants or descendants”. In other words, by the intervention of Greek legal terminology, an accurate translation of the original English version is given a more specific and possibly narrower content than the Contracting Parties may actually have agreed.
- 28 In the case of differing authentic language versions, a preferred starting point for the interpretation will be to choose one that has the broadest basis in the various language versions. This would imply that the provision, to the largest possible extent, acquires the same content in all Member States. With respect to provisions applicable in all Member States, this is a preferable situation. However, in the present situation, it is not a question of a generally applicable provision but of an exception applicable to Iceland only, and of the certain freedom the Icelandic authorities had in choosing which exceptions it preferred to implement in national law. In such circumstances, it appears to be more appropriate to place greater weight on what the negotiators agreed to with respect to the Icelandic exceptions.
- 29 The Court notes that the Icelandic legislation has contained exceptions identical to those currently found in the Wage Guarantee Fund Act and the Insolvency Act since 1985. There is no indication that the Icelandic authorities intended to narrow the scope of the exceptions in national law in connection with the implementation of the EEA Agreement. It must therefore be presumed that the aim was to maintain the exceptions already established in Icelandic legislation. The Court further notes that such a scope of the Icelandic exceptions would lie within the latitude of choice available to the Contracting Parties.
- 30 However, it must be noted that the chosen English wording “direct relative” is not clear, and that the authentic Icelandic version (“ættingi í beinan legg”) has the clear and limited scope of ascendants and descendants, excluding siblings.

- 26 Dómstóllinn telur einnig rétt að nefna að við þýðingu textans úr ensku á önnur tungumál, sem öll hafa sama vægi, er breytilegt hversu nákvæmt orðaval er og hversu yfirgripsmikil hugtök eru notuð. Meirihluti annarra tungumálaútgáfa nota almenn hugtök sem svara til hugtakanna nánir eða nákomnir ættingjar (“direct relatives”, “close relatives”) sem túlka má svo að taki einnig til systkina. Í útgáfum á öðrum tungumálum (á íslensku, finnsku, frönsku þýsku, grísku og spænsku) eru sértækari og þrengri hugtök notuð, sem taka aðeins til ættingja í beinan legg, upp á við eða niður á við.
- 27 Þýðing textans á grísku sýnir hvernig slíkur merkingarmunur getur komið upp. Við munnlegan flutning málsins kom það fram að í grísku útgáfunni er notað hugtak sem svarar til enska hugtaksins “direct relative”. Í grísku lagamáli er hugtakið þó túlkað sem niðjar eða áar. Fyrir tilstilli grískis lagamáls öðlast bókstafsþýðing hins upprunalega enska texta því sértækari og mögulega þrengri merkingu en sammingsaðilar gerðu e.t.v. ráð fyrir.
- 28 Þegar munur er á útgáfum á hinum ýmsu tungumálum, sem öll hafa sama vægi, er eðlilegt við túlkun að ganga út frá því að sú skýring skuli valin sem styðst við sem flestar tungumálaútgáfur. Þetta hefði í för með sér að ákvæðið hefði sama inntak í sem flestum aðildarríkjum. Þegar ákvæði sem gilda í öllum aðildarríkjum eru túlkuð verður að telja þetta eðlilega leið. Í máli því sem hér er til umfjöllunar reynir hins vegar ekki á túlkun ákvæðis sem gildir almennt heldur undanþáguákvæði sem eingöngu á við um Ísland og gátu íslensk stjórnvöld valið þær undanþágur sem beitt yrði í landslögum. Þegar svo stendur á verður að telja að gefa eigi samkomulagi aðilanna um undanþágu fyrir Ísland meira vægi.
- 29 Dómstóllinn tekur fram að undantekningar þær sem nú eru í lögum um ábyrgðasjóð launa og gjaldþrotaskiptalögum hafa verið í íslenskum lögum frá árinu 1985. Ekkert bendir til þess að það hafi verið ætlun íslenskra stjórnvalda að víkja frá þeim undantekningum þegar EES-samningurinn var lögtekinn. Það verður því að ganga út frá því að markmiðið hafi verið að viðhalda þeim undantekningum sem giltu í íslenskri löggjöf. Slíkt væri og innan þess svigrúms sem sammingsaðilar geta nýtt sér.
- 30 Hins vegar verður að líta til þess að orðalag það sem valið var á ensku, “direct relative” er ekki skýrt og að íslenska útgáfan, sem hefur sama vægi og aðrar tungumálaútgáfur, notar orðin “ættingi í beinan legg” sem vísar skýrlega til þröngs hóps ættingja í beinan legg, upp á við og niður á við, en ekki til systkina.

- 31 The Court further notes that, if the Icelandic listing is interpreted as not including siblings, this would mean that Iceland has made an entry in the Annex which is not sufficiently wide to cover the exceptions that were actually in force in its national legislation. Although this might seem unlikely, a possible explanation could be that it was overlooked at the time of the EEA negotiations that the Icelandic legislation actually contains two sets of exceptions – in the Wage Guarantee Fund Act and in the Insolvency Act. Item H in the Annex corresponds closely to Article 6, first paragraph, of the Wage Guarantee Act, and, when Iceland subsequently notified the implementation of the Directive to the EFTA Surveillance Authority, reference was only made to the Wage Guarantee Act and not to the Insolvency Act.
- 32 On the balance, the Court finds that the expression “direct relative” in item H 4 in Point 24 of Annex XVIII must be interpreted as referring only to relatives in direct line of ascent or descent. Consequently, siblings are not covered by the expression.
- 33 For the sake of good order, the Court points out that the Government of Iceland, in the proceedings before the Court, has also invoked the entry in item H 3 of point 24 of Annex XVIII as a basis for rejecting the plaintiff’s claim against the wage guarantee fund. Since the questions referred to the Court and the statements of facts only address the interpretation of the Directive with regard to the plaintiff’s status as sister of a main shareholder, the Court does not find it appropriate to express its view on the interpretation of item H 3.

Article 10 of the Directive

- 34 According to Article 10 of the Directive, the Directive does not affect the option of Member States to take the measures necessary to avoid abuses (Article 10(a)), or to refuse or reduce the liability otherwise provided for by the Directive if it appears that fulfilment of the obligation is unjustifiable because of the existence of special links between the employee and the employer and of common interests resulting in collusion between them (Article 10(b)). Both Article 10(a) and Article 10(b) have been invoked in the present case as a possible basis for the rule in Icelandic legislation that siblings of a major shareholder in an insolvent company are excluded from the coverage of the wage guarantee fund.

Article 10(a)

- 35 The Court has previously held that, having regard to the social objective of the Directive and taking into account the nature of the provision in Article 10(a) as an exception, the option to take measures to avoid abuses cannot be interpreted as generally permitting any kind of measure which may assist in preventing abuses of the system: see Case E-1/95 *Samuelsson* [1994-95] EFTA Court Report 145, paragraph 31 *et seq.* As with all provisions under which a State may adopt

- 31 Dómstóllinn vísar til þess að sé íslenska undanþágan túlkuð svo að hún taki ekki til systkina, leiðir það til þeirrar niðurstöðu að Ísland hafi óskað eftir undanþágu í viðaukanum sem er ekki nægilega rúm til að ná yfir þær undantekningar sem heimilar voru samkvæmt íslenskum lögum. Þótt þetta gæti virst ólíklegt er sú skýring hugsanleg að aðilum hafi yfirsétt það við gerð EES-samningsins að um tvenns konar undantekningar væri að ræða – undantekningar þær sem greinir í lögum um ábyrgðasjóð launa og þær undantekningar sem greinir í gjaldþrotaskiptalögum. Liður H í viðaukanum svarar til 1. mgr. 6. gr. laganna um ábyrgðasjóð launa og var einungis vísað til laga nr. 53/1993 um ábyrgðasjóð launa, en ekki til laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti þegar Ísland tilkynnti aðlögun landsréttar að tilskipuninni til Eftirlitsstofnunar EFTA.
- 32 Að öllu þessu athuguðu telur dómstóllinn að orðalagið “direct relative” / “ættingi í beinan legg” í lið H.4. í 24. tl. XVIII. viðauka verði að túlka svo að það taki aðeins til ættingja í beinan legg, upp á við og niður á við. Af því leiðir að undanþágan nær ekki til systkina.
- 33 Til áréttingar tekur dómstóllinn það fram að ríkisstjórn Íslands hefur við flutning málsins fyrir EFTA-dómstólnum einnig byggt á því að hafna megi kröfu stefnanda á hendur Ábyrgðasjóði launa á grundvelli liðar H.3. í 24. tl. XVIII. viðauka. Þar sem spurningar þær sem beint hefur verið til dómstólsins og málsatvik sem rakin eru varða aðeins túlkun tilskipunarinnar með hliðsjón af skyldleika stefnanda og hluthafa í fyrirtækinu telur dómstóllinn ekki ástæðu til að láta uppi álit um túlkun á þessum lið í viðaukanum.

Ákvæði 10. gr. tilskipunarinnar

- 34 Samkvæmt 10. gr. tilskipunarinnar hefur tilskipunin ekki áhrif á rétt aðildarríkja til að gera nauðsynlegar ráðstafanir til að koma í veg fyrir misnotkun (a liður 10. gr.), eða til að hafna þeirri greiðsluábyrgð sem mælt er fyrir um í tilskipuninni, eða lækka hana, komi í ljós að skuldbindingin sé óréttmæt vegna sérstakra tengsla milli launþegans og vinnuveitandans og sameiginlegra hagsmuna sem leiðir til þess að þeir gera með sér leynilegt samkomulag (b liður 10. gr.). Í máli því sem hér er fjallað um hefur verið vísað til beggja ákvæðanna sem grundvallar fyrir þeirri reglu íslenskra laga að systkini eiganda verulegs hlutafjár í gjaldþrota fyrirtæki eigi ekki rétt á greiðslu frá ábyrgðasjóði launa.

Ákvæði a liðar 10. gr.

- 35 Í málinu E-1/95, *Samuelsson* [1994-1995] EFTA Court Report² 145, lið 31 og áfram, komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að heimild aðildarríkja til að gera nauðsynlegar ráðstafanir til að koma í veg fyrir misnotkun yrði ekki túlkuð svo að ákvæðið heimilaði almennt hvers konar ráðstafanir sem gætu með einhverjum

² Skýrsla EFTA-dómstólsins 1. janúar 1994-30. júní 1995.

measures which derogate from the main principles of a Directive to the detriment of individual interests, Article 10(a) must be given a restrictive interpretation, and any measures undertaken on the basis thereof must be effective and proportionate. This is furthermore supported by the wording of Article 10(a), which provides that such measures are to be “necessary to avoid abuses”. In such circumstances, the onus is on the State making the derogation to demonstrate that these conditions are fulfilled.

- 36 No convincing evidence has been presented to support the assertion that the aim of preventing abuses necessitates the general exclusion from the scope of the guarantee of employees who are related to a major shareholder in the insolvent employer company, irrespective of the circumstances in the individual cases. Nor has it been shown that this aim could not be achieved as efficiently through measures which would encroach to a lesser degree upon the rights granted by the Directive conferring social protection on employees.
- 37 Thus, Article 10(a) must be interpreted as not allowing the application, as a measure against abuse, of a provision of national law generally excluding a sibling of a major shareholder in the insolvent employer from compensation from the wage guarantee fund.

Article 10(b)

- 38 In the opinion of the *Court*, the arguments mentioned above in connection with Article 10(a) of the Directive are equally valid with regard to Article 10(b). The social objective of the Directive, together with the provision in Article 10(b) being in the nature of an exception, imply that Article 10(b) must be interpreted restrictively.
- 39 As argued particularly by the *Government of the United Kingdom*, Article 10(b) is a free-standing basis for derogation, separate from Article 1(2). The mere fact that an employee is in a position that could have given rise to an exclusion pursuant to Article 1(2) does not prevent the application of Article 10(b) if the conditions of the latter provision are fulfilled.
- 40 However, Article 10(b) sets out several cumulative criteria that must be fulfilled before a claim can be excluded by reason of that provision. One criterion is “the existence of special links between the employee and the employer”, whilst another is the existence of “common interests resulting in collusion” between the employer and the employee. A third criterion is that “it appears that fulfilment of the obligation is unjustifiable” because of the special links and the common interest resulting in collusion. As submitted by the *plaintiff*, the *EFTA Surveillance Authority* and the *EC Commission*, the fact that those criteria are cumulative makes it difficult to accept that Article 10(b) may provide a basis for a general rule excluding from the scope of the wage guarantee fund siblings of a

hætti stuðlað að því að koma í veg fyrir misnotkun. Var sérstaklega vísað til félagslegs markmiðs tilskipunarinnar og þess að um undantekningarákvæði væri að ræða. Það verður því að túlka a lið 10. gr. þröngt, eins og önnur ákvæði sem heimila ríkjum að grípa til ráðstafana sem víkja frá meginreglum tilskipunar einstaklingum í óhag og þess verður að krefjast að allar ráðstafanir sem gripið er til á grundvelli ákvæðisins hafi þýðingu fyrir það markmið sem að er stefnt og að hófs sé gætt. Þetta kemur einnig fram í orðalagi a liðs 10. gr. þar sem segir að ráðstafanirnar verði að vera “nauðsynlegar ... til að koma í veg fyrir misnotkun”. Það ríki sem ber fyrir sig undanþáguna verður því að sýna fram á að þessum skilyrðum sé fullnægt.

- 36 Sú fullyrðing að það sé nauðsynlegt til að koma í veg fyrir misnotkun að útiloka frá greiðslu frá ábyrgðasjóði launa þá launþega sem eru skyldmenni eiganda verulegs hlutafjár í gjaldþrota fyrirtæki, án tillits til aðstæðna í hverju máli, hefur ekki verið studd sannfærandi gögnum eða rökum. Þá hefur ekki verið sýnt fram á að þessu markmiði megi ekki ná að sama marki með ráðstöfunum sem hafa minni áhrif á þau réttindi sem tilskipunin veitir og miða að vernd launþega.
- 37 Af framangreindu leiðir að túlka verður a lið 10. gr. tilskipunarinnar svo að hún heimili ekki ráðstafanir til að koma í veg fyrir misnotkun sem felast í því að lög útiloki almennt systkini eiganda verulegs hlutafjár í gjaldþrota fyrirtæki, sem þau eru launþegar hjá, frá greiðslum frá ábyrgðasjóði launa.

Ákvæði b liðar 10. gr.

- 38 *Dómstóllinn* telur að rök þau sem greind eru hér að framan um a lið 10. gr. tilskipunarinnar eigi með sama hætti við um b lið 10. gr. Hið félagslega markmið tilskipunarinnar og það að b liður 10. gr. er undantekningarákvæði leiðir til þess að túlka verður b lið 10. gr. þröngt.
- 39 Eins og bent hefur verið á, einkum af *ríkisstjórn Bretlands*, fela ákvæði b liðar 10. gr. í sér sjálfstæða heimild til fráviks og er greinin óháð ákvæðum 2. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar. Það að launþegi sé í aðstöðu sem hefði mátt sæta undanþágu samkvæmt 2. mgr. 1. gr. kemur ekki í veg fyrir beitingu b liðar 10. gr. ef skilyrðum síðargreinds ákvæðis er fullnægt.
- 40 Það verður þó að hafa í huga að b liður 10. gr. mælir fyrir um forsendur sem verður öllum að vera fullnægt til þess að hafna megi greiðsluábyrgð samkvæmt ákvæðinu. Ein þeirra forsendna felst í “sérstök[um] tengsl[um] milli launþega og vinnuveitanda”, í annan stað er gert ráð fyrir “sameiginleg[um] hagsmun[um] sem leiðir til þess að þeir gera með sér leynilegt samkomulag”. Í þriðja lagi er gert ráð fyrir því að það “komi í ljós að skuldbindingin sé ólögsmæt” vegna hinna sérstöku tengsla eða sameiginlegu hagsmuna sem leiða til samráðs. Fallast verður á það með *stefnanda*, *Eftirlitssiofnun EFTA* og *framkvæmdastjórninni* að vegna þess að um forsendur er að ræða sem verður öllum að vera fullnægt, verði ekki

major shareholder in the insolvent employer company. In any event, the State which makes such a derogation must carry the burden of justifying the measures taken.

- 41 In the present case, no convincing evidence has been presented to support the assertion that the aims reflected in Article 10(b) necessitate the general exclusion of employees on the basis of a general relationship to a major shareholder in the insolvent employer company, irrespective of the circumstances in the individual cases.
- 42 Consequently, Article 10(b) of the Directive must be interpreted as precluding the application of a provision of national law according to which siblings of a major shareholder in the insolvent employer company are generally not entitled to compensation from the wage guarantee fund.

The second question

- 43 By its second question, the national court raises the issue whether, through the EEA Agreement, the EFTA States have taken on an obligation to provide for compensation to individuals and economic operators who have suffered loss or damage as a result of a State's incorrect implementation of the Directive.

The existence of State liability as a matter of principle

- 44 The *Government of Iceland*, the *Government of Norway*, the *Government of Sweden* and the *EC Commission* submit, on the one hand, that the EEA Agreement does not impose an obligation on the EFTA States to make good loss and damages caused to individuals by failure to implement correctly in their national legislation provisions of EEA legislation. The arguments presented in support of this view vary to some extent, but may essentially be summarized as follows. Neither the EEA Agreement nor the Treaty Establishing the European Community (hereinafter the "EC Treaty") contains an express provision on State liability. Under Community law, the principle of State liability has been established through the case law of the Court of Justice of the European Communities (hereinafter the "ECJ"). However, since the case law is largely based on special characteristics of the Community legal order that are not found in the EEA Agreement, this case law is not transferable to the EEA Agreement by virtue of Article 6 EEA. Relevant differences between the EEA Agreement and the EC Treaty include the absence in the EEA Agreement of important principles of Community law such as transfer of legislative powers, direct effect and primacy of Community legislation.
- 45 The *plaintiff* and the *EFTA Surveillance Authority* submit, on the other hand, that the obligations undertaken by the EFTA States under the EEA Agreement include

litið svo á að b liður 10. gr. geti verið grundvöllur almennrar reglu sem útilokar systkini eiganda verulegs hlutafjár í gjaldþrota fyrirtæki, sem þau eru launþegar hjá, frá greiðslum frá ábyrgðasjóði launa. Hvað sem öðru líður verður ríki sem leyfir slík frávik að sýna fram á að ráðstöfunin sé réttlætanagerleg.

- 41 Sú fullyrðing að það sé nauðsynlegt til að ná þeim markmiðum sem koma fram í b lið 10. gr. að útiloka almennt frá greiðslu frá ábyrgðasjóði launa tiltekna launþega á grundvelli tengsla við eiganda verulegs hlutafjár í hinu gjaldþrota fyrirtæki, án tilhlits til aðstæðna í hverju máli, hefur ekki verið studd sannfærandi gögnum eða rökum.
- 42 Af framangreindu leiðir að túlka verður b lið 10. gr. tilskipunarinnar svo að hún komi í veg fyrir að beitt sé ákvæðum innlendra laga sem fela í sér að systkini eiganda verulegs hlutafjár í gjaldþrota fyrirtæki, sem þau eru launþegar hjá, eigi almennt ekki rétt á greiðslu frá ábyrgðasjóði launa.

Síðari spurningin

- 43 Með síðari spurningunni ber Héraðsdómur Reykjavíkur upp það álitafni hvort EFTA-ríkin hafi með því að samþykkja EES-samninginn skuldbundið sig til að sjá til þess að einstaklingar og aðilar í atvinnurekstri sem orðið hafa fyrir tjóni vegna ófullnægjandi aðlögunar landsréttar að ákvæðum tilskipunar geti fengið tjón sitt bætt.

Verður skaðabótaábyrgð ríkisins leidd af almennum meginreglum?

- 44 *Ríkisstjórn Íslands, ríkisstjórn Noregs, ríkisstjórn Svíþjóðar og framkvæmdastjórnin* halda því fram að EES-samningurinn skyldi EFTA-ríkin ekki til að bæta tjón sem einstaklingar verða fyrir vegna þess að landsréttur er ekki réttilega lagaður að EES-samningnum. Þau lagarök sem aðilarnir vísa til þessu til stuðnings eru með ýmsu móti en þau má draga saman á eftirfarandi hátt. Hvorki EES-samningurinn né Rómarsamningurinn geyma ákvæði sem mæla fyrir um skaðabótaábyrgð ríkisins. Í rétti bandalagsins (EB-rétti) hefur meginreglunni um skaðabótaábyrgð ríkisins verið komið á í dómum dómstóls EB. Þar sem dómaframkvæmd dómstóls EB byggist að miklu leyti á sérstökum einkennum á réttarkerfi bandalagsins sem ekki er fyrir að fara í rétti efnahagssvæðisins (EES-rétti) verður dómaframkvæmdin ekki talin eiga við um EES-samninginn með stoð í 6. gr. EES-samningsins. EES-samningurinn er frábrugðinn Rómarsamningnum í mörgum atriðum sem hér skipta máli og má þar nefna að í EES-samningnum er ekki gert ráð fyrir framsali löggjafarvalds eða beinum réttaráhrifum og forgangi ákvæða EES-samningsins gagnvart landsrétti.
- 45 *Stefnandi og Eftirlitsstofnun EFTA* halda því hins vegar fram að þær skuldbindingar sem EFTA-ríkin hafa gengist undir samkvæmt EES-samningnum

an obligation to make good loss and damage caused to individuals by incorrect implementation of EEA legislation. Reference is essentially made to the case law of the ECJ establishing the principle of liability under Community law, the similarities between the EEA Agreement and the EC Treaty, the homogeneity objective of the EEA Agreement, the recognition of the important role that individuals will play through the exercise of their rights in judicial proceedings and the stated intention of ensuring equal treatment of individuals and economic operators. The EFTA Surveillance Authority adds that a principle of State liability does not presuppose any transfer of legislative powers contrary to the system of the EEA Agreement.

46 The Court notes, firstly, that there is no explicit provision in EEA law establishing a basis for State liability on account of incorrect adaptation of national legislation.

47 In the absence of an express provision in the EEA Agreement, the question arises whether such a State obligation is to be derived from the stated purposes and the legal structure of the EEA Agreement. The general aim of the EEA Agreement, as laid down in Article 1(1) EEA, is to promote a continuous and balanced strengthening of trade and economic relations between the Contracting Parties with equal conditions of competition and the respect of the same rules, with a view to creating a homogeneous European Economic Area.

48 The scope of the EEA Agreement is laid down in Article 1(2) EEA, which states that, in order to attain those objectives, the association envisaged therein shall entail, in accordance with the provisions of the EEA Agreement, six elements specified in that Article: the free movement of goods, persons, services, and capital, the setting-up of a system ensuring that competition is not distorted, and closer co-operation in certain other fields.

49 As stated in Article 1(1) EEA, one of the main objectives of the Agreement is to create a homogeneous EEA. This homogeneity objective is also expressed in the fourth and fifteenth recitals of the Preamble to the EEA Agreement.

50 The fourth recital of the Preamble reads:

“CONSIDERING the objective of establishing a dynamic and homogeneous European Economic Area, based on common rules and equal conditions of competition and providing for the adequate means of enforcement including at the judicial level, and achieved on the basis of equality and reciprocity and of an overall balance of benefits, rights and obligations for the Contracting Parties;”

51 The fifteenth recital of the Preamble reads:

“WHEREAS, in full deference to the independence of the courts, the objective of the Contracting Parties is to arrive at, and maintain, a uniform interpretation and

feli í sér skyldu til að bæta tjón sem einstaklingar verða fyrir vegna ófullnægjandi aðlögunar landsréttar að EES-rétti. Vísað er til framkvæmdar dómstóls EB þar sem meginreglan um skaðabótaábyrgð samkvæmt bandalagsrétti kemur fram. Þá er vísað til þess markmiðs EES-samningsins að skapa einsleitt efnahagssvæði, til þess hlutverks sem viðurkennt er að einstaklingar muni gegna með því að beita þeim réttindum sem þeir öðlast með samningnum, m.a. fyrir tilstilli dómstóla, og til þess markmiðs að tryggja jafnræði gagnvart einstaklingum og aðilum í atvinnurekstri. Eftirlitsstofnun EFTA heldur því einnig fram að meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkisins byggist ekki á framsali á löggjafarvaldi sem færi gegn uppbyggingu EES-samningsins.

- 46 *Dómstóllinn* vísar fyrst til þess að í EES-samningnum er ekkert tiltekið ákvæði sem leggur grunninn að skaðabótaábyrgð ríkisins vegna þess að landsréttur sé ekki réttilega lagaður að samningnum.
- 47 Þar sem ekkert slíkt ákvæði er í EES-samningnum kemur til álita hvort skylda ríkisins verði leidd af yfirlýstum tilgangi EES-samningsins og uppbyggingu hans. Markmiðið með EES-samningnum er, eins og fram kemur í 1. mgr. 1. gr. samningsins, að stuðla að stöðugri og jafnri eflingu viðskipta- og efnahagstengsla samningsaðila við sömu samkeppnisskilyrði og eftir sömu reglum með það fyrir augum að mynda einsleitt Evrópskt efnahagssvæði.
- 48 Gildissvið EES-samningsins kemur fram í 2. mgr. 1. gr. hans, þar sem segir að til þess að ná þeim markmiðum sem að er stefnt skuli samstarfið fela í sér, í samræmi við ákvæði samningsins, sex svið sem þar eru talin: frjálsa vöruflutninga, frjálsa fólksflutninga, frjálsa þjónustustarfsemi, frjálsa fjármagnsflutninga, kerfi sem tryggi að samkeppni raskist ekki og nánari samvinnu á öðrum tilteknum sviðum.
- 49 Eins og fram kemur í 1. mgr. 1. gr. EES-samningsins er eitt meginmarkmið hans að mynda einsleitt Evrópskt efnahagssvæði. Þetta einsleitnimarkmið kemur einnig fram í fjórða og fimmtánda lið aðfaraorða EES-samningsins.
- 50 Í fjórða lið aðfaraorðanna kemur fram yfirlýsing samningsaðila:

“HAGA Í HUGA það markmið að mynda öflugt og einsleitt Evrópskt efnahagssvæði er grundvallist á sameiginlegum reglum og sömu samkeppnisskilyrðum, tryggri framkvæmd, meðal annars fyrir dómstólum, og jafnrétti, gagnkvæmni og heildarjafnvægi hagsbóta, réttinda og skyldna samningsaðila;”

- 51 Í fimmtánda lið segir:

“STEFNA AÐ ÞVÍ, með fullri virðingu fyrir sjálfstæði dómstólanna, að ná fram og halda sig við samræmda túlkun og beitingu samnings þessa og þeirra ákvæða í löggjöf bandalagsins sem tekin eru efnislega upp í samning þennan, svo og að

application of this Agreement and those provisions of Community legislation which are substantially reproduced in this Agreement and to arrive at an equal treatment of individuals and economic operators as regards the four freedoms and the conditions of competition;”

- 52 The achievement of the homogeneity objective rests, in particular, on two main foundations.
- 53 First, the material provisions of the EEA Agreement shall, within the agreed scope of co-operation, be largely identical to corresponding provisions of the EC Treaty and the Treaty Establishing the European Coal and Steel Community (hereinafter the “ECSC Treaty”). Such material provisions shall be made applicable in the EFTA States by means of incorporation into their respective national laws.
- 54 Secondly, the EEA Agreement establishes elaborate mechanisms with a view to ensuring homogeneous interpretation and application of the incorporated material provisions.
- 55 In accordance with Article 108 EEA, a separate EFTA Surveillance Authority is set up to constantly review the implementation and application of the material provisions in the EFTA States and to take action in case of a State’s infringement of its implementation obligations under the Agreement. A court of justice (EFTA Court) is established to review the surveillance procedure and settle disputes between *inter alia* the EFTA States.
- 56 A uniform and homogenous interpretation and application of the material rules is further supported by various provisions, partly in the EEA Agreement itself and partly in the Surveillance and Court Agreement, agreed to by the EFTA States pursuant to Article 108 EEA. Thus, Article 6 EEA provides that provisions of the EEA Agreement which are in substance identical to corresponding provisions of the EC Treaty and the ECSC Treaty shall be interpreted in conformity with relevant rulings of the ECJ given prior to the signing of the EEA Agreement, whilst Article 3 of the Surveillance and Court Agreement requires that due account be paid to relevant rulings of the ECJ subsequent to the signing of the EEA Agreement. According to Articles 105 and 106 EEA, an EEA Joint Committee shall keep under constant review the development of the case law of the ECJ and the EFTA Court, and there shall be established a system of exchange of information concerning judgments between the EFTA Court, the ECJ and the Court of First Instance. The EC Commission and the EFTA Surveillance Authority shall co-operate, exchange information and consult each other on surveillance policy issues and individual cases.

koma sér saman um jafnræði gagnvart einstaklingum og aðilum í atvinnurekstri að því er varðar fjórþætta frelsið og samkeppnisskilyrði.”

- 52 Til að markmiðinu um einsleitni verði náð er mælt fyrir um tvö grundvallaratriði.
- 53 Í fyrsta lagi skulu efnisákvæði EES-samningsins á þeim sviðum sem samvinnan nær til að mestu leyti vera samhljóða samsvarandi ákvæðum Rómarsamningsins og Stofnsáttmála Kola- og stálbandalagsins. Efnisreglur þessar skulu verða gildandi reglur í þeim EFTA-ríkjum sem aðild eiga að EES-samningnum er ríkin taka þær upp í landsrétt sinn.
- 54 Í öðru lagi er með EES-samningnum komið á margbrotnu kerfi sem tryggja á einsleita túlkun og beitingu þeirra efnisreglna sem teknar hafa verið upp í landsrétt.
- 55 Samkvæmt 108. gr. EES-samningsins er sjálfstæðri eftirlitsstofnun komið á fót og skal hún stöðugt fylgjast með framkvæmd og beitingu efnisreglna samningsins í EFTA-ríkjunum sem eru aðilar að samningnum og bregðast við brotum ríkjanna á skyldum þeirra til að framfylgja samningnum. Dómstóll (EFTA-dómstóllinn) er stofnaður til þess að fjalla um eftirlitskerfið og leysa deilumál, m.a. milli EFTA-ríkjanna.
- 56 Ýmis ákvæði EES-samningsins sjálfs og samnings um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls, sem EFTA-ríkin gerðu með sér í samræmi við ákvæði 108. gr. EES-samningsins, stuðla einnig að samræmdri og einsleitri túlkun og beitingu efnisreglnanna. Ákvæði 6. gr. EES-samningsins mæla fyrir um að efnislega samhljóða ákvæði skuli túlka í samræmi við dóma dómstóls EB sem máli skipta og kveðnir voru upp fyrir undirritunardag samningsins. Þá skal samkvæmt 3. gr. samningsins um eftirlitsstofnun og dómstól taka tilhlýðilegt tillit til þeirra dóma sem máli skipta og kveðnir hafa verið upp eftir undirritunardag EES-samningsins. Samkvæmt ákvæðum 105. gr. og 106. gr. skal sameiginlega EES-nefndin stöðugt hafa til skoðunar þróun dómsúrlausna dómstóls EB og EFTA-dómstólsins og kerfi skal komið upp til að skiptast á upplýsingum um dóma EFTA-dómstólsins, dómstóls EB og dómstóls EB á fyrsta dómstigi. Framkvæmdastjórn Evrópubandalaganna og Eftirlitsstofnun EFTA skulu vinna saman, skiptast á upplýsingum og ráðum um eftirlitsstefnu og einstök mál.

57 Another important objective of the EEA Agreement is to ensure individuals and economic operators equal treatment and equal conditions of competition, as well as adequate means of enforcement. Again, reference can be made to the fourth and fifteenth recitals of the Preamble (see paragraphs 50 and 51 above) and, in particular, to the eighth recital in the Preamble to the EEA Agreement, which states:

“CONVINCED of the important role that individuals will play in the European Economic Area through the exercise of the rights conferred on them by this Agreement and through the judicial defence of these rights;”

58 The Court notes that the provisions of the EEA Agreement are, to a great extent, intended for the benefit of individuals and economic operators throughout the European Economic Area. Therefore, the proper functioning of the EEA Agreement is dependent on those individuals and economic operators being able to rely on the rights thus intended for their benefit.

59 The Court concludes from the foregoing considerations that the EEA Agreement is an international treaty *sui generis* which contains a distinct legal order of its own. The EEA Agreement does not establish a customs union but an enhanced free trade area, see the judgment in Case E-2/97 *Maglite* [1997] EFTA Court Report 127. The depth of integration of the EEA Agreement is less far-reaching than under the EC Treaty, but the scope and the objective of the EEA Agreement goes beyond what is usual for an agreement under public international law.

60 The Court finds that the homogeneity objective and the objective of establishing the right of individuals and economic operators to equal treatment and equal opportunities are so strongly expressed in the EEA Agreement that the EFTA States must be obliged to provide for compensation for loss and damage caused to an individual by incorrect implementation of a directive.

61 A further basis for the obligation of the Contracting Parties to provide for compensation is to be found in Article 3 EEA, under which the Contracting Parties are required to take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfilment of their obligations under the Agreement, see the judgment of 30 April 1998 in Case E-7/97 *EFTA Surveillance Authority v Norway*, not yet reported. With regard to the implementation of directives integrated into the EEA Agreement, this means that the Contracting Parties have a duty to make good loss or damage resulting from incorrect implementation of those directives.

62 It follows from all the foregoing that it is a principle of the EEA Agreement that the Contracting Parties are obliged to provide for compensation for loss and damage cause to individuals by breaches of the obligations under the EEA Agreement for which the EFTA States can be held responsible.

- 57 Annað mikilvægt markmið EES-samningsins er að tryggja einstaklingum og aðilum í atvinnurekstri jafnræði og jöfn samkeppnisskilyrði og raunhæfa leið til að fylgja þeim réttindum eftir. Hér má enn vísa til fjórða og fimmtánda liðs í aðfaraorðum EES-samningsins (sjá lið 50 og 51 hér að framan) og sérstaklega til áttunda liðs aðfaraorðanna, þar sem segir:
- “ERU SANNFÆRÐIR UM að einstaklingar muni gegna mikilvægu hlutverki á Evrópska efnahagssvæðinu vegna beitingar þeirra réttinda sem þeir öðlast með samningi þessum og þeirrar verndar dómstóla sem þessi réttindi njóta.”
- 58 Dómstóllinn tekur mið af því að ákvæðum EES-samningsins er í ríkum mæli ætlað að vera til hagsbóta einstaklingum og aðilum í atvinnurekstri á öllu Evrópska efnahagssvæðinu. Því veltur framkvæmd samningsins á því að einstaklingar og lögaðilar, sem tryggð eru þessi réttindi, geti byggt á þeim.
- 59 Með vísan til þess sem að framan greinir telur dómstóllinn að EES-samningurinn sé þjóðréttarsamningur sem er sérstaks eðlis (*sui generis*) og sem felur í sér sérstakt og sjálfstætt réttarkerfi. EES-samningurinn kemur ekki á fót tollabandalagi heldur þróuðu friverslunarsvæði, sjá dóm í máli E-2/97 *Maglite* [1997] EFTA Court Report 127. Samruni sá sem EES-samningurinn mælir fyrir um gengur ekki eins langt og er ekki eins víðfemur eins og samruni sá sem Rómarsamningurinn stefnir að. Hins vegar ganga markmið EES-samningsins lengra og gildissvið hans er víðtækara en venjulegt er um þjóðréttarsamninga.
- 60 Dómstóllinn telur að markmiðið um einsleitni og það markmið að koma á og tryggja rétt einstaklinga og aðila í atvinnurekstri til jafnræðis og jafnra tækifæra komi svo skýrt fram í samningnum, að EFTA-ríkjunum, sem aðild eiga að samningnum, hljóti að bera skylda til að sjá til þess að það tjón fái bætt sem hlýst af því að landsréttur er ekki réttilega lagaður að tilskipunum.
- 61 Ákvæði 3. gr. EES-samningsins rennir frekari stoðum undir þá skyldu samningsaðila að sjá til þess að tjón fái bætt. Samkvæmt 3. gr. skulu samningsaðilar gera allar viðeigandi ráðstafanir, hvort sem er almennar eða sérstakar, til að tryggja að staðið verði við þær skuldbindingar sem af samningnum leiðir, sjá dóm frá 30. apríl 1998 í máli E-7/97 *Eftirlitsstofnun EFTA gegn Noregi*, sem enn er óbirtur. Að því er lýtur að aðlögun landsréttar að tilskipunum sem eru hluti EES-samningsins felur þetta í sér að samningsaðilum ber skylda til að bæta það tjón sem hlýst að því að löggjöf er ekki réttilega löguð að tilskipunum.
- 62 Það leiðir af því sem að framan greinir að það er meginregla EES-samningsins að samningsaðilum ber skylda til að sjá til þess að það tjón fái bætt sem einstaklingar verða fyrir vegna vanefnda ríkisins á skuldbindingum sínum samkvæmt EES-samningnum og sem viðkomandi EFTA-ríki ber ábyrgð á.

63 It follows from Article 7 EEA and Protocol 35 to the EEA Agreement that the EEA Agreement does not entail a transfer of legislative powers. However, the principle of State liability must be seen as an integral part of the EEA Agreement as such. Therefore, it is natural to interpret national legislation implementing the main part of the Agreement as also comprising the principle of State liability.

The conditions for State liability

64 Although the establishment of State liability is thus required by the EEA Agreement, the conditions under which such liability gives rise to a right to compensation must depend on the nature of the breach of the obligations thereunder which has caused the loss or damage.

65 In the event of incorrect implementation of a directive in national law contrary to Article 7 EEA, the effectiveness of that rule requires that there should be a right to reparation provided that three conditions are fulfilled.

66 First, the directive in question must be intended to confer rights on individuals, the content of which can be identified on the basis of the provisions of the Directive. Secondly, the breach on the part of the State concerned must be sufficiently serious. Thirdly, there must be a causal link between the breach of the State's obligation and the loss and damage suffered by the injured parties.

67 With regard to the present case, the Court notes that the purpose of Council Directive 80/987/EEC, as amended, is to grant to employees a right to a guarantee of payment of their unpaid wage claims. For similar reasons as in the case law of the ECJ, the scope and content of that right can be identified on the basis of the provisions of the Directive, see for comparison the judgment in Joined Cases C-6/90 and C-9/90 *Francovich and Others* [1991] ECR I-5357, paragraphs 10 *et seq.* Thus, it appears that the first condition is fulfilled.

68 As to the second condition, the decisive test for finding that a breach of an obligation under the EEA Agreement is sufficiently serious must be whether the Contracting Party concerned has manifestly and gravely disregarded the limits on its discretion.

69 The factors which the competent court may take into consideration include the clarity and precision of the rule breached, the measure of discretion left by that rule to the national authorities, whether the infringement and the damage caused was intentional or involuntary, whether any error of law was excusable or inexcusable, the fact that the position taken by an EEA or Community institution may have contributed towards the omission, and the adoption or retention of national measures or practices contrary to the EEA Agreement.

- 63 Það leiðir af 7. gr. EES-samningsins og bókun 35 við hann að EES-samningurinn felur ekki í sér framsal löggjafarvalds. Meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkisins er hins vegar hluti EES-samningsins og er því eðlilegt að lög sem lögfesta meginmál samningsins séu skýrð svo að meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkisins felist einnig í þeim.

Skilyrði bótaábyrgðar

- 64 Þótt reglan um skaðabótaábyrgð ríkisins felist þannig í EES-samningnum fara skilyrði bótaréttar sem leiðir af reglunni eftir eðli þeirrar vanrækslu ríkisins á skuldbindingum sínum sem rekja má tjónið til.
- 65 Í því tilviki að landsréttur sé ekki réttilega lagaður að ákvæðum tilskipunar, eins og krafist er í 7. gr. EES-samningsins, leiðir það af þessu ákvæði, til þess að það nái tilgangi sínum, að krefjast má skaðabóta að þremur skilyrðum uppfylltum.
- 66 Í fyrsta lagi verður það að felast í tilskipuninni að einstaklingar öðlist tiltekin réttindi og ákvæði tilskipunarinnar verða að bera með sér hver þau réttindi eru. Í öðru lagi verður að vera um nægilega alvarlega vanrækslu á skuldbindingum ríkisins að ræða. Í þriðja lagi verður að vera orsakasamband milli vanrækslu ríkisins á skuldbindingum sínum og þess tjóns sem tjónþoli verður fyrir.
- 67 Að því er lýtur að því máli sem hér er til umfjöllunar verður að byggja á því að markmið tilskipunar ráðsins 80/987/EBE, eins og henni hefur verið breytt, sé að veita launþegum rétt á ábyrgð á ógreiddum launakröfum. Af sambærilegum ástæðum og þeim sem greinir í framkvæmd dómstóls EB, verður umfang og innihald þess réttar afmarkað á grundvelli ákvæða tilskipunarinnar, sjá til samanburðar dóm í sameinuðum málum C-6/90 og C-9/90, *Francovich o.fl.* [1991] ECR³ I-5357, lið 10 o.áfr. Fyrsta skilyrðinu virðist því vera fullnægt.
- 68 Við mat á öðru skilyrðinu, hvort um nægilega alvarlega vanrækslu sé að ræða, skiptir mestu máli hvort samningsaðilinn með bersýnilegum og alvarlegum hætti leit fram hjá þeim takmörkunum sem eru á svigrúmi ríkisins til mats við ákvarðanatöku.
- 69 Þau atriði sem dómstóll sá sem fjallar um málið getur metið eru m.a. hversu skýrt og nákvæmt það ákvæði er sem farið er gegn, hversu mikið mat ákvæðið eftirlætur innlendum stjórnvöldum og hvort um er að ræða vísvitandi brot á samningsskuldbindingum sem leiddi til tjóns eða brot sem ekki var framið af ásetningi. Þá verður litið til þess hvort lögvilla var afsakanleg eða óafsanleg, hvort afstaða EES-stofnunar eða stofnunar Evrópubandalaganna kunni að hafa stuðlað að vanrækslunni og hvort innleidd eru lög eða framkvæmd, eða þeim viðhaldið, sem eru andstæð EES-samningnum.

³ European Court Reports, þ.e. dómasafn dómstóls EB.

Costs

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

On those grounds,

THE COURT,

in answer to the questions referred to it by Héraðsdómur Reykjavíkur by an order dated 5 November and a request dated 12 November 1997, hereby gives the following Advisory Opinion:

- 1 **The Act referred to in Point 24 of Annex XVIII to the Agreement on the European Economic Area (Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on the approximation of the laws of the Member States relating to the protection of employees in the event of insolvency of their employer) must be interpreted as precluding Iceland from maintaining a provision of national law, according to which, in the case of a sibling relationship between an employee and an owner of 40 per cent of the shares of the employer company, the employee is excluded from the guarantee provided for in Article 3 of the Act on the basis of that family relationship.**
- 2 **The Contracting Parties to the EEA Agreement are obliged to provide for compensation for loss and damage caused to an individual by incorrect implementation of a directive incorporated into the EEA Agreement.**

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Delivered in open court in Luxembourg on 10 December 1998.

Gunnar Selvik
Registrar

Bjørn Haug
President

Málskostnaður

- 70 Ríkisstjórn Noregs, ríkisstjórn Svíþjóðar, ríkisstjórn Bretlands, Eftirlitsstofnun EFTA og Framkvæmdastjórn Evrópubandalaganna, sem hafa skilað greinargerðum til dómstólsins, skulu bera sinn málskostnað. Að því er lýtur að aðilum málsins verður að líta á málsmeðferð fyrir EFTA-dómstólnum sem þátt í meðferð málsins fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur og kemur það í hlut þess dómstóls að kveða á um málskostnað.

Með vísan til framangreindra forsendna lætur

DÓMSTÓLLINN,

uppi svohljóðandi ráðgefandi álit um spurningar þær sem Héraðsdómur Reykjavíkur beindi til dómstólsins með úrskurði frá 5. nóvember 1997 og beiðni dagsettri 12. nóvember 1997:

1. **Gerð þá sem er að finna í 24. tl. í viðauka XVIII við Samninginn um Evrópska efnahagssvæðið (tilskipun ráðsins 80/987/EBE frá 20. október 1980 um samræmingu á lögum aðildarríkjanna um vernd til handa launþegum verði vinnuveitandi gjaldþrota) verður að skýra á þann veg að það sé andstætt henni að á Íslandi séu í gildi lagaákvæði sem útiloka launþega sem er systkini eiganda 40% hlutar í gjaldþrota fyrirtæki sem launþeginn vann hjá frá þeirri greiðsluábyrgð sem mælt er fyrir um í 3. gr. tilskipunarinnar vegna þessa skyldleika.**
2. **Aðilum EES-samningsins ber skylda til að sjá til þess að það tjón fái bætt sem einstaklingur verður fyrir vegna þess að landsréttur er ekki réttilega lagaður að ákvæðum tilskipunar sem er hluti EES-samningsins.**

Björn Haug

Þór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Kveðið upp í heyranda hljóði í Lúxemborg 10. desember 1998.

Gunnar Selvík
dómritari

Björn Haug
forseti

REPORT FOR THE HEARING

in Case E-9/97

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

Erla María Sveinbjörnsdóttir

and

The Government of Iceland

on the interpretation of Article 6 of the EEA Agreement and Council Directive 80/987/EEC, as amended by Council Directive 87/164/EEC, referred to in Point 24 of Annex XVIII to the EEA Agreement.

I. Introduction

1. By orders dated 5 and 12 November 1997, registered at the Court on 18 November 1997, Héraðsdómur Reykjavíkur (Reykjavik City Court) of Iceland made a request for an Advisory Opinion in a case pending before it between Erla María Sveinbjörnsdóttir, plaintiff, and the Government of Iceland, defendant.

II. Legal background

2. The questions submitted by the national court concern the interpretation of Articles 1(2) and 10 of Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on the approximation of the laws of the Member States relating to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer (hereinafter referred to as the “Directive”) as amended by Council Directive 87/164/EEC.

3. Article 1 of the Directive reads:

“1. This directive shall apply to employees’ claims arising from contracts of employment or employment relationships and existing against employers who are in a state of insolvency within the meaning of Article 2(1).

2. Member States may, by way of exception, exclude claims by certain categories of employee from the scope of this directive, by virtue of the special nature of the employee’s contract of employment or employment relationship or of the existence of other forms of guarantee offering the employee protection equivalent to that resulting from this directive.

The categories of employee referred to in the first subparagraph are listed in the annex.

SKÝRSLA FRAMSÖGUMANNS í máli E-9/97

BEIÐNI um ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins, samkvæmt 34. gr. samningsins milli EFTA-rikkjana um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls frá Héraðsdómi Reykjavíkur í máli sem rekið er fyrir dómstólnum

Erla María Sveinbjörnsdóttir

gegn

Íslenska ríkinu

varðandi túlkun 6. gr. EES-samningsins og tilskipunar ráðsins 80/987/EBE, eins og tilskipuninni var breytt með tilskipun ráðsins 87/164/EBE. Vísad er til tilskipunarinnar í 24. tl. XVIII. viðauka við EES-samninginn.

I. Inngangur

1. Með úrskurði frá 5. nóvember 1997 og beiðni dagsettri 12. nóvember 1997, sem barst dómstólnum 18. nóvember 1997, óskaði Héraðsdómur Reykjavíkur, Íslandi, eftir ráðgefandi álit í máli sem rekið er fyrir dómstólnum milli Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur, stefnanda, og íslenska ríkisins, stefnda.

II. Löggjöf

2. Spurningar þær sem héraðsdómstóllinn hefur óskað svara við lúta að túlkun á 2. mgr. 1. gr. og 10. gr. tilskipunar ráðsins 80/987/EBE frá 20. október 1980 um samræmingu á lögum aðildarríkjanna um vernd til handa launþegum verði vinnuveitandi gjaldþrota (“tilskipunin”) eins og henni var breytt með tilskipun ráðsins 87/164/EBE.

3. 1. gr. tilskipunarinnar er svohljóðandi:

“1. Tilskipun þessi gildir um kröfur launþega á hendur vinnuveitendum sem eru gjaldþrota í skilningi 1. mgr. 2. gr., í tengslum við ráðningarsamninga og ráðningarsamkomulag.

2. Aðildarríkjunum er heimilt að undanþiggja kröfur tiltekinna hópa frá gildissviði tilskipunar þessarar vegna ráðningarsamnings eða ráðningarsamkomulags af sérstökum toga eða vegna annars konar trygginga sem veita launþegunum sambærilega vernd og kveðið er á um í tilskipun þessari.

Í viðauka eru taldir upp þeir hópar launþega sem getið er um í undanfarandi undirgrein.

3. This directive shall not apply to Greenland. This exception shall be re-examined in the event of any development in the job structures in that region.”
4. Article 10 of the Directive reads:
- “This directive shall not affect the option of Member States :
- (a) to take the measures necessary to avoid abuses;
- (b) to refuse or reduce the liability referred to in Article 3 or the guarantee obligation referred to in Article 7 if it appears that fulfilment of the obligation is unjustifiable because of the existence of special links between the employee and the employer and of common interests resulting in collusion between them.”
5. The Directive is referred to in Point 24 of Annex XVIII to the EEA Agreement, which, for the purposes of the EEA Agreement, provides for, *inter alia*, the following adaptation:

“(a) The following shall be added to section I of the Annex:

...

H. ICELAND

1. Those members of the Board of Directors of a bankrupt company after the company’s financial situation became considerably adverse.
2. Those having held 5% or thereover of the capital of a bankrupt limited company.
3. The general manager of a liquidated company or those others who, on account of their work with the company, had had a survey of the company’s finances in such a manner that it could not be concealed from them that a company’s liquidation had been impending at the time the wages were being earned.
4. The spouse of a person in a situation specified in clauses 1 to 3 as well as his/her direct relative and direct relative’s spouse.”
6. The questions submitted by the national court also concern the interpretation of Article 6 EEA, which reads:

“Without prejudice to future developments of case law, the provisions of this Agreement, in so far as they are identical in substance to corresponding rules of the Treaty establishing the European Economic Community and the Treaty establishing the European Coal and Steel Community and to acts adopted in application of these two Treaties, shall, in their implementation and application, be interpreted in conformity with the relevant rulings of the Court of Justice of the European Communities given prior to the date of signature of this Agreement.”

III. Facts and procedure

7. According to the Icelandic Insolvency Act No. 21/1991 (*Lög um gjaldprotaskipti* – hereinafter the “Insolvency Act”), claims for unpaid wages are, as a rule, privileged claims against the estate of an insolvent employer. However, under Article 112, paragraph 3 of the Act, claims put forward by certain relatives of an insolvent person will not be recognized as privileged claims. Relatives to whom this Article applies are listed in Article 3 of the Act. Among those listed are siblings of an insolvent person.

3. Tilskipun þessi gildir ekki um Grænland. Þessi undantekning skal tekin til endurskoðunar verði breytingar á atvinnuháttum þar.”

4. 10. gr. tilskipunarinnar er svohljóðandi:

“Tilskipun þessi hefur ekki áhrif á rétt aðildarríkja:

- a) til þess að gera nauðsynlegar ráðstafanir til að koma í veg fyrir misnotkun;
- b) til að hafna þeirri greiðsluábyrgð, sem getið er um í 3. gr. eða þeirri greiðsluskyldu, sem getið er um í 7. gr., eða lækka hana komi í ljós að skuldabindingin sé óréttmæt vegna sérstakra tengsla milli launþegans og vinnuveitandans og sameiginlegra hagsmuna sem leiðir til þess að þeir gera með sér leyntlegt samkomulag.”

5. Visað er til tilskipunarinnar í 24. tl. XVIII. viðauka við EES samninginn, þar sem m.a. mælt er fyrir um eftirfarandi aðlögun:

“a) Eftirfarandi bætist við I. þátt viðaukans:

...

H. ÍSLAND

1. Stjórnarmenn gjaldþrota félags eftir að fjárhagsstaða félagsins varð mjög slæm.
2. Þeir sem hafa átt 5% eða meira af fjármagni gjaldþrota hlutafélags.
3. Framkvæmdastjóri gjaldþrota félags eða aðrir sem vegna starfa sinna fyrir félagið höfðu þá yfirsýn yfir fjárhag þess að þeim mátti vera ljóst að gjaldþrot vofði yfir þegar teknanna var aflað.
4. Maki einstaklings sem er í þeirri aðstöðu sem tilgreind er í 1. – 3. lið svo og ættingi einstaklings og ættingi maka í beinan legg.”

6. Spurningar héraðsdómstólsins lúta einnig að túlkun 6. gr. EES-samningsins, sem er svohljóðandi:

“Með fyrirvara um þróun dómsúrlausna í framtíðinni ber við framkvæmd og beitingu ákvæða samnings þessa að túlka þau í samræmi við úrskurði dómstóls Evrópubandalaganna sem máli skipta og kveðnir hafa verið upp fyrir undirritunardag samnings þessa, þó að því tilskildu að þau séu efnislega samhljóða samsvarandi reglum stofnsáttmála Efnahagsbandalags Evrópu og stofnsáttmála Kola- og stálbandalagsins og gerðum sem samþykktar hafa verið vegna beitingar þessara tveggja sáttmála.”

III. Málavextir og meðferð málsins

7. Samkvæmt lögum nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti (“gjaldþrotaskiptalög”) eru launakröfur á hendur þrotamanni forgangskröfur í bú hans. Samkvæmt 3. mgr. 112. gr. verða launakröfur nákominna ættingja þrotamanns þó ekki viðurkenndar sem forgangskröfur. Þeir sem nákomnir eru þrotamanni í skilningi greinarinnar eru taldir upp í 3. gr. laganna. Meðal þeirra sem þar eru taldir upp eru systkini þrotamanns.

8. Pursuant to Article 5, first paragraph of the Wage Guarantee Fund Act No. 53/1993 (*Lög um ábyrgðarsjóð launa vegna gjaldþrota* – hereinafter the “Wage Guarantee Fund Act”), it is a condition for the Fund’s guarantee of wage claims that a claim be recognized as a privileged claim in the insolvency estate. There are, however, exceptions to this, which are listed in Article 6 of the Act. Thus, pursuant to Article 6(d) of the Act, it is for example possible, if certain conditions are fulfilled, to pay a wage claim to the spouse of an insolvent person, as well as to his relatives in direct line and the spouses of such relatives, even if their wage claims have not been recognized as privileged claims in the insolvency estate. The exception does not, according to the wording, apply to siblings of an insolvent person.

9. Ms Sveinbjörnsdóttir, the plaintiff in the case before the national court, had been employed for a number of years at a machine workshop when she was dismissed from her position by a letter of 29 December 1994 with effect from 1 January 1995. The plaintiff was dismissed with six months’ notice and was not required to work during the notice period. The plaintiff received her wages until 12 March 1995. On 22 March 1995, the machine workshop was declared insolvent. On 23 May 1995, the plaintiff filed a claim against the insolvency estate, claiming payment of wages for the notice period, unpaid wage increases, vacancy pay from 1 May 1994 to the end of the notice period, i.e. until 30 June 1995, vacancy pay supplement and a December wage supplement, in total 743 844 Icelandic crowns.

10. On 24 May 1995, the plaintiff’s counsel filed a copy of the claim with the Wage Guarantee Fund, claiming payment from the Fund pursuant to the Wage Guarantee Fund Act. By a letter of 13 October 1995, the liquidator of the insolvency estate rejected the plaintiff’s claim against the estate on the grounds that the plaintiff was the sister of the holder of 40% of the shares in the machine workshop. The claim was rejected pursuant to Article 112 *in fine* of the Insolvency Act, cf. Article 3 of the Act. On 4 March, an explanation was requested from the Wage Guarantee Fund regarding the grounds on which the Fund based its decision not to pay the plaintiff’s claim. The answer was given in a letter of 18 March 1996, which set out the grounds for rejection of the claim, namely that the liquidator of the insolvency estate had not recognized the claim as a privileged claim in the insolvency estate. Reference was also made to Article 5, first paragraph, and Article 6 of the Wage Guarantee Fund Act. By a letter of 20 March 1996, the plaintiff’s counsel asked the Fund’s management board to reconsider the Fund’s decision. By a letter of 1 April 1996, the management board confirmed the decision rejecting the claim.

11. The plaintiff then brought an action for compensation against the Government of Iceland with a writ of summons served on the defendant on 12 March 1997. In the writ of summons the plaintiff submitted that the Government is liable for damages for not having adjusted its national legislation correctly to the EEA Agreement, i.e. for not having adapted national legislation (Article 5, first paragraph, and Article 6 of the Wage Guarantee Fund Act and Article 112, paragraph 3, of the Insolvency Act, cf. Article 3 of that Act) correctly to the act referred to in point 24 of Annex XVIII to the EEA Agreement.

12. The national court, considering that it was necessary for it to deliver judgment, decided to stay the proceedings and request the EFTA Court for an advisory opinion on the interpretation of relevant parts of the EEA Agreement.

8. Í 5. gr. laga nr. 53/1993 um ábyrgðarsjóð launa vegna gjaldþrota ("lög um ábyrgðarsjóð launa") er það gert að skilyrði fyrir ábyrgð sjóðsins á greiðslu launakröfu að krafan hafi verið viðurkennd sem forgangskrafa í þrotabúið. Frá þessari reglu er gerð undantekning í 6. gr. laganna. Þannig er t.d. heimilt samkvæmt d. lið 1. mgr. 6. gr. laganna, að tilteknum skilyrðum uppfylltum, að greiða maka þrotamanns, skyldmenni hans í beinan legg og maka skyldmennis í beinan legg launakröfu þótt launakrafan hafi ekki verið viðurkennd sem forgangskrafa í þrotabúið. Undantekningin á samkvæmt orðum sínum ekki við um systkini þrotamanns.

9. Stefnandi málsins fyrir héraðsdómi, Erla Sveinbjörnsdóttir, hafði starfað um langt árabíl á vélaverkstæði er henni var sagt upp störfum með uppsagnarbréfi dags. 29. desember 1994 með gildistöku uppsagnarinnar 1. janúar 1995. Uppsagnarfrestur var 6 mánuðir og var vinnuframlags hennar ekki óskað í uppsagnarfrestinum. Stefnandi fékk greidd laun til 12. mars 1995. Þann 22. mars 1995 var vélaverkstæðið tekið til gjaldþrotaskipta. Hinn 23. maí lýsti stefnandi kröfu sinni í þrotabúið og krafðist launa í uppsagnarfresti, ógreiddrar hækkunar á launin, orlofs frá 1. maí 1994 út uppsagnarfrestinn til 30. júní 1995, orlofsuppbótar og desemberuppbótar, samtals kr. 743.844.

10. Hinn 24. maí sendi lögmaður stefnanda afrit af kröfulýsingunni til Ábyrgðarsjóðs launa vegna gjaldþrota og krafði sjóðinn um greiðslu kröfunnar með vísan til laga um ábyrgðarsjóð launa. Með bréfi dags. 13. október 1995 hafnaði skiptastjóri þrotabúsins kröfu stefnanda í buið á þeim forsendum að stefnandi væri systir eiganda 40% hlutafjár í vélaverkstæðinu. Kröfu stefnanda í buið var hafnað með vísan til 112. gr. gjaldþrotaskiptalaga i.f., sbr. 3. gr. laganna. Hinn 4. mars 1996 var óskað eftir skýringum frá Ábyrgðarsjóði launa á því hvers vegna sjóðurinn greiddi ekki kröfuna. Með bréfi dags. 18. mars 1996 var því svarað að ástæða þess að sjóðurinn hafnaði greiðslu á kröfunni væri sú að skiptastjóri hefði hafnað því að viðurkenna kröfuna sem forgangskröfu í þrotabúið. Þá var vísað til 1. mgr. 5. gr. og 6. gr. laga um ábyrgðarsjóð launa. Með bréfi dags. 20. mars 1996 óskaði lögmaður stefnanda endurskoðunar stjórnar Ábyrgðarsjóðs launa á ákvörðuninni. Með bréfi dags. 1. apríl 1996 staðfesti stjórnin fyrri ákvörðun um synjun á greiðslu kröfu stefnanda.

11. Stefnandi höfðaði þá skaðabótamál á hendur ríkinu með stefnu birtri 12. mars 1997. Í stefnunni byggði stefnandi á því að íslenska ríkið bæri skaðabótaábyrgð á því að hafa ekki lagað löggjöf landsins réttilega að EES-samningnum, þ.e. að hafa ekki lagað löggjöf landsins (þ.e. 1. mgr. 5. gr. og 6. gr. laga nr. 53/1993 og 3. mgr. 112. gr. laga nr. 21/1991, sbr. 3. gr. sömu laga) réttilega að þeirri gerð sem vísað er til í 24. tl. XVIII. viðauka við EES-samninginn.

12. Héraðsdómur Reykjavíkur taldi nauðsynlegt að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins um túlkun á þeim ákvæðum EES-samningsins sem máli skiptu. Var málinu frestað og beiðni send EFTA-dómstólnum.

IV. Questions

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

“1. Is the act referred to in point 24 of Annex XVIII to the EEA Agreement (Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980, as amended by Council Directive 87/164/EEC of 2 March 1987), in particular Article 1, paragraph 2, and Article 10 of the Directive, to be interpreted to mean that national legislation may provide that an employee may be precluded from receiving payment of a wage claim against an insolvency estate from the State’s Wage Guarantee Fund on grounds of family relation to an owner of 40% of the shares in the insolvent company. The relevant relation in the case at hand is collateral, i.e. siblings?

2. If the answer to question 1 is to the effect that such an employee may not be precluded from receiving payment of a wage claim, is the State liable vis-à-vis the employee for not having adapted national legislation when it became party to the EEA Agreement, so that the employee has a legal right to the payment of the wage claim?”

V. Written observations

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

- the plaintiff, Erla María Sveinbjörnsdóttir, represented by Counsel Stefán Geir Þórisson, Lögmenn Klapparstíg;
- the defendant, the Government of Iceland, represented by Counsel Árni Vilhjálmsson, Adelsteinsson & Partners, assisted by Martin Eyjólfsson, Legal Officer, Ministry for Foreign Affairs;
- the Government of Norway, represented by Jan Bugge-Mahrt, Assistant Director General, Royal Ministry of Foreign Affairs, acting as Agent;
- the Government of Sweden, represented by Erik Brattgård, Director, Ministry for Foreign Affairs, acting as Agent;
- the Government of the United Kingdom, represented by Dawn Cooper, Treasury Solicitor’s Department, acting as Agent;
- the EFTA Surveillance Authority, represented by Håkan Berglin, Director, Legal & Executive Affairs Department, acting as Agent and assisted by Bjarnveig Eiríksdóttir and Anne-Lise H. Rolland, Officers of that Department;
- the Commission of the European Communities, represented by Peter Jan Kuijper and Dimitrios Gouloussis, both Legal Advisers in its Legal Service, acting as Agents.

IV. Álitafni

13. Eftirfarandi spurningar voru bornar undir EFTA-dómstólinn:

“1. Ber að skýra gerð þá sem er að finna í 24. tl. í viðauka XVIII við Samninginn um Evrópska efnahagssvæðið (tilskipun ráðsins nr. 80/987/EBE frá 20. október 1980, eins og henni var breytt með tilskipun ráðsins 87/164/EBE frá 2. mars 1987), einkum 2. mgr. 1. gr. og 10. gr. hennar, á þann veg að samkvæmt henni megi með landslögum útiloka launþega, vegna skyldleika við eiganda sem á 40% í gjaldþrota hlutafélagi, frá því að fá greidd laun frá ábyrgðarsjóði launa á vegum ríkisins þegar launþeginn á ógoldna launakröfu á hendur þrotabúinu. Um er að ræða skyldleika í fyrsta lið til hliðar, þ.e.a.s. systkini?”

2. Ef svarið við spurningu nr. 1 er á þá leið, að launþegan megi ekki útiloka frá því að fá laun sín greidd, varðar það ríkið skaðabótaábyrgð gagnvart launþeganum að hafa ekki, samfara aðild sinni að Samningnum um Evrópska efnahagssvæðið, breytt landslögum á þann veg að launþeginn ætti samkvæmt þeim lögbundinn rétt til launagreiðslnanna?”

V. Greinargerðir

14. Í samræmi við 20. gr. stofnsamþykktar EFTA-dómstólsins og 97. gr. starfsreglna EFTA-dómstólsins hafa greinargerðir borist frá eftirtöldum aðilum:

- Stefnanda, Erlu Mariu Sveinbjörnsdóttur. Í fyrirsvari er Stefán Geir Þórisson, hrl., Lögmenn Klapparstig;
- Stefnda, ríkisstjórn Íslands. Í fyrirsvari er Árni Vilhjálmsson, hrl., A&P Lögmenn og honum til aðstoðar sem ráðgjafi er Martin Eyjólfsson, lögfræðingur í utanríkisráðuneytinu;
- Ríkisstjórn Noregs. Í fyrirsvari sem umboðsmaður er Jan Bugge-Mahrt, aðstoðardeildarstjóri í konunglega utanríkisráðuneytinu;
- Ríkisstjórn Svíþjóðar. Í fyrirsvari sem umboðsmaður er Erik Brattgård, deildarstjóri í utanríkisráðuneytinu;
- Ríkisstjórn Stóra-Bretlands og Norður Írlands (“Ríkisstjórn Bretlands”). Í fyrirsvari sem umboðsmaður er Dawn Cooper, lagadeild fjármálaráðuneytisins;
- Eftirlitsstofnun EFTA. Í fyrirsvari sem umboðsmaður er Hákon Berglin, deildarstjóri lögfræði- og framkvæmdasviðs og honum til aðstoðar sem ráðgjafar eru Bjarnveig Eiríksdóttir og Anne-Lise H. Rolland, lögfræðingar í deildinni;
- Framkvæmdastjórn Evrópubandalaganna (“framkvæmdastjórnin”). Í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Peter Jan Kuijper og Dimitrios Gouloussis, lögfræðilegir ráðgjafar hjá lagadeild.

The first question

Ms Sveinbjörnsdóttir – the plaintiff

15. In the opinion of the plaintiff, Ms Sveinbjörnsdóttir, the Icelandic legislation excluding siblings of main shareholders from the scope of the Directive is not in accordance with the EEA Agreement.

16. It is submitted that Iceland has not exercised its right under Article 1(2) of the Directive to exclude claims from such persons. Iceland has, by virtue of that provision, excluded certain categories of claims as specified in Annex XVIII EEA, but the exceptions actually provided for do not cover siblings of main shareholders in an insolvent company. Point 4 of the Icelandic exemptions covers spouses of persons mentioned in Points 1 to 3, as well as direct relatives and spouses of direct relatives. Siblings are not related in a direct line and are therefore not covered by this exemption.

17. Furthermore, Iceland may not rely on Article 10(a) of the Directive as advocated by the Icelandic Government. According to the plaintiff, both the EFTA Court and the Court of Justice of the European Communities (hereinafter “ECJ”) have, in situations comparable to the present on all relevant points, rejected the possibility of a Member State relying on Article 10(a) of the Directive when the national legislation has not granted the minimum protection stipulated by the Directive and the Annex does not list a ground to reject a wage claim of the employee, see the advisory opinion of the EFTA Court in *Samuelsson*,¹ and the preliminary rulings of the ECJ in *Wagner Miret*² and *Commission v Greece*.³ It follows from this case law that Article 10(a), due to the social aim of the Directive and the provision being an exception, must be interpreted narrowly, and that it does not permit every measure which may serve to avoid abuses. In any event, the plaintiff is in no way trying to take undue advantage of the Wage Guarantee Fund system. It is far-fetched of the Icelandic Government to argue that every close relative within the meaning of the Icelandic Insolvency Act abuses the Wage Guarantee Fund system under the Directive. Each case must be considered separately, and a Member State relying on Article 10(a) carries the burden of proof that it is justified to reject an employee’s claim on the basis of that provision.

18. The plaintiff proposes the following answer to the first question:

“An employee, a sister of the owner of 40% of the shares in a company, may, upon the insolvency of the company, not be precluded from the scope of the act referred to in point 24 of Annex XVIII to the EEA Agreement (Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980, as amended by Council Directive 87/164/EEC of 2 March 1987), as this category of employees is not listed in Annex 1 to the act.”

¹ Case E-1/95 *Samuelsson* [1994-95] EFTA Court Report 145.

² Case C-334/92 *Wagner Miret* [1993] ECR I-6911.

³ Case C-53/88 *Commission v Greece* [1990] ECR I-3917.

*Fyrri spurningin***Stefnandi - Erla Sveinbjörnsdóttir**

15. Stefnandi telur að íslensk löggjöf sem útilokar systkini aðalhluthafa frá gildissviði tilskipunarinnar sé ekki í samræmi við EES-samninginn.

16. Stefnandi byggir á því að íslenska ríkið hafi ekki nýtt sér þann möguleika sem felst í 2. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar til að undanþiggja kröfur þessa tiltekna hóps. Með heimild í ákvæðinu hafi íslenska ríkið undanþegið annars konar kröfur, eins og fram komi í XVIII. viðauka við EES-samninginn, en þær undanþágur taki ekki til systkina aðalhluthafa í gjaldþrota fyrirtæki. Í 4. tl. fyrirvara þess sem íslenska ríkið gerði séu nefndir maki einstaklings sem er í þeirri aðstöðu sem tilgreind er í 1. – 3. lið svo og skyldmenni í beinan legg og maki skyldmennis í beinan legg. Skyldleiki systkina sé ekki skyldleiki í beinan legg og eigi undanþágan því ekki við um systkini.

17. Þá geti íslenska ríkið ekki borið fyrir sig ákvæði a-liðs 10. gr. tilskipunarinnar, eins og gert sé af hálfu ríkisins. Stefnandi heldur því fram að bæði EFTA-dómstóllinn og dómstóll Evrópubandalaganna (“dómstóll EB”) hafi í sambærilegum tilvikum hafnað því að aðildarríki gæti borið fyrir sig ákvæði a-liðs 10. gr. tilskipunarinnar þegar löggjöf ríkisins hafi ekki veitt þá lágmarksvernd sem tilskipunin mælir fyrir um og heimild til að hafna kröfu launþegans sé ekki að finna í viðaukanum, sjá ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins í *Samuelsson* málinu¹ og forúrskurði dómstóls EB í málunum *Wagner Miret*² og *Framkvæmdastjórnin gegn Grikklandi*.³ Samkvæmt fordæmum beri að skýra a-lið 10 gr. þröngt, með tilliti til félagslegs markmiðs tilskipunarinnar og þess að ákvæðið er undantekningarákvæði. Ákvæðið verði því ekki skýrt þannig að það leyfi hverskonar ráðstafanir sem séu til þess fallnar að koma í veg fyrir misnotkun kerfisins. Hvað sem öðru liði sé stefnandi á engan hátt að reyna að misnota ábyrgðasjóðskerfið. Það sé fjarri lagi af hálfu ríkisins að halda því fram að allir þeir sem eru nákomnir þrotamanni í skilningi gjaldprotaskiptalaganna misnoti ábyrgðasjóðskerfið. Líta verði á atvik hvers máls fyrir sig og aðildarríki sem byggir á ákvæðinu beri sönnunarbyrgðina fyrir því að réttlætlanlegt sé á grundvelli ákvæðisins að hafna kröfu launþegans.

18. Stefnandi leggur til að spurningunni verði svarað með eftirfarandi hætti:

“Launþega sem er systir eiganda 40% hlutafjár í hlutafélagi, má við gjaldþrot félagsins ekki útiloka frá gildissviði gerðar þeirrar sem er í 24. tl. í XVIII viðauka við samninginn um Evrópska Efnahagssvæðið (tilskipun ráðsins nr. 80/987/EBE frá 20. október 1980, eins og henni var breytt með tilskipun ráðsins nr. 87/164/EBE frá 2. mars 1987), þar sem slíka launþega er ekki að finna á lista í viðauka 1 við gerðina.”

¹ Mál E-1/95 *Samuelsson* [1994-95] EFTA Court Report 145 (“Skýrsla EFTA-dómstólsins”, bls. 145).

² Mál C-334/92 *Wagner Miret* [1993] ECR I-6911 (“European Court Reports” þ.e. dómasafn dómstóls EB).

³ Mál C-53/88 *Framkvæmdastjórnin gegn Grikklandi* [1990] ECR I-3917.

The Government of Iceland – the defendant

19. In the opinion of the Government of Iceland, the defendant, the Icelandic legislation excluding siblings of main shareholders from coverage by the Wage Guarantee Fund is in conformity with the EEA Agreement. Three alternative legal foundations are referred to as the basis for the exception.

20. Principally, it is submitted that the exception is provided for by point 4, cf. point 2 of the adaptations in Annex XVIII EEA concerning Iceland. According to those provisions, persons having held 5% or more of the capital of an insolvent company and their “direct relatives” are exempted from the scope of the Directive. In the opinion of the defendant, it follows both from the wording and the object of the provision that the expression “direct relatives” must be interpreted as covering siblings.

21. According to the defendant, the expression used in the English language version as well as the expressions used in other language versions such as the Norwegian, Danish, Greek, German, Swedish, Portuguese, Dutch and Italian, must be understood as covering siblings. Admittedly, the Icelandic text reads differently, as the corollary to “direct relative” is “ættmenni í beinan legg” which has the same meaning as “a line of ascendants and descendants” and therefore does not cover siblings. However, all language versions are equally authentic and since the EEA Agreement was negotiated in English, an error in the translation into Icelandic cannot change the meaning of the Directive.

22. The purpose of the request for the Icelandic exemptions from the scope of the Directive was to take account of exemptions already contained in the Icelandic Insolvency Act and Wage Guarantee Fund Act, which predate the EEA Agreement. According to Article 112, paragraph 3 of the Insolvency Act, “direct relatives” are excluded from coverage, and a definition of that expression in Article 3 of the Act also covers siblings. Thus, claims from siblings to a main shareholder were quite clearly excluded from coverage at the time of the EEA negotiations.

23. Subsidiarily, if the interpretation suggested above is rejected by the EFTA Court, it is submitted that a situation such as the plaintiff’s could fall within point 3 of the adaptations for Iceland contained in Annex XVIII EEA. In that connection, it is pointed out that the plaintiff had worked for many years as a cashier in a business run by her family and with one of her family members as main shareholder and managing director. In the view of the defendant, a person in such a position might fall under the scope of the exemption in point 3 as she might have had sufficient overview over the company’s affairs. Therefore, the Icelandic exemption in point 3 of the Annex to the Directive must be interpreted to the effect that a person in such a situation “may be precluded” from the protection provided for by the Directive.

24. Subsidiarily, if neither of the interpretations suggested above are accepted by the Court, it is submitted that Article 10(a) of the Directive – allowing Member States to take measures necessary to avoid abuses – must be interpreted so that a person in a position such as the plaintiff’s may be precluded from receiving payments from the Wage Guarantee Fund. Reference is made to the ruling of the EFTA Court in *Samuelsson*,⁴ which, according to the defendant, must be understood to the effect that a Contracting Party may not have in its national legal order a general rule that excludes a person in a situation such as the plaintiff’s from the protection of the Directive, but also as rejecting a general interpretation of Article 10(a) that completely excludes the application of that provision to the situation in question.

⁴ See footnote 1.

Stefndi – íslenska ríkið

19. Stefndi, íslenska ríkið, telur að íslensk löggjöf sem útilokar systkini aðalhluthafa frá ábyrgð Ábyrgðasjóðs launa sé í samræmi við EES-samninginn. Þessi niðurstaða verði byggð á þrenns konar lagarökum.

20. Aðallega er því haldið fram að undanþágan styðjist við 4. lið, sbr. 2. lið, í aðlögunarákvæðunum í XVIII. viðauka við EES-samninginn, sem á við um Ísland. Samkvæmt þessum ákvæðum má fella undan gildissviði tilskipunarinnar þá sem hafa átt 5% eða meira af fjármagni gjaldþrota hlutafélags og “ættingja í beinan legg”/ “nákomna ættingja” (e. “direct relatives”). Stefndi heldur því fram að það leiði bæði af orðalagi og tilgangi ákvæðisins að hugtökin “ættingi í beinan legg”/ “nákominn ættingi” verði að skýra svo að taki til systkina.

21. Stefndi heldur því fram að hugtökin sem notuð eru í enskri útgáfu, sem og í öðrum tungumálaútgáfum tilskipunarinnar, s.s. norsku, dönsku, grísku, þýsku, sænsku, portúgölsku, hollensku og ítölsku útgáfunum, verði að skilja svo að taki til systkina. Fallast verði á það að íslenska útgáfan sé hér frábrugðin, þar sem “direct relative” samsvari í íslensku þýðingunni “ættingi í beinan legg”, sem vísi til skyldleika í beinan legg upp á við og niður á við og taki því ekki til systkina. Allar tungumálaútgáfur tilskipunarinnar hafi hins vegar sama vægi og þar sem enska hafi verið notuð við gerð EES-samningsins geti röng þýðing á íslensku ekki breytt merkingu tilskipunarinnar.

22. Tilgangur þess að óska eftir heimild til að fella ákveðna hópa undan gildissviði tilskipunarinnar var að taka mið af undanþágum sem þegar var að finna í gjaldþrotaskiptalögum og lögum um ábyrgðasjóð launa, áður en EES-samningurinn gekk í gildi. Ákvæði 3. mgr. 112. gr. gjaldþrotaskiptalaga undanskilja þá sem eru “nákomnir” (e. “direct relatives”) frá því að njóta forgangs og samkvæmt skilgreiningu á hugtakinu “nákomnir” í 3. gr. laganna tekur það einnig til systkina. Kröfur systkina aðalhluthafa voru því undanþegnar ábyrgð þegar EES-samningurinn var gerður.

23. Til vara, ef EFTA-dómstóllinn fellst ekki á framangreind rök, er því haldið fram að aðstaða eins og sú sem stefnandi er í falli undir 3. lið aðlögunarákvæðanna fyrir Ísland í XVIII. viðauka við EES-samninginn. Í því sambandi bendir stefndi á að stefnandi hafði unnið um langt árabíl sem gjaldkeri í fyrirtæki sem fjölskylda hennar rak og fjölskyldumeðlimur var aðalhluthafi í og framkvæmdastjóri fyrir. Stefndu telja að einstaklingur í slíkri stöðu geti fallið undir undantekninguna í 3. lið, þar sem að gera verði ráð fyrir að hann hafi nægilega yfirsýn yfir fjárhag félagsins. Því verði að túlka 3. lið viðaukans með þeim hætti að fella megi einstaklinga í slíkri aðstöðu undan gildissviði tilskipunarinnar.

24. Til þrautavara, ef EFTA-dómstóllinn fellst ekki á framangreinda túlkun, er á því byggt að túlka beri a-lið 10. gr. tilskipunarinnar - sem heimilar aðildarríkjum að gera nauðsynlegar ráðstafanir til að koma í veg fyrir misnotkun - með þeim hætti að koma megi í veg fyrir að einstaklingur í aðstöðu eins og þeirri sem stefnandi er í njóti greiðslna frá Ábyrgðasjóði launa. Vísad er til álíts EFTA-dómstólsins í *Samuelsson* málinu⁴ sem stefndi telur að verði að skilja svo, að aðildarríki megi ekki hafa í löggjöf sinni almenna reglu sem útiloki einstaklinga í aðstöðu eins og þeirri sem stefnandi er í frá vernd tilskipunarinnar, en hafni einnig svo almennri túlkun a-liðs 10. gr. að algerlega útiloki beitingu ákvæðisins í tilvikum eins og því sem hér er til umfjöllunar.

⁴ Sjá nmgr. 1.

25. The defendant proposes the following answer to the first question:

"The Annex to Directive 80/987/EEC, cf. Annex XVIII point 24(a)(H)(4) EEA, is to be interpreted so as to cover an employee who is the sister of an owner of 40% of the shares in an insolvent company and, thus, she "may be precluded" from receiving payment of a wage claim against an insolvency estate."

The Government of Norway

26. In the opinion of the Government of Norway, an employment relationship or contract of employment will, as a general rule, be of a special nature within the meaning of Article 1(2) of the Directive if a close relative of a person who owns a substantial part of the company is employed by the company. Special treatment of such employees will be justified, *inter alia*, because of their opportunities to influence the operations and financial situation of the company by virtue of their close relationship with the owner.

27. The Government of Norway submits that EEA States other than those listed in the Annex also exclude close relatives from wage guarantee arrangements. Several States have arrangements similar to those of Iceland, in that claims must be approved as privileged pursuant to their bankruptcy legislation in order to be covered by the wage guarantee arrangement. In the opinion of Norway, such exceptions must be accepted provided that they are within the scope of the type of exception provided for in the Directive.

28. Whether or not exceptions can be made for employees in situations covered by Article 1(2) of the Directive cannot be entirely dependent on whether individual States have listed the exceptions in the annex to the Directive or in Annex XVIII EEA. This requirement was made to ensure predictability in legal terms, but in this respect national legislation is the most important. Given that the Directive allows for exceptions to be made from its area of application pursuant to Article 10 as well, it will in any case be necessary to examine national legislation to obtain full information about one's rights.

29. Consequently, in Norway's view, the derogating provision of the Directive means that an EEA State may exclude a specified category of persons regardless of whether there is a corresponding listing in the annex to the Directive, provided that the exception is based on considerations such as those mentioned above.

30. The Government of Norway proposes the following answer to the first question:

"Council Directive 80/987/EEC can be interpreted to mean that exceptions may be made for close relatives of persons who own more than 40% of an insolvent company. Such an exception may include siblings."

The Government of Sweden

31. The Government of Sweden has confined its written observations to the second question only.

25. Stefndi leggur til að fyrri spurningunni verði svarað með svofelldum hætti:

“Túlka verður viðauka við tilskipun 80/987/EBE, þ.e. 24.tl. a. H. 4. í XVIII. viðauka við EES-samninginn, svo að hann taki til launþega sem er systir eiganda 40% hlutfjár í gjaldþrota fyrirtæki svo að slíkan launþega ” megi útiloka ” frá því að fá greidda launakröfu á hendur þrotabúi.”

Ríkisstjórn Noregs

26. Ríkisstjórn Noregs telur að ráðningarsamningar og ráðningarsamkomulög hljóti almennt að vera af sérstökum toga í skilningi 2. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar þegar nákommir ættingjar þeirra sem eiga stóran hlut í fyrirtækinu eru launþegar fyrirtækisins. Sérstakar ráðstafanir vegna slíkra launþega séu réttlætanlegar, meðal annars vegna möguleika þeirra á að hafa áhrif á starfsemi og fjárhag fyrirtækisins vegna náns sambands við eiganda þess.

27. Ríkisstjórn Noregs heldur því fram að önnur EES-ríki en þau sem talin eru í viðaukanum útiloki einnig nákomna ættingja frá ríkisábyrgð á launum. Í nokkrum ríkjum sé málum skipað með svipuðum hætti og á Íslandi, þannig að kröfur verði að vera forgangskröfur samkvæmt gjaldþrotalögum til að ríkisábyrgð á launum verði virk. Ríkisstjórn Noregs telur að viðurkenna verði slíkar undantekningar, falli þær undir þær undanþáguheimildir sem tilskipunin mælir fyrir um.

28. Það geti ekki ráðið úrslitum um það hvort fella megi launþega undan gildissviði tilskipunarinnar samkvæmt 2. mgr. 1. gr. að einstök ríki hafi tilgreint undanþágurnar í viðauka við tilskipunina eða XVIII. viðauka við EES-samninginn. Þessa var krafist til að tryggja það að réttarstaða einstaklinga væri fyrirsjáanleg, en í þessu efni er þó löggjöf ríkisins mikilvægust. Þar sem tilskipunin heimilar undanþágur frá beitingu ákvæðanna, einnig í 10. gr., er í öllu falli nauðsynlegt að líta til löggjafar ríkisins til að fá fulla yfirsýn yfir réttarstöðu einstaklinga.

29. Niðurstaða norsku ríkisstjórnarinnar er því sú, að ákvæði tilskipunarinnar sem heimilar undanþágur frá gildissviði hennar verði að túlka svo að EES-ríki megi fella skilgreindan hóp einstaklinga undan gildissviði tilskipunarinnar, án tillits til þess hvort slíkar undanþágur séu tilgreindar í viðauka við tilskipunina, ef undanþágan byggist á sjónarmiðum eins og þeim sem nefnd eru hér að framan.

30. Ríkisstjórn Noregs leggur til að fyrri spurningunni verði svarað með þessum hætti:

“Tilskipun ráðsins 80/987/EBE má túlka svo, að gera megi undanþágur að því er lýtur að nákomnum ættingjum þeirra sem eiga meira en 40% hlut í gjaldþrota fyrirtæki. Slík undanþága má einnig taka til systkina.”

Ríkisstjórn Svíþjóðar

31. Ríkisstjórn Svíþjóðar hefur eingöngu fjallað um síðari spurninguna í greinargerð sinni.

The Government of the United Kingdom

32. The Government of the United Kingdom addresses the relationship between Articles 1(2) and 10 of the Directive.

33. In the opinion of the United Kingdom, Article 10 of the Directive provides a free-standing ground for derogations which is separate from Article 1(2). It follows both from the wording and the purpose of the provisions that they have a different scope of application. Whereas Article 1(2) looks at the nature of the employment relationship or employment contract, and permits the exclusion of categories of employee where there is something unusual about that contract or relationship, Article 10(b) looks at the identity of the employee and employer and the existence of unusual connections and common interests between them. In the view of the United Kingdom, this must mean some connection and common interest outside the employer-employee relationship as such.

34. However, the United Kingdom submits that there is a possibility of overlap between Article 1(2) and Article 10(b) of the Directive, so that Article 10(b) may apply to cases which could have given rise to an exception under Article 1(2), but where no such exception has in fact been made by the Member State in question. Thus, the fact that an exception in national legislation implementing the Directive is of a type which could have been the subject of an entry in the Annex to the Directive under Article 1(2) (because there is something special about the nature of the employment relationship itself), does not prevent the Member State in question from including such an exception in implementing legislation, even though there is no such entry in the Annex, if the exception in question *also* falls within the parameters of Article 10, in particular Article 10(b) (because there are special links between employees in that category and their employers and common interests resulting, or liable to result, in collusion between them).

35. The United Kingdom proposes that the Court should answer the first question submitted to it by stating that nothing in the act referred to in point 24 of Annex XVIII EEA precludes national legislation from providing for an exception which is within the scope of Article 10 of the Directive where that exception could have been provided for by a specific reservation under the EEA Agreement in reliance on Article 1(2) of the Directive.

The EFTA Surveillance Authority

36. The EFTA Surveillance Authority submits, with regard to Article 1(2) of the Directive, that it is clear from the wording of the provision that an exclusion by virtue of Article 1(2) is dependent upon the category of employee concerned actually being listed in the Annex to the Directive.

37. The EFTA Surveillance Authority submits that point 4 of the Icelandic adaptation is obviously intended to correspond to the exception provided for under Article 6(d) of the Wage Guarantee Fund Act. In view of the clear language of the national provision (referring *inter alia* to "relatives in direct line of descent") and since there is no reason to assume that the adaptation was intended to be broader in scope than the exception under national law, it would seem clear that point 4 of the adaptation is limited to relatives in direct line of descent. Consequently, Article 1(2) of the Directive does not allow Iceland to exclude siblings of shareholders of an insolvent employer company from the guarantee provided for by the Directive.

Ríkisstjórn Bretlands

32. Ríkisstjórn Bretlands fjallar um sambandið milli 2. mgr. 1. gr. og 10. gr tilskipunarinnar.
33. Ríkisstjórn Bretlands telur að 10. gr. tilskipunarinnar feli í sér heimild til fráviks sem sé sjálfstæð gagnvart 2. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar. Það leiði bæði af orðalagi ákvæðanna og tilgangi þeirra, að þeim verði beitt um mismunandi atvik. Ákvæði 2. mgr. 1. gr. lúti að eðli ráðningarsamnings eða ráðningarsambands og veiti heimild til að undanþiggja kröfur tiltekinna hópa launþega þegar ráðningarsambandið er af sérstökum toga. B-liður 10. gr. fjalli um einstaka launþega og vinnuveitendur og sérstök tengsl þeirra á milli eða sameiginlega hagsmuni þeirra. Ríkisstjórn Bretlands telur að hér sé vísað til tengsla eða hagsmuna sem standi utan við vinnusamband þeirra.
34. Ríkisstjórn Bretlands telur þó að ákvæði 2. mgr. 1. gr. og b-liðs 10. gr. geti fallið saman, þannig að b-lið 10. gr. megi beita í tilvikum þar sem undanþága samkvæmt 2. mgr. 1. gr. hefði verið heimil en aðildarríki hefur ekki gert slíkan fyrirvara. Þar sem slíka undanþágu er að finna í löggjöf sem lagar landslög að ákvæðum tilskipunarinnar og undanþágan er slík að hana hefði mátt setja í viðauka við tilskipunina samkvæmt 2. mgr. 1. gr. (vegna þess að ráðningarsamband aðila er af sérstökum toga), verður aðildarríki ekki bannað að hafa slíka undanþágu í löggjöf sinni, þótt hún sé ekki sérstaklega tilgreind í viðaukanum, ef undanþágan fellur *ennig* innan marka 10. gr., einkum b-liðar 10. gr. (vegna sérstakra tengsla milli launþega sem tilheyra þessum hópi og vinnuveitenda þeirra og sérstakra hagsmuna sem leiða til eða geta leitt til samkomulags þeirra á milli).
35. Ríkisstjórn Bretlands leggur til að dómstóllinn svari fyrri spurningunni með því að lýsa því yfir að gerð sú sem vísað er til í 24. tl. XVIII. viðauka við EES-samninginn komi ekki í veg fyrir að löggjöf mæli fyrir um undanþágu sem rúmast innan 10. gr. tilskipunarinnar, í tilvikum þar sem undanþágan hefði verið heimil með sérstökum fyrirvara samingsaðila samkvæmt 2. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar.

Eftirlitsstofnun EFTA

36. Eftirlitsstofnun EFTA telur ljóst af orðalagi 2. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar að undanþága samkvæmt greininni sé háð því að sá hópur launþega sem undanskilinn er sé tilgreindur í viðauka við tilskipunina.
37. Eftirlitsstofnun EFTA telur einnig ljóst að 4. lið í aðlögunarákvæðum þeim sem eiga við um Ísland sé ætlað að svara til þeirrar undanþágu sem er að finna í d-lið 6. gr. laga um ábyrgðarsjóð launa. Með hliðsjón af skýru orðalagi þess ákvæðis (sem vísar m.a. til “skyldmenna í beinan legg”) og þar sem ekki sé tilefni til að ætla að aðlögunarákvæðin hafi átt að vera viðtækari en undanþága landslaga, telur Eftirlitsstofnun EFTA ljóst að 4. liður aðlögunarákvæðanna sé takmarkaður við ættingja í beinan legg. Því heimili 2. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar íslenska ríkinu ekki að útiloka systkini hluthafa í gjaldþrota félagi vinnuveitanda frá þeirri vernd sem tilskipunin veitir.

38. With regard to Article 10(b) of the Directive, the EFTA Surveillance Authority submits that the derogation should be given a narrow interpretation in line with the ruling of the EFTA Court in *Samuelsson*⁵ concerning Article 10(a) of the Directive. The provision calls for a case-by-case assessment of whether the criteria contained therein are satisfied, and it cannot be argued that a sibling relationship in general fulfils those criteria. The only possibility for generally excluding certain types of employment relationships is to list them in Section I of the Annex to the Directive.

39. The EFTA Surveillance Authority proposes the following answer to the first question:

“The Act referred to in Point 24 of Annex XVIII to the Agreement on the European Economic Area (Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on the approximation of the laws of the Member States relating to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer) must be interpreted as precluding Iceland from maintaining a provision of national law, according to which, in the case of a sibling relationship between an employee and an owner of 40 per cent of the shares of the employer company, the employee is excluded from the guarantee provided for in Article 3 of the Act already on the basis of that family relationship.”

The Commission of the European Communities

40. With regard to the scope of the entry by Iceland in Annex XVIII EEA, the Commission of the European Communities points out that there are great divergences between the various language versions thereof. There are six language versions (Danish, English, Italian, Dutch, Portuguese and Swedish) which use terms comparable to “direct or close relatives”, which are non-technical terms which can be taken to include brothers and sisters of the person concerned. The French and Spanish versions use more precise terms, corresponding to “relatives in direct line”, whereas the German and Finnish versions are the most precise when referring to “relatives of the first degree”. The text of all the latter four language versions would seem to exclude siblings.

41. Although all texts of the EEA Agreement are equally authentic, it is the Commission’s view that particular attention should be paid to the original Icelandic text. Despite a certain ambiguity attached to the expression “in direct line” contained in the Icelandic text, the most plausible interpretation of that text is that relatives are covered by the exception although they are not “in direct line”.

42. The most plausible interpretation of the Icelandic text would be in conformity with the majority of the other language version, but would go *against* the explicit wording of four equally authentic language versions, i.e. the German, Finnish, French and Spanish versions. In the opinion of the Commission, this is a situation which is difficult to accept in the case of equally authentic language versions. Since the interpretation of the Icelandic text *can* be brought into conformity with the aforementioned texts, and the other language versions can also be interpreted in this way if absolutely necessary, it is this interpretation that should nevertheless prevail.

⁵ See footnote 1.

38. Eftirlitsstofnun EFTA telur að b-lið 10. gr. tilskipunarinnar verði að skýra þröngt, í samræmi við álit EFTA-dómstólsins í *Samuelsson* málinu⁵ sem fjallaði um a-lið 10. gr. tilskipunarinnar. Skýra verði ákvæðið og þau viðmið sem sett eru í því með hliðsjón af atvikum hvers máls og því verði ekki haldið fram að skyldleiki systkina falli almennt undir þau viðmið sem greinin setur. Eina leiðin til að útiloka með almennum hætti ákvæðna hópa launþega sé að tilgreina þá hópa í 1. þætti viðaukans við tilskipunina.

39. Eftirlitsstofnun EFTA telur að svara eigi fyrri spurningunni svo:

“Gerð þá sem vísað er til í 24. tl. XVIII viðauka við EES-samninginn (tilskipun ráðsins 80/987/EBE frá 20. október 1980 um samræmingu á lögum aðildarríkjanna um vernd til handa launþegum verði vinnuveitandi gjaldþrota) verður að túlka með þeim hætti að hún komi í veg fyrir að í íslenskri löggjöf séu ákvæði sem fela í sér að þar sem launþegi er systkini eiganda 40% hlutafjár í fyrirtæki vinnuveitanda, sé launþeginn útilokaður frá þeirri vernd sem 3. gr. gerðarinnar mælir fyrir um þegar af þessari ástæðu.”

Framkvæmdastjórn Evrópubandalaganna

40. Að því er lýtur að H. lið aðlögunarákvæðanna í XVIII. viðauka við EES-samninginn bendir framkvæmdastjórnin á að mikill munur sé á hinum ýmsu tungumálaútgáfum. Sex útgáfur (danska, enska, ítalska, hollenska, portúgalska og sænska útgáfan) nota heiti sem svara til “beinn eða náinn ættingi” (e. “direct or close relatives”), en það eru óskilgreind heiti sem skilja má svo að visi til bróður og systur viðkomandi. Franska og spænska útgáfan nota nákvæmari heiti, sem svara til “ættingjar í beinan legg” (e. “relatives in direct line”) en þýska og finnska útgáfan nota nákvæmust heiti, þar sem þær vísa til “ættingja í fyrsta lið” (“relatives of the first degree”). Orðalag þeirra fjögurra útgáfa sem síðast eru nefndar virðist ekki taka til systkina.

41. Þótt allar útgáfur EES-samningsins hafi sama vægi telur framkvæmdastjórnin að sérstaklega verði að taka mið af hinum upprunalega íslenska texta. Þrátt fyrir nokkra óvissu um notkun hugtakanna “í beinan legg” í íslenska textanum verði það að teljast líklegasta túlkunin á þeim texta að ættingjar falli undir undanþáguna þótt ekki sé um ættingja “í beinan legg” að ræða.

42. Þessi túlkun á íslenska textanum væri í samræmi við meirihluta annarra tungumálaútgáfa, en færi *gegn* skýru orðalagi fjögurra tungumálaútgáfa, þ.e. þýsku, finnsku, frönsku og spænsku útgáfunum. Framkvæmdastjórnin telur að erfitt sé að fallast á þessa aðstöðu þar sem um er að ræða útgáfur sem allar hafa sama vægi. Þar sem íslenski textinn *verður* skýrður til samræmis við fyrrgreinda texta í þýsku, finnsku, frönsku og spænsku útgáfunum og þar sem aðrar tungumálaútgáfur má einnig túlka með sama hætti, ef nauðsyn ber til, verður þegar á heildina er lítið að fallast á þá túlkun.

⁵

Sjá nmgr. I.

43. With regard to Article 10 of the Directive, the Commission points out that it is a free-standing provision which is not linked to exceptions granted to the Member States under Article 1(2). There is no indication in the text or the Preamble to the Directive how the option in Article 10(b) should be exercised by the Member States. However, the Commission has always followed the line that, since this is a directive which should be implemented by the Member States, the Member States need to create a specific rule or must be able to point to a relevant existing legal provision which makes it possible for the national wage guarantee authority or the courts to refuse or reduce insolvency protection in the event of abuse, clashing interests and collusion.

44. The wording of Article 10(b) does not exclude that the Member State may use that option by enacting legislation which deems that in specific situations involving close family ties there is *ipso facto* collusion which makes the fulfilment of the obligation of Article 3 of the Directive unjustifiable. Although it cannot be entirely excluded that Iceland has exercised the option in Article 10(b) of the Directive by setting general rules such as those of the Insolvency Act, the information presently available would seem to indicate that Iceland has *not* exercised this option. Therefore, the barring of siblings of the employer, director, or major shareholder of the employer from exercising a claim of outstanding wages against the insolvency estate is not in conformity with Directive 80/987, as incorporated into the EEA.

45. The Commission proposes that the first question should be answered in the negative, but has not formulated a specific proposal to that effect.

The second question

Ms Sveinbjörnsdóttir – the plaintiff

46. In the opinion of Ms Sveinbjörnsdóttir, the plaintiff, the problem addressed by the second question is, first, a question of whether the obligations undertaken by the EFTA States under the EEA Agreement include the fundamental issue of liability for damages vis-à-vis individuals and legal persons who have incurred loss because of discrepancies between national law and the EEA Agreement, in the same way as is the case for the Member States of the European Union, as established by the case law of the ECJ in the first *Francovich*⁶ case and subsequent case law regarding the same issue. Secondly, if the answer to that question is in the affirmative, it is necessary to decide whether the conditions for liability are present in the case at hand.

47. With regard to the first issue, the plaintiff submits that the aim of the EEA Agreement is to achieve homogeneous, common rules within the European Economic Area. The reciprocity, homogeneity and coherence, which are the basis of and the premise for the EEA Agreement, will be distorted in an unacceptable way if EFTA States are not liable in the same circumstances as Member States of the European Union.

48. In the *Francovich*⁷ case, the ECJ found that liability was inherent in the system of the EC Treaty. The main considerations were to ensure the full effect of EC law and to protect the rights of individuals under those provisions. The relevant arguments of the ECJ for State liability all apply in the same way in EEA law as in EC law; there are no relevant differences between those two legal systems entailing such a different nature as to justify different rules regarding State liability. The object of Protocol 35 EEA is to ensure full effect of EEA rules, and in the eight recital of the Preamble to the EEA Agreement it clearly emerges that the intention is to protect the

⁶ Joined Cases C-6/90 and C-9/90 *Francovich and Others* [1991] ECR I-5357.

⁷ See footnote 6.

43. Framkvæmdastjórnin bendir á að 10. gr. tilskipunarinnar sé ótengd þeim undanþágum sem aðildarríkjunum eru heimilaðar í 2. mgr. 1. gr. Hvorki texti tilskipunarinnar né aðfaraorð hennar gefi vísbendingu um beitingu b-liðar 10. gr. Framkvæmdastjórnin ítrekar þá afstöðu sína að þar sem tilskipuninni er beint til aðildarríkjanna og þeim ber að laga löggjöf sína að henni, verði aðildarríkin að innleiða skýra reglu, eða sýna fram á gildandi ákvæði sem heimilar ábyrgðarsjóði ríkisins sem og dómstólum að hafna eða skera ábyrgð ríkisins í tilefni af gjaldþroti þegar um misnotkun, ósamrýmanlega hagsmuni eða samkomulag aðila er að ræða.

44. Orðalag b-liðs 10. gr. kemur ekki í veg fyrir að aðildarríki nýti sér þann möguleika sem þar kemur fram með lögum sem mæla fyrir um að í sérstökum tilvikum, þar sem um nán fjölskyldutengsl sé að ræða, megi líta svo á samkvæmt staðreyndum málsins (*ipso facto*) að um samkomulag sé að ræða, sem leiði til þess að skuldbindingu aðildarríkis samkvæmt 3. gr. tilskipunarinnar verði ekki framfylgt. Þótt ekki sé hægt að útiloka að íslenska ríkið hafi nýtt þennan möguleika b-liðs 10. gr. tilskipunarinnar með því að hafa í löggjöf sinni almenn ákvæði eins og þau sem finna má í gjaldprotaskiptalögunum benda þær upplýsingar sem liggja fyrir í málinu heldur til hins gagnstæða. Því er það að útiloka systkini vinnuveitanda, framkvæmdastjóra eða aðalhluthafa í fyrirtæki vinnuveitanda frá því að fá fullnustu ógeiddrar launakröfu á hendur þrotabúinu ekki í samræmi við tilskipun 80/987/EBE, eins og tilskipunin er tekin inn í EES-samninginn.

45. Framkvæmdastjórnin leggur til að fyrri spurningunni verði svarað neitandi, en hefur ekki lagt til ákveðna tillögu að svari.

Síðari spurningin

Stefnandi – Erla Sveinbjörnsdóttir

46. Það álitaefni sem felst í síðari spurningunni er að mati stefnandans, Erlu Sveinbjörnsdóttur, í fyrsta lagi hvort það grundvallaratriði felist í þeim skuldbindingum sem EFTA ríkin undirgengust með EES-samningnum, að þau á sambærilegan hátt og ríki Evrópusambandsins beri skadabótaábyrgð gagnvart einstaklingum og lögaðilum sem verða fyrir tjóni vegna mismæmis milli landslöggjafarinnar og EES-samningsins, á sama hátt og aðildarríki Evrópusambandsins gera sbr. dómaframkvæmd dómstóls EB í fyrra *Francovich* málinu⁶ og síðari dómaframkvæmd um sama grundvallaratriði. Í öðru lagi, ef svarið við þeirri spurningu er jákvætt, þurfi að ákveða hvort skadabótaskilyrði eru fyrir hendi í málinu.

47. Að því er lýtur að fyrra atriðinu byggir stefnandi á því að stefnt sé að einsleitum, samræmdum reglum á öllu Evrópska efnahagssvæðinu. Gagnkvæmni, einsleitni og samræmi yrði raskað á óásættanlegan hátt ef skadabótaskylda EFTA-ríkjanna væri ekki fyrir hendi undir sömu kringumstæðum og hún er fyrir hendi í aðildarríkjum Evrópusambandsins.

48. Í *Francovich* málinu⁷ taldi dómstóll EB skadabótaábyrgðina leiða af kerfi Rómarsamningsins. Aðalsjónarmiðin voru í því fölginn að tryggja fulla virkni löggjafar bandalagsins og að vernda þau réttindi sem einstaklingum eru veitt með reglunum. Þau rök sem dómstóll EB byggði skadabótaábyrgð ríkisins á eiga að mati stefnanda öll við í rétti efnahagssvæðisins (“EES-rétti”) með sama hætti og í rétti bandalagsins (“EB-rétti”); ekkert sem máli skipti um muninn á þessum tveimur réttarkerfum feli í sér eðlismun sem réttlæti mismunandi reglur um skadabótaábyrgð ríkisins. Tilgangurinn með bókun 35 hafi verið að tryggja fulla virkni

⁶ Sameinuð mál C-6/90 og C-9/90 *Francovich o.fl.* [1991] ECR I-5357.

⁷ Sjá ngr. 6.

rights which the Agreement grants to individuals. The full effect of rights granted to citizens by the Agreement will not be achieved in practice if the State's breach of the citizens' rights is not followed by State liability. The provisions of the EC Treaty on which the ECJ based the principle of State liability in the *Francovich* case, i.e. Article 5 and Article 189, correspond to Article 3 and Article 7 EEA. Further developing the conditions for liability in *Brasserie du Pêcheur*,⁸ the ECJ referred to Article 215 EC, which corresponds to Article 46 of the Surveillance and Court Agreement.

49. The plaintiff further submits that if such a fundamental issue as State liability, which was established prior to the date of signature of the EEA Agreement, were not to be included in the EEA Agreement, the EFTA States would have had to make this clear during the negotiations.

50. With regard to the assessment of the conditions of State liability in the present case, the plaintiff submits, with reference to *Brasserie du Pêcheur*, that the decisive test is whether the Member State's breach is manifest and whether it gravely disregards the limits on the Member State's discretion. It follows from that judgment that if a Member State has persistently breached its obligations despite settled case law on the relevant matter, the conduct constitutes an infringement which entails liability. As the rulings by the EFTA Court in *Samuelsson* and by the ECJ in *Wagner Miret* and *Commission v Greece*⁹ provide clear precedents with regard to the case at hand, that condition is fulfilled.

51. The plaintiff proposes the following answer to the second question:

"Iceland is liable vis-à-vis an employee, for not having, being a party to the Agreement on the European Economic Area, granted the employee the protection stipulated in the act referred to in point 24 of Annex XVIII to the EEA Agreement (Council Directive 87/987/EEC of 2 October 1980, as amended by Council Directive 87/164/EEC of 2 March 1987), since Article 10(a) is not applicable and such employee's claims have not been excluded in an Annex to that act, in accordance with Article 1, paragraph 2 of that act."

The Government of Iceland – the defendant

52. In the opinion of the Government of Iceland, the defendant, a principle of State liability in the case at hand could theoretically be based on three different foundations: on non-contractual liability principles of Icelandic law, on the *Francovich*¹⁰ judgment having been made part of the EEA Agreement by virtue of Article 6 EEA, and on the EEA Agreement itself entailing a rule which serves as a ground for State liability.

53. In the opinion of the defendant, the EFTA Court should not express its view on the first alternative, as this is a matter of national law. With regard to the latter two foundations, an assessment necessitates a closer analysis of the nature of the EEA Agreement as compared to the EC Treaty.

⁸ Joined Cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur and Factortame* [1996] ECR I-1029, paragraphs 27-31.

⁹ See footnotes 1-3.

¹⁰ See footnote 6.

löggjafar EES og í áttunda lið aðfaraorða EES-samningsins komi skýrt fram að ásetningurinn hafi verið að vernda þau réttindi sem samningurinn veitir einstaklingum. Full virkni þeirra réttinda sem samningurinn veitir borgaranum náist aldrei í raun, nema brot ríkisins á borgaranum leiði til skaðabótaskyldu ríkisins. Þau ákvæði Rómarsamningsins sem dómstóll EB rökstuddi skaðabótaábyrgðina með í *Franovich* málinu, þ.e. 5. gr. og 189. gr., eigi sér hliðstæðu í 3. gr. og 7. gr. EES-samningsins. Við nánari útfærslu skaðabótaskilyrðanna í málinu *Brasserie du Pêcheur*⁸ vísaði dómstóll EB til 215. gr. Rómarsamningsins, sem á sér hliðstæðu í 46. gr. samningsins um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls.

49. Stefnandi byggir einnig á því, að skýrt hefði þurft að kveða á um það við samningsgerðina ef ætlun EFTA-rikkjana var að undanskilja grundvallaratriði eins og skaðabótaábyrgð ríkisins, sem búið var að kveða uppúr um fyrir undirritunardag EES-samningsins.

50. Að því er lýtur að mati á skilyrðum bótaábyrgðar í máli þessu telur stefnandi með vísan til *Brasserie du Pêcheur* málsins að aðalatriðið sé hvort brot aðildarríkisins er augljóst og hvort ríkið hafi á grófan hátt farið út fyrir mörk matskenndra heimilda sem það hefur. Það leiði af nefndum dómi að ef aðildarríki hafi viðvarandi framkvæmt brotið þrátt fyrir skýra dómaframkvæmd dómstólsins á því sviði sem máli skiptir, sé um að ræða brot sem leiði til bótaskyldu. Þar sem úrlausnir EFTA-dómstólsins í *Samuelsson* málinu og dómstóls EB í málnum *Wagner Miret* og *Framkvæmdastjórnin gegn Grikklandi*⁹ veiti skýr fordæmi með tilliti til þessa máls sé þetta skilyrði uppfyllt.

51. Stefnandi leggur til eftirfarandi svar við seinni spurningunni:

“Það varðar íslenska ríkið skaðabótaábyrgð gagnvart launþega, að hafa ekki samfara aðild sinni að Samningnum um Evrópska Efnahagssvæðið, veitt launþeganum þá vernd sem felst í gerð þeirri sem er í 24. tl. í XVIII viðauka við Samninginn um Evrópska Efnahagssvæðið (tilskipun ráðsins nr. 80/987/EBE frá 20. október 1980, eins og henni var breytt með tilskipun ráðsins nr. 87/164/EBE frá 2. mars 1987), án þess að a-liður 10. gr. eigi við og án þess að hafa undanþegið kröfur launþegans í viðauka við gerðina eins og heimilt er í 2. mgr. 1. gr. hennar.”

Stefndi – íslenska ríkið

52. Stefnandi, íslenska ríkið, telur að meginreglu um skaðabótaábyrgð ríkisins í þessu máli megi fræðilega byggja á þremur stöðum: á meginreglunni um skaðabótaábyrgð utan samninga, á því að *Franovich* dómurinn¹⁰ sé hluti EES-samningsins fyrir tilstilli 6. gr. EES-samningsins, og á því að í EES-samningnum sjálfum felist regla sem byggja megi skaðabótaábyrgð ríkisins á.

53. Stefnandi telur það ekki vera hlutverk EFTA-dómstólsins að fjalla um fyrsta möguleikann, þar sem um sé að ræða atriði sem ræðst af landsrétti. Mat á hinum tveimur stöðunum kallar á nánari greiningu á eðli EES-samningsins og samanburð við Rómarsamninginn.

⁸ Sameinuð mál C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur og Factorame* [1996] ECR I-1029, málsgreinar 27-31.

⁹ Sjá nmgr. 1-3.

¹⁰ Sjá nmgr. 6.

54. The defendant submits that a comparison between the nature, aim and contents of the EEA Agreement and of the EC Treaty reveals a fundamental difference between the EEA Agreement and Community law. The co-operation at the Community level is wider in scope and aims at a close integration in many fields, whilst the EEA Agreement provides for the co-operation of the Contracting Parties within a considerably narrower field. This is clearly reflected in *Opinion 1/91*¹¹ by the ECJ and partly confirmed by the EFTA Court in *Maglite*.¹² This difference between the EEA Agreement and Community law stems from the fact that the EFTA States were not prepared to participate in a closer co-operation at the price of having to transfer part of their sovereign rights to supranational institutions. As a result, EEA law makes use of other methods to attain the objectives of the Agreement, such as those provided for by Protocol 35 EEA, Articles 6, 7 and 105 to 111 EEA and Article 3 of the Surveillance and Court Agreement.

55. In the opinion of the defendant, the difference between the nature of the EEA on the one hand and Community law on the other has the following consequences:

- a) Compared to Community law, there are more limited possibilities for deducing unwritten principles from the EEA Agreement, without a prior introduction of those principles into the national legislation of the EFTA States or submission of them for the approval of those States in each separate case.
- b) The competence of the institutions set up by the EEA Agreement, insofar as it is seen as affecting the sovereign rights of the Contracting Parties, is more restricted than the competence of the EC institutions. In other words, the EEA institutions are not endowed with the same rights and thus have more limited possibilities for creating general principles not explicitly laid down in the EEA Agreement than do the corresponding EC institutions in relation to Community law. This is particularly true with regard to the ECJ on the one hand and the EFTA Court on the other.

56. With regard to the question whether the principle of State liability, as established by the ECJ in its *Francoovich*¹³ judgment, has been incorporated into the EEA by virtue of Article 6 EEA, the defendant submits that neither the EEA Agreement nor Community law contain a specific written provision on State liability in cases of breaches thereof. Instead, *Francoovich* is a consequence of the special nature of Community law as an autonomous legal system, characterized *inter alia* by the transfer of sovereign rights, which is the basis for the principle of direct effect. State liability is a continuation of this principle and an extension thereof, as a further step in the direction of granting individuals rights under Community law. Article 6 EEA refers to judgments of the ECJ which are based on primary and secondary EC legislation, but not to those which are based on unwritten rules and general principles derived from the special nature of the Community legal order.

57. The reference in the *Francoovich* judgment to Article 5 EC, a parallel of which is found in Article 3 EEA, does not alter this assessment as the reference is only an *additional ground* for justifying State liability.

¹¹ Opinion 1/91 [1991] ECR I-6079, paragraphs 14-29.

¹² Case E-2/97 *Mag Instrument v California Trading Company Norway* [1997] EFTA Court Reports 127, paragraphs 25 and 27.

¹³ See footnote 6.

54. Stefndi telur að samþingur á eðli, tilgangi og efni EES-samningsins annars vegar og Rómarsamningsins hins vegar sýni grundvallarmun á EES-samningnum og rétti bandalagsins. Samvinna innan bandalagsins sé mun víðtækari og hafi að markmiði sem víðtækastan samruna á mörgum sviðum, en EES-samningurinn mæli fyrir um samvinnu samningsaðila á mun þrengra sviði. Þetta komi skýrt fram í *Áliti* dómstóls EB nr. 1/91¹¹ og sé að hluta til staðfest af EFTA-dómstólum í *Maglite* málinu¹². Þessi munur á EES-samningnum og rétti bandalagsins eigi rætur að rekja til þess að EFTA-rikin hafi ekki verið reiðubúin til að taka þátt í víðtækari samvinnu gegn því að framselja hluta af fullveldisrétti sínum til yfirþjóðlegra stofnana. Því hafi aðrar leiðir verið farnar að EES-rétti til að ná þeim markmiðum sem stefnt er að með EES-samningnum, svo sem ákvæði bókunar 35 við EES-samninginn, 6. gr., 7. gr. og 105.-111. gr. EES-samningsins og 3. gr. samningsins um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls.

55. Að mati stefnda hefur sá munur sem er á eðli EES-samningsins annars vegar og rétti bandalagsins hins vegar eftirtaldir afleiðingar:

a) Minna svigrúm í EES-rétti en í bandalagsrétti til að leiða óskráðar meginreglur af EES-samningnum þegar slíkar meginreglur hafa ekki verið teknar upp í löggjöf EFTA-rikjanna eða bornar undir samþykki riðkjanna í hverju tilviki um sig.

b) Lögsaga þeirra stofnana sem settar eru upp samkvæmt EES-samningnum er, að því marki sem hefur áhrif á fullveldisrétt samningsaðila, takmörkuð frekar en lögsaga stofnana EB. Með öðrum orðum, EES-stofnunum er ekki veitt sama vald og þær geta því ekki með sama hætti og stofnanir EB búið til og byggt á meginreglum sem ekki koma skýrt fram í EES-samningnum. Þetta á einkum við um EFTA-dómstólinn annars vegar og dómstól EB hins vegar.

56. Um það álitaefni hvort meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkisins, sem slegið var fastri í *Franovich* dómi¹³ EB dómstólsins, hafi orðið hluti EES-samningsins fyrir tilstilli 6. gr. EES-samningsins, byggir stefndi á því að hvorki EES-samningurinn né réttur bandalagsins geymi sérstaka skráða reglu um skaðabótaábyrgð ríkisins vegna samningsbrota. *Franovich* dómurinn sé fremur afleiðing af sérstöku eðli bandalagsréttar, hinu sérstaka lagakerfi sem einkennist meðal annars af framsali fullveldis, sem einnig er grundvöllur meginreglunnar um bein réttaráhrif. Skaðabótaábyrgð ríkisins sé eðlileg afleiðing af og viðbót við þá meginreglu og feli í sér frekari staðfestingu á þeim réttindum sem einstaklingum séu tryggð í bandalagsrétti. Ákvæði 6. gr. EES-samningsins vísi til dóma dómstóls EB þar sem reyni á frumrétt og afleiddan rétt EB, en ekki þeirra dóma sem byggja á óskráðum reglum og meginreglum sem leiða af sérstöku eðli réttarkerfis bandalagsins.

57. Tilvísun *Franovich* dómsins til 5. gr. Rómarsamningsins, sem er hliðstæð 3. gr. EES-samningsins, breyti ekki framangreindri niðurstöðu, þar sem sú tilvísun sé aðeins *viðbótarröksemd* fyrir skaðabótaábyrgð ríkisins.

¹¹ Álit 1/91 [1991] ECR I-6079, málsgreinar 14-29

¹² Mál E-2/97 *Mag Instrument* gegn *California Trading Company Norway* [1997] EFTA Court Report 127, málsgreinar 25 og 27.

¹³ Sjá nmgr. 6.

58. Consequently, in the opinion of the defendant, the *Francovich* judgment does not fall within the scope of Article 6 EEA. Therefore, the EFTA States do not have the obligation to base their implementation and application of EEA provisions on the principles laid down in that judgment.

59. Even if Article 6 EEA does not apply to *Francovich*, the defendant points out that it could be argued that a similar rule to that found in *Francovich* can be deduced from the EEA Agreement itself. However, the defendant is of the opinion that no such rule can be deduced from the EEA Agreement, and submits four main arguments in support of that view.

60. First, since the *Francovich* judgment of the ECJ was delivered, and the question on State liability was heavily debated within the EC before the closing of the EEA negotiations, the absence of a provision in the EEA Agreement on State liability strongly indicates that the Contracting Parties made a deliberate decision not to include such a provision.

61. Secondly, there is an important difference between the nature of the EEA Agreement on the one hand and the nature of Community law on the other, with the consequences mentioned above.

62. Thirdly, where the contents of a ruling of the ECJ which is not covered by Article 6 EEA can nevertheless affect the homogeneous interpretation of the EEA Agreement, the matter is to be dealt with politically and through diplomatic channels, as set out particularly in Articles 105 to 111 EEA, and not by the EFTA Court.

63. Fourthly, the question concerning State liability in the present situation concerns in fact the effect of an international obligation as a source of law in the national legal order of Iceland. In other words, it concerns the interpretation of Icelandic legal rules regarding the connection between national law and international law and therefore falls outside the competence of the EFTA Court.

64. As a consequence of its view on the principal question of State liability, the defendant does not make any comments on the possible conditions of State liability under EEA law.

65. In light of the answer to the first question the defendant submits that it is not necessary for the Court to give its opinion of the second question. If, however, the Court does take the second question into consideration, the defendant is of the opinion that the EEA Agreement does not entail State liability vis-à-vis individuals and legal persons in case of breach of the Agreement.

The Government of Norway

66. The Norwegian Government submits that, under Community law, the principles laid down by the ECJ in, *inter alia*, the *Francovich*¹⁴ judgment, would be relevant to the problem raised by the second question. However, under EEA law the legal situation is different for the Nordic EFTA/EEA States.

¹⁴ See footnote 6.

58. Niðurstaða stefnda er að *Francovich* dómurinn falli ekki undir 6. gr. EES-samningsins. Því séu EFTA-rikin ekki skuldbundin til að leggja þær meginreglur sem þar koma fram til grundvallar við framkvæmd og beitingu EES-réttar.

59. Þótt 6. gr. EES-samningsins eigi ekki við um *Francovich* dóminn er ekki útilokað að mati stefnda að halda því fram að sambærilega reglu megi leiða af EES-samningnum sjálfum. Stefndi heldur því hins vegar fram að slík regla verði ekki leidd af EES-samningnum og byggir það sjónarmið á fjórum meginröksemdum.

60. Í fyrsta lagi, þar sem *Francovich* dómur dómstóls EB gekk áður en samningaviðræðum um EES-samninginn lauk, og þar sem álitafnið um skaðabótaábyrgð ríkisins var mjög til umfjöllunar innan EB á þeim tíma, hlýtur það að benda til beinnar ákvörðunar samningsaðila að útiloka skaðabótaábyrgð ríkisins að ekkert slíkt ákvæði var tekið inn í EES-samninginn.

61. Í öðru lagi er mikilvægur munur á eðli EES-samningsins annars vegar og eðli bandalagsréttar hins vegar, með þeim afleiðingum sem þegar eru raktar.

62. Í þriðja lagi verður við það að miða að í tilvikum þar sem efni dómsniðurstöðu dómstóls EB fellur ekki undir 6. gr. EES-samningsins, en getur þrátt fyrir það haft áhrif á einsleita túlkun EES-samningsins, verði að fjalla um málið með þeim hætti og af þeim aðilum sem gert er ráð fyrir í 105. –111. gr. EES-samningsins, en ekki af EFTA-dómstólunum.

63. Í fjórða lagi lýtur spurningin um skaðabótaábyrgð ríkisins í þessu máli í raun að áhrifum þjóðréttarleggrar skuldbindingar sem réttarheimildar í íslenskum landsrétti. Álitafnið lýtur því að túlkun íslenskra laga að því er varðar tengslin milli landslaga og þjóðaréttar og á þannig ekki undir lögsögu EFTA-dómstólsins.

64. Samkvæmt þessari niðurstöðu um meginálitafnið um skaðabótaábyrgð ríkisins telur stefndi ekki nauðsynlegt að fjalla um hugsanleg skilyrði skaðabótaábyrgðar ríkisins samkvæmt EES-rétti.

65. Með hliðsjón af svari því sem stefndi leggur til við fyrri spurningunni telur stefndi að EFTA-dómstóllinn þurfi ekki að svara síðari spurningunni. Komi til þess að dómstóllinn taki síðari spurninguna til skoðunar, byggir stefndi á því að EES-samningurinn feli ekki í sér skaðabótaábyrgð ríkisins gagnvart einstaklingum og lögaðilum vegna brota ríkisins á samningnum.

Ríkisstjórn Noregs

66. Ríkisstjórn Noregs heldur því fram að samkvæmt bandalagsrétti kæmu þær meginreglur sem dómstóll EB hefur beitt, m.a. í *Francovich* dóminum¹⁴ til álita í sambandi við það álitafni sem önnur spurningin fjallar um. Hins vegar sé aðstaðan lagalega frábrugðin þegar um er að ræða hin norrænu EFTA/EES- ríki.

¹⁴ Sjá nmgr. 6.

67. The EEA Agreement is an international agreement which creates rights and obligations between the Contracting Parties, but which lacks the supranational features that characterize Community law, see *Opinion 1/91*¹⁵ of the ECJ, paragraphs 19-21.

68. The Nordic EFTA States apply the so-called “dualistic” principle, which implies that obligations under international law only become part of national law following a separate implementation act. This enactment is additional to consent to ratification. This means that EEA rules cannot be given direct effect. The EEA Agreement does not entail the transfer of legislative powers nor the relinquishment of the “dualistic” principle.

69. The EEA Agreement contains requirements for national compliance, particularly in Articles 3, 7 and 104 EEA, and in Protocol 35 EEA. Those provisions are based on the premise that the EEA Agreement does not entail a transfer of legislative power, and that specific implementation is necessary for EEA rules to become applicable at the national level.

70. The EEA Agreement does not contain any provision on State liability, and the absence of any such provisions is in itself a strong indication that the Contracting Parties have not undertaken any obligations in this respect.

71. In the view of the Norwegian Government, the authors of the EEA Agreement have made a deliberate choice as to what force the Agreement is to have in the legal orders of the respective States; it is the national implementation that is presumed to make the Agreement applicable to citizens. It would thus be a circumvention of those presumptions if the EFTA Court were to introduce liability for non-compliance, as this would indeed be giving the Agreement direct effect vis-à-vis the individual citizen – without any national implementation. In the opinion of Norway, the *Francovich* judgment reflects the supranational character of Community law in that it can produce legal effects in the internal legal order that normally require a decision by the legislator.

72. Nor can the EEA Agreement be interpreted to mean that the EFTA States have undertaken to amend their national legislation on liability for damages in order to “imitate” at the national level the principles set out in *Francovich* and subsequent case law of the ECJ.

73. The above conclusion is, in the view of the Norwegian Government, not affected by Article 6 EEA, which only deals with *relevant* rulings of the ECJ. Given the differences between Community law and EEA law, judgments that concern the special status of Community law in relation to national law in EU Member States are not relevant in relation to the EEA Agreement.

74. It is finally noted that experience shows that the balance of benefits, rights and obligations sought in the Preamble to the EEA Agreement has been achieved despite the differences pointed out above.

¹⁵ See footnote 11.

67. EES-samningurinn er þjóðréttarsamningur sem skapar réttindi og skyldur milli samningsaðila en felur ekki í sér þá yfirþjóðlegu þætti sem einkenna bandalagsrétt, sjá *álit* dómstóls EB *nr. 1/91*¹⁵, málsgreinar 19-21.

68. Norrænu ríkin í EFTA beita kenningunni um “tvíedli”, en hún felur í sér að þjóðréttarlegar skuldbindingar verða ekki hluti landsréttar fyrr en þær hafa verið lögleiddar sérstaklega. Hér er um að ræða lögfestingu umfram samþykki á fullgildingu. Þetta felur í sér að EES-reglur geta ekki haft bein réttaráhrif. EES-samningurinn felur ekki í sér framsal löggjafarvalds né afsal kenningarinnar um tvíedli landsréttar og þjóðaréttar.

69. EES-samningurinn felur í sér kvæðir um að aðildarríki fullnægi samningsskuldbindingum sínum, sérstaklega í 3. gr. 7. gr. og 104. gr. EES-samningsins og í bókun 35 við samninginn. Þessi ákvæði eru byggð á þeirri forsendu að EES-samningurinn feli ekki í sér framsal löggjafarvalds og að sérstök lögtaka sé nauðsynleg til að EES-reglum verði beitt í landsrétti.

70. EES-samningurinn hefur ekki að geyma ákvæði um skaðabótaskyldu ríkisins. Það bendir sterklega til þess að samningsaðilar hafi ekki undirgengist neinar skyldur í þessu sambandi.

71. Ríkisstjórn Noregs telur að þeir sem stóðu að gerð EES-samningsins hafi sérstaklega tekið á því álitæfni hvaða gildi samingurinn ætti að hafa í landsrétti viðkomandi ríkja; það er með lögtöku ákvæðanna sem þeim er ætlað að gilda fyrir borgara ríkisins. Það væri því farið á svig við þessa ráðagerð ef EFTA-dómstóllinn staðfesti að samningsbrot leiddu til skaðabótaábyrgðar, þar sem samningurinn hefði þá bein réttaráhrif gagnvart einstökum borgurum, án þess að ákvæðin hefðu verið lögtekin. Ríkisstjórn Noregs telur að *Francovich* dómurinn endurspegli yfirþjóðleg einkenni bandalagsréttar, þ.e. að um réttaráhrif sé að ræða í landsrétti sem að öðru jöfnu yrðu ekki nema fyrir tilstilli löggjafans.

72. Þá verður EES-samningurinn ekki skýrður svo að EFTA-ríkin hafi samþykkt að breyta landslögum sínum um skaðabótaábyrgð í þeim tilgangi að líkja eftir þeim meginreglum sem koma fram í *Francovich* dómi dómstóls EB og síðari dómum um sama efni.

73. Ákvæði 6. gr. EES-samningsins breytir ekki framangreindri niðurstöðu, þar sem 6. gr. tekur aðeins til þeirra dóma dómstóls EB “*sem máli skipta*”. Að teknu tilliti til þess munar sem er á bandalagsrétti og EES-rétti verður ekki talið að dómur sem varða sérstök tengsl bandalagsréttar og landsréttar aðildarríkja ESB skipti máli um túlkun EES-samningsins.

74. Ríkisstjórn Noregs tekur loks fram, að reynslan sýni að það jafnvægi hagsmuna, réttinda og skyldna sem nefnt er í aðfaraorðum EES-samningsins hafi náðst þrátt fyrir þann eðlismun sem áður er nefndur.

¹⁵ Sjá nmgr. 11.

75. The Government of Norway proposes the following answer to the second question:

“Article 6 of the EEA Agreement does not comprise the elements of jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities that solely concern the effect of Community law in national law. The legal principles laid down by the Court of Justice of the European Communities on the basis of Community law, inter alia in cases C-6/90 and 9/90, concerning the State’s liability in damages vis-à-vis individuals when Community law is set aside do not therefore come under the scope of Article 6 of the EEA Agreement, in the way this provision must be interpreted in relation to a State that is only party to the EEA Agreement and not a Member State of the European Union.”

The Government of Sweden

76. The Government of Sweden points out that, according to Article 6 EEA, the provisions of the EEA Agreement can only be interpreted and applied in conformity with the relevant rulings of the ECJ where they are identical in substance to corresponding rules under Community law.

77. In the view of the Swedish Government, the principles of Community law, in particular the principles of direct effect and direct application, on which the case law of the ECJ regarding Member State liability is based, have no equivalent in the EEA Agreement. Consequently, the Contracting Parties are under no obligation to interpret and apply the Agreement in accordance with the principles laid down in *Francovich*¹⁶ and subsequent case law of the ECJ.

78. Article 6 EEA must be interpreted in the light of the objectives of the EEA Agreement, which are narrower than those of the Community treaties.

79. With reference to *Opinion 1/91*¹⁷ of the ECJ, paragraphs 20 and 21, it is furthermore submitted that, due to differences in the nature of the instruments, obligations established by the EEA Agreement, which is merely an agreement in international law between the Contracting Parties, cannot be interpreted and applied in the same way as obligations imposed by Community law. The rulings of the ECJ relating to the matter at issue are not relevant to decisions on obligations created by the EEA Agreement.

80. The difference between the EEA Agreement and the Community treaties is also shown by the fact that several basic elements of Community law are absent from the EEA Agreement; the EEA Agreement contains no provision corresponding to Article 189 EC laying down that Regulations shall be binding and directly applicable in all Member States (Article 7 EEA provides for a different solution), and the EEA Agreement contains no equivalent to Article 215 EC concerning non-contractual liability of the Community. Moreover, it follows from Protocol 35 EEA that the EEA Agreement entails no transfer of legislative powers to institutions of the EEA and that the homogeneity object of the Agreement will consequently have to be achieved through national procedures.

¹⁶ See footnote 6.

¹⁷ See footnote 11.

75. Ríkisstjórn Noregs leggur til eftirfarandi svar við síðari spurningunni:

“Ákvæði 6. gr. EES-samningsins tekur ekki til þátta úr dómafrankvæmd dómstóls EB sem eingöngu líta að áhrifum bandalagsréttar á landsrétt aðildarríkja. Þær meginreglur sem dómstóll EB hefur slegið föstum á grundvelli bandalagsréttar, meðal annars í málum C-6/90 og 9/90, um skadabótaábyrgð ríkisins gagnvart einstaklingum vegna brota á löggjöf bandalagsins, eiga því ekki undir 6. gr. EES-samningsins, eins og sú grein verður skýrð að því er lýtur að ríki sem er aðeins aðili að EES-samningnum en ekki aðildarríki Evrópusambandsins.”

Ríkisstjórn Svíþjóðar

76. Ríkisstjórn Svíþjóðar bendir á að samkvæmt 6. gr. EES-samningsins skuli túlka og beita ákvæðum EES-samningsins í samræmi við úrskurði dómstóls EB sem máli skipta að því tilskildu að ákvæðin séu efnislega samhljóða samsvarandi reglum bandalagsréttar.

77. Ríkisstjórn Svíþjóðar telur að meginreglur bandalagsréttar, einkum meginreglurnar um bein réttaráhrif og gildi bandalagsréttar að landsrétti án sérstakrar lögleiðingar, séu grundvöllur dóma dómstóls EB um skadabótaábyrgð ríkisins en eigi sér ekki hliðstæðu í EES-samningnum. Því beri samningsaðilum ekki skylda til að túlka og beita samningnum í samræmi við þær meginreglur sem slegið var föstum í *Francovich* dóminum¹⁶ og síðari dómafrankvæmd dómstólsins.

78. Túlka verður 6. gr. EES-samningsins með hliðsjón af markmiðum EES-samningsins, sem eru þengri en markmið stofnsáttmála Evrópubandalagsins.

79. Ríkisstjórn Svíþjóðar vísar til *álits* dómstóls EB *nr. 1/91*¹⁷, málgreina 20 og 21, og heldur því fram að sá munur sem er á eðli samninganna leiði til þess að skyldur samkvæmt EES-samningnum, sem er fyrst og fremst þjóðréttarsamningur milli samningsaðila, verði ekki túlkaðar eða beitt með sama hætti og skyldur samkvæmt löggjöf bandalagsins. Niðurstöður dómstóls EB um álitæfni eins og það sem hér sé til umfjöllunar skipti ekki máli um þær skyldur sem EES-samningurinn felur í sér.

80. Sá munur sem er á EES-samningnum og stofnsáttmálum Evrópubandalagsins komi einnig fram í því að nokkur grundvallaratriði bandalagsréttar sé ekki að finna í EES-samningnum; þannig séu engin ákvæði í EES-samningnum sem svara til 189. gr. Rómarsamningsins, þess efnis að reglugerðir séu bindandi og skuli gilda beint í öllum aðildarríkjunum (7. gr. EES-samningsins mælir fyrir um aðra lausn), og engin ákvæði í EES-samningnum svari til 215. gr. Rómarsamningsins, um skadabótaábyrgð Evrópubandalagsins utan samninga. Það leiði einnig af bókun 35 við EES-samninginn að samningurinn feli ekki í sér framsal löggjafarvalds til stofnana EES og að markmiðinu um einsleitni verði því að ná með því að beita leiðum sem viðurkenndar séu að landsrétti.

¹⁶ Sjá nmgr. 6.

¹⁷ Sjá nmgr. 11.

81. The Government of Sweden proposes the following answer to the second question:

“The EEA Agreement cannot be interpreted as meaning that the legal principles relating to the liability of the EC Member States laid down by the Court of Justice in Cases C-6/90 and C-9/90 and subsequent case law have been incorporated into EEA law. Consequently, the Government of Iceland cannot be deemed liable in relation to a private individual due to the fact that it has not implemented a Directive correctly.”

The Government of the United Kingdom

82. The Government of the United Kingdom has confined its written observations to the first question only.

The EFTA Surveillance Authority

83. The EFTA Surveillance Authority submits that it is not clear from Article 6 EEA whether it is concerned only with the material content of the EEA rules or whether it also refers to more general principles of Community law established in the relevant rulings of the ECJ, *inter alia* the *Francovich*¹⁸ judgment, with regard to State liability. It is, therefore, necessary to consider *inter alia* the aim and purpose of the EEA Agreement.

84. With reference to *inter alia* Article 1 EEA and to the fourth, eighth and fifteenth recitals of the Preamble to the EEA Agreement, the EFTA Surveillance Authority points out that the ultimate aim of the EEA Agreement is to create a homogeneous EEA. It is obvious that the objectives envisaged would not be achieved merely by identical provisions being interpreted in the same way as to their substantive content. For instance, there would clearly not be “an equal treatment of individuals and economic operators”, as set out in the fifteenth recital of the Preamble to the EEA Agreement, if different rules were to apply with regard to the possibilities of being compensated for losses resulting from a failure to correctly implement a directive.

85. However, it is equally clear, in the view of the EFTA Surveillance Authority, that there were limits with regard to the extent to which the EFTA States were prepared to accept general principles developed in Community law. This is illustrated by Protocol 35 EEA, from which two conclusions may be drawn. First, although the EFTA States were not ready to accept the principle of primacy, as applied under Community law, the Contracting Parties nevertheless confirmed the aim of achieving a homogeneous EEA. Secondly, it was a particular feature of the EEA Agreement that prompted the Contracting Parties to opt for a special solution in this respect, i.e. the fact that the aim of the homogenous EEA was to be achieved without any transfer of legislative powers to the EEA institutions.

86. In view of this, the EFTA Surveillance Authority submits that the second question is not in the first place to be settled on the basis of the extent to which the principle of State liability can be seen as an outflow of the special nature of the Community and Community law. Rather, the decisive test should be whether or not the principle of State liability is reconcilable with the basic philosophy underlying the EEA Agreement, i.e. a homogeneous EEA without the transfer of legislative powers and without EEA rules being directly applicable at the national level.

¹⁸ See footnote 6.

81. Ríkisstjórn Svíþjóðar leggur til að síðari spurningunni verði svarað með eftirfarandi hætti:

“EES-samningurinn verður ekki túlkaður svo, að meginreglur um skaðabótaábyrgð aðildarríkja Evrópubandalagsins, sem dómstóll EB hefur slegið föstum í málum C-6/90 og C-9/90 og síðari dómum, hafi verið teknar inn í löggjöf EES. Því verður íslenska Ríkisstjórnin ekki talin bera ábyrgð á því gagnvart einstaklingi að tilskipun hafi ekki verið tekin upp í landsrétt með réttum hætti.”

Ríkisstjórn Bretlands

82. Ríkisstjórn Bretlands hefur aðeins fjallað um fyrri spurninguna í greinargerð sinni.

Eftirlitsstofnun EFTA

83. Eftirlitsstofnun EFTA telur að ekki sé ljóst af 6. gr. EES-samningsins hvort greinin á aðeins við um inntak ákvæða EES-samningsins eða hvort hún vísi einnig til almennra meginreglna bandalagsréttar, sem fram komi í dómafrákvæmd dómstóls EB, meðal annarra meginreglunnar um skaðabótaábyrgð ríkisins sem fram kemur í *Francovich* dómnum.¹⁸ Því sé nauðsynlegt að líta til markmiðs og tilgangs EES-samningsins.

84. Með vísan meðal annars til 1. gr. EES-samningsins, og til fjórðu, áttundu og fimmtánda forsendu í aðfaraorðum EES-samningsins, bendir Eftirlitsstofnun EFTA á að markmið samningsins sé að skapa einsleitt Evrópskt efnahagssvæði. Augljóst sé að þessu markmiði yrði ekki náð með því einu að túlka inntak efnislega samhljóða ákvæða með sama hætti. Þannig yrði greinilega ekki um að ræða “jafnræði gagnvart einstaklingum og aðilum í atvinnurekstri”, eins og ráðgert er í fimmtánda forsendu aðfaraorðanna ef mismunandi reglur giltu um möguleikana á því að fá bætt tjón sem leiðir af því að tilskipun sé ekki réttilega tekin upp í landsrétt.

85. Það sé þó jafnljóst að ákverðin takmörk voru á því að hvaða marki EFTA-rikin vildu gangast undir meginreglur sem mótast hafa í bandalagsrétti. Þetta kemur fram í bókun 35 við EES-samninginn og má draga eftirfarandi ályktanir af bókuninni. Í fyrsta lagi, að þótt EFTA-rikin hafi ekki samþykkt meginregluna um forgangsrétt bandalagsréttar, þá hafi samningsaðilar haft að markmiði að koma á einsleitu Evrópsku efnahagssvæði. Í öðru lagi var það sérkenni á EES-samningnum sem leiddi til þess að samningsaðilar völdu sérstaka lausn í þessu sambandi, þ.e. að markmiðinu um einsleitt efnahagssvæði átti að ná án þess að löggjafarvald væri framselt til stofnana EES.

86. Með hliðsjón af þessu telur Eftirlitsstofnun EFTA að ekki eigi að leysa það álitafni sem felst í síðari spurningunni á grundvelli þess að hvaða marki megi líta á meginregluna um skaðabótaábyrgð ríkisins sem afleiðingu af sérstöku eðli Evrópubandalagsins og löggjafar bandalagsins. Það sem úrslitum ráði sé hvort meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkisins sé samrýmanleg þeim grundvallarhugmyndum sem EES-samningurinn byggir á, þ.e. einsleitu Evrópsku efnahagssvæði þar sem ekki sé um framsal löggjafarvalds að ræða og þar sem ekki sé viðurkennt í landsrétti að EES-reglur gildi án sérstakrar lögtöku.

¹⁸

Sjá nmgr. 6.

87. An obligation on the part of the Contracting Parties to make good loss and damage does not, in the opinion of the EFTA Surveillance Authority, presuppose any transfer of legislative powers or the national courts basing themselves directly and exclusively on EEA rules. In fact, the relevant case law of the ECJ on the matter is clearly based on the assumption that any compensation to be paid to individuals is to be paid not directly on the basis of Community law, but on the basis of national law. see the judgments of the ECJ in *Francoovich*,¹⁹ at paragraph 42, and *Brasserie du Pêcheur*,²⁰ point 2 of the operative part. Consequently, the issue raised in the present case in essence boils down to a question of the content of the obligations assumed by the Contracting Parties with regard to the implementation of directives integrated into the EEA Agreement. In the view of the EFTA Surveillance Authority, there are several features in the EEA Agreement – including the clearly stated homogeneity objective, the explicit recognition of the important role that individuals will play in defending their rights in judicial proceedings and the stated intention of ensuring equal treatment of individuals and economic operators – that bear clear evidence that the Contracting Parties must have envisaged that the obligations assumed by them with regard to the implementation of directives integrated into the EEA Agreement were meant to include the obligation incumbent upon EC Member States under Community law to make good loss or damage resulting from a failure to implement the directives.

88. The EFTA Surveillance Authority finds further support for this view in the formulation of Article 7 EEA, which is modelled upon Article 189 EC, and in Article 3 EEA, which, within the meaning of Article 6 EEA, is identical in substance to Article 5 EC, referred to by the ECJ in *Francoovich*.²¹

89. The EFTA Surveillance Authority finally notes that the absence in the EEA Agreement of an explicit provision on State liability does not justify any conclusion as to the intention of the Contracting Parties on the issue. The inclusion of a provision of this kind would have marked a distinct deviation from one of the main principles underlying the structure and drafting of the Agreement.

90. While establishing State liability as a matter of principle, the ECJ has in its case law recognized that the obligation to make good loss and damage is subject to certain conditions. The EFTA Surveillance Authority submits that these conditions must apply also in the context of the EEA.

91. With regard to loss and damage resulting from an incorrect implementation into national law of a directive, three conditions have been identified, see the judgments of the ECJ in *Francoovich*,²² at paragraph 40, and *Brasserie du Pêcheur*,²³ at paragraph 51. First, the directive concerned should be intended to confer rights on individuals, the content of which can be identified on the basis of the provisions of the directive. Secondly, the breach of the obligation on part of the State concerned must be sufficiently serious. Thirdly, there must be a direct causal link between the breach of the obligation and the damage sustained by the injured party.

92. The EFTA Surveillance Authority submits that the first condition is fulfilled in the present case, while it is for the national court to determine whether the second and third conditions are satisfied.

¹⁹ See footnote 6.

²⁰ See footnote 8.

²¹ See footnote 6.

²² See footnote 6.

²³ See footnote 8.

87. Skylda samningsaðila að bæta tjón einstaklinga sé ekki að neinu leyti byggð á framsali löggjafarvalds eða því að dómstólar ríkisins byggi beint og eingöngu á EES-reglum. Reyndin sé sú, að þeir dómur dómstóls EB sem máli skipta um þetta efni byggi á því að bætur sem greiða skal einstaklingum séu ákveðnar á grundvelli löggjafar aðildarríkis en ekki á grundvelli bandalagsréttar, sjá dóma dómstóls EB í *Francovich* málinu,¹⁹ málsgrein 42, og í *Brasserie du Pêcheur* málinu²⁰ öðrum lið dómsorðsins. Því sé meginatriðið sem á reyni í þessu máli hvers efnis þær skyldur séu sem samningsaðilar hafa tekið á sig, með tilliti til aðlögunar landslaga að tilskipunum sem eru hluti EES-samningsins. Eftirlitsstofnun EFTA telur að nokkur einkenni EES-samningsins – þ. á m. hið skýra markmið um einsleitni, viðurkenning á því mikilvæga hlutverki sem einstaklingar muni gegna í að fylgja eftir réttindum sínum fyrir dómstólum, og sá yfirlýsti tilgangur að tryggja jafnræði einstaklinga og aðila í atvinnurekstri – beri þess öll vitni að samningsaðilar hljóti að hafa séð fyrir að þær skyldur sem þeir tóku á sig með tilliti til þess að taka upp í löggjöf sína tilskipanir sem eru hluti EES-samningsins tæki einnig til þeirrar skyldu sem hvílir á aðildarríkjum Evrópubandalagsins að bæta tjón sem leiðir af vanrækslu þeirra við aðlögun landsréttar að tilskipunum.

88. Eftirlitsstofnun EFTA telur að 7. gr. EES-samningsins, sem hefur 189. gr. Rómarsamningsins að fyrirmynd, styðji þessa niðurstöðu. Þá sé 3. gr. EES-samningsins efnislega samhljóða 5. gr. Rómarsamningsins, sbr. 6. gr. EES-samningsins, en EB dómstóllinn vísi til 5. gr. í *Francovich* málinu²¹.

89. Eftirlitsstofnun EFTA tekur að lokum fram að það að ekki sé sérstakt ákvæði í EES-samningnum um skaðabótaábyrgð ríkisins styðji ekki þær álytanir sem af þessu eru dregnar um vilja samningsaðilanna. Sérstakt ákvæði af þessari gerð hefði falið í sér frávik frá þeim meginreglum sem byggt var á við uppsetningu og gerð samningsins.

90. Dómstóll EB hefur í dómum sínum um skaðabótaábyrgð ríkisins viðurkennt að skylda til að bæta tjón er háð tilteknum skilyrðum. Þessi skilyrði eiga einnig við í EES-samhengi að mati Eftirlitsstofnunar EFTA.

91. Þrjú skilyrði hafa verið talin eiga við um skaðabótaábyrgð vegna tjóns sem leiðir af ófullnægjandi aðlögun landsréttar að tilskipunum, sbr. dóma dómstóls EB í málunum *Francovich*,²² málsgrein 40, og *Brasserie du Pêcheur*,²³ málsgrein 51. Í fyrsta lagi verður tilskipuninni að vera ætlað að veita einstaklingum tiltekin réttindi og verður efni þeirra réttinda að vera ljóst af ákvæðum tilskipunarinnar. Í öðru lagi verður brot ríkisins á samningsskuldbindingum sínum að vera nægilega alvarlegt. Í þriðja lagi verður að vera beint orsakasamband milli samningsbrotsins og þess tjóns sem tjónþoli verður fyrir.

92. Eftirlitsstofnun EFTA heldur því fram að fyrsta skilyrðinu sé fullnægt í málinu, en að dómstóll sá sem fer með málið verði að meta hvort annað og þriðja skilyrðið eru uppfyllt.

¹⁹ Sjá nmgr. 6.

²⁰ Sjá nmgr. 8.

²¹ Sjá nmgr. 6.

²² Sjá nmgr. 6.

²³ Sjá nmgr. 8.

93. The EFTA Surveillance Authority proposes the following answer to the second question:

“The Contracting Parties to the EEA Agreement are obliged to make good loss and damage caused to an individual as a result of a failure to correctly implement a directive incorporated into the Agreement, provided that the directive is intended to confer rights on individuals, the content of which can be identified on the basis of the provisions of the directive, that the failure is sufficiently serious and that there is a direct causal link between the failure and the damage sustained by the injured person.”

The Commission of the European Communities

94. Following a presentation of the *Francovich*²⁴ case law of the ECJ, the Commission of the European Communities submits that, according to the ECJ, the principle of State liability in the EC rests on three pillars:

- The notion of the “own legal order” of the Community which permeates the legal orders of the Member States, prevails over them and imposes rights and obligations on Member States, institutions and individuals alike.
- Because the Community legal order permeates those of the Member States and individuals can derive rights directly from the Community legal order, the national courts must help enforce Community law and protect the rights of individuals.
- Article 5 EC.

95. In the view of the Commission, Article 6 EEA does not resolve the issue as *Francovich* is a ruling about the enforcement of Community law by individuals, underpinned by fundamental quasi-constitutional principles of judge-made Community law, and not a judgment about the mere application and implementation of EEA rules which are identical in substance to corresponding rules of EC law. Such principles cannot be transplanted without further ado from the Community to the EEA. They remain different organizations, based on different treaties, which implies that even identical provisions of the constituent treaties may have to be interpreted differently, depending on the context of the provision and the object and purpose of the treaties.²⁵

96. In the opinion of the Commission, especially the fourth, eighth and fifteenth recital of the Preamble to the EEA Agreement go a long way in the direction of an EC-like organisation. However, the body of the Agreement, in particular Article 7 EEA and Protocol 35 EEA, makes it quite clear that the EFTA States did not want to create a second EC when they co-operated in the creation of the EEA, see *Opinion 1/91*²⁶ of the ECJ. They did not want to create a superior legal order that would permeate their national legal orders and, by bypassing their national parliaments, would impose obligations and grant rights to their citizens. Consequently, the Commission is inclined to think that the two first fundamental underpinnings that are considered as the basis for the liability of States for damages due to incorrect implementation of directives are not present in the EEA and that it was even one of the basic aims of the EFTA States to avoid such fundamental changes in their constitutional order.

²⁴ See footnote 6.

²⁵ See Case 270/80 *Polydor* [1982] ECR 329.

²⁶ See footnote 11.

93. Eftirlitsstofnun EFTA leggur til að dómstóllinn svari síðari spurningunni svo:

“*Adilum að EES-samningnum ber skylda til að bæta tjón sem einstaklingur verður fyrir vegna vanrækslu ríkisins á að aðlaga landsrétt með réttum hætti að tilskipun sem er hluti EES-samningsins, ef tilskipuninni er ætlað að veita einstaklingum tiltekin réttindi og ef fni þeirra réttinda kemur skýrt fram í ákvæðum tilskipunarinnar. Þá verður að vera um að ræða nægilega alvarlegt brot á skuldbindingum ríkisins og beint orsakasamband milli vanrækslu ríkisins og tjóns þess sem einstaklingurinn verður fyrir.*”

Framkvæmdastjórn Evrópubandalagsins

94. Framkvæmdastjórnin gerir grein fyrir röksemdum *Francovich*²⁴ dóms dómstólsins og síðari dóma um sama efni og heldur því fram að samkvæmt dómunum sé meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkisins byggð á þremur heimildum:

- Hugtakinu “sérstakt réttarkerfi” bandalagsins sem hefur margvisleg áhrif á réttarkerfi aðildarríkjanna, hefur forgang gagnvart þeim og mælir fyrir um réttindi og skyldur aðildarríkja, stofnana og einstaklinga.
- Þar sem réttarkerfi bandalagsins hefur viðtæk áhrif á réttarkerfi aðildarríkjanna og þar sem viðurkennt er að einstaklingar geti byggt réttindi sín beint á réttarkerfi bandalagsins verða dómstólar aðildarríkjanna að taka þátt í að framfylgja löggjöf bandalagsins og vernda réttindi eintaklinga
- 5. gr. Rómarsamningsins.

95. Framkvæmdastjórnin telur að 6. gr. EES-samningsins leysi ekki það álítaefni sem til úrlausnar er þar sem *Francovich* dómurinn lúti að því hvernig einstaklingar geti knúid á um að löggjöf bandalagsins sé framfylgt og byggi m.a. á grundvallaratriðum bandalagsréttar, sem líkja megi við stjórnarskrárbundnar meginreglur sem dómstóllinn hefur mótað. *Francovich* dómurinn sé ekki um beitingu og framkvæmd EES-reglna sem séu efnislega samhljóða samsvarandi reglum bandalagsréttar. Meginreglur eins og sú sem lýst er sé ekki hægt að flytja yfir í EES-samninginn án umhugsunar. Um sé að ræða ólíkar stofnanir, sem byggðar eru á ólíkum samningum og þetta feli í sér að jafnvel samhljóða ákvæði samninganna geti sætt mismundi túlkun, sem taki mið af samhengi ákvæðisins, markmiðum og tilgangi samninganna.²⁵

96. Framkvæmdastjórnin telur að lesa megi út úr fjórðu, áttundu og fimmtánda forsendu aðfaraorða EES-samningsins vilja til að líkja eftir uppbyggingu og stofnunum Evrópubandalagsins. Hins vegar sýni samningurinn sjálfur, sérstaklega 7. gr. samningsins og bókun 35 við samninginn, að það hafi ekki verið ætlun EFTA-ríkjanna að skapa annað Evrópubandalag þegar samið var um EES-samninginn, sbr. *álit* dómstóls EB nr. 1/91²⁶. Það var ekki vilji þeirra að stofna til æðra lagakerfis sem gagnsýrði réttarkerfi þeirra og mælti fyrir um réttindi og skyldur borgaranna, án þess að löggjafinn hefði nokkuð um það að segja. Af þessum sökum telur framkvæmdastjórnin, að þær tvær heimildir sem fyrr eru taldar og eru taldar grundvöllur bótaábyrgðar ríkisins vegna ófullnægjandi aðlögunar landsréttar að tilskipunum sé ekki að finna í EES-samningnum og að það hafi verið eitt af meginmarkmiðum EFTA-ríkjanna að koma í veg fyrir svo viðamikla breytingu á stjórnskipun sinni.

²⁴ Sjá nmgr. 6.

²⁵ Sjá mál C-270/80 *Polydor* [1982] ECR 329.

²⁶ Sjá nmgr. 11.

97. However, the question may then arise whether it is possible to base a principle of State liability on the EEA Agreement, even if these quasi-constitutional traits of the EC Treaty are absent. The third element mentioned by the ECJ in *Franovich*, the good faith obligation in Article 5 EC, does have a parallel in Article 3 EEA. The question is thus whether this element in combination with the binding character of the instruments in the Annexes, as laid down by Article 7 EEA, would be sufficient to create a treaty-based obligation for Member States to enable such liability proceedings, even if not normally permitted in their legal system.

98. Since there is obviously no rule of general international law, or treaty law, which requires States to provide for the possibility of damage claims simply on the basis that the treaty is binding and should be performed in good faith, a positive answer to this question would, in the opinion of the Commission, presuppose that Articles 3 and 7 EEA are qualitatively different from, or go beyond, what is normal in international treaties. While apparently doubting that is the case, the Commission submits that the EFTA Court should base its decision principally on the arguments advanced by the EFTA States and the EFTA Surveillance Authority.

99. Finally, the Commission submits that regardless of the EFTA Court's decision on the question of principle, the conditions for liability, as set out in the case law of the ECJ, are in any case not satisfied in the present case. As dealt with in relation to the first question, there is a legitimate difference of opinion on the interpretation of the Icelandic entry in the Annex to the Directive and on the interpretation of Article 10 of the Directive. Consequently, the EFTA Court should come to the conclusion that in the present case the conditions for a sufficiently qualified breach of Community law by Iceland, as set out in *Brasserie du Pêcheur*,²⁷ at paragraphs 37 *et seq.*, in particular paragraph 56, are not present.

100. The Commission proposes that the second question should be answered in the negative, but has not formulated a specific proposal to that effect.

Björn Haug
Judge-Rapporteur

²⁷

See footnote 8.

97. Þá stendur eftir hvort skadabótaábyrgð ríkisins verði byggð á EES-samningnum þótt þar sé ekki að finna þau atriði sem líkja má við stjórnskipunarrétt Evrópubandalagsins. Þriðja heimildin sem nefnd var í *Francovich* dóminum, þ.e. skylda aðila til að uppfylla samningsskyldur sínar í góðri trú, sbr. 5. gr. Rómarsamningsins, á sér hliðstæðu í 3. gr. EES-samningsins. Spurningin er því sú hvort þessi heimild ásamt bindandi eðli gerða þeirra sem teknar eru í viðauka samningsins, sbr. 7. gr. EES-samningsins, nægi til að slá fastri þjóðréttarlegri skuldbindingu aðildarríkjanna til að leyfa skadabótamál sem á þessu byggjast, þótt slíkt væri almennt ekki heimilt að landsrétti.

98. Þar sem almennur þjóðaréttur og samningsbundinn þjóðaréttur krefjast þess ekki að ríki sjái til þess að höfða megi skadabótamál á þeim grundvelli einum að þjóðréttarsamningur sé skuldbindandi og beri að framfylgja í góðri trú, veltur jákvætt svar við spurningunni á því að eðlismunur sé á ákvæðum 3. gr. og 7. gr. EES-samningsins og ákvæðum annarra þjóðréttarsamninga eða að ákvæðin gangi lengra en almennt er í þjóðréttarsamningum. Framkvæmdastjórnin lætur í ljós efasemdir um að svo sé og leggur til að EFTA-dómstóllinn byggji niðurstöðu sína fyrst og fremst á þeim rökum sem haldið hefur verið fram af EFTA-ríkjunum og Eftirlitsstofnun EFTA.

99. Að lokum tekur framkvæmdastjórnin fram, að hvað sem líði niðurstöðu EFTA-dómstólsins um það hvort meginreglan eigi við eða ekki, sé þeim skilyrðum fyrir bótaábyrgð sem dómstóll EB hefur slegið föstum ekki fullnægt í málinu. Eins og rakið hafi verið í sambandi við fyrri spurninguna sé fleiri en ein skýringarleið fær í sambandi við túlkun íslenska aðlögunarákvæðisins í viðauka tilskipunarinnar og að því er lýtur að túlkun 10. gr. tilskipunarinnar. Því hljóti það að verða niðurstaða EFTA-dómstólsins að skilyrðinu um alvarlegt brot af Íslands hálfu sé ekki fullnægt, sbr. dóminn í málinu *Brasserie du Pêcheur*,²⁷ málsgreinar 37 o. áfr., sérstaklega málsgrein 56.

100. Framkvæmdastjórnin leggur til að síðari spurningunni verði einnig svarað neitandi, en hefur ekki lagt fram ákveðna tillögu að svari.

Björn Haug
framsögumaður

²⁷

Sjá nmgr. 8.

Case E-10/97

The EFTA Surveillance Authority

v

The Kingdom of Norway

(Failure of a Contracting Party to fulfil its obligations – health protection for workers exposed to vinyl chloride monomer – Council Directive 78/610/EEC)

Judgment of the Court, 19 June 1998 135

Summary of the Judgment

1. Article 3 of the EEA Agreement imposes upon the Contracting Parties two general obligations. There is a positive obligation for the Contracting Parties to “take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of this Agreement”. There is, correspondingly, a negative obligation to “abstain from any measure which could jeopardize the attainment of the objectives of this Agreement”. These fundamental legal obligations require loyal co-operation and assistance.

2. The Contracting Parties are obliged to implement all acts referred to or contained in the Annexes to the EEA Agreement or in decisions of the EEA Joint Committee.

JUDGMENT OF THE COURT

19 June 1998

(Failure of a Contracting Party to fulfil its obligations – health protection for workers exposed to vinyl chloride monomer – Council Directive 78/610/EEC)

In Case E-10/97,

EFTA Surveillance Authority, represented by Håkan Berglin, Director of Legal & Executive Affairs, acting as Agent; and assisted by Anne-Lise H. Rolland, National Expert in the same department, 74 Rue de Trèves, Brussels,

applicant,

v

The Kingdom of Norway, represented by Jan Bugge-Mahrt, Assistant Director General, Royal Ministry of Foreign Affairs, acting as Agent, 7. Juni plassen/Victoria Terrasse 0251 Oslo,

defendant,

APPLICATION for a declaration that, by failing to adopt, within the prescribed time-limit, the national provisions necessary to comply with the Act referred to in point 2 of Annex XVIII (“the Act”) to the Agreement on the European Economic Area (“EEA”), i.e. Council Directive 78/610/EEC of 29 June 1978 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States on the protection of the health of workers exposed to vinyl chloride monomer, as adapted by way of Protocol 1 to the EEA Agreement, the Kingdom of Norway has failed to fulfil its obligations under Article 11 of that Act and Article 7 EEA,

THE COURT

Composed of: Bjørn Haug, President, Thór Vilhjálmsson and Carl Baudenbacher (Judge-Rapporteur), Judges,

Registrar: Per Christiansen

gives the following

Judgment

- 1 By application lodged at the Court Registry on 29 December 1997, the *EFTA Surveillance Authority* submitted, pursuant to the second paragraph of Article 31 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice, an application for a declaration that, by failing to adopt, within the prescribed time-limit, the national provisions necessary to comply with the Act referred to in point 2 of Annex XVIII to the EEA Agreement, i.e. Council Directive 78/610/EEC of 29 June 1978 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States on the protection of the health of workers exposed to vinyl chloride monomer, as adapted by way of Protocol 1 to the EEA Agreement, the Kingdom of Norway has failed to fulfil its obligations under Article 11 of that Act and Article 7 EEA.
- 2 The *Commission of the European Communities*, represented by John Forman, Legal Adviser in its Legal Service and Nicola Yerrell, official seconded to the Commission's Legal Service under the arrangements for the exchange of national officials, submitted written observations pursuant to Article 20 of the Statute of the EFTA Court.
- 3 The *Norwegian Government* and the *EFTA Surveillance Authority* consented to the oral procedure being dispensed with.

Facts and Procedure

- 4 Council Directive 78/610/EEC of 29 June 1978 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States on the protection of the health of workers exposed to vinyl chloride monomer (OJ No. L 197, 22.7.1978, p. 12) is referred to in point 2 of Annex XVIII to the EEA Agreement. It follows from Article 11 of that Act, as adapted by way of Protocol 1 to the EEA Agreement, that Norway was to bring into force the laws, regulations and

administrative provisions necessary to comply with the Act by 1 January 1994 and inform the EFTA Surveillance Authority of the measures taken to that end.

- 5 In a notification to the EFTA Surveillance Authority of 28 February 1994 concerning national implementation measures, the Norwegian Government submitted a draft text for a regulation, apparently intended to be adopted to ensure compliance with the Act, and indicated that further information would follow.
- 6 On 15 April 1996, in the absence of any subsequent information, the EFTA Surveillance Authority issued a letter of formal notice to the Norwegian Government, stating that Norway had not adopted the necessary national measures and had, therefore, failed to fulfil its obligations under the Act and Articles 3 and 7 EEA.
- 7 After an exchange of letters and communication by telephone, the EFTA Surveillance Authority delivered a reasoned opinion in which it concluded that, by failing to take the necessary measures to comply with the Act, Norway had failed to fulfil its obligations under Article 11 of the Act and Articles 3 and 7 EEA. The Norwegian Government was requested to take the necessary measures to comply with the reasoned opinion within two months following notification thereof. The reasoned opinion was notified to the Norwegian Government on 12 May 1997. The time-limit to comply with the opinion thus expired on 12 July 1997.
- 8 After several contacts between the Norwegian authorities and the EFTA Surveillance Authority, which did not lead to the requested measures being taken, the present application was brought before the Court.

Law

- 9 The application of the *EFTA Surveillance Authority* is based on one plea of law, *viz.* that, by failing to adopt the national measures necessary to comply with the Act referred to in point 2 of Annex XVIII to the EEA Agreement, as adapted by way of Protocol 1 to the EEA Agreement, Norway has failed to fulfil its obligations under Article 11 of that Act and Article 7 EEA.
- 10 The time-limit for Norway to take the measures necessary to comply with the Act expired on 1 January 1994. Norway did not implement any such measures, either at that time or by the time-limit set by the EFTA Surveillance Authority in its reasoned opinion.

- 11 Referring to these circumstances the EFTA Surveillance Authority requests the EFTA Court to grant the application and to order Norway to pay the costs of the proceedings.
- 12 The *Norwegian Government* does not dispute the order sought by the applicant. It requests the EFTA Court to order each party to pay its own costs of the proceedings.
- 13 The *Commission of the European Communities* supports the view of the EFTA Surveillance Authority and concludes that the application should be granted.
- 14 The *Court* notes that Norway was obliged to adopt national provisions necessary to comply with the Act referred to in point 2 of Annex XVIII to the EEA Agreement, as adapted by way of Protocol 1 to the EEA Agreement not later than 1 January 1994. On 12 July 1997, the date on which the time-limit given in the reasoned opinion of the EFTA Surveillance Authority expired, Norway had still not adopted national measures necessary to comply with the reasoned opinion.
- 15 The Court notes that Article 3 EEA 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 on 30 April 1998 in Case E-7/97, at paragraph 16).
- 16 Furthermore, the Contracting Parties are obliged to implement all acts referred to or contained in the Annexes to the EEA Agreement or in decisions of the EEA Joint Committee.
- 17 It must therefore be held that, by failing to adopt, within the prescribed time-limit, the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with the Act referred to in point 2 of Annex XVIII to the EEA Agreement, i.e. Council Directive 78/610/EEC of 29 June 1978 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States on the protection of the health of workers exposed to vinyl chloride monomer, as adapted by way of Protocol 1 to the EEA Agreement, Norway has failed to fulfil its obligations under Article 11 of that Act and Article 7 EEA.

Costs

- 18 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 EFTA Surveillance Authority has asked for the Kingdom of Norway to be ordered to pay the costs. Since the latter has been unsuccessful in its defence, it must be ordered to pay the costs. The Cost incurred by the

Commission of the European Communities, which has submitted observations to the Court, are not recoverable.

On those grounds,

THE COURT

hereby:

- 1. Declares that, by failing to adopt, within the prescribed time-limit, the national provisions necessary to comply with the Act referred to in point 2 of Annex XVIII to the EEA Agreement (Council Directive 78/610/EEC of 29 June 1978 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States on the protection of the health of workers exposed to vinyl chloride monomer), as adapted by way of Protocol 1 to the EEA Agreement, the Kingdom of Norway has failed to fulfil its obligations under Article 11 of that Act and Article 7 EEA.**
- 2. Orders the Kingdom of Norway to pay the costs.**

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Delivered in open court in Luxembourg on 19 June 1998.

Per Christiansen
Registrar

Bjørn Haug
President

Case E-1/98

**The Norwegian Government,
represented by the Royal Ministry of Social Affairs and Health
v
Astra Norge AS**

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

(Free movement of goods – copyright – disguised restriction on trade)

Advisory Opinion of the Court, 24 November 1998	142
Report for the Hearing.....	154

Summary of the Advisory Opinion

1. The Directive does not address the issue of whether copyright protection of the SPC is possible or not. Furthermore, it does not seek to harmonize rules governing copyright protection. The main purpose of introducing the SPC is to safeguard public health. The other central element is to further the free movement of medicinal products. To achieve those goals, the competent authorities may make the marketing of such products dependent on an authorization. In order to carry out this task, they have to have at their disposal all useful information on authorized proprietary medicinal

products, based in particular on SPCs adopted in the other Member States.

2. Since parallel imports are, by definition, identical or at least very similar to the products sold by the direct importer, no significant difference should exist between the original SPC and the SPC of the parallel importer. On the contrary, from a public health standpoint, it is desirable that identical products are accompanied by identical SPCs. It is also necessary that all relevant information available is included in the SPC so as to avoid any confusion as to the identity of the product.

Sak E-1/98

**Den norske regjering, representert ved Sosial- og helsedepartementet
mot
Astra Norge AS**

(Anmodning om en rådgivende uttalelse fra Borgarting lagmannsrett)

(Fri bevegelse av varer – opphavsrett – skjult handelshindring)

Rådgivende uttalelse fra Domstolen, 24 november 1998	142
Rettsmøterapport.....	154

Sammendrag av den rådgivende uttalelsen

1. Direktivet behandler ikke spørsmålet om hvorvidt opphavsrettslig vern for preparatomtalene er mulig eller ikke. Videre søker det ikke å harmonisere bestemmelser om opphavsrettslig vern. Formålet med direktivet er å harmonisere regler som gjelder produksjonen og distribusjonen av legemidler for å beskytte folkehelsen. Det andre sentrale elementet er å fremme den frie bevegelse av legemidler. For å nå disse målsettingene kan de kompetente myndigheter gjøre markedsføringen av slike produkter avhengig av en tillatelse. For å utføre denne oppgaven må de ha til rådighet all nyttig informasjon om godkjente

farmasøytiske spesialpreparater, i særlig grad basert på sammendrag godkjent i andre medlemsland.

2. Siden parallellimporterte produkter per definisjon er identiske med eller i det minste svært like de produktene som selges av direkteimportøren, bør det ikke eksistere noen vesentlig forskjell mellom den originale preparatomtalen og parallellimportørens preparatomtale. Fra et folkehelsesynspunkt er det tvert imot ønskelig at identiske produkter følges av identiske preparatomtaler. Det er også nødvendig at all tilgjengelig relevant informasjon inkluderes i preparatomtalen

3. If the competent national authority were to be prevented from giving out, laying down or approving, in respect of a product imported by way of parallel import, an SPC that was part of a marketing authorization already issued unless the direct importer gave its permission, the parallel importer would be required to prepare and to propose its own SPC. A restriction of this kind would complicate the authorization procedure and make it more costly. It would, therefore, amount to a measure having an effect equivalent to a quantitative restriction on imports in medicinal products. Even if carrying out the necessary tests or gathering the necessary information as well as drafting the SPC should prove to be a relatively easy exercise, for instance, because relevant data are publicly available, this would still constitute a measure having an effect equivalent to a quantitative restriction within the meaning of Article 11 EEA

4. The enforcement of a national copyright in an SPC, with the consequence that the competent national authority would be prevented from giving out/approving/laying down the same SPC for a product imported by way of parallel import as for a directly imported medicinal product, would lead to an artificial partitioning of the market in the European Economic Area. This would be disproportionate to the aim of protecting the copyright in the SPC. In addition, the Court finds that this would amount to a disguised restriction on trade between the Contracting Parties. A justification under Article 13 EEA is, therefore, not possible.

for å unngå forvirring med hensyn til produktets identitet.

3. Dersom den kompetente myndigheten skulle bli forhindret fra å utgi, fastsette eller godkjenne, for så vidt gjelder et parallellimportert produkt, en preparatomtale som var en del av en markedsføringstillatelse allerede utstedt, ville, med mindre direkteimportøren ga sin tillatelse til det, parallellimportøren bli pålagt å utarbeide og foreslå sin egen preparatomtale. En hindring av denne typen ville komplisere godkjennelsesprosessen og gjøre den dyrere. Den ville derfor være et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon for import av legemidler. Selv om utførelse av de nødvendige prøver eller innsamling av den nødvendige informasjonen, så vel som utarbeidelsen av preparatomtalen, skulle vise seg å være en relativt enkel oppgave, for eksempel fordi relevante data er offentlig tilgjengelige, ville dette fortsatt innebære et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon i betydningen av EØS-avtalen artikkel 11.

4. Utøvelsen av en nasjonal opphavsrett til en preparatomtale, med den følge at den kompetente legemiddelmyndigheten ville bli forhindret fra å utgi/godkjenne/fastsette den samme preparatomtalen for et parallellimportert produkt som for et direkteimportert legemiddel, lede til en kunstig markedsoppdeling i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Dette ville være uforholdsmessig i forhold til målsettingen om å verne opphavsretten til preparatomtalen. I tillegg bemerker Domstolen at dette ville føre til en skjult hindring på handelen mellom avtalepartene. Følgelig er en begrunnelse i EØS-avtalen artikkel 13 ikke mulig.

ADVISORY OPINION OF THE COURT

24 November 1998*

(Free movement of goods – copyright – disguised restriction on trade)

In Case E-1/98

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

The Norwegian Government, represented by the Royal Ministry of Social Affairs and Health

and

Astra Norge AS

on the interpretation of Articles 11 and 13 of the Agreement on the European Economic Area (hereinafter “EEA”) and Council Directive 65/65/EEC on the approximation of provisions laid down by law, regulation or administrative action relating to proprietary medicinal products (OJ No. 22, 9.2.1965, p. 369), as amended by Directives 75/318/EEC, 75/319/EEC and 83/570/EEC (hereinafter the “Directive”), referred to in point 1 of Chapter XIII of Annex II to the EEA Agreement.

THE COURT,

composed of: Bjørn Haug, President, Þór Vilhjálmsson and Carl Baudenbacher (Judge-Rapporteur), Judges,

Registrar: Gunnar Selvik, *

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

RÅDGIVENDE UTTALELSE FRA DOMSTOLEN
24 november 1998*

(Fri bevegelse av varer – opphavsrett – skjult handelshindring)

I sak E-1/98

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

Den norske regjering, representert ved Sosial- og helsedepartementet

og

Astra Norge AS

om tolkningen av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (heretter "EØS-avtalen") artikkel 11 og 13 og rådsdirektiv 65/65/EØF om tilnærming av lover og forskrifter om farmasøytiske spesialpreparater (OJ nr 22, 9.2.1965, s 369), som endret ved direktivene 75/318/EØF, 75/319/EØF og 83/570/EØF (heretter "direktivet"), henvist til i EØS-avtalen vedlegg II, kapittel XIII, punkt 1.

DOMSTOLEN,

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

Justissekretær: Gunnar Selvik

* Språket i anmodningen om en rådgivende uttalelse: Norsk.

after considering the written observations submitted on behalf of:

- the appellant, the Norwegian Government, Royal Ministry of Social Affairs and Health, represented by Ingvald Falch, Advocate, Office of the Attorney General (Civil Affairs);
- the respondent, Astra Norge AS, represented by Counsel Wilhelm Matheson, Advokatfirma Wiersholm Mellbye & Bech ANS;
- the intervener, Paranova AS, represented by Counsel Jonas W. Myhre, Advokatfirma Hjort DA;
- the EFTA Surveillance Authority, represented by Bjarnveig Eiríksdóttir, Officer, Legal & Executive Affairs Department, acting as Agent;
- the Commission of the European Communities, represented by Richard B. Wainright, Principal Legal Adviser and Hans Støvlbæk, Member of its Legal Service, acting as Agents,

having regard to the Report for the Hearing,

after hearing the oral observations of the appellant, the respondent, the intervener, the EFTA Surveillance Authority and the Commission of the European Communities at the hearing on 11 November 1998,

gives the following

Advisory Opinion

Facts and procedure

- 1 By an order dated 13 February 1998, registered at the Court on 19 February 1998, Borgarting lagmannsrett, a Norwegian court of appeal, made a Request for an Advisory Opinion in a case brought before it by the Norwegian Government (hereinafter the “appellant”) against Astra Norge AS (hereinafter the “respondent”). Paranova AS (hereinafter the “intervener”) takes part in the national proceedings as an intervener supporting the standpoint of the appellant. The case before the national court concerns the issue whether Summaries of Product Characteristics (hereinafter “SPCs”) for medicinal products, as laid down by the Norwegian Medicines Control Authority (*Statens legemiddelkontroll*, hereinafter “MCA”), are protected by copyright to the benefit of the respondent.

etter å ha vurdert de skriftlige saksfremstillinger inngitt av:

- den ankende part, Den norske regjering, Sosial- og helsedepartementet, representert ved Ingvald Falch, regjeringsadvokatens kontor;
- ankemotparten, Astra Norge AS, representert ved advokat Wilhelm Matheson, Advokatfirma Wiersholm Mellbye & Bech ANS;
- intervenienten, Paranova AS, representert ved advokat Jonas W. Myhre, Advokatfirma Hjort DA;
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved Bjarnveig Eiríksdóttir, saksbehandler, avdeling for juridiske saker og eksekutivsaker, som partsrepresentant;
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Richard B. Wainwright, Førsterådgiver, og Hans Støvlbæk, ansatt i Rettsavdelingen, som partsrepresentanter,

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt de muntlige innleggene fra den ankende part, ankemotparten, intervenienten, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskap under høringen den 11 november 1998,

gir slik

Rådgivende uttalelse

Fakta og prosedyre

- 1 Ved beslutning datert 13 februar 1998, mottatt ved Domstolen den 19 februar 1998, har Borgarting lagmannsrett anmodet om en rådgivende uttalelse i en sak innbrakt for denne av Den norske regjering (heretter "den ankende part") mot Astra Norge AS (heretter "ankemotparten"). Paranova AS (heretter "intervenienten") tar del i den nasjonale saksgangen som intervenient til støtte for den ankende parts standpunkt. Saken for den nasjonale domstolen gjelder spørsmålet om preparatomtaler for legemidler, som fastsatt av Statens legemiddelkontroll (heretter "SLK"), er opphavsrettslig vernet til fordel for ankemotparten.

- 2 According to Act No. 132 of 4 December 1992 on medicinal products (*Legemiddeloven* – hereinafter the “Medicinal Products Act”), an SPC is a simple description of the product in a brief, factual form, done according to a standard layout. The onus is on the applicant to send in a proposal for an SPC. The proposal is then reviewed by MCA, which can make changes itself or direct the applicant to make changes and corrections. After this process the SPC is approved/laid down by MCA as part of the product being given marketing authorization.

- 3 In a letter of 29 September 1995, MCA informed all operators who reported medicinal products imported by way of parallel import to it that it would henceforth apply the following practice regarding SPCs for medicinal products imported by way of parallel import:

“The same Summary of Product Characteristics will apply for parallel imports and direct imports of medicinal products because, from a therapeutic point of view, they describe the same medical product. Upon issuance of a marketing authorization for medicinal products imported by the way of parallel import, the Summary of Product Characteristics will be included as an attachment to the marketing authorization letter. There is no requirement that the company name of the direct importer must be linked to the name of the medicinal product. If the medicinal product imported by way of parallel import has another product name than the one imported by way of direct import, this is to be indicated. Any different compositions of medicinal products will be indicated on the Summary of Product Characteristics submitted.

(...)

For medicinal products imported by way of parallel import and for which a marketing authorization has already been granted, the Norwegian Medicines Control Authority will now send out the latest approved Summaries of Product Characteristics to the relevant parallel importers. We ask the parallel importers to modify the relevant Summaries of Products Characteristics in keeping with the above-mentioned practice.”

- 4 In 1996, the respondent brought proceedings against the appellant before Oslo City Court (“Oslo byrett”), asking for the Norwegian medicinal product authorities to be forbidden from giving out and/or approving SPCs for products which are imported by way of parallel import and which are identical to the SPCs which have been approved earlier for the respondent’s products, which are imported directly. The respondent argued that it had a national copyright in the SPCs. Oslo byrett ruled in favour of the respondent and held that the SPCs approved by MCA as part of the process of granting a marketing authorization for a product are protected by copyright to the benefit of the respondent. The appellant appealed the judgment to Borgarting lagmannsrett, which decided to refer a Request for an Advisory Opinion to the EFTA Court.

- 5 The questions referred by the national court concern the interpretation of Articles 11 and 13 EEA and various Articles of the Directive.

- 2 I henhold til lov om legemidler mv av 4 desember 1992 nr 132 (heretter "legemiddeloven") er en preparatomtale en enkel beskrivelse av produktet i en kortfattet og nøktern form, utført etter et standardisert oppsett. Det påhviler søkeren å sende inn et forslag til en preparatomtale. Forslaget gjennomgås så av SLK, som selv kan gjøre endringer eller pålegge søkeren å gjøre endringer og rettelser. Etter denne prosessen godkjennes/fastsettes preparatomtalen av SLK som ledd i at preparatet blir gitt markedsføringstillatelse.
- 3 I et brev av 29 september 1995 underrettet SLK alle anmeldere av parallellimporterte legemidler at den fra da av ville legge til grunn følgende praksis når det gjelder preparatomtaler for parallellimporterte legemidler:

"Samme preparatomtale gjelder for parallellimportert og direkteimportert legemiddel fordi den terapeutisk sett omhandler samme legemiddel. Ved utstedelse av markedsføringstillatelse for parallellimporterte legemidler, vil preparatomtalen sendes med som vedlegg til markedsføringstillatelsesbrevet. Det stilles ikke krav om at direkteimportørs firmanavn skal knyttes til preparatnavnet. Dersom parallellimportert legemiddel har et annet preparatnavn enn det direkteimporterte, skal dette angis. Eventuelle ulike preparatsammensetninger vil være angitt på den tilsendte preparatomtalen.

(...)

For parallellimporterte preparater som allerede har fått markedsføringstillatelse, vil Statens legemiddelkontroll nå sende ut de sist godkjente preparatomtaler til de aktuelle parallellimportører. Vi ber parallellimportørene om å endre gjeldende preparatomtale i tråd med ovenfornevnte praksis."

- 4 Ankemotparten gikk i 1996 til sak ved Oslo byrett mot den ankende part med påstand om at de norske legemiddelmyndigheter skal forbys å utgi og/eller godkjenne preparatomtaler for parallellimporterte preparater som er identiske med de preparatomtaler som tidligere har blitt godkjent for ankemotpartens direkteimporterte produkter. Ankemotparten gjorde gjeldende at det hadde nasjonal opphavsrett til preparatomtalen. Oslo byrett avsa dom i favør av ankemotparten og fastslo at preparatomtalen godkjent av SLK som ledd i tildeling av en markedsføringstillatelse for et produkt, er opphavsrettslig vernet til fordel for ankemotparten. Den ankende part påanket dommen til Borgarting lagmannsrett
- 5 Spørsmålene fra den nasjonale domstolen gjelder tolkningen av EØS-avtalen artikkel 11 og 13 og forskjellige artikler i direktivet.

Legal background

1. EEA law

6 Article 11 EEA reads:

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

7 Article 13 EEA reads:

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

8 Articles 3 to 5 of the Directive read:

“Article 3

No proprietary medicinal product may be placed on the market in a Member State unless an authorisation has been issued by the competent authority of that Member State.

Article 4

In order to obtain an authorisation to place a proprietary medicinal product on the market as provided for in Article 3, the person responsible for placing that product on the market shall make application to the competent authority of the Member State concerned.

The application shall be accompanied by the following particulars and documents:

1. Name or corporate name and permanent address of the person responsible for placing the proprietary product on the market and, where applicable, of the manufacturer.
2. Name of the proprietary product (brand name, or common name together with a trade mark or name of the manufacturer, or scientific name together with a trade mark or name of the manufacturer).

Rettslig bakgrunn

1. EØS-retten

6 EØS-avtalen artikkel 11 lyder:

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

7 EØS-avtalen artikkel 13 lyder:

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

8 Direktivet artikkel 3 til 5 lyder:

"Artikkel 3

Et farmasøytisk spesialpreparat kan ikke markedsføres i en medlemsstat uten at vedkommende myndighet i medlemsstaten på forhånd har gitt tillatelse til det.

Artikkel 4

For å få den tillatelse til markedsføring som er nevnt i artikkel 3, skal den ansvarlige for markedsføringen sende inn søknad til vedkommende myndighet i medlemsstaten.

Følgende opplysninger og dokumenter skal følge søknaden:

1. Navn eller firma og bopel eller forretningskontor for den ansvarlige for markedsføringen, og eventuelt for produsenten.
2. Spesialpreparatets navn (fantasinavn eller fellesnavn i forbindelse med et varemerke eller produsentens navn, eller en vitenskapelig betegnelse i forbindelse med et varemerke eller produsentens navn).

3. Qualitative and quantitative particulars of all the constituents of the proprietary product in usual terminology, but excluding empirical chemical formulae, with mention of the international non-proprietary name recommended by the World Health Organisation where such name exists.
4. Brief description of the method of preparation.
5. Therapeutic indications, contra-indications and side-effects.
6. Posology, pharmaceutical form, method and route of administration and expected shelf life.
7. Control methods employed by the manufacturer (analysis and assay of the constituents and of the finished product, special tests, e.g. sterility tests, tests for the presence of pyrogenic substances, the presence of heavy metals, stability tests, biological and toxicity tests).
8. Results of:
 - physico-chemical, biological or microbiological tests;
 - pharmacological and toxicological tests;
 - clinical trials.

However:

- a) A bibliography relating to the pharmacological tests, toxicological tests and clinical trials may be substituted for the relevant test results in the case of:
 - i) a proprietary product with an established use, which has been adequately tested on human beings so that its effects, including side-effects, are already known and are included in the published references;
 - ii) a new proprietary product, in which the combination of active constituents is identical with that of a known proprietary product with an established use;
 - iii) a new proprietary product consisting solely of known constituents that have been used in combination in comparable proportions in adequately tested medicinal products with an established use;
- b) In the case of a new proprietary product containing known constituents not hitherto used in combination for therapeutic purposes, references to published data may be substituted for the tests of such constituents.

3. Kvalitativ og kvantitativ oppgave over alle spesialpreparatets bestanddeler, med alminnelig benyttede betegnelser uten anvendelse av kjemiske bruttoformler og med det internasjonale fellesnavn som Verdens helseorganisasjon har anbefalt, dersom et slikt navn foreligger.
4. Kortfattet beskrivelse av fremstillingsmåten.
5. Terapeutiske indikasjoner, kontraindikasjoner og bivirkninger.
6. Dosering, legemiddelform, tilførselsmåte og tilførselsvei, samt antatt holdbarhetstid.
7. De kontrollmetoder produsenten har anvendt (analyse og kvantitativ bestemmelse av bestanddelene og av det ferdige preparat, særlige prøver som f.eks. prøver på sterilitet og pyrogenfrihet, undersøkelser av tungmetallinnhold, holdbarhetsprøver, biologiske prøver og toksisitetsprøver).
8. Resultater av
 - fysikalsk-kjemiske, biologiske eller mikrobiologiske undersøkelser,
 - farmakologiske og toksikologiske undersøkelser,
 - kliniske undersøkelser.
 - a) Det kan likevel i stedet for en presentasjon av de aktuelle forsøksresultater gis bibliografisk dokumentasjon om de farmakologiske, toksikologiske og kliniske undersøkelser, dersom det dreier seg om:
 - i) et allerede benyttet spesialpreparat som er tilstrekkelig utprøvd på mennesker, slik at dets virkninger, også bivirkninger, allerede er kjent og fremgår av den bibliografiske dokumentasjon,
 - ii) et nytt spesialpreparat hvis sammensetning av virksomme stoffer er den samme som sammensetningen i et allerede kjent og benyttet spesialpreparat,
 - iii) et nytt spesialpreparat som består av bare kjente bestanddeler, som i et sammenlignbart forhold allerede kombineres i tilstrekkelig utprøvde og allerede benyttede legemidler.
 - b) Likeledes kan, når det dreier seg om et nytt spesialpreparat som består av kjente bestanddeler som hittil ikke har vært kombinert for terapeutiske formål, undersøkelser av disse bestanddeler erstattes av bibliografisk dokumentasjon om bestanddelene.

9. A summary, in accordance with Article 4a, of the product characteristics, one or more specimens or mock-ups of the sales presentation of the proprietary product, together with a package leaflet where one is to be enclosed.
10. A document showing that the manufacturer is authorised in his own country to produce proprietary products.
11. Any authorisation obtained in another Member State or in a third country to place the relevant proprietary product on the market.

Article 4a

The summary of the product characteristics referred to in point 9 of the second paragraph of Article 4 shall contain the following information:

1. Name of the proprietary product.
2. Qualitative and quantitative composition in terms of the active ingredients and constituents of the excipient, knowledge of which is essential for proper administration of the medicinal product; the international non-proprietary names recommended by the World Health Organization shall be used, where such names exist, or failing this, the usual common name or chemical description.
3. Pharmaceutical form.
4. Pharmacological properties and, in so far as this information is useful for therapeutic purposes, pharmacokinetic particulars.
5. Clinical particulars:
 - 5.1. therapeutic indications,
 - 5.2. contra-indications,
 - 5.3. undesirable effects (frequency and seriousness),
 - 5.4. special precautions for use,
 - 5.5. use during pregnancy and lactation,
 - 5.6. interaction with other medicaments and other forms of interaction,
 - 5.7. posology and method of administration for adults and, where necessary, for children,
 - 5.8. overdose (symptoms, emergency procedures, antidotes)
 - 5.9. special warnings,
 - 5.10. effects on ability to drive and to use machines.
6. Pharmaceutical particulars:
 - 6.1. incompatibilities (major),
 - 6.2. shelf life, when necessary after reconstitution of the product or when the container is opened for the first time,

9. En oversikt over preparatets egenskaper, i samsvar med artikkel 4a, og en eller flere prøver av det farmasøytiske spesialpreparat, eller prøver laget på tilsvarende måte som handelsvaren, samt et pakningsvedlegg dersom det skal vedlegges spesialpreparatet.
10. Et dokument der det fremgår at produsenten har tillatelse i sin hjemstat til å fremstille farmasøytiske spesialpreparater.
11. Tillatelse til markedsføring av det farmasøytiske spesialpreparatet i en annen medlemsstat, eller i en tredjestat dersom en slik tillatelse er gitt.

Artikkel 4a

Oversikten over preparatets egenskaper nevnt i artikkel 4 annet ledd nr. 9 skal inneholde følgende opplysninger:

1. spesialpreparatets navn,
2. kvalitativ og kvantitativ oppgave over de virksomme stoffer og over hjelpestoffenes bestanddeler, som det er nødvendig å kjenne til for å kunne administrere legemidlet på forsvarlig måte; de internasjonale fellesnavn anbefalt av Verdens helseorganisasjon skal benyttes når slike navn foreligger; dersom dette ikke er tilfelle skal vanlige fellesnavn eller kjemiske betegnelser benyttes,
3. legemiddelform,
4. farmakologiske egenskaper, samt farmakokinetiske opplysninger i den grad de er av betydning for den terapeutiske bruk,
5. kliniske opplysninger:
 - 5.1. terapeutiske indikasjoner
 - 5.2. kontraindikasjoner
 - 5.3. uønskede virkninger (hyppighet og grad)
 - 5.4. særlige forsiktighetsregler ved bruk
 - 5.5. bruk i forbindelse med graviditet og amming
 - 5.6. medikamentelle og andre interaksjoner
 - 5.7. dosering og tilførselsmåte for voksne, og om nødvendig for barn
 - 5.8. overdosering (symptomer, førstehjelpsbehandling, motgift)
 - 5.9. spesielle advarsler
 - 5.10. innvirkning på evnen til å føre motorvogn og til å betjene maskiner,
6. farmasøytiske opplysninger:
 - 6.1 uforlikeligheter (større)
 - 6.2 holdbarhetstid, om nødvendig etter at preparatet er istandgjort til bruk eller når beholderen er åpnet for første gang

- 6.3. special precautions for storage,
- 6.4. nature and contents of container,
- 6.5. name or style and permanent address or registered place of business of the holder of the marketing authorization.

Article 4b

When the marketing authorization referred to in Article 3 is issued, the person responsible for placing that product on the market shall be informed, by the competent authorities of the Member State concerned, of the summary of the product characteristics as approved by them. The competent authorities shall take all necessary measures to ensure that the information given in the summary is in conformity with that accepted when the marketing authorization is issued or subsequently.

Article 5

The authorisation provided for in Article 3 shall be refused if, after verification of the particulars and documents listed in Article 4, it proves that the proprietary medicinal product is harmful in the normal conditions of use, or that its therapeutic efficacy is lacking or is insufficiently substantiated by the applicant, or that its qualitative and quantitative composition is not as declared.

Authorisation shall likewise be refused if the particulars and documents submitted in support of the application do not comply with Article 4.”

2. *National law*

- 9 The Directive is incorporated into Norwegian law through the Medicinal Products Act.
- 10 As a prerequisite to being put on the market in Norway, all proprietary medicinal products must have been the subject of a marketing authorization granted by MCA. The first, second and third paragraphs of Section 8 of the Medicinal Products Act read:

“No proprietary medicinal product may be sold or placed on the market without first being approved by the Ministry.

Approval is granted on the basis of an assessment of the quality, safety and effects of the product.

Before approval is granted, approval must also be granted for the name of the product, summary of product characteristics, labelling, packaging, package leaflet, etc.”

- 6.3 særlige forsiktighetsregler ved oppbevaring
- 6.4 beholderens innhold og type
- 6.5 navn eller firma og bopel eller forretningskontor for markedsføringstillatelsens innehaver.

Artikkel 4b

Når det gis markedsføringstillatelse som nevnt i artikkel 3, skal vedkommende myndigheter i den berørte medlemsstat oversende oversikten over preparatets egenskaper, slik den er godkjent av nevnte myndigheter, til den ansvarlige for markedsføringen. Vedkommende myndigheter skal treffe alle tiltak som er nødvendige for å sikre at opplysningene i oversikten samsvarer med dem som forelå da markedsføringstillatelsen ble gitt eller på et senere tidspunkt.

Artikkel 5

Tillatelsen nevnt i artikkel 3 skal ikke gis når det ved kontroll av opplysningene og dokumentene nevnt i artikkel 4, viser seg at spesialpreparatet er skadelig ved normal bruk, eller at dets terapeutiske virkning mangler eller ikke er tilstrekkelig underbygd av søkeren, eller at spesialpreparatet ikke har den angitte kvalitative og kvantitative sammensetning.

Tillatelsen skal heller ikke gis dersom opplysninger og dokumenter fremlagt til støtte for søknaden ikke er i samsvar med bestemmelsene i artikkel 4."

2. Nasjonal lovgivning

- 9 Direktivet er gjennomført i norsk rett ved legemiddeloven.
- 10 Som en forutsetning for å bli brakt på markedet i Norge, må alle farmasøytiske spesialpreparater ha blitt tildelt en markedsføringstillatelse av SLK. Legemiddeloven § 8, første, andre og tredje ledd lyder:

"Farmasøytisk spesialpreparat må ikke omsettes eller bringes i handelen før det har fått markedsføringstillatelse av departementet.

Markedsføringstillatelse gis på grunnlag av en vurdering av preparatets kvalitet, sikkerhet og effekt.

Før markedsføringstillatelse gis, skal preparatets navn, reseptstatus, preparatomtale, merking, pakning, pakningsvedlegg og annet utstyr være godkjent."

- 11 Sections 8 and 9 of the related Regulation No. 951 of 22 October 1993 concerning proprietary medicinal products (*Forskrift om farmasøytiske spesialpreparater*) read:

“Section 8 Decisions of the Norwegian Medicines Control Authority

When the MCA has made its decision, the applicant will be notified in writing. If approval is refused, the applicant must be notified of the reasons for this at the same time.

If the product is approved, the marketing authorization will be issued when any special conditions have been met.

Section 9 Conditions for marketing authorization

When the MCA has approved a product as regards its quality, safety and efficacy, the following shall be approved before marketing authorization may be given:

1. The name of the product, package size, accessory equipment, package, labelling, package leaflet and summary of product characteristics.”

Questions

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

1. *Is there a measure present having effect equivalent to import restrictions contrary to Article 11 EEA which cannot be justified by reference to industrial or commercial property in Article 13 EEA*

if

a Summary of Product Characteristics which is approved/laid down by the competent medicinal product authority in accordance with Council Directive 65/65/EEC, amended inter alia by Article 4, point 9 of Council Directive 83/570/EEC, is protected by the importer's (direct importer's) national copyright law (recte: national copyright), with the consequence that the medicinal products authority may not give out/approve/lay down the same Summary of Product Characteristics for a product imported by way of parallel import without the consent of the direct importer?

2. *Does Council Directive 65/65/EEC, as amended, primarily Article 4a and 5 of the Directive, allow national legislation to provide copyright protection for a Summary of Product Characteristics which is approved/laid down by the medicinal products authority in that manner and with the consequences described in question 1?*

- 11 I den tilknyttede forskrift om farmasøytiske spesialpreparater av 22 oktober 1993 nr 951, lyder paragrafene 8 og 9:

"§ 8 Statens legemiddelkontrolls avgjørelse

Når Statens legemiddelkontroll har truffet avgjørelse om godkjenning, gis søkeren skriftlig melding om dette. Blir godkjenning nektet, skal grunnen for avslaget samtidig meddeles søkeren.

Blir preparatet godkjent, utstedes markedsføringstillatelse når eventuelle særlige vilkår er oppfylt.

§ 9 Vilkår for markedsføringstillatelse

Når Statens legemiddelkontroll har godkjent preparatet med hensyn til kvalitet, sikkerhet og effekt, skal følgende godkjennes før markedsføringstillatelse kan gis:

1. Preparatets navn, pakningsstørrelse, teknisk utstyr, emballasje, merking, pakningsvedlegg og preparatomtale"

Spørsmål

- 12 Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:

1. *Foreligger det et tiltak med tilsvarende virkning som en importrestriksjon i strid med EØS-avtalens artikkel 11, som ikke kan rettferdiggjøres under henvisning til den industrielle eller kommersielle eiendomsrett i EØS-avtalens artikkel 13,*

dersom

en preparatomtale som er godkjent/fastsatt av den kompetente legemiddelmyndighet i samsvar med Rådsdirektiv 65/65/EØF, endret bl a ved Rådsdirektiv 83/570/EØF, artikkel 4 nr 9, er beskyttet av importørens (direkteimportørens) nasjonale opphavsrett, med den følge at legemiddelmyndigheten ikke kan gi ut/godkjenne/fastsatte den samme preparatomtalen for et parallellimportert preparat uten at direkteimportøren har samtykket?

2. *Tillater Rådsdirektiv 65/65/EØF, med endringer, i første rekke direktivets artikler 4a og 5, at nasjonal lovgivning yter opphavsrettslig vern til en preparatomtale som er godkjent/fastsatt av legemiddelmyndigheten på den måte og med de følger som er beskrevet i spørsmål 1?*

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

Findings of the Court

- 14 The national court seeks in essence to know whether a possible copyright in the SPCs would conflict with the principle of free movement of goods and the Directive.
- 15 In the view of the *appellant*, the *intervener*, the *EFTA Surveillance Authority* and the *Commission of the European Communities*, a copyright of the direct importer in the SPC would constitute a measure having an effect equivalent to a quantitative restriction within the meaning of Article 11 EEA that cannot be justified under Article 13 EEA. The *respondent* is of the opinion that the SPC is an important tool for the marketing of medicinal products and that copyright protection does not restrict trade within the meaning of Article 11 EEA. The respondent concludes that, in any case, an eventual restriction would be justifiable under Article 13 EEA.
- 16 One of the basic aims of the rules on free movement of goods in the EEA Agreement is to avoid artificial partitioning of the EEA market. This aim is reflected in the general obligation of the Contracting Parties in Article 1(2) of Protocol 28 to the EEA Agreement to adjust national legislation on intellectual property so as to make it compatible with the principles of free circulation of goods and services and with the level of protection of intellectual property attained in Community law, including the level of enforcement of those rights.
- 17 The Directive does not address the issue of whether copyright protection of the SPC is possible or not. Furthermore, it does not seek to harmonize rules governing copyright protection. The aim of the Directive is to harmonize rules concerning the production and distribution of medicinal products in order to safeguard public health.
- 18 According to the Preamble to Directive 83/570/EEC, the main purpose of introducing the SPC is to safeguard public health. The other central element is to further the free movement of medicinal products. To achieve those goals, the competent authorities may make the marketing of such products dependent on an authorization. In order to carry out this task, they have to have at their disposal all useful information on authorized proprietary medicinal products, based in particular on SPCs adopted in the other Member States.

- 13 Det vises til rettsmøterapporten for en fylldigere beskrivelse av den rettslige rammen, de faktiske forhold, saksgangen og de skriftlige saksfremstillinger fremlagt for Domstolen. Dette vil i det følgende bare vil bli omtalt og drøftet så langt det er nødvendig for Domstolens begrunnelse.

Domstolens bemerkninger

- 14 Den nasjonale domstolen søker i hovedsak å få vite om en mulig opphavsrett til preparatomtalen ville være i strid med prinsippet om fri bevegelse av varer og direktivet.
- 15 *Den ankende part, intervenienten, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskap* er av den oppfatning at en opphavsrett for direkteimportøren til preparatomtalen ville innebære et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon i betydningen av EØS-avtalen artikkel 11, som ikke kan begrunnes i EØS-avtalen artikkel 13. *Ankemotparten* er av den oppfatning at preparatomtalen er et viktig redskap for markedsføringen av legemidler og at opphavsrettslig vern ikke er en handelshindring i betydningen av EØS-avtalen artikkel 11. Ankemotparten konkluderer med at en eventuell handelshindring under enhver omstendighet ville kunne begrunnes i EØS-avtalen artikkel 13.
- 16 En av de grunnleggende målsettingene med reglene om fri bevegelse av varer i EØS-avtalen er å unngå kunstig oppdeling av EØS-markedet. Denne målsettingen er gjenspeilet i avtalepartenes generelle forpliktelsen etter EØS-avtalen protokoll 28 artikkel 1 nr 2 til å endre sin lovgivning om opphavsrett slik at den blir forenlig med prinsippene om fri bevegelse av varer og tjenester om med det vern opphavsrettigheter har i fellesskapsretten, herunder med hvordan rettighetene blir håndhevet.
- 17 Direktivet behandler ikke spørsmålet om hvorvidt opphavsrettslig vern for preparatomtalene er mulig eller ikke. Videre søker det ikke å harmonisere bestemmelser om opphavsrettslig vern. Formålet med direktivet er å harmonisere regler som gjelder produksjonen og distribusjonen av legemidler for å beskytte folkehelsen.
- 18 Ifølge fortalen til direktiv 83/570/EØF er hovedformålet med å introdusere preparatomtalen å beskytte folkehelsen. Det andre sentrale elementet er å fremme den frie bevegelse av legemidler. For å nå disse målsettingene kan de kompetente myndigheter gjøre markedsføringen av slike produkter avhengig av en tillatelse. For å utføre denne oppgaven må de ha til rådighet all nyttig informasjon om godkjente farmasøytiske spesialpreparater, i særlig grad basert på sammendrag godkjent i andre medlemsland.

- 19 The SPC is a cornerstone of the marketing authorization. It is initially drafted by the applicant, but its contents are defined by the Directive. It is the competent authority and not the applicant who approves and has the final responsibility for the SPC. According to the submissions of the Commission of the European Communities before the Court, the SPC may even be substantially written by the authority in certain cases. The SPC is not a joint product manufactured by the applicant and the national authority, but rather a product that is controlled and finally determined by the national authority. It is not, however, for the Court to decide whether a copyright in an SPC may be granted to the applicant.

- 20 The argument of the respondent, according to which the SPC is an important tool for the marketing and promotion of medicinal products, must be rejected. The SPC may very well be used as an advertising instrument. Its main function, however, is to describe the product and inform consumers in an objective manner. Since parallel imports are, by definition, identical or at least very similar to the products sold by the direct importer, no significant difference should exist between the original SPC and the SPC of the parallel importer. On the contrary, from a public health standpoint, it is desirable that identical products are accompanied by identical SPCs. It is also necessary that all relevant information available is included in the SPC so as to avoid any confusion as to the identity of the product.

- 21 These findings about the nature of the SPCs are confirmed by the wording of Article 4b of the Directive, as applicable within the Community (after amendments by Council Directive 93/39/EEC, not yet incorporated into the EEA Agreement). According to this provision, the competent authorities shall forward to the European Agency for the Evaluation of Medicinal Products a copy of the authorization together with the SPC.

- 22 If the competent national authority were to be prevented from giving out, laying down or approving, in respect of a product imported by way of parallel import, an SPC that was part of a marketing authorization already issued unless the direct importer gave its permission, the parallel importer would be required to prepare and to propose its own SPC. A restriction of this kind would complicate the authorization procedure and make it more costly. It would, therefore, amount to a measure having an effect equivalent to a quantitative restriction on imports in medicinal products. The respondent has stated that the parallel importer would have to hire a qualified pharmacist in order to carry out this task. The Court notes that, in certain circumstances, it might even be impossible for the parallel importer to draw up a comprehensive SPC that is new and different. But even if carrying out the necessary tests or gathering the necessary information as well as drafting the SPC should prove to be a relatively easy exercise, for instance, because relevant data are publicly available, this would still constitute a measure having an effect equivalent to a quantitative restriction within the meaning of Article 11 EEA. A national law which makes it possible for a direct importer to

- 19 Preparatomtalen er en hjørnesten i markedsføringstillatelsen. Et utkast blir opprinnelig utarbeidet av søkeren, men dets innhold er definert av direktivet. Det er den kompetente myndigheten og ikke søkeren som godkjenner og har det endelige ansvar for preparatomtalen. Ifølge innleggene for Domstolen fra Kommisjonen for De europeiske fellesskap, kan endog preparatomtalen i visse tilfeller vesentlig bli skrevet av myndighetene. Preparatomtalen er ikke et fellesprodukt utarbeidet av søkeren og den nasjonale myndigheten, men heller et produkt som er kontrollert og endelig bestemt av den nasjonale myndigheten. Det er imidlertid ikke for Domstolen å avgjøre om opphavsrett til en preparatomtale kan bli innrømmet søkeren.
- 20 Ankemotpartens argument om at preparatomtalen er et viktig redskap for markedsføringen og fremmingen av legemidler, må avvises. Preparatomtalen kan meget vel bli brukt som et virkemiddel i annonseringen. Dens hovedfunksjon er imidlertid å beskrive produktet og informere forbrukere på en objektiv måte. Siden parallellimporterte produkter per definisjon er identiske med eller i det minste svært like de produktene som selges av direkteimportøren, bør det ikke eksistere noen vesentlig forskjell mellom den originale preparatomtalen og parallellimportørens preparatomtale. Fra et folkehelsesynspunkt er det tvert imot ønskelig at identiske produkter følges av identiske preparatomtaler. Det er også nødvendig at all tilgjengelig relevant informasjon inkluderes i preparatomtalen for å unngå forvirring med hensyn til produktets identitet.
- 21 Disse konklusjoner om preparatomtalens art bekreftes av ordlyden i direktivet artikkel 4b som gjelder innen fellesskapet (etter endringer ved rådsdirektiv 93/39/EØF, foreløpig ikke inntatt i EØS-avtalen). Ifølge denne bestemmelsen skal de kompetente myndigheter videresende en kopi av tillatelsen sammen med preparatomtalen til "European Agency for the Evaluation of medicinal Products" (Det europeiske byrå for legemiddelvurdering).
- 22 Dersom den kompetente myndigheten skulle bli forhindret fra å utgi, fastsette eller godkjenne, for så vidt gjelder et parallellimportert produkt, en preparatomtale som var en del av en markedsføringstillatelse allerede utstedt, ville, med mindre direkteimportøren ga sin tillatelse til det, parallellimportøren bli pålagt å utarbeide og foreslå sin egen preparatomtale. En hindring av denne typen ville komplisere godkjennelsesprosessen og gjøre den dyrere. Den ville derfor være et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon for import av legemidler. Ankemotparten har hevdet at parallellimportøren ville måtte engasjere en kvalifisert farmasøyt for å utføre denne oppgaven. Domstolen bemerker at det i visse tilfeller til og med kan bli umulig for parallellimportøren å utarbeide en omfattende preparatomtale som er ny og annerledes. Men selv om utførelse av de nødvendige prøver eller innsamling av den nødvendige informasjonen, så vel som utarbeidelsen av preparatomtalen, skulle vise seg å være en relativt enkel oppgave, for eksempel fordi relevante data er offentlig tilgjengelige, ville dette fortsatt innebære et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon i betydningen av EØS-avtalen artikkel 11. En

prevent the competent national authority from attaching the original SPC to the market authorization letter would therefore be incompatible with EEA law.

- 23 The Court notes that there is no *de minimis* rule under Article 11 EEA. This follows already from the judgment of the Court of Justice of the European Communities (hereinafter “ECJ”) in *Dassonville* (Case 8/74 *Procureur du Roi v Dassonville* [1974] ECR 837) which, by virtue of Article 6 EEA, is relevant for the interpretation of Article 11 EEA.
- 24 The respondent asserts that, should the Court find that copyright constitutes a measure covered by Article 11 EEA, one would have to assume that this measure falls within the exception provided by Article 13 EEA. The essence of the copyright in the SPC, the respondent asserts, is the right of the author, i.e. the direct importer, to reserve the SPC it has developed for the marketing of its products.
- 25 Article 13 EEA states *inter alia* that Article 11 EEA “shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of ... the protection of industrial and commercial property.” Copyright is covered by this definition (see, in particular, Joined Cases 55/80 and 57/80 *Musik-Vertrieb membran v GEMA* [1981] ECR 147).
- 26 The case at hand is not about trade in SPCs but trade in the medicinal products themselves. If the competent authority should be prevented from continuing its practice described above, trade in medicinal products between the Contracting Parties of the EEA Agreement would be restricted. In other words, the enforcement of a national copyright in an SPC, with the consequence that the competent national authority would be prevented from giving out/approving/laying down the same SPC for a product imported by way of parallel import as for a directly imported medicinal product, would lead to an artificial partitioning of the market in the European Economic Area. This would be disproportionate to the aim of protecting the copyright in the SPC. In addition, the Court finds that this would amount to a disguised restriction on trade between the Contracting Parties. A justification under Article 13 EEA is, therefore, not possible.

Costs

- 27 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. Since these proceedings are, in so far as the parties to the main proceedings are concerned, a step in the proceedings pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court.

On those grounds,

nasjonal lov som gjør det mulig for en direkteimportør å forhindre den kompetente nasjonale myndigheten fra å vedlegge den originale preparatomtalen til markedsføringstillatelsesbrevet ville derfor være uforenlig med EØS-retten.

- 23 Domstolen bemerker at det ikke er noen de minimis-regel i EØS-avtalen artikkel 11. Dette følger allerede av EF-domstolens *Dassonville*-dom (sak 8/74 *Procureur du Roi mot Dassonville* [1974] ECR 837) som, i kraft av EØS-avtalen artikkel 6, er relevant ved fortolkningen av EØS-avtalen artikkel 11.
- 24 Ankemotparten hevder at dersom Domstolen skulle finne at opphavsrett innebærer et tiltak som er omfattet av EØS-avtalen artikkel 11, vil en måtte anta at dette tiltaket faller inn under unntaksbestemmelsen i EØS-avtalen artikkel 13. Ankemotparten hevder at kjernen i opphavsretten til en preparatomtale er retten for forfatteren, dvs direkteimportøren, til å forbeholde preparatomtalen den har utviklet til markedsføringen av sine produkter.
- 25 EØS-avtalen artikkel 13 fastslår bl a at EØS-avtalen artikkel 11 "skal ikke være til hinder for forbud eller restriksjoner på import, eksport eller transitt som er begrunnet ut fra hensynet til ... den industrielle eller kommersielle eiendomsrett". Opphavsrett er omfattet av denne definisjonen (se især forente saker 55/80 og 57/80 *Musik-Vertrieb membran mot GEMA* [1981] ECR 147).
- 26 Den foreliggende saken gjelder ikke handel med preparatomtaler, men selve legemidlene. Dersom den kompetente myndigheten skulle bli forhindret fra å fortsette sin praksis som beskrevet ovenfor, ville det begrense handelen med legemidler mellom EØS-avtalens avtaleparter. Med andre ord ville utøvelsen av en nasjonal opphavsrett til en preparatomtale, med den følge at den kompetente legemiddelmyndigheten ville bli forhindret fra å utgi/godkjenne/fastsette den samme preparatomtalen for et parallellimportert produkt som for et direkteimportert legemiddel, lede til en kunstig markedsoppdeling i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Dette ville være uforholdsmessig i forhold til målsettingen om å verne opphavsretten til preparatomtalen. I tillegg bemerker Domstolen at dette ville føre til en skjult hindring på handelen mellom avtalepartene. Følgelig er en begrunnelse i EØS-avtalen artikkel 13 ikke mulig.

Saksomkostninger

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

På dette grunnlag avgir

THE COURT,

in answer to the questions referred to it by Borgarting lagmannsrett by the order of 13 February 1998, hereby gives the following Advisory Opinion:

Articles 11 and 13 EEA, in combination with Directive 65/65/EEC, are to be interpreted as not permitting the protection of a direct importer's national copyright in a Summary of Product Characteristics, approved by the competent medicinal products authority, which would have the consequence that the medicinal products authority may not give out, approve or lay down the same Summary of Product Characteristics for a product imported by way of parallel import without the consent of the direct importer.

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Delivered in open court in Luxembourg on 24 November 1998.

Gunnar Selvik
Registrar

Bjørn Haug
President

DOMSTOLEN,

som svar på de spørsmålene som er forelagt av Borgarting lagmannsrett ved beslutning av 13 februar 1998, følgende rådgivende uttalelse:

EØS-avtalen artikkel 11 og 13, sammenholdt med direktiv 65/65/EØF, må fortolkes slik at de ikke tillater nasjonalt opphavsrettslig vern for direkteimportøren til en preparatomtale, godkjent av den kompetente legemiddelmyndigheten, som ville ha til følge at legemiddelmyndigheten ikke kan utgi, godkjenne eller fastsette den samme preparatomtalen for et parallellimportert produkt uten samtykke av direkteimportøren.

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Avsagt i åpen rett i Luxembourg den 24 november 1998.

Gunnar Selvik
Justissekretær

Bjørn Haug
President

REPORT FOR THE HEARING
in Case E-1/98

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

The Norwegian Government, represented by the Royal Ministry of Social Affairs and Health

and

Astra Norge AS

on the interpretation of Articles 11 and 13 of the Agreement on the European Economic Area (hereinafter “EEA”) and Council Directive 65/65/EEC on the approximation of provisions laid down by law, regulation or administrative action relating to proprietary medicinal products,¹ as amended (hereinafter the “Directive”), referred to in point 1 of Chapter XIII of Annex II to the EEA Agreement.

I. Introduction

1. By an order dated 13 February 1998, registered at the Court on 19 February 1998, Borgarting Lagmannsrett, a Norwegian court of appeal, made a Request for an Advisory Opinion in a case brought before it by the Norwegian Government (hereinafter “appellant”) against Astra Norge AS (hereinafter “respondent”). Paranova AS takes part in the national proceedings as an intervener supporting the standpoint of the Norwegian Government. The case before the national court concerns the issue whether Summaries of Product Characteristics (hereinafter “SPCs”) for medicinal products, as laid down by the Norwegian Medicines Control Authority (*Statens legemiddelkontroll*, hereinafter “SLK”), are protected by copyright to the benefit of the respondent.

II. Legal background

2. The questions referred by the national court concern the interpretation of Articles 11 and 13 EEA and various Articles of the Directive as amended by Council Directive 83/570/EEC of 26 October 1983 amending Directives 65/65/EEC, 75/318/EEC and 75/319/EEC on the approximation of provisions laid down by law, regulation or administrative action relating to proprietary medicinal products.²

¹ OJ No. 22, 9.2.1965, p. 369.

² OJ No. L 332, 28.11.1983, p. 1.

RETSMØTERAPPORT

i sak E-1/98

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

Den norske regjering, representert ved Sosial- og helsedepartementet

og

Astra Norge AS

om tolkningen av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (heretter "EØS-avtalen") artikkel 11 og 13 og rådsdirektiv 65/65/EØF om tilnærming av lover og forskrifter om farmasøytiske spesialpreparater¹, som endret (heretter "direktivet"), henvist til i EØS-avtalen vedlegg II, kapittel XIII punkt 1.

I. Innledning

1. Ved en beslutning datert 13 februar 1998, mottatt ved Domstolen den 19 februar 1998, har Borgarting lagmannsrett anmodet om en rådgivende uttalelse i en sak innbrakt for denne av Den norske regjering (heretter "den ankende part") mot Astra Norge AS (heretter "ankemotparten"). Paranova AS tar del i den nasjonale saksgangen som intervenient til støtte for Den norske regjerings standpunkt. Saken for den nasjonale domstolen gjelder spørsmålet om preparatomtaler for legemidler, som fastsatt av Statens legemiddelkontroll, er opphavsrettslig beskyttet til fordel for ankemotparten.

II. Rettslig bakgrunn

2. Spørsmålene fra den nasjonale domstolen gjelder tolkningen av EØS-avtalen artikkel 11 og 13 og forskjellige artikler i direktivet som endret ved rådsdirektiv 83/570/EØF av 26 oktober 1983, som endrer direktivene 65/65/EØF, 75/318/EØF og 75/319/EØF, om tilnærming av lover og forskrifter om farmasøytiske spesialpreparater.²

¹ OJ nr 22, 9.2.1965, s 369.

² OJ nr L 332, 28.11.1983, s 1.

3. Article 11 EEA reads:

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

4. Article 13 EEA reads:

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

5. Article 3 of the Directive reads:

“No proprietary medicinal product may be placed on the market in a Member State unless an authorisation has been issued by the competent authority of that Member State.”

6. Article 4 of the Directive, as amended by Council Directive 83/570/EEC, reads:

“In order to obtain an authorisation to place a proprietary medicinal product on the market as provided for in Article 3, the person responsible for placing that product on the market shall make application to the competent authority of the Member State concerned.

The application shall be accompanied by the following particulars and documents:

1. Name or corporate name and permanent address of the person responsible for placing the proprietary product on the market and, where applicable, of the manufacturer.
2. Name of the proprietary product (brand name, or common name together with a trade mark or name of the manufacturer, or scientific name together with a trade mark or name of the manufacturer).
3. Qualitative and quantitative particulars of all the constituents of the proprietary product in usual terminology, but excluding empirical chemical formulae, with mention of the international non-proprietary name recommended by the World Health Organisation where such name exists.
4. Brief description of the method of preparation.
5. Therapeutic indications, contra-indications and side-effects.
6. Posology, pharmaceutical form, method and route of administration and expected shelf life.
7. Control methods employed by the manufacturer (analysis and assay of the constituents and of the finished product, special tests, e.g. sterility tests, tests for the presence of pyrogenic substances, the presence of heavy metals, stability tests, biological and toxicity tests).

3. EØS-avtalen artikkel 11 lyder:

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

4. EØS-avtalen artikkel 13 lyder:

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

5. Direktivet artikkel 3 lyder:

"Et farmasøytisk spesialpreparat kan ikke markedsføres i en medlemsstat uten at vedkommende myndighet i medlemsstaten på forhånd har gitt tillatelse til det."

6. Direktivet artikkel 4, som endret ved rådsdirektiv 83/570/EØF, lyder:

"For å få den tillatelse til markedsføring som er nevnt i artikkel 3, skal den ansvarlige for markedsføringen sende inn søknad til vedkommende myndighet i medlemsstaten.

Følgende opplysninger og dokumenter skal følge søknaden:

1. Navn eller firma og bopel eller forretningskontor for den ansvarlige for markedsføringen, og eventuelt for produsenten.
2. Spesialpreparatets navn (fantasinavn eller fellesnavn i forbindelse med et varemerke eller produsentens navn, eller en vitenskapelig betegnelse i forbindelse med et varemerke eller produsentens navn).
3. Kvalitativ og kvantitativ oppgave over alle spesialpreparatets bestanddeler, med alminnelig benyttede betegnelser uten anvendelse av kjemiske bruttoformler og med det internasjonale fellesnavn som Verdens helseorganisasjon har anbefalt, dersom et slikt navn foreligger.
4. Kortfattet beskrivelse av fremstillingsmåten.
5. Terapeutiske indikasjoner, kontraindikasjoner og bivirkninger.
6. Dosering, legemiddelform, tilførselsmåte og tilførselsvei, samt antatt holdbarhetstid.
7. De kontrollmetoder produsenten har anvendt (analyse og kvantitativ bestemmelse av bestanddelene og av det ferdige preparat, særlige prøver som f.eks. prøver på sterilitet og pyrogenfrihet, undersøkelser av tungmetallinnhold, holdbarhetsprøver, biologiske prøver og toksisitetprøver).

8. Results of:
- physico-chemical, biological or microbiological tests;
 - pharmacological and toxicological tests;
 - clinical trials.

However:

- a) A bibliography relating to the pharmacological tests, toxicological tests and clinical trials may be substituted for the relevant test results in the case of:
- i) a proprietary product with an established use, which has been adequately tested on human beings so that its effects, including side-effects, are already known and are included in the published references;
 - ii) a new proprietary product, in which the combination of active constituents is identical with that of a known proprietary product with an established use;
 - iii) a new proprietary product consisting solely of known constituents that have been used in combination in comparable proportions in adequately tested medicinal products with an established use;
- b) In the case of a new proprietary product containing known constituents not hitherto used in combination for therapeutic purposes, references to published data may be substituted for the tests of such constituents.

9. A summary, in accordance with Article 4a. of the product characteristics, one or more specimens or mock-ups of the sales presentation of the proprietary product, together with a package leaflet where one is to be enclosed.

10. A document showing that the manufacturer is authorised in his own country to produce proprietary products.

11. Any authorisation obtained in another Member State or in a third country to place the relevant proprietary product on the market.”

7. Article 4a of the Directive, as inserted by Council Directive 83/570/EEC, reads:

“The summary of the product characteristics referred to in point 9 of the second paragraph of Article 4 shall contain the following information:

- 1. Name of the proprietary product.
- 2. Qualitative and quantitative composition in terms of the active ingredients and constituents of the excipient, knowledge of which is essential for proper administration of the medicinal product; the international non-proprietary names recommended by the World Health Organization shall be used, where such names exist, or failing this, the usual common name or chemical description.
- 3. Pharmaceutical form.

8. Resultater av
- fysikalsk-kjemiske, biologiske eller mikrobiologiske undersøkelser,
 - farmakologiske og toksikologiske undersøkelser,
 - kliniske undersøkelser.
- a) Det kan likevel i stedet for en presentasjon av de aktuelle forsøksresultater gis bibliografisk dokumentasjon om de farmakologiske, toksikologiske og kliniske undersøkelser, dersom det dreier seg om:
- i) et allerede benyttet spesialpreparat som er tilstrekkelig utprøvd på mennesker, slik at dets virkninger, også bivirkninger, allerede er kjent og fremgår av den bibliografiske dokumentasjon,
 - ii) et nytt spesialpreparat hvis sammensetning av virksomme stoffer er den samme som sammensetningen i et allerede kjent og benyttet spesialpreparat,
 - iii) et nytt spesialpreparat som består av bare kjente bestanddeler, som i et sammenlignbart forhold allerede kombineres i tilstrekkelig utprøvd og legemidler.
- b) Likeledes kan, når det dreier seg om et nytt spesialpreparat som består av kjente bestanddeler som hittil ikke har vært kombinert for terapeutiske formål, undersøkelser av disse bestanddeler erstattes av bibliografisk dokumentasjon om bestanddelene.
9. En oversikt over preparatets egenskaper, i samsvar med artikkel 4a, og en eller flere prøver av det farmasøytiske spesialpreparat, eller prøver laget på tilsvarende måte som handelsvaren, samt et pakningsvedlegg dersom det skal vedlegges spesialpreparatet.
10. Et dokument der det fremgår at produsenten har tillatelse i sin hjemstat til å fremstille farmasøytiske spesialpreparater.
11. Tillatelse til markedsføring av det farmasøytiske spesialpreparatet i en annen medlemsstat, eller i en tredjestat dersom en slik tillatelse er gitt."
7. Direktivet artikkel 4a, som innsatt ved rådsdirektiv 83/570/EØF, lyder:

"Oversikten over preparatets egenskaper nevnt i artikkel 4 annet ledd nr. 9 skal inneholde følgende opplysninger:

1. spesialpreparatets navn,
2. kvalitativ og kvantitativ oppgave over de virksomme stoffer og over hjelpestoffenes bestanddeler, som det er nødvendig å kjenne til for å kunne administrere legemidlet på forsvarlig måte; de internasjonale fellesnavn anbefalt av Verdens helseorganisasjon skal benyttes når slike navn foreligger; dersom dette ikke er tilfelle skal vanlige fellesnavn eller kjemiske betegnelser benyttes,
3. legemiddelform,

4. Pharmacological properties and, in so far as this information is useful for therapeutic purposes, pharmacokinetic particulars.
5. Clinical particulars:
 - 5.1 therapeutic indications,
 - 5.2 contra-indications,
 - 5.3 undesirable effects (frequency and seriousness),
 - 5.4 special precautions for use,
 - 5.5 use during pregnancy and lactation,
 - 5.6 interaction with other medicaments and other forms of interaction,
 - 5.7 posology and method of administration for adults and, where necessary, for children,
 - 5.8 overdose (symptoms, emergency procedures, antidotes)
 - 5.9 special warnings,
 - 5.10 effects on ability to drive and to use machines.
6. Pharmaceutical particulars:
 - 6.1 incompatibilities (major),
 - 6.2 shelf life, when necessary after reconstitution of the product or when the container is opened for the first time,
 - 6.3 special precautions for storage,
 - 6.4 nature and contents of container,
 - 6.5 name or style and permanent address or registered place of business of the holder of the marketing authorization.”
8. Article 4b of the Directive, as inserted by Council Directive 83/570/EEC, reads:

“When the marketing authorization referred to in Article 3 is issued, the person responsible for placing that product on the market shall be informed, by the competent authorities of the Member State concerned, of the summary of the product characteristics as approved by them. The competent authorities shall take all necessary measures to ensure that the information given in the summary is in conformity with that accepted when the marketing authorization is issued or subsequently.”
9. Article 5 of the Directive reads:

“The authorisation provided for in Article 3 shall be refused if, after verification of the particulars and documents listed in Article 4, it proves that the proprietary medicinal product is harmful in the normal conditions of use, or that its therapeutic efficacy is lacking or is insufficiently substantiated by the applicant, or that its qualitative and quantitative composition is not as declared.

Authorisation shall likewise be refused if the particulars and documents submitted in support of the application do not comply with Article 4.”

4. farmakologiske egenskaper, samt farmakokinetiske opplysninger i den grad de er av betydning for den terapeutiske bruk,
5. kliniske opplysninger:
 - 5.1. terapeutiske indikasjoner
 - 5.2. kontraindikasjoner
 - 5.3. uønskede virkninger (hyppighet og grad)
 - 5.4. særlige forsiktighetsregler ved bruk
 - 5.5. bruk i forbindelse med graviditet og amming
 - 5.6. medikamentelle og andre interaksjoner
 - 5.7. dosering og tilførselsmåte for voksne, og om nødvendig for barn
 - 5.8. overdosering (symptomer, førstehjelpsbehandling, motgift)
 - 5.9. spesielle advarsler
 - 5.10. innvirkning på evnen til å føre motorvogn og til å betjene maskiner,
6. farmasøytiske opplysninger:
 - 6.1 uforlikeligheter (større)
 - 6.2 holdbarhetstid, om nødvendig etter at preparatet er istandgjort til bruk eller når beholderen er åpnet for første gang
 - 6.3 særlige forsiktighetsregler ved oppbevaring
 - 6.4 beholderens innhold og type
 - 6.5 navn eller firma og bopel eller forretningskontor for markedsføringstillatelsens innehaver."
8. Direktivet artikkel 4b, tilføyd ved rådsdirektiv 83/570/EØF, lyder:

"Når det gis markedsføringstillatelse som nevnt i artikkel 3, skal vedkommende myndigheter i den berørte medlemsstat oversende oversikten over preparatets egenskaper, slik den er godkjent av nevnte myndigheter, til den ansvarlige for markedsføringen. Vedkommende myndigheter skal treffe alle tiltak som er nødvendige for å sikre at opplysningene i oversikten samsvarer med dem som forelå da markedsføringstillatelsen ble gitt eller på et senere tidspunkt."

9. Direktivet artikkel 5 lyder:

"Tillatelsen nevnt i artikkel 3 skal ikke gis når det ved kontroll av opplysningene og dokumentene nevnt i artikkel 4, viser seg at spesialpreparatet er skadelig ved normal bruk, eller at dets terapeutiske virkning mangler eller ikke er tilstrekkelig underbygd av søkeren, eller at spesialpreparatet ikke har den angitte kvalitative og kvantitative sammensetning.

Tillatelsen skal heller ikke gis dersom opplysninger og dokumenter fremlagt til støtte for søknaden ikke er i samsvar med bestemmelsene i artikkel 4."

III. Facts and Procedure

10. As a prerequisite to being put on the market in Norway, all proprietary medicinal products must have been the subject of a marketing authorization granted by SLK. The Directive is incorporated into Norwegian law through Act No. 132 of 4 December 1992 on medicinal products (*Legemiddelloven* – hereinafter the “Medicinal Products Act”).

11. The first, second and third paragraphs of Section 8 of the Medicinal Products Act read:

“No proprietary medicinal product may be sold or placed on the market without first being approved by the Ministry.

Approval is granted on the basis of an assessment of the quality, safety and effects of the product.

Before approval is granted, approval must also be granted for the name of the product, summary of product characteristics, labelling, packaging, package leaflet, etc.”

12. Sections 8 and 9 of the related Regulation No. 951 of 22 October 1993 concerning proprietary medicinal products (*Forskrift om farmasøytiske spesialpreparater*) read:

“Section 8 Decisions of the Norwegian Medicines Control Authority

When the SLK has made its decision, the applicant will be notified in writing. If approval is refused, the applicant must be notified of the reasons for this at the same time.

If the product is approved, the marketing authorization will be issued when any special conditions have been met.

Section 9 Conditions for marketing authorization

When the SLK has approved a product as regards its quality, safety and efficacy, the following shall be approved before marketing authorization may be given:

1. The name of the product, package size, accessory equipment, package, labelling, package leaflet and summary of product characteristics.”

13. According to the Medicinal Products Act, an SPC is a simple description of the product in a brief, factual form, done according to a standard layout. The onus is on the applicant to send in proposals for the marketing authorization. The proposal is then reviewed by SLK, which can make changes itself or direct the applicant to make changes and corrections. After this process the SPC is approved/laid down by SLK as part of the product being given marketing authorization.

14. In a letter of 29 September 1995, SLK informed all parties who reported medicinal products imported by way of parallel import that it would henceforth apply the following practice regarding SPCs for medicinal products imported by way of parallel import:

III. Fakta og prosedyre

10. Som en forutsetning for å bli brakt på markedet i Norge, må alle farmasøytiske spesialpreparater ha blitt tildelt en markedsføringstillatelse av Statens legemiddelkontroll. Direktivet er gjennomført i norsk rett ved lov om legemidler mv av 4 desember 1992 nr 132 (heretter "legemiddeloven").

11. Legemiddeloven § 8, første, andre og tredje ledd lyder:

"Farmasøytisk spesialpreparat må ikke omsettes eller bringes i handelen før det har fått markedsføringstillatelse av departementet.

Markedsføringstillatelse gis på grunnlag av en vurdering av preparatets kvalitet, sikkerhet og effekt.

Før markedsføringstillatelse gis, skal preparatets navn, reseptstatus, preparatomtale, merking, pakning, pakningsvedlegg og annet utstyr være godkjent."

12. I den tilknyttede forskrift om farmasøytiske spesialpreparater av 22 oktober 1993 nr 951, lyder paragrafene 8 og 9:

§ 8 Statens legemiddelkontrolls avgjørelse

Når Statens legemiddelkontroll har truffet avgjørelse om godkjenning, gis søkeren skriftlig melding om dette. Blir godkjenning nektet, skal grunnen for avslaget samtidig meddeles søkeren.

Blir preparatet godkjent, utstedes markedsføringstillatelse når eventuelle særlige vilkår er oppfylt.

§ 9 Vilkår for markedsføringstillatelse

Når Statens legemiddelkontroll har godkjent preparatet med hensyn til kvalitet, sikkerhet og effekt, skal følgende godkjennes for markedsføringstillatelse kan gis:

1. Preparatets navn, pakningsstørrelse, teknisk utstyr, emballasje, merking, pakningsvedlegg og preparatomtale."

13. I henhold til legemiddeloven er en preparatomtale en enkel beskrivelse av produktet i en kortfattet og nøktern form, utført etter et standardisert oppsett. Det påhviler søkeren å sende inn forslag til markedsføringstillatelse. Forslaget gjennomgås så av Statens legemiddelkontroll, som selv kan gjøre endringer eller pålegge søkeren å gjøre endringer og rettelser. Etter denne prosessen godkjennes/fastsettes preparatomtalen av Statens legemiddelkontroll som ledd i at preparatet blir gitt markedsføringstillatelse.

14. I et brev av 29 september 1995 underrettet Statens legemiddelkontroll alle anmeldere av parallellimporterte legemidler at den fra da av ville legge til grunn følgende praksis når det gjelder preparatomtaler for parallellimporterte legemidler:

“The same Summary of Product Characteristics will apply for parallel imports and direct imports of medicinal products because, from a therapeutic point of view, they describe the same medical product. Upon issuance of a marketing authorization for medicinal products imported by the way of parallel import, the Summary of Product Characteristics will be included as an attachment to the marketing authorization letter. There is no requirement that the company name of the direct importer must be linked to the name of the medicinal product. If the medicinal product imported by way of parallel import has another product name than the one imported by way of direct import, this is to be indicated. Any different compositions of medicinal products will be indicated on the Summary of Product Characteristics submitted.

(...)

For medicinal products imported by way of parallel import and for which a marketing authorization has already been granted, the Norwegian Medicines Control Authority will now send out the latest approved Summaries of Product Characteristics to the relevant parallel importers. We ask the parallel importers to modify the relevant Summaries of Products Characteristics in keeping with the above-mentioned practice.”

15. In 1996, Astra brought proceedings against the Norwegian Government before Oslo City Court (“Oslo byrett”), asking for the Norwegian medicinal product authorities to be forbidden from granting authorization and/or approving SPCs for products which are imported by way of parallel import and which are identical to the SPCs which have been approved earlier for Astra’s products, which are imported directly. Astra argued that it had a national copyright on the SPCs. Oslo byrett ruled in favour of Astra and held that the SPCs approved by the SLK as part of the process of granting a marketing authorization for a product are protected by copyright to the benefit of Astra. The Norwegian Government appealed against the judgment. Borgarting lagmannsrett decided to submit a Request for an Advisory Opinion to the EFTA Court.

IV. Questions

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

"1. Is there a measure present having effect equivalent to import restrictions contrary to Article 11 EEA which cannot be justified by reference to industrial or commercial property in Article 13 EEA

if

a Summary of Product Characteristics which is approved/laid down by the competent medicinal product authority in accordance with Council Directive 65/65/EEC, amended *inter alia* by Article 4, point 9 of Council Directive 83/570/EEC, is protected by the importer’s (direct importer’s) national copyright law, with the consequence that the medicinal products authority may not give out/approve/lay down the same Summary of Product Characteristics for a product imported by way of parallel import without the consent of the direct importer?

2. Does Council Directive 65/65/EEC, as amended, primarily Article 4a and 5 of the Directive, allow national legislation to provide copyright protection for a Summary of Product Characteristics which is approved/laid down by the medicinal products authority in that manner and with the consequences described in question 1?"

"Samme preparatomtale gjelder for parallellimportert og direkteimportert legemiddel fordi den terapeutisk sett omhandler samme legemiddel. Ved utstedelse av markedsføringstillatelse for parallellimporterte legemidler, vil preparatomtalen sendes med som vedlegg til markedsføringstillatelsesbrevet. Det stilles ikke krav om at direkteimportørs firmanavn skal knyttes til preparatnavnet. Dersom parallellimportert legemiddel har et annet preparatnavn enn det direkteimporterte, skal dette angis. Eventuelle ulike preparatsammensetninger vil være angitt på den tilsendte preparatomtalen.

(...)

For parallellimporterte preparater som allerede har fått markedsføringstillatelse, vil Statens legemiddelkontroll nå sende ut de sist godkjente preparatomtaler til de aktuelle parallellimportører. Vi ber parallellimportørene om å endre gjeldende preparatomtale i tråd med ovenfornevnte praksis."

15. Astra gikk i 1996 til sak ved Oslo byrett mot Den norske regjering med påstand om at norske legemiddelmyndigheter skal forbyes å utgi og/eller godkjenne preparatomtaler for parallellimporterte preparater og som er identiske med de preparatomtaler som tidligere er godkjent for Astras direkteimporterte produkter. Astra gjorde gjeldende at det hadde nasjonal opphavsrett til preparatomtalen. Oslo byrett avsa dom i favor av Astra og fastslo at preparatomtalen godkjent av Statens legemiddelkontroll, som ledd i tildelingsprosessen av en markedsføringstillatelse for et produkt, er opphavsrettslig vernet til fordel for Astra. Den norske regjering påanket dommen. Borgarting lagmannsrett besluttet å rette en anmodning om rådgivende uttalelse til EFTA-domstolen.

IV. Spørsmål

16. Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:

"1. Foreligger det et tiltak med tilsvarende virkning som en importrestriksjon i strid med EØS-avtalens artikkel 11, som ikke kan rettferdiggjøres under henvisning til den industrielle eller kommersielle eiendomsrett i EØS-avtalens artikkel 13,

dersom

en preparatomtale som er godkjent/fastsatt av den kompetente legemiddelmyndighet i samsvar med Rådskonklusjon 65/65/EØF, endret bl a ved Rådskonklusjon 83/570/EØF, artikkel 4 nr 9, er beskyttet av importørens (direkteimportørens) nasjonale opphavsrett, med den følge at legemiddelmyndigheten ikke kan gi ut/godkjenne/fastsette den samme preparatomtalen for et parallellimportert preparat uten at direkteimportøren har samtykket?

2. Tillater Rådskonklusjon 65/65/EØF, med endringer, i første rekke direktivets artikler 4a og 5, at nasjonal lovgivning yter opphavsrettslig vern til en preparatomtale som er godkjent/fastsatt av legemiddelmyndigheten på den måte og med de følger som er beskrevet i spørsmål 1?"

V. Written observations

17. 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, the Norwegian Government, Royal Ministry of Social Affairs and Health, represented by Ingvald Falch, Advocate, Office of the Attorney General (Civil Affairs);
- the respondent, Astra Norge AS, represented by Counsel Wilhelm Matheson, Advokatfirma Wiersholm Mellbye & Bech ANS;
- the intervener, Paranova AS, represented by Counsel Jonas W. Myhre, Advokatfirma Hjort DA;
- the EFTA Surveillance Authority, represented by Bjarnveig Eiríksdóttir, Officer, Legal & Executive Affairs Department, acting as Agent;
- the Commission of the European Communities, represented by Richard B. Wainright, Principal Legal Adviser and Hans Stovlbæk, Member of its Legal Service, acting as Agents.

The Norwegian Government, Royal Ministry of Social Affairs and Health

18. Referring to the case law of the ECJ,³ the *appellant* argues that property rights relating to documents associated with the imported product may be exhausted once the product is put on the market by the proprietor itself or with its consent. Furthermore, the ECJ has not restricted itself to finding fault with national legislation that directly hinders the import and reselling of a given product. Hindrance of a more indirect character is also included.

19. According to the judgments in *de Peijper*,⁴ *Eurim-Pharm*⁵ and *Smith & Nephew*,⁶ a national rule that makes the grant of a marketing authorization to a parallel importer subject to the production of documents which Astra has already supplied to the SLK is prohibited under Articles 11 and 13 EEA.

³ Case 15/74 *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc.* [1974] ECR 1147; Case 16/74 *Centrapharm et Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc. v Winthrop BV* [1974] ECR 1183; Cases 55/80 and 57/80 *Musik-Vertrieb membran GmbH et K-tel International v GEMA Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte* [1981] ECR 147; Case 187/80 *Merck & Co. Inc. v Stepfar BV and Petrus Stephanus Exler* [1981] ECR 2063; Case 19/84 *Pharmon BV v Hoechst Ag* [1985] ECR 2281; Case C-10/89 *SA CNL-SUCAL NV v HAG GF AG* [1990] ECR I-3711; Case 158/86 *Warner Brothers Inc. and Metronome Video ApS v Erik Viuff Christiansen* [1988] ECR 2605; Case C-337/95 *Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v Evora BV* [1997] ECR I-6013; and Case C-373/90 *Criminal proceedings against X* [1992] ECR I-131.

⁴ Case 104/75 *Adrian de Peijper, Managing Director of Centrafarm BV* [1976] ECR 613.

⁵ Case C-207/91 *Eurim-Pharm GmbH v Bundesgesundheitsamt* [1993] ECR I-3723.

⁶ Case C-201/94 *The Queen v The Medicines Control Agency, ex parte Smith & Nephew Pharmaceuticals Ltd and Primecrown Ltd v The Medicine Control Agency* [1996] ECR I-5819.

V. Skriftlige saksfremstillinger

17. I medhold av Vedtektene for EFTA-domstolen artikkel 20 og Rettergangsordningen artikkel 97 er skriftlige saksfremstillinger mottatt fra:

- den ankende part, Den norske regjering, Helse- og sosialdepartementet, representert ved Ingvald Falch, regjeringsadvokatens kontor;
- ankemotparten, Astra Norge AS, representert ved advokat Wilhelm Matheson, Advokatfirma Wiersholm Mellbye & Bech ANS;
- intervenienten, Paranova AS, representert ved advokat Jonas W. Myhre, Advokatfirma Hjort DA;
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved Bjarnveig Eiríksdóttir, saksbehandler, avdeling for juridiske saker og eksekutivsaker, som partsrepresentant;
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Richard B. Wainwright, Førsterådgiver, og Hans Stovlbæk, ansatt i Rettsavdelingen, som partsrepresentanter.

Den norske regjering, Sosial- og helsedepartementet

18. Med henvisning til rettspraksis fra EF-domstolen,³ hevder *den ankende part* at opphavsrettigheter vedrørende dokumenter forbundet med det importerte produktet, kan bli konsumert idet produktet bringes på markedet av innehaveren selv eller med hans samtykke. Videre har ikke EF-domstolen begrenset seg til å finne noe å utsette ved nasjonal lovgivning som direkte hindrer import og videresalg av et gitt produkt. Hindringer av en mer indirekte karakter er også omfattet.

19. Ifølge *de Peijper*⁴-, *Eurim-Pharm*⁵- og *Smith & Nephew*⁶-sakene, er en nasjonal bestemmelse som gjør tildelingen av en markedsføringstillatelse til en parallellimportør avhengig av utarbeidelsen av dokumenter som Astra allerede har skaffet til preparatomtalen, forbudt etter EØS-avtalen artikkel 11 og 13.

³ Sak 15/74 *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper mot Sterling Drug Inc.* [1974] ECR 1147; sak 16/74 *Centrapharm et Adriaan de Peijper mot Sterling Drug Inc.*, mot *Winthrop BV* [1974] ECR 1183; saker 55/80 og 57/80 *Musik-Vertrieb membran GmbH et K-tel International mot GEMA Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte* [1981] ECR 147; sak 187/80 *Merck & Co. Inc. mot Stepfar BV og Petrus Stephanus Exler* [1981] ECR 2063; sak 19/84 *Pharmon BV mot Hoechst Ag* [1985] ECR 2281; sak C-10/89 *SA CNL-SUCAL NV mot HAG GF AG* [1990] ECR I-3711; sak 158/86 *Warner Brothers Inc. og Metronome Video ApS mot Erik Viuff Christiansen* [1988] ECR 2605; sak C-337/95 *Parfums Christian Dior SA og Parfums Christian Dior BV mot Evora BV* [1997] ECR I-6013; og sak C-373/90 *Criminal proceedings mot X* [1992] ECR I-131.

⁴ Sak 104/75 *Adrian de Peijper, Managing Director of Centrafarm BV* [1976] ECR 613.

⁵ Sak C-207/91 *Eurim-Pharm GmbH mot Bundesgesundheitsamt* [1993] ECR I-3723.

⁶ Sak C-201/94 *The Queen mot The Medicines Control Agency, ex parte Smith & Nephew Pharmaceuticals Ltd og Primecrown Ltd mot The Medicine Control Agency* [1996] ECR I-5819.

20. According to a Communication of the Commission,⁷ which was delivered after the *de Peijper* judgment, there is no requirement for parallel importers to submit a draft SPC to the competent authority in the State of import. In particular there is no requirement to submit a draft that differs from the SPC already submitted by the manufacturer or its appointed representative. The Communication indicates that the competent authority in the State of import shall not approve a new SPC for products imported by way of parallel import.

21. To support this argument, reference is made to the practice in the UK, where the competent authorities do not require a new, different draft SPC from parallel importers.

22. Referring to the purpose of the Directive, the Norwegian Government argues that, on the basis of the Directive, the procedure for granting a marketing authorization has been harmonized in cases of parallel import as well. The harmonization is to the effect that a new marketing authorization shall not be issued to products subject to parallel import.

23. In *Smith and Nephew*,⁸ the ECJ stated that the objective of safeguarding public health pursued by the Directive justifies the application of the stringent measure laid down in Article 4 of the Directive only with regard to products which are put on the market for the first time.

24. Thus, the competent authority in the State of import is obliged to grant a marketing authorization to a person seeking to market a medicinal product being imported by way of parallel import, provided that (1) the product being imported by way of parallel import is covered by a marketing authorization in the European Economic Area State from which it is exported; (2) the product being imported by way of parallel import is effectively covered by a marketing authorization already granted in the State into which it is being imported; and (3) no countervailing considerations relating to the effective protection of the life and health of humans are revealed.

25. The SPC, as part of the marketing authorization, constitutes the basis and condition under which the product is marketed. According to Article 2(2) of Council Directive 92/28/EEC of 31 March 1992 on the advertising of medicinal products for human use,⁹ all parts of the advertising of a medicinal product must comply with the particulars listed in the SPC. Different SPCs for two identical products would force the competent national authority to stipulate different conditions regarding the marketing and advertising for the same product. This would affect competition on the medicinal market, depending on the parts of the SPC affected and on the priority given to copyright protection.

26. The burden of drafting the SPC is placed on the first applicant for a marketing authorization for a given product. From an economical standpoint, this is reasonable because the first applicant for the product will be the manufacturer or someone deriving its rights from the manufacturer. Drafting an adequate SPC must be seen as being part of the development and manufacturing process. The costs related to the development of the product are generally returned when the manufacturer puts the product on the market and retails copies of it. The parallel importer has already paid its part of the development and production costs, including the costs relating to the drafting of the SPC, when it has purchased the product in the State of export.

⁷ OJ No. C 115, 6.5.1982, p. 209.

⁸ See footnote 6.

⁹ OJ No. L 113, 30.4.1992, p.13.

20. Ifølge en kunngjøring fra Kommissjonen,⁷ som ble utgitt etter *de Peijper*-saken, er det ikke noe krav til parallellimportører å fremlegge et forslag til preparatomtale til den kompetente myndigheten i importstaten. I særdeleshet er det ikke noe krav om å fremlegge et forslag som avviker fra den preparatomtalen allerede fremlagt av produsenten eller dennes oppnevnte representant. Meddelelsen indikerer at den kompetente myndigheten i importstaten ikke skal godkjenne en ny preparatomtale for parallellimporterte produkter.
21. Til støtte for dette argumentet vises det til praksis i Storbritannia, hvor de kompetente myndigheter ikke krever et nytt og forskjellig forslag til preparatomtale fra parallellimportører.
22. Med henvisning til formålet med direktivet hevder Den norske regjering at prosedyren for tildeling av en markedsføringstillatelse på grunnlag av direktivet har blitt harmonisert også i tilfeller av parallellimport. Harmoniseringen består i at en ny markedsføringstillatelse ikke skal utstedes for produkter som er gjenstand for parallellimport.
23. I *Smith og Nephew*⁸ slo EF-domstolen fast at direktivets forfulgte målsetting om beskyttelse av folkehelsen begrunner anvendelsen av det strenge kravet fastlagt i direktivet artikkel 4 bare når det gjelder produkter som er brakt på markedet for første gang.
24. Den kompetente myndigheten i importstaten er således forpliktet til å tildele en markedsføringstillatelse til en person som vil bringe et parallellimportert legemiddel på markedet under forutsetning av at (1) det parallellimporterte produktet er omfattet av en markedsføringstillatelse i den EØS-staten det er eksportert fra; (2) det parallellimporterte produktet faktisk er omfattet av en markedsføringstillatelse allerede tildelt i den staten der produktet blir importert til; og (3) det ikke fremkommer noen motforestillinger med hensyn til det effektive vern av menneskers liv og helse.
25. Preparatomtalen, som del av markedsføringstillatelsen, utgjør grunnlaget og vilkåret for produktets markedsføring. Ifølge rådsdirektiv 92/28/EØF,⁹ artikkel 2 nr 2, må alle delene i reklamen for et legemiddel være i overensstemmelse med indikasjonene oppført i preparatomtalen. Forskjellige preparatomtaler for to like produkter ville tvinge den kompetente nasjonale myndigheten til å fastsette forskjellige vilkår når det gjelder markedsføringen og reklamen av det samme produktet. Dette ville påvirke konkurransen på legemiddelmarkedet, avhengig av hvilke deler av preparatomtalen som er påvirket og på prioriteten gitt til det opphavsrettslige vernet.
26. Byrden med å utarbeide preparatomtalen tilligger den første søkeren av en markedsføringstillatelse for et gitt produkt. Fra en økonomisk synsvinkel er dette rimelig fordi den første søkeren for produktet vil være produsenten eller noen som utleder sine rettigheter fra produsenten. Utarbeidelsen av en adekvat preparatomtale må anses for å være en del av utviklings- og fremstillingsprosessen. Kostnadene forbundet med utviklingen av produktet er som regel tilbakeført når produsenten bringer produktet på markedet og detaljseilger eksemplarer av det. Parallellimportøren har allerede betalt sin del av utviklings- og produksjonskostnadene, innbefattet kostnadene forbundet med utarbeidelsen av preparatomtalen, når denne har kjøpt produktet i eksportstaten.

⁷ OJ nr C 115, 6.5.1982, s 209.

⁸ Se fotnote 6.

⁹ OJ nr L 113, 30.4.1992, s 13.

27. The appellant submits that the existence in national law of copyright protection preventing the competent authority in that State from approving or giving out an SPC relating to a medicinal product being imported by way of parallel import, which is similar to an SPC already approved for that product, constitutes a quantitative restriction and is thus prohibited under Article 11 EEA.

28. To prepare a new, distinct SPC would be impracticable and costly for the parallel importer. The parallel importer does not have a complete set of information and documents relating to the medicinal products in question. Furthermore, according to the *de Peijper*¹⁰ and *Eurim-Pharm*¹¹ judgments, the parallel importer is exempted from submitting this information to the competent authorities. If the parallel importer is required to submit a separate SPC to the authority, it will then be required to submit such information. Even if the parallel importer succeeds in establishing itself on the market in the State of import, it will be in a different position than the direct importer or the manufacturer, because its advertising must comply with the SPC it has prepared. If the competent authorities are precluded from requiring identical SPCs for all competitors trading identical medicinal products on the market, this will affect competition on the medicinal products market.

29. Furthermore, under Article 5(1) of the Berne Convention, parallel importers are precluded from using the SPC approved in the State of export to the same extent as they are precluded from using the SPC approved in the State of import.

30. The appellant submits that the exclusive right of reproduction is not affected by the practice instituted by SLK. A notification by the competent authority expressing that the SPC already approved for a particular medicinal product is in effect and applies to that product, including the situation where another person is granted an authorization to market it, does not affect the exclusive right of reproduction of the person first authorized.

31. The protection of industrial and commercial property does not justify a restriction enabling the owner of a copyright for a given SPC to deny the competent authority the approval and application of that SPC in cases of parallel import of the medicinal product in question.

32. The appellant states that the Directive also harmonizes the procedure for granting a marketing authorization in cases of parallel import of proprietary medicinal products. Article 4 of the Directive requires that the proposal for an SPC must be included in the application in order to obtain a marketing authorization. Under Article 4b of the Directive, the SPC must be approved by the competent authority. Thus, the SPC may be characterized as an intrinsic and integral part of the marketing authorization. According to the *Smith & Nephew* judgment, the SPC is one of the elements which must be identical in cases of parallel import.

33. The appellant submits that a practice by the competent authority under which the same SPC applies for identical medicinal products is supported by public health considerations, i.e. eliminating the risk of confusion among doctors and patients. No countervailing considerations relating to the effective protection of the life and health of humans exist.

¹⁰ See footnote 4.

¹¹ See footnote 5.

27. Den ankende part hevder at eksistensen av et opphavsrettslig vern i nasjonal lov som hindrer den kompetente myndigheten i den staten fra å godkjenne eller gi ut en preparatomtale i forbindelse med et parallellimportert legemiddel, som er i overensstemmelse med en preparatomtale som allerede er godkjent for dette produktet, utgjør en kvantitativ importrestriksjon og således er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 11.

28. Å utarbeide en ny, adskilt preparatomtale ville være upraktisk og kostbart for parallellimportøren. Parallellimportøren har ikke et fullstendig sett av informasjon og dokumenter i forbindelse med legemidlene det gjelder. Videre, ifølge *de Peijper*¹⁰- og *Eurim-Pharm*¹¹-sakene, er parallellimportøren fritatt fra å fremlegge denne informasjonen til de kompetente myndigheter. Dersom parallellimportøren er påkrevet å fremlegge en separat preparatomtale til myndigheten, vil den da bli påkrevet å fremlegge slik informasjon. Selv om parallellimportøren lykkes i å etablere seg på markedet i importstaten, vil denne være i en annen stilling enn direkteimportøren eller produsenten, fordi dennes annonsering må være i overensstemmelse med den preparatomtalen denne har utarbeidet. Dersom de kompetente myndigheter er forhindret fra å kreve identiske preparatomtaler for alle konkurrenter som handler identiske legemidler på markedet, vil dette påvirke konkurransen på markedet for legemidler.

29. Videre, etter Bern-konvensjonen artikkel 5 nr 1, er parallellimportørene forhindret fra å bruke preparatomtalen godkjent i eksportstaten i samme utstrekning som de er forhindret fra å bruke preparatomtalen godkjent i importstaten.

30. Den ankende part hevder at eneretten til reproduksjon ikke er påvirket gjennom praksisen introdusert av Statens legemiddelkontroll. En melding fra den kompetente myndigheten som fastsetter at preparatomtalen allerede godkjent for et særskilt legemiddel er gjeldende og får anvendelse for det produktet, innbefattet den situasjonen der en annen person har fått en tillatelse til å markedsføre det, påvirker ikke eneretten til reproduksjon for den personen som først er autorisert.

31. Vernet av den industrielle og kommersielle eiendomsretten begrunner ikke en restriksjon som gjør det mulig for innehaveren av en opphavsrettighet til en gitt preparatomtale å nekte den kompetente myndigheten godkjennelsen og anvendelsen av denne preparatomtalen i tilfeller av parallellimport av det legemiddelet det gjelder.

32. Den ankende part anfører at direktivet også harmoniserer prosedyren for å godkjenne en markedsføringstillatelse ved parallellimport av farmasøytiske spesialpreparater. Direktivet artikkel 4 krever at et forslag til preparatomtale må være inkludert i søknaden for å kunne få en markedsføringstillatelse. Etter direktivet artikkel 4b må preparatomtalen godkjennes av den kompetente myndigheten. Preparatomtalen kan således karakteriseres som en iboende og integrert del av markedsføringstillatelsen. Ifølge *Smith & Nephew*-saken er preparatomtalen ett av elementene som må være identiske i tilfeller av parallellimport.

33. Den ankende part hevder at en praksis av den kompetente myndigheten hvor den samme preparatomtalen anvendes for identiske legemidler støttes av hensyn til folkehelsen, dvs en eliminering av risikoen for forvirring blant leger og pasienter. Det foreligger ingen motstridende hensyn hva gjelder den effektive beskyttelsen av menneskers liv og helse.

¹⁰ Se fotnote 4.

¹¹ Se fotnote 5.

34. Furthermore, it follows from Article 4b of the Directive that a person to whom a marketing authorization is granted shall be informed by the competent authority of the SPC approved by them. Copyright protection that precludes the competent authority from giving out the approved SPC to the applicant will be in conflict with the Directive.

35. The appellant suggests answering the questions as follows:

“A national rule which confers copyright protection on the Summary of the Product's Characteristics (SPC) approved by the competent national authority in accordance with Council Directive 65/65/EEC, as amended, for a particular proprietary medicinal product, to the effect that the competent national authority is precluded from approving or giving out the same SPC when the proprietary medicinal product is subject to parallel import into that State, is prohibited by

- Articles 11 EEA, and cannot be justified under Article 13 EEA, and

- Council Directive 65/65/EEC, as amended.”

Astra Norge AS

36. The *respondent* opposes the view that the approved SPC is an intrinsic and integral part of the marketing authorization. In Norway there exists a system which favours parallel imports of medicinal products in relation to direct imports. SLK charges direct importers a higher fee for registration than it levies on parallel importers. Furthermore, through a system of profit-sharing, pharmacists are encouraged to market and give out products imported by way of parallel import. The national authority has also accepted that the patient may claim for a product imported by way of parallel import, even if this contradicts the prescription. Concerning this situation, the respondent refers to the case law of the ECJ according to which it is incompatible with Article 11 EEA to favour certain trade channels in relation to others.¹²

37. The respondent states that the parallel importer benefits without cost from the effects of a fine-tuned SPC, elaborated at the national level by the direct importer's trained employees.

38. The respondent argues that the SPC is an extremely important remedy for the marketing and promotion of pharmaceutical products. It is not only a catalogue, but also a balance between medicine and adaptation to the market. The respondent refers to the fact that SPCs for identical products may differ substantially, even if the products are marketed under identical names. The norm applied by the market operator is a question of confidence in the market and of the market reliance on the description rendered by the market operator as appropriate and adequate for the safety of the product.

39. The function of the SPC is to give the competent authorities access to useful information on authorized medicinal products, and to serve as a vehicle of communication between the holder of the marketing authorization and the professionals in the health sectors. This is in line with Directive 92/28/EEC. Without an SPC, it would, in practice, be impossible to exploit the product commercially because a distilled position of the product is required to be able to communicate with the market.

¹² Case 155/73 *Giuseppe Sacchi* [1974] ECR 409.

34. Videre følger det av direktivet artikkel 4b at en person som er innvilget markedsføringstillatelse skal informeres av den kompetente myndigheten om preparatomtalen godkjent av denne. Opphavsrettslig vern som utelukker den kompetente myndigheten fra å utgi den godkjente preparatomtalen til søkeren vil være i strid med direktivet.

35. Den ankende part foreslår å besvare spørsmålene som følger:

"En nasjonal regel som gir opphavsrettslig vern for preparatomtalen godkjent av den kompetente nasjonale myndigheten i overensstemmelse med rådsdirektiv 65/65/EØF, som endret, for et særskilt farmasøytisk spesialpreparat, med den virkning at den kompetente nasjonale myndigheten er forhindret fra å godkjenne eller utgi samme preparatomtalen for parallellimporterte farmasøytisk spesialpreparat, er forbudt etter

- EØS-avtalen artikkel 11, og kan ikke begrunnes i EØS-avtalen artikkel 13, og

- rådsdirektiv 65/65/EØF, som endret."

Astra Norge AS

36. *Ankemosparten* motsetter seg synspunktet om at den godkjente preparatomtalen er en iboende og integrert del av markedsføringstillatelsen. I Norge finnes det et system som favoriserer parallellimport av legemidler i forhold til direkte import. Statens legemiddelkontroll krever en høyere avgift for registrering av direkteimportørene enn det pålegger parallellimportørene. Videre, gjennom et system med profitt-deling, oppmuntres apotekene til å markedsføre og utgi parallellimporterte produkter. Den nasjonale myndigheten har også akseptert at en pasient kan kreve et parallellimportert produkt selv om dette strider mot resepten. Når det gjelder denne situasjonen viser ankemosparten til rettspraksis fra EF-domstolen hvor det etter denne er uforenlig med EØS-avtalen artikkel 11 å favorisere enkelte salgskanaler i forhold til andre.¹²

37. Ankemosparten anfører at parallellimportøren uten kostnader drar fordel av virkningene av en finjustert preparatomtale, utarbeidet på det nasjonale plan av direkteimportørens faglærte ansatte.

38. Ankemosparten hevder at preparatomtalen er et ekstremt viktig virkemiddel for markedsføringen og fremmingen av farmasøytiske produkter. Den er ikke bare en katalog, men også en balansegang mellom legemiddel og tilpasningen til markedet. Ankemosparten viser til det faktum at preparatomtaler for identiske produkter kan variere vesentlig selv om produktene er markedsført under identiske navn. Normen anvendt av markedsaktøren er et spørsmål om tillit i markedet, og om markedet kan feste lit til beskrivelsen utgitt av markedsaktøren som egnet og adekvat for produktets sikkerhet.

39. Preparatomtalens funksjon er å gi de kompetente myndigheter tilgang på nyttig informasjon om godkjente legemidler og til å tjene som et kommunikasjonsredskap mellom innehaveren av markedsføringstillatelsen og aktørene i helsesektoren. Dette er i tråd med direktiv 92/28/EØF. Uten preparatomtale ville det i praksis være umulig å utnytte produktet kommersielt fordi en tilgjengelig beskrivelse av produktet er krevet for å kunne kommunisere med markedet.

¹² Sak 155/73 *Giuseppe Sacchi* [1974] ECR 409.

40. With respect to a general interpretation of Articles 11 and 13 EEA, the respondent refers to the case law of the ECJ.¹³ The respondent rejects the argument that copyright protection of the direct importer's SPCs is a measure covered by Article 11 EEA because a parallel importer may prepare its own SPCs on the basis of information easily available in the public domain and general pharmaceutical knowledge. There are currently alternative SPCs on the market which fully substitute direct importers' formally approved SPCs. Reference is made to several extracts from the *Norsk legemiddelhåndbok* (Norwegian Pharmaceuticals Handbook). The alternative characteristics are based on information which is in the public domain.

41. With respect to new products and products which may have a long time remaining in their protection period, the respondent points out the feature of the parallel import business in general. The nature of this business leads to a certain time lag between the award of a marketing authorization to the direct importer and the time the parallel importer decides to enter the market. The parallel importer will generally wait with its decision to enter the market with a product until it is clear which price is adopted for the product by the competent authority and what is the reimbursement status for the product imported directly. In any case, the parallel importer must make sure that there is an appropriate price difference in the export and import market. Furthermore, the parallel importer is *per se* the second party to enter the national market. Prior to the import, a marketing authorization with a public SPC exists in another Member State. During this time, the parallel importer has the opportunity to exploit the SPCs and product information published in the export markets, the different medical authorities' and producers' information about products and all other kinds of information available.

42. The respondent concludes that the protection of the SPC by way of national copyright does not restrict trade within the meaning of Article 11 EEA. Furthermore, the case at hand must be distinguished from the *de Peijper*,¹⁴ *Eurim-Pharm*¹⁵ and *Smith & Nephew*¹⁶ cases. The decisive question in the present case is whether the protection of the way the market operator presents its product to the potential buyer contradicts the essence of Article 11 EEA.

¹³ Case 8/74 *Procureur de Roi v Benoît and Gustave Dassonville* [1974] ECR 837; Case 120/78 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] ECR 649; Case 104/75 *Adrian de Peijper, Managing Director of Centrafarm BV* [1976] ECR 613; Cases 55/80 and 57/80 *Musik-Vertrieb membran GmbH et K-tel Internat v GEMA Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte* [1981] ECR 147; Cases 56/64 and 58/64 *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community* [1966] ECR 429; Case C-30/90 *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* [1992] ECR I-829; Case C-10/89 *SA CNL-SUCAL NV v HAG GF AG* [1990] ECR I-3711; Case 187/80 *Merck & Co. Inc. v Stephar BV and Petrus Stephanus Exler* [1981] ECR 2063; Case 16/74 *Centrapharm et Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc. v Winthrop BV* [1974] ECR 1183.

¹⁴ See footnote 4.

¹⁵ See footnote 5.

¹⁶ See footnote 6.

40. Med hensyn til en generell fortolkning av EØS-avtalen artikkel 11 og 13 viser ankenotparten til rettspraksis fra EF-domstolen.¹³ Ankenotparten avviser argumentet om at opphavsrettslig vern av direkteimportørens preparatomtale er et tiltak som er omfattet av EØS-avtalen artikkel 11, fordi en parallellimportør kan utarbeide sine egne preparatomtaler på bakgrunn av informasjon som lett er tilgjengelig på det offentlige område samt generell farmasøytisk kunnskap. Det er for øyeblikket alternative preparatomtaler på markedet som fullt ut erstatter direkteimportørers formelt godkjente preparatomtaler. Det vises til en rekke utdrag fra Norsk legemiddelhåndbok. De alternative karakteristika er basert på informasjon som er på det offentlige område.

41. Når det gjelder nye produkter og produkter som kan ha lang tid igjen av vernetiden, peker ankenotparten på de generelle trekkene ved parallellimportvirksomheten. Arten av denne virksomheten leder til et visst tidsintervall mellom tildelingen av en markedsføringstillatelse til direkteimportøren, og tiden da parallellimportøren beslutter å gå inn på markedet. Parallellimportøren vil generelt vente med sin beslutning om å gå inn på markedet med et produkt til det er klart hvilken pris som er fastsatt for produktet av den kompetente myndigheten og hva som er refusjonsstatusen for det direkteimporterte produktet. I alle tilfelle må parallellimportøren sikre seg at det er en egnet prisdifferanse i eksport- og importmarkedet. Videre er parallellimportøren *per se* aktor nummer to som går inn på det nasjonale markedet. Forut for importen foreligger det en markedsføringstillatelse med en offentlig preparatomtale i en annen medlemsstat. I løpet av denne tiden har parallellimportøren muligheten til å utnytte preparatomtalene og produktinformasjonen offentliggjort i eksportmarkedene, de forskjellige legemiddelmyndighetenes og produsentenes informasjon om produktene og alle andre typer av tilgjengelig informasjon.

42. Ankenotparten konkluderer at vernet av preparatomtalen gjennom nasjonal opphavsrett ikke legger restriksjoner på handelen i betydningen av EØS-avtalen artikkel 11. Videre må den foreliggende saken skilles fra *de Peijper*¹⁴, *Eurim-Pharm*¹⁵- og *Primecrown*¹⁶-sakene. Det avgjørende spørsmål i den foreliggende saken er om vernet av måten markedsaktoren presenterer sitt produkt på til den potensielle kjøper, står i et motsetningsforhold til kjerneområdet av EØS-avtalen artikkel 11.

¹³ Sak 8/74 *Procureur de Roi mot Benoît og Gustave Dassonville* [1974] ECR 837; sak 120/78 *Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] ECR 649; sak 104/75 *Adrian de Peijper, Managing Director of Centrafarm BV* [1976] ECR 613; saker 55/80 og 57/80 *Musik-Vertrieb membran GmbH et K-tel Internat mot GEMA Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte* [1981] ECR 147; saker 56/64 og 58/64 *Établissements Consten S.à.R.L. og Grundig-Verkaufs-GmbH mot Commission of the European Economic Community* [1966] ECR 429; sak C-30/90 *Commission of the European Communities mot United Kingdom of Great Britain og Northern Irelog* [1992] ECR I-829; sak C-10/89 *SA CNL-SUCAL NV mot HAG GF AG* [1990] ECR I-3711; sak 187/80 *Merck & Co. Inc. mot Stephar BV og Petrus Stephanus Exler* [1981] ECR 2063; sak 16/74 *Centrapharm et Adriaan de Peijper mot Sterling Drug Inc. mot Winthrop BV* [1974] ECR 1183.

¹⁴ Se fotnote 4.

¹⁵ Se fotnote 5

¹⁶ Se fotnote 6.

43. In the event the EFTA Court finds that copyright constitutes a measure covered by Article 11 EEA, there are grounds for accepting the view that this measure falls within the exception provided by Article 13 EEA. The essence of the copyright for an SPC is the right of the author, i.e. the direct importer, to reserve the SPC it has developed to the marketing of its products.

44. The respondent is of the opinion that the copyright protection for an SPC is not covered by the principle of exhaustion because the SPC is not subject to trade or licensing for which the holder of the copyright receives any royalty or fees. Therefore, no right can be exhausted. Furthermore, the SPC is neither imported nor re-imported to Norway but created within the jurisdiction of Norway. Should the EFTA Court consider the SPC to be an intrinsic part of the medicinal product imported to Norway, then the SPC in the exporting State of origin is subject to exhaustion.

45. The respondent states that the Directive does not prevent the protection of the direct importer's SPC copyright. The purpose of the Directive is the elimination of barriers to trade by the adoption of harmonized registration requirements. The intellectual property right that may be connected to the information produced and which is subject to such registration is not thereby eliminated. The Directive was not designed with parallel imports in mind, but rather was intended to harmonize the registration procedure and urge the Member States to take into account a marketing authorization already granted in other Member States. The fact that the ECJ, in the *Smith & Nephew*¹⁷ judgment, declared the requirements set out in the Directive inapplicable to the import of parallel products does not prevent the national authorities from requiring documents in so far as national copyright law so directs. It follows from Article 13 EEA that the protection of intellectual property rights may also serve as a justification.

Paranova AS

46. The *intervener* refers to the Preamble to the Directive and to the Preamble to the acts amending the Directive. In that light, the harmonized regime is based on the SPC constituting a key source of information, *inter alia* between medicinal products authorities in the various States. The Directive contains no provisions which make reservations for the possibility that national copyright law might hinder such use of the SPC as set out in the Directive. On the contrary, the provisions state that the exchange/sending of SPCs between medicinal product authorities in various States and between such authorities and distributors of medicinal products shall take place, and no provision is made for hindrances due to national copyright law. Accordingly, enforcement of national copyright law concerning SPCs is contrary to Articles 4a and 4b of the Directive.

47. Furthermore, it follows from Directive 92/28/EEC that the parallel importer has access to SPCs. Corresponding conclusions may be drawn from the case law of the ECJ¹⁸ and a Communication of the Commission on parallel imports of proprietary medicinal products for which marketing authorizations have already been granted.¹⁹

¹⁷ See footnote 6.

¹⁸ See footnote 6 and footnote 4.

¹⁹ See footnote 7.

43. For det tilfelle at EFTA-domstolen finner at opphavsrett utgjør et tiltak som er omfattet av EØS-avtalen artikkel 11, er det grunnlag for å akseptere det syn at dette tiltaket faller inn under unntaksbestemmelsen i EØS-avtalen artikkel 13. Kjernen i opphavsretten for en preparatomtale er retten for forfatteren, dvs direkteimportøren, til å forbeholde preparatomtalen den har utviklet til markedsføringen av sine produkter.

44. Ankemotparten er av den oppfatningen at opphavsrettsvernet for en preparatomtale ikke er omfattet av prinsippet om konsumpsjon fordi preparatomtalen ikke er gjenstand for salg eller lisensiering som innehaveren av opphavsrettigheten mottar noe royalty eller noen honorarer for. Av den grunn kan ingen rettighet bli konsumert. Videre er preparatomtalen verken importert eller re-importert til Norge, men utarbeidet innen Norges jurisdiksjon. Skulle EFTA-domstolen betrakte preparatomtalen som å være en iboende del av legemiddelet importert til Norge, er preparatomtalen i den opprinnelige eksportstaten gjenstand for konsumpsjon.

45. Ankemotparten hevder at direktivet ikke hindrer vernet av direkteimportørens opphavsrett til preparatomtalen. Formålet med direktivet er fjerningen av handelshindringer gjennom vedtagelsen av harmoniserte registreringsvilkår. Opphavsretten som kan knyttes til informasjonsprosedyren og som er gjenstand for slik registrering, er ikke derigjennom fjernet. Direktivet ble ikke utarbeidet med parallellimport for øyet, men hadde heller til hensikt å harmonisere registreringsprosedyren og anspore medlemsstatene til å ta i betraktning en markedsføringstillatelse allerede tildelt i andre medlemsstater. Det faktum at EF-domstolen i *Smith & Nephew*¹⁷-saken erklærte vilkårene fastsatt i direktivet uanvendelige for parallellimporterte produkter, hindrer ikke nasjonale myndigheter i å kreve dokumenter i den utstrekning nasjonal opphavsrett krever det. Det følger av EØS-avtalen artikkel 13 at vernet av opphavsretten også kan tjene som en begrunnelse.

Paranova AS

46. *Intervenienten* viser til direktivets fortale og til endringsdirektivenes fortale. I lys av dette bygger det harmoniserte regimet på at preparatomtalen skal utgjøre en sentral informasjonskilde, blant annet mellom legemiddelmyndigheter i de ulike statene. Direktivet inneholder ingen bestemmelser som tar forbehold om at nasjonal opphavsrett kan være til hinder for slik bruk av preparatomtaler som fastsatt i direktivet. Tvert imot følger det av bestemmelsene at utveksling/utsendelse av preparatomtaler mellom legemiddelmyndigheter i ulike stater og mellom slike myndigheter og distributører av legemidler skal finne sted, og at det ikke gis noen bestemmelse for å hindre dette på grunnlag av nasjonal opphavsrett. Følgelig er håndhevelsen av nasjonal opphavsrett i strid med direktivet artikkel 4a og 4b.

47. Videre følger det av direktiv 92/28/EØF at parallellimportøren har adgang til preparatomtaler. Tilsvarende konklusjoner kan trekkes fra EF-domstolens rettspraksis¹⁸ og fra Kommissjonens kunngjøring om parallellimport av farmasøytiske spesialpreparater for produkter som allerede er innvilget markedsføringstillatelse.¹⁹

¹⁷ Se fotnote 6.

¹⁸ Se fotnote 6 og footnote 4.

¹⁹ Se fotnote 7.

48. It is submitted that the application of national copyright law, with the consequence that the competent medicinal products authorities may not give out/approve/lay down the same SPC for a product imported by way of parallel import without the consent of the direct importer, is a measure contrary to Article 11 EEA. If a parallel importer must draw up a separate SPC, it is dependent on all information required under Article 4a of the Directive being available through public sources. This would create problems, especially for products which are relatively new on the market and which may have a long time remaining in their protection period. Therefore it is submitted that such a practice may affect trade in that the actual opportunity for parallel imports of medicinal products may be made much more difficult and possibly even have to cease.

49. Furthermore it is not possible for the parallel importer to gain access to the information which is required by Article 4a of the Directive. Information such as therapeutic particulars are only published in medicinal pharmaceutical literature to the extent that the test show results which differ sufficiently from previously -published material or is otherwise of general and/or research related interest. The information published on the product in the Norwegian Pharmaceutical Product Compendium, which contains extracts of essential information submitted in connection with applications for marketing authorizations, is not sufficiently detailed to provide a basis for anything other than conjectures as to the clinical profile of the product. Such a practice will be able to affect trade, both directly and indirectly.

50. National copyright protection for SPCs may not be justified based on protection of industrial and commercial property rights within the meaning of Article 13 EEA. Reference is made to the case law of the ECJ,²⁰ in which copyright protection was upheld because of differences between various States' legislation. Such considerations do not apply in the case at hand.

51. Furthermore, there is no room for applying Article 13 EEA in the present case because there exists a harmonized system for SPCs and the significance of those SPCs for the issuance of marketing authorization.

52. It is submitted that any rights by virtue of national copyright on the part of medicinal products manufacturer are exhausted when the medicinal product is put on the market by the manufacturer or by another party with the manufacturer's consent. The potential protection of the SPC cannot be more extensive than the rights granted for trade marks. The function of the SPC is only to serve as formalized, standardized information to authorities and users in the individual State. The SPC cannot be seen in isolation from the medicinal product itself.

53. Enforcement of any national copyright rights with a view to stopping parallel imports would lead to an unjustified partitioning of the market and would thus be contrary to the rules on the free movement of goods.

54. Enforcement of any national copyright rights with the consequence that the competent medicinal products authority may not give out/approve/lay down the same SPC for a product imported by way of parallel import as for a directly imported medicinal product, without the consent of direct importer, both aims at and leads to artificial partitioning of the market in the European Economic Area. This constitutes a disguised restriction on trade. Consequently, a justification under Article 13 EEA is impossible.

55. The intervener suggests answering the questions as follows:

²⁰ Cases 60/84 and 61/84 *Cinéthèque SA and others v Fédération nationale des cinémas français* [1985] ECR 2605.

48. Det anføres at anvendelsen av nasjonal opphavsrett, med den følge at den kompetente legemiddelmyndigheten ikke kan gi ut/godkjenne/fastsette den samme preparatomtalen for et parallellimportert produkt uten samtykke fra direkteimportøren, er et tiltak i strid med EØS-avtalen artikkel 11. Dersom en parallellimportør må utarbeide en særskilt preparatomtale, er denne avhengig av at all informasjon som er nødvendig etter direktivet artikkel 4a er tilgjengelige gjennom offentlige kilder. Dette ville skape problemer, særlig for produkter som er relativt nye på markedet og som kan ha lang tid igjen av sin vernetid. Derfor gjøres det gjeldende at en slik praksis vil kunne påvirke samhandelen ved at den reelle muligheten for parallellimport av legemidler kan bli sterkt vanskeliggjort, eventuelt måtte opphøre.

49. Videre er det ikke mulig for parallellimportøren å få adgang til informasjonen som er krevet etter direktivet artikkel 4a. Informasjon om så som terapeutiske indikasjoner er bare publisert i medisinsk farmasøytisk litteratur i den grad undersøkelsene viser resultater som atskiller seg fra tidligere publisert materiale eller for øvrig er av allmenn og/eller forskningsinteresse. Informasjonen som er publisert om preparatet i felleskatalogen, som inneholder utdrag av vesentlige opplysninger inngitt i forbindelse med søknad om markedsføringstillatelse, er ikke tilstrekkelig detaljert til å gi grunnlag for annet enn formodninger om preparatets kliniske profil. Slik praksis vil kunne påvirke samhandelen såvel direkte som indirekte.

50. Nasjonalt opphavsrettslig vern for preparatomtaler vil ikke kunne begrunnes ut fra vernet om den industrielle og kommersielle eiendomsrett i betydningen av EØS-avtalen artikkel 13. Det vises til rettspraksis fra EF-domstolen,²⁰ hvor opphavsrettslig vern ble opprettholdt begrunnet i ulikhetene mellom de enkelte lands lovgivning. Slike hensyn gjør seg ikke gjeldende i den foreliggende saken.

51. Videre er det ikke rom for anvendelse av EØS-avtalen artikkel 13 i den foreliggende saken fordi det foreligger et harmonisert system for preparatomtaler og slike preparatomtalers betydning for utstedelsen av markedsføringstillatelsen.

52. Det hevdes at en eventuell nasjonal opphavsrett på legemiddelprodusentens hånd er konsumert når legemiddelet er brakt på markedet av produsenten eller av en annen med hans samtykke. Det mulige vernet av preparatomtalen kan ikke være mer omfattende enn rettighetene gitt for varemerker. Preparatomtalens funksjon er kun å tjene som en formalisert og standardisert informasjon til myndigheter og brukere i de enkelte stater. Preparatomtalen kan ikke ses løst fra selve legemiddelet.

53. Håndhevelse av eventuelle nasjonale opphavsrettigheter med sikte på å stoppe parallellimport i en slik situasjon ville føre til en uberettiget oppdeling av markedet og ville følgelig være i strid med reglene om fri bevegelse av varer.

54. Håndhevelse av eventuelle nasjonale opphavsrettigheter med den følge at den kompetente legemiddelmyndighet ikke kan gi ut/godkjenne/fastsette den samme preparatomtalen for et parallellimportert produkt som for et direkteimportert legemiddel uten at direkteimportøren har samtykket, både tar sikte på og fører til en kunstig markedsoppdeling innenfor EØS-området. Dette utgjør en skjult hindring for handelen. Følgelig er en begrunnelse etter EØS-avtalen artikkel 13 umulig.

55. Intervenienten foreslår å besvare spørsmålene som følger:

²⁰ Saker 60/84 og 61/84 *Cinéthèque SA m fl mot Fédération nationale des cinémas français* [1985] ECR 2605.

“Question 2: Council Directive 65/65/EEC, as amended, prevents national legislation from allowing the exercise of copyright protection for a Summary of Product Characteristics which is approved/laid down by medicinal products authority in accordance with that Directive and which would lead to the medicinal products authority not being able to give out/approve/lay down the same Summary of Product Characteristics for a product imported by way of parallel import without the consent of the direct importer.

Question 1: There is a measure with effect equivalent to a restriction on imports contrary to Article 11 EEA, which cannot be upheld by reference to the industrial or commercial property rights in Article 13 EEA, if a Summary of Product Characteristics which is approved/laid down by the competent medicinal products authority in accordance with Council Directive 65/65, as amended inter alia by Article 4(9) of Council Directive 83/570/EEC, is protected by the importer's (direct importer's) rights under national copyright, with the consequence that the medicinal products authority may not give out/approve/lay down the same Summary of Product Characteristics for a medicinal product imported by way of parallel import as for a medicinal product imported by way of direct import, without the consent of the direct importer.”

The EFTA Surveillance Authority

56. With respect to the interpretation of Article 11 EEA in relation to parallel imports of medicinal products, the *EFTA Surveillance Authority* refers to the case law of the ECJ²¹ and the EFTA Court.²²

57. The exercise of the copyright in the present case prevents the competent authority from giving out, laying down, or approving, in respect of a product imported by way of parallel import, an SPC which is a part of a licence already issued unless the direct importer gives its permission to do so. Restrictions of this kind, i.e. in the use of, or access to, the officially approved description of the kind of product the parallel importer seeks to put on the market, complicate the authorization procedure. Thus, the exercise of such copyright leads to at least a potential hindrance on parallel imports. A national law which makes it possible for a direct importer to exercise the copyright in such a way constitutes a measure having effect equivalent to a quantitative restriction contrary to Article 11 EEA.

58. According to established case law of the ECJ, the grounds of protection of industrial and commercial property referred to in Article 36 EC include the protection conferred by copyright.²³

²¹ Case 8/74 *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville* [1974] ECR 837; Case 104/75 *Adrian de Peijper, Managing Director of Centrafarm BV* [1976] ECR 613; Case 201/94 *The Queen v The Medicines Control Agency, ex parte Smith & Nephew Pharmaceuticals Ltd and Primecrown Ltd v The Medicine Control Agency* [1996] ECR I-5819.

²² Case E-5/96 *Ullensaker kommune and others v Nille* [1997] EFTA Court Report 32; and Case E-6/96 *Tore Wilhelmsen AS v Oslo kommune* [1997] EFTA Court Report 56.

²³ Cases 55/80 and 57/80 *Musik-Vertrieb membran GmbH et K-tel Internat v GEMA Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte* [1981] ECR 147; Case C-337/95 *Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v Evora BV* [1997] ECR I-6013; Case 78/70 *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co.KG* [1971] ECR 487; Case 102/77 *Hoffman-La Roche & Co.AG v Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*. [1978] ECR 1139; Joined Cases C-92/92 and 326/92 *Phil Collins v Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im- und Export*

"Spørsmål 2: Rådsdirektiv 65/65/EØF, med endringer, er til hinder for at nasjonal lovgivning anerkjenner utøvelse av opphavsrettslig vern til en preparatomtale som er godkjent/fastsatt av legemiddelmyndigheten i samsvar med dette direktiv og som ville ha som følge at legemiddelmyndigheten ikke kunne gi ut/godkjenne/fastsette den samme preparatomtale for et parallellimportert preparat uten at direkteimportøren hadde samtykket.

Spørsmål 1: Det foreligger et tiltak med tilsvarende virkning som en importrestriksjon i strid med EØS-avtalen artikkel 11, som ikke kan rettferdiggjøres under henvisning til den industrielle eller kommersielle eiendomsrett i EØS-avtalen artikkel 13, dersom en preparatomtale som er godkjent/fastsatt av den kompetente legemiddelmyndighet i samsvar med Rådsdirektiv 65/65/EØF, endret bl.a. ved Rådsdirektiv 83/570/EØF, artikkel 4 nr 9, er beskyttet av importørens (direkteimportørens) nasjonale opphavsrett, med den følge at legemiddelmyndigheten ikke kan gi ut/godkjenne/fastsette den samme preparatomtalen for et parallellimportert legemiddel som for et direkteimporterte legemiddel uten at direkteimportøren har samtykket."

EFTAs overvåkningsorgan

56. Med hensyn til fortolkningen av EØS-avtalen artikkel 11 i forhold til parallellimport av legemidler viser *EFTAs overvåkningsorgan* til rettspraksis fra EF-domstolen²¹ og EFTA-domstolen.²²

57. Utøvelsen av opphavsretten i den foreliggende saken hindrer den kompetente myndigheten fra å utgi, fastlegge eller godkjenne en preparatomtale når det gjelder et parallellimportert produkt, som er en del av en tillatelse som allerede er utstedt, med mindre direkteimportøren gir sitt samtykke. Restriksjoner av denne typen, dvs i bruken av, eller tilgangen til, den offisielt godkjente beskrivelsen av den type produkt parallellimportøren søker å bringe på markedet, kompliserer godkjenningsprosedyren. Utøvelsen av slik opphavsrett leder således i det minste til et potensielt hinder for parallellimport. En nasjonal lov som gjør det mulig for en direkteimportør å utøve opphavsretten på en slik måte utgjør et tiltak med tilsvarende virkning som en importrestriksjon i strid med EØS-avtalen artikkel 11.

58. Ifølge fast rettspraksis fra EF-domstolen, innbefatter grunnlagene for vern av den industrielle og kommersielle eiendomsretten henvist til i EF-traktaten artikkel 36 vernet gitt ved opphavsrett.²³

²¹ Sak 8/74 *Procureur du Roi mot Benoît og Gustav Dassonville* [1974] ECR 837; sak 104/75 *Adrian de Peijper, Managing Director of Centrafarm BV* [1976] ECR 613; sak 201/94 *The Queen mot The Medicines Control Agency, ex parte Smith & Nephew Pharmaceuticals Ltd og Primecrown Ltd mot The Medicine Control Agency* [1996] ECR I-5819.

²² Sak E-5/96 *Ullensaker kommune m fl mot Nille* [1997] EFTA Court Report 32 og sak E-6/96 *Tore Wilhelmsen AS mot Oslo kommune* [1997] EFTA Court Report 56.

²³ Saker 55/80 og 57/80 *Musik-Vertrieb membran GmbH et K-tel Internat mot GEMA Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte* [1981] ECR 147; sak C-337/95 *Parfums Christian Dior SA og Parfums Christian Dior BV mot Evora BV* [1997] ECR I-6013; sak 78/70 *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH mot Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co.KG* [1971] ECR 487; sak 102/77 *Hoffman-La Roche & Co.AG mot Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*. [1978] ECR 1139; saker C-92/92 og 326/92 *Phil Collins mot Imtrat Hogelsgesellschaft mbH og Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH og Leif Emmanuel Kraul mot EMI Electrola GmbH* [1993] ECR

59. However, the exercise of an intellectual property right in a manner not corresponding to the essential function of that right cannot be justified by a reference to Article 36 EC.²⁴ When a copyright is exercised in such a way and circumstances as in fact to pursue an aim manifestly contrary to the objectives of Article 36 EC, such a right cannot be considered to be exercised in a manner which corresponds to its essential function within the meaning of Article 36 EC.²⁵

60. The EFTA Surveillance Authority argues that Astra is in principle entitled to reserve the exclusive right to reproduce the SPC. However, the restrictions on its use have the effect of hindering parallel imports of medicinal products and thus the potential of bringing about the partitioning of the market, which is contrary to the aims of the EEA Agreement.²⁶

61. The EFTA Surveillance Authority concludes that national legislation which makes it possible to exercise a copyright in respect of an SPC in such a way as to oppose the use of the same SPC by the competent authority in respect of a product imported by way of parallel import, cannot be justified under Article 13 EEA.

62. According to the EFTA Surveillance Authority, in light of the given arguments, it is not necessary to answer the question whether it is contrary to Articles 4a and 5 of the Directive for national legislation to provide copyright protection for the SPC.

63. Should the EFTA Court give an answer to this question, the EFTA Surveillance Authority puts forward the following arguments: the Directive does not address the issue of prohibiting copyright protection for the SPC. The Directive does not seek to harmonize rules governing copyright protection. The aim of the Directive is to harmonize rules concerning the production and distribution of medicinal products.

64. Reference is made to the Preamble to Directive 83/570/EEC, which introduces the SPC into the Directive. The main purpose of introducing the SPC is to safeguard public health. The other main element is to ensure the free movement of medicinal products.

65. The content of the SPC must be easily accessible to the competent authorities. Affording copyright protection to the SPC would result in a situation where the information contained in it would not be easily accessible to or at the disposal of the competent authority.

66. There is an element of dialogue between the applicant and the authorities when the competent authority approves the SPC and issues the authorization. This element is reflected in Article 4b of the Directive. Therefore, the final version of the SPC may be different from the proposal submitted by the applicant. The direct importer is not necessarily the author of the SPC.

Verwaltungsgesellschaft mbH and Leif Emmanuel Kraul v EMI Electrola GmbH [1993] ECR I-5145; and Case 158/86 *Warner Brothers Inc. and Metronome Video ApS v Erik Viuff Christiansen* [1988] ECR 2605.

²⁴ Case 187/80 *Merck & Co. Inc. v Stephar BV and Petrus Stephanus Exler* [1981] ECR 2063; Case 19/84 *Pharmon BV v Hoechst Ag* [1985] ECR 2281.

²⁵ Case T-76/89 *Independent Television Publications Ltd v Commission of the European Communities* [1991] ECR II-575.

²⁶ This aim is reflected in Article 1(2) of Protocol 28 to the EEA Agreement.

59. Utøvelsen av en opphavsrett på en måte som ikke er i overensstemmelse med hovedfunksjonen til denne retten kan imidlertid ikke begrunnes under henvisning til EF-traktaten artikkel 36.²⁴ Når en opphavsrett er utøvet på en slik måte og under slike omstendigheter slik at den faktisk fremmer et formål åpenbart i strid med hensynene bak EF-traktaten artikkel 36, kan ikke en slik rett betraktes å bli utøvet på en måte som er i overensstemmelse med sin hovedfunksjon i betydningen av EF-traktaten artikkel 36.²⁵

60. EFTAs overvåkningsorgan hevder at Astra i prinsippet er berettiget til å forbeholde seg eneretten til reproduksjon av preparatomtalen. Restriksjonene på bruken av den har imidlertid som virkning at parallellimport av legemidler hindres og således forårsaker muligheten for markedsoppdeling, hvilket er i strid med EØS-avtalens formål.²⁶

61. EFTAs overvåkningsorgan konkluderer med at nasjonal lovgivning som gjør det mulig å utøve en opphavsrett i sammenheng med en preparatomtale på en slik måte at den kompetente myndigheten nekter bruken av den samme preparatomtalen i forhold til parallellimporterte produkter, ikke kan begrunnes etter EØS-avtalen artikkel 13.

62. Ifølge EFTAs overvåkningsorgan er det, i lys av de presenterte argumentene, ikke nødvendig å besvare spørsmålet om det er i strid med direktivet artikkel 4a og 5 om en nasjonal lovgivning fastsetter opphavsrettslig vern for preparatomtalen.

63. Skulle EFTA-domstolen gi et svar på dette spørsmålet, legger EFTAs overvåkningsorgan frem følgende argumenter: Direktivet omhandler ikke spørsmålet om å forby opphavsrettslig vern for preparatomtalen. Direktivet søker ikke å harmonisere bestemmelser om opphavsrettslig vern. Formålet med direktivet er å harmonisere regler som gjelder produksjonen og distribusjonen av legemidler.

64. Det vises til fortalen til direktiv 83/570/EØF, som innfører preparatomtalen i direktivet. Hovedformålet med å innføre preparatomtalen er å beskytte folkehelsen. Det andre hovedelementet er å sikre fri bevegelighet av legemidler.

65. Innholdet av preparatomtalen må være lett tilgjengelig for de kompetente myndigheter. Å gi opphavsrettslig vern av preparatomtalen ville resultere i en situasjon der informasjonen den inneholdt ikke ville bli lett tilgjengelig, eller til disposisjon for, den kompetente myndigheten.

66. Det er et element av dialog mellom søkeren og myndighetene når den kompetente myndigheten godkjenner preparatomtalen og utsteder tillatelsen. Dette elementet er reflektert i direktivet artikkel 4b. Av den grunn kan den endelige versjonen av preparatomtalen være forskjellig fra forslaget som er fremlagt av søkeren. Direkteimportøren er ikke nødvendigvis forfatteren av preparatomtalen.

I-5145; sak C-337/95 *Parfums Christian Dior SA og Parfums Christian Dior BV mot Evora BV* [1997] ECR I-6013 og sak 158/86 *Warner Brothers Inc. og Metronome Video ApS mot Erik Viuff Christiansen* [1988] ECR 2605.

²⁴ Sak 187/80 *Merck & Co. Inc. mot Stephar BV og Petrus Stephanus Exler* [1981] ECR 2063; sak 19/84 *Pharmon BV mot Hoechst Ag* [1985] ECR 2281.

²⁵ Sak T-76/89 *Independent Television Publications Ltd mot Commission of the European Communities* [1991] ECR II-575.

²⁶ Dette formålet er gjenspeilet i EØS-avtalen protokoll 28, artikkel 1 nr 2.

67. Furthermore, the SPC is integrally and intrinsically linked to marketing authorization, which is not only intended to apply with regard to the first marketing of the product. According to the case law of the ECJ,²⁷ the marketing authorization serves as an authorization issued on a once-and-for-all basis with regard to the relevant product.

68. Since the SPC is an integral part of the marketing authorization, the competent authority is merely checking whether the product is already covered by the earlier marketing authorization/SPC. The administrative decision that follows is not to be regarded as new marketing authorization, but merely a confirmation that the product is covered by an earlier decision.

69. If the SPC attached to the earlier decision were to be given copyright protection, one would accept that the direct importer could successfully invoke copyright protection against an administrative decision.

70. In light of the foregoing, copyright protection for the SPC would be in conflict with the purpose of the Directive/SPC and the nature of the SPC. Any conclusion to the contrary would mean that the competent authorities run the risk of being in breach of copyright while simply performing their duties under the Directive.

71. The EFTA Surveillance Authority proposes answering the questions as follows:

“National legislation which renders it possible to exercise a copyright to a Summary of Product Characteristics issued in accordance with Council Directive 65/65/EEC, as amended, with the consequence that the competent medicinal products authority may not, without the consent of the direct importer, give out, approve or lay down the same Summary for a product imported by way of parallel import, constitutes a measure having equivalent effect to quantitative restrictions in the meaning of Article 11 EEA which cannot be justified under Article 13 EEA.

This being so, there is no need to answer the second question.”

Commission of the European Communities

72. The *Commission of the European Communities*, referring to the provisions of the Directive, points out that it is always the competent authority and not the applicant who approves and takes responsibility for the SPC. It follows from Article 7a, paragraph 2 of the Directive that the SPC constitutes an integral and inseparable part of the marketing authorization itself. The administrative act which allows a parallel importer to place products imported by way of parallel import on the market merely confirms that a product which is subject to parallel import is covered by a marketing authorization already granted in the State of import.

73. With respect to the interpretation of Articles 11 and 13 EEA, the Commission refers to the case law of the ECJ²⁸ and to Article 5 of Protocol 28 to the EEA Agreement on Intellectual

²⁷ See footnote 6.

²⁸ Case 144/81 *Keurkoop BV v Nancy Kean Gifts BV* [1982] ECR 2853; Case 53/87 *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli and Maxicar v Régie nationale des usines Renault* [1988] ECR 6039; Case C-317/91 *Deutsche Renault AG v AUDI AG* [1993] ECR I-6227; Case 104/75 *Adrian de Peijper, Managing Director of Centrafarm BV* [1976] ECR 613; Case 201/94 *The Queen v The Medicines Control Agency, ex parte Smith & Nephew Pharmaceuticals Ltd and Primecrown Ltd v The Medicine Control Agency* [1996] ECR I-5819; Case C-207/91 *Eurim-Pharm GmbH v Bundesgesundheitsamt* [1993] ECR I-3723.

67. Videre er preparatomtalen helt ut og reelt knyttet til markedsføringstillatelsen, som ikke bare er beregnet til bruk i forbindelse med den første markedsføringen av produktet. Ifølge rettspraksis fra EF-domstolen²⁷ tjener markedsføringstillatelsen som en tillatelse utstedt på en engang-for-alle basis med hensyn til det relevante produktet.

68. Siden preparatomtalen er en integrert del av markedsføringstillatelsen kontrollerer den kompetente myndigheten bare om produktet allerede er omfattet av den tidligere markedsføringstillatelsen/preparatomtalen. Den administrative beslutningen som følger skal ikke bli sett på som en ny markedsføringstillatelse, men bare som en bekreftelse på at produktet er omfattet av en tidligere beslutning.

69. Dersom preparatomtalen vedlagt den tidligere beslutningen skulle gis opphavsrettslig vern, ville man akseptere at direkteimportøren med hell kunne påkalle opphavsrettslig vern mot en administrativ beslutning.

70. I lys av det foregående ville opphavsrettslig vern for preparatomtalen være i strid med formålet med direktivet/preparatomtalen og preparatomtalens art. Enhver konklusjon i motsatt retning ville bety at de kompetente myndigheter løper risikoen for å opptre i strid med opphavsretten ved simpelthen å utøve deres plikter etter direktivet.

71. EFTAs overvåkningsorgan foreslår å besvare spørsmålene som følger:

"Nasjonal lovgivning som gjør det mulig å utøve en opphavsrett for en preparatomtale utstedt i overensstemmelse med rådsdirektiv 65/65/EØF, som endret, med den følge at den kompetente legemiddelmyndigheten ikke kan, uten samtykke fra direkteimportøren, utgi, godkjenne eller fastlegge den samme preparatomtalen for parallellimporterte produkter, utgjør et tiltak med tilsvarende virkning som en importrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 11 som ikke kan begrunnes i EØS-avtalen artikkel 13."

På bakgrunn av dette er det ikke behov for å besvare det andre spørsmålet."

Kommisjonen for De europeiske fellesskap

72. *Kommisjonen for De europeiske fellesskap* peker under henvisning til bestemmelsene i direktivet på at det alltid er den kompetente myndigheten og ikke søkeren som godkjenner og tar ansvaret for preparatomtalen. Det følger av direktivet artikkel 7a nr 2 at preparatomtalen utgjør en integrert og uatskillelig del av selve markedsføringstillatelsen. Den administrative bestemmelsen som tillater en parallellimportør å bringe parallellimporterte produkter på markedet, bekrefter kun at et produkt som er gjenstand for parallellimport er omfattet av en markedsføringstillatelse allerede tildelt i importstaten.

73. Når det gjelder tolkningen av EØS-avtalen artikkel 11 og 13 viser Kommisjonen til rettspraksis fra EF-domstolen²⁸ og til EØS-avtalen protokoll 28 om opphavsrett, artikkel 5. Etter

²⁷ Sak 201/94 *The Queen mot The Medicines Control Agency, ex parte Smith & Nephew Pharmaceuticals Ltd og Primecrown Ltd mot The Medicine Control Agency* [1996] ECR I-5819.

²⁸ Sak 144/81 *Keurkoop BV mot Nancy Kean Gifts BV* [1982] ECR 2853; sak 53/87 *Consortio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli og Maxicar mot Régie national des usines Renault* [1988] ECR 6039; sak C-317/91 *Deutsche Renault AG mot AUDI AG* [1993] ECR I-6227; sak 104/75 *Adrian de Peijper, Managing Director of Centrafarm BV* [1976] ECR 613; sak 201/94 *The Queen mot The Medicines Control Agency, ex parte Smith & Nephew*

Property. Under the latter provision, the States in the European Economic Area are obliged to adhere to a number of multilateral conventions on industrial and intellectual property, including the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. Under Article 2(4) of the Convention, it is for the national legislation to determine the protection to be granted to official texts of legislative, administrative and legal nature. Article 9(2) of the Convention permits contracting parties to allow copying in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

74. The Commission submits that a national rule, the effect of which is to oblige a parallel importer to draw up its own SPC and not allow it to use the SPC of the holder of the marketing authorization, constitutes a measure of equivalent effect to a quantitative restriction on imports under Article 11 EEA which cannot be justified under Article 13 EEA. For the parallel importer it will be difficult and, in some cases, impossible to draw up a comprehensive new and different SPC because it will often not have information and documentation on the nature and effect of the product.

75. Articles 4a and 5 of the Directive must be interpreted as requiring Member States to approve the same SPC for the same product regardless of who the importer might be.

76. As a general rule, a product imported by way of parallel import must have the same SPC as the product authorized in accordance with the Directive. Otherwise, the product imported by way of parallel import would not be covered by the existing marketing authorization. If one applies copyright protection to the SPC, this would constitute a significant barrier to parallel imports of medicinal products.

77. The case at hand should be distinguished from the judgments of the ECJ according to which the EC Treaty does not prevent Member States from determining the conditions under which intellectual property rights are granted. The Commission suggests adopting an interpretation of the combined effects of the Directive and Articles 11 and 13 EEA which would not allow copyright protection to prevent the Norwegian authorities attaching the SPC to the parallel import authorization.

78. Reference is made to the case law of the ECJ concerning the specific subject-matter of copyright. In the present case, it is not the SPC itself in connection with the marketing authorization that is of value to the holder of the marketing authorization. Copyright protection for the SPC is useful to the extent that its exercise would impede parallel imports of the medicinal products to which it refers. In principle, Community law respects the existence of copyright in the SPC, if that is granted by national law. In the circumstances of the case, however, the exercise of copyright in the SPC need not and should not be permitted under Community law. Its protection would therefore be disproportionate to the objective pursued by the copyright and could be considered as constituting a disguised restriction on trade within the second sentence of Article 36 EC.²⁹

²⁹ Case 34/79 *Regina v Maurice Donald Henn and John Frederick Ernest Darby* [1979] ECR 3795.

den sistnevnte bestemmelsen er statene i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde forpliktet til å tiltre en rekke multilaterale konvensjoner om opphavsrett og industrielt rettsvern, inklusive Bern-konvensjonen om vern av litterær og kunstnerisk eiendomsrett. Etter konvensjonens artikkel 2 nr 4 er det opp til nasjonal lovgivning å bestemme hvilket vern som skal tilstås offisielle tekster på lovgivningens, forvaltningens og rettspleiens område. Konvensjonens artikkel 9 nr 2 tillater avtalepartene å tillate reproduksjon i visse spesielle tilfelle, under forutsetning av at slik reproduksjon ikke skader den normale utnyttelsen av verket og ikke på urimelig måte tilsidesetter opphavsmannens legitime interesser.

74. Kommisjonen hevder at en nasjonal regel hvis virkning er å tvinge en parallellimportør til å utarbeide sin egen preparatomtale og ikke tillate denne å bruke preparatomtalen til innehaveren av markedsføringstillatelsen, utgjør et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 11 som ikke kan begrunnes etter EØS-avtalen artikkel 13. For parallellimportøren vil det bli vanskelig, og i noen tilfeller umulig, å oppstille en omfattende ny og annerledes preparatomtale fordi denne ofte ikke vil ha informasjonen og dokumentasjonen om arten og virkningen av produktet.

75. Direktivet artikkel 4a og 5 må fortolkes slik at medlemsstatene er forpliktet til å godkjenne den samme preparatomtalen for det samme produktet uavhengig av hvem importøren kan være.

76. Som en generell regel må et parallellimportert produkt ha den samme preparatomtalen som produktet godkjent i overensstemmelse med direktivet. I motsatt fall ville ikke det parallellimporterte produktet være omfattet av den foreliggende markedsføringstillatelsen. Dersom en legger til grunn opphavsrettslig vern av preparatomtalen ville dette utgjøre en vesentlig barriere for parallellimport av legemidler.

77. Den foreliggende saken bør skilles fra dommer av EF-domstolen. Ifølge disse hindrer ikke EF-traktaten medlemsstatene i å bestemme på hvilke vilkår opphavsrettigheter skal tildeles. Kommisjonen foreslår at det legges til grunn en fortolkning av de samlede virkningene av direktivet og EØS-avtalen artikkel 11 og 13, som ikke vil tillate opphavsrettslig vern for å hindre at norske myndigheter vedlegger preparatomtalen til parallellimportstillatelsen.

78. Det vises til rettspraksis fra EF-domstolen som gjelder det særskilte temaet opphavsrett. I den foreliggende saken er det ikke preparatomtalen selv i sammenheng med markedsføringstillatelsen som er av verdi for innehaveren av markedsføringstillatelsen. Opphavsrettslig vern for preparatomtalen er nyttig i den utstrekning utøvelsen av den ville hindre parallellimport av de legemidlene den viser til. I prinsippet respekterer fellesskapsretten eksistensen av opphavsrett for preparatomtalen dersom den er godkjent i nasjonal lov. Imidlertid, etter sakens omstendigheter, trenger ikke og behøver ikke utøvelsen av opphavsretten tillates etter fellesskapsretten. Dens vern ville derfor være uforholdsmessig i forhold til opphavsrettens formål og kunne betraktes som å utgjøre en skjult hindring på samhandelen i henhold til EF-traktaten artikkel 36 annen setning.²⁹

Pharmaceuticals Ltd og Primecrown Ltd mot The Medicine Control Agency [1996] ECR I-5819; sak C-207/91 *Eurim-Pharm GmbH mot Bundesgesundheitsamt* [1993] ECR I-3723.

²⁹ Sak 34/79 *Regina mot Maurice Donald Henn og John Frederick Ernest Darby* [1979] ECR 3795.

79. The Commission proposes answering the questions as follows:

“Articles 11 and 13 EEA in combination with Directive 65/65/EEC are to be interpreted as not permitting the protection by the direct importer’s national copyright law of a Summary of Product Characteristics which is approved by the competent medicinal products authority, to the extent that the medicinal products authority may not give out/approve/lay down the same Summary of Product Characteristics for a product imported by way of parallel import without the consent of the direct importer.”

Carl Baudenbacher
Judge-Rapporteur

79. Kommisjonen foreslår å besvare spørsmålene som følger:

"EØS-avtalen artikkel 11 og 13, sammenholdt med direktiv 65/65/EØF, må fortolkes slik at de ikke tillater opphavsrettslig vern i direkteimportørens nasjonale opphavsrett av en preparatomtale som er godkjent av den kompetente legemiddelmyndigheten i den utstrekning legemiddelmyndigheten ikke kan utgi/godkjenne/fastsette den samme preparatomtalen for et parallellimportert produkt uten samtykke av direkteimportøren."

Carl Baudenbacher
Saksforberedende dommer

Case E-2/98

Federation of Icelandic Trade
(*Samtök verslunarinnar - Félag íslenskra stórkaupmanna, FÍS*)

v

The Government of Iceland and the Pharmaceutical Pricing Committee
(*Lyfjaverðisnefnd*)

(Request for an advisory opinion from Héraðsdómur Reykjavíkur
(Reykjavik City Court), Iceland)

(Pricing of pharmaceutical products – general price decrease – price control system)

Advisory Opinion of the Court, 24 November 1998	174
Report for the Hearing.....	186

Summary of the Advisory Opinion

1. The Directive does not affect the price-setting policies of the Contracting Parties. Therefore, under the Directive, a Contracting Party is free to adopt measures to control public health expenditure on medicinal products, provided that those measures are in line with the transparency requirements of the Directive. These procedural guarantees are intended to ensure that all concerned may verify that the national measures do not constitute quantitative restrictions on imports or exports or measures having equivalent effect thereto within the meaning of

Article 30 EC and Article 11 EEA. While distortive measures have been challenged under Article 30 EC, there is nothing that indicates that Article 11 EEA would apply in the circumstances of the case at hand.

2. The distinction between the Articles 2 and 3 of the Directive on the one hand, and Articles 4 and 5 on the other, lies in the different measures to control prices these provisions assume, which, in the case of Articles 2 and 3, are individual decisions aimed at individual medicinal products, whereas

Mál E-2/98

**Samtök verslunarinnar - Félag íslenskra stórkaupmanna, FÍS
gegn
íslenska ríkinu og Lyfjaverðsnefnd**

(Beiðni um ráðgefandi álit frá Héraðsdómi Reykjavíkur)

(Verðlagning lyfja – almenn verðlækkun –stjórn á verði lyfja)

Ráðgefandi álit dómstólsins frá 24. nóvember 1998	174
Skýrsla framsögumanns.....	186

Samantekt

1. Tilskipunin hefur ekki áhrif á stefnu í lyfjaverðlagningu samningsaðila. Samningsaðili getur því, án þess að brjóta gegn ákvæðum tilskipunarinnar, gripið til ráðstafana til að stjórna opinberum útgjöldum til lyfjamála, að því tilskildu að ekki sé brotið gegn ákvæðum tilskipunarinnar um gagnsæi. Slíkum málsmeðferðarkröfum er ætlað að tryggja að allir sem hlut eiga að máli geti fúllvissað sig um að innlendar ráðstafanir leiði ekki til magntakmarkana á innflutningi eða útflutningi eða ráðstafana sem hafa sambærileg áhrif, í skilningi 30. gr. Rómarsamningsins. Ekkert bendir til þess að 11. gr. EES-

samningsins eigi við um atvik máls þessa.

2. Greinarmunur á 2. og 3. gr. tilskipunarinnar annars vegar og 4. og 5. gr. tilskipunarinnar hins vegar verður byggður á því að þar er gert ráð fyrir mismunandi ráðstöfunum til að stjórna verði. Ákvæði 2. og 3. gr. eiga við um einstakar ákvarðanir sem fjalla um tiltekin lyf en ákvæði 4. og 5. gr. eiga við um almennar ákvarðanir sem hafa áhrif á öll lyf eða tiltekna lyfjaflokka.

3. Hugtakið “verðstöðvun” í skilningi 4. gr. tilskipunarinnar verður ekki skýrt svo þröngt að taki aðeins til

Articles 4 and 5 concern general measures affecting all or at least a number of products.

3. The words “price freeze” within the meaning of Article 4 cannot be interpreted so narrowly that they only cover a *status quo* of the prevailing price level. A decision on the general decrease in wholesale prices must be regarded as amounting to a “price freeze” within the meaning of Article 4 of the Directive.

4. Article 4(2) of the Directive provides for the possibility of submitting individual applications for price increases for particular products and that the provision applies to applications for a derogation from a price freeze within the meaning of the Directive. As long as the general price decision is in effect, Article 4 must be seen as taking

priority over Article 3. In the case of a general measure to lower the maximum wholesale price of certain categories of medicinal products, the requirements under Article 4(2) of the Directive must be fulfilled, *inter alia* that a reasoned decision must be given on all applications. On the other hand, an exception may only be applied for in exceptional circumstances and only where particular reasons may justify a derogation from the general price decision. With regard to the latter conditions, it is noted that Article 4 establishes minimum requirements. Thus, national law may set out less restrictive requirements with respect to the conditions under which individual derogations may be granted.

óbreyttrar verðlagningar. Ákvörðun um almenna lækun á heilðsöluverði hlýtur að teljast "verðstöðvun" í skilningi 4. gr. tilskipunarinnar.

4. Samkvæmt 2. mgr. 4. gr. tilskipunarinnar er gert ráð fyrir að heimilt sé að sækja um hækkun á verði einstakra lyfja og á greinin við um umsóknir um undanþágur frá verðstöðvun í skilningi tilskipunarinnar. Meðan hin almenna verðákvörðun gildir ganga ákvæði 4. gr. tilskipunarinnar frammar ákvæðum 3. gr. Þegar um er að ræða almenna ákvörðun um að lækka hámarksverð í heilðsölu, sem tekur til ákveðinna lyfjaflokka, verður því að fara að kröfum 2. mgr. 4. gr., meðal annars

um að rökstyðja skuli ákvarðanir um allar umsóknir. Hins vegar er eingöngu heimilt að sækja um undanþágu í undantekningartilvikum og aðeins ef sérstök rök mæla með undanþágu frá hinni almennu verðákvörðun. Með tilliti til síðargreinds skilyrðis bendir dómstóllinn á að 4. gr. mælir fyrir um lágmarkskröfur. Innlend lög geta því mælt svo fyrir að veita megi einstakar undanþágur þótt öllum þargreindum skilyrðum sé ekki fullnægt.

ADVISORY OPINION OF THE COURT

24 November 1998*

(Pricing of pharmaceutical products – general price decrease – price control system)

In Case E-2/98

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 Héraðsdómur Reykjavíkur (Reykjavík City Court) for an Advisory Opinion in the case pending before it between

Federation of Icelandic Trade (*Samtök verslunarinnar - Félag íslenskra stórkaupmanna, FÍS*)

and

The Government of Iceland and the Pharmaceutical Pricing Committee (*Lyfjaverðsnefnd*)

on the interpretation of Council Directive 89/105/EEC of 21 December 1988.

THE COURT,

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

Registrar: Gunnar Selvik,

after considering the written observations submitted on behalf of:

– the plaintiff, represented by Counsel Baldvin Hafsteinsson;

* Language of the Request for an Advisory Opinion: Icelandic.

RÁÐGEFANDI ÁLIT
24. nóvember 1998*

(Verðlagning lyfja – almenn verðlækkun – stjórn á verði lyfja)

Mál E-2/98

BEIÐNI um ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins, samkvæmt 34. gr. samningsins milli EFTA-rikkanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls, frá Héraðsdómi Reykjavíkur í máli sem rekið er fyrir dómstólnum

Samtök verslunarinnar - Félag íslenskra stórkaupmanna, FÍS

gegn

íslenska ríkinu og Lyfjaverðsnefnd

varðandi túlkun tilskipunar ráðsins 89/105/EBE, frá 21. desember 1988.

DÓMSTÓLLINN,

skipaður: Bjørn Haug, forseta, Þór Vilhjálmssyni og Carl Baudenbacher (framsögumanni), dómurum,

dómritari: Gunnar Selvik,

hefur, með tilliti til skriflegra greinargerða frá:

– stefnanda; í fyrirsvari er Baldvin Hafsteinsson, hdl.;

* Beiðni um ráðgefandi álit var á íslensku.

- the defendant, the Government of Iceland, represented by Einar Gunnarsson, Legal Officer in the Ministry of Foreign Affairs, Directorate of External Trade, acting as Agent and assisted by Martin Eyjólfsson, Legal Officer in the Ministry for Foreign Affairs, Directorate of External Trade, and Einar Magnússon, Director of Pharmaceutical Affairs in the Ministry of Health and Social Security of Iceland;
- the Government of Norway, represented by Morten Goller, Office of the Attorney General (Civil Affairs), acting as Agent;
- the Government of the Netherlands, represented by Marc Fierstra and Corinna Wissels, Legal Advisers in the Ministry of Foreign Affairs, acting as Agents;
- the Government of the United Kingdom, represented by John Collins, Treasury Solicitor’s Department, acting as Agent and assisted by David Pannick;
- the EFTA Surveillance Authority, represented by Páll Ásgrímsson, Officer, Legal & Executive Affairs, acting as Agent;
- the Commission of the European Communities, represented by Richard Wainwright, Principal Legal Adviser, and Michael Shotter, a national official seconded to the Commission under an arrangement for the exchange of officials, acting as Agents;

having regard to the Report for the Hearing,

after hearing the oral observations of the plaintiff, the Government of Iceland, the Government of Norway, the Government of the Netherlands, the EFTA Surveillance Authority and the Commission of the European Communities at the hearing on 1 October 1998,

gives the following

Advisory Opinion

Facts and procedure

- 1 By an order dated 4 March 1998 and a request dated 17 April 1998, registered at the Court on 23 April 1998, Héraðsdómur Reykjavíkur (Reykjavík City Court) of Iceland made a Request for an Advisory Opinion in a case brought before it between the Federation of Icelandic Trade and the Government of Iceland and the Pharmaceutical Pricing Committee.

- stefnda, ríkisstjórn Íslands; í fyrirsvari sem umboðsmaður er Einar Gunnarsson lögfræðingur, viðskiptaskrifstofu utanríkisráðuneytisins og honum til aðstoðar sem ráðgjafar eru Martin Eyjólfsson, lögfræðingur, viðskiptaskrifstofu utanríkisráðuneytisins og Einar Magnússon deildarstjóri í heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytinu;
- ríkisstjórn Noregs; í fyrirsvari sem umboðsmaður er Morten Goller, embætti Ríkislögmanns;
- ríkisstjórn Hollands; í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Marc Fierstra og Corinna Wissels, lögfræðilegir ráðgjafar í utanríkisráðuneytinu;
- ríkisstjórn Stóra-Bretlands og Norður Írlands (hér eftir “Ríkisstjórn Bretlands”); í fyrirsvari sem umboðsmaður er John Collins, lagadeild fjármálaráðuneytisins og honum til aðstoðar David Pannick;
- Eftirlitsstofnun EFTA; í fyrirsvari sem umboðsmaður er Páll Ásgrímsson, lögfræðingur, lagadeild Eftirlitsstofnunar EFTA;
- Framkvæmdastjórn Evrópubandalaganna (hér eftir “Framkvæmdastjórnin”); í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Richard Wainwright, aðalráðgjafi, og Michael Shotter, sérfræðingur frá aðildarríki sem starfar fyrir framkvæmdastjórnina samkvæmt sérstöku samkomulagi um skipti á embættismönnum;

með tilliti til skýrslu framsögumanns og munnlegs málflyttings stefnanda, ríkisstjórnar Íslands, ríkisstjórnar Noregs, ríkisstjórnar Hollands, Eftirlitsstofnunar EFTA og framkvæmdastjórnarinnar þann 1. október 1998,

látið uppi svohljóðandi

Ráðgefandi álit

Málsatvik og meðferð málsins

- 1 Með úrskurði frá 4. mars 1998 og beiðni dagsettri 17. apríl 1998, sem skráð var hjá dómstólnum 23. apríl 1998, óskaði Héraðsdómur Reykjavíkur, Íslandi, eftir ráðgefandi álit í máli sem rekið er fyrir dómstólnum milli Samtaka verslunarinnar - Félags íslenskra stórkaupmanna og íslenska ríkisins og Lyfjaverðsnefndar.

- 2 The questions submitted by the national court concern the interpretation of Council Directive 89/105/EEC of 21 December 1988, relating to the transparency of measures regulating the prices of medicinal products for human use and their inclusion in the scope of national health insurance systems¹ (hereinafter the “Directive”), referred to in Point 9 of Chapter XIII of Annex II to the EEA Agreement.
- 3 The case before the national court concerns the validity of a decision of the Pharmaceutical Pricing Committee of 22 November 1996. Pursuant to that decision, the maximum wholesale price of pharmaceuticals the cost price of which was equal to or less than 1000 Icelandic crowns was to be increased by 1.77%, while the price of those of which the cost price was 3000 Icelandic crowns or higher was to be lowered by 2.65%.
- 4 The background for the decision was the result of a comparative study on the wholesale prices of four selected high-selling pharmaceuticals. The wholesale prices in Iceland were found to be higher (20% to 117%) compared to the average wholesale prices in three other Nordic countries. At meetings of the Committee, the plaintiff’s representative in the Committee was informed of the Government’s objective to economize ISK 250 million in the pharmaceutical field for the year 1997 and of the Committee’s proposal for gradually decreasing the mark-up in wholesale pricing.
- 5 The Committee had estimated that it would lead to an overall reduction in the income of wholesalers of pharmaceuticals amounting to ISK 46 207 754, assuming no changes in the total turnover of pharmaceuticals. This measure was part of efforts to prevent an increase in State expenditure on pharmaceuticals.
- 6 The plaintiff’s claims before the national court are to ask for an annulment of the above decision and for the payment of costs. The defendants ask the national court to reject the plaintiff’s claims and to rule on costs in their favour.
- 7 The relevant national provisions are the Pharmaceutical Act No. 93/1994 (*Lyfjalög* – hereinafter the “Pharmaceutical Act”), in particular Article 1(1) and Chapter XIV and the Rules No. 501/1996 relating to determination of prices of pharmaceuticals (*Reglugerð um ákvörðun lyfjaverðs* – hereinafter the “Rules”). Before the national court the plaintiff submits that Article 8 of the Rules, which confer power on the public authority to ask, on its own motion, for an amendment of previously-determined pharmaceutical prices, confers power on the authority in excess of what is stipulated in the Pharmaceutical Act. The plaintiff further submits that Article 8 of the Rules contravenes Article 2 of the Directive, which provides that the public authority must accept or reject a certain price proposed by the applicant. The plaintiff considers it necessary that a provision of the Directive provide for the possibility of an independent review of a decision.

¹ OJ No. L 40, 11.2.1989, p. 8.

- 2 Spurningar þær sem Héraðsdómur Reykjavíkur hefur óskað svara við lúta að túlkun á tilskipun ráðsins 89/105/EBE, frá 21. desember 1988, um gagnsæjar ráðstafanir er varða verðlagningu lyfja sem ætluð eru mönnum og þátttöku innlendra sjúkratrygginga í greiðslu þeirra¹ (hér eftir “tilskipunin”). Vísað er til tilskipunarinnar í 9. tl. XIII. kafla II. viðauka við EES-samninginn.
- 3 Mál það sem rekið er fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur lýtur að gildi ákvörðunar Lyfjaverðsnefndar frá 22. nóvember 1996. Samkvæmt ákvörðun nefndarinnar skyldi hámarksverð lyfja í heilðsölu breytast þannig að það skyldi hækka um 1.77% ef kostnaðarverð var kr. 1.000 eða lægra en lækka um 2.65% ef kostnaðarverð var kr. 3.000 eða hærra.
- 4 Ákvörðunin var byggð á niðurstöðu samanburðar á heilðsöluverði fjögurra valinna söluhárra lyfja. Samanburðurinn leiddi í ljós að heilðsöluverð á Íslandi væri 20 - 117% hærra en meðalheilðsöluverð á þremur öðrum Norðurlöndum. Á fundum Lyfjaverðsnefndar var fulltrúa stefnanda í nefndinni kynnt það markmið ríkisstjórnarinnar að ná fram 250 milljóna króna sparnaði í lyfjamálum á árinu 1997 og kynntar tillögur um stíglækkandi álagningu í heilðsölu.
- 5 Lyfjaverðsnefnd taldi að breytingin myndi hafa í för með sér heildartekjulækkun lyfjaheildsala um kr. 46.207.754 miðað við óbreytta heildarlyfjaveltu. Ákvörðunin var þáttur í þeirri viðleitni að koma í veg fyrir aukin útgjöld ríkisins til lyfjamála.
- 6 Stefnandi krefst þess fyrir héraðsdómi að ákvörðunin verði felld úr gildi og að honum verði dæmdur málskostnaður. Stefnu krefjast sýknu af kröfum stefnanda og að stefnanda verði gert að greiða stefnu málskostnað.
- 7 Þau ákvæði landsréttar sem máli skipta eru Lyfjalög nr. 93/1994, hér eftir “lyfjalög”, einkum 1. mgr. 1. gr. og XIV. kafli, og Reglugerð um ákvörðun lyfjaverðs nr. 501/1996, hér eftir “reglugerð nr. 501/1996”. Stefnandi hefur haldið því fram fyrir héraðsdómi að 8. gr. reglugerðar nr. 501/1996, sem heimilar yfirvöldum að krefjast endurskoðunar á áður ákvörðuðu lyfjaverði að eigin frumkvæði, veiti hinum opinbera aðila heimild umfram það sem í lyfjalögum segir. Þá telur stefnandi 8. gr. reglugerðarinnar brjóta gegn 2. gr. tilskipunarinnar, sem mæli svo fyrir að hinn opinberi aðili skuli samþykkja eða hafna verði sem umsækjandi leggur til. Stefnandi telur nauðsynlegt að unnt sé að sýna fram á beina heimild í ákvæðum tilskipunarinnar til slíkrar sjálfstæðrar endurákvörðunar.

¹ Stjtið. EB nr. L 40, 11.2.1989, bls. 8 [EES-gerðir (Sérarit. sbr. auglýsingu í C-deild Stjórnartíðinda nr. 31/1993) S 16, bls. 124]

Questions

- 8 Considering that it was necessary to interpret provisions of the EEA Agreement in order to reach a decision and pursuant to Article 34 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice, Héraðsdómur Reykjavíkur submitted a request to the EFTA Court for an Advisory Opinion on the following questions:
1. a. *Does Council Directive 89/105/EEC, in particular Articles 2 and 3, apply to circumstances where a competent authority, empowered to approve the maximum prices of pharmaceuticals, decides, on its own motion, to decrease by 2.65% the wholesale prices of all prescribed pharmaceuticals which are subject to provisions regarding marketing authorization following the approval by a competent authority of a certain price, and which are subject to provisions regarding authority to increase prices, following the approval thereof by a competent authority, and which cost more than 3000 Icelandic crowns, for the purpose of lowering the prices of pharmaceuticals to the public in accordance with prices in neighbouring countries and to reduce State expenditure on pharmaceuticals?*
 - b. *Is such a unilateral decision by a competent authority in conformity with Council Directive 89/105/EEC?*
 - c. *Does it affect the answer to the question if it is possible to apply for price increases for particular products despite the general decision to decrease wholesale prices?*
 2. a. *Is Article 2(2) of Council Directive 89/105/EEC to be interpreted to the effect that a unilateral decision by a competent authority, such as the one referred to in question 1, amounts to a rejection by the authority for marketing of a pharmaceutical product at a particular price?*
 - b. *If so, and if it is possible to apply for a price increase for particular products despite the general decision to decrease wholesale prices, does this affect the requirements for the reasoning by the competent authority, the information regarding legal measures available to the wholesaler and the time-limits available?*
- 9 The order of Héraðsdómur Reykjavíkur was appealed to the Supreme Court of Iceland under a summary procedure pursuant to Article 1(3) of Act No. 21/1994 regarding requests to the EFTA Court for an advisory opinion on the interpretation of the EEA Agreement. By a judgment of 1 April 1998, the Supreme Court upheld the order.

Álitaefni

8 Héraðsdómur Reykjavíkur taldi túlkun á ákvæðum EES-samningsins nauðsynlega áður en niðurstaða fengist í málinu. Með vísan til þess og til 34. gr. samningsins milli EFTA-rikkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls óskaði dómstóllinn eftir ráðgefandi áliti um eftirfarandi spurningar:

1.a. *Tekur tilskipun ráðsins nr. 89/105/EBE, einkum 2. og 3. gr., til þess tilviks, að lögbært yfirvald, sem ætlað er að samþykkja hámarksverð lyfja, tekur að eigin frumkvæði ákvörðun um, að lækka heildsöluverð allra lyfsedilsskyldra lyfja, sem háð eru lagaákvæðum um heimild til markaðssetningar að fengnu samþykki lögbærra yfirvalda um verð og leyfi til verðhækkana að fengnu samþykki lögbærra yfirvalda, og sem kosta meira en 3.000 íslenskar krónur um 2,65%, í þeim tilgangi að lækka lyffjaverð til almennings til samræmis við það sem gerist í nágrannalöndunum og draga úr útgjöldum ríkisins til lyfjamála?*

b. *Getur slík einhliða ákvörðun lögbærs yfirvalds samrýmst tilskipun ráðsins nr. 89/105/EBE?*

c. *Hefur það áhrif á svarið við spurningunni að/ef unnt er að sækja um hækkun á verði einstakra lyfja þrátt fyrir hina almennu lækkun á heildsöluverði?*

2.a. *Ber að skýra 2. tl. 2. gr. tilskipunar ráðsins nr. 89/105/EBE þannig að einhliða ákvörðun lögbærs yfirvalds, eins og sú sem greint er frá í spurningu 1, teljist synjun á markaðssetningu lyfs á tilteknu verði?*

b. *Ef svo er, hefur það áhrif á þær kröfur sem gerðar eru til rökstuðnings fyrir ákvörðun lögbærs yfirvalds, kynningu á lagaúrræðum sem heildsali getur nýtt sér og fresti sem hann hefur að/ef unnt er að sækja um hækkun á verði einstakra lyfja þrátt fyrir hina almennu lækkun á heildsöluverði?*

9 Úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur var skotið til Hæstaréttar Íslands með kæru samkvæmt heimild í 3. mgr. 1. gr. laga nr. 21/1994 um öflun álits EFTA-dómstólsins um skýringu samnings um Evrópska efnahagssvæðið. Með dómi Hæstaréttar 1. apríl 1998 var úrskurðurinn staðfestur.

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

Findings of the Court

- 11 Before the specific questions referred to the Court are addressed, a general discussion of the aim and purpose of the Directive may be helpful. As acknowledged in the Preamble to the Directive, measures of an economic nature on the marketing of medicinal products, including direct and indirect controls on the prices of medicinal products, have the primary objective of promoting public health, but such measures, or disparities between such measures between Contracting Parties, may hinder or distort intra-EEA trade in medicinal products and thereby affect the common market.
- 12 More recently, positive measures have been taken to further harmonization. The Directive in question is such a measure, but it has a limited objective. Its aim is only to ensure transparency and grant certain procedural guarantees to all participants in the pharmaceutical market. These procedural guarantees are intended to ensure that all concerned may verify that the national measures do not constitute quantitative restrictions on imports or exports or measures having equivalent effect thereto within the meaning of Article 30 EC and Article 11 EEA. While distortive measures have been challenged under Article 30 EC, which corresponds to Article 11 EEA (Case C-249/88 *Commission v Belgium* [1991] ECR I-1275), there is nothing that indicates that Article 11 EEA would apply in the circumstances of this case. The Directive lays down a series of requirements in Articles 1 to 5, the relevance of which depends on the system in place in each of the Contracting Parties and the nature of the measure.
- 13 In light of the background to the Directive, it is clear that it is only a first step towards the removal of disparities between the national pricing arrangements which may hinder or distort trade between Contracting Parties in medicinal products. The Directive does not affect the price-setting policies of the Contracting Parties. Therefore, under the Directive, a Contracting Party is free to adopt measures to control public health expenditure on medicinal products, provided that those measures are in line with the transparency requirements of the Directive.
- 14 With its first question, the national court essentially seeks to know whether a unilateral decision to decrease the wholesale prices of pharmaceuticals falls under the scope of the Directive and, if so, whether such a unilateral decision is in conformity with the requirements of the Directive. In particular, the national court makes reference to Articles 2 and 3 of the Directive. Although the national court did not specifically raise the question whether Article 4 of the Directive

- 10 Vísað er til skýrslu framsögumanns um frekari lýsingu löggjafar, málsatvika og meðferðar málsins, svo og um greinargerðir sem dómstólnum bárust. Þessi atriði verða ekki rakin eða rædd hér á eftir nema að því leyti sem forsendur álitins krefjast.

Álit dómstólsins

- 11 Áður en fjallað verður um spurningar þær sem bornar hafa verið undir dómstólinn kann að vera gagnlegt að ræða tilgang og markmið tilskipunarinnar almenn. Eins og fram kemur í aðfaraorðum tilskipunarinnar miða ráðstafanir sem ætlað er að auka hagkvæmni við markaðsetningu lyfja, þ. á m. bein og óbein stjórn á verði lyfja, fyrst og fremst að því að bæta almannahelbrigði. Slíkar ráðstafanir, eða ósamræmi í ráðstöfunum milli samningsaðila, geta þó hindrað eða raskað viðskiptum með lyf innan evrópska efnahagssvæðisins og haft þannig bein áhrif á hinn sameiginlega markað.
- 12 Á síðari tímum hefur verið gripið til jákvæðra ráðstafana til að auka samræmingu. Tilskipun sú sem fjallað er um í málinu er af því tagi en markmið hennar er þröngt. Tilgangur tilskipunarinnar er eingöngu að tryggja yfirsýn yfir verðlagningu og mæla fyrir um kröfur um málsmeðferð, til hagsbóta öllum þeim sem eiga hlutdeild í lyfjamarkaði. Slíkum málsmeðferðarkröfum er ætlað að tryggja að allir sem hlut eiga að máli geti fullvissað sig um að innlendar ráðstafanir leiði ekki til magntakmarkana á innflutningi eða útflutningi eða ráðstafana sem hafa sambærileg áhrif, í skilningi 30. gr. Rómarsamningsins og 11. gr. EES-samningsins. Ráðstafanir sem geta raskað viðskiptum hafa verið vefengdar með vísan til 30. gr. Rómarsamningsins, sem svarar til 11. gr. EES-samningsins (mál C-249/88 *Framkvæmdastjórnin g Belgíu* [1991] ECR I-1275). Hins vegar er ekkert sem bendir til þess að 11. gr. EES-samningsins eigi við um atvik máls þessa. Í ákvæðum 1. – 5. gr. tilskipunarinnar er mælt fyrir um tilteknar kröfur sem koma til álita eftir því hvernig málum er skipað í ríkjum samningsaðila og eftir eðli ráðstöfunarinnar.
- 13 Þegar forsaga tilskipunarinnar er höfð í huga er ljóst að hún er aðeins fyrsta skrefið til að ryðja úr vegi ósamræmi milli verðlagningarkerfa í ríkjum samningsaðila sem getur leitt til hindrunar eða röskunar á viðskiptum með lyf innan evrópska efnahagssvæðisins. Tilskipunin hefur ekki áhrif á stefnu í lyfjaverðlagningu samningsaðila. Samningsaðili getur því, án þess að brjóta gegn ákvæðum tilskipunarinnar, gripið til ráðstafana til að stjórna opinberum útgjöldum til lyfjamála, að því tilskildu að ekki sé brotið gegn ákvæðum tilskipunarinnar um gagnsæi.
- 14 Með fyrri spurningunni leitar Héraðsdómur Reykjavíkur í raun eftir upplýsingum um það hvort tilskipunin taki til einhliða ákvörðunar um lækkun á heilðsluverði lyfja og þá hvort slík einhliða ákvörðun samrýmist þeim kröfum sem tilskipunin gerir. Héraðsdómur Reykjavíkur visar sérstaklega til 2. og 3. gr. tilskipunarinnar.

could be the relevant provision for the case at hand, the EFTA Court finds it appropriate to consider this provision as well for the purpose of providing an answer to the questions referred to it.

15 Articles 1 to 4 of the Directive read:

“Article 1

1. Member States shall ensure that any national measure, whether laid down by law, regulation or administrative action, to control the prices of medicinal products for human use or to restrict the range of medicinal products covered by their national health insurance systems complies with the requirements of this Directive.
2. The definition of “medicinal products” laid down in Article 1 of Directive 65/65/EEC shall apply to this Directive.
3. Nothing in this Directive shall permit the marketing of a proprietary medicinal product in respect of which the authorization provided for in Article 3 of Directive 65/65/EEC has not been issued.

Article 2

The following provisions shall apply if the marketing of a medicinal product is permitted only after the competent authorities of the Member State concerned have approved the price of the product:

1. Member States shall ensure that a decision on the price which may be charged for the medicinal product concerned is adopted and communicated to the applicant within 90 days of the receipt of an application submitted, in accordance with the requirements laid down in the Member State concerned, by the holder of a marketing authorization. The applicant shall furnish the competent authorities with adequate information. If the information supporting the application is inadequate, the competent authorities shall forthwith notify the applicant of what detailed additional information is required and take their final decision within 90 days of receipt of this additional information. In the absence of such a decision within the abovementioned period or periods, the applicant shall be entitled to market the product at the price proposed.
2. Should the competent authorities decide not to permit the marketing of the medicinal product concerned at the price proposed by the applicant, the decision shall contain a statement of reasons based on objective and verifiable criteria. In addition, the applicant shall be informed of the remedies available to him under the laws in force and the time limits allowed for applying for such remedies.

Þótt dómstóllinn hafi ekki sérstaklega spurt hvort 4. gr. tilskipunarinnar geti átt við í málinu telur EFTA-dómstóllinn rétt að fjalla einnig um þetta ákvæði svo að svara megi þeim spurningum sem beint hefur verið til hans.

15 Ávæði 1. – 4. gr. tilskipunarinnar eru svohljóðandi:

“1. gr.

1. Aðildarríkin skulu sjá til þess að allar innlendar ráðstafanir til að stjórna verði lyfja sem ætluð eru mönnum eða takmarka úrval lyfja sem heyra undir innlendar sjúkratryggingar samrýmist kröfum þessarar tilskipunar, hvort sem ráðstafanirnar eru ákveðnar með lögum eða stjórnsýslufyrirmælum.

2. Skilgreiningin á “lyfjum”, sem mælt er fyrir um í 1. gr. tilskipunar 65/65/EBE, tekur til þessarar tilskipunar.

3. Tilskipun þessi heimilar á engan hátt markaðssetningu sérlyfs ef ekki hefur verið veitt leyfi það sem kveðið er á um í 3. gr. tilskipunar 65/65/EBE.

2. gr.

Eftirfarandi ákvæði gilda ef aðeins er heimilt að markaðssetja lyf eftir að lögbær yfirvöld í viðkomandi aðildarríki hafa samþykkt verð þess:

1. Aðildarríkin skulu sjá til þess að ákvörðun um það verð sem heimilt er að krefjast fyrir viðkomandi lyf verði samþykkt og tilkynnt umsækjanda innan níutíu daga frá því að handhafi markaðsleyfis lagði inn umsókn, í samræmi við þær kröfur sem gerðar eru í viðkomandi aðildarríki. Umsækjanda ber að veita lögbærum yfirvöldum fullnægjandi upplýsingar. Ef upplýsingar sem fylgja umsókn til stuðnings eru ófullnægjandi skulu lögbær yfirvöld þegar í stað tilkynna umsækjanda hvaða frekari upplýsinga er þörf og taka lokaákvörðun innan níutíu daga frá því að þeim berast þær. Hafi slík ákvörðun ekki verið tekin innan framangreinds tímabils eða tímabila hefur umsækjandi rétt til að markaðssetja lyfið á áformuðu verði.

2. Ákveði lögbær yfirvöld að leyfa ekki markaðssetningu viðkomandi lyfs á því verði sem umsækjandi leggur til skal í ákvörðuninni færa rök fyrir því, byggð á hlutlægum forsendum sem hægt er að sannpröfa. Að auki skulu umsækjanda kynnt þau lagaúrræði sem hann getur nýtt sér samkvæmt gildandi lögum og sá frestur sem hann hefur til þess.

3. At least once a year, the competent authorities shall publish in an appropriate publication, and communicate to the Commission, a list of the medicinal products the price of which has been fixed during the relevant period, together with the prices which may be charged for such products.

Article 3

Without prejudice to Article 4, the following provisions shall apply if an increase in the price of a medicinal product is permitted only after prior approval has been obtained from the competent authorities:

1. Member States shall ensure that a decision is adopted on an application submitted, in accordance with the requirements laid down in the Member State concerned, by the holder of a marketing authorization to increase the price of a medicinal product and communicated to the applicant within 90 days of its receipt. The applicant shall furnish the competent authorities with adequate information including details of those events intervening since the price of the medicinal product was last determined which in his opinion justify the price increase requested. If the information supporting the application is inadequate, the competent authorities shall forthwith notify the applicant of what detailed additional information is required and take their final decision within 90 days of receipt of this additional information.

In case of an exceptional number of applications, the period may be extended once only for a further 60 days. The applicant shall be notified of such extension before the expiry of the period.

In the absence of such a decision within the abovementioned period or periods, the applicant shall be entitled to apply in full the price increase requested.

2. Should the competent authorities decide not to permit the whole or part of the price increase requested, the decision shall contain a statement of reasons based on objective and verifiable criteria and the applicant shall be informed of the remedies available to him under the laws in force and the time limits allowed for applying for such remedies.

3. At least once a year, the competent authorities shall publish in an appropriate publication and communicate to the Commission, a list of the medicinal products for which price increases have been granted during the relevant period, together with the new price which may be charged for such products.

Article 4

1. In the event of a price freeze imposed on all medicinal products or on certain categories of medicinal products by the competent authorities of a Member State, that Member State shall carry out a review, at least once a year, to ascertain whether the macro-economic conditions justify that the freeze be continued unchanged. Within 90 days of the start of this review, the competent authorities shall announce what increases or decreases in prices are being made, if any.

3. Lögbær yfirvöld skulu, einu sinni á ári hið minnsta, birta í viðeigandi riti og senda framkvæmdastjórninni skrá yfir lyf sem hafa verið verðlögð á viðkomandi tímabili, ásamt því verði sem heimilt er að krefjast fyrir lyf þessi.

3. gr.

Eftirfarandi ákvæði gilda ef aðeins er leyft að hækka lyfjaverð að fengnu samþykki lögbærra yfirvalda, samanber þó 4.gr.:

1. Aðildarríkin skulu sjá til þess að ákvörðun um umsókn, sem handhafi markaðsleyfis leggur inn í samræmi við þær kröfur sem gerðar eru í hlutaðeigandi aðildarríki, um hækkun á verði lyfs verði samþykkt og tilkynnt umsækjanda innan níutíu daga frá því að hún berst. Umsækjandi skal sjá lögbærum yfirvöldum fyrir fullnægjandi upplýsingum, að meðtöldum ítarlegum upplýsingum um þau atvik sem átt hafa sér stað frá því að verð á lyfinu var síðast ákveðið og réttlæta umbeðna verðhækkun að hans mati. Ef upplýsingar sem fylgja umsókn til stuðnings eru ófullnægjandi skulu lögbær yfirvöld þegar í stað tilkynna umsækjanda hvaða frekari upplýsinga er þörf og taka lokaákvörðun innan níutíu daga frá því að þeim berast þær.

Berist óvenjumargar umsóknir er heimlt að lengja þennan frest einu sinni um sextíu daga. Umsækjanda skal tilkynnt um framlengingu áður en fresturinn rennur út.

Hafi slík ákvörðun ekki verið tekin innan framangreinds tímabils eða tímabils hefur umsækjandi rétt til að leggja til fulls á þá verðhækkun sem hann sótti um.

2. Ákveði lögbær yfirvöld að leyfa ekki umbeðna verðhækkun eða leyfa hana aðeins að hluta skal í ákvörðuninni færa rök fyrir því, byggð á hlutlægum forsendum sem hægt er að sannprófa. Að auki skulu umsækjanda kynnt þau lagaúrræði sem hann getur nýtt sér samkvæmt gildandi lögum og sá frestur sem hann hefur til þess.

3. Lögbær yfirvöld skulu, einu sinni á ári hið minnsta, birta í viðeigandi riti og senda framkvæmdastjórninni skrá yfir lyf sem á viðkomandi tímabili hefur verið leyfð verðhækkun á, ásamt nýju verði sem heimilt er að krefjast fyrir lyf þessi.

4. gr.

1. Fyrirskipi lögbær yfirvöld aðildarríkis verðstöðvun á öllum lyfjum eða ákveðnum lyfjaflokkum skal sama aðildarríki kanna, einu sinni á ári hið minnsta, hvort þjóðhagslegar forsendur réttlæti áframhaldandi og óbreytta verðstöðvun. Lögbær yfirvöld skulu, innan níutíu daga frá því að könnun þessi hefst, gefa út tilkynningu um verðhækkningar og verðlækkningar ef einhverjar eru.

2. In exceptional cases, a person who is the holder of a marketing authorization for a medicinal product may apply for a derogation from a price freeze if this is justified by particular reasons. The application shall contain an adequate statement of these reasons. Member States shall ensure that a reasoned decision on any such application is adopted and communicated to the applicant within 90 days. If the information supporting the application is inadequate, the competent authorities shall forthwith notify the applicant of what detailed additional information is required and take their final decision within 90 days of receipt of this additional information. Should the derogation be granted, the competent authorities shall forthwith publish an announcement of the price increase allowed. Should there be an exceptional number of applications, the period may be extended once only for a further 60 days. The applicant shall be notified of such extension before the expiry of the initial period.”

- 16 The *plaintiff* submits that Articles 2 and 3 of the Directive are relevant to a system of direct price control, i.e. regulated prices, whereas situations pertaining to competitive pricing are dealt with under Articles 4 and 5 of the Directive. The plaintiff submits that, by choosing direct control, like the Government of Iceland has done, a selection of specific measures and criteria that are distinct for that type of pricing environment has been made, to the exclusion of others. Consequently, Articles 4 and 5 of the Directive, which apply to a competitive pricing environment and are typically general measures, are not applicable to the situation at hand.
- 17 The *Government of the Netherlands*, the *EFTA Surveillance Authority* and the *Commission of the European Communities* are all of the opinion that Article 4 should be applied in this case. The provisions of this Article must be construed to apply not only to the “freezing” of prices at the prevailing level, but also to decisions to lower maximum wholesale prices generally. At the oral hearing, the *Government of Iceland* argued that the decision only affected one factor in determining prices, i.e. the wholesale mark-up, and could not be seen as constituting a price freeze.
- 18 The *Court* finds that the submissions of the plaintiff summarized in paragraph 16 above cannot be accepted. As the Commission of the European Communities has pointed out, the distinction between Articles 2 and 3 on the one hand and Articles 4 and 5 on the other lies in the different measures to control prices these provisions assume, which, in the case of Articles 2 and 3, are individual decisions aimed at individual medicinal products, whereas Articles 4 and 5 concern general measures affecting all or at least a number of products. Regarding the plaintiff’s distinction based on the competitiveness of the market in a particular Contracting Party, it is sufficient to recall that the aim of the Directive is to ensure transparency regarding national measures for controlling prices of medicinal products, but not to have further effects on the pricing-control policies of the Contracting Parties, which rely primarily upon free competition to determine the prices of medicinal products.

2. Handhafa markaðsleyfis fyrir lyf er heimilt, í undantekningartilvikum, að sækja um undanþágu frá verðstöðvun ef sérstök rök mæla með því. Í umsókninni skal tilgreina þessi rök á fullnægjandi hátt. Aðildarríkin skulu sjá til þess að rökstudd ákvörðun um umsókn af þessu tagi verði tekin og tilkynnt umsækjanda innan níutíu daga. Ef upplýsingar sem fylgja umsókn til stuðnings eru ófullnægjandi skulu lögbær yfirvöld þegar í stað tilkynna umsækjanda hvaða frekari upplýsinga er þörf og taka lokaákvörðun innan níutíu daga frá því að þeim berast þær. Sé undanþága veitt skulu lögbær yfirvöld þegar í stað birta tilkynningu um þá verðhækkun sem leyfð er.

Berist óvenjumargar umsóknir er heimlt að lengja þennan frest einu sinni um sextíu daga. Umsækjanda skal tilkynnt um framlengingu áður en fresturinn rennur út.”

- 16 *Stefnandi* telur að 2. og 3. gr. tilskipunarinnar eigi við um beina stjórn á verði, þ.e. þar sem verð er háð samþykki opinberra yfirvalda, en að 4. og 5. gr. tilskipunarinnar eigi við þar sem verðlagning byggist á samkeppni. Stefnandi heldur því fram, að með því að velja beina stjórn á verði hafi íslenska ríkið valið þær ráðstafanir og þau viðmið sem eiga við um þess konar verðumhverfi. Með því séu aðrar ráðstafanir og önnur viðmið útilokuð. Ákvæði 4. og 5. gr. tilskipunarinnar, sem yfirleitt eigi við um almennar ráðstafanir þar sem verðlagning byggist á samkeppni, eigi því ekki við í málinu.
- 17 *Ríkisstjórn Hollands, Eftirlisstofnun EFTA og framkvæmdastjórnin* telja allar að 4. gr. tilskipunarinnar eigi við í málinu. Ákvæði þessarar greinar verði að túlka svo að þau eigi ekki aðeins við um “verðstöðvun” sem miðast við gildandi verð, heldur taki þau einnig til ákvarðana um að lækka hámarksverð í heildsölu almennt. Við munnlegan flutning málsins hélt *rikisstjórn Íslands* því fram að ákvörðunin snerti aðeins einn þátt sem hefur áhrif á verðákvörðun, þ.e. heildsöluálagningu, og gæti ákvörðunin því ekki talist fela í sér verðstöðvun.
- 18 *Dómstóllinn* telur að ekki sé unnt að fallast á þau rök stefnanda sem koma fram í 16. lið hér að framan. Eins og framkvæmdastjórnin hefur bent á verður greinarmunur á 2. og 3. gr. tilskipunarinnar annars vegar og 4. og 5. gr. tilskipunarinnar hins vegar byggður á því að þar er gert ráð fyrir mismunandi ráðstöfunum til að stjórna verði. Ákvæði 2. og 3. gr. eiga við um einstakar ákvarðanir sem fjalla um tiltekin lyf en ákvæði 4. og 5. gr. eiga við um almennar ákvarðanir sem hafa áhrif á öll lyf eða tiltekna lyfjaflokka. Að því er snýr að þeim greinarmun sem stefnandi byggir á því hversu mikil samkeppni er á markaði tiltekins samningsaðila nægir að vísa til þess að markmið tilskipunarinnar er að tryggja yfirsýn yfir ráðstafanir til að stjórna lyfjaverði en ekki að hafa frekari áhrif á verðstjórnarstefnu samningsaðila þar sem lyfjaverð ákvarðast fyrst og fremst með frjálstri samkeppni.

- 19 Based on Articles 2 and 3 of the Directive, decisions on prices are taken following an application by a marketing authorization holder. Articles 2 and 3 do not provide for procedural and transparency requirements when a previously-approved price is unilaterally reduced at a later stage by a general measure. The provisions of Articles 2 and 3, which deal with individual administrative decisions, do not apply to a general decision on the lowering of wholesale prices of medicinal products.
- 20 It was the intention of the Contracting Parties to the EEA Agreement, by incorporating the Directive into the Agreement, to provide economic operators with some minimum procedural guarantees *inter alia*, undoubtedly, in the event of a price freeze. From the perspective of the economic operators, a price freeze at the prevailing price level is a less burdensome measure than a general price cut followed by a *de facto* fixing of a price at a lower level than the one hitherto prevailing. It would thus be contrary to the intention of the Contracting Parties and the aim of the Directive for the latter scenario to fall outside the scope of any of the specific provisions of the Directive.
- 21 The Court finds support for this interpretation of the scope of Article 4 in Article 4(1), which provides that the authorities, after a period of price freeze and on the basis of macro-economic considerations, may decide to increase or decrease the frozen prices. The authorities must be able to decide upon a general increase or decrease of individually fixed prices without a preceding period of price freeze.
- 22 On these grounds, and based on a contextual interpretation of the Directive, the Court finds that the words “price freeze” within the meaning of Article 4 cannot be interpreted so narrowly that they only cover a *status quo* of the prevailing price level. A decision on the general decrease in wholesale prices must be regarded as amounting to a “price freeze” within the meaning of Article 4 of the Directive. This interpretation is supported by the fact that otherwise the Contracting Parties might easily circumvent their obligations to provide minimum procedural guarantees under Article 4 simply by adopting general pricing decisions containing modest or minor price cuts instead of freezing prices at the prevailing level.
- 23 In answer to question 1a of the referring court, the EFTA Court finds that Article 4 of the Directive applies to a situation where a competent authority, empowered to approve the maximum prices of prescribed pharmaceuticals, decides, on its own motion, to decrease by 2.65% the maximum wholesale prices of all pharmaceuticals the cost price of which is more than 3000 Icelandic crowns, for the purpose of lowering the prices of pharmaceuticals to the public in accordance with prices in neighbouring countries and to reduce State expenditure on pharmaceuticals.

- 19 Samkvæmt ákvæðum 2. og 3. gr. tilskipunarinnar skal ákvörðun um verð tekin í kjölfar umsóknar frá handhafa markaðsleyfis. Ákvæði 2. og 3. gr. tilskipunarinnar mæla ekki fyrir um málsmeðferð eða gagnsæi í þeim tilvikum er þegar samþykkt verð er síðar lækkað með einhliða almennri ákvörðun. Ákvæði 2. og 3. gr., sem fjalla um einstakar stjórnisýsluákvarðanir, eiga ekki við um almenna ákvörðun um að lækka hámarksverð lyfja í heildsölu.
- 20 Með því að taka tilskipunina upp í EES-samninginn var það ætlun samningsaðilanna að veita öllum þeim sem stunda viðskipti lágmarksvernd í sambandi við málsmeðferð, þ. á m. án nokkurs vafa þegar gripið er til verðstöðvunar. Frá sjónarhorni þeirra sem stunda viðskipti er verðstöðvun miðað við gildandi verð ekki eins íþyngjandi ráðstöfun og almenn verðlækkun sem síðan felur í raun í sér verðstöðvun á lægra verði en áður gildi. Það væri því andstætt ætlun samningsaðila og tilgangi tilskipunarinnar ef slík verðlækkun félli utan ákvæða tilskipunarinnar.
- 21 Þessi túlkun styðst einnig, að áliti dómsins, við ákvæði 1. mgr. 4. gr. þar sem segir að yfirvöld skuli eftir tímabil verðstöðvunar og eftir athugun á þjóðhagslegum forsendum ákveða verðhækkanir eða verðlækkunir. Yfirvöld hljóta að vera bær til að ákveða almenna hækkun eða lækkun á verði lyfja, sem hefur verið ákveðið sérstaklega, án þess að verðstöðvun hafi verið í gildi.
- 22 Með vísan til framangreinds og á grundvelli samræmisskýringar á tilskipuninni telur dómstóllinn að hugtakið “verðstöðvun” í skilningi 4. gr. tilskipunarinnar verði ekki skýrt svo þröngt að taki aðeins til óbreyttrar verðlagningar. Ákvörðun um almenna lækkun á heildsöluverði hlýtur að teljast “verðstöðvun” í skilningi 4. gr. tilskipunarinnar. Þá styður það þessa túlkun að, að öðrum kosti gætu ríki auðveldlega komist hjá þeim skyldum sem 4. gr. mælir fyrir um í sambandi við lágmarks málsmeðferðarkröfur, með því einu að taka almenna ákvörðun um óverulega verðlækkun í stað þess að beita verðstöðvun miðað við gildandi verð.
- 23 Svar EFTA-dómstólsins við spurningu 1.a frá Héraðsdómi Reykjavíkur er að ákvæði 4. gr. tilskipunarinnar taka til atvika þar sem lögbært yfirvald sem er bært til að samþykkja hámarksverð lyfseðilsskyldra lyfja ákveður, að eigin frumkvæði, að lækka um 2,65% hámarksverð í heildsölu á öllum lyfjum að kostnaðarverði 3.000 krónur eða hærra, í þeim tilgangi að lækka lyfjaverð til almennings til samræmis við það sem gerist í nágrannalöndunum og draga úr útgjöldum ríkisins til lyfjamála.

- 24 Concerning question 1(b), the *Court* notes the following: in principle, a unilateral decision by a competent authority to lower wholesale prices is in conformity with the Directive in so far as it meets the requirements laid down in Article 4. The Article does not stipulate any specific points to be taken into account at the time of the decision on price freeze or, for that matter, the lowering of prices. It only requires the State in question to carry out a certain review later as further set out in the provision.
- 25 With question 1(c), the national court inquires whether the possibility of applying for price increases for particular products despite the general decision to decrease wholesale prices affects the answer to questions 1(a) and 1(b).
- 26 In the view of the *plaintiff* and the *Government of the Netherlands*, the fact that it was possible to apply for a price increase for particular pharmaceuticals despite the general decision to decrease wholesale prices does not affect the answer to the first question. The *EFTA Surveillance Authority* and the *Commission of the European Communities* are of the opinion that the possibility of a price increase in a situation of a general price decrease is one of the procedural principles explicitly foreseen in Article 4(2) of the Directive. Consequently, the existence or non-existence of such a possibility is relevant for the application of the answer to question 1(b). The *Government of the United Kingdom* argues that, in such a situation, the transparency requirements in Article 4 of the Directive would not apply. That is because any such application for a price increase would attract the transparency provisions of Article 3.
- 27 The *Government of Iceland* has contended that, despite the decision of 22 November 1996, all wholesalers are, in principle, free to submit individual applications for price adjustments. The *Government of Iceland* argues that it is in the interest of economic operators that Article 3 applies to such applications, rather than the narrower provisions of Article 4.
- 28 The *Court* notes that Article 4(2) of the Directive provides for the possibility of submitting individual applications for price increases for particular products and that the provision applies to applications for a derogation from a price freeze within the meaning of the Directive. As long as the general price decision is in effect, Article 4 must be seen as taking priority over Article 3. In the case of a general measure to lower the maximum wholesale price of certain categories of medicinal products, the requirements under Article 4(2) of the Directive must be fulfilled, *inter alia* that a reasoned decision must be given on all applications. On the other hand, an exception may only be applied for in exceptional circumstances and only where particular reasons may justify a derogation from the general price decision. With regard to the latter conditions, the *Court* notes that Article 4 establishes minimum requirements. Thus, national law may set out less restrictive requirements with respect to the conditions under which individual derogations may be granted.

- 24 *Dómstóllinn* tekur eftirfarandi fram um spurningu 1.b. Einhliða ákvörðun lögbærs yfirvalds um að lækka heilðsöluverð er að meginstefnu í samræmi við tilskipunina að því leyti sem hún fullægir þeim kröfum sem 4. gr. gerir. Ákvæðið mælir ekki fyrir um nein sérstök atriði sem gæta verður að þegar ákvörðun um verðstöðvun, eða verðlækkun, er tekin. Ákvæðið leggur einungis þá skyldu á herðar viðkomandi ríki að framkvæma ákveðna endurskoðun síðar, eins og nánar greinir í ákvæðinu.
- 25 Með spurningu 1.c leitar Héraðsómur Reykjavíkur svara við því, hvort það hafi áhrif á svarið við spurningum 1.a og 1.b ef unnt er að sækja um hækkun á verði einstakra lyfja þrátt fyrir hina almennu lækkun á heilðsöluverði.
- 26 *Stefnandi og ríkisstjórn Hollands* telja þá staðreynd að hægt var að sækja um hækkun á verði einstakra lyfja þrátt fyrir hina almennu lækkun á heilðsöluverði ekki hafa áhrif á svarið við fyrri spurningunni. *Eftirlitsstofnun EFTA* og *framkvæmdastjórnin* eru á þeirri skoðun að ráð sé gert fyrir því réttarfarsúrræði í 2. mgr. 4. gr. tilskipunarinnar að sækja megi um undanþágu frá almennri verðlækkun. Því skipti það máli þegar í framkvæmd er byggt á svarinu við spurningu 1.b hvort sá möguleiki er fyrir hendi eða ekki. *Ríkisstjórn Bretlands* heldur því fram, að við slíkar aðstæður eigi gagnsæiskröfur 4. gr. tilskipunarinnar ekki við, þar sem gagnsæiskröfur 3. gr. tilskipunarinnar komi til álita þegar fjallað sé um slíkar umsóknir.
- 27 *Ríkisstjórn Íslands* heldur því fram að þrátt fyrir ákvörðunina frá 22. nóvember 1996 geti heilðsalar sótt um einstakar verðbreytingar. Ríkisstjórnin telur að það sé í þágu þeirra sem stunda viðskipti að 3. gr. tilskipunarinnar eigi við um slíkar umsóknir fremur en þrengri ákvæði 4. gr. tilskipunarinnar.
- 28 *Dómstóllinn* bendir á, að samkvæmt 2. mgr. 4. gr. tilskipunarinnar er gert ráð fyrir að heimilt sé að sækja um hækkun á verði einstakra lyfja og á greinin við um umsóknir um undanþágur frá verðstöðvun í skilningi tilskipunarinnar. Meðan hin almenna verðákvörðun gildir ganga ákvæði 4. gr. tilskipunarinnar framar ákvæðum 3. gr. Þegar um er að ræða almenna ákvörðun um að lækka hámarksverð í heilðsölu, sem tekur til ákveðinna lyfjaflokka, verður því að fara að kröfum 2. mgr. 4. gr., meðal annars um að rökstyðja skuli ákvarðanir um allar umsóknir. Hins vegar er eingöngu heimilt að sækja um undanþágu í undantekningartilvikum og aðeins ef sérstök rök mæla með undanþágu frá hinni almennu verðákvörðun. Með tilliti til síðargreinds skilyrðis bendir dómstóllinn á að 4. gr. mælir fyrir um lágmarkskröfur. Innlend lög geta því mælt svo fyrir að veita megi einstakar undanþágur þótt öllum þargreindum skilyrðum sé ekki fullnægt.

- 29 In light of the discussion and conclusion with regard to the non-applicability of Articles 2 and 3 of the Directive to the case at hand, it is not necessary to answer the second question, as that question is based on the premise that Article 2(2) of the Directive is applicable.

Costs

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

On those grounds,

THE COURT,

in answer to the questions referred to it by Héraðsdómur Reykjavíkur by the order of 4 March 1998, hereby gives the following Advisory Opinion:

- 1 **Article 4 of Council Directive 89/105/EEC applies to circumstances where a competent authority, empowered to approve the maximum prices of prescription pharmaceuticals, decides, on its own motion, to decrease the maximum wholesale prices of all pharmaceuticals the cost price of which is over a specific amount, for the purpose of lowering the prices of pharmaceuticals to the public in accordance with prices in neighbouring countries and to reduce State expenditure on pharmaceuticals. Articles 2 and 3 of Council Directive 89/105/EEC do not apply to such general measures.**
- 2 **Such a general decision by a competent authority is in conformity with Council Directive 89/105/EEC in so far as it meets the procedural and transparency requirements laid down in Article 4.**

- 29 Þar sem síðari spurning Héraðsdóms Reykjavíkur er byggð á því að 2. mgr. 2. gr. eigi við í málinu og þar sem dómstóllinn hefur komist að þeirri niðurstöðu að ákvæði 2. og 3. gr. tilskipunarinnar komi ekki til álitá, er ekki nauðsynlegt að svara síðari spurningunni.

Málskostnaður

- 30 Ríkisstjórn Noregs, Eftirlitsstofnun EFTA og Framkvæmdastjórn Evrópubandalaganna, sem hafa skilað greinargerðum til dómstólsins, skulu bera sinn málskostnað. Að því er lýtur að aðilum málsins verður að líta á málsmeðferð fyrir EFTA-dómstólnum sem þátt í meðferð málsins fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur og kemur það í hlut þess dómstóls að kveða á um málskostnað.

Með vísan til framangreindra forsendna lætur

DÓMSTÓLLINN

uppi svohljóðandi ráðgefandi álit um spurningar þær sem Héraðsdómur Reykjavíkur beindi til dómstólsins með úrskurði frá 4. mars 1998:

- 1 Ákvæði 4. gr. tilskipunar ráðsins 98/105/EBE taka til atvika þar sem lögbært yfirvald sem er bært til að samþykkja hámarksverð lyfseðilsskyldra lyfja ákveður, að eigin frumkvæði, að lækka hámarksverð í heildsölu á öllum lyfjum ef kostnaðarverð fer yfir ákveðna fjárhæð, í þeim tilgangi að lækka lyfjaverð til almennings til samræmis við það sem gerist í nágrannalöndunum og draga úr útgjöldum ríkisins til lyfjamála. Ákvæði 2. og 3. gr. tilskipunar ráðsins 89/105/EBE taka ekki til slíkra almennra ráðstafana.
- 2 Slík almenn ákvörðun lögbærs yfirvalds samrýmist tilskipun ráðsins 89/105/EBE að því leyti sem hún fullnægir þeim kröfum um málsmeðferð og gagnsæi sem gerðar eru í 4. gr. tilskipunarinnar.

- 3 It is a requirement of Article 4(2) of Council Directive 89/105/EEC that the holder of a marketing authorization for a medicinal product may apply for a derogation from a general decision to decrease wholesale prices. The existence of such a possibility must therefore be ensured in order for national measures to be in conformity with Article 4 of the Directive.**

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Delivered in open court in Luxembourg on 24 November 1998.

Gunnar Selvik
Registrar

Bjørn Haug
President

- 3 Samkvæmt 2. mgr. 4. gr. tilskipunar ráðsins 89/105/EE er handhafa markaðsleyfis fyrir lyf heimilt að sækja um undanþágu frá almennri ákvörðun um lækkun á heildsöluverði. Til að innlendir ráðstafanir fullnægi kröfum 4. gr. tilskipunarinnar verður því að vera tryggt að slíkur möguleiki sé fyrir hendi.

Bjørn Haug

Þór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Kveðið upp í heyranda hljóði í Lúxemborg 24. nóvember 1998.

Gunnar Selvik
dómritari

Bjørn Haug
forseti

REPORT FOR THE HEARING
in Case E-2/98

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 Héraðsdómur Reykjavíkur (Reykjavik City Court) for an Advisory Opinion in the case pending before it between

Federation of Icelandic Trade (*Samtök verslunarinnar - Félag íslenskra stórkaupmanna, FÍS*)

and

The Government of Iceland and the Pharmaceutical Pricing Committee (*Lyfjaverðsnefnd*)

on the interpretation of Council Directive 89/105/EEC of 21 December 1988.

I. Introduction

1. By an order dated 3 March 1998 and a request dated 17 April 1998, registered at the Court on 23 April 1998, Héraðsdómur Reykjavíkur (Reykjavik City Court) of Iceland made a Request for an Advisory Opinion in a case brought before it between the Federation of Icelandic Trade and the Government of Iceland and the Pharmaceutical Pricing Committee.

II. Legal background

2. The questions submitted by the national court concern the interpretation of Council Directive 89/105/EEC of 21 December 1988, relating to the transparency of measures regulating the prices of medicinal products for human use and their inclusion in the scope of national health insurance systems² (hereinafter referred to as the "Directive"), referred to in Point 9 of Chapter XIII of Annex II to the EEA Agreement.

3. Article 1 of the Directive reads:

"1. Member States shall ensure that any national measure, whether laid down by law, regulation or administrative action, to control the prices of medicinal products for human use or to restrict the range of medicinal products covered by their national health insurance systems complies with the requirements of this Directive.

2. The definition of 'medicinal products' laid down in Article 1 of Directive 65/65/EEC shall apply to this Directive.

² OJ No. L 40, 11.2.1989, p. 8.

SKÝRSLA FRAMSÖGUMANNS í máli E-2/98

BEIÐNI um ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins, samkvæmt 34. gr. samningsins milli EFTA-rikkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls, frá Héraðsdómi Reykjavíkur í máli sem rekið er fyrir dómstólnum

Samtök verslunarinnar - Félag íslenskra stórkaupmanna

gegn

Íslenska ríkinu og Lyfjaverðsnefnd

varðandi túlkun tilskipunar ráðsins 89/105/EBE, frá 21. desember 1988.

I. Inngangur

1. Með úrskurði frá 4. mars 1998 og beiðni dagsettri 17. apríl 1998, sem barst dómstólnum 23. apríl 1998, óskaði Héraðsdómur Reykjavíkur, Íslandi, eftir ráðgefandi áliti í máli sem rekið er fyrir dómstólnum milli Samtaka verslunarinnar – Félags íslenskra stórkaupmanna og íslenska ríkisins og Lyfjaverðsnefndar.

II. Löggjöf

2. Spurningar þær sem Héraðsdómur Reykjavíkur hefur óskað svara við lúta að túlkun á tilskipun ráðsins 89/105/EBE, frá 21. desember 1988, um gagnsæjar ráðstafanir er varða verðlagningu lyfja sem ætluð eru mönnum og þátttöku innlendra sjúkratrygginga í greiðslu þeirra² (hér eftir “tilskipunin”). Visað er til tilskipunarinnar í 9. tl. XIII. kafla II. viðauka við EES-samninginn.

3. 1. gr. tilskipunarinnar er svohljóðandi:

“1. Aðildarríkin skulu sjá til þess að allar innlendar ráðstafanir til að stjórna verði lyfja sem ætluð eru mönnum eða takmarka úrval lyfja sem heyra undir innlendar sjúkratryggingar samrýmist kröfum þessarar tilskipunar, hvort sem ráðstafanirnar eru ákveðnar með lögum eða stjórnáslufyrirmælum.

2. Skilgreiningin á “lyfjum”, sem mælt er fyrir um í 1. gr. tilskipunar 65/65/EBE, tekur til þessarar tilskipunar.

² Stjórn. EB nr. L 40, 11.2.1989, bls. 8 [EES-gerðir (Sérarit, sbr. auglýsingu í C-deild Stjórnartíðinda nr. 31/1993) S 16, bls. 124]

3. Nothing in this Directive shall permit the marketing of a proprietary medicinal product in respect of which the authorization provided for in Article 3 of Directive 65/65/EEC has not been issued.”

4. Article 2 of the Directive reads:

“The following provisions shall apply if the marketing of a medicinal product is permitted only after the competent authorities of the Member State concerned have approved the price of the product:

1. Member States shall ensure that a decision on the price which may be charged for the medicinal product concerned is adopted and communicated to the applicant within 90 days of the receipt of an application submitted, in accordance with the requirements laid down in the Member State concerned, by the holder of a marketing authorization. The applicant shall furnish the competent authorities with adequate information. If the information supporting the application is inadequate, the competent authorities shall forthwith notify the applicant of what detailed additional information is required and take their final decision within 90 days of receipt of this additional information. In the absence of such a decision within the abovementioned period or periods, the applicant shall be entitled to market the product at the price proposed.

2. Should the competent authorities decide not to permit the marketing of the medicinal product concerned at the price proposed by the applicant, the decision shall contain a statement of reasons based on objective and verifiable criteria. In addition, the applicant shall be informed of the remedies available to him under the laws in force and the time limits allowed for applying for such remedies.

3. At least once a year, the competent authorities shall publish in an appropriate publication, and communicate to the Commission, a list of the medicinal products the price of which has been fixed during the relevant period, together with the prices which may be charged for such products.”

5. Article 3 of the Directive reads:

“Without prejudice to Article 4, the following provisions shall apply if an increase in the price of a medicinal product is permitted only after prior approval has been obtained from the competent authorities:

1. Member States shall ensure that a decision is adopted on an application submitted, in accordance with the requirements laid down in the Member State concerned, by the holder of a marketing authorization to increase the price of a medicinal product and communicated to the applicant within 90 days of its receipt. The applicant shall furnish the competent authorities with adequate information including details of those events intervening since the price of the medicinal product was last determined which in his opinion justify the price increase requested. If the information supporting the application is inadequate, the competent authorities shall forthwith notify the applicant of what detailed additional information is required and take their final decision within 90 days of receipt of this additional information.

In case of an exceptional number of applications, the period may be extended once only for a further 60 days. The applicant shall be notified of such extension before the expiry of the period.

3. Tilskipun þessi heimilar á engan hátt markaðssetningu sérlyfs ef ekki hefur verið veitt leyfi það sem kveðið er á um í 3. gr. tilskipunar 65/65/EBE.”
4. 2. gr. tilskipunarinnar er svohljóðandi:
- “Eftirfarandi ákvæði gilda ef aðeins er heimilt að markaðssetja lyf eftir að lögbær yfirvöld í viðkomandi aðildarríki hafa samþykkt verð þess:
1. Aðildarríkin skulu sjá til þess að ákvörðun um það verð sem heimilt er að krefjast fyrir viðkomandi lyf verði samþykkt og tilkynnt umsækjanda innan níutíu daga frá því að handhafi markaðsleyfis lagði inn umsókn, í samræmi við þær kröfur sem gerðar eru í viðkomandi aðildarríki. Umsækjanda ber að veita lögbærum yfirvöldum fullnægjandi upplýsingar. Ef upplýsingar sem fylgja umsókn til stuðnings eru ófullnægjandi skulu lögbær yfirvöld þegar í stað tilkynna umsækjanda hvaða frekari upplýsinga er þörf og taka lokaákvörðun innan níutíu daga frá því að þeim berast þær. Hafi slík ákvörðun ekki verið tekin innan framangreinds tímabils eða tímabila hefur umsækjandi rétt til að markaðssetja lyfið á áformuðu verði.
 2. Ákveði lögbær yfirvöld að leyfa ekki markaðssetningu viðkomandi lyfs á því verði sem umsækjandi leggur til skal í ákvörðuninni færa rök fyrir því, byggð á hlutlægum forsendum sem hægt er að sannprófa. Að auki skulu umsækjanda kynnt þau lagaúrræði sem hann getur nýtt sér samkvæmt gildandi lögum og sá frestur sem hann hefur til þess.
 3. Lögbær yfirvöld skulu, einu sinni á ári hið minnsta, birta í viðeigandi riti og senda framkvæmdastjórninni skrá yfir lyf sem hafa verið verðlögð á viðkomandi tímabili, ásamt því verði sem heimilt er að krefjast fyrir lyf þessi.”
5. 3. gr. tilskipunarinnar er svohljóðandi:
- “Eftirfarandi ákvæði gilda ef aðeins er leyft að hækka lyfjaverð að fengnu samþykki lögbærra yfirvalda, samanber þó 4.gr.:
1. Aðildarríkin skulu sjá til þess að ákvörðun um umsókn, sem handhafi markaðsleyfis leggur inn í samræmi við þær kröfur sem gerðar eru í hlutadeigandi aðildarríki, um hækkun á verði lyfs verði samþykkt og tilkynnt umsækjanda innan níutíu daga frá því að hún berst. Umsækjandi skal sjá lögbærum yfirvöldum fyrir fullnægjandi upplýsingum, að meðtöldum itarlegum upplýsingum um þau atvik sem átt hafa sér stað frá því að verð á lyfinu var síðast ákveðið og réttlæta umbeðna verðhækkun að hans mati. Ef upplýsingar sem fylgja umsókn til stuðnings eru ófullnægjandi skulu lögbær yfirvöld þegar í stað tilkynna umsækjanda hvaða frekari upplýsinga er þörf og taka lokaákvörðun innan níutíu daga frá því að þeim berast þær.
- Berist óvenjumargar umsóknir er heimilt að lengja þennan frest einu sinni um sextíu daga. Umsækjanda skal tilkynnt um framlengingu áður en fresturinn rennur út.

In the absence of such a decision within the abovementioned period or periods, the applicant shall be entitled to apply in full the price increase requested.

2. Should the competent authorities decide not to permit the whole or part of the price increase requested, the decision shall contain a statement of reasons based on objective and verifiable criteria and the applicant shall be informed of the remedies available to him under the laws in force and the time limits allowed for applying for such remedies.

2. At least once a year, the competent authorities shall publish in an appropriate publication and communicate to the Commission, a list of the medicinal products for which price increases have been granted during the relevant period, together with the new price which may be charged for such products.”

6. Article 4 of the Directive reads:

“1. In the event of a price freeze imposed on all medicinal products or on certain categories of medicinal products by the competent authorities of a Member State, that Member State shall carry out a review, at least once a year, to ascertain whether the macro-economic conditions justify that the freeze be continued unchanged. Within 90 days of the start of this review, the competent authorities shall announce what increases or decreases in prices are being made, if any.

2. In exceptional cases, a person who is the holder of a marketing authorization for a medicinal product may apply for a derogation from a price freeze if this is justified by particular reasons. The application shall contain an adequate statement of these reasons. Member States shall ensure that a reasoned decision on any such application is adopted and communicated to the applicant within 90 days. If the information supporting the application is inadequate, the competent authorities shall forthwith notify the applicant of what detailed additional information is required and take their final decision within 90 days of receipt of this additional information. Should the derogation be granted, the competent authorities shall forthwith publish an announcement of the price increase allowed.

Should there be an exceptional number of applications, the period may be extended once only for a further 60 days. The applicant shall be notified of such extension before the expiry of the initial period.”

7. In Point 16 of Chapter XIII of Annex II to the EEA Agreement, the Contracting Parties have taken note, as a non-binding act, of the Commission Communication on the compatibility with Article 30 of the [EC] Treaty of Measures taken by Member States relating to price control and reimbursement of medicinal products³. Under Article 8(3) (a) EEA, medicinal products are subject to the general provisions of the EEA Agreement.

III. Facts and Procedure

8. The case before the national court concerns the validity of a decision of the Pharmaceutical Pricing Committee of 22 November 1996. Pursuant to that decision, the maximum wholesale price of pharmaceuticals the cost price of which was equal to or less than 1000 Icelandic crowns was to be increased by 1.77% and those for which the cost price was 3000 Icelandic crowns or higher, the price was to be lowered by 2.65%.

³ OJ No. C 310, 4.12.1986, p. 7.

Hafi slík ákvörðun ekki verið tekin innan framangreinds tímabils eða tímabila hefur umsækjandi rétt til að leggja til fulls á þá verðhækkun sem hann sótti um.

2. Ákveði lögbær yfirvöld að leyfa ekki umbeðna verðhækkun eða leyfa hana aðeins að hluta skal í ákvörðuninni færa rök fyrir því, byggð á hlutlægum forsendum sem hægt er að sannprófa. Að auki skulu umsækjanda kynnt þau lagaúrræði sem hann getur nýtt sér samkvæmt gildandi lögum og sá frestur sem hann hefur til þess.

3. Lögbær yfirvöld skulu, einu sinni á ári hið minnsta, birta í viðeigandi riti og senda framkvæmdastjórninni skrá yfir lyf sem á viðkomandi tímabili hefur verið leyfð verðhækkun á, ásamt nýju verði sem heimilt er að krefjast fyrir lyf þessi.”

6. 4. gr. tilskipunarinnar er svohljóðandi:

“1. Fyrirskipi lögbær yfirvöld aðildarríkis verðstöðvun á öllum lyfjum eða ákveðnum lyfjaflokkum skal sama aðildarríki kanna, einu sinni á ári hið minnsta, hvort þjóðhagslegar forsendur réttlæti áframhaldandi og óbreytta verðstöðvun. Lögbær yfirvöld skulu, innan níutíu daga frá því að könnun þessi hefst, gefa út tilkynningu um verðhækkanir og verðlækkunir ef einhverjar eru.

2. Handhafa markaðsleyfis fyrir lyf er heimilt, í undantekningartilvikum, að sækja um undanþágu frá verðstöðvun ef sérstök rök mæla með því. Í umsókninni skal tilgreina þessi rök á fullnægjandi hátt. Aðildarríkin skulu sjá til þess að rökstudd ákvörðun um umsókn af þessu tagi verði tekin og tilkynnt umsækjanda innan níutíu daga. Ef upplýsingar sem fylgja umsókn til stuðnings eru ófullnægjandi skulu lögbær yfirvöld þegar í stað tilkynna umsækjanda hvaða frekari upplýsinga er þörf og taka lokaákvörðun innan níutíu daga frá því að þeim berast þær. Sé undanþága veitt skulu lögbær yfirvöld þegar í stað birta tilkynningu um þá verðhækkun sem leyfð er.

Berist óvenjumargar umsóknir er heimilt að lengja þennan frest einu sinni um sextíu daga. Umsækjanda skal tilkynnt um framlengingu áður en fresturinn rennur út.”

7. Í 16. tl XIII. kafla II. viðauka við EES-samninginn hafa samningsaðilar lýst yfir að þeir taki mið af efni tilkynningar framkvæmdastjórnarinnar um hvort ráðstafanir sem aðildarríkin gera varðandi verðlagseftirlit og endurgreiðslur vegna lyfja séu í samræmi við 30. gr. sáttmálans.³ Samkvæmt 3. mgr. 8. gr. EES-samningsins taka ákvæði samningsins til lyfja.

III. Málavextir og meðferð málsins

8. Mál það sem rekið er fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur lýtur að gildi ákvörðunar Lyfjaverðsnefndar frá 22. nóvember 1996. Samkvæmt ákvörðun nefðarinnar skyldi hámarksverð lyfja í heildsölu breytast þannig að öll lyf með kostnaðarverð kr. 1.000 og lægra skyldi hækka um 1,77% og öll lyf með kostnaðarverð kr. 3.000 og hærra skyldi lækka um 2,65%.

³ Stjtið. EB nr. C 310, 4. 12.1986, bls. 7.

9. The background for the decision was the result of a comparative study on the wholesale prices of four selected high-selling pharmaceuticals. The wholesale prices in Iceland were found to be higher (20% to 117%) compared to the average wholesale prices in three other Nordic countries. At meetings of the Committee, the plaintiff's representative in the Committee was informed of the Government's objective to economize ISK 250 million in the pharmaceutical field for the year 1997 and of the Committee's proposal for gradually decreasing the mark-up in wholesale pricing.

10. The Committee had estimated that it would lead to an overall reduction in the income of wholesalers of pharmaceuticals amounting to ISK 46,207,754, assuming no changes in the total turnover. This measure can be seen as a part of efforts to prevent an increase in State expenditure on pharmaceuticals.

11. The plaintiff's claims before the national court are to ask for an annulment of the above decision and for the payment of costs. The defendants ask the national court to reject the plaintiff's claims and to rule on costs in their favour.

12. The relevant national provisions are the Pharmaceutical Act No. 93/1994 (*Lyfjalög*), hereinafter "the Pharmaceutical Act", in particular Article 1 (1) and Chapter XIV and the Rules No. 501/1996 relating to determination of prices of pharmaceuticals (*Reglugerð um ákvörðun lyfjaverðs*), hereinafter "the Rules".

13. The objective of the Pharmaceutical Act is described in Article 1:

"The objective of this Act is to ensure that the people of Iceland are provided with an adequate supply of necessary pharmaceuticals by the most efficient means of distribution on the basis of fair and equitable competition and in accordance with the rules which apply within the European Economic Area. With regard to trade in pharmaceuticals it shall always be kept in mind that the distribution of pharmaceuticals is an integral part of health services and those employed in the distribution of pharmaceuticals shall work with other professions of the health services towards fulfilling public health service objectives. It is, furthermore, the objective of this Act to ensure as far as possible the quality and safety of pharmaceuticals and pharmaceutical services, counter excessive use of pharmaceuticals and keep their costs to the minimum.

The Minister of Health and Social Security supervises the implementation of this Act. At the Ministry of Health and Social Security, the Director of Pharmaceutical Affairs is responsible for administering pharmaceutical matters on behalf of the Minister. The Director shall be educated as a pharmacist and may not have vested personal interests in the manufacturing, importation, or distribution of pharmaceuticals. The Director of Pharmaceutical Affairs, the National Centre for Hygiene, Food Control and Environmental Protection, the Director General of Health, the State Drug Inspectorate, the Pharmaceutical Pricing Committee, the Committee on Pharmaceuticals and the Chief Veterinary Officer advise the Minister on the implementation of this Act."

9. Forsenda ákvörðunarinnar var niðurstaða samanburðar á heilðsöluverði fjögurra valinna söluhárra lyfja. Samanburðurinn leiddi í ljós að heilðsöluverð á Íslandi væri 20-117% hærra en meðalheilðsöluverð á þremur öðrum Norðurlöndum. Á fundum Lyfjaverðsnefndar var fulltrúa stefnanda í nefndinni kynnt það markmið ríkisstjórnarinnar að ná fram 250 milljóna króna sparnaði í lyfjamálum fyrir árið 1997 og kynntar tillögur um stíglækkandi álagningu í heilðsölu.

10. Lyfjaverðsnefnd taldi að breytingin myndi hafa í för með sér heildartekjulækkun lyfjaheildsala að upphæð kr. 46.207.754, miðað við óbreytta heildarlyfjaveltu. Líta má á ákvörðunina sem þátt í því að koma í veg fyrir aukin útgjöld ríkisins til lyfjamála.

11. Stefnandi krefst þess fyrir héraðsdómi að ákvörðunin verði felld úr gildi og að honum verði dæmdur málskostnaður. Stefndu krefjast sýknu af kröfum stefnanda og að stefnanda verði gert að greiða stefndu málskostnað.

12. Þau lagaákvæði sem koma til skoðunar í tengslum við ákvörðunina eru Lyfjalög nr. 93/1994, hér eftir "Lyfjalög", einkum 1. mgr. 1. gr. og XIV. kafli og Reglugerð um ákvörðun lyfjaverðs nr. 501/1996, héreftr "Reglugerð nr. 501/1996".

13. Markmiðum lyfjalaga er lýst í 1. gr. laganna:

"Markmið laga þessara er að tryggja landsmönnum nægilegt framboð af nauðsynlegum lyfjum með sem hagkvæmasti dreifingu þeirra á grundvelli eðlilegrar samkeppni og í samræmi við þær reglur sem gilda á hinu Evrópska efnahagssvæði. Við verslun með lyf skal það ætíð haft til hliðsjónar að lyfjadreifing er hluti heilbrigðisþjónustu og starfsmenn við dreifinguna skulu vinna með öðrum aðilum í heilbrigðisþjónustu að opinberum heilbrigðismarkmiðum hverju sinni. Það er jafnframt markmið með lögum þessum að tryggja eftir föngum gæði og öryggi lyfja og lyfjaþjónustu, auka fræðslu um lyfjanotkun, sporna við óhöflegri notkun og halda lyfjakostnaði lágmarki.

Heilbrigðis- og tryggingamálaráðherra hefur umsjón með framkvæmd laga þessara. Í heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytinu starfar lyfjamálastjóri sem annast framkvæmd lyfjamála innan ráðuneytisins fyrir hönd ráðherra. Hann skal vera lyfjafræðingur að mennt og má ekki eiga persónulegra hagsmuna að gæta í framleiðslu, innflutningi eða dreifingu lyfja. Lyfjamálastjóri, Hollustuvernd ríkisins, landlæknir, Lyfjaeftirlit ríkisins, lyfjanefnd ríkisins, lyfjaverðsnefnd og yfirdýralæknir eru ráðherra til ráðuneytis við framkvæmd laganna."

14. The following provisions regarding prices of pharmaceuticals are laid down in Chapter XIV of the Act:

15. Article 39 reads:

“The pricing of all non-prescription medicines is without restriction. The Pharmaceutical Pricing Committee determines the pricing of non-prescription pharmaceuticals for animals, cf. Article 40.”

16. Article 40 reads:

“The Pharmaceutical Pricing Committee determines the maximum wholesale and retail price both of prescription pharmaceuticals and all pharmaceuticals for animals.

Importers and manufacturers of pharmaceuticals as well as their agents shall seek the approval of the Pharmaceuticals Pricing Committee as to maximum wholesale prices and all price changes on prescription pharmaceuticals and veterinary pharmaceuticals.

The Committee shall be comprised of three members appointed by the Ministry of Health and Social Security for the term of his office, of which one shall be nominated by the Supreme Court of Iceland. The Minister appoints the Chairman. Alternates shall be appointed in the same manner. When the maximum wholesale prices for pharmaceuticals are on the agenda, the representative of the organisation of pharmaceutical wholesalers takes a seat on the Committee and when the maximum retail prices for pharmaceuticals are on the agenda the representative appointed by the pharmacy owners’ organisation takes a seat on the Committee. When comments from the State Social Security Institute regarding prices for pharmaceuticals are on the agenda, the representative of the Institute takes a seat on the Committee. When the maximum retail price for pharmaceuticals for animals is on the agenda, the representative of the organisation of veterinarians takes a seat on the committee and the Chief Veterinary Officer is also consulted. If during the conduct of the committee’s work there is a tie vote, the chairman casts the deciding vote.

The Committee shall monitor the purchase and manufacturing prices of pharmaceuticals and the wholesale and retail pricing of pharmaceuticals and make price determinations based on its observations. The Committee is, furthermore, responsible for the publication of a price schedule which shows the maximum prices of prescription pharmaceuticals and all pharmaceuticals for animals.

The costs of the Committee’s work, including remuneration of committee members is paid by the State Treasury.”

17. Article 41 reads:

“The Minister, after receiving proposals from the State Social Security Institute, determines the participation of social security in pharmaceutical costs of health insured persons in accordance with the existing Social Security Act and the annual budget.”

14. Eftirfarandi ákvæði um lyfjaverð eru í XIV. kafla laganna:

15. 39. gr. er svohljóðandi:

“Verðlagning lyfja, sem seld eru án lyfseðils, er fjáls. Lyfjaverðsnefnd ákvarðar verðlagningu dýralyfja sem seld eru án lyfseðils, sbr. 40. gr.”

16. 40. gr. er svohljóðandi:

“Lyfjaverðsnefnd ákvarðar hámarksverð á lyfseðilsskyldum lyfjum og öllum dýralyfjum í heildsölu og smásölu.

Innflytjendur lyfja, lyfjaframleiðendur og umbodsmenn þeirra skulu sækja um hámarksverð í heildsölu og allar verðbreytingar á lyfseðilsskyldum lyfjum og dýralyfjum til lyfjaverðsnefndar.

Í nefndinni skulu eiga sæti þrír menn sem heilbrigðis- og tryggingamálaráðherra skipar til setu á kjörtímabili sínu, þar af einn tilnefndur af Hæstarétti Íslands. Ráðherra skipar formann. Varamenn skulu skipaðir með sama hætti. Þegar fjallað er um hámarksverð á lyfjum í heildsölu tekur sæti í nefndinni fulltrúi samtaka lyfjaheildsala og þegar fjallað er um hámarksverð í smásölu tekur fulltrúi samtaka lyfsala sæti í nefndinni. Þegar fjallað er um athugasemdir Tryggingastofnunar ríkisins um lyfjaverð tekur fulltrúi Tryggingastofnunarinnar sæti í nefndinni. Þegar fjallað er um hámarksverð á dýralyfjum í smásölu tekur fulltrúi samtaka dýralækna sæti í nefndinni auk þess sem nefndin skal þá leita álits yfirdýralæknis. Falli atkvæði jöfn við afgreiðslu mála hjá nefndinni sker atkvæði formanns úr.

Nefndin skal fylgjast með innkaups- og framleiðsluverði lyfja og verðlagningu lyfja í heildsölu og smásölu og taka mið af þeim athugunum við verðákvarðanir sínar. Þá skal nefndin hafa með höndum útgáfu lyfjaverðskrár sem í er birt hámarksverð lyfseðilsskyldra lyfja og allra dýralyfja.

Kostnaður við störf nefndarinnar, þar með talin laun nefndarmanna og starfslíðs, greiðist úr ríkissjóði.”

17. 41. gr. er svohljóðandi:

“Ráðherra ákveður að fenginni tillögu Tryggingastofnunar ríkisinsþátttöku almennatrygginga í lyfjakostnaði sjúkratryggðra í samræmi við lög um almennatryggingar og fjárlög hverju sinni.”

18. For further implementation of the Act, Rules No. 501/1996 relating to determination of prices of pharmaceuticals have been enacted. Pursuant to their Article 1, they apply to pricing of prescription pharmaceuticals and all pharmaceuticals for animals for wholesale and retail sale. Article 2 concerns how the prices of pharmaceuticals are determined. The Article provides *inter alia* that the Pharmaceutical Pricing Committee determines the maximum wholesale and retail prices of prescription pharmaceuticals. Article 4 concerns applications for wholesale prices, stipulating *inter alia* that the holders of a marketing authorization for proprietary medicinal products or their agents are to apply to the Pharmaceutical Pricing Committee for a maximum wholesale price and any proposed price increases for prescription pharmaceuticals, and that they are to use a designated form for this purpose. Applicants must also furnish the Committee with adequate information. The Pharmaceutical Pricing Committee is to ensure, as a rule, that an application for a maximum wholesale price is decided upon within 90 days from receipt of an adequately completed application. Article 5 concerns the determination of a wholesale price and provides that, when general decisions regarding maximum wholesale prices are taken, the representative of the organization of pharmaceutical wholesalers or pharmaceutical producers, as the case may be, are to take a seat on the Committee. When individual applications for pricing submitted by individual companies are considered, a representative of the holder of a marketing authorization is entitled to take a seat on the Committee in the place of the representatives of the organizations referred to above. Article 7 provides *inter alia* that the Pharmaceutical Pricing Committee is to monitor the purchase and manufacturing prices of pharmaceuticals and the wholesale and retail pricing of pharmaceuticals in the country and compare them to comparable prices in other countries. Article 8 concerns changes in and the review of prices. Article 8 states *inter alia* that the Pharmaceutical Pricing Committee and/or interested parties may ask for a review of previously-determined maximum wholesale and retail prices, when changed circumstances or new information so warrant. When the Committee considers such changes, representatives of the relevant interested party shall take a seat on the Committee.

19. Reykjavik City Court has decided to submit a Request for an Advisory Opinion to the EFTA Court. The order was appealed to the Supreme Court of Iceland under a summary procedure pursuant to Article 1(3) of Act No. 21/1994 regarding requests to the EFTA Court for an advisory opinion on the interpretation of the EEA Agreement. By a judgment of 1 April 1998, the Supreme Court upheld the order.

IV. Questions

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

“1.a Does Council Directive 89/105/EEC, in particular Articles 2 and 3, apply to circumstances where a competent authority, empowered to approve the maximum prices of pharmaceuticals, decides, on its own motion, to decrease by 2.65% the wholesale prices of all prescribed pharmaceuticals which are subject to provisions regarding marketing authorization following the approval by a competent authority of a certain price, and which are subject to provisions regarding authority to increase prices, following the approval thereof by a competent authority, and which cost more than 3000 Icelandic crowns, for the purpose of lowering the prices of pharmaceuticals to the public in accordance with prices in neighbouring countries and to reduce State expenditure on pharmaceuticals?

b. Is such a unilateral decision by a competent authority in conformity with Council Directive 89/105/EEC?

18. Á grundvelli lyfjalaga hefur verið sett reglugerð nr. 501/1996 um ákvörðun lyfjaverðs. Samkvæmt 1. gr. gildir hún um verðákvörðun á lyfseðilsskyldum lyfjum og öllum dýralyfjum í heilðsölu og smásölu. Í 2. gr. er fjallað um ákvörðun lyfjaverðs og segir þar m.a. að hámarksverð lyfseðilsskyldra lyfja í heilðsölu og smásölu sé ákveðið af Lyfjaverðsnefnd. Í 4. gr. er fjallað um umsókn um heilðsöluverð og segir þar m.a. að markaðsleyfishafar sérlyfja eða umbodsmenn þeirra skuli sækja um hámarksverð í heilðsölu og allar verðbreytingar til hækkunar á lyfseðilsskyldum lyfjum til Lyfjaverðsnefndar á þar til gerðu eyðublaði. Einnig skulu umsækjendur veita Lyfjaverðsnefnd fullnægjandi upplýsingar. Þá skal Lyfjaverðsnefnd að öðru jöfnu tryggja að umfjöllun um hámarksverð í heilðsölu sé lokið innan 90 daga frá því að fullnægjandi umsókn barst nefndinni. Í 5. gr. sem fjallar um ákvörðun á heilðsöluverði segir að fulltrúi lyfjaheilðsala eða lyfjaframleiðenda taki sæti í Lyfjaverðsnefnd, eftir því sem við eigi. Þegar teknar séu almennar ákvarðanir um hámarksverð í heilðsölu. Þegar nefndin fjalli um einstakar verðumsóknir einstakra fyrirtækja eigi hins vegar fulltrúi handhafa markaðsleyfis rétt á sæti í nefndinni í stað fulltrúa áðurnefndra samtaka. Í 7. gr. segir m.a. að Lyfjaverðsnefnd skuli fylgjast með innkaups- og framleiðsluverði lyfja og verðlagningu lyfja í heilðsölu og smásölu hér á landi og bera saman við sambærileg verð í öðrum löndum. Í 8. gr. er fjallað um verðbreytingar og endurskoðun hámarksverðs og segir þar m.a. að Lyfjaverðsnefnd og/eða hagsmunaaðilar geti krafist endurskoðunar á áður ákvörðuðu hámarksverði í heilðsölu og smásölu þegar um sé að ræða breyttar aðstæður eða nýjar upplýsingar. Þegar nefndin fjalli um slíkar breytingar taki fulltrúar viðkomandi hagsmunaaðila sæti í nefndinni.

19. Héraðsdómur Reykjavíkur hefur ákveðið að óska eftir ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins. Úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur var skotið til Hæstaréttar Íslands með kæru samvæmt heimild í 3. mgr. 1. gr. laga nr. 21/1994 um öflun álits EFTA-dómstólsins um skýringu samnings um Evrópska efnahagssvæðið. Með dómi Hæstaréttar 1. apríl 1998 var úrskurðurinn staðfestur.

IV. Álitaeftir

20. Eftirfarandi spurningar voru bornar undir EFTA-dómstólinn:

“1.a. Tekur tilskipun ráðsins nr. 89/105/EBE, einkum 2. og 3. gr., til þess tilviks, að lögbært yfirvald, sem ætlað er að samþykkja hámarksverð lyfja, tekur að eigin frumkvæði ákvörðun um, að lækka heilðsöluverð allra lyfseðilsskyldra lyfja, sem háð eru lagaákvæðum um heimild til markaðssetningar að fengnu samþykki lögbærra yfirvalda um verð og leyfi til verðhækkana að fengnu samþykki lögbærra yfirvalda, og sem kosta meira en 3.000 íslenskar krónur um 2,65%, í þeim tilgangi að lækka lyfjaverð til almennings til samræmis við það sem gerist í nágrannalöndunum og draga úr útgjöldum ríkisins til lyfjamála?”

b. Getur slík einhliða ákvörðun lögbærs yfirvalds samrýmt tilskipun ráðsins nr. 89/105/EBE?

c. Does it affect the answer to the question if it is possible to apply for price increases for particular products despite the general decision to decrease wholesale prices?

2.a Is Article 2(2) of Council Directive 89/105/EEC to be interpreted to the effect that a unilateral decision by a competent authority, such as the one referred to in question 1, amounts to a rejection by the authority for marketing of a pharmaceutical product at a particular price?

b. If so, and if it is possible to apply for a price increase for particular products despite the general decision to decrease wholesale prices, does this affect the requirements for the reasoning by the competent authority, the information regarding legal measures available to the wholesaler and the time-limits available?"

V. Written observations

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

- the plaintiff, represented by Counsel Baldvin Hafsteinsson;
- the defendant, the Government of Iceland, represented by Einar Gunnarsson, Legal Officer in the Ministry of Foreign Affairs, Directorate of External Trade, acting as Agent and assisted by Martin Eyjólfsson, Legal Officer in the Ministry for Foreign Affairs, Directorate of External Trade, and Einar Magnússon, Director of Pharmaceutical Affairs in the Ministry of Health and Social Security of Iceland;
- the Government of the Netherlands, represented by Marc Fierstra and Corinna Wissels, Legal Advisers in the Ministry of Foreign Affairs, acting as Agents;
- the Government of Norway, represented by Morten Goller, Office of the Attorney General, acting as Agent;
- the Government of the United Kingdom, represented by John Collins, Treasury Solicitor's Department, acting as Agent and assisted by David Pannick;
- the EFTA Surveillance Authority, represented by Páll Ásgrímsson, Officer, Legal & Executive Affairs, acting as Agent;
- the Commission of the European Communities, represented by Richard Wainwright, Principal Legal Adviser, and Michael Shotter, a national official seconded to the Commission under an arrangement for the exchange of officials, acting as Agents.

Federation of Icelandic Trade

22. The *plaintiff* submits that a decision of the Pharmaceutical Pricing Committee is an administrative measure intended to control the prices of medicinal products for human use and is therefore covered by Article 1 of the Directive.

c. Hefur það áhrif á svarið við spurningunni að/ef unnt er að sækja um hækkun á verði einstakra lyfja þrátt fyrir hina almennu lækkun á heilðsöluverði?

2.a. Ber að skýra 2. tl. 2. gr. tilskipunar ráðsins nr. 89/105/EBE þannig að einhliða ákvörðun lögbærs yfirvalds, eins og sú sem greint er frá í spurningu 1, teljist synjun á markaðssetningu lyfs á tilteknu verði?

b. Ef svo er, hefur það áhrif á þær kröfur sem gerðar eru til rökstuðnings fyrir ákvörðun lögbærs yfirvalds, kynningu á lagaúrræðum sem heilðsali getur nýtt sér og fresti sem hann hefur að/ef unnt er að sækja um hækkun á verði einstakra lyfja þrátt fyrir hina almennu lækkun á heilðsöluverði?"

V. Greinargerðir

21. Í samræmi við 20. gr. stofnsamþykktar EFTA-dómstólsins og 97. gr. starfsreglna EFTA-dómstólsins hafa greinargerðir borist frá eftirtöldum aðilum:

- Stefndanda. Í fyrirsvari er Baldvin Hafsteinsson, hdl.;
- Stefnda, ríkisstjórn Íslands. Í fyrirsvari er Einar Gunnarsson lögfræðingur, viðskiptaskrifstofu utanríkisráðuneytisins og honum til aðstoðar sem ráðgjafar eru Martin Eyjólfsson, lögfræðingur, viðskiptaskrifstofu utanríkisráðuneytisins og Einar Magnússon deildarstjóri lyfjamála í heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytinu;
- Ríkisstjórn Hollands. Í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Marc Fierstra og Corinna Wissels, lögfræðilegir ráðgjafar í utanríkisráðuneytinu;
- Ríkisstjórn Noregs. Í fyrirsvari sem umboðsmaður er Morten Goller, embætti Ríkislögmanns;
- Ríkisstjórn Stóra-Bretlands og Norður Írlands (hér eftir “Ríkisstjórn Bretlands”). Í fyrirsvari sem umboðsmaður er John Collins, lagacild fjármálaráðuneytisins og honum til aðstoðar David Pannick;
- Eftirlitsstofnun EFTA. Í fyrirsvari sem umboðsmaður er Páll Ásgrímsson, lögfræðingur, lögfræði- og framkvæmdasviði;
- Framkvæmdastjórn Evrópubandalaganna (hér eftir “Framkvæmdastjórnin”). Í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Richard Wainwright, aðalráðgjafi, og Michael Shotter, sérfræðingur frá aðildarríki sem starfar fyrir framkvæmdastjórnina samkvæmt sérstöku samkomulagi.

Samtök verslunarinnar – Félag íslenskra stórkaupmanna

22. Stefndandi byggir á því að ákvörðun Lyfjaverðsnefndar teljist vera stjórnsýslufyrirmæli, sem ætlað er að stjórna verðlagi lyfja sem ætluð eru mönnum, og eigi l. gr. tilskipunarinnar því við um ákvörðunina.

23. Concerning the intention of the Directive, reference is made to the Preamble. The main goal of the Directive is to achieve transparency in the criteria on which competent authorities base their decisions on prices. National pricing measures must be harmonized to prevent potential restrictions or distortions in trade of medicinal products.

24. The plaintiff states that Article 1(1) of the Directive applies regardless of whether the measures are laid down by law, regulation or administrative action. It must be considered that the Directive prescribes in Articles 2 to 5 the methods the Member States may follow when making price decisions.

25. In Iceland, all marketing of prescription pharmaceuticals is subject to prior approval of the pharmaceutical prices and all price increases are subject to approval by a public authority. The Pharmaceutical Pricing Committee is thus the competent authority within the meaning of Articles 2 and 3 of the Directive.

26. Furthermore, the Plaintiff considers that the Directive lists exhaustively in Articles 2 to 5 all national measures for controlling prices of medicinal products. The case at hand is not covered by Articles 4, 5, 6 and 7 of the Directive. A decision such as the one in dispute must be considered in light of Article 2 (2) of the Directive.

27. In accordance with the objective of the Directive, the public authorities are obliged to publish in advance all requirements for applications for prices for medicinal products. The Plaintiff considers this understanding of the Directive to be in full conformity with the case law of the Court of Justice of the European Communities (ECJ).⁴

28. The Plaintiff submits that the disputed decision of the Pharmaceutical Pricing Committee is an onerous decision, of the type for which public authorities are obliged to state reasons, pursuant to the case law of the ECJ.⁵

29. The decision itself was not at all reasoned. The criteria that the prices of pharmaceuticals were too high in Iceland and that it was likely that expenditure would far exceed its limits unless measures were taken were presented after the dispute arose. The Plaintiff contests that these criteria may be seen as legitimate criteria on which the disputed decision may be based.

30. Concerning these criteria, the Plaintiff points to the price differences between individual Member States of the European Union. Furthermore, it is unclear whether important factors have been considered, such as increased longevity of the population and increase in the population of elderly people which, it is commonly accepted, increases pharmaceutical cost. It is further not clear whether the calculations include to some extent newer and more expensive pharmaceuticals, or the economizing which results from better and improved medical treatment in other areas of the health care system.

31. The Plaintiff submits that, when making its disputed decision, the Pharmaceutical Pricing Committee has not taken into account objective criteria relating to the composition of prices, such as turnover of pharmaceuticals, transport expenses, storage etc., and other criteria which are directly related to the composition of prices of pharmaceuticals. The criteria used by the authority cannot be considered objective within the meaning of the Directive.

⁴ See e.g. Case C-222/86 *Union nationale entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) v Georges Heylens and others* [1987] ECR 4097; Case C-249/88 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [1991] ECR I-1275.

⁵ See footnote 3.

23. Vísað er til aðfaraorða tilskipunarinnar um markmið hennar. Meginmarkmið tilskipunarinnar er að gera sýnilegar allar forsendur sem lögbær yfirvöld leggja til grundvallar lyfjaverðsákvörðunum. Ætlunin er að samræma innlendar ráðstafanir sem lúta að verðákvörðunum til að koma í veg fyrir hugsanlegar takmarkanir eða hindranir í viðskiptum með lyf.

24. Stefnandi nefnir að 1. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar gildi hvort sem slíkar ráðstafanir séu ákvæðnar með lögum eða stjórnisýslufyrirmælum. Telja verði að í 2. – 5. gr. tilskipunarinnar sé mælt fyrir um þær aðferðir sem aðildarríkjunum sé heimilt að beita við lyfjaverðsákvæðanir.

25. Á Íslandi sé markaðssetning lyfseðilsskyldra lyfja háð fyrirfram samþykki opinberra yfirvalda á lyfjaverði og allar verðhækkanir séu með sama hætti háðar samþykki opinbers aðila. Lyfjaverðsnefnd sé því lögbært yfirvald í skilningi 2. og 3. gr. tilskipunarinnar.

26. Stefnandi telur að í 2. – 5. gr. tilskipunarinnar séu tæmandi taldar þær ráðstafanir sem heimilt er að grípa til til að stjórna lyfjaverði. Stefnandi telur 4., 5., 6. og 7. gr. tilskipunarinnar ekki koma til skoðunar í málinu. Ákvörðun eins og þá sem ágreiningur er um í málinu verði að meta samkvæmt ákvæðum 2. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar.

27. Í samræmi við yfirlýst markmið tilskipunarinnar sé yfirvöldum skylt að birta fyrirfram allar kröfur sem gerðar séu til lyfjaverðsumsóknna. Stefnandi telur þennan skilning vera í fullu samræmi við dómaframkvæmd dómstóls Evrópubandalagsins (dómstóll EB).⁴

28. Stefnandi byggir á því að hin umdeilda ákvörðun Lyfjaverðsnefndar sé íþyngjandi ákvörðun og að samkvæmt dómaframkvæmd dómstóls EB sé yfirvöldum skylt að rökstyðja slíkar ákvarðanir.⁵

29. Ákvörðunin sjálf var með öllu órökstudd. Þær forsendur fyrir ákvörðuninni að verðlag lyfja á Íslandi væri of hátt og fyrirsjáanlegt að lyfjakostnaður ríkisins myndi að óbreyttu fara úr böndunum komu fram eftir að ágreiningur kom upp um ákvörðunina. Stefnandi hafnar því að þessar forsendur verði lagðar til grundvallar sem lögmætar forsendur fyrir hinni umdeildu ákvörðun.

30. Að því er lýtur að greindum forsendum bendir stefnandi á að lyfjaverð sé mismunandi milli einstakra ríkja Evrópusambandsins. Þá sé óljóst hvort tillit hafi verið tekið til mikilvægra þátta eins og aukins langlífis þjóðarinnar og fjölgun eldri borgara, sem viðurkennt sé að hafi í sér fölgna aukningu á lyfjakostnaði. Þá sé ekki ljóst hvort útreikningarnir taki að einhverju leyti tillit til nýrra og dýrari lyfja eða sparnaðar sem leiðir af betri og bættari lyfjameðferð á öðrum sviðum heilbrigðiskerfisins.

31. Stefnandi heldur því fram að við hina umdeildu ákvörðun hafi Lyfjaverðsnefnd litið fram hjá hlutlægum forsendum varðandi myndun lyfjaverðs, s.s. veltuhraða lyfja, flutningskostnað, lagerhald o.s.frv., svo og öðrum forsendum sem beint varða myndun lyfjaverðs. Forsendur þær sem Lyfjaverðsnefnd byggði á geti ekki talist hlutlægar í skilningi tilskipunarinnar.

⁴ Sjá t.d. mál C-222/86 *Union nationale entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef)* gegn *Georges Heylens o.fl.* [1987] ECR 4097 (European Court Reports, þ.c. dómasafn dómstóls EB); C-249/88 *Frankvæmdastjórnin gegn Belgíu* [1991] ECR I-1275.

⁵ Sjá neðanmálgrein 3.

32. Furthermore, the plaintiff states that the disputed decision is a measure having equivalent effect to quantitative restrictions on imports under Article 11 EEA. In his view, the lack of transparency constitutes a breach of this provision. Reference is made to an opinion of an Advocate General of the ECJ.⁶

33. The effect of the decision of the Pharmaceutical Pricing Committee is to reduce importers' income of a considerable share of pharmaceuticals and may cause importers to stop importing expensive pharmaceuticals and/or marketing new ones, as the low mark-up does not grant satisfactory profit and imports will not be profitable. It has also to be considered that the decision of the Pharmaceutical Pricing Committee was based on a wholesale mark-up which was at a minimum. According to the case law of the ECJ, a measure having equivalent effect to a quantitative restriction is present when imported products cannot be sold at a reasonable price.⁷

34. The possibility for individual importers to apply to the Pharmaceutical Pricing Committee for increases in the price of pharmaceuticals does not change the conclusion that the disputed decision is unlawful. The Plaintiff submits that it is contrary to the rules of the parties' being entitled to an objective assessment to require them to apply for permission for a price increase from the same entity that has decided that the price of the product concerned is to be decreased, in accordance with instructions from public authorities.

35. The Plaintiff points out that neither the Directive nor the Icelandic legislation contains a provision which provides that the relevant authority may decrease previously-decided prices of pharmaceuticals by way of unilateral decision. It is irrelevant whether the decision is a general decision regarding all pharmaceuticals in a particular price category or a specific decision. The effects of the decision are the same, i.e. the rights of parties concerned granted by the provisions of the Directive are adversely affected.

36. If this was not so, public authorities could easily avoid their obligation to provide a statement of reasons for a rejection of an application for a certain price if they could first authorize marketing of a pharmaceutical and then, by a review of the accepted price, decrease the price without having to comply with the requirements regarding a statement of reasons and ensure that parties concerned were aware of their right to remedies.

37. With regard to the foregoing, the Plaintiff proposes the following answers to the questions referred to the EFTA Court:

1(a) This part of the question must be answered in the affirmative. A decision of the Pharmaceutical Pricing Committee, such as the one at issue in the main proceedings, must be considered to be an administrative measure intended to control the pricing of medicinal products, within the meaning of Article 1 of Directive 89/105/EEC and is thus, as such, covered by the provisions of the Directive.

1(b) This part of the question must be answered in the negative. A unilateral decision by a competent authority such as the one at issue in the main proceedings is not in conformity with the provisions of Council Directive 89/105/EEC.

⁶ See footnote 3 and Opinion of Mr. Advocate General Tesauo delivered on 30 January 1991 in Case C-249/88 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [1991] ECR I-1275.

⁷ See footnote 3 and Case 181/82 *Roussel Laboratoria BV and others v État néerlandais* [1983] ECR 3849.

32. Stefnandi telur cinnig að hin umdeilda ákvörðun sé ráðstöfun sem hafi sambærileg áhrif og magntakmörkun á innflutningi sbr. 11. gr. EES-samningsins. Stefnandi telur að skortur á því að forsendur séu sýnilegar brjóti gegn ákvæðinu og vísar til álits lögsögumanns dómstóls EB í því sambandi.⁶

33. Áhrif ákvörðunar Lyfjaverðsnefndar eru þau að tekjur innflytjenda af stórum hluta lyfja skerðist og kann að leiða til þess að innflytjendur hætti innflutningi dýrra lyfja og/eða markaðssetningu nýrra lyfja, þar sem hin lága álagning skilar ekki ásættanlegum hagnaði og innflutningur verður ekki fjárhagslega arðbær. Þá verði að hafa í huga að ákvörðun Lyfjaverðsnefndar sé byggð á heildsöluálagningu sem var í lágmarki. Dómstóll EB hefur talið að það sé ráðstöfun sem hafi sambærileg áhrif og magntakmörkun á innflutning þegar ekki er unnt að selja innfluttar vörur með viðunandi hagnaði.⁷

34. Það að einstakir lyfjainnflytendur hafi átt þess kost að sækja um hækkun á lyfjaverði til Lyfjaverðsnefndar breytir að mati stefnanda ekki þeirri niðurstöðu að hin umdeilda ákvörðun sé ólögmat. Þá telur stefnandi að það fái ekki samrýmst þeim reglum, að aðilar eigi rétt á hlutlægu mati, að þurfa að sækja um hækkun á verði til þess aðila sem að boði yfirvalda hefur tekið þá ákvörðun að verð viðkomandi vöru skuli lækkað.

35. Stefnandi bendir á að hvorki í tilskipuninni né í hinum íslensku lögum sé að finna ákvæði sem heimili viðkomandi yfirvaldi að taka einhliða ákvörðun um að lækka lyfjaverð frá áður ákvörðuðu verði. Engu breyti hvort ákvörðunin sé tekin heildstætt, þannig að hún taki til allra lyfja í ákveðnum verðflokki, eða sérstætt. Afleiðing ákvörðunarinnar sé sú sama, þ.e. að réttarstaða sem aðilum er tryggt með ákvæðum tilskipunarinnar sé skert.

36. Ef komist væri að annarri niðurstöðu um þetta efni væri hægur vandi fyrir yfirvöld að komast framhjá þeirri skyldu að rökstyðja synjun á markaðssetningu lyfs á umbeðnu verði, með því að heimila fyrst markaðssetningu þess en beita síðan endurskoðun á samþykktu verði til þess að fá fram lægra verð, án þess að þurfa að uppfylla kröfur tilskipunarinnar um rökstuðning eða veita viðkomandi færi á að nýta sér viðeigandi réttarráðði.

37. Með hliðsjón af framangreindu leggur stefnandi til eftirfarandi svör við spurningum þeim sem beint hefur verið til EFTA-dómstólsins:

1(a) Svára verður þessum lið spurningarinnar játandi. Ákvörðun Lyfjaverðsnefndar, eins og sú, sem deilt er um í aðalmálinu, telst vera stjórnvíslyfyrirmæli, sem er ætlað að stjórna verðlagi lyfja, í skilningi 1. gr. tilskipunar ráðsins nr. 89/105/EBE og fellur því sem slík undir ákvæði hennar.

1(b) Svára verður þessum lið spurningarinnar neitandi. Einhliða ákvörðun lögbærs yfirvalds eins og sú sem um er deilt í aðalmálinu, samrýmst ekki ákvæðum tilskipunar ráðsins nr. 89/105/EBE.

⁶ Sjá neðanmálgrein 3 og álit lögsögumannsins Tesaro frá 30. janúar 1991 í máli C-249/88 *Framkvæmdastjórnin v Belgíu* [1991] ECR I-1275.

⁷ Sjá neðanmálgrein 3 og mál C-181/82 *Roussel Laboratoria Bvo.fl. gegn État néerlandais* [1983] ECR 3849.

1 (c) *This part of the question must be answered in the negative. The fact that it was possible to apply for price increases for particular pharmaceuticals, despite the general decision to decrease wholesale prices, does not affect the answer to the question.*

With reference to the answer to the first question, [the plaintiff] considers that there is no need for the EFTA Court to answer [the second question] from the Reykjavik City Court."

The Government of Iceland

38. The *defendant*, the Government of Iceland, is of the opinion that the Directive does not regulate the pricing itself of pharmaceutical products. Therefore, the Member States are free to adopt measures to control public health expenditure on medicinal products if these measures are not contrary to the general principles of the EEA Agreement, including the four freedoms.

39. Referring to the Preamble to the Directive, as well as to its purpose and an explanatory document, the Government of Iceland submits that Article 2 and Article 3 of the Directive were to apply only in case of single medicinal products but not generally. The case at hand concerns a general wholesale price decrease of all prescribed pharmaceuticals above a certain price limit. Therefore, Article 2 and Article 3 of the Directive should not apply.

40. The Government of Iceland states that, by its wording, Article 4 of the Directive does not cover a situation of a general price decrease. In case of a price decrease without a prior price freeze, undertakings are protected by Article 3 and all efforts to interpret Article 4 as covering such a situation would deprive undertakings of the protection of Article 3. This would be contrary to the aim of the Directive.

41. Furthermore, undertakings are also protected by Article 11 EEA if the official interference with prices in pharmaceuticals is regarded as constituting a measure equivalent to a quantitative restriction.

42. Should the Directive be found applicable by the EFTA Court, the Government of Iceland submits, with reference to the Preamble to and Article 4 of the Directive, that the Member States have in any case the right to control prices of medicinal products *inter alia* by decreasing allowable prices.

43. Concerning the question whether the decision is compatible with Article 11 EEA, the Government of Iceland emphasizes that the decision was based on a special study showing that the drug prices in Iceland were 20% to 117% above the average wholesale prices in Denmark, Sweden and Norway.

44. Referring to the case law of the ECJ, the Government of Iceland argues that a price control system does not in itself constitute a measure having an equivalent effect to a quantitative restriction.⁸ According to that case law, it is for the plaintiff to establish that the prices approved by the competent authorities do not enable those products to be sold at a reasonable profit due to the structure and amount of production costs and the expenses and charges relating to import, or that the sale of imported products becomes impossible as a result of the price decision.⁹

⁸ See footnote 6.

⁹ See footnote 3.

1(c) Svara verður þessum lið spurningarinnar neitandi. Það, að unnt var að sækja um hækkun á verði einstakra lyfja þrátt fyrir hina almennu lækkun á heilðsóliverði, hefur engin áhrif á svarid.

Með vísan til þess svars sem gefið var við fyrstu spurningunni telur [stefnandi] ekki þörf á að [EFTA-dómstóllinn svari síðari spurningunni] sem Héraðsdómur Reykjavíkur hefur beint til dómstólsins."

Ríkisstjórn Íslands

38. Stefndi, ríkisstjórn Íslands, telur að tilskipunin mæli ekki fyrir um verðlagningu lyfja. Aðildarríkin geti því óhindrað beitt ráðstöfunum til að stjórna opinberum útgjöldum til lyfjamála að því tilskildu að þessar ráðstafanir fari ekki gegn meginreglum EES-samningsins, þ. á m. reglunum um fjörfrelsið.
39. Með vísan til aðfaraorða tilskipunarinnar, tilgangs hennar og tiltekns skýringartexta, byggir ríkisstjórn Íslands á því að ákvæðum 2. og 3. gr. sé ætlað að taka til einstakra lyfja en ekki til lyfja almennt. Mál það sem hér er til umfjöllunar lýtur að almennri lækkun á heilðsóliverði allra lyfseðilsskyldra lyfja sem kosta meira en 3.000 kr. Ákvæði 2. og 3. gr. tilskipunarinnar eiga því ekki við.
40. Ríkisstjórn Íslands telur að 4. gr. tilskipunarinnar taki ekki til almennrar verðlækkunar. Þegar um er að ræða verðlækkun, án þess að áður hafi verið gripið til verðstöðvunar, veitir 3. gr. tilskipunarinnar fyrirtækjum vernd. Viðleitni til að túlka 4. gr. svo að hún nái til slíkra tilvika myndi koma í veg fyrir vernd 3. gr., en það færi gegn tilgangi tilskipunarinnar.
41. Auk þess veitir 11. gr. EES-samningsins fyrirtækjum vernd, ef opinber afskipti af lyfjaverði eru talin til ráðstafana sem hafa sambærileg áhrif og magntakmarkanir á innflutningi.
42. Komist EFTA-dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að tilskipunin eigi við í málinu, byggir ríkisstjórn Íslands á því, með vísan til aðfaraorða tilskipunarinnar og 4. gr. hennar, að aðildarríkjunum sé í öllu falli heimilt að stjórna lyfjaverði, meðal annars með því að lækka leyfilegt verð.
43. Að því er lýtur að spurningunni um það hvort ákvörðunin fái samrýmst 11. gr. EES-samningsins leggur ríkisstjórn Íslands áherslu á að ákvörðunin hafi byggst á sérstökum samanburði sem hafi sýnt að lyfjaverð á Íslandi væri 20-117% hærra en meðalheilðsóliverði í Danmörku, Svíþjóð og Noregi.
44. Ríkisstjórn Íslands vísar til dóma dómstóls EB og heldur því fram að ráðstafanir til að stjórna lyfjaverði feli ekki sjálfkrafa í sér ráðstafanir sem hafa sambærileg áhrif og magntakmarkanir á innflutningi.⁸ Samkvæmt dómum dómstólsins er það stefnanda að sýna fram á að ekki sé hægt að selja vöru með eðlilegum hagnaði á því verði sem samþykkt hefur verið af lögbærum yfirvöldum, vegna framleiðslukostnaðar og kostnaðar og gjalda sem tengjast innflutningi, eða að ákvörðun um lyfjaverð leiði til þess að sala innfluttra vara verði ómögul.⁹

⁸ Sjá neðanmálgrein 6.

⁹ Sjá neðanmálgrein 3.

45. In the case at hand, the plaintiff has not provided the competent authorities or the EFTA Court with such an analysis.

46. The Government of Iceland suggests answering the questions as follows:

1.a The provisions of the Directive are not applicable to the situation referred to in the question.

1.b The decision referred to is not in contradiction to the Directive, since its provisions do not apply to the situation at hand.

1.c Since the provisions of the Directive do not apply to the situation, the question needs not be answered.

2.a Since the Directive is not applicable to such a decision, the question needs not be answered.

2.b Since the Directive not applicable to such a decision, the questions needs not be answered."

The Government of the Netherlands

47. In the opinion of the *Government of the Netherlands*, the objective of the Directive is modest. Reference is made to the Preamble and to the main objective of the Directive, which is transparency. The goal of the Directive does not affect the policies of those Member States which rely primarily upon free competition to determine the price of medicinal products. Furthermore, there is no effect on price-setting nor on determination of social security schemes in the Member States.

48. It is submitted that the decision of the Pharmaceutical Pricing Committee is a general decision because it relates to all pharmaceutical products. Accordingly, the decision does not fall within the ambit of Article 2 of the Directive, but is covered by Article 4 of the Directive.

49. According to the Government of the Netherlands, the wording of Article 4 of the Directive does not preclude this provision covering decisions imposing general price reductions as well as general price decisions containing the fixing of prices at their present level. The scope of Article 4 of the Directive would be very limited if it was only to apply to a price freeze in the strictest sense. The competent authorities would be able to achieve a similar result by refusing permission for a price increase under Article 3.

50. In many States, the determination of maximum prices for pharmaceutical products may concern both products in general and products in particular.

51. The Government of the Netherlands states that Article 4 of the Directive does not preclude a unilateral decision. It would seriously affect national policies on price-setting for pharmaceuticals if such a decision were to be made dependent on an application.

52. The possibility under Article 4(2), under which the holder of a marketing authorization for a medicinal product may apply for a derogation from a price freeze if this is justified by particular reasons, has no bearing on the answers to question 1 a and 1 b.

45. Stefnandi hefur ekki sýnt fram á slík atriði í máli þessu, hvorki fyrir lögðum yfirvöldum né fyrir EFTA-dómstólum.
46. Ríkisstjórn Íslands leggur til eftirfarandi svör við spurningunum:
- “1.a Ákvæði tilskipunarinnar taka ekki til þeirrar aðstöðu sem í spurningunni greinir.*
- 1.b Greind ákvörðun er ekki í ósamræmi við tilskipunina, þar sem ákvæði hennar taka ekki til þeirrar aðstöðu sem um er fjallað í málinu.*
- 1.c Þar sem ákvæði tilskipunarinnar taka ekki til aðstöðunnar þarf ekki að svara spurningunni.*
- 2.a Þar sem tilskipunin tekur ekki til slíkrar ákvörðunar þarf ekki að svara spurningunni.*
- 2.b Þar sem tilskipunin tekur ekki til slíkrar ákvörðunar þarf ekki að svara spurningunni.”*

Ríkisstjórn Hollands

47. Ríkisstjórn Hollands telur markmið tilskipunarinnar takmarkað og vísar til til aðfaraörða tilskipunarinnar og meginmarkmiðs hennar, sem er gagnsæi. Stefnumið tilskipunarinnar hafa ekki áhfi á stefnu þeirra aðildarríkja þar sem lyfjaverð ákvarðast fyrst og fremst af frjálsri samkeppni. Þá hefur tilskipunin ekki áhrif á verðlagningu og ákvörðun almannatrygginga í aðildarríkjunum.
48. Ríkisstjórn Hollands telur að ákvörðun Lyfjaverðsnefndar sé almenn ákvörðun þar sem hún lýtur að lyfjum almennt. Því falli ákvörðunin ekki undir ákvæði 2. gr. tilskipunarinnar, heldur eigi 4. gr. tilskipunarinnar við.
49. Ríkisstjórn Hollands telur að orðalag 4. gr. tilskipunarinnar útiloki ekki að henni sé beitt um almennar ákvarðanir um að lækka verð með sama hætti og um almennar ákvarðanir um verðstöðvun miðað við tiltekið verð. Ákvæði 4. gr. væri mjög takmarkað ef það tæki aðeins til verðstöðvunar í þrengstu merkingu orðsins. Lögðar yfirvöld gætu náð fram sömu niðurstöðu með því að hafna umsókn um hækkun á verði lyfs samkvæmt 3. gr. tilskipunarinnar.
50. Í mörgum ríkjum getur staðfesting á hámarksverði lyfja tekið hvort sem er til lyfja almennt eða einstakra lyfja.
51. Ríkisstjórn Hollands heldur því fram að 4. gr. tilskipunarinnar komi ekki í veg fyrir að einhliða ákvörðun sé tekin. Það hefði veruleg áhrif á innlenda stefnu um verðlagningu lyfja ef slík ákvörðun yrði aðeins tekin í kjölfar umsóknar.
52. Sú heimild sem handhafa markaðsleyfis er veitt í 2. mgr. 4. gr. til að sækja um undanþágu frá verðstöðvun ef sérstök rök mæla með því hefur engin áhrif á svörin við spurningum 1 a og b.

53. The Government of the Netherlands suggests answering the questions as follows:

"[Q]uestion 1.a should be answered in the negative. (...)

[Q]uestion 1.b should (...) be answered in the affirmative. (...)

Question 1.c (...) has no bearing on the answers suggested by the Netherlands Government to questions 1.a and 1.b.

In view of the reply suggested to the first question, it is not necessary to deal with the second question."

The Government of Norway

54. *The Government of Norway* argues that a literal interpretation of Article 1 would apparently imply that any measure to control prices of medicinal products is covered by the Directive. The Government of Norway argues against this kind of interpretation of Article 1 of the Directive and states that the decision is not covered by the scope of the Directive. Articles 2 to 7 of the Directive only concern the various procedural requirements with which national measures must comply. If a measure falls outside the scope of these provisions, Article 1 of the Directive, which only refers to these provisions, does not in itself answer the question of which procedural rules apply, if any.

55. Consequently, States are free to employ methods of regulating prices other than those described in the Directive, subject to the limitations of Article 11 EEA. No specific procedural requirements apply to such methods.

56. The Government of Norway argues that none of the provisions of the Directive directly regulates a situation where the competent authority unilaterally decides to impose a general decrease in prices. It follows from the wording of Articles 2 and 3 that only individual applications related to specific products are concerned. A general decrease in prices like the one in question is not covered by these provisions. The only provision providing rules for a general measure is Article 4, which governs general price freezes.

57. Furthermore, Article 2 applies only where a new product is placed on the market. The contested decision concerns the price of all products currently on the market. In the opinion of the Government of Norway, the contested decision falls outside the scope of Article 2 of the Directive.

58. Following the wording of Article 3 of the Directive, the provision applies only to applications for price increases for individual products in a situation where the marketer wishes to increase the price of a product currently on the market. The contested decision concerns a general decrease in prices, whereas Article 3 concerns applications for increases in the prices of individual products. This distinguishes the contested decision from the measure regulated by Article 3. In the opinion of the Government of Norway, the contested decision falls outside the scope of Article 3.

59. The measure described in Article 4 of the Directive resembles the decision in question in that both are general in scope and have been adopted unilaterally. The difference is that Article 4 applies only to a price freeze, and not to a decision to reduce prices. This distinguishes the contested decision from the measure regulated by Article 4. In the opinion of the Government of Norway, the contested decision falls outside the scope of Article 4.

53. Ríkisstjórn Hollands leggur til að spurningunum verði svarað með eftirfarandi hætti:

“[S]vara skal spurningu 1.a neitandi (...).

[S]vara skal spurningu 1.b játandi (...).

Spurning 1.c (...) hefur engin áhrif á svörin við spurningum 1. a og 1.b, eins og ríkisstjórn Hollands leggur til að þeim sé svarað.

Með hliðsjón af því svári sem lagt er til við fyrri spurningunni þarf ekki að fjalla um síðari spurninguna.”

Ríkisstjórn Noregs

54. Ríkisstjórn Noregs heldur því fram, að túlkun 1. gr. í samræmi við orðanna hljóðan virðist leiða til þeirrar niðurstöðu að allar ráðstafanir til að stjórna verði lyfja falli undir tilskipunina. Ríkisstjórn Noregs mælir gegn slíkri túlkun á 1. gr. tilskipunarinnar og telur að ákvörðunin falli ekki undir efnissvið tilskipunarinnar. Ákvæði 2.-7. gr. tilskipunarinnar mæla aðeins fyrir um tilteknar málsmeðferðarreglur sem innlendar ráðstafanir verða að fullnægja. Ef ráðstöfun fellur utan efnissviðs ákvæðanna veitir 1. gr. tilskipunarinnar, sem vísar til 2.- 7. gr., ekki sjálfstætt svar við því hvort og þá hverjar málsmeðferðarreglur eigi við.

55. Því geta ríki beitt öðrum aðferðum við stjórn lyfjaverðs en þeim sem mælt er fyrir um í tilskipuninni, þó að teknu tilliti til ákvæða 11. gr. EES-samningsins. Engar sérstakar kröfur um málsmeðferð eru gerðar til slíkra aðferða.

56. Ríkisstjórn Noregs heldur því fram að ekkert af ákvæðum tilskipunarinnar mæli fyrir um þá aðstöðu að lögbært yfirvald taki einhliða ákvörðun um að lyfjaverð skuli lækka. Samkvæmt orðalagi 2. og 3. gr. eiga þær aðeins við um einstakar umsóknir sem lúta að tilteknum lyfjum. Almenn verðlækkun, eins og sú sem málið fjallar um, fellur ekki undir þessi ákvæði. Það er einungis 4. gr., sem fjallar um verðstöðvun, sem mælir fyrir um reglur sem lúta að almennum ákvörðunum.

57. Auk þess tekur 2. gr. tilskipunarinnar aðeins til þess er nýtt lyf er markaðssett. Hin umdeilda ákvörðun lýtur að verði allra lyfja sem eru þegar á markaðinum. Ríkisstjórn Noregs telur að 2. gr. tilskipunarinnar taki ekki til hinnar umdeildu ákvörðunar.

58. Samkvæmt orðalagi 3. gr. tilskipunarinnar á ákvæðið aðeins við um umsóknir um hækkun á verði einstakra lyfja, þegar handhafi markaðsleyfis óskar eftir hækkun á verði lyfs sem hefur þegar verið markaðssett. Hin umdeilda ákvörðun lýtur að almenri verðlækkun, en 3. gr. lýtur að umsóknum um verðhækkunir á tilteknum lyfjum. Þetta greinir hina umdeilda ákvörðun frá því sem mælt er fyrir um í 3. gr. tilskipunarinnar. Ríkisstjórn Noregs telur að hin umdeilda ákvörðun falli ekki undir ákvæði 3. gr. tilskipunarinnar.

59. Ráðstöfun þeirri sem lýst er í 4. gr. tilskipunarinnar svipar til þeirrar ákvörðunar sem um er fjallað, þar sem í báðum tilvikum er um að ræða almennar, einhliða ákvarðanir. Munurinn er þó sá, að 4. gr. tekur aðeins til verðstöðvunar en ekki til ákvörðunar um að lækka verð. Þetta greinir hina umdeilda ákvörðun frá þeirri ráðstöfun sem mælt er fyrir um í 4. gr. Ríkisstjórn Noregs telur að hin umdeilda ákvörðun falli ekki undir ákvæði 4. gr. tilskipunarinnar.

60. The Government of Norway points out that the question whether a national measure constitutes a quantitative restriction on imports or a measure having equivalent effect thereto must be answered by assessing Article 11 EEA.

61. The object of the Directive is only to ensure that all concerned can verify that national measures do not constitute such restrictions. It is thus of crucial importance that the Directive is not interpreted so as to impose material restrictions on the Member States' freedom to set prices within the limitations of Article 11 EEA.

62. To support this interpretation, reference is made to the Preamble to the Directive. The objective of the Directive is to ensure that all concerned may verify that national measures to control prices are in accordance with Article 11 EEA. The Directive is not intended to define the limits of possible methods of regulating the pricing of pharmaceuticals.

63. Furthermore, it is clearly stated in the Preamble that national policies on price-setting are not affected by the requirements set out in the Directive except in so far as is necessary to attain transparency. The Directive cannot be read as setting out an exhaustive list of possible methods of regulating prices of pharmaceuticals by the Member States. Such a reading would be contrary to the freedom granted to the Member States in the Preamble to the Directive.

64. In addition, the Preamble acknowledges that future harmonization of such measures must take place progressively. This means that the Member States may currently use their discretion in finding the most suitable methods for achieving the overriding goal of controlling public health expenditures and ensuring the availability of adequate supplies of medicinal products at a reasonable cost.

65. The Government of Norway points out that, under Article 7 EEA, the legal effect of a directive is that the Member States are required to adopt national legislation that implements the primary objectives of the directive. In the opinion of the Government of Norway, the relevant Icelandic legal provisions are clearly in conformity with the objectives of the Directive in question here.

66. Alternatively, the Government of Norway states that the Directive may be seen as providing procedural rules for a catalogue of methods for regulating prices more or less by way of exemplification, so that other methods must be treated in the same manner as the method set out in the Directive that they most closely resemble.

67. Should the Directive be found applicable, the Government of Norway states that the measure described in Article 4 is the most comparable of all the measures in the Directive to the one in question. A price freeze will, over time, have the same effect as a general reduction in prices. Given the tendency of prices and incomes to increase over time, a price freeze will eventually induce a reduction in real prices of pharmaceuticals. Therefore, the decision in question is in many ways comparable to the measure regulated by Article 4.

68. The macro-economic justification for the decision can be seen in the fact that prices of pharmaceuticals in Iceland were excessive compared to those in other Nordic countries. Consequently, the relevant Icelandic provisions and the contested decision are in accordance with Article 4 of the Directive.

60. Ríkisstjórn Noregs bendir á að spurningunni um það hvort innlend ráðstöfun teljist til magntakmarkana á innflutningi eða ráðstafana sem hafa sambærileg áhrif verði að svara með hljóðsón af 11. gr. EES-samningsins.

61. Markmið tilskipunarinnar er aðeins að tryggja það að allir þeir sem hlut eiga að máli geti fullvissað sig um að hinar innlendu ráðstafanir leiði ekki til slíkra takmarkana á innflutningi. Það er því mikilvægt að tilskipunin sé ekki túlkud þannig að hún takmarki efnislega heimildir aðildarríkjanna til verðákvæðana innan þess ramma sem 11. gr. EES-samningsins setur þeim.

62. Til stuðnings þessari túlkun er vísað til aðfaraorða tilskipunarinnar. Markmið tilskipunarinnar er að tryggja það að allir þeir sem hlut eiga að máli geti fullvissað sig um að innlendar ráðstafanir til að stjórna verði séu í samræmi við 11. gr. EES-samningsins. Tilskipuninni er ekki ætlað að skilgreina þær aðferðir sem beita má við stjórn á lyfjaverði.

63. Einnig kemur það skýrt fram í aðfaraorðunum að kröfur tilskipunarinnar hafi ekki áhrif á verðlagsstefnu aðildarríkjanna, nema að því marki sem þörf er á til að auka upplýsingastreymi. Ekki er unnt að skýra tilskipunina svo að hún telji tæmandi þær ráðstafanir sem aðildarríkjum er heimilt að nota til að stjórna lyfjaverði. Slík skýring væri andstæð þeim heimildum sem aðildarríkjunum eru tryggðar í aðfaraorðum tilskipunarinnar.

64. Þá kemur fram í aðfaraorðunum að frekari samhæfing þessara ráðstafana verði að gerast stig af stigi. Af því leiðir að enn sem komið er hafa aðildarríkin svigrúm til að meta hverjar aðferðir séu heppilegastar til að ná því meginstefnumiði að stjórna útgjöldum til heilbrigðismála og tryggja nægilegt lyfjaframboð á sanngjörnu verði.

65. Ríkisstjórn Noregs bendir á að samkvæmt 7. gr. EES-samningsins séu áhrif tilskipunar þau að aðildarríki skuli aðlaga innlenda löggjöf þannig að tilskipun að meginmarkmið hennar náist. Ríkisstjórn Noregs telur að þau íslensku lagaákvæði sem hér skipta máli séu greinilega í samræmi við markmið þeirrar tilskipunar sem um ræðir.

66. Til vara heldur ríkisstjórn Noregs því fram, að líta megi svo á að tilskipunin mæli fyrir um málsmeðferðarreglur fyrir tiltekna ráðstafanir til verðstjórnunar, nánast eins og í dæmaskyni, þannig að með ráðstafanir sem ekki eru nefndar í tilskipuninni verði að fara samkvæmt þeim reglum sem eiga við um ráðstafanir sem þær líkjast hvað mest.

67. Verði tilskipunin talin eiga við í málinu byggir ríkisstjórn Noregs á því, að ráðstöfun sú sem mælt er fyrir um í 4. gr. tilskipunarinnar sé helst sambærileg við þá ráðstöfun sem hér um ræðir. Þegar til lengri tíma er lítið hefur verðstöðvun sömu áhrif og almenn verðlækkun. Ef tækið er mið af þeirri tilhneigingu að verð og tekjur aukst með tímanum mun verðstöðvun að lokum leiða til lækkunar á raunverði lyfja. Því er ákvörðun sú sem hér um ræðir að mörgu leyti sambærileg við þá ráðstöfun sem mælt er fyrir um í 4. gr. tilskipunarinnar.

68. Greina má þjóðhagslegar forsendur ákvörðunarinnar í þeirri staðreynd að lyfjaverð á Íslandi var mjög hátt í samanburði við lyfjaverð á nokkrum hinna Norðurlandanna. Því eru íslensku ákvæðin og hin umdeilda ákvörðun í samræmi við 4. gr. tilskipunarinnar.

69. The Government of Norway proposes that the EFTA Court answer the questions from Reykjavik City Court as follows:

“Council Directive 89/105/EEC does not apply to the circumstances set out in question 1a. The decision must thus be viewed as being in conformity with the Directive. For this reason it is unnecessary to address questions 1c, 2a and 2b.

Council Directive 89/105/EEC cannot be interpreted to the effect that a unilateral decision by a competent authority, such as the one referred to in question 1a, amounts to a rejection by the authority for marketing of a pharmaceutical product at a particular price. For this reason it is unnecessary to address question 2b.”

The Government of the United Kingdom

70. The *Government of the United Kingdom* also makes reference to the Preamble to the Directive. The Directive does not prohibit Icelandic law from authorising the Committee to take a unilateral decision reducing the price of all relevant pharmaceuticals because the concern of the Directive is transparency. It would be surprising if the Directive were to prohibit a unilateral reduction of prices, when the Directive recognizes that a general price freeze may be imposed.

71. Article 6 of the Directive does not require Member States to adopt a “positive list” system. The purpose of Article 6 is to specify transparency requirements if a Member State decides to adopt such a system. Such a system is not necessarily a practical and less onerous measure than a general reduction of pharmaceutical prices as a means of limiting or restricting State expenditure on pharmaceutical products.

72. The transparency requirements imposed under Articles 2 and 3 do not apply to unilateral decisions to reduce pharmaceutical prices generally because these provisions concern approval of prices and decisions on price increases taken in each case by reference to the circumstances of the specific product. A unilateral reduction of prices is generally not taken by reference to the circumstances of the specific product but by reference to general economic conditions and the impact of pharmaceutical prices on public health. Furthermore, these provisions concern decisions taken by reference to an application.

73. In the view of the Government of the United Kingdom, the unilateral decision to decrease the wholesale prices of all relevant pharmaceuticals is more closely analogous to a price freeze within the scope of Article 4. Therefore, the transparency requirements which must be satisfied by the Committee in the present case may be no more onerous than those contained in Article 4.

74. The Government of the United Kingdom states that the transparency requirement in Article 4 would not apply if a company was to apply for price increase for particular products. Such a situation is covered by Article 3.

75. Article 2 paragraph 2 does not apply to a unilateral decision by a competent authority to reduce pharmaceutical prices for all products.

76. The Government of the United Kingdom submits that the questions must be answered as follows:

“(1) Directive 89/105/EEC does not prohibit Icelandic law from authorising the Committee to take a unilateral decision reducing the price of all relevant pharmaceuticals.

69. Ríkisstjórn Noregs leggur til að EFTA-dómstóllinn svari spurningum Héraðsdóms Reykjavíkur svo:

“Tilskipun ráðsins 89/105/EBE tekur ekki til þeirra aðstæðna sem lýst er í spurningu 1a. Líta verður svo á að ákvörðunin sé í samræmi við tilskipunina. Því er ekki nauðsynlegt að fjalla um spurningar 1 c, 2 a og 2 b.

Tilskipun ráðsins 89/105/EBE verður ekki túlkuð svo að einhliða ákvörðun lögbærs yfirvalds, eins og sú sem greind er í spurningu 1a, teljist synjun á markaðssetningu lyfs á tilteknu verði. Það er því ekki nauðsynlegt að fjalla um spurningu 2b.”

Ríkisstjórn Bretlands

70. Ríkisstjórn Bretlands vísar einnig til aðfaraorða tilskipunarinnar. Tilskipunin kemur ekki í veg fyrir að með íslenskum lögum sé nefndinni heimilað að lækka verð allra tiltekinna lyfja með einhliða ákvörðun, enda stefnir tilskipunin aðeins að því að auka gagnsæi. Það væri undrunarefni ef tilskipunin kæmi í veg fyrir slíka einhliða verðlækkun þar sem tilskipunin gerir ráð fyrir að beita megi almennri verðstöðvun.

71. Ákvæði 6. gr. tilskipunarinnar leggja ekki þá skyldu á hendur aðildarríkjunum að færa lyf í sérstaka skrá. Tilgangur 6. gr. er að mæla fyrir um kröfur um gagnsæi ef aðildarríki ákveður að taka upp slíkt kerfi. Ekki er sjálfgefið að slíkt kerfi sé hagkvæmari og minna íþyngjandi ráðstöfun en almenn lækkun lyfjaverðs, til að takmarka eða minnka ríkisútgjöld til lyfjamála.

72. Þær kröfur sem gerðar eru um gagnsæi í 2. og 3. gr. tilskipunarinnar taka ekki til einhliða ákvarðana um að lækka lyfjaverð almennt, þar sem þessi ákvæði taka til samþykkis á lyfjaverði og ákvarðana um verðhækkanir lyfja sem teknar eru í einstökum málum miðað við aðstæður sem varða tiltekin lyf. Einhliða verðlækkun er almennt ekki tekin með hliðsjón af aðstæðum sem varða tiltekin lyf heldur með vísan til almennra efnahagslegra skilyrða og áhrifa lyfjaverðs á almannheilbrigði. Auk þess taka ákvæðin til ákvarðana sem teknar eru í kjölfar umsóknar.

73. Ríkisstjórn Bretlands er þeirrar skoðunar að einhliða ákvörðun um að lækka heildsöluverð allra tiltekinna lyfja sé líkari verðstöðvun, sem fjallað er um í 4. gr. tilskipunarinnar. Þær kröfur sem gerðar eru um gagnsæi og sem Lyfjaverðsnæfnd verður að uppfylla í þessu máli, mega því ekki vera meira íþyngjandi en þær sem taldar eru í 4. gr. tilskipunarinnar.

74. Ríkisstjórn Bretlands telur að kröfur þær sem gerðar eru í 4. gr. um gagnsæi eigi ekki við ef fyrirtæki sækir um verðhækkun á tilteknu lyfi. Í því tilviki eiga ákvæði 3. gr. tilskipunarinnar við.

75. Ákvæði 2. mgr. 2. gr. tekur ekki til einhliða ákvörðunar sem lögbært yfirvald tekur um að lækka verð á öllum lyfjum.

76. Ríkisstjórn Bretlands telur að spurningunum verði að svara með eftirfarandi hætti:

“(1) Tilskipun 98/105/EBE kemur ekki í veg fyrir að með íslenskum lögum sé nefnd heimilað að lækka verð allra tiltekinna lyfja með einhliða ákvörðun.

(2) *The transparency requirements of Article 2 of the Directive do not apply to such a decision.*

(3) *The transparency requirements which must be satisfied by the Committee can be no more onerous than those contained in Article 4:*

(a) *To carry out a periodic review of whether the macro-economic conditions justify the unilateral price reduction;*

(b) *To consider within 90 days (extended by 60 days where appropriate) an application by any particular company for a derogation from the general price reduction and to give a reasoned decision on that application.*

(4) *However, if it is possible for a company to apply for price increases for particular products, despite the general decision to decrease wholesale prices, the transparency requirements in Article 4 would not apply. That is because any such application for a price increase would attract the transparency provisions of Article 3."*

The EFTA Surveillance Authority

77. The EFTA Surveillance Authority is of the opinion that medicinal products are governed *inter alia* by Articles 11 and 13 EEA. In light of the wording of the questions put by the national court, it is not necessary and in fact not possible, on the basis of the facts available to the Authority, to consider the compatibility of the general measure to lower wholesale prices of medicines with Article 11 and 13 EEA.

78. The EFTA Surveillance Authority points out that the decision in dispute is a general one. Furthermore, it is submitted that the decision by the Pharmaceutical Pricing Committee constitutes a "national measure" and that its purpose is to "control the prices of medicinal products". Thus the decision falls under the scope of the Directive.

79. According to the wording of Article 2 and Article 3, certain procedural requirements are triggered only after an application for a certain price or an increase in price of a medicinal product has been submitted to the competent authority.

80. The EFTA Surveillance Authority notes that no such application has been submitted to the Pharmaceutical Pricing Committee in the case at hand. Thus, read in isolation and applying textual interpretation, the circumstances described in the question of the national court fall outside the scope of application of Articles 2 and 3 of the Directive.

81. The limited objective of the Directive, the wording of the relevant provisions and the preparatory documents lead to the conclusion that the rather vague objectives, supplemented by the fact that further harmonization measures were envisaged, restrict the scope for a progressive teleological interpretation based purely on the purpose of the Directive.

82. Consequently, the Authority is of the opinion that, since no individual application for a price or price increase has been submitted to the relevant authority, support in the wording of Articles 2 and 3 of the Directive is lacking as regards the case at hand.

83. The preparatory documents indicate that the intention to introduce procedural requirements, such as an elaborate statement of reasons and indication of available remedies, applies only in relations to price controls on individual medicinal products.

(2) Kröfur 2. gr. tilskipunarinnar um gagnsæi taka ekki til slíkrar ákvörðunar.

(3) Kröfur þær um gagnsæi sem Lyfjanefnd verður að uppfylla mega ekki vera meira íþyngjandi en þær sem taldar eru í 4. gr. tilskipunarinnar:

(a) að kanna reglulega hvort þjóðhagslegar forsendur réttlæti hina einhliða verðlækkun;

(b) að taka til meðferðar, innan 90 daga frests (sem framlengja má um 60 daga í sérstökum tilvikum) umsókn frá hverju því fyrirtæki sem sækir um undanþágu frá hinni almennu verðlækkun og taka rökstudda ákörðun um umsóknina.

(4) Ef fyrirtæki getur sótt um verðhækkun á tilteknum lyfjum þrátt fyrir hina almennu ákvörðun um að lækka heilðsöluverð eiga kröfur 4. gr. um gagnsæi ekki við. Ákvæði 3. gr. um gagnsæi taka til slíkrar umsóknar.”

Eftirlitsstofnun EFTA

77. Eftirlitsstofnun EFTA telur að lyf falli m.a. undir ákvæði 11. og 13. gr. EES-samningsins. Með hliðsjón af orðalagi spurninga þeirra sem Héraðsdómur Reykjavíkur hefur borið undir EFTA-dómstólinn og með hliðsjón af málavaxtalýsingu þeirri sem fyrir liggur er hvorki nauðsynlegt né mögulegt að meta hvort hin almenna ráðstöfun að lækka heilðsöluverð lyfja samrýmist ákvæðum 11. og 13. gr. EES-samningsins.

78. Eftirlitsstofnun EFTA bendir á að hin umdeilda ákvörðun sé almenn ákvörðun. Ákvörðun Lyfjaverðsnefndar er “innlend ráðstöfun” og markmið hennar er að “stjórna verði lyfja”. Ákvörðunin fellur því undir efnissvið tilskipunarinnar.

79. Samkvæmt orðalagi 2. og 3. gr. tilskipunarinnar verða ákveðnar málsmeðferðarreglur virkar í kjölfar þess að umsókn um tiltekið lyfjaverð, eða umsókn um verðhækkun á tilteknu lyfi, berast lögðæru yfirvaldi.

80. Eftirlitsstofnun EFTA bendir á að þess konar umsókn hafi ekki borist Lyfjaverðsnefnd í máli því sem hér um ræðir. Samkvæmt textaskýringu á ákvæðunum, án tengsla við önnur ákvæði, falla aðstæður þær sem lýst er í spurningu Héraðsdóms Reykjavíkur ekki innan gildissviðs 2. og 3. gr. tilskipunarinnar.

81. Markmið tilskipunarinnar, sem er takmarkað, orðalag þeirra ákvæða sem máli skipta og undirbúningsgögn styðja þá niðurstöðu að hin fremur óljösu markmið tilskipunarinnar og það að frekari samræming var fyrirhuguð, takmarki svigrúm til framsækinnar markmiðstúlkunar, byggðri eingöngu á markmiðum tilskipunarinnar.

82. Þar sem ekki var um það að ræða að einstakar umsóknir um lyfjaverð eða verðhækkanir bærust Lyfjaverðsnefnd, telur Eftirlitsstofnun EFTA ekki næg rök til að beita ákvæðum 2. og 3. gr. tilskipunarinnar í málinu.

83. Undirbúningsgögn gefa til kynna að sú ætlun að setja málsmeðferðarreglur, s.s. reglur um rökstuddar ákvarðanir og tilkynningar um lagaúrræði, hafi aðeins náð til þeirra verðráðstafana sem lúta að einstökum lyfjum.

84. The EFTA Surveillance Authority is of the opinion that the provisions of these Articles, which deal with individual administrative decisions, do not apply to a general decision on the lowering of wholesale prices of medicinal products.

85. Concerning Article 4, the EFTA Surveillance Authority argues that this provision *prima facie* seems to cover only the “freezing” of prices at the prevailing price level. General decisions on the lowering of prices which are subsequently fixed at that level seem not to be covered. Nevertheless, the Authority is of the opinion that the provisions of this Article must be construed to apply also to such general decisions.

86. The intention of the Contracting Parties to the EEA Agreement, by incorporating the transparency Directive into the Agreement, was to provide economic operators with some minimum procedural guarantees *inter alia* in the event of a price freeze. From the perspective of the economic operators, a price freeze at the prevailing price level is a less burdensome measure than a general price cut and the fixing of a price at a lower level than that prevailing. It would thus seem contrary to the intention of the Contracting Parties for the latter to fall outside the scope of any of the specific provisions of the transparency Directive.

87. Therefore, the words “price freeze” within the meaning of Article 4 cannot be interpreted so narrowly that they only cover a *status quo* of the prevailing price level. A general decision on the lowering of prices which are *de facto* subsequently fixed at that lower price level must be regarded as amounting to a “price freeze” within the meaning of Article 4 of the Directive. Otherwise, the States might easily circumvent their obligations to provide minimum procedural guarantees under Article 4 simply by adopting general pricing decisions containing modest or minor price cuts instead of freezing prices at the prevailing level.

88. The EFTA Surveillance Authority submits that Article 4 would be left without any real practical value should one accept that the States could escape the procedural requirements set out therein simply by opting for the more onerous measure, i.e. the lowering of prices rather than fixing them at a prevailing price level.

89. Regarding letter b of the first question, it will be for the national court to ascertain, basing itself on all the factual circumstances of the case, whether, as a matter of EEA law, the procedural requirements contained in Article 4 of the transparency Directive have been breached and, if so, what consequences that may have under national administrative law.

90. Furthermore, the EFTA Surveillance Authority points out that Article 4(2) of the Directive provides for the possibility of individual applications for price increases of particular products and applies to applications for a derogation from a price freeze within the meaning of the Directive.

91. In light of the discussion and conclusion with regard to the non-applicability of Articles 2 and 3 to the factual circumstances of the case at hand, the EFTA Surveillance Authority considers it unnecessary to give a substantive answer to the second question, as that question is based on the premise that Article 2(2) of the Directive is applicable.

84. Eftirlitsstofnun EFTA telur að ákvæði þessara greina, sem fjalla um einstaka stjórnsýsluákvörðun, eigi ekki við um almenna ákvörðun um lækkun heilsdöluverðs lyfja.

85. Að því er lýtur að 4. gr. tilskipunarinnar heldur Eftirlitsstofnun EFTA því fram að svo virðist sem ákvæðið taki prima facie aðeins til verðstöðvunar miðað við gildandi verð. Almenn ákvörðun um verðlækkun, sem síðan verður gildandi verð, virðist ekki falla undir 4. gr. Eftirlitsstofnun EFTA telur þó að skýra verði 4. gr. svo að ákvæðið taki einnig til slíkrar almennrar ákvörðunar.

86. Með því að taka tilskipunina inn í EES-samninginn var það ætlun samningsaðila að tryggja þeim sem stunda viðskipti lágmarks málsmeðferðarreglur, m.a. ef gripið væri til verðstöðvunar. Frá sjónarmiði þeirra sem stunda viðskipti er verðstöðvun miðað við gildandi verð ekki eins íþyngjandi ráðstöfun og almenn verðlækkun og síðan verðstöðvun á lægra verði en áður gildi. Það virðist því andstætt ætlun samningsaðila ef síðargreind ráðstöfun félli utan við efnissvið ákvæða tilskipunarinnar.

87. Því verður hugtakið "verðstöðvun" í 4. gr. tilskipunarinnar ekki túlkað svo þröngt að það taki aðeins til þeirrar aðstöðu að lyfjaverð haldist óbreytt. Almenn ákvörðun um verðlækkun, sem síðan er í raun beitt verðstöðvun á, verður því að teljast til verðstöðvunar í skilningi 4. gr. tilskipunarinnar. Að öðrum kosti gætu ríki auðveldlega komist fram hjá skyldum um lágmarks málsmeðferðarreglur samkvæmt 4. gr. tilskipunarinnar, með því að taka almennar ákvarðanir um óverulegar verðlækkanir í stað þess að beita verðstöðvun miðað við gildandi verð.

88. Eftirlitsstofnun EFTA telur að 4. gr. hefði ekkert raunhæft gildi ef viðurkennt væri að ríki gætu komist fram hjá kröfum þeim sem þar eru settar um málsmeðferð með því að beita ráðstöfun sem er meira íþyngjandi, þ.e. með því að lækka verð í stað þess að gripa til verðstöðvunar miðað við gildandi verð.

89. Að því er lýtur að b lið fyrri spurningarinnar, tekur Eftirlitsstofnun EFTA fram að það sé hlutverk Héraðsdóms Reykjavíkur að meta, að teknu tilliti til staðreynda málsins hvort að EES-rétti hafi verið brotið gegn þeim kröfum um málsmeðferð sem 4. gr. tilskipunarinnar gerir og þá hvaða afleiðingar það hafi að innlendum stjórnsýslurétti.

90. Þá bendir Eftirlitsstofnun EFTA á að 2. mgr. 4. gr. tilskipunarinnar geri ráð fyrir þeim möguleika að einstaklingar geti sótt um verðhækkun á tilteknum lyfjum. Greinin fjallar um umsóknir um undanþágur frá verðstöðvun í skilningi tilskipunarinnar.

91. Með vísan til umfjöllunar Eftirlitsstofnunar EFTA og þeirrar niðurstöðu að 2. og 3. gr. tilskipunarinnar eigi ekki við í málinu, telur Eftirlitsstofnunin ekki þörf á að svara efnislega síðari spurningunni, þar sem spurningin byggist á þeirri forsendu að 2. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar verði beitt um álitæfnið.

92. The EFTA Surveillance Authority proposes answering the questions as follows:

"1.a Circumstances as described in question 1a of the request for an advisory opinion fall within the scope of the Act referred to in point 9 of Chapter XIII of Annex II to the Agreement on the European Economic Area (Council Directive 89/105/EEC of 21 December 1988 relating to the transparency of measures regulating the prices of medicinal products for human use and their inclusion in the scope of national health insurance systems).

Articles 2 and 3 of the Directive, being provisions dealing with individual administrative decisions, do not apply to a general decision on the lowering of wholesale prices of medicinal products.

b. Such a decision is in conformity with the Directive if the procedural requirements set out in Article 4 thereof are observed. Therefore, a review shall take place, at least annually, to ascertain whether the macro-economic conditions justifying the decision are still present.

c. The existence of national procedures, whereby it is possible to apply for a price increase for particular products despite a general decision to decrease wholesale prices, as foreseen in Article 4(2) of the Directive, must be regarded as a prerequisite for the conformity of such a general decision with the Directive.

2. In view of the answer to the first question there is no need to answer the second question."

The Commission of the European Communities

93. The *Commission of the European Communities* refers to the aim and purpose of the Directive. The Member States must ensure transparency and accord certain procedural guarantees to all involved in the market in medicinal products whilst remaining free to pursue national pricing policies.

94. The Commission of the European Communities points out that Article 1 of the Directive is drafted in broad terms to cover any national pricing measure. This extensive approach finds confirmation in the motivation set out in the Directive's recitals. These refer to national pricing arrangements for medicinal products in comprehensive and general terms.

95. The Directive should, therefore, be interpreted as applying to a unilateral decision of a pricing authority of the type taken by the Pharmaceutical Pricing Committee on 22 November 1996.

96. In the opinion of the Commission, it is appropriate to distinguish the provisions covering individual measures to control prices (Articles 2 and 3) from those covering general measures (Articles 4 and 5).

97. Only Article 4 can apply in the circumstances because the decision in question is of a general nature, introducing a price cut to all prescribed pharmaceuticals of a particular category. Moreover, the objectives underlying the price cut are also general in nature, namely to reduce the prices of pharmaceuticals to the public and State expenditure on pharmaceuticals.

92. Eftirlitsstofnun EFTA leggur til að spurningunum verði svarað með eftirfarandi hætti:

“1.a Gerð sú sem vísað er til í 9 tl. LXXX. kafla II. viðauka við EES-samninginn (tilskipun ráðsins 89/105/EEB, frá 21. desember 1988, um gagnsæjar ráðstafanir er varða verðlagningu lyfja sem ætluð eru mönnum og þátttöku innlendra sjúkratrygginga í greiðslu þeirra) tekur til tilvika eins og þeirra sem lýst er í spurningu 1a.

Ákvæði 2. og 3. gr. tilskipunarinnar taka ekki til almennrar ákvörðunar um að lækka heildsöluverð lyfja, þar sem ákvæðin taka aðeins til einstakra stjórnsýsluákvæðana.

b. Ákvörðun eins og sú sem um ræðir í málinu samrýmist ákvæðum tilskipunarinnar ef farið er að málsmeðferðarreglum 4. gr. tilskipunarinnar. Því verður að fara fram könnun á því, einu sinni á ári hið minnsta, hvort þjóðhagslegar forsendur fyrir ákvörðuninni séu enn fyrir hendi.

c. Lita verður svo á að almenn ákvörðun af því tagi sem um ræðir í málinu samrýmist ákvæðum tilskipunarinnar því aðeins að landslöggjöf tryggj leidir til að sækja um verðhækkun á tilteknum lyfjum þrátt fyrir almenna ákvörðun um lækkan heildsöluverðs, eins og gert er ráð fyrir í 2. mgr. 4. gr. tilskipunarinnar.

2. Með hliðsjón af svarinu við fyrri spurningunni þarf ekki að svara síðari spurningunni.”

Framkvæmdastjórn Evrópubandalagsins

93. Framkvæmdastjórn Evrópubandalagsins vísar til tilgangs og markmiða tilskipunarinnar. Aðildarríkin skulu tryggja gagnsæi og sjá til þess að allir þeir sem hafa hagsmuna að gæta á lyfjamarkaði geti byggt á tilteknum málsmeðferðarreglum. Aðildarríkin hafa þó áfram heimild til að koma í framkvæmd stefnu sinni um stjórn á verði lyfja.

94. Framkvæmdastjórnin bendir á viðtækt orðalag 1. gr. tilskipunarinnar sem tekur samkvæmt orðum sínum til allra innlendra ráðstafana til að stjórna verði lyfja. Svo viðtækar heimildir styðjast einnig við þær forsendur sem vísað er til í aðfaraorðum tilskipunarinnar og fjalla um innlenda stjórn á lyfjaverði með almennum og heildstæðum hætti.

95. Því verður að túlka tilskipunina svo að hún taki til einhliða ákvörðunar yfirvalds eins og ákvörðunar þeirrar sem Lyfjaverðsnefnd tók þann 22. nóvember 1996.

96. Framkvæmdastjórnin telur að gera verði greinarmun á þeim ákvæðum tilskipunarinnar sem taka til einstakra ákvæðana sem ætlað er að stjórna lyfjaverði (ákvæði 2. og 3. gr. tilskipunarinnar) og þeirra ákvæða sem taka til almennra ráðstafana (ákvæði 4. og 5. gr. tilskipunarinnar).

97. Það er eingöngu 4. gr. tilskipunarinnar sem getur átt við um tilvik málsins, þar sem ákvörðunin sem um er rætt er almenn ákvörðun um að lækka verð allra lyfseðilsskyldra lyfja í tilteknum flokki. Markmið verðlækkunarinnar eru einnig almenns eðlis, þ.e. að lækka lyfjaverð til almennings og lækka ríkisútgjöld til lyfjamála.

98. The procedural differences between Articles 2 and 3 and Article 4 are based on the fact that, in the situations covered by the Articles 2 and 3, the applicant challenges individual administrative decisions, whilst in cases under Article 4 he seeks an exemption from a general administrative measure.

99. Following this approach, the Commission argues that it is not appropriate to apply Articles 2 and 3 to the circumstances in question. This position is confirmed by the practical impossibility of envisaging Article 2 operating as a procedure for a bundle of individual and product-specific measures. In this regard, it is to be borne in mind that in both Articles 2 and 3 the decision on the price is taken following an application by a marketing authorization holder. Articles 2 and 3 do not provide for a procedure if an already-fixed price is unilaterally reduced at a later stage by a general measure.

100. The Commission considers that “price freeze” should be given a broader interpretation within the context of Article 4, to mean a fixing of prices at a certain level, be that at the level applying at the time the freeze is introduced, or at a higher or lower level.

101. It would not be consistent to adopt a strict interpretation of “price freeze”: this would exclude the type of price cut in question from the ambit of Article 4. The wording of Article 4(1) may be taken in support of the interpretation that in this context a “freeze” may also encompass a decrease in prices, as it is implicit in that wording that any such increase or decrease is then subsumed in the “freeze”. In the present circumstances, it must be borne in mind that, due to the operation of the national pricing arrangements, a “price freeze” in its more standard meaning was effectively already in place before the decision of 22 November 1996. In the absence of authority to increase prices following an individual application, prices were already frozen. Moreover, any decision rejecting such an application as part of a general policy of freezing prices at existing levels would not fall under Article 4, but under Article 3 of the Directive. Therefore, in the present circumstances, there would be no need for a general decision imposing a price freeze in the standard sense, whereas the only type of unilateral general measure within the meaning of Article 4 would be one fixing a general increase or decrease in prices.

102. Should it nevertheless be concluded that a narrow interpretation must be given to the notion of “price freeze” in Article 4, the Commission submits in the alternative that the procedural and transparency requirements there laid down should in any case apply by analogy to the national measure. Articles 2-7 of the Directive cannot be seen as setting out an exhaustive list of national measures, thereby excluding and rendering illegal any other national price control measure not explicitly foreseen in the Directive.

103. Concerning the question whether such a unilateral decision is in conformity with the Directive 89/105/EEC, it should be appreciated that the conformity in question is conformity with the procedural and transparency requirements laid down in Article 4 of the Directive. The taking of the pricing decision itself and the substance of that decision, forming as they do part of national policies on price-setting should not as such be affected, in so far as the procedural and transparency requirements are met. A unilateral decision will therefore be in conformity with the Directive if the procedural and transparency requirements laid down by Article 4 are met.

104. Question 1c concerns the relevance of the existence of the possibility of applying for price increases for particular products in derogation from a general decision to decrease wholesale prices. As such, this is closely linked to the answer to Question 1b, since the possibility of applying in exceptional circumstances for a derogation from the general measure is one of the procedural principles explicitly foreseen in Article 4(2) of Directive 89/105/EEC. The existence or non-existence of such a possibility is therefore relevant in applying the answer to Question 1b.

98. Sá munur sem er á málsmeðferðarreglum annars vegar í 2. og 3. gr. tilskipunarinnar og hins vegar í 4. gr. tilskipunarinnar byggist á því að í tilvikum sem 2. og 3. gr. taka til mótmælir umsækjandi einstakri stjórnarsýsluákvörðun, en í málum sem 4. gr. tekur til er um að ræða umsókn um undanþágu frá almennum stjórnarsýslufyrirmælum.

99. Samkvæmt þessu telur Framkvæmdastjórnin að 2. og 3. gr. tilskipunarinnar taki ekki til tilvika þeirra sem um er fjallað. Sú afstaða fær frekari stuðning í því að ekki er raunhæft að líta á 2. gr. tilskipunarinnar svo að hún fjalli um málsmeðferð á samsafni einstakra rádstafana sem líta að tilgreindum lyfjum. Ekki verður litid fram hjá því að samkvæmt 2. og 3. gr. tilskipunarinnar skal ákvörðun tekin í kjölfar umsóknar markaðsleyfishafa. Ákvæðin mæla ekki fyrir um málsmeðferð í því tilviki að áður ákveðið verð sé með einhliða ákvörðun lækkað frá því sem áður var.

100. Framkvæmdastjórnin telur að skýra verði hugtakið “verðstöðvun” í 4. gr. tilskipunarinnar rúmt, þannig að það taki til verðstöðvunar miðað við ákveðið verð, hvort sem um er að ræða það verð sem í gildi er þegar gripid er til verðstöðvunarinnar, eða hærra eða lægra verð.

101. Það væri ekki samræmi í því að skýra hugtakið “verðstöðvun” þröngt; slík skýring myndi leiða til þess að verðlækkun eins og sú sem um er fjallað félli ekki undir ákvæði 4. gr. tilskipunarinnar. Orðalag 1. mgr. 4. gr. styður þá túlkun að í þessu samhengi taki “verðstöðvun” cinnig til verðlækkunar, þar sem það er undirskilið að slík hækkun eða lækkun á verði falli síðan undir verðstöðvunina. Í þessu máli verður að líta til þess, að vegna þess hvernig lyfjaverði var stjórnað var “verðstöðvun” í almennri merkingu orðsins í raun fyrir hendi áður en ákvörðunin frá 22. nóvember 1996 var tekin. Þegar ekki er hægt að hækka verð í kjölfar einstakra umsókna er í raun um verðstöðvun að ræða. Þá verður að líta til þess að ákvarðanir sem hafna umsóknum um hækkun verðs með hliðsjón af almennri verðstöðvun miðað við gildandi verðlag, myndu ekki falla undir 4. gr. tilskipunarinnar, heldur 3. gr. hennar. Í því tilviki sem fjallað er um í málinu væri því engin þörf á almennri verðstöðvunarákvörðun, í viðurkenndri merkingu þess orðs, en eina einhliða ákvörðunin í skilningi 4. gr. tilskipunarinnar, væri ákvörðun sem fastsetti almenna hækkun eða lækkun á verði.

102. Ef þröng túlkun á hugtakinu “verðstöðvun” í 4. gr. tilskipunarinnar verður ofan á, byggir Framkvæmdastjórnin á því til vara að þær kröfur sem gerðar eru til málsmeðferðar og upplýsingastreymis í greininni eigi við með lögjöfnun um hina innlendu ákvörðun. Ákvæði 2.-7. gr. tilskipunarinnar telja ekki tæmandi þær innlendu rádstafanir sem heimilar eru, og útiloka því ekki, eða lýsa ólögmetar, aðar verðstjórnunaraðferðir sem ekki eru sérstaklega taldar upp í tilskipuninni.

103. Við mat á því hvort einhliða ákvörðun eins og sú sem hér er fjallað um samrýmist tilskipun ráðsins 89/105/EBE, verður að hafa í huga að það samræmi sem spurt er um er samræmi við kröfur 4. gr. tilskipunarinnar um málsmeðferð og gagnsæi. Verðákvörðunin sjálf og efni þeirrar ákvörðunar, sem fellur undir stefnu aðildarríkjanna um stjórn á lyfjaverði, verða ekki fyrir áhrifum, að því tilskildu að kröfur ákvæðisins um málsmeðferð og gagnsæi séu virtar. Einhliða ákvörðun samrýmist því tilskipuninni ef kröfur 4. gr. tilskipunarinnar um málsmeðferð og gagnsæi eru uppfylltar.

104. Spurning 1c fjallar um það hvort það skipti máli að unnt sé að sækja um hækkun á verði einstakra lyfja þrátt fyrir hina almennu lækkun á heildsöluverði. Þessi spurning tengist svarinu við spurningu 1 b, þar sem sérstaklega er gert ráð fyrir því í 2. mgr. 4. gr. að sækja megi um undanþágu frá hinum almennu stjórnarsýslufyrirmælum í undantekningartilvikum. Það skiptir því máli í sambandi við svarið við spurningu 1 b hvort þetta er hægt eða ekki.

105. The Commission proposes that the reply to the questions submitted by Reykjavik City Court should be as follows:

“1(a) Council Directive 89/105/EEC, in particular Article 4, applies to circumstances where a competent authority, empowered to approve the maximum prices of pharmaceuticals, decides, on its own motion, to decrease by 2.65% the wholesale prices of all prescribed pharmaceuticals which are subject to provisions regarding marketing authorization following the approval by a competent authority of a certain price, and which are subject to provisions regarding authority to increase prices, following the approval thereof by a competent authority, and which cost more than 3000 Icelandic crowns, for the purpose of lowering the prices of pharmaceuticals to the public in accordance with prices in neighbouring countries and to reduce State expenditure on pharmaceuticals.

1(b) Such a unilateral decision by a competent authority is in conformity with Council Directive 89/105/EEC in so far as it meets the procedural and transparency requirements laid down in Article 4.

1(c) The answer to the question is affected by the possibility of applying for price increases for particular products in derogation from a general decision to decrease wholesale prices, since this is one of the procedural principles explicitly foreseen in Article 4(2) of Council Directive 89/105/EEC.

2(a) Article 2(2) of Council Directive 89/105/EEC is not to be interpreted to the effect that a unilateral decision by a competent authority, such as the one referred to in Question 1, amounts to a rejection by the authority for marketing of a pharmaceutical product at a particular price.

2(b) Given the answer to Question 2a, there is no need to answer Question 2b.”

Carl Baudenbacher
Judge Rapporteur

105. Framkvæmdastjórnin leggur til eftirfarandi svör við spurningum Héraðsdóms Reykjavíkur:

“1(a) Tilskipun ráðsins 89/105/EBE, sérstaklega 4. gr. tilskipunarinnar, tekur til þess tilviks að lögbært yfirvald, sem ætlað er að samþykkja hámarksverð lyfja tekur að eigin frumkvæði ákvörðun um að lækka um 2,65% heilidsöhuverð allra lyfseðilsskyldra lyfja, sem háð er lagaákvæðum um heimild til markaðssetningar að fengnu samþykki lögbærra yfirvalda um verð og leyfi til verðhækkana að fengnu samþykki lögbærra yfirvalda, og sem kosta meira en 3.000 íslenskar krónur, í þeim tilgangi að lækka lyfjaverð til almennings til samræmis við það sem gerist í nágrannalöndunum og draga úr útgjöldum ríkisins til lyfjamála.

1(b) Slik einhliða ákvörðun lögbærs yfirvalds samrýmist tilskipun ráðsins 89/105/EBE að svo miklu leyti sem hún uppfyllir kröfur 4. gr. tilskipunarinnar um málsmeðferð og upplýsingaflæði.

1(c) Það að unnt sé að sækja um hækkun á verði einstakra lyfja þrátt fyrir hina almennu lækkun á heilidsöhuverði hefur áhrif á svarið við spurningunni, þar sem sérstaklega er mælt fyrir um slíkt í málsmeðferðarreglum 2. mgr. 4. gr. tilskipunar 89/105/EBE.

2(a) Ákvæði 2. mgr. 2. gr. tilskipunar 89/105/EBE verður ekki túlkað svo, að einhliða ákvörðun lögbærs yfirvalds, eins og sú sem greinir í fyrri spurningunni, teljist sýnjun á markaðssetningu lyfs á tilteknu verði.

2(b) Með hliðsjón af svari við spurningu 2(a) þarf ekki að svara spurningu 2(b).”

**Carl Baudenbacher
framsögumaður**

Case E-3/98

Rainford-Towning

(Request for an advisory opinion from
Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein
(Administrative Court for the Principality of Liechtenstein))

*(Right of establishment – Residence requirement for
managing director of a company)*

Advisory Opinion of the Court, 10 December 1998.....	207
Report for the Hearing.....	221

Summary of the Advisory Opinion

1. It must be borne in mind when interpreting the EEA Agreement that the objective of the Contracting Parties was to create a dynamic and homogeneous European Economic Area. Admittedly, there are differences in the scope and purpose of the EEA Agreement as compared to the EC Treaty, and it cannot be ruled out that such differences may, under specific circumstances, lead to differences in the interpretation. But where parallel provisions are to be interpreted without any such specific circumstances being present, homogeneity should prevail.

2. The rules of equal treatment prohibit not only overt discrimination based on nationality but also all covert forms of discrimination which, by applying other distinguishing criteria, achieve in practice the same result. National rules under which a distinction is drawn on the basis of residence are liable to operate mainly to the detriment of nationals of other Contracting Parties, as non-residents are in the majority of cases foreigners.

3. Neither the compliance with national legislation by the managing director nor the control of such compliance by the public authorities

Rechtssache E-3/98

Rainford-Towning

Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein

(Niederlassungsrecht – Wohnsitzerfordernis für den Geschäftsführer einer Gesellschaft)

Gutachten des Gerichtshofs, 10. Dezember 1998.....	207
Sitzungsbericht.....	221

Zusammenfassung des Gutachtens

1. Bei der Auslegung des EWR-Abkommens muss in Betracht gezogen werden, dass die Zielsetzung der Abkommensparteien darin bestand, einen dynamischen und homogenen Europäischen Wirtschaftsraum zu schaffen. Allerdings bestehen Unterschiede zwischen EWR-Abkommen und EG-Vertrag mit Bezug auf den Anwendungsbereich und die Ziele. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass solche Differenzen unter besonderen Umständen zu Unterschieden in der Auslegung führen können. Wenn indes parallele Bestimmungen ohne Vorliegen solcher spezifischer Umstände auszulegen sind, sollte der Homogenität Vorrang eingeräumt werden.

2. Die Vorschriften über Gleichbehandlung verbieten nicht nur offene Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch jede Form der versteckten Diskriminierung, welche durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale als der Staatsangehörigkeit tatsächlich zum gleichen Ergebnis führt. Nationale Regeln, die nach dem Wohnsitz unterscheiden, haben eine Tendenz, sich zum Nachteil von Angehörigen anderer Abkommensparteien auszuwirken, da es sich bei Personen ohne Wohnsitz im Inland in der Mehrzahl der Fälle um Ausländer handelt.

would seem to be dependent on the physical presence of the managing director, and it would seem to be even less dependent on his place of residence.

4. As regards justification on grounds of public policy, as envisaged in Article 33 EEA, it must be held that, in so far as it may justify special treatment of foreign nationals who are subject to the EEA Agreement, recourse to the concept of public policy presupposes, in any event, the existence, in addition to the perturbation of the social order which any infringement of the law involves, of a genuine and sufficiently serious threat affecting one of the fundamental interests of society. It does not appear from the documents in the case that any such interest is liable to be affected if the owner of an undertaking is free to appoint, for the purpose of exercising that undertaking's trade, a managing director who does not reside in the State concerned.

5. With regard to Article 112 EEA, it is noted that the residence requirement at issue is indeed not intended as a safeguard measure pursuant to that provision. With regard to the EEA Council Declaration on free movement of persons, which concerns a possible prolongation of the transitional periods laid down in Protocol 15 to the EEA Agreement and safeguard measures pursuant to Article 112 EEA in the light of the special situation of Liechtenstein as a small country, it is noted that that Declaration does not provide a basis for maintaining provisions such as the one at hand, and that the Government of Liechtenstein has not invoked the Declaration in order to justify the provision at issue in the main proceedings.

3. Während die physische Anwesenheit des Geschäftsführers nicht gewährleistet, dass die Behörden die von ihnen angeforderten Informationen erhalten, ist es einem Geschäftsführer durchaus möglich, alle notwendigen Informationen zu liefern, ohne physisch anwesend zu sein.

4. Was eine Rechtfertigung aufgrund der öffentlichen Ordnung nach Artikel 33 EWRA betrifft, so muss festgehalten werden, dass eine Berufung auf das Konzept der öffentlichen Ordnung zur allfälligen Rechtfertigung einer besonderen Behandlung von EWR-Ausländern zusätzlich zur Störung der gesellschaftlichen Ordnung, die jede Rechtsverletzung nach sich zieht, in jedem Fall das Vorhandensein einer echten und schwerwiegenden Bedrohung eines der grundlegenden Interessen der Gesellschaft voraussetzt. Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den Akten nicht, dass ein derartiges Interesse beeinträchtigt wird, wenn es dem Inhaber eines Unternehmens freisteht, zur Führung des Geschäftsbetriebs dieses Unternehmens einen Geschäftsführer zu ernennen, der nicht im betreffenden Staat Wohnsitz hat.

5. Hinsichtlich Artikel 112 EWRA genügt es, festzuhalten, dass das fragliche Wohnsitzerfordernis gemäss den von der Regierung des Fürstentums Liechtenstein gegebenen Informationen tatsächlich nicht als Schutzmassnahme im Sinne dieser Bestimmung betrachtet wird. Hinsichtlich der Erklärung des EWR-Rats zur Freizügigkeit, die eine mögliche Verlängerung der in Protokoll 15 zum EWR-Abkommen festgehaltenen Übergangsfristen und Schutzmassnahmen gemäss Artikel 112 EWRA im Lichte der besonderen Situation Liechtensteins als Kleinstaat betrifft, hält der Gerichtshof fest, dass diese Erklärung keine Grundlage für die

Aufrechterhaltung einer Bestimmung wie der vorliegenden bietet und dass sich die Regierung des Fürstentums Liechtenstein im Ausgangsverfahren zur Rechtfertigung der streitigen Bestimmung nicht auf die Erklärung berufen hat.

ADVISORY OPINION OF THE COURT

10 December 1998*

*(Right of establishment – Residence requirement for
managing director of a company)*

In Case E-3/98

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 *Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein* (Administrative Court for the Principality of Liechtenstein) for an Advisory Opinion in the appeal against the decision of the Government of the Principality of Liechtenstein by

Herbert Rainford-Towning

on the interpretation of Articles 31 *et seq.* and 112 of the EEA Agreement and Protocol 15 to the EEA Agreement.

THE COURT,

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

Registrar: Gunnar Selvik

after considering the written observations submitted on behalf of:

- Mr Herbert Rainford-Towning, Complainant, represented by Counsel Mr Alexander Ospelt;
- The Government of the Principality of Liechtenstein, represented by Counsel Christoph Büchel, acting as Agent, and Dr. Frank Montag;

* Language of the Request for an Advisory Opinion: German.

GUTACHTEN DES GERICHTSHOFS

10. Dezember 1998*

(Niederlassungsrecht – Wohnsitzerfordernis für den Geschäftsführer einer Gesellschaft)

In der Rechtssache E-3/98

betreffend einen ANTRAG der Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein an den Gerichtshof gemäss Artikel 34 des Abkommens der EFTA-Staaten über die Errichtung einer EFTA-Überwachungsbehörde und eines EFTA-Gerichtshofs auf Erlass eines Gutachtens über die Auslegung des EWR-Abkommens in der Beschwerde von

Herbert Rainford-Towning

gegen die Entscheidung der Regierung des Fürstentums Liechtenstein über die Auslegung der Artikel 31ff. und 112 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (nachstehend: „EWR-Abkommen“) und Protokoll 15 zum EWR-Abkommen erlässt

DER GERICHTSHOF,

bestehend aus: Bjørn Haug (Berichterstatter), Präsident, Thór Vilhjálmsson und Carl Baudenbacher, Richter,

Kanzler: Gunnar Selvik,

Beteiligte, die Erklärungen abgegeben haben:

- Herbert Rainford-Towning, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Alexander Ospelt,
- Regierung des Fürstentums Liechtenstein, vertreten durch Christoph Büchel als Beauftragter und durch Rechtsanwalt Dr. Frank Montag,

* Sprache des Antrags auf Erlass eines Gutachtens: Deutsch

- the Government of Norway, represented by Mr Aasmund Rygnestad, Head of Division, Royal Ministry of Foreign Affairs, acting as Agent;
- the EFTA Surveillance Authority, represented by Ms Anne-Lise H. Rolland, Officer, Legal & Executive Affairs, acting as Agent;
- the Commission of the European Communities (hereinafter the “EC Commission”), represented by Ms Christina Tufvesson and Ms Maria Patakia, both members of its Legal Service, acting as Agents.

having regard to the Report for the Hearing,

after hearing the oral observations of the Complainant, the Government of Liechtenstein, the Government of Norway, the EFTA Surveillance Authority and the EC Commission at the hearing on 17 November 1998,

gives the following

Advisory Opinion

Facts and procedure

- 1 By an order dated 12 May 1998, registered at the Court on 18 May 1998, Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein, an administrative court in Liechtenstein, made a request for an Advisory Opinion in the appeal by Mr Herbert Rainford-Towning (hereinafter the “Complainant”) against a decision of the Government of Liechtenstein.
- 2 By an application dated 13 August 1997, the company Tradeparts AG, with its registered office in Vaduz, Liechtenstein, filed a request with the Office for National Economy in Vaduz for the grant of business approval for the “carrying out of trade, brokerage and commission business, the organizational completion of project financing, the negotiation of financial business, the acquisition of real property and holdings, as well as the carrying out of all legal transactions which are directly or indirectly connected with the corporate object”. Herbert Rainford-Towning, resident in London, UK, was named as managing director.
- 3 The Office for National Economy and, by recourse to a higher authority, the Government of the Principality of Liechtenstein, in a decision of 16 December 1997 refused the application for the grant of business approval essentially on the grounds that Mr Rainford-Towning did not reside in Liechtenstein. The refusal was based on Article 17, paragraph 1b, and Article 6, paragraph 1a, of the Liechtenstein *Gewerbegesetz* (LGBl 1970/21 – hereinafter the “Liechtenstein

- Norwegische Regierung, vertreten durch Aasmund Rygnestad, Abteilungsleiter, Königliches Aussenministerium, als Beauftragter,
- EFTA-Überwachungsbehörde, vertreten durch Anne-Lise H. Rolland, Rechtliche & Exekutive Angelegenheiten, als Beauftragte,
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften (nachstehend "EG-Kommission" genannt), vertreten durch Christina Tufvesson und Maria Patakia, Mitglieder des Rechtsdienstes, als Beauftragte,

aufgrund des Sitzungsberichts und der mündlichen Verhandlung vom 17. November 1998 und der mündlichen Stellungnahmen des Beschwerdeführers, der Regierung des Fürstentums Liechtenstein, der norwegischen Regierung, der EFTA-Überwachungsbehörde und der EG-Kommission

folgendes

Gutachten

Sachverhalt und Verfahren

- 1 Mit Beschluss vom 12. Mai 1998, beim Gerichtshof eingegangen am 18. Mai 1998, ersuchte die Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein um Erlass eines Gutachtens über die Auslegung des EWR-Abkommens in einem Rechtsstreit zwischen Herbert Rainford-Towning (nachstehend: "Beschwerdeführer") und der Regierung des Fürstentums Liechtenstein.
- 2 Mit Antrag vom 13. August 1997 stellte die Firma Tradeparts AG mit Sitz in Vaduz, Liechtenstein, beim Amt für Volkswirtschaft in Vaduz ein Gesuch um Erteilung einer Gewerbebewilligung für die "Durchführung von Handels-, Vermittlungs- und Kommissionsgeschäften, die organisatorische Abwicklung von Projektfinanzierungen, die Vermittlung von Finanzgeschäften, den Erwerb von Immobilien und Beteiligungen sowie die Durchführung aller Rechtsgeschäfte, die direkt oder indirekt mit dem Gesellschaftszweck in Verbindung stehen". Als Geschäftsführer wurde Herbert Rainford-Towning mit Wohnsitz in London, Grossbritannien, benannt.
- 3 Das Amt für Volkswirtschaft und die im Beschwerdeweg angerufene Regierung des Fürstentums Liechtenstein lehnten das Gesuch auf Erteilung der Gewerbebewilligung mit Entscheidung vom 16. Dezember 1997 ab. Die Ablehnung gründete sich im wesentlichen darauf, dass Herr Rainford-Towning nicht über einen Wohnsitz in Liechtenstein verfüge. Sie stützte sich auf Art. 17

Business Act”), which provides that a managing director must have his residence in Liechtenstein in order to be able to carry on the function of managing director of a company.

- 4 The Government of the Principality of Liechtenstein is of the opinion that the said provisions of the Business Act are compatible with the Agreement on the European Economic Area (hereinafter variously “EEA” and the “EEA Agreement”) since both nationals and foreigners fall under the application of the provisions. The rationale behind the provisions is that difficulties would arise if the holder of a business right did not have his residence in Liechtenstein and no managing director was appointed to be responsible for complying with the legal provisions applicable to the undertaking. For instance, it would be difficult to achieve cross-border enforcement of penal measures.
- 5 On 30 December 1997, the Complainant brought a complaint before the Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein.
- 6 The Complainant is of the opinion that the requirement of residence in Liechtenstein for the managing director does not accord with EEA law. According to the Complainant, the requirement constitutes covert discrimination within the meaning of Article 4 EEA, and restricts the right of establishment conferred by Article 31 EEA in an unacceptable manner. The Complainant is further of the opinion that the exception in Article 33 EEA is unsuitable for justifying a restriction on the right of establishment by means of a residence requirement, since general preventive considerations or economic grounds may not be invoked as grounds under that provision.
- 7 The national court, considering that it was necessary for it to deliver judgment, decided to stay the proceedings and submitted a request to the EFTA Court for an Advisory Opinion on the following questions:
 - 1 *Is the business law provision in Liechtenstein’s national law, to the effect that a managing director of a Liechtenstein legal person must have his residence in the country (the Principality of Liechtenstein), in conformity with the EEA and in particular in conformity with Article 31 et seq. of the Agreement on the European Economic Area dated 2 May 1992 (EEA)?*

Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 6 Abs. 1a des Gewerbegesetzes, LGBl. 1970/21, wonach ein Geschäftsführer über einen aktuellen Wohnsitz im Inland verfügen muss, um die Funktion eines Geschäftsführers in einer Gesellschaft ausüben zu können.

- 4 Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein ist der Ansicht, die besagten Bestimmungen des Gewerbegesetzes seien mit dem EWR-Abkommen vereinbar, weil sowohl Inländer als auch Ausländer unter sie fallen. Der Zweck der Bestimmungen sei, Schwierigkeiten zu vermeiden, die sich ergeben könnten, wenn der Gewerberechtsinhaber seinen Wohnsitz nicht in Liechtenstein hätte und kein Geschäftsführer bestellt würde, der für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich wäre. Es wäre z.B. nur schwer möglich, strafrechtliche Entscheidungen über die Grenze hinweg zu vollstrecken.
- 5 Am 30. Dezember 1997 erhob der Beschwerdeführer Beschwerde an die Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein.
- 6 Der Beschwerdeführer ist der Meinung, dass das Wohnsitzerfordernis für den Geschäftsführer in Liechtenstein nicht mit dem EWR-Recht vereinbar ist. Das Erfordernis bedeute eine versteckte Diskriminierung gemäss Artikel 4 EWRA und beschränke das durch Artikel 31 EWRA gewährleistete Niederlassungsrecht auf unannehmbare Art und Weise. Des weiteren ist der Beschwerdeführer der Ansicht, die Ausnahmevorschrift des Art. 33 EWRA sei ungeeignet, eine Beschränkung des Niederlassungsrechts mittels Wohnsitzerfordernis zu rechtfertigen, da damit keine generalpräventiven Erwägungen oder wirtschaftspolitischen Gründe geltend gemacht werden dürften.
- 7 Um über die Sache entscheiden zu können, beschloss das *liechtensteinische Gericht*, das Verfahren auszusetzen und den EFTA-Gerichtshof um ein Gutachten zu folgenden Fragen zu ersuchen:

1 Ist die gewerberechtliche Bestimmung im nationalen liechtensteinischen Recht, dass ein Geschäftsführer einer liechtensteinischen juristischen Person seinen Wohnsitz im Inland (Fürstentum Liechtenstein) haben muss, EWR-konform, insbesondere vereinbar mit Art. 31ff. des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2. Mai 1992 (EWRA)?

- 2 *If the answer to the first question is that the Liechtenstein business law provision of a requirement of residence for a managing director of a Liechtenstein company is not in conformity with the EEA, whether in view of the specific case of Liechtenstein – Protocol 15, safeguard measures in accordance with Article 112 EEA, and the declaration of the EEA Council on the freedom of choice of residence (recte: free movement of persons) – could the requirement of residence nevertheless be justified with the consequence that the provisions of the Business Law (Article 17, cf. Article 6 paragraph 1a) are in conformity with the EEA?*
- 3 *Do the grounds of public policy, public security or public health justify the business law provisions concerning the requirement of residence, either instead of or in addition to the special situation in Liechtenstein or on account of the exceptional provision of Article 33 EEA?*

- 8 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.

Legal background

1. EEA law

- 9 The questions submitted by the national court concern the interpretation of Articles 31 and 33 EEA.
- 10 Article 31 EEA, in Part III, Free Movement of Persons, Services and Capital, Chapter 2, Right of Establishment, reads:

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

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

- 2 *Im Falle der Beantwortung der ersten Frage dahingehend, dass die liechtensteinische gewerberechtliche Bestimmung des Wohnsitzerfordernisses für einen Geschäftsführer einer liechtensteinischen Gesellschaft nicht EWR-konform ist, ob unter besonderer Berücksichtigung des Falles Liechtenstein – Protokoll 15, Schutzmassnahmen gemäss Art. 112 EWRA und Erklärung des EWR-Rates zur Freizügigkeit – das Wohnsitzerfordernis nicht doch gerechtfertigt bzw. die gewerberechtlichen Bestimmungen (Art. 17 i.V.m. Art. 6 Abs. 1a) EWR-konform sind?*
- 3 *Ob anstatt oder zusätzlich der besonderen Situation Liechtensteins auch oder wegen der Ausnahmestimmung des Art. 33 EWRA, Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gewerberechtliche Bestimmungen im Sinne des Wohnsitzerfordernisses rechtfertigen?*
- 8 Wegen weiterer Einzelheiten des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens, der anwendbaren Regelungen sowie der beim Gerichtshof eingereichten schriftlichen Erklärungen wird auf den Sitzungsbericht verwiesen. Der Akteninhalt ist im folgenden nur insoweit wiedergegeben, als die Begründung des Urteils dies erfordert.

Rechtlicher Hintergrund

1. EWR-Recht

- 9 Die vom liechtensteinischen Gericht vorgelegten Fragen betreffen die Auslegung von Artikel 31 und 33 EWR-Abkommen.
- 10 Artikel 31 EWRA, in Teil III, Freizügigkeit, freier Dienstleistungs- und Kapitalverkehr, Kapitel 2, Niederlassungsrecht, lautet:

”1. Im Rahmen dieses Abkommens unterliegt die freie Niederlassung von Staatsangehörigen eines EG-Mitgliedstaats oder eines EFTA-Staates im Hoheitsgebiet eines dieser Staaten keinen Beschränkungen. Das gilt gleichermaßen für die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines EG-Mitgliedstaats oder eines EFTA-Staats, die im Hoheitsgebiet eines dieser Staaten ansässig sind.

Vorbehaltlich des Kapitels 4 umfaßt die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Artikels 34 Absatz 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen.

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

11 Article 33 EEA in the same Chapter reads:

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

2. National law

12 Article 6, paragraph 1a, of the Liechtenstein Business Act reads as follows:

“The holder of a business right must appoint a managing director, if he has no residence in the country. The managing director must fulfil the personal and professional requirements regarding the operation of the business, have his residence in the country, and be in the position to occupy himself in the business accordingly.”

13 Article 17 of the Liechtenstein Business Act reads as follows:

- “1) Legal persons may, like natural persons, be granted business approval, if
 - b they demonstrate that they have one or more managing directors, who fulfil the general and special requirements for natural persons in this Act, for the commencement of the business concerned, have a right of signature entered in the Register of Companies, and are active on a full-time basis in the company;
 - c at least one person entrusted with such management is resident in Liechtenstein, who has Liechtenstein nationality or nationality of a signatory State to the Agreement on the European Economic Area; ...”

Remarks on the interpretation of the EEA Agreement

14 The questions presented by the national court concern Articles 31 *et seq.* EEA on the freedom of establishment, which correspond to Articles 52 *et seq.* of the Treaty Establishing the European Community (hereinafter “EC”). Before turning to the actual questions presented, the Court finds it appropriate to make some remarks in reply to a submission by the Government of the Principality of Liechtenstein concerning the relevance of the case law of the Court of Justice of the European Communities (hereinafter the “ECJ”) for the interpretation of the EEA Agreement.

2. Die besonderen Bestimmungen über das Niederlassungsrecht sind in den Anhängen VIII bis XI enthalten.”

11 Artikel 33 EEA im selben Kapitel lautet:

”Dieses Kapitel und die aufgrund desselben getroffenen Maßnahmen beeinträchtigen nicht die Anwendbarkeit der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die eine besondere Regelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind.”

2. Liechtensteinisches Recht

12 Artikel 6, Absatz 1a, des liechtensteinischen Gewerbegesetzes lautet:

”Der Gewerberechtsinhaber hat einen Geschäftsführer zu bestellen, wenn er keinen Wohnsitz im Inland hat. Der Geschäftsführer muss den für die Ausübung des Gewerbes vorgeschriebenen persönlichen und fachlichen Voraussetzungen entsprechen, seinen Wohnsitz im Inland haben und in der Lage sein, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen.”

13 Artikel 17 des liechtensteinischen Gewerbegesetzes lautet:

”1) Juristischen Personen können gleich natürlichen Personen Gewerbebewilligungen erteilt werden, wenn

....

- b Sie einen oder mehrere Geschäftsführer nachweisen, welche die für natürliche Personen verlangten allgemeinen und besonderen Voraussetzungen dieses Gesetzes für den Antritt des betreffenden Gewerbes erfüllen, im Handelsregister eingetragenes Zeichnungsrecht haben und hauptberuflich im Unternehmen tätig sind;
- c Mindestens eine mit der Verwaltung betraute Person in Liechtenstein wohnhaft ist, die liechtensteinische Staatsangehörigkeit oder die Staatsangehörigkeit eines Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum besitzt; ...”

Bemerkungen zur Auslegung des EWR-Abkommens

14 Die vom liechtensteinischen Gericht vorgelegten Fragen beziehen sich auf die Artikel 31ff. EWRA über die Niederlassungsfreiheit, welche den Artikeln 52ff. des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (nachstehend: „EG-Vertrag oder ”EGV”) entsprechen. Bevor auf die eigentlichen Fragen eingegangen wird, hält es der Gerichtshof für angemessen, auf ein Vorbringen der Regierung des Fürstentums Liechtenstein hinsichtlich der Relevanz der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (nachstehend ”EuGH” genannt) für die Auslegung des EWR-Abkommens zu antworten.

- 15 The *Government of Liechtenstein* submits that the case law of the ECJ relating to the scope of the freedom of establishment under Article 52 EC and the possible compatibility of a residence requirement with that provision is not directly relevant to the interpretation of Article 31 EEA, despite the obligation contained in Article 6 EEA. Although the wording of Article 31 EEA is identical to that of Article 52 EC, the scope of application of those two provisions is not the same due to the fundamental differences between the Community legal order and the European Economic Area. Thus, the case law of the ECJ concerning the compatibility of a residence requirement with Article 52 EC is not transferable to Article 31 EEA and is of no relevance to the present case. To support this view, reference is made, *inter alia*, to the reasoning by the ECJ in Opinion 1/91 [1991] ECR I-6079, and to the Advisory Opinion of the EFTA Court in Case E-2/97 *Mag Instrument Inc. v California Trading Company Norway, Ulsteen* [1997] EFTA Court Report 127 (hereinafter “*Maglite*”).
- 16 The *Complainant*, the *Government of Norway*, the *EFTA Surveillance Authority* and the *EC Commission* have all taken the opposite position, submitting that the case law of the ECJ concerning Article 52 EC is relevant for the interpretation of Article 31 EEA. Reference is made to Article 6 EEA and to the homogeneity objective of the EEA Agreement as expressed, *inter alia*, in Article 1 EEA and in the fourth and fifteenth recitals of the Preamble to the EEA Agreement.
- 17 As the *Court* has previously held in Case E-1/94 *Restamark* [1994-1995] EFTA Court Report 15, at paragraphs 32 *et seq.*, it must be borne in mind when interpreting the EEA Agreement that the objective of the Contracting Parties was to create a dynamic and homogeneous European Economic Area. Accordingly, in the fourth recital of the Preamble to the EEA Agreement, the Contracting Parties state the following:

“CONSIDERING the objective of establishing a dynamic and homogeneous European Economic Area, based on common rules and equal conditions of competition and providing for the adequate means of enforcement including at the judicial level, and achieved on the basis of equality and reciprocity and of an overall balance of benefits, rights and obligations for the Contracting Parties;”

- 15 Die *Regierung des Fürstentums Liechtenstein* macht geltend, die Rechtsprechung des EuGH zum Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit gemäss Artikel 52 EGV und zur möglichen Vereinbarkeit eines Wohnsitzerfordernisses mit dieser Bestimmung habe ungeachtet der in Artikel 6 EWRA enthaltenen Verpflichtung keine direkte Bedeutung für die Auslegung von Artikel 31 EWRA. Obwohl Artikel 31 EWRA und Artikel 52 EGV im Wortlaut identisch seien, sei ihr Anwendungsbereich infolge der grundlegenden Unterschiede zwischen der Rechtsordnung der Gemeinschaft einerseits und der des Europäischen Wirtschaftsraums andererseits nicht derselbe. Aus diesem Grund sei die Rechtsprechung des EuGH über die Vereinbarkeit eines Wohnsitzerfordernisses mit Artikel 52 EGV nicht auf Artikel 31 EWRA übertragbar und besitze keine Relevanz für den vorliegenden Fall. Zur Stützung dieser Ansicht wird u.a. auf die Begründung des EuGH im Gutachten 1/91 [1991], Slg. I-6079, und auf die Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs in der Rechtssache E-2/97 *Mag Instrument Inc. / California Trading Company Norway, Ulsteen* [1997] EFTA Court Report 127 (nachstehend "Maglite" genannt) verwiesen.
- 16 Der *Beschwerdeführer*, die *norwegische Regierung*, die *EFTA-Überwachungsbehörde* und die *EG-Kommission* vertreten die entgegengesetzte Meinung und machen geltend, die Rechtsprechung des EuGH zu Artikel 52 EGV sei für die Auslegung von Artikel 31 EWRA relevant. Sie beziehen sich auf Artikel 6 EWRA und auf das Ziel der Homogenität im EWR-Abkommen, wie es u.a. in Artikel 1 EWRA und im vierten und fünfzehnten Erwägungsgrund der Präambel des EWR-Abkommens zum Ausdruck kommt.
- 17 Wie der *Gerichtshof* in der Rechtssache E-1/94 *Restamark* [1994-1995] EFTA Court Report 15, Paragraph 32ff., entschied, muss bei der Auslegung des EWR-Abkommens in Betracht gezogen werden, dass die Zielsetzung der Abkommensparteien darin bestand, einen dynamischen und homogenen Europäischen Wirtschaftsraum zu schaffen. Entsprechend halten die Abkommensparteien im vierten Erwägungsgrund der Präambel des EWR-Abkommens folgendes fest:

"IN ANBETRACHT des Ziels, einen dynamischen und homogenen Europäischen Wirtschaftsraum zu errichten, der auf gemeinsamen Regeln und gleichen Wettbewerbsbedingungen beruht und in dem angemessene Mittel für deren Durchsetzung – und zwar auch auf gerichtlicher Ebene – vorgesehen sind und der auf der Grundlage der Gleichheit und Gegenseitigkeit sowie eines Gesamtgleichgewichts der Vorteile, Rechte und Pflichten der Vertragsparteien verwirklicht wird;"

18 The fifteenth recital of the Preamble reads:

“WHEREAS, in full deference to the independence of the courts, the objective of the Contracting Parties is to arrive at, and maintain, a uniform interpretation and application of this Agreement and those provisions of Community legislation which are substantially reproduced in this Agreement and to arrive at an equal treatment of individuals and economic operators as regards the four freedoms and the conditions of competition;”

19 Furthermore, in accordance with Article 6 EEA, without prejudice to future developments of case law, the provisions of the EEA Agreement must, in so far as they are identical in substance to corresponding rules of the Treaty establishing the European Community, be interpreted in their implementation and application in conformity with the relevant rulings of the Court of Justice of the European Communities given prior to the date of signature of the EEA Agreement (2 May 1992).

20 In accordance with Article 3(2) of the Agreement between the EFTA States on establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice, the EFTA Court and the EFTA Surveillance Authority, in the interpretation and application of the EEA Agreement, are to pay due account to the principles laid down by the relevant rulings by the ECJ given after the date of signature of the EEA Agreement and which concern the interpretation of that Agreement or of such rules of the EC Treaty, in so far as they are identical in substance to the provisions of the EEA Agreement.

21 Admittedly, there are differences in the scope and purpose of the EEA Agreement as compared to the EC Treaty, and it cannot be ruled out that such differences may, under specific circumstances, lead to differences in the interpretation, as in the *Maglite* case, cited above. But where parallel provisions are to be interpreted without any such specific circumstances being present, homogeneity should prevail.

The first question

22 By its first question, the national court seeks to establish whether a requirement in national law that a managing director of a legal person registered in the country concerned must have his residence in that country is in conformity with the EEA Agreement and in particular Articles 31 *et seq.* EEA.

18 Der fünfzehnte Erwägungsgrund der Präambel lautet:

”IN ANBETRACHT des Zieles der Vertragsparteien, bei voller Wahrung der Unabhängigkeit der Gerichte eine einheitliche Auslegung und Anwendung dieses Abkommens und der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen, die in ihrem wesentlichen Gehalt in dieses Abkommen übernommen werden, zu erreichen und beizubehalten und eine Gleichbehandlung der Einzelpersonen und Marktteilnehmer hinsichtlich der vier Freiheiten und der Wettbewerbsbedingungen zu erreichen;”

- 19 Darüber hinaus sind die Bestimmungen des EWR-Abkommens, soweit sie in ihrem wesentlichen Gehalt mit den entsprechenden Regeln des EG-Vertrages identisch sind, gemäss Artikel 6 EWRA unbeschadet der künftigen Entwicklungen der Rechtsprechung bei ihrer Durchführung und Anwendung in Übereinstimmung mit den einschlägigen Urteilen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften auszulegen, die vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des EWR-Abkommens erlassen wurden (2. Mai 1992).
- 20 Gemäss Artikel 3 Absatz 2 des Abkommens zur Errichtung einer EFTA-Überwachungsbehörde und eines EFTA-Gerichtshofs haben der EFTA-Gerichtshof und die EFTA-Überwachungsbehörde bei der Auslegung und Anwendung des EWR-Abkommens die in den relevanten Entscheidungen des EuGH dargelegten Grundsätze gebührend zu berücksichtigen, die nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des EWR-Abkommens ergangen sind und die die Auslegung dieses Abkommens oder solcher Bestimmungen des EG-Vertrages betreffen, die in ihrem wesentlichen Gehalt mit den Bestimmungen des EWR-Abkommens identisch sind.
- 21 Zugegebenermassen bestehen Unterschiede zwischen EWR-Abkommen und EG-Vertrag mit Bezug auf den Anwendungsbereich und die Ziele, und es kann nicht ausgeschlossen werden, dass solche Differenzen unter besonderen Umständen zu Unterschieden in der Auslegung führen können, wie z.B. in der oben erwähnten Rechtssache *Maglite*. Wenn indes parallele Bestimmungen ohne Vorliegen solcher spezifischer Umstände auszulegen sind, sollte der Homogenität Vorrang eingeräumt werden.

Die erste Frage

- 22 Mit seiner ersten Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob das im liechtensteinischen Recht bestehende Erfordernis, wonach ein Geschäftsführer einer dort eingetragenen juristischen Person seinen Wohnsitz in diesem Land haben muss, mit dem EWR-Abkommen und insbesondere mit dessen Artikeln 31ff. vereinbar ist.

- 23 The *Court* notes that it is not clear from the request whether the questions should be assessed from the perspective of the company Tradeparts AG or from the perspective of the Complainant Mr Rainford-Towning. However, since both parties consider that Mr Rainford-Towning is to be regarded as a self-employed person and not as an employee, the relevant provision of the EEA Agreement would in any case be Article 31, and the scope of that provision is not affected by which perspective is chosen.
- 24 The *Complainant*, the *Government of Norway*, the *EFTA Surveillance Authority* and the *EC Commission* all submit that it follows from the case law of the ECJ that the residence requirement in the Liechtenstein Business Acts constitutes covert discrimination contrary to Article 31 EEA. The Complainant also submits that, when seen in connection with the limitations on the right of foreigners to take up residence in Liechtenstein established pursuant to Article 112 EEA and Protocol 15 to the EEA Agreement (see below), the residence requirement even constitutes overt discrimination.
- 25 By contrast, the *Government of Liechtenstein* takes the view that the residence requirement does not constitute either overt or covert discrimination contrary to Article 31 EEA.
- 26 The *Court* notes that, according to the second paragraph of Article 31(1) EEA, freedom of establishment includes, in the case of nationals of a Contracting Party, “the right to take up and pursue activities as self-employed persons... under the conditions laid down for its own nationals by the law of the country where such establishment is effected...”.
- 27 It is settled case law of the ECJ that the rules of equal treatment prohibit not only overt discrimination based on nationality but also all covert forms of discrimination which, by applying other distinguishing criteria, achieve in practice the same result, see, e.g., the judgments of the ECJ in C-350/96 *Clean Car Autoservice* [1998] ECR I-2521 (hereinafter “*Clean Car Autoservice*”), at paragraph 27, and Case C-266/95 *Merino García v Bundesanstalt für Arbeit* [1997] ECR I-3279, at paragraph 33.
- 28 It is true that provisions such as those in the Liechtenstein Business Act apply without regard to the nationality of the person to be appointed as manager.

- 23 Der *Gerichtshof* hält fest, dass es aus dem Antrag des vorlegenden Gerichts nicht klar hervorgeht, ob die Fragen aus dem Blickwinkel der Gesellschaft Tradeparts AG oder aus dem Blickwinkel des Beschwerdeführers Herbert Rainford-Towning beurteilt werden sollten. Da Herr Rainford-Towning jedoch unbestrittenermassen als selbständigerwerbende Person und nicht als Arbeitnehmer zu betrachten ist, ist die einschlägige Bestimmung des EWR-Abkommens in jedem Fall Artikel 31. Der Geltungsbereich dieser Bestimmung wird durch die Wahl des einen oder anderen Blickwinkels nicht betroffen.
- 24 Der *Beschwerdeführer*, die *norwegische Regierung*, die *EFTA-Überwachungsbehörde* und die *EG-Kommission* machen geltend, nach der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 52 EGV stelle ein Wohnsitzerfordernis im liechtensteinischen Gewerbegesetz eine Artikel 31 EWRA zuwiderlaufende versteckte Diskriminierung dar. Der Beschwerdeführer macht überdies geltend, das Wohnsitzerfordernis stelle sogar eine offene Diskriminierung dar, wenn man es im Zusammenhang mit den Beschränkungen des Rechts von Ausländern zur Wohnsitznahme in Liechtenstein gemäss Artikel 112 EWRA und Protokoll 15 des EWR-Abkommens (s. unten) betrachtet.
- 25 Im Gegensatz dazu ist die *Regierung des Fürstentums Liechtenstein* der Ansicht, das Wohnsitzerfordernis sei weder eine offene noch eine versteckte Diskriminierung, die im Widerspruch zu Artikel 31 EWRA stände.
- 26 Der *Gerichtshof* hält fest, dass die Niederlassungsfreiheit im Falle von Staatsangehörigen einer Abkommenspartei gemäss dem zweiten Abschnitt von Artikel 31, Absatz 1 EWRA "die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten ... nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen" umfasst.
- 27 Es entspricht gefestigter Rechtsprechung des EuGH, dass die Vorschriften über Gleichbehandlung nicht nur offene Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit verbieten, sondern auch jede Form der versteckten Diskriminierung, welche durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale als der Staatsangehörigkeit tatsächlich zum gleichen Ergebnis führt; s. z.B. die Urteile EuGH C-350/96 *Clean Car Autoservice*, Slg. 1998, I-2521 (nachstehend: "*Clean Car*"), Randnr. 27, and EuGH C-266/95 *Merino García .I. Bundesanstalt für Arbeit*, Slg. 1997, I-3279, Randnr. 33.
- 28 Es trifft zu, dass die Bestimmungen des liechtensteinischen Gewerbegesetzes ungeachtet der Staatsangehörigkeit der zum Geschäftsführer zu ernennenden Person anwendbar sind.

- 29 However, national rules under which a distinction is drawn on the basis of residence are liable to operate mainly to the detriment of nationals of other Contracting Parties, as non-residents are in the majority of cases foreigners, see the judgment of the ECJ in Case C-279/93 *Finanzamt Köln-Altstadt v Schumacker* [1995] ECR I-225, at paragraph 28.
- 30 A requirement that nationals of other Contracting Parties must reside in the State concerned in order to be appointed managers of undertakings exercising a trade is therefore such as to constitute indirect discrimination based on nationality, contrary to Article 31 EEA.
- 31 This would be otherwise only if the imposition of such a residence requirement was based on objective considerations independent of the nationality of the manager concerned and proportionate to a legitimate aim pursued by the national law, see the judgments of the ECJ in *Clean Car Autoservice*, cited above, at paragraph 31; and Case C-15/96 *Schöning-Kougebetopoulou v Freie und Hansestadt Hamburg* [1998] ECR I-47, at paragraph 21.
- 32 According to the *Government of Liechtenstein*, the residence requirement at issue in the present case serves several purposes which are capable of providing justification even if the requirement is found to constitute covert discrimination. First, the requirement is necessary in order to ensure observance of the Liechtenstein Business Act and to safeguard the means to bring criminal prosecutions and in particular the enforcement of penal administrative orders or judgments against a managing director. Secondly, the residence requirement ensures that the managing director is in a position to act effectively in the business. Although similar arguments were recently rejected by the ECJ in *Clean Car Autoservice*, cited above, the Government of Liechtenstein submits that there are relevant differences between the situation in Liechtenstein and that in Austria, to which the *Clean Car Autoservice* case pertains.
- 33 The *Complainant*, the *Government of Norway*, the *EFTA Surveillance Authority* and the *EC Commission* submit, with reference, *inter alia*, to the *Clean Car Autoservice* case, cited above, that the said objectives may not serve to justify the residence requirement as the objectives may be reached by less restrictive means.
- 34 The *Court* notes that although ensuring compliance with national legislation must be considered a legitimate aim, the Government of Liechtenstein has not been able to demonstrate that this aim necessitates a general residence requirement for the managing director of a Liechtenstein legal person. As pointed out by the Government of Liechtenstein, a person living close to the place of business is likely to spend more time there than a person living further away. However, in the opinion of the Court, neither the compliance with national legislation by the managing director nor the control of such compliance by the public authorities would seem to be dependent on the physical presence of the managing director, and it would seem to be even less dependent on his place of residence, see also

- 29 Jedoch haben nationale Regeln, die nach dem Wohnsitz unterscheiden, eine Tendenz, sich zum Nachteil von Angehörigen anderer Abkommensparteien auszuwirken, da es sich bei Personen ohne Wohnsitz im Inland in der Mehrzahl der Fälle um Ausländer handelt, s. EuGH C-279/93 *Finanzamt Köln-Altstadt ./. Schumacker*, Slg. 1995, I-225, Randnr. 28.
- 30 Ein Erfordernis, wonach Angehörige anderer Abkommensstaaten im betreffenden Staat Wohnsitz haben müssen, um zum Geschäftsführer eines Unternehmens ernannt zu werden, das einen Geschäftsbetrieb führt, stellt deshalb eine durch Art. 31 EWRA verbotene indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar.
- 31 Das wäre nur dann anders, wenn die Auferlegung eines solchen Wohnsitzerfordernisses durch objektive, von der Staatsangehörigkeit des betroffenen Geschäftsführers unabhängige Erwägungen begründet wäre und in einem angemessenen Verhältnis zu einem vom nationalen Recht verfolgten legitimen Zweck stände; s. EuGH-Urteile in der oben erwähnten Rechtssache *Clean Car*, Rz. 31, sowie C-15/96 *Schöning-Kougebetopoulou ./. Freie und Hansestadt Hamburg*, Slg. 1998, I-47, Randnr. 21.
- 32 Der *Regierung des Fürstentums Liechtenstein* zufolge dient das fragliche Wohnsitzerfordernis im vorliegenden Fall mehreren Zwecken, die es auch dann rechtfertigen sollen, wenn es als versteckte Diskriminierung beurteilt wird. Erstens sei das Erfordernis notwendig, um sicherzustellen, dass das liechtensteinische Gewerbegesetz beachtet wird und um die Durchführbarkeit strafrechtlicher Verfolgungen und insbesondere die Vollstreckung von Verwaltungsstrafverfügungen oder von Urteilen gegen einen Geschäftsführer zu gewährleisten. Zweitens gewährleiste das Wohnsitzerfordernis, dass der Geschäftsführer in der Lage ist, im Unternehmen effektiv tätig zu sein. Obgleich ähnliche Argumente kürzlich vom EuGH in der oben erwähnten Rechtssache *Clean Car* zurückgewiesen wurden, macht die Regierung des Fürstentums Liechtenstein geltend, dass zwischen der Situation in Liechtenstein und jener in Österreich, worauf sich dieser Fall bezieht, erhebliche Unterschiede bestehen.
- 33 Der *Beschwerdeführer*, die *norwegische Regierung*, die *EFTA-Überwachungsbehörde* und die *EG-Kommission* tragen u.a. unter Berufung auf die oben erwähnte Rechtssache *Clean Car* vor, dass diese Zwecke das Wohnsitzerfordernis nicht zu rechtfertigen vermögen, da sie mit weniger restriktiven Mitteln erreicht werden können.
- 34 Der Gerichtshof hält fest, dass die Befolgung nationalen Rechts als legitimer Zweck zu betrachten ist. Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein hat indes nicht aufzeigen können, dass dieser Zweck ein allgemeines Wohnsitzerfordernis für den Geschäftsführer einer liechtensteinischen juristischen Person notwendig macht. Wie von der Regierung des Fürstentums Liechtenstein vorgetragen, verbringt eine in der Nähe des Geschäftssitzes wohnhafte Person mehr Zeit im

the judgment of the ECJ in Case C-114/97 *Commission v Spain*, judgment of 29 October 1998, not yet reported (hereinafter “*Commission v Spain*”), at paragraph 47. While the physical presence of the managing director does not guarantee that public authorities get the information they require, it is fully possible for a managing director to provide all necessary information without being physically present. More appropriate and less restrictive means of ensuring compliance with national legislation could, for instance, consist of requirements as to the availability of relevant information at the place of business of the legal person. A requirement of residence in Liechtenstein is neither necessary nor sufficient to ensure compliance with the national legislation, as this may be achieved by other, less restrictive and more appropriate means.

- 35 With regard to the argument by the Government of Liechtenstein that the residence requirement is necessary to safeguard the possibility of bringing criminal prosecutions and in particular ensuring the enforcement of penal administrative orders or judgments against a managing director, the Court supports the statement of the ECJ at paragraph 36 of the judgment in *Clean Car Autoservice*, cited above, that other less restrictive means, such as serving notice of fines at the registered office of the undertaking employing the manager and ensuring that those fines will be paid by requiring a guarantee to be provided beforehand, would make it possible to ensure that the manager can be served with notice of any such fines imposed upon him and that they can be enforced against him, see also paragraph 47 of the judgment in *Commission v Spain*, cited above.
- 36 Furthermore, a requirement that the managing director shall reside in the Contracting Party in which the undertaking is established and exercises its trade is not in itself necessary to ensure that he will be in a position to act effectively as manager in the business. As pointed out at paragraph 35 of the judgment of the ECJ in *Clean Car Autoservice*, cited above, a manager residing at a considerable distance from the place at which the undertaking exercises its trade would normally find it more difficult to act effectively in the business than a person whose place of residence is nearer to the place of business. However, whether or not this is the case will to a great extent depend on the nature of the business concerned and the available means of communication. In a small country like Liechtenstein, it would also be possible for a managing director to live in the neighbouring Contracting Party Austria and still be at a very short distance from the place of business in Liechtenstein.

Betrieb als eine Person, die weiter entfernt wohnt. Nach der Auffassung des Gerichtshofs dürfte indes weder die Befolgung nationalen Rechts durch den Geschäftsführer noch die Kontrolle dieser Befolgung durch die Behörden von der physischen Anwesenheit des Geschäftsführers und noch weniger von seinem Wohnsitz abhängig sein, s. auch EuGH C-114/97 *Kommission ./ Spanien*, noch unveröffentlichtes Urteil vom 29. Oktober 1998 (nachstehend: "*Kommission ./ Spanien*"), Randnr. 47. Während die physische Anwesenheit des Geschäftsführers nicht gewährleistet, dass die Behörden die von ihnen angeforderten Informationen erhalten, ist es einem Geschäftsführer durchaus möglich, alle notwendigen Informationen zu liefern, ohne physisch anwesend zu sein. Eine angemessenere und weniger restriktive Massnahme zur Sicherstellung der Befolgung könnte beispielsweise im Erfordernis bestehen, dass die entsprechenden Informationen am Geschäftssitz der juristischen Person verfügbar sein müssen. Ein Wohnsitzerfordernis ist zur Sicherstellung der Befolgung des nationalen Rechts weder notwendig noch ausreichend, weil dieses Ziel mit anderen, weniger restriktiven und angemesseneren Mitteln erreicht werden kann.

- 35 Was das Argument der Regierung des Fürstentums Liechtenstein anlangt, das Wohnsitzerfordernis sei notwendig, um die Durchführung strafrechtlicher Verfolgungen und insbesondere die Vollstreckung von Verwaltungsstrafverfügungen oder Urteilen gegen einen Geschäftsführer sicherzustellen, so schliesst sich der Gerichtshof der Aussage des EuGH in Randnr. 36 des Urteils in der oben erwähnten Rechtssache *Clean Car* an. Danach bieten andere, weniger restriktive Mittel, wie z.B. die Zustellung einer Bussenverfügung am eingetragenen Geschäftssitz des Unternehmens, das den Geschäftsführer beschäftigt, und die Sicherstellung der Zahlung derartiger Bussen durch das Erfordernis einer im voraus zu stellenden Garantie, die Möglichkeit, zu gewährleisten, dass der Geschäftsführer über die gegen ihn gefällten Bussen informiert wird und dass sie ihm gegenüber vollstreckt werden können; s. auch Randnr. 47 des Urteils in der oben erwähnten Rechtssache *Kommission ./ Spanien*.
- 36 Überdies ist ein Erfordernis, dass der Geschäftsführer in dem Abkommensstaat, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat und seinen Geschäftsbetrieb führt, Wohnsitz hat, an sich nicht notwendig, um sicherzustellen, dass er in der Lage sein wird, effektiv im Betrieb tätig zu sein. Wie das Urteil des EuGH in der oben erwähnten Rechtssache *Clean Car* in Randnr. 35 festhält, würde es für einen Geschäftsführer, der in beträchtlicher Entfernung von dem Ort wohnt, an dem die Unternehmung ihren Geschäftsbetrieb führt, normalerweise schwieriger sein, effektiv im Betrieb tätig zu sein als für eine Person, deren Wohnsitz sich näher beim Geschäftssitz befindet. Ob dies der Fall ist oder nicht, hängt allerdings zu einem grossen Teil von der Natur des betreffenden Geschäfts und von den verfügbaren Kommunikationsmitteln ab. In einem kleinen Land wie Liechtenstein wäre es auch möglich, dass ein Geschäftsführer in dem benachbarten Abkommensstaat Österreich und damit noch immer ganz in der Nähe des Geschäftssitzes in Liechtenstein wohnt.

- 37 It must be concluded, therefore, that a national provision such as that at issue in the main proceedings, which requires the managing director of a legal person to reside in the State concerned, constitutes indirect discrimination contrary to Article 31 EEA.

The third question

- 38 By its third question, which will be dealt with before the second question for reasons of convenience, the national court asks whether the residence requirement may be justified under Article 33 EEA for reasons of public policy, public security or public health.
- 39 The *Government of Liechtenstein* submits that the residence requirement is justified under Article 33 EEA for reasons of public policy, especially because of the particular situation of Liechtenstein. The *Complainant*, the *Government of Norway*, the *EFTA Surveillance Authority* and the *EC Commission* submit that Article 33 EEA, in accordance with the case law of the ECJ concerning Article 56(1) EC, must be interpreted narrowly and does not justify a residence requirement such as that at issue in the present case.
- 40 Concerning the special situation of the Principality of Liechtenstein, the *Court* notes that the EEA Council recognized expressly in its Declaration on free movement of persons (OJ 1995 L 86/80) that “Liechtenstein has a very small inhabitable area of rural character with a unusually high percentage of non-national residents and employees. Moreover, it acknowledges the vital interest of Liechtenstein to maintain its own national identity.” This has called for special transitory provisions in respect of Liechtenstein and the Contracting Parties shall, in case of difficulties, endeavour to find a solution which allows Liechtenstein to avoid having recourse to safeguard measures. For the Court, however, the situation must be that the obligations of Liechtenstein are decided on the basis of the decisions of the Contracting Parties at any time.
- 41 The Court observes, with regard to the justifications based on Article 33 EEA, that a general rule of the kind at issue in the main proceedings cannot be justified on any grounds of public security or public health.

- 37 Es muss deshalb gefolgert werden, dass eine nationale Bestimmung wie die dem Ausgangsverfahren zugrundeliegende, wonach der Geschäftsführer einer juristischen Person auf dem Hoheitsgebiet dieses Abkommensstaates wohnhaft sein muss, eine nach Artikel 31 EWRA verbotene indirekte Diskriminierung darstellt.

Die dritte Frage

- 38 Mit seiner dritten Frage, die aus Zweckmässigkeitsgründen vor der zweiten Frage behandelt wird, möchte das liechtensteinische Gericht wissen, ob das Wohnsitzerfordernis gemäss Artikel 33 EWRA aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt werden kann.
- 39 Die *Regierung des Fürstentums Liechtenstein* trägt vor, dass das Wohnsitzerfordernis gemäss Artikel 33 EWRA aus Gründen der öffentlichen Ordnung, insbesondere aufgrund der besonderen Lage Liechtensteins, gerechtfertigt sei. Der *Beschwerdeführer*, die *norwegische Regierung*, die *EFTA-Überwachungsbehörde* und die *EG-Kommission* machen geltend, Artikel 33 EWRA müsse nach der Rechtsprechung des EuGH zu Artikel 56 Absatz 1 EGV eng ausgelegt werden. Ein Wohnsitzerfordernis wie das vorliegende sei nicht zu rechtfertigen.
- 40 Im Blick auf die besondere Lage Liechtensteins hält der *Gerichtshof* fest, dass der EWR-Rat in seiner Erklärung über die Freizügigkeit (ABl. 1995 L 86/80) ausdrücklich anerkannt hat, dass "Liechtenstein ein sehr kleines bewohnbares Gebiet ländlichen Charakters mit einem ungewöhnlich hohen Prozentsatz an ausländischen Gebietsansässigen und Beschäftigten hat. Darüber hinaus erkennt er das vitale Interesse Liechtensteins an der Wahrung seiner nationalen Identität an." Diese Situation hat zum Erlass besonderer Übergangsbestimmungen für Liechtenstein geführt. Die Abkommensparteien werden sich sodann im Falle von Schwierigkeiten bemühen, eine Lösung zu finden, welche es Liechtenstein gestattet, auf das Ergreifen von Schutzmassnahmen zu verzichten. Der Gerichtshof muss indes die Verpflichtungen Liechtensteins auf der Grundlage der jeweiligen Beschlüsse der Abkommensparteien beurteilen.
- 41 Der Gerichtshof bemerkt hinsichtlich der auf Artikel 33 EWRA gestützten Rechtfertigungsargumente, dass eine allgemeine Regel der im Ausgangsverfahren in Frage stehenden Art nicht aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt werden kann.

- 42 As regards justification on grounds of public policy, as envisaged in Article 33 EEA, it must be held that, in so far as it may justify special treatment of foreign nationals who are subject to the EEA Agreement, recourse to the concept of public policy presupposes, in any event, the existence, in addition to the perturbation of the social order which any infringement of the law involves, of a genuine and sufficiently serious threat affecting one of the fundamental interests of society, see the judgments of the ECJ in *Clean Car Autoservice*, cited above, at paragraph 40; and Case 30/77 *Regina v Bouchereau* [1977] ECR 1999, at paragraphs 33 *et seq.*
- 43 Here, however, it does not appear from the documents in the case that any such interest is liable to be affected if the owner of an undertaking is free to appoint, for the purpose of exercising that undertaking's trade, a managing director who does not reside in the State concerned.
- 44 Consequently, a national provision such as that at issue in the main proceedings, which requires the managing director of a legal person to reside in the State concerned, cannot be justified on grounds of public policy within the meaning of Article 33 EEA.

The second question

- 45 By its second question the national court asks whether Protocol 15 to the EEA Agreement, Article 112 EEA or the EEA Council Declaration on free movement of persons (OJ 1995 L 86/80) may serve to justify the residence requirement contained in the Liechtenstein Business Act.
- 46 Among those who have submitted observations to the Court, it is common ground that none of the above instruments may serve to justify the residence requirement at issue in the main proceedings.
- 47 With regard to Protocol 15, which establishes transitional periods on the free movement of persons and access to professional activities with regard to Liechtenstein, it suffices to note that the last time-limit contained therein expired on 1 January 1998 and that, in any event, the Protocol may not be invoked to justify the residence requirement after that date.
- 48 With regard to Article 112 EEA, it suffices to note that, according to the information submitted by the Government of Liechtenstein, the residence requirement at issue is indeed not intended as a safeguard measure pursuant to that provision.
- 49 With regard to the EEA Council Declaration on free movement of persons, which concerns a possible prolongation of the transitional periods laid down in Protocol 15 to the EEA Agreement and safeguard measures pursuant to Article 112 EEA

- 42 Was eine Rechtfertigung aufgrund der öffentlichen Ordnung nach Artikel 33 EWRA anlangt, so muss festgehalten werden, dass eine Berufung auf das Konzept der öffentlichen Ordnung zur allfälligen Rechtfertigung einer besonderen Behandlung von EWR-Ausländern zusätzlich zur Störung der gesellschaftlichen Ordnung, die jede Rechtsverletzung nach sich zieht, in jedem Fall das Vorhandensein einer echten und schwerwiegenden Bedrohung eines der grundlegenden Interessen der Gesellschaft voraussetzt; s. Urteil in der oben erwähnten Rechtssache *Clean Car*, Randnr. 40, und EuGH 30/77 *Regina J. Bouchereau*, Slg. 1977, 1999, Randnr. 33ff.
- 43 Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den Akten nicht, dass ein derartiges Interesse beeinträchtigt wird, wenn es dem Inhaber eines Unternehmens freisteht, zur Führung des Geschäftsbetriebs dieses Unternehmens einen Geschäftsführer zu ernennen, der nicht im betreffenden Staat Wohnsitz hat.
- 44 Folglich ist eine nationale Bestimmung wie die vorliegende, welche den Geschäftsführer einer juristischen Person verpflichtet, auf dem Hoheitsgebiet des betreffenden Abkommenstaates Wohnsitz zu haben, aus Gründen der öffentlichen Ordnung i.S. von Artikel 33 EWRA nicht zu rechtfertigen.

Die zweite Frage

- 45 Mit seiner zweiten Fragen möchte das nationale Gericht wissen, ob Protokoll 15 zum EWR-Abkommen, Artikel 112 EWRA oder die Erklärung des EWR-Rats zur Freizügigkeit (ABl. 1995 L 86/80) das im Liechtensteiner Gewerbegesetz vorgesehene Wohnsitzerfordernis rechtfertigen können.
- 46 Unter den Verfahrensbeteiligten herrscht Einigkeit darüber, dass das im Ausgangsverfahren streitige Wohnsitzerfordernis durch keines der oben genannten Instrumente gerechtfertigt werden kann.
- 47 Hinsichtlich Protokoll 15, das mit Bezug auf die Freizügigkeit und den Berufszugang in Liechtenstein Übergangsfristen vorsieht, genügt es, festzuhalten, dass die letzte darin enthaltene Frist am 1. Januar 1998 abgelaufen ist und dass auf das Protokoll zur Rechtfertigung des Wohnsitzerfordernisses jedenfalls nach diesem Datum nicht Bezug genommen werden kann.
- 48 Hinsichtlich Artikel 112 EWRA genügt es, festzuhalten, dass das fragliche Wohnsitzerfordernis gemäss den von der Regierung des Fürstentums Liechtenstein gegebenen Informationen tatsächlich nicht als Schutzmassnahme im Sinne dieser Bestimmung betrachtet wird.
- 49 Hinsichtlich der Erklärung des EWR-Rats zur Freizügigkeit, die eine mögliche Verlängerung der in Protokoll 15 zum EWR-Abkommen festgehaltenen Übergangsfristen und Schutzmassnahmen gemäss Artikel 112 EWRA im Lichte

in the light of the special situation of Liechtenstein as a small country, the Court notes that that Declaration does not provide a basis for maintaining provisions such as the one at hand, and that the Government of Liechtenstein has not invoked the Declaration in order to justify the provision at issue in the main proceedings.

- 50 Consequently, a national provision such as that at issue in the main proceedings, which requires the managing director of a legal person to reside in the State concerned, cannot be justified by Protocol 15 to the EEA Agreement, Article 112 EEA or the EEA Council Declaration on free movement of persons (OJ 1995 L 86/80).

Costs

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

On those grounds,

THE COURT,

in answer to the questions referred to it by Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums, Liechtenstein by the order of 12 May 1998, hereby gives the following Advisory Opinion:

- 1. A national provision such as that at issue in the main proceedings, which requires the managing director of a legal person to reside in the State concerned, constitutes indirect discrimination contrary to Article 31 EEA.**
- 2. A national provision such as that at issue in the main proceedings, which requires the managing director of a legal person to reside in the State concerned, cannot be justified by Protocol 15 to the EEA Agreement, Article 112 EEA or the EEA Council Declaration on free movement of persons (OJ 1995 L 86/80).**

der besonderen Situation Liechtensteins als Kleinstaat betrifft, hält der Gerichtshof fest, dass diese Erklärung keine Grundlage für die Aufrechterhaltung einer Bestimmung wie der vorliegenden bietet und dass sich die Regierung des Fürstentums Liechtenstein im Ausgangsverfahren zur Rechtfertigung der streitigen Bestimmung nicht auf die Erklärung berufen hat.

- 50 Folglich lässt sich eine nationale Bestimmung der vorliegenden Art, welche erfordert, dass der Geschäftsführer einer juristischen Person im betreffenden Staat Wohnsitz haben muss, nicht unter Berufung auf Protokoll 15 zum EWR-Abkommen, Artikel 112 EWRA oder die Erklärung des EWR-Rates zur Freizügigkeit (ABl. 1995 L 86/80) rechtfertigen.

Kosten

- 51 Die Auslagen des Fürstentums Liechtenstein, des Königreichs Norwegen, der EFTA-Überwachungsbehörde und der EG-Kommission, welche vor dem Gerichtshof Erklärungen abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit. Die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen erlässt

DER GERICHTSHOF

in Beantwortung der Fragen, die ihm von der Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein mit Beschluss vom 12. Mai 1998 vorgelegt wurden, folgendes Gutachten:

- 1. Eine nationale Bestimmung wie die dem Ausgangsverfahren zugrundeliegende, die erfordert, dass der Geschäftsführer einer juristischen Person im betreffenden Staat Wohnsitz hat, stellt eine indirekte Diskriminierung dar, die gegen Artikel 31 EWRA verstösst.**
- 2. Eine nationale Bestimmung wie die dem Ausgangsverfahren zugrundeliegende, die erfordert, dass der Geschäftsführer einer juristischen Person im betreffenden Staat Wohnsitz hat, kann nicht unter Berufung auf Protokoll 15 zum EWR-Abkommen, Artikel 112 EWRA oder die Erklärung des EWR-Rats zur Freizügigkeit (ABl. 1995 L 86/80) gerechtfertigt werden.**

3. **A national provision such as that at issue in the main proceedings, which requires the managing director of a legal person to reside in the State concerned, cannot be justified on grounds of public policy within the meaning of Article 33 EEA.**

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Delivered in open court in Luxembourg on 10 December 1998.

Gunnar Selvik
Registrar

Bjørn Haug
President

- 3. Eine nationale Bestimmung wie die dem Ausgangsverfahren zugrundeliegende, die erfordert, dass der Geschäftsführer einer juristischen Person im betreffenden Staat Wohnsitz hat, kann nicht aus Gründen der öffentlichen Ordnung im Sinne von Artikel 33 EWRA gerechtfertigt werden.**

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 10. Dezember 1998.

Gunnar Selvik
Kanzler

Bjørn Haug
Präsident

REPORT FOR THE HEARING
in Case E-3/98.

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 Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein (Administrative Court for the Principality of Liechtenstein) for an Advisory Opinion in the appeal against the decision of the Government of the Principality of Liechtenstein by

Herbert Rainford-Towning

on the interpretation of Articles 4, 31 *et seq.* and 112 of the EEA Agreement (“EEA”) and Protocol 15 to the EEA Agreement.

I. Introduction

1 By an order dated 12 May 1998, registered at the Court on 18 May 1998, Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein, an administrative court in Liechtenstein, made a request for an Advisory Opinion in the appeal by Mr Herbert Rainford-Towning (the “Complainant”) against the decision of the Government of Liechtenstein.

II. Facts and procedure

2 By an application dated 13 August 1997, the company Tradeparts AG, with its registered office in Vaduz, Liechtenstein, filed a request with the Office for National Economy in Vaduz for the grant of business approval for the “carrying out of trade, brokerage and commission business, the organizational completion of project financing, the negotiation of financial business, the acquisition of real property and holdings, as well as the carrying out of all legal transactions which are directly or indirectly connected with the corporate object”. Herbert Rainford-Towning, resident in London, UK, was named as managing director.

3 The Office for National Economy and, by recourse to a higher authority, the Government of the Principality of Liechtenstein, in a decision of 16 December 1997 refused the application for the grant of business approval essentially on the grounds that Mr Rainford-Towning did not reside in Liechtenstein. The refusal was based on Article 17, paragraph 1b, and Article 6, paragraph 1a, of *Gewerbegesetz* (LGBI 1970/21 – the “Liechtenstein Business Law”) which provides that a managing director must have a residence in Liechtenstein in order to be able to carry on the function of managing director of a company.

4 The Government of the Principality of Liechtenstein is of the opinion that the said provisions of the Business Law are compatible with the EEA Agreement since both nationals and foreigners fall under the application of the provisions. The rationale behind the provisions is that difficulties would arise if the holder of a business right did not have his residence in Liechtenstein, and no managing director was appointed to be responsible for complying with the legal provisions applicable to the undertaking. For instance, it would be difficult to achieve cross-border enforcement of penal measures.

SITZUNGSBERICHT in der Rechtssache E-3/98

ANTRAG der Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein an den Gerichtshof gemäss Artikel 34 des Abkommens der EFTA-Staaten über die Errichtung einer EFTA-Überwachungsbehörde und eines EFTA-Gerichtshofs auf Erstellung eines Gutachtens über die Auslegung des EWR-Abkommens in der Beschwerde von

Herbert Rainford-Towning

gegen die Entscheidung der Regierung des Fürstentums Liechtenstein über die Auslegung von Artikel 4, 31ff. und 112 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommens) und Protokoll 15 des EWR-Abkommens.

I. Einleitung

1 Mit Beschluss vom 12. Mai 1998, der am 18. Mai 1998 beim Gerichtshof eingegangen ist, ersuchte die Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein um Erstellung eines Gutachtens über die Auslegung des EWR-Abkommens in der Beschwerde von Herrn Herbert Rainford-Towning (der "Beschwerdeführer") gegen die Entscheidung der Regierung des Fürstentums Liechtenstein.

II. Sachverhalt und Verfahren

2 Mit Antrag vom 13. August 1997 hat die Firma Tradeparts AG mit Sitz in Vaduz, Liechtenstein, ein Gesuch um Erteilung einer Gewerbebewilligung für die "Durchführung von Handels-, Vermittlungs- und Kommissionsgeschäften, die organisatorische Abwicklung von Projektfinanzierungen, die Vermittlung von Finanzgeschäften, den Erwerb von Immobilien und Beteiligungen sowie die Durchführung aller Rechtsgeschäfte, die direkt oder indirekt mit dem Gesellschaftszweck in Verbindung stehen" beim Amt für Volkswirtschaft in Vaduz eingereicht. Als Geschäftsführer wurde Herr Herbert Rainford-Towning mit Wohnsitz in London, Grossbritannien, namhaft gemacht.

3 Das Amt für Volkswirtschaft und im Rechtsmittelzug die Regierung des Fürstentums Liechtenstein lehnten das Gesuch für die Erteilung der Gewerbebewilligung mit Entscheidung vom 16. Dezember 1997 ab. Die Ablehnung gründet sich im wesentlichen darauf, dass Herr Rainford-Towning nicht über einen Wohnsitz in Liechtenstein verfüge. Die Ablehnung stütze sich auf Art. 17 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 6 Abs. 1a des Gewerbegesetzes, LGBl. 1970/21, wonach ein Geschäftsführer über einen aktuellen Wohnsitz im Inland verfügen müsse, um die Funktion eines Geschäftsführers in einer Gesellschaft ausüben zu können.

4 Die *Regierung des Fürstentums Liechtenstein* ist der Ansicht, die besagten Bestimmungen des Gewerbegesetzes seien durchaus EWR-kompatibel, weil sowohl Inländer als auch Ausländer unter diese Bestimmungen fallen. Der Grund für die Bestimmungen bestehe darin, dass sich Schwierigkeiten ergäben, wenn der Gewerberechtsinhaber seinen Wohnsitz nicht in Liechtenstein hätte und kein Geschäftsführer bestellt würde, der für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich wäre. Es wäre z.B. nur schwer möglich, strafrechtliche Verfolgungen über die Grenze hinweg durchzusetzen.

5 On 30 December 1997, the Complainant brought a complaint before the Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein.

6 The *Complainant* is of the opinion that the requirement of residence in Liechtenstein for the managing director does not accord with EEA law. According to the Complainant, the requirement constitutes covert discrimination within the meaning of Article 4 EEA, and restricts the right of establishment conferred by Article 31 EEA in an unacceptable manner. The Complainant is further of the opinion that the exception in Article 33 EEA is unsuitable for justifying a restriction on the right of establishment by means of a residence requirement, since general preventive considerations or economic grounds may not be invoked as grounds under that provision.

7 The *national court*, considering that it was necessary for it to deliver judgment, decided to stay the proceedings and request the EFTA Court for an Advisory Opinion on the interpretation of the relevant parts of the EEA Agreement.

III. Questions

8 The following questions were referred to the EFTA Court:

"1 Is the business law provision in Liechtenstein's national law, to the effect that a managing director of a Liechtenstein legal person must have his residence in the country (the Principality of Liechtenstein), in conformity with the EEA and in particular in conformity with Article 31 et seq. of the Agreement on the European Economic Area dated 2 May 1992 (EEA)?"

2 If the answer to the first question is that the Liechtenstein business law provision of a requirement of residence for a managing director of a Liechtenstein company is not in conformity with the EEA, whether in view of the specific case of Liechtenstein – Protocol 15, safeguard measures in accordance with Article 112 EEA, and the declaration of the EEA Council on the freedom of choice of residence – could the requirement of residence nevertheless be justified with the consequence that the provisions of the Business Law (Article 17, cf. Article 6 paragraph 1a) are in conformity with the EEA?

3 Do the grounds of public policy, public security or public health justify the business law provisions concerning the requirement of residence, either instead of or in addition to the special situation in Liechtenstein or on account of the exceptional provision of Article 33 EEA?"

IV. Legal background

EEA law

9 The questions submitted by the national court concern the interpretation of Articles 4, 31 and 33 EEA.

5 Am 30. Dezember 1997 erhob der Beschwerdeführer Beschwerde an die Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein.

6 Der *Beschwerdeführer* ist der Ansicht, dass das Wohnsitzerfordernis für den Geschäftsführer in Liechtenstein nicht mit dem EWR-Recht vereinbar sei. Laut Beschwerdeführer bildet das Erfordernis eine versteckte Diskriminierung gemäss Artikel 4 EWRA und beschränkt das durch Artikel 31 EWRA gewährleistete Niederlassungsrecht auf unannehmbare Art und Weise. Des weiteren ist der Beschwerdeführer der Ansicht, die Ausnahmegvorschrift des Art. 33 EWRA sei ungeeignet, eine Beschränkung des Niederlassungsrechts mittels Wohnsitzerfordernis zu rechtfertigen, da damit keine generalpräventive Erwägungen oder wirtschaftliche Gründe geltend gemacht werden dürfen.

7 In Erwägung der Notwendigkeit eines Urteil entschied das *liechtensteinische Gericht*, das Verfahren auszusetzen und den EFTA-Gerichtshof um ein Gutachten über die Auslegung der erheblichen Stellen des EWR-Abkommens zu ersuchen.

III. Fragen

8 Dem EFTA-Gerichtshof wurden die folgenden Fragen zu Beantwortung vorgelegt:

"1 Ist die gewerberechtliche Bestimmung im nationalen liechtensteinischen Recht, dass ein Geschäftsführer einer liechtensteinischen juristischen Person seinen Wohnsitz im Inland (Fürstentum Liechtenstein) haben muss, EWR-konform, insbesondere vereinbar mit Art. 31ff. des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2. Mai 1992 (EWRA)?

2 Im Falle der Beantwortung der ersten Frage dahingehend, dass die liechtensteinische gewerberechtliche Bestimmung des Wohnsitzerfordernisses für einen Geschäftsführer einer liechtensteinischen Gesellschaft mit EWR-konform ist, ob unter besonderer Berücksichtigung des Falles Liechtenstein – Protokoll 15, Schutzmassnahmen gemäss Art. 112 EWRA und Erklärung des EWR-Rates zur Freizügigkeit – das Wohnsitzerfordernis nicht doch gerechtfertigt bzw. die gewerberechtlichen Bestimmungen (Art. 17 i.V.m. Art. 6 Abs. 1a) EWR-konform sind?

3 Ob anstatt oder zusätzlich der besonderen Situation Liechtensteins auch oder wegen der Ausnahmegbestimmung des Art. 33 EWRA, Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gewerberechtliche Bestimmungen im Sinne des Wohnsitzerfordernisses rechtfertigen?"

IV. Rechtlicher Hintergrund

EWR-Recht

9 Die vom liechtensteinischen Gericht vorgelegten Fragen betreffen die Auslegung von Artikel 4, 31 und 33 EWR-Abkommen.

10 Article 4 EEA, in Part I, Objectives and Principles, 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.”

11 Article 31 EEA, in Part III, Free Movement of Persons, Services and Capital, Chapter 2, Right of Establishment, reads:

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

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

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

12 Article 33 EEA in the same Chapter reads:

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

Liechtenstein law

13 Article 6, paragraph 1a, of the Liechtenstein Business Law reads as follows:

“The holder of a business right must appoint a managing director, if he has no residence in the country. The managing director must fulfil the personal and professional requirements regarding the operation of the business, have his residence in the country, and be in the position to occupy himself in the business accordingly.”

14 Article 17 of the Liechtenstein Business Law reads as follows:

“1) Legal persons may, like natural persons, be granted business approval, if

...

10 Artikel 4 Artikel, Teil I, Ziele und Grundsätze, lautet:

“Unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Abkommens ist in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.”

11 Artikel 31 Artikel, Teil III, Freizügigkeit, freier Dienstleistungs- und Kapitalverkehr, Kapitel 2, Niederlassungsrecht, lautet:

“1. Im Rahmen dieses Abkommens unterliegt die freie Niederlassung von Staatsangehörigen eines EG-Mitgliedstaats oder eines EFTA-Staates im Hoheitsgebiet eines dieser Staaten keinen Beschränkungen. Das gilt gleichermaßen für die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines EG-Mitgliedstaats oder eines EFTA-Staats, die im Hoheitsgebiet eines dieser Staaten ansässig sind.

Vorbehaltlich des Kapitels 4 umfaßt die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Artikels 34 Absatz 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen.

2. Die besonderen Bestimmungen über das Niederlassungsrecht sind in den Anhängen VIII bis XI enthalten.”

12 Artikel 33 EEA im selben Kapitel lautet:

“Dieses Kapitel und die aufgrund desselben getroffenen Maßnahmen beeinträchtigen nicht die Anwendbarkeit der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die eine besondere Regelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind.”

Liechtensteinisches Recht

13 Artikel 6, Absatz 1a, des liechtensteinischen Gewerbegesetzes lautet wie folgt:

“Der Gewerberechtsinhaber hat einen Geschäftsführer zu bestellen, wenn er keinen Wohnsitz im Inland hat. Der Geschäftsführer muss den für die Ausübung des Gewerbes vorgeschriebenen persönlichen und fachlichen Voraussetzungen entsprechen, seinen Wohnsitz im Inland haben und in der Lage sein, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen.”

14 Artikel 17 des liechtensteinischen Gewerbegesetzes lautet wie folgt:

“1) Juristischen Personen können gleich natürlichen Personen Gewerbebewilligungen erteilt werden, wenn

...

- b they demonstrate that they have one or more managing directors, who fulfil the general and special requirements for natural persons in this Law, for the commencement of the business concerned, have a right of signature entered in the Register of Companies, and are active on a full-time basis in the company;
 - c at least one person entrusted with such management is resident in Liechtenstein, who has Liechtenstein nationality or nationality of a signatory State to the Agreement on the European Economic Area;
- ... "

V. Written Observations

15 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:

- Mr Herbert Rainford-Towning, Complainant, represented by Counsel Mr Alexander Ospelt;
- The Government of the Principality of Liechtenstein, represented by Counsel Christoph Büchel, acting as Agent, and Dr. Frank Montag;
- the Government of Norway, represented by Mr Aasmund Rygnestad, Head of Division, Royal Ministry of Foreign Affairs, acting as Agent;
- the EFTA Surveillance Authority, represented by Ms Anne-Lise H. Rolland, Officer, Legal & Executive Affairs, acting as Agent;
- the Commission of the European Communities, represented by Ms Christina Tufvesson and Ms Maria Patakia, both members of its Legal Service, acting as Agents.

Observations concerning the status as party before the national court

16 In the written observations of the Complainant, the following is stated:

“It is placed on record at the outset that, formally, the Complainant, in the context of the proceedings before the Administrative Court, is not the company Tradeparts AG with its registered office in Vaduz, but Mr. Herbert Rainford-Towning In contrast, the Advisory Opinion proceedings before the EFTA Court were clearly filed in the name of the company Tradeparts AG. Of course the company Tradeparts has a legal interest in whether the Complainant can take on the post of managing director. The facts of the case and the legal considerations can thus be dealt with both from the point of view of the Complainant Herbert Rainford-Towning and from the point of view of the company Tradeparts AG”

17 Based on this information and further information obtained from the Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein, the Court finds it appropriate, for the purposes of the Advisory Opinion procedure, to consider Mr Herbert Rainford-Towning, and not the company Tradeparts AG as was initially done, as Complainant in the proceedings before the national court.

- b Sie einen oder mehrere Geschäftsführer nachweisen, welche die für natürliche Personen verlangten allgemeinen und besonderen Voraussetzungen dieses Gesetzes für den Antritt des betreffenden Gewerbes erfüllen, im Handelsregister eingetragenes Zeichnungsrecht haben und hauptberuflich im Unternehmen tätig sind;
 - c Mindestens eine mit der Verwaltung betraute Person in Liechtenstein wohnhaft ist, die liechtensteinische Staatsangehörigkeit oder die Staatsangehörigkeit eines Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum besitzt;
- ...

V. Schriftliche Erklärungen

15 Schriftliche Erklärungen gemäss Artikel 20 der Satzungen des EFTA-Gerichtshofs und Artikel 97 der Verfahrensordnung sind eingegangen von:

- Herrn Herbert Rainford-Towning, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Alexander Ospelt;
- der Regierung des Fürstentums Liechtenstein, vertreten durch lic.iur. Christoph Büchel, Leiter der Stabsstelle EWR der Regierung des Fürstentums Liechtenstein, als Beauftragter, und Rechtsanwalt Dr. Frank Montag;
- der norwegischen Regierung, vertreten durch Herrn Aasmund Rygnestad, Bereichsleiter, Königliches Aussenministerium, als Beauftragter;
- der EFTA-Überwachungsbehörde, vertreten durch Frau Anne-Lise H. Rolland, Handlungsbevollmächtigte, Rechtliche & Exekutive Angelegenheiten, als Beauftragte;
- der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch Frau Christina Tufvesson und Frau Maria Patakia, Mitglieder des Rechtsdienstes, als Beauftragte.

Erklärungen betreffend der Stellung als Partei vor dem nationalen Gericht

16 In den schriftlichen Erklärungen des Beschwerdeführers wird folgendes ausgeführt:

“Vorweg ist festzuhalten, dass formal der Beschwerdeführer im Rahmen des Verfahrens vor der Verwaltungsbeschwerdeinstanz nicht die Firma Tradeparts AG mit Sitz in Vaduz, sondern Herr Herbert Rainford-Towning [...] ist. Im Gegensatz dazu ist das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EFTA-Gerichtshof offenbar unter dem Namen der Firma Tradeparts AG registriert worden. Selbstverständlich hat die Firma Tradeparts ein rechtliches Interesse daran, dass der Beschwerdeführer die Funktion des Geschäftsführers übernehmen kann. Der Sachverhalt und die rechtlichen Erwägungen können somit aus Sicht der Firma Tradeparts AG [...] vorgenommen werden.”

17 Aufgrund dieser Information und weiterer bei der Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentum Liechtensteins eingeholten Informationen hält es der Gerichtshof für die Belange des Vorabentscheidungsverfahrens angemessen, Herrn Herbert Rainford-Towning und nicht wie ursprünglich angenommen die Firma Tradeparts AG als Beschwerdeführer im Verfahren vor dem nationalen Gericht zu betrachten.

The first question

The Complainant

18 The Complainant submits that the first question should be solved on the basis of Articles 4 and 31 EEA, and that those provisions, according to Article 6 EEA, should be interpreted in the light of the case law of the Court of Justice of the European Communities ("ECJ") concerning Articles 6 and 52 of the EC Treaty ("EC").

19 It follows from the case law of the ECJ that Article 4 EEA must be interpreted as not only prohibiting overt discrimination on the grounds of nationality, but also all covert forms of discrimination which actually lead, by the use of other distinctions than nationality, to the same result.¹ In its judgment in the *Clean Car*² case, paragraph 29, the ECJ recently held that where national statutory provisions provide for a distinction based on the criterion of residence, a danger exists that it will result principally in a disadvantage to nationals of other States, since non-residents are mostly foreigners. The requirement of residence was thus recognized in that case as covert discrimination, and the same applies in the present case.

20 The interpretation of the right of establishment provided for by Article 31 EEA, in the sense of a prohibition on restrictions, emerges in particular from the most recent judgments of the ECJ concerning the corresponding EC Treaty provision.³

21 Under this prohibition on restrictions, restrictions are to be understood in particular as covert or indirect discrimination within the meaning of Article 4 EEA, as represented above. Such restrictions are only compatible with the EEA Agreement if they deal with urgent grounds of general interest and are proportionate to the aim pursued.

22 In the opinion of the Complainant, it is not clear which general interest is served in the present case by the requirement of residence.

23 The argument by the Government of the Principality of Liechtenstein, *viz.* that the requirement is justified because a managing director must be in a position to be involved in the business as a regular occupation and thus to play an actual rather than merely a formal role there, does not in itself provide a legitimate basis for a requirement of residence. Mr Rainford-Towning intends to play an active role in the operation of the company but, given the nature of the activities involved, namely financial services with all of Europe as its market, it is neither necessary nor appropriate for him to be physically present at the office in Liechtenstein at all times. The aim of ensuring that the management function is carried out not only in a formal manner but also in fact would be better taken care of if an investigation were made in each case

¹ Case 152/73 *Sotgiu v Deutsche Bundespost* [1974] ECR 153; Case C-3/88 *Commission v Italy* [1989] ECR 4035.

² Case C-350/96 *Clean Car Autoservice GmbH v Landeshauptmann von Wien*, judgment of 7 May 1998, not yet reported ("*Clean Car*").

³ Case C-340/89 *Vlassopoulou* [1991] ECR I-2357; Case C-19/92 *Kraus v Land Baden-Württemberg* [1993] ECR I-1663; Case C-55/94 *Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] ECR I-4165.

*Die erste Frage***Der Beschwerdeführer**

18 Der Beschwerdeführer beantragt, dass die erste Frage auf der Grundlage von Artikel 4 und 31 EWRA gelöst und dass diese Bestimmungen gemäss Artikel 6 EWRA im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zu Artikel 6 und 52 des EG-Vertrags (EGV) ausgelegt werden sollten.

19 Aus der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich, dass Artikel 4 EWRA dahingehend ausgelegt werden muss, dass er nicht nur offene Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit verbietet, sondern auch sämtliche versteckte Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale als die der Staatsangehörigkeit tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen.¹ In seinem Urteil in der Rechtssache *Clean Car*² hat der EuGH in Rz. 29 neuerlich festgestellt, dass bei einer nationalen Rechtsvorschrift, die eine Unterscheidung aufgrund des Kriteriums des Wohnsitzes vorsieht, die Gefahr besteht, dass sie sich hauptsächlich zum Nachteil der Angehörigen anderer Mitgliedstaaten auswirkt, da Gebietsfremde meist Ausländer sind. Das Wohnsitzerfordernis wurde in dieser Rechtssache als versteckte Diskriminierung identifiziert. Diese Auslegung ist auch im vorliegenden Fall zutreffend.

20 Die Auslegung des in Artikel 31 EWRA vorgesehenen Niederlassungsrechts ergibt sich insbesondere aus der neuesten Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich der einschlägigen Bestimmung des EG-Vertrags.³

21 Als Beschränkungen im Sinne dieses Beschränkungsverbotes sind dabei insbesondere versteckte oder mittelbare Diskriminierungen im Sinne des Art. 4 EWRA wie oben dargestellt zu verstehen. Diese Beschränkungen sind nur dann mit dem EWR-Abkommen vereinbar, wenn sie zwingende Gründe des Allgemeininteresses zum Gegenstand haben und verhältnismässig sind.

22 Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, es sei nicht erkennbar, welche Allgemeininteressen im vorliegenden Fall mit dem Wohnsitzerfordernis verfolgt würden.

23 Das Argument der Regierung des Fürstentums Liechtenstein, dass das Erfordernis des Wohnsitzes in Liechtenstein dadurch gerechtfertigt sei, dass ein Geschäftsführer in der Lage sein muss, sich hauptberuflich im Betrieb zu betätigen und er dort also eine tatsächliche und nicht nur eine formale Rolle spielt, stellt für sich alleine keinen legitimen Zweck für ein Wohnsitzerfordernis dar. Herr Rainford-Towning beabsichtigt, im Betrieb der Gesellschaft eine aktive Rolle zu spielen; indes liegt es im Wesen der Geschäftstätigkeit – der Erbringung finanzieller Dienstleistungen auf dem gesamteuropäischen Markt –, dass es weder erforderlich noch angemessen wäre, wenn der Beschwerdeführer die ganze Zeit persönlich in seinem Liechtensteiner Büro anwesend wäre. Das Ziel zu gewährleisten, dass die Geschäftsführerfunktion nicht nur in formaler, sondern in tatsächlicher Hinsicht ausgeführt wird, würde eher erreicht, wenn geprüft würde, ob der jeweilige Antragsteller unabhängig von seinem

¹ EuGH C-152/73 *Sotgiu J. Deutsche Bundespost*, Slg. 1974, 153; EuGH C-3/88 *Commission J. Italy*, Slg. 1989, 4035.

² EuGH C-350/96 *Clean Car Autoservice GmbH J. Landeshauptmann von Wien*, Urteil vom 7. Mai 1998, noch nicht veröffentlicht.

³ EuGH C-340/89 *Vlassopoulou*, Slg. 1991, I-2357; C-19/92 *Kraus J. Land Baden-Württemberg*, Slg. 1993, I-1663; C-55/94 *Gebhard J. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, Slg. 1995, I-4165.

to ascertain whether the prospective applicant intended, independently of his residence in the country or abroad, to undertake this task simply formally or in actual fact. The residency requirement is not suitable to ensure the achievement of this purpose, however.

24 With respect to the stated problem of serving any possible writ or penalty, reference is made to the judgment of the ECJ in *Clean Car*,⁴ paragraph 36, which states that any such difficulties can be solved by less restrictive means. In the case of Liechtenstein, it should also be noted that the said purpose is already protected by the requirement of a board of directors resident in the Principality of Liechtenstein.

25 It should also be noted that all other requirements of the Liechtenstein Business Law can be complied with by the intended managing director, regardless of whether he has his residence in that country or abroad.

26 The Complainant proposes the following answer to the first question:

“On the basis of the above explanations, the answer to the first question is that the business approval in the national law of Liechtenstein, whereby a managing director of a Liechtenstein legal person must have his residence in the country, is contrary to Article 31 et seq. EEA.”

The Government of the Principality of Liechtenstein

27 The Government of the Principality of Liechtenstein is of the view that the Complainant is to be regarded as a self-employed person falling within the scope of application of Article 31 EEA and not as a worker under Article 28 EEA and cites case law from the ECJ to support that proposition.⁵ However, regardless of which provision the case will fall under, the analysis will be the same, as both provisions concern discrimination on grounds of nationality.⁶

28 The Government of the Principality of Liechtenstein argues that the residence requirement in Articles 17(1)(b) and 6(1)(a) of the Liechtenstein Business Law does not constitute overt or covert discrimination prohibited by Article 31 EEA.

29 As regards overt discrimination, the Government of the Principality of Liechtenstein argues that the provisions of the Liechtenstein Business Law that require the managing director of a Liechtenstein legal person to have his residence in Liechtenstein apply equally to Liechtenstein nationals and to other EEA citizens. Neither Liechtenstein nationals nor other EEA nationals may be managing directors of Liechtenstein legal persons without having their residence in Liechtenstein.

30 As regards covert discrimination, the Government of the Principality of Liechtenstein notes the case law of the ECJ regarding Article 52 EC, which prohibits not only overt discrimination but also all forms of discrimination which, by the application of other criteria of

⁴ See footnote 2.

⁵ Case 66/85 *Lawrie Blum* [1986] ECR 2121, at para. 17; Opinion of the Advocate General in Case C-107/94 *Asscher* [1996] ECR I-3089, at para. 28 (“*Asscher*”).

⁶ *Asscher*, at para. 29; Case C-106/91 *Ramrath* [1992] ECR I-3351, at para. 17.

Wohnsitz im In- oder Ausland diese Tätigkeit lediglich formal oder in tatsächlicher Hinsicht zu übernehmen beabsichtigt. Die Wohnsitzerfordernis ist jedoch nicht geeignet, die Erreichung dieses Zweckes zu gewährleisten.

24 Hinsichtlich der geltend gemachten Probleme, allfällige Verfügungen oder Strafen zuzustellen, ist im Einklang mit der Entscheidung *Clean Car*,⁴ Rz. 36, darauf hinzuweisen, dass derartige Schwierigkeit mit weniger einschränkenden Mitteln gelöst werden können. Im Falle von Liechtenstein ist auch zu bemerken, dass besagter Zweck bereits durch das Erfordernis eines Verwaltungsrats mit Sitz im Fürstentum Liechtenstein geschützt ist.

25 Festzuhalten bleibt, dass sämtliche weiteren Bestimmungen des liechtensteinischen Gewerbegesetzes vom vorgesehene Geschäftsführer beachtet werden können, unabhängig davon, ob er seinen Wohnsitz im In- oder Ausland hat.

26 Der Beschwerdeführer schlägt auf die erste Frage folgende Antwort vor:

„Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist auf die erste Frage zu antworten, dass die gewerberechtliche Bestimmung im nationalen liechtensteinischen Recht, wonach ein Geschäftsführer einer liechtensteinischen juristischen Person seinen Wohnsitz im Inland haben muss, gegen Art. 31ff. EWRA verstösst.“

Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein

27 Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein ist der Ansicht, dass der Beschwerdeführer als selbständig erwerbstätig im Sinne von Artikel 31 EWRA und nicht als Arbeitnehmer gemäss Artikel 28 EWRA zu betrachten sei. Zur Bekräftigung dieser Ansicht nimmt sie Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH.⁵ Allerdings wird die Analyse unbeschadet, ob der Fall unter die eine oder die andere Bestimmung fällt, gleich ausfallen, weil beide Bestimmungen die Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit betreffen.⁶

28 Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein bringt vor, dass das Wohnsitzerfordernis in Artikel 17 Absatz 1 lit. b i.V.m. Artikel 6 Absatz 1a des liechtensteinischen Gewerberechts keine gemäss Artikel 31 EWRA verbotene offene oder versteckte Diskriminierung darstellt.

29 Was die offene Diskriminierung betrifft, führt die Regierung des Fürstentums Liechtenstein an, dass die Bestimmungen des liechtensteinischen Gewerberechts, gemäss denen der Geschäftsführer einer liechtensteinischen juristischen Person in Liechtenstein Wohnsitz haben muss, für liechtensteinische Staatsangehörige und für Bürger anderer EWR-Staaten gleichermaßen gilt. Weder liechtensteinische Staatsangehörige noch Angehörige anderer EWR-Staaten dürfen als Geschäftsführer einer liechtensteinischen juristischen Person fungieren, ohne ihren Wohnsitz in Liechtenstein zu haben.

30 Was die versteckte Diskriminierung betrifft, verweist die Regierung des Fürstentums Liechtenstein auf die Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich Artikel 52 EGV, die nicht nur offene Diskriminierung untersagt, sondern auch jede Form versteckter Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale als die der Staatsangehörigkeit tatsächlich zu dem

⁴ S. Fussnote 2.

⁵ EuGH 66/85 *Lawrie Blum*, Slg. 1986, 2121, Rz. 17; Begründung des Generalanwalts in EuGH C-107/94 *Asscher*, Slg. 1996, I-3089, Rz. 28 (*Asscher*“).

⁶ *Asscher*, Rz. 29; EuGH C-106/91 *Ramrath*, Slg. 1992, I-3351, Rz. 17

differentiation, lead in fact to the same result.⁷ While it is true that the ECJ has held that national rules under which a distinction is drawn on the basis of residence are likely to operate mainly to the detriment of nationals of other Member States,⁸ and that a residence requirement can constitute covert discrimination contrary to Article 48 EC,⁹ it has also clearly pointed out that a residence requirement may be non-discriminatory if it is in proportion to a legitimate objective and is applicable without distinction based on nationality.¹⁰

31 Moreover, in the view of the Government of the Principality of Liechtenstein, the case law of the ECJ on Article 52 EC is not directly relevant to the interpretation of Article 31 EEA, Article 6 EEA notwithstanding, as the scope of the two provisions is different due to fundamental differences in the Community legal order and EEA law. These differences have been discussed and elaborated on at length by the ECJ¹¹ and subsequently reinforced by the EFTA Court.¹² The EEA is a traditional international agreement entailing no transfer of sovereign rights on the part of the Contracting Parties aiming at an improved free trade area but not a customs union with a uniform trade policy. It would thus be erroneous to interpret Article 31 EEA simply by drawing analogies with Article 52 EC. Article 31 EEA is to be interpreted in the light and context of the EEA Agreement alone.

32 The Government of the Principality of Liechtenstein makes reference to Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which states that treaties are to be interpreted in good faith and in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in its context and in the light of its objects and purpose. Consequently, it follows from the lesser ambitions of the EEA, *viz.* strengthening of trade and economic relations, that the furtherance of the freedom of establishment cannot require a total liberalization of the markets or the elimination of all restrictions on that freedom. The EEA is not intended to be an area without internal borders, so differences in economic conditions between EEA States may continue to exist. Moreover, economic relations between EEA States may be strengthened by eliminating only a selection of the restrictions on trade. In fact, Liechtenstein has made substantial amendments to its laws in general since it acceded to the EEA Agreement so as to comply with its obligations. Further amendments to its laws, in particular the Liechtenstein Business Law, would go beyond what is contemplated by the EEA Agreement.

⁷ Case 152/73 *Sotgiu v Deutsche Bundespost* [1974] ECR 153, at para. 11; Case C-3/88 *Commission v Italian Republic* [1989] ECR 4035, at para. 8; Case C-266/95 *Merino Garcia v Bundesanstalt für Arbeit* [1997] ECR I-3279, at para. 33.

⁸ *Finanzamt Köln-Altstadt v Schumacker* [1995] ECR I-225, at para. 28; Case C-221/89 *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame* [1991] ECR I-3905, at para. 32.

⁹ See *Clean Car*, footnote 2, at para. 30.

¹⁰ *Clean Car*, footnote 2, at para. 31; Case C-15/96 *Schöning/Kougebetopoulou v Freie und Hansestadt Hamburg* [1998] ECR I-47, at para. 21.

¹¹ Opinion 1/91 [1991] ECR I-6079; Opinion 1/92 [1992] ECR I-2821.

¹² Case E-2/97 *Maglite Instrument Inc. v California Trading Company Norway, Ulsteen* [1997] EFTA Court Report 127.

gleichen Ergebnis führt.⁷ Während es zutrifft, dass der EuGH festgehalten hat, dass die nationalen Regeln, gemäss denen eine Unterscheidung aufgrund des Wohnsitzes getroffen wird, dazu angetan sind, sich hauptsächlich zum Nachteil der Angehörigen anderer Mitgliedstaaten auswirken,⁸ und dass ein Wohnsitzerfordernis eine offene Diskriminierung in Verletzung von Artikel 48 EGV darstellen kann,⁹ so hat er auch darauf hingewiesen, dass ein Wohnsitzerfordernis keine Diskriminierung darstelle, wenn es in einem angemessenen Verhältnis mit einem legitimen Zweck stehe, und ohne Unterscheidung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar sei.¹⁰

31 Darüber hinaus besitzt die Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich Artikel 52 EGV nach Ansicht der Regierung des Fürstentums Liechtenstein ungeachtet Artikel 6 EWR keine direkte Relevanz für die Auslegung von Artikel 31 EWRA, da die zwei Bestimmungen aufgrund grundlegender Unterschiede zwischen der Rechtsordnung der Gemeinschaft und dem EWR-Recht verschiedenartige Geltungsbereiche haben. Diese Unterschiede sind vom EuGH ausführlich erörtert und ausgearbeitet¹¹ und später vom EFTA-Gerichtshof bekräftigt worden.¹² Der EWR ist ein herkömmliches internationales Abkommen ohne Übertragung von Hoheitsrechten seitens der Vertragsparteien und mit dem Ziel, eine verbesserte Freihandelszone zu schaffen. Er ist jedoch keine Zollunion mit einer einheitlichen Handelspolitik. Es wäre deshalb verfehlt, eine Analogie mit Artikel 52 EGV herzustellen. Artikel 31 EWR ist ausschliesslich im Licht und im Kontext des EWR-Abkommens auszulegen.

32 Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein nimmt Bezug auf Artikel 31 der Wiener Völkerrechtskonvention, die besagt, dass Staatsverträge in gutem Glauben und in Übereinstimmung mit den ordentlichen Bedeutungen auszulegen sind, die den Begriffen des Vertrags in seinem Kontext und im Lichte seines Ziels und Zwecks zugeordnet werden. Es lässt sich deshalb aus den weniger wichtigen Bestrebungen des EWR, nämlich der Stärkung von Handels- und Wirtschaftsbeziehungen, ableiten, dass die Förderung der Niederlassungsfreiheit nicht nach der totalen Liberalisierung der Märkte oder der Aufhebung sämtlicher Einschränkungen dieser Freiheit erfordern kann. Es ist nicht beabsichtigt, dass der EWR ein Raum ohne interne Grenzen sein soll, also können in verschiedenen EWR-Staaten weiterhin verschiedene wirtschaftliche Bedingungen herrschen. Darüber hinaus können die Wirtschaftsbeziehungen zwischen EWR-Staaten gestärkt werden, indem lediglich eine Auswahl der Handelsbeschränkungen aufgehoben wird. Tatsächlich hat Liechtenstein seit seinem Beitritt zum EWR-Abkommen beträchtliche allgemeine Gesetzesänderungen vorgenommen, um den entsprechenden Verpflichtungen nachzukommen. Weitere Gesetzesänderungen, namentlich am Liechtensteiner Gewerberecht, gingen über das vom EWR-Abkommen Vorgesehene hinaus.

⁷ EuGH 152/73 *Sotgiu* ./ *Deutsche Bundespost*, Slg. 1974, 153, Rz. 11; EuGH C-3-88 *Kommission* ./ *Republik Italien*, Slg. 1989, 4035, Rz. 8; EuGH C-266/95 *Merino Garcia* ./ *Bundesanstalt für Arbeit*, Slg. 1997, I-3279, Rz. 33.

⁸ *Finanzamt Köln-Altstadt* ./ *Schumacker*, Slg. 1995, I-225, Rz. 28; EuGH C-221/89 *The Queen* ./ *Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, Slg. 1991, I-3905, Rz. 32.

⁹ *S. Clean Car*, Fussnote 2, Rz. 30.

¹⁰ *Clean Car*, Fussnote 2, Rz. 31; EuGH C-15/96 *Schöning/Kougebetopoulou* ./ *Freie und Hansestadt Hamburg*, Slg. 1998, I-47, Rz. 21.

¹¹ Begründung I/91, Slg. 1991, I-6079; Begründung I/92, Slg. 1992, I-2821.

¹² E-2/97 *Maglite Instrument Inc.* ./ *California Trading Company Norway, Ulsteen* [1997], EFTA Court Report 127.

33 Alternatively, the Government of the Principality of Liechtenstein submits that, if the residence requirement is found to be contrary to Article 31 EEA, it is justified by objective considerations independent of the nationality of the persons concerned, which the ECJ has recognized as being in conformity with EC law.¹³ The purpose of the residence requirement is to ensure a means of bringing criminal prosecutions, in particular the enforcement of penal administrative orders or judgments against a managing director. It serves the public interest of Liechtenstein. Advocate Fennelly in the *Clean Car*¹⁴ case endorsed such mandatory requirements and, even though he was not followed by the ECJ on this point, the reasoning of the ECJ is not applicable to the present case.

34 There are a number of important reasons for maintaining the residence requirement. First of all, there is no treaty between the Principality of Liechtenstein and the United Kingdom governing the recognition and enforcement of judgments, as there was in the *Clean Car*¹⁵ case. Secondly, under Liechtenstein law, there are different regimes of legal liability for managing directors and administrative councils, or *Verwaltungsrat*, of legal persons. The former may be held liable only for the damage incurred by the company or third persons due to a breach of his duties, whilst the latter may be held liable for the unsound administration of the company as well as its mismanagement. Consequently, enforcement against one does not ensure enforcement of the other, whence the necessity of also requiring the managing director to have his residence in Liechtenstein. Thirdly, the residence requirement ensures that the managing director will involve himself in the business to the extent appropriate to his position in the company. Lastly, the residence requirement seeks to ensure that the business activities of the company are actually carried out in the Principality of Liechtenstein.

35 The Government of the Principality of Liechtenstein submits that the first question should be answered as follows:

“Article 31 of the EEA Agreement does not preclude a Member State from providing that a managing director of a legal person carrying on a business on the territory of that State must have his residence there.”

The Government of Norway

36 The Government of Norway makes reference to Articles 4 and 31 EEA

37 According to the Government of Norway, the relevant case law of the ECJ makes it clear that Article 6 EC, which corresponds to Article 4 EEA, not only prohibits discrimination on the basis of nationality, but also any form of covert discriminatory treatment brought about by the formal use of criteria other than nationality, where the actual result is the same.

¹³ *Clean Car*, footnote 2, at para. 31.

¹⁴ See footnote 2.

¹⁵ See footnote 2.

33 Andererseits macht die Regierung des Fürstentums Liechtenstein geltend, dass, falls das Wohnsitzerfordernis als im Widerspruch zu Artikel 31 EWRA befunden werden sollte, es durch objektive, von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer unabhängige Erwägungen, die vom EuGH als mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar erkannt wurden, trotzdem gerechtfertigt ist.¹³ Der Zweck des Wohnsitzerfordernisses besteht darin, die Durchführung strafrechtlicher Verfolgungen und insbesondere die Vollstreckung administrativer Strafverfügungen und -urteile gegen einen Geschäftsführer sicherzustellen. Es dient dem öffentlichen Interesse Liechtensteins. Generalanwalt Fennelly unterstützte in der Rechtssache *Clean Car*¹⁴ derartige zwingende Erfordernisse. Auch wenn ihm der EuGH in diesem Punkt nicht gefolgt ist, sind die Schlussfolgerungen des EuGH auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar.

34 Zur Aufrechterhaltung des Wohnsitzerfordernisses gibt es eine Reihe triftiger Gründe. Vorab besteht zwischen dem Fürstentum Liechtenstein und Grossbritannien kein Abkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen, wie dies in der Rechtssache *Clean Car*¹⁵ der Fall war. Zweitens bestehen im liechtensteinischen Recht verschiedene Regelungen für die Haftung von Geschäftsführern und Verwaltungsräten juristischer Personen. Geschäftsführer können nur für Verluste haftbar gemacht werden, die sich der Gesellschaft oder Dritten aus der Nichterfüllung seiner Pflichten erwachsen, während Verwaltungsräte sowohl für die unsolide Verwaltung der Gesellschaft als auch für die schlechte Geschäftsführung haftbar gemacht werden können. Folglich stellt die Vollstreckung gegenüber dem einen die Vollstreckung gegenüber dem anderen nicht sicher, woraus sich die Notwendigkeit ergibt, dass auch der Geschäftsführer seinen Wohnsitz in Liechtenstein haben muss. Drittens versichert das Wohnsitzerfordernis, dass sich der Geschäftsführer im Geschäftsbetrieb in einem Umfang einsetzt, der seiner Stellung in der Gesellschaft entspricht. Schliesslich versucht das Wohnsitzerfordernis sicherzustellen, dass die Geschäftstätigkeiten der Gesellschaft tatsächlich im Fürstentum Liechtenstein ausgeführt werden.

35 Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein schlägt auf die erste Frage folgende Antwort vor:

„Artikel 31 des EWR-Abkommens schliesst nicht aus, dass ein Mitgliedstaat vorsehen kann, dass der Geschäftsführer einer juristischen Person, die auf dem Hoheitsgebiet dieses Staates einen Geschäftsbetrieb ausführt, seinen Wohnsitz dort haben muss.“

Die norwegische Regierung

36 Die norwegische Regierung nimmt auf Artikel 4 und 31 EWRA Bezug.

37 Gemäss der norwegische Regierung macht die einschlägige Rechtsprechung des EuGH klar, dass Artikel 6 EGV, welcher Artikel 4 EWRA entspricht, nicht nur die Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit untersagt, sondern auch jede Form versteckter Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale als die der Staatsangehörigkeit tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führt.

¹³ *Clean Car*, Fussnote 2, Rz. 31.

¹⁴ S. Fussnote 2.

¹⁵ S. Fussnote 2.

38 Reference is further made to Annex VIII, item 2, to the EEA Agreement, by virtue of which the General Programme of the Council of the European Communities for the abolition of restrictions on freedom of establishment (dated 18 December 1961) has been made part of the EEA Agreement. Part III B of the Programme makes it clear that the principles of non-discrimination also affect provisions which do not formally discriminate against foreign nationals, but which in practice exclusively or primarily restrict the freedom of foreign nationals to pursue professional activities.

39 According to the Government of Norway, it follows from the judgment of the ECJ in *Factortame*¹⁶ that it is contrary to Community law, and particularly Article 52 EC (which corresponds to Article 31 EEA), to have in place requirements regarding citizenship and residence in a State, but that Community law does not preclude the requirement that decisions concerning a fishing vessel's operation and use are to be taken within the territory of the State.

40 It is also assumed that there are, in practice, few forms of residence requirement that are not designed to discriminate or that do not function in this way.

41 The Government of Norway also mentions that the Norwegian Companies Act of 4 June 1976 requires the managing director and at least half the members of the board to be resident in Norway and to have lived in Norway for the previous two years. It was considered necessary to amend that provision in connection with the entry into force of the EEA Agreement, due to Articles 4 and 31 EEA, and the provision now contains a general exemption for nationals of EEA States who are resident in an EEA State. The residence requirement is based on considerations of jurisdiction and enforcement and is not aimed at favouring Norwegian nationals. Nevertheless, and with reference to *inter alia* the Lugano Convention, it was considered that this was not in itself sufficient to maintain the residence requirement for nationals of other EEA States.

42 Based on the above, it is, in the view of the Government of Norway, difficult to see that the requirement in Liechtenstein's national legislation that the managing director must reside in Liechtenstein is in accordance with Articles 4 and 31 EEA.

43 The Government of Norway proposes the following answer to the first question:

"The requirement in Liechtenstein's national legislation that a managing director of a Liechtenstein legal person must have his residence in the Principality of Liechtenstein is not in accordance with Articles 4 and 31 of the EEA Agreement."

The EFTA Surveillance Authority

44 According to the EFTA Surveillance Authority, the ECJ has consistently held that the rules of equal treatment prohibit not only overt discrimination based on nationality, but also all covert forms of discrimination which, through the application of other distinguishing criteria, achieve in practice the same result.¹⁷ The ECJ has furthermore held that national rules under which a distinction is drawn on the basis of residence are likely to operate mainly to the detriment of nationals of other Member States, as non-residents in the majority of cases are foreigners.¹⁸ The EFTA Surveillance Authority also notes that the ECJ has mentioned that the General

¹⁶ Case C-221/89 *Factortame and Others* [1991] ECR I-3905.

¹⁷ Case C-3/88 *Commission v Italy* [1989] ECR 4035, paragraphs 8 and 9; Case 22/80 *Boussac v Gerstenmeier* [1980] ECR 3427, paragraph 9.

¹⁸ Case C-279/93 *Schumacker* [1995] ECR I-225, paragraph 28.

38 Des weiteren wird Bezug genommen auf Anhang VIII, Punkt 2, des EWR-Abkommens, wodurch das Allgemeine Programm des Europarats zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit vom 18. Dezember 1961 als Teil des EWR-Abkommens aufgenommen wurde. Teil III B des Programms macht klar, dass die Grundsätze der Nichtdiskriminierung auch Auswirkungen auf Bestimmungen haben, die keine formale Diskriminierung ausländischer Staatsangehöriger darstellen, jedoch in der Praxis ausschliesslich oder in erster Linie die Freiheit ausländischer Staatsangehöriger zur Verfolgung der Berufstätigkeit einschränken.

39 Laut der norwegischen Regierung legt das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Factortame*¹⁶ den Schluss nahe, dass es gegen das Gemeinschaftsrecht und insbesondere gegen Artikel 52 EGV (welcher Artikel 31 EWRA entspricht) verstösst. Erfordernisse bezüglich Bürgerrecht und Wohnsitz in einem Staat festzuhalten, dass das Gemeinschaftsrecht jedoch das Erfordernis nicht ausschliesst, wonach Entscheidungen bezüglich Betrieb und Verwendung eines Fischereifahrzeugs innerhalb des Territoriums eines Staates zu fassen seien.

40 Es wird ebenfalls angenommen, dass es in der Praxis wenige Formen des Wohnsitzerfordernisses gibt, die nicht zum Zweck der Diskriminierung geschaffen wurden oder sich diskriminierend auswirken.

41 Die norwegische Regierung erwähnt des weiteren, dass das norwegische Gesellschaftsgesetz vom 4. Juni 1976 stipuliert, dass der Geschäftsführer und mindestens die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungsrats in Norwegen Wohnsitz haben und seit zwei Jahren in Norwegen wohnhaft gewesen sind. Es wurde als notwendig erachtet, diese Bestimmung im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des EWR-Abkommens aufgrund von Artikel 4 und 31 EWR abzuändern. In die Bestimmung enthält nun eine allgemeine Ausnahmeklausel für Staatsangehörige von EWR-Staaten mit Wohnsitz in einem EWR-Staat. Das Wohnsitzerfordernis stützt sich auf Erwägungen hinsichtlich Gerichtshoheit und Vollstreckbarkeit und zielt nicht auf die Begünstigung norwegischer Staatsangehöriger ab. Trotzdem – und mit Bezug u.a. auf die Konvention von Lugano – wurde erwogen, dass dies an sich nicht einen ausreichenden Grund zur Beibehaltung des Wohnsitzerfordernisses für Staatsangehörige anderer EWR-Staaten darstelle.

42 Aufgrund dieser Ausführungen ist es nach Ansicht der Regierung von Norwegen schwierig zu sehen, dass das im nationalen liechtensteinischen Recht vorgesehene Erfordernis, wonach der Geschäftsführer im Inland wohnhaft zu sein habe, mit Artikel 4 und 31 EWRA in Übereinstimmung steht.

43 Die norwegische Regierung schlägt auf die erste Frage folgende Antwort vor:

“Das im nationalen liechtensteinischen Recht vorgesehene Erfordernis, wonach der Geschäftsführer einer liechtensteinischen juristischen Person im Fürstentum Liechtenstein wohnhaft zu sein habe, ist nicht in Übereinstimmung mit Artikel 4 und 31 EWRA.”

Die EFTA-Überwachungsbehörde

44 Gemäss der EFTA-Überwachungsbehörde hat der EuGH konsequent entschieden, dass die Regeln der Gleichbehandlung nicht nur die offene Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit untersagen, sondern auch jede Form versteckter Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale als die der Staatsangehörigkeit tatsächlich zu

¹⁶ EuGH C-221/89 *Factortame and Others*, Slg. 1991, I-3905.

Programme for the Abolition of restrictions on freedom of establishment designates as its beneficiaries the “nationals of Member States” without any distinction as regards nationality or residence.¹⁹

45 According to the EFTA Surveillance Authority, attention should also be drawn to the judgment of the ECJ in *Factortame*.²⁰

46 Consequently, a residence requirement for the managing director of an undertaking would hinder the right of establishment because it constitutes indirect discrimination on the basis of nationality and is therefore incompatible with Article 31 EEA.

47 The EFTA Surveillance Authority furthermore notes that a residence requirement in Austrian legislation, similar to that at issue in the present case, has recently been assessed by the ECJ in the *Clean Car* case.²¹ In that case the ECJ found that Article 48 EC precludes a Member State from providing that the owner of an undertaking exercising a trade on the territory of that State may not appoint as manager a person not resident there, as this constitutes indirect discrimination based on nationality, unless the imposition of such a residence requirement is based on objective considerations independent of the nationality of the employees concerned and is proportionate to a legitimate aim pursued by the national law. Since Article 28 EEA is identical in substance to Article 48 EC, Article 28 EEA should be interpreted in the same manner.

48 The question then remains whether there are, in the present case, any considerations of the above-mentioned kind that would justify the residence requirement. In the case law of the ECJ,²² the question of possible justification is relevant for the purpose of both Article 28 and Article 32 EEA.

49 In the account of national law given in the request, only one possible ground for justification is mentioned, *i.e.* the need to have a person in the territory responsible for complying with the relevant rules, given the difficulties involved in cross-border enforcement of penal measures. That consideration was dealt with by the ECJ in the *Clean Car* case²³ and found not to be justified in that case. Since the Liechtenstein Government appears to consider the situation in Liechtenstein comparable to that in Austria, there is nothing in the facts available to suggest that that conclusion is not also valid in the present case.

¹⁹ Case 115/78 *Knoors v Secrétaire d'État aux affaires économiques* [1979] ECJ 399, paragraph 16.

²⁰ See footnote 16.

²¹ See footnote 2.

²² Case C-106/91 *Ramrath v Ministre de la Justice* [1992] ECR I-3351, paragraph 17; Case C-107/94 *Asscher v Staatssecretaris van Financiën* [1996] ECR I-3089, paragraph 29.

²³ See footnote 2.

dem gleichen Ergebnis führt.¹⁷ Der EuGH hat ebenfalls befunden, dass die nationalen Regeln, gemäss denen eine Unterscheidung aufgrund des Wohnsitzes getroffen wird, dazu angetan sind, sich hauptsächlich zum Nachteil der Angehörigen anderer Mitgliedstaaten auswirken, da Gebietsfremde meist Ausländer sind.¹⁸ Die EFTA-Überwachungsbehörde hält auch fest, dass das Allgemeine Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit laut EuGH die Angehörigen von Mitgliedstaaten als Begünstigte bezeichnet, und zwar ohne Unterscheidung hinsichtlich Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz.¹⁹

45 Gemäss EFTA-Überwachungsbehörde sollte auch auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Factortame* hingewiesen werden.²⁰

46 Folglich würde das Wohnsitzerfordernis für den Geschäftsführer einer Unternehmung das Niederlassungsrecht einschränken, weil es eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und deshalb mit Artikel 31 EWR-Abkommen unvereinbar ist.

47 Die EFTA-Überwachungsbehörde hält des weiteren fest, dass der EuGH in der Rechtssache *Clean Car*²¹ vor kurzem eine dem Problem des vorliegenden Falles ähnliche Wohnsitzerfordernis des österreichischen Rechts beurteilt hat. In jenem Fall befand der EuGH, dass es Artikel 48 EGV nicht zulasse, dass ein Mitgliedstaat dem Inhaber eines Gewerbe, das dieser im Gebiet dieses Staates ausübt, verbietet, eine Person als Geschäftsführer zu bestellen, die in diesem Staat keinen Wohnsitz hat, da dies eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellt, es sei denn, diese Beschränkung beruhe auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer unabhängigen Erwägungen und stünde in einem angemessenen Verhältnis zu einem legitimen Zweck, den das nationale Recht verfolgt. Da Artikel 28 EWRA mit Artikel 48 EGV inhaltlich identisch ist, sollte Artikel 28 EWRA gleich ausgelegt werden.

48 Es verbleibt die Frage, ob der vorliegende Fall Erwägungen der oben erwähnten Art zuliesse, die ein Wohnsitzerfordernis rechtfertigten. In der Rechtsprechung des EuGH²² ist die Frage einer möglichen Rechtfertigung sowohl für Artikel 28 und Artikel 32 EWRA erheblich.

49 In der Schilderung des nationalen Rechts führt das Gesuch lediglich einen möglichen Rechtfertigungsgrund an, nämlich die Notwendigkeit, eine Person im Inland zu haben, welche an Betracht der Schwierigkeit strafrechtlicher Verfolgungen über die Grenze hinweg für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich ist. Diese Erwägung wurde in der Rechtssache *Clean Car*²³ behandelt und in jenem Fall nicht als gerechtfertigt befunden. Da die Regierung des Fürstentums Liechtenstein die Situation in Liechtenstein anscheinend als mit der Situation in Österreich vergleichbar betrachtet, ergibt sich aus dem Sachverhalt nichts, das nahelegen würde, jener Schluss sei nicht auch auf den vorliegenden Fall anwendbar.

¹⁷ EuGH C-3/88 *Commission .J. Italy*, Slg. 1989, 4035, Rz. 8 und 9; EuGH 22/80 *Boussac .J. Gerstenmeier*, Slg. 1980, 3427, Rz. 9.

¹⁸ EuGH C-279/93 *Schumacker*, Slg. 1995, I-225, Rz. 28.

¹⁹ EuGH 115/78 *Knors .J. Secrétaire d'État aux affaires économiques*, Slg. 1979, 399, Rz. 16.

²⁰ S. Fussnote 5.

²¹ S. Fussnote 2.

²² EuGH C-106/91 *Ramrath .J. Ministre de la Justice*, Slg. 1992, I-3351, Rz. 17; EuGH C-107/94 *Asscher .J. Staatssecretaris van Financiën*, Slg. 1996, I-3089, Rz. 29.

²³ S. Fussnote 2.

50 The EFTA Surveillance Authority notes that it appears that before the national court the question has also been raised whether the purpose of ensuring an effective management of a business may serve to justify the residence requirement. With reference to the judgment of the ECJ in the *Clean Car* case,²⁴ paragraph 35, the EFTA Surveillance Authority submits that any requirement of residence for the purpose of ensuring an effective management of a business would have to be based on objective grounds, taking into account *inter alia* the nature of the business, the need for presence at the place of business and the transport infra-structure. There are no indications that any such considerations lie behind the Liechtenstein residence requirement and, taking into account the proximity to e.g. Austria, it is not likely that such considerations could possibly provide a justification.

51 While the first question should be answered in the negative, given the circumstances of this case, the EFTA Surveillance Authority nevertheless notes that effective enforcement of national business rules and effective management of businesses are no doubt legitimate interests and that pursuance of such aims may justify national restrictions of the kind involved in present case, provided that they are necessary and proportionate.

52 The EFTA Surveillance Authority proposes the following answer to the first question:

“The business law provision in Liechtenstein’s national law, to the effect that a managing director of a Liechtenstein legal person must have his residence in the country (the Principality of Liechtenstein) is incompatible with Article 31 and Article 28 of the EEA Agreement.”

The Commission of the European Communities

53 According to the Commission of the European Communities, the residence requirement for a managing director of a company constitutes indirect discrimination on grounds of nationality incompatible with the right of establishment provided for by Article 31 EEA. Reference is made to the judgment of the ECJ in *Factortame*.²⁵

54 As the ECJ held in the *Clean Car* case,²⁶ the residence condition for a managing director of a company also constitutes a restriction on the right of free movement of workers provided for by Article 28 EEA.

55 Although a provision such as that in the Business Law of the Principality of Liechtenstein applies without regard to the nationality of the person to be appointed as manager, national rules under which a distinction is drawn on the basis of residence are liable to operate mainly to the detriment of nationals of other Member States, see the judgment of the ECJ in *Schumacker*,²⁷ paragraph 28.

²⁴ See footnote 2.

²⁵ See footnote 16.

²⁶ See footnote 2.

²⁷ See footnote 18.

50 Die EFTA-Überwachungsbehörde hält fest, dass vor dem nationalen Gericht anscheinend auch die Frage gestellt wurde, ob der Zweck der Gewährleistung einer effizienten Geschäftsleitung das Wohnsitzerfordernis rechtfertigen könne. Mit Bezugnahme auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Clean Car*²⁴, Rz. 35, legt die EFTA-Überwachungsbehörde nahe, dass sich jedes Wohnsitzerfordernis zur Gewährleistung einer effizienten Geschäftsleitung auf objektive Begründungen stützen müsste, wobei u.a. der Geschäftstyp, die Notwendigkeit der Anwesenheit am Geschäftssitz und die Verkehrsinfrastruktur in Betracht gezogen werden müsste. Es bestehen keine Hinweise darauf, dass hinter dem liechtensteinischen Wohnsitzerfordernis derartige Erwägungen stehen, und angesichts der Nähe des Landes zu – beispielsweise – Österreich ist es unwahrscheinlich, dass solche Erwägungen überhaupt eine Rechtfertigung darstellen könnten.

51 Während die erste Frage anbeacht der Umstände dieses Falles verneint werden sollten, hält die EFTA-Überwachungsbehörde trotzdem fest, dass die wirksame nationale Vollstreckung von Gewerberegeln und eine effiziente Geschäftsleitung zweifelsohne legitime Interessen darstellen und dass die Verfolgung solcher Ziele nationale Beschränkungen der im vorliegenden Fall gegebenen Art rechtfertigen können, vorausgesetzt, diese sind notwendig und verhältnismässig.

52 Die EFTA-Überwachungsbehörde schlägt auf die erste Frage folgende Antwort vor:

„Die gewerberechtliche Bestimmung im liechtensteinischen Recht, wonach der Geschäftsführer einer liechtensteinischen juristischen Person Wohnsitz im Inland (dem Fürstentum Liechtenstein) haben müsse, ist mit Artikel 31 und Artikel 28 des EWR-Abkommens unvereinbar.“

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften

53 Gemäss der Kommission der Europäischen Gemeinschaften stellt die Wohnsitzerfordernis für den Geschäftsführer einer Gesellschaft eine mit dem von Artikel 31 EWRA vorgesehenen Niederlassungsrecht unvereinbare mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar. Es wird auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Factortame*²⁵ Bezug genommen.

54 Wie der EuGH in der Rechtssache *Clean Car*²⁶ befand, stellt die Wohnsitzerfordernis für einen Geschäftsführer auch eine Beschränkung des Rechts von Arbeitnehmern auf Freizügigkeit gemäss Artikel 28 EWRA dar.

55 Obwohl eine Bestimmung wie jene des Gewerberechts des Fürstentums Liechtenstein ungeachtet der Staatsangehörigkeit der zum Geschäftsführer zu ernennenden Person zur Anwendung kommt, sind nationale Regeln, die eine Unterscheidung aufgrund des Wohnsitzes treffen, dazu angetan, sich zum Nachteil von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten auszuwirken; s. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Schumacker*,²⁷ Rz. 28.

²⁴ S. Fussnote 2.

²⁵ S. Fussnote 5.

²⁶ S. Fussnote 2.

²⁷ S. Fussnote 7.

56 Consequently, such a requirement as laid down in the Business Law of the Principality of Liechtenstein constitutes indirect discrimination based on nationality and the argument that the same restriction also applies to nationals of Liechtenstein cannot be upheld.

57 The remaining question is then whether there are any proportionate objective considerations that could nevertheless serve to justify the residence requirement.

58 First, it is noted that, according to the Government of the Principality of Liechtenstein, it would be difficult to achieve cross-border enforcement of penal measures if there was no residence requirement. As held by the ECJ in the *Clean Car* case,²⁸ there are other less restrictive measures available to ensure that the manager can be sued with notice of any such fines imposed upon him and that they can be enforced upon him. The ECJ concluded that the residence requirement in question constituted indirect discrimination.

59 Secondly, it is noted that the Government of the Principality of Liechtenstein has explained that the requirements of the Business Law, including the residence requirement, are intended to ensure that the managing director effectively fulfils his tasks. As the ECJ stated in the *Clean Car* case,²⁹ safeguards of this nature cannot be linked to residence requirements. A managing director residing at a long distance from the company's place of business can raise doubts as to the professional and personal guarantees provided by the director in question and could enhance the risks of letter box companies in Liechtenstein. Nevertheless, a person living at a short distance from the place of business, even on the other side of the border of Liechtenstein, or being able to commute between that place and his residence on a daily or weekly basis, would certainly fulfil his tasks in an effective manner. Furthermore, account must be taken of modern means of communication and the varying needs of the physical presence of a managing director depending on the size and activity of the company in question.

60 Consequently, the current residence requirement is disproportionate to the pursued objective given that the company's address can suffice to notify fines and there are no indications that the proposed manager (residing in London) will not be able to fulfil his tasks in an effective manner.

61 The Commission proposes the following answer to the first question:

"The business law provision in Liechtenstein's national law, to the effect that a managing director of a Liechtenstein legal person must have his residence in the country (the Principality of Liechtenstein), is not in conformity with the EEA and in particular Article 31 et seq. of the Agreement on the European Economic Area dated 2 May 1992 (EEA)."

²⁸ See footnote 2.

²⁹ See footnote 2.

56 Folglich stellt ein wie im Gewerberecht des Fürstentums Liechtenstein vorgesehenes Erfordernis eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar, und das Argument, wonach dieselbe Beschränkung auch auf liechtensteinische Staatsangehörige anwendbar sei, kann deshalb nicht aufrechterhalten werden.

57 Die verbleibende Frage besteht also darin, ob angemessene objektive Erwägungen vorhanden sind, die das Wohnsitzerfordernis trotzdem rechtfertigen könnten.

58. Erstens wird festgehalten, es laut der Regierung des Fürstentums Liechtenstein schwer möglich sei, strafrechtliche Verfolgungen über die Grenze hinweg durchzusetzen. Wie der EuGH in der Rechtssache *Clean Car*²⁸, bestehen andere, weniger restriktive Massnahmen, um die Zustellung allfälliger Bussenbescheide an den Geschäftsführer sicherzustellen, und dass diese Massnahmen vollstreckbar sind. Der EuGH kam zum Schluss, dass das fragliche Erfordernis eine mittelbare Diskriminierung darstelle.

59 Zweitens wird festgehalten, dass die Regierung des Fürstentums Liechtenstein erklärte, die Erfordernisse des Gewerberechts, einschliesslich des Wohnsitzerfordernisses, seien darauf angelegt sicherzustellen, dass der Geschäftsführer seine Funktion entsprechend ausüben könne. Wie der EuGH in der Rechtssache *Clean Car*²⁹ feststellte, können Sicherheitsmassnahmen dieser Art nicht mit einem Wohnsitzerfordernis verknüpft werden. Ein Geschäftsführer, der in weiter Entfernung vom Geschäftssitz wohnhaft ist, kann zwar Anlass zu Zweifeln über seine beruflichen und persönliche Sicherheit geben und zu einem grösseren Risiko von Briefkastengesellschaften in Liechtenstein führen. Trotzdem könnte eine Person, die in kurzer Entfernung vom Geschäftssitz, sogar gerade auf der anderen Seite der liechtensteinischen Grenze, wohnhaft oder in der Lage ist, täglich oder wöchentlich zwischen dem Geschäftssitz und seinem Wohnsitz hin und her zu pendeln, seine Funktion bestimmt ausüben. Darüber hinaus sind die modernen Kommunikationsmittel und die in Abhängigkeit von der Grösse und Tätigkeit der fraglichen Gesellschaft unterschiedliche Notwendigkeit der persönlichen Anwesenheit eines Geschäftsführers in Betracht zu ziehen.

60 Folglich steht das gegenwärtige Wohnsitzerfordernis mit dem verfolgten Zweck in einem Missverhältnis, wenn man bedenkt, dass die Gesellschaftsadresse zur Zustellung von Bussenbescheiden genügt und keine Anzeichen bestehen, dass der vorgesehene Geschäftsführer (mit Wohnsitz in London) nicht in der Lage sein wird, seine Funktion auszuüben.

61 Die Kommission schlägt auf die erste Frage folgende Antwort vor:

“Die gewerberechtliche Bestimmung in Liechtensteins nationalem Recht, wonach der Geschäftsführer einer liechtensteinischen juristischen Person im Inland (dem Fürstentum Liechtenstein) haben müsse, ist nicht in Übereinstimmung mit dem EWR und insbesondere mit Artikel 31ff. des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2. Mai 1992 (EWRA).”

²⁸ S. Fussnote 2.

²⁹ S. Fussnote 2.

The second question

The Complainant

62 Pursuant to Article 112 EEA and Protocol 15 EEA, Liechtenstein has imposed quantitative restrictions on the right of foreigners to take up residence in the country. According to the Complainant, the fundamental principles of the right of establishment remain unaffected by these provisions.

63 In fact, the combined effect of the restrictions on taking up residence in Liechtenstein and the residence requirement of the Liechtenstein Business Law would, for the managerial activity of a legal person, not only lead to covert discrimination, but also constitute overt discrimination, because it would effectively prevent foreign nationals, who until now have no residence in Liechtenstein, on the grounds of the invocation of the safeguard clause in Article 112 EEA, from transferring their residence to Liechtenstein, and thus fulfil the personal prerequisites for managerial activity.

64 This would in the end lead to the fact that the invocation of the safeguard clause in Article 112 EEA not only meant a quantitative restriction in the context of the taking-up of residence, but that in any case where the requirement of residence is demanded for taking up or carrying on an occupation, the consequence would be a discriminatory qualitative restriction of the right of establishment under the EEA.

65 The Complainant proposes the following answer to the second question:

"Question 2 can be answered accordingly that, under special consideration of the present situation in Liechtenstein, Article 31 et seq. EEA precludes a national regulation which would require taking up residence in Liechtenstein in order to take or carry on an occupation."

The Government of the Principality of Liechtenstein

66 The Government of the Principality of Liechtenstein does not see any connection between the question of the compatibility of the residence requirement and Protocol 15 to the EEA Agreement and Article 112 EEA. The two provisions have two very different areas of application: the former contemplates measures for a transitional period while the latter deals with exceptional safeguard measures which may be taken unilaterally by the Contracting Party.

67 The Government of the Principality of Liechtenstein proposes answering the second question as follows:

"The provisions of Protocol 15 to the EEA Agreement and Article 112 et seq. of the EEA Agreement on unilateral protective measures have a different sphere of application and therefore do not have any connection with a residence requirement such as the one provided for in Articles 17(1)(b), 6(1a) of the Liechtenstein Trade Code."

Die zweite Frage

Der Beschwerdeführer

62 In Übereinstimmung mit Artikel 112 EWRA und Protokoll 15 EWRA hat Liechtenstein das Recht von Ausländern zur Wohnsitznahme quantitativen Beschränkungen unterstellt. Laut Beschwerdeführer bleiben die Grundprinzipien des Niederlassungsrechts dabei aber unangetastet.

63 Tatsächlich könnte das Zusammenwirken der zahlenmässigen Beschränkung der Wohnsitznahme in Liechtenstein und das Wohnsitzerfordernis des liechtensteinischen Gewerberechts nicht nur zu einer versteckten Diskriminierung führen, sondern gar eine offene Diskriminierung bedeuten, weil damit ausländischen Staatsangehörigen, die bis anhin keinen Wohnsitz in Liechtenstein haben, aufgrund der Anrufung der Schutzklausel 112 EWRA praktisch verunmöglicht wird, ihren Wohnsitz nach Liechtenstein zu verlegen und so die persönlichen Voraussetzungen für die Geschäftsführertätigkeit zu erfüllen.

64 Dies würde letztlich dazu führen, dass die Anrufung der Schutzklausel gemäss Art. 112 EWRA nicht nur eine quantitative Beschränkung im Rahmen der Wohnsitznahme bedeutet, sondern in all jenen Fällen, wo das Wohnsitzerfordernis für die Berufsaufnahme oder Berufsausübung verlangt wird, eine diskriminierende qualitative Einschränkung des Niederlassungsrechts gemäss EWRA zur Folge hat.

65 Der Beschwerdeführer schlägt auf die zweite Frage folgende Antwort vor:

„Frage 2 kann dementsprechend dahingehend beantwortet werden, dass unter besonderer Berücksichtigung der gegenwärtigen Situation Liechtenstein Art. 31ff. EWRA einer nationalen Regelung entgegenstehen, die für die Berufsaufnahme und -ausübung die Wohnsitznahme in Liechtenstein erfordert.“

Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein

66 Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein sieht keinen Zusammenhang zwischen der Frage der Vereinbarkeit des Wohnsitzerfordernisses und Protokoll 15 zum EWR-Abkommen und Artikel 112 EWRA. Die zwei Bestimmungen haben zwei sehr verschiedene Anwendungsbereiche: Protokoll 15 sieht Massnahme für eine Übergangsperiode vor, während sich Artikel 112 EWRA mit besonderen Schutzmassnahmen befasst, die von der Vertragspartei unilateral ergriffen werden können.

67 Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein schlägt auf die zweite Frage folgende Antwort vor.

„Die Bestimmungen von Protokoll 15 zum EWR-Abkommen und Artikel 122ff. des EWR-Abkommens über unilaterale Schutzmassnahmen haben einen verschiedenen Anwendungsbereich und haben deshalb keinen Bezug zu einem Wohnsitzerfordernis, wie es in Artikel 17 Absatz 1 lit. b i.V.m. Artikel 6 Absatz 1a des Liechtensteiner Gewerberechts vorgesehen ist.“

The Government of Norway

68 According to the Government of Norway, the issue addressed in the second question is somewhat vague but seems to concern whether the special considerations that lie behind the safeguard measure implemented by Liechtenstein pursuant to Article 112 EEA can nevertheless give grounds for the residence requirement of the Liechtenstein Business Law. Since the Government of Liechtenstein has not invoked the special considerations that form the basis of the safeguard measures as premises for the relevant provisions of the Business Law, the Norwegian Government does not, at the present stage, wish to go into the details of this question.

The EFTA Surveillance Authority

69 The EFTA Surveillance Authority notes that the second question appears to have been raised by the national court on its own motion and that there are no indications that the Liechtenstein Government has relied on Protocol 15 EEA, the safeguard provisions of Article 112 EEA or the declaration by the EEA Council as justification for the disputed residence requirement.

70 Protocol 15 EEA provides for certain transitional arrangements for the free movement of persons. It follows already from the fact that the last time limit for applying transitional arrangements in the case of Liechtenstein expired on 1 January 1998, that Protocol 15 can no longer justify the maintenance of any restrictions otherwise allowed under the Protocol.

71 Moreover, given the nature of the provisions of Protocol 15 as exceptions from the basic principles of the EEA Agreement, the provisions must be construed strictly and cannot be interpreted as allowing for such a far-reaching restriction on the right of establishment as that in issue in the present case.

72 Otherwise, it suffices to note that there is nothing to indicate that the disputed residence requirement has been notified as a safeguard measure under Article 112 EEA and that the EEA Council declaration provides no basis for any restrictions imposed unilaterally by Liechtenstein.

73 The EFTA Surveillance Authority proposes the following answer to the second question:

"Protocol 15, safeguard measures in accordance with Article 112 EEA, and the declaration of the EEA Council on the free movement of persons, do not serve to justify the provision."

The Commission of the European Communities

74 The Commission of the European Communities submits that the residence requirement cannot be justified by Protocol 15 EEA, as that Protocol allows Liechtenstein authorities to impose quantitative restrictions on persons seeking to take up residence in Liechtenstein, whereas the present case is about a person seeking to avoid taking up residence there. Also, Protocol 15 must be interpreted in a restrictive manner and cannot be used to circumvent the freedoms laid down in *inter alia* Articles 28 and 31 EEA, and there is no indication that Article 112 EEA is applicable.

Die norwegische Regierung

68 Gemäss der norwegischen Regierung ist der in der zweiten Frage angesprochene Punkt etwas unscharf, scheint jedoch auf eine Antwort darauf abzuzielen, ob die besonderen Erwägungen hinter der von Liechtenstein gemäss Artikel 112 EWRA getroffenen Schutzmassnahme die Wohnsitzerfordernis des liechtensteinischen Gewerberechts trotzdem rechtfertigen können. Da die Regierung von Liechtenstein die besonderen Erwägungen, welche Grundlage der Schutzmassnahmen bilden, nicht als Prämissen für die erheblichen Bestimmungen des Gewerberechts angeführt hat, möchte die norwegische Regierung zu diesem Zeitpunkt nicht im Detail auf diese Frage eingehen.

Die EFTA-Überwachungsbehörde

69 Die EFTA-Überwachungsbehörde hält fest, dass die zweite Frage anscheinend vom nationalen Gericht aus eigenen Beweggründen gestellt wurde und dass keine Anzeichen dafür bestehen, dass sich die liechtensteinische Regierung bei der Rechtfertigung des strittigen Wohnsitzerfordernisses auf das Protokoll 15, die Schutzbestimmungen von Artikel 112 EWRA oder die Erklärung des EWR-Rats stützte.

70 Protokoll 15 sieht gewisse Übergangsbestimmungen für die Freizügigkeit vor. Es ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass die letzte Frist für die Anwendung der Übergangsbestimmung im Falle Liechtensteins am 1. Januar 1998 ablief, dass das Protokoll die Aufrechterhaltung von andernfalls gemäss dem Protokoll erlaubten Beschränkungen nicht mehr rechtfertigen kann.

71 In Anbetracht der Beschaffenheit der Bestimmungen von Protokoll 15 als Ausnahmen von den Grundprinzipien des EWR-Abkommens müssen die Bestimmungen überdies streng gedeutet und können nicht dahingehend ausgelegt werden, dass sie eine weitreichende Beschränkung des Niederlassungsrechts erlauben, wie dies im vorliegenden Fall zutrifft.

72 Anderweitig genügt es festzuhalten, dass nichts darauf hinweist, dass das strittige Wohnsitzerfordernis als Schutzmassnahme gemäss Artikel 112 EWRA angemeldet worden ist, und dass die Erklärung des EWR-Rats keine Grundlage für von Liechtenstein unilateral auferlegte Beschränkungen bietet.

73 Die EFTA-Überwachungsbehörde schlägt auf die zweite Frage folgende Antwort vor:

“Das Protokoll 15, Schutzmassnahme gemäss Artikel 112 EWRA, und die Erklärung des EWR-Rats über die Freizügigkeit bieten keine Rechtfertigung der Bestimmung.”

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften

74 Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften macht geltend, dass das Wohnsitzerfordernis durch Protokoll 15 EWRA nicht gerechtfertigt werden kann, da dieses Protokoll Liechtenstein gestattet, Personen, die in Liechtenstein Wohnsitz nehmen möchten, quantitativen Beschränkungen zu unterstellen, während der vorliegende Fall eine Person betrifft, welche die dortige Wohnsitznahme vermeiden möchte. Auch muss Protokoll 15 auf eine restriktive Art und Weise ausgelegt und darf nicht dazu verwendet werden, Freiheiten zu umgehen, die u.a. in Artikel 28 und 31 EWRA festgehalten sind, und es besteht kein Hinweis darauf, dass Artikel 112 EWRA anwendbar ist.

75 The Commission of the European Communities proposes the following answer to the second question:

“In view of the specific case of Liechtenstein – Protocol 15, safeguard measures in accordance with Article 112 EEA and the declaration of the EEA Council on the freedom of choice of residence – the requirement of residence can, nevertheless, not be justified with the consequence that the provisions of the Business Law (Article 17, cf. Article 6 paragraph 1a) are in conformity with the EEA.”

The third question

The Complainant

76 The Complainant submits that Article 33 EEA must be understood as a so-called public policy proviso which, according to the case law of the ECJ, should only be used in exceptional instances.³⁰

77 The scope of Article 33 EEA is clarified by Council Directive 64/221/EEC, which was subsequently expanded by Council Directive 75/35/EEC and transposed to the EEA Agreement. It follows from the directive that the grounds of public security or health may not be asserted in the context of an economic purpose. Noteworthy here are economic grounds such as crisis situations relating to employment policy, that is to say unemployment or general preventive considerations.

78 Furthermore, the concepts of public policy, security and health are defined in the Directive. Thus, in the context of public security, for example, the personal behaviour of the individual under consideration must prevail.

79 Furthermore, it follows from the case law of the ECJ that individual circumstances are to be taken into consideration in the use of the public policy proviso, and not general considerations.³¹ It also follows from the case law of the ECJ that a sufficiently serious danger must exist in the individual case if the public policy proviso is to be used.³²

80 Consequently, the exceptional provision of Article 33 EEA is only applicable in the context of concrete facts if a sufficiently severe danger threatens. In no case may Article 33 EEA be “misused” for such abstract general preventive motives as put forward by the Government of the Principality of Liechtenstein. It follows from this that the exceptional provision of Article 33 EEA, cited by the Government of the Principality of Liechtenstein, is completely unsuitable for justifying a restriction of the right of establishment by means of a requirement of residence.

³⁰ Case 67/74 *Bonsignore v Stadt Köln* [1975] ECR 297.

³¹ Case 36/75 *Rutili v Minister for the Interior* [1975] ECR 1219.

³² Joined Cases 115/81 and 116/81 *Adoui and Cornuaille v Belgium* [1982] ECR 1665.

75 Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften schlägt auf die zweite Frage folgende Antwort vor:

“Angesichts des besonderen Falles von Liechtenstein – Protokoll 15, Schutzmassnahmen gemäss Artikel 112 EWRA und Erklärung des EWR-Rats über die Niederlassungsfreiheit – ist das Wohnsitzerfordernis trotzdem nicht mit der Folge zu rechtfertigen, dass die Bestimmungen des Gewerberechts (Artikel 17 i.V.m. Artikel 6 Absatz 1a) EWR-konform sind.”

Die dritte Frage

Der Beschwerdeführer

76 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass Artikel 33 EWRA als sogenannter Ordre Public-Vorbehalt zu verstehen sei, der nach Rechtsprechung des EuGH nur im Ausnahmefall angewendet werden soll.³⁰

77 Der Geltungsbereich vom Artikel 33 EWRA wird durch die Richtlinie 64/221/EWG geklärt, die in der Folge durch die Richtlinie 75/35/EWG erweitert und in das EWR-Abkommen übernommen wurde. Der Richtlinie ist zu entnehmen, dass weder Gründe der öffentlichen Sicherheit noch der Gesundheit im Rahmen eines wirtschaftlichen Zweckes geltend gemacht werden dürfen. Dazu gehören insbesondere wirtschaftspolitische Gründe wie beschäftigungspolitische Krisenlagen, d.h. Arbeitslosigkeit oder generalpräventive Erwägungen.

78 Des weiteren werden in der Richtlinie die Begriffe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit definiert. So muss im Rahmen der öffentlichen Sicherheit beispielsweise das persönliche Verhalten der in Betracht kommenden Einzelpersonen ausschlaggebend sein.

79 Überdies gilt aufgrund der Rechtsprechung des EuGH, dass die individuellen Umstände der betreffenden Person und nicht allgemeine Erwägungen bei der Anwendung des Ordre Public-Vorbehalts zu berücksichtigen sind.³¹ Es entspricht ebenfalls der Rechtsprechung des EuGH, dass eine hinreichend schwerwiegende Gefährdung im Einzelfall für die Anwendung des Ordre Public-Vorbehalts vorliegen muss.³²

80 Die Ausnahmebestimmung des Artikels 33 EWRA ist folglich nur unter Berücksichtigung des konkret zu beurteilenden Sachverhalts anwendbar, wenn eine hinreichend schwere Gefährdung droht. Keinesfalls darf Artikel 33 EWRA für solch abstrakte generalpräventive Motive wie von der Regierung des Fürstentums Liechtenstein vorgebracht "missbraucht" werden. Daraus folgt, dass die von der Regierung des Fürstentums Liechtenstein angeführte Ausnahmegesetzgebung des Artikel 33 EWRA völlig ungeeignet ist, eine Beschränkung des Niederlassungsrechts mittels Wohnsitzerfordernis zu rechtfertigen.

³⁰ EuGH 67/74 *Bonsignore .I. Stadt Köln*, Slg. 1975, 297.

³¹ EuGH 36/75 *Rutili .I. Minister for the Interior*, Slg. 1975, 1219.

³² EuGH 115/81 und 116/81 *Adoui and Cornuaille .I. Belgium*, Slg. 1982, 1665.

81 The Complainant proposes the following answer to the third question:

“Consequently, in the view of the Complainant, Question 3 from the Administrative Court in the proceedings for an Advisory Opinion is to be answered to the effect that the Business Law provisions concerning the requirement of residence may not be justified on the grounds of public policy, security or health, either instead of or in addition to the special circumstances in the case of Liechtenstein, or under the exceptional provision of Article 33 EEA and, consequently, violate the EEA Agreement.”

The Government of the Principality of Liechtenstein

82 The Government of the Principality of Liechtenstein argues that the residence requirement may be upheld under Article 33 EEA on grounds of public order. This would be so even if the requirement were found to constitute overt discrimination as Article 33 EEA also covers overt discrimination.

83 In determining the criteria for the application of Article 33 EEA, one must bear in mind the different objectives of the EC Treaty on the one hand and the EEA Agreement on the other. The latter leaves the Member States more room to manoeuvre in their national legislation. It must also be remembered that Liechtenstein is in a very particular situation: it is a very small country with a high proportion of foreign nationals resident within its borders. Since the 1960s it has had a restrictive immigration policy in place. Moreover, the EEA Council, in its Decision 1/95, explicitly recognized the special situation of Liechtenstein, including its right to protect its national identity. The residence requirement for managing directors is a suitable, necessary and above all proportionate means of achieving the Government’s policy goals. Its primary effect is to prevent a total de-linking of the management of a company and the location of that company in Liechtenstein. It serves a further object of ensuring some degree of government control over the Liechtenstein economy.

84 The Government of the Principality of Liechtenstein proposes the following answer to the third question:

“Article 33 of the EEA Agreement authorizes a Member State to restrict the freedom of establishment under Article 31 of the EEA Agreement by establishing a residence requirement for managing directors in order to protect its national identity.”

The Government of Norway

85 According to the Government of Norway, it follows from the case law of the ECJ that the conditions for justification in Article 33 EEA are exhaustive.³³

³³ Case 352/85 *Bond van Adverteerders v Netherlands State* [1988] ECR 2085.

81 Der Beschwerdeführer schlägt auf die dritte Frage folgende Antwort vor:

“Frage 3 der Verwaltungsbeschwerdeinstanz im Vorabentscheidungsverfahren wäre nach Ansicht des Beschwerdeführers deshalb in der Weise zu beantworten, dass weder anstatt noch zusätzlich der besonderen Situation Liechtensteins auch unter Berücksichtigung der Ausnahmebestimmung des Artikel 33 EWRA Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gewerberechtliche Bestimmungen im Sinne des Wohnsitzerfordernisses gerechtfertigt sind und somit gegen das EWR-Abkommen verstossen.“

Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein

82 Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein hält dafür, dass das Wohnsitzerfordernis gemäss Artikel 33 EWR aus Gründen der öffentlichen Ordnung aufrechterhalten werden kann. Dies wäre auch dann der Fall, wenn befunden würde, dass das Erfordernis eine offene Diskriminierung darstelle, da Artikel 33 EWRA auch die offene Diskriminierung umfasst.

83 Bei der Bestimmung der Kriterien für die Anwendung von Artikel 33 EWRA muss man sich der verschiedenen Zielsetzungen des EG-Vertrags einerseits und des EWR-Abkommens andererseits bewusst sein. Das EWRA lässt den Mitgliedstaaten mehr Freiraum für die nationale Gesetzgebung. Man hat sich auch daran zu erinnern, dass sich Liechtenstein in einer sehr besonderen Lage befindet: es ist ein sehr kleines Land mit einem hohen Anteil an auf seinem Gebiet wohnhaften Ausländern. Eine restriktive Einwanderungspolitik findet seit den sechziger Jahren Anwendung. Darüber hinaus anerkannte der EWR-Rat in seiner Entscheidung 1/95 ausdrücklich die besondere Lage Liechtensteins, einschliesslich seines Rechts zur Wahrung seiner nationalen Identität. Das Wohnsitzerfordernis für Geschäftsführer ist ein geeignetes, notwendiges und vor allem angemessenes Mittel zur Erreichung der politischen Zielsetzungen der Regierung. Seine Hauptauswirkung ist die Verhinderung einer völligen Entflechtung zwischen der Geschäftsleitung einer Gesellschaft und dem Standort dieser Gesellschaft in Liechtenstein. Des weiteren dient es dem Zweck, der Regierung ein gewisses Mass an Kontrolle über die liechtensteinische Wirtschaft sicherzustellen.

84 Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein schlägt auf die dritte Frage folgende Antwort vor:

“Artikel 33 des EWR-Abkommens ermächtigt einen Mitgliedstaat zur Einschränkung der Niederlassungsfreiheit gemäss Artikel 31 des EWR-Abkommens durch die Errichtung eines Wohnsitzerfordernisses für Geschäftsführer zur Wahrung seiner nationalen Identität.“

Die norwegische Regierung

85 Laut der norwegischen Regierung ist der Rechtsprechung des EuGH zu entnehmen, dass die Voraussetzungen für die Rechtfertigung in Artikel 33 EWRA erschöpfend sind.³³

³³ EuGH 352/85 *Bond van Adverteerders / I. Netherlands State*, Slg. 1988, 2085.

86 The scope of the conditions in Article 33 EEA is clarified both by Council Directive 64/221/EEC and the case law of the ECJ.³⁴ It follows that there are strict criteria for viewing a measure as “justified” pursuant to Article 33 EEA. Such measures must be based exclusively on the personal conduct of the individual concerned (Article 3 of the directive) and there must be a “real and sufficiently serious threat to fundamental social considerations”.³⁵

87 In the light of this, the Government of Norway argues that the considerations underlying the Liechtenstein requirement can hardly be viewed as being of such a nature that the measures can be justified out of considerations for public policy and public security.

88 The Government of Norway proposes the following answer to the third question:

“The grounds of public policy, public security or public health do not justify the business law provisions concerning the requirement of residence, neither instead of or in addition to the special situation of Liechtenstein or on account of the exceptional provision on Article 33 EEA.”

The EFTA Surveillance Authority

89 With reference to the judgment of the ECJ in the *Clean Car* case,³⁶ paragraph 39, the EFTA Surveillance Authority submits that a general rule of residence requirement for managing directors of undertakings cannot be justified on any grounds of public security or public health as provided for by Article 33 EEA.

90 As for the question of possible justification on grounds of public policy, reference is also made to the *Clean Car* judgment, paragraph 40, where the ECJ stated that, in so far as it may justify certain restrictions on the free movement of persons subject to Community law, recourse to the concept of public policy presupposes, in any event, the existence, in addition to the perturbation of the social order which any infringement of the law involves, of a genuine and sufficiently serious threat affecting one of the fundamental interests of society. According to the EFTA Surveillance Authority, there is nothing in the facts submitted by the national court to indicate that that condition is satisfied in the present case.

91 The EFTA Surveillance Authority proposes the following answer to the third question:

“The grounds of public policy, public security or public health can not be invoked to justify the provision.”

³⁴ Case 41/74 *Van Duyn v Home Office* [1974] ECR 1337; Case 36/75 *Rutili v Minister for the Interior* [1975] ECR 1219; Joined Cases 115/81 and 116/81 *Adoui and Cornuaille v Belgium* [1982] ECR 1665.

³⁵ Case 30/77 *Regina v Bouchereau* [1977] ECR 1999.

³⁶ See footnote 2.

86 Der Geltungsbereich der Voraussetzungen in Artikel 33 EWRA wird sowohl durch die Richtlinie 64/221/EWG als auch durch die Rechtsprechung des EuGH geklärt.³⁴ Daraus folgt, dass zur Bezeichnung einer Massnahme als gemäss Artikel 33 EWR-Abkommen "gerechtfertigt" strenge Kriterien bestehen. Solche Massnahmen sind ausschliesslich auf dem persönlichen Verhalten der betroffenen Person (Artikel 3 der Richtlinie) zu begründen, und es muss eine hinreichend schwerwiegende Gefährdung grundlegender gesellschaftlicher Erwägungen bestehen.³⁵

87 In diesem Sinne hält die norwegische Regierung dafür, dass die dem liechtensteinischen Erfordernis zugrundeliegenden Erwägung kam so bneschaffen sind, dass die Massnahmen aus Erwägungen der öffentlichen Ordnung und der öffentlichen Sicherheit gerechtfertigt werden können.

88 Die norwegische Regierung schlägt auf die dritte Frage folgende Antwort vor:

"Die Gründe der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit oder der öffentlichen Gesundheit rechtfertigen die gewerberechlichen Bestimmungen über das Wohnsitzerfordernis nicht, weder anstatt noch zusätzlich der besonderen Situation Liechtensteins noch unter Berücksichtigung der Ausnahmebestimmung von Artikel 33 EWRA."

Die EFTA-Überwachungsbehörde

89 Mit Bezugnahme auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Clean Car*,³⁶ Rz. 39, führt die EFTA-Überwachungsbehörde aus, dass eine allgemeingültige Regel des Wohnsitzerfordernisses für Geschäftsführer von Unternehmungen aus den von in Artikel 33 EWR-Abkommen vorgesehenen Gründen der öffentlichen Sicherheit oder der öffentlichen Gesundheit nicht gerechtfertigt werden kann.

90 Hinsichtlich der Frage einer möglichen Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung wird ebenfalls auf das *Clean Car*-Urteil, Rz. 40, Bezug genommen, wo der EuGH festhielt, dass, insoweit die Anrufung des Begriffs der öffentlichen Ordnung bestimmte Beschränkungen der Freizügigkeit unter Gemeinschaftsrecht rechtfertigen kann, dies in jedem Fall nebst der Störung des Gesellschaftsordnung, die aus jeder Rechtsverletzung erwächst, das Vorhandensein einer echten und hinreichend schwerwiegenden Gefährdung eines gesellschaftlichen Grundinteresses voraussetzt. Gemäss der EFTA-Überwachungsbehörde gibt der vom nationalen Gericht geschilderte Sachverhalt keinen Anlass zur Annahme, dass diese Voraussetzung im vorliegenden Fall erfüllt ist.

91 Die EFTA-Überwachungsbehörde schlägt auf die dritte Frage folgende Antwort vor:

"Die Gründe der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit oder der öffentlichen Gesundheit können zur Rechtfertigung der Bestimmung nicht angerufen werden."

³⁴ EuGH 41/74 *Van Duyn J. Home Office*, Slg. 1974, 1337; EuGH 36/75 *Rutili J. Minister for the Interior*, Slg. 1975, 1219; EuGH 115/81 und 116/81 *Adoui and Cornuaille J. Belgium*, Slg. 1982, 1665.

³⁵ EuGH 30/77 *Regina J. Bouchereau*, Slg. 1977, 1999.

³⁶ S. Fussnote 2.

The Commission of the European Communities

92 The Commission of the European Communities points out that, according to the case law of the ECJ, the term “public policy” in Article 33 EEA (the only valid ground for justification in the present case) must be interpreted in a strict manner. It presupposes the existence of a genuine and sufficiently serious threat affecting one of the fundamental interests of society, see *Clean Car*,³⁷ paragraph 40, and can only be upheld in specific cases, but not in a general manner, see *Commission v France*, paragraph 58.³⁸ It does not appear from the documents of the case that any such interest is liable to be affected if the owner of an undertaking is free to appoint, for the purpose of exercising that undertaking’s trade, a manager who does not reside in the state concerned.

93 Consequently, the residence requirement cannot be justified by Article 33 EEA.

94 The Commission proposes the following answer to the third question:

“Public policy, public security or public health considerations do not justify the business law provisions concerning the requirement of residence, either instead of or in addition to the special situation in Liechtenstein or on account of the exceptional provision of Article 33 EEA.”

Bjørn Haug
Judge-Rapporteur

³⁷ See footnote 2.

³⁸ Case C-265/95 *Commission v France* [1997] ECR I-6959.

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften

92 Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften weist darauf hin, dass der Begriff "öffentliche Ordnung" in Artikel 33 EWR-Abkommen (der einzige gültige Grund zur Rechtfertigung im vorliegenden Fall) gemäss Rechtsprechung des EuGH auf strenge Weise auszulegen ist. Er setzt das Vorhandensein einer echten und hinreichend schwerwiegenden Gefährdung eines gesellschaftlichen Grundinteresses voraus (s. *Clean Car*,³⁷ Rz. 40) und kann lediglich in spezifischen Fällen, nicht jedoch auf allgemeine Weise angewendet werden (s. *Commission v France*³⁸, Rz 58). Aus den Unterlagen des Falles ist nicht ersichtlich, dass ein derartiges Interesse betroffen werden könnte, wenn es dem Eigentümer einer Unternehmung freisteht, zur Ausübung der Geschäftstätigkeit dieser Unternehmung einen Geschäftsführer zu ernennen, der nicht im betroffenen Staat wohnhaft ist.

93 Folglich kann das Wohnsitzerfordernis durch Artikel 33 EWRA nicht gerechtfertigt werden.

94 Die Kommission schlägt auf die dritte Frage folgende Antwort vor:

"Erwägungen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit oder der öffentlichen Gesundheit rechtfertigen die gewerberechtlichen Bestimmungen über das Wohnsitzerfordernis nicht, weder anstatt noch zusätzlich der besonderen Situation Liechtensteins noch unter Berücksichtigung der Ausnahmebestimmung von Artikel 33 EWRA."

Bjørn Haug
Berichterstatter

³⁷ S. Fussnote 2.

³⁸ EuGH C-265/95 *Commission J. France*, Slg. 1997, I-6959.

Case E-4/98

Blyth Software Ltd.

v

AlphaBit AS

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

(Withdrawal of a request for an Advisory Opinion)

Order of the President of the Court, 23 October 1998..... 240

ORDER OF THE PRESIDENT OF THE COURT

11 February 1998

(Withdrawal of a request for an Advisory Opinion)

In Case E-4/98,

Blyth Software Ltd.

v

AlphaBit AS

With respect to a request for an Advisory Opinion by Oslo City Court (Oslo byrett) by order of that court of 14 May 1998 in the case of *Blyth Software Ltd. v AlphaBit AS*,

THE PRESIDENT OF THE COURT

makes the following

ORDER

A request was made to the EFTA Court by an order of 14 May 1998 by Oslo byrett, which was received at the Court Registry on 2 June 1998, for an Advisory Opinion in the case of *Blyth Software Ltd. v AlphaBit AS*, on the following questions:

- "1. Is it incompatible with Article 4 EEA for a national procedural rule to empower a Norwegian court to decide, at the request of a defendant, that a company with its place of business (domicile) in another EEA country than Norway must provide security for costs when it brings an action against a company with its place of business (domicile) in Norway, when such provision of security cannot be required from legal persons with their place of business (domicile) in Norway?

2. If such a requirement is not, as a starting proposition, compatible with the EEA Agreement, is Article 4 EEA nonetheless to be interpreted to the effect that a requirement for provision of security for costs can be justified (proportional) on the basis of the intended purposes and objective foundation?"

On 19 October 1998, after the plaintiff before the national court had withdrawn its case, Oslo byrett notified the Court that it withdrew its request for an Advisory Opinion.

Costs have not been claimed or incurred before the EFTA Court.

On those grounds,

THE PRESIDENT OF THE COURT

hereby orders:

Case E-4/98 is removed from the Register.

Luxembourg, 23 October 1998.

Gunnar Selvik
Registrar

Bjørn Haug
President

Case E-6/98 R

The Government of Norway

v

The EFTA Surveillance Authority

(State aid – Suspension of operation of a measure)

Order of the Court, 11 December 1998..... 244

Summary of the Order

1 Pursuant to Article 40 of the Surveillance and Court Agreement, actions brought before the Court do not have suspensory effect. The Court may, however, if it considers that circumstances so require, order that application of the contested act be suspended.

2 Suspension of the operation of an act may be ordered if it is established that such an order is *prima facie* justified in fact and in law and that it is urgent in the sense that, in order to avoid serious and irreparable damage to its interests, it must be made and take effect before a decision is given in the main action. Where appropriate, the competing interests involved have to be weighed up.

3 The action for annulment raises complex questions of law which call for an in-depth consideration. The application cannot be said to be wholly unjustified. Thus, the application cannot

be rejected on the ground that the Government of Norway has not established a *prima facie* case for accepting the measure.

4 As regards the urgency of the measure, according to relevant case law of the ECJ, the Government of Norway must show serious and irreparable damage to its interests. Because of the wide and general scope of the Decision, the exact consequences are not easily assessed. In the circumstances of this case, the burden of proving that serious and irreparable damage may be occasioned by the immediate application of the Decision must consequently be eased. In light of the aim of the system, which is undisputedly of a political and social nature, and in light of the possibility of serious imminent consequences for the national interest, the Court finds that the application cannot to be rejected on the ground that the urgency of the measure has not been shown.

5. Given the relatively short time until a final decision in the case can be reached and the extensive legal, administrative and economic preparation necessary to comply with the Decision, and because of its wide and generally formulated scope, it is in this case justified to grant the interim measure applied for.

ORDER OF THE COURT

11 December 1998

(State aid – Suspension of operation of a measure)

In case E-6/98R

The Government of Norway, represented by Ingvald Falch, the Office of the Attorney General (Civil Affairs), acting as Agent, and Jan Bugge-Mahrt, Assistant Director General, Royal Ministry of Foreign Affairs, acting as Co-agent,

applicant,

v

The EFTA Surveillance Authority, represented by Håkan Berglin, Director, Legal and Executive Affairs, acting as Agent,

defendant,

APPLICATION under Article 40 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice (hereinafter the “Surveillance and Court Agreement”) and Article 80 of the Rules of Procedure, for an interim measure in the form of suspension of the application of Decision No. 165/98/COL of the EFTA Surveillance Authority of 2 July 1998, with regard to State aid in the form of regionally differentiated social security contributions.

Grounds

- 1 On 2 July 1998, the EFTA Surveillance Authority rendered a decision (Decision No. 165/98/COL, hereinafter the “Decision”), in which it found that the scheme of regionally differentiated contribution rates for employers under the Norwegian social security system, was incompatible with the Agreement on the European Economic Area (hereinafter variously “EEA” and “EEA Agreement”).
- 2 By an application lodged at the Court Registry on 2 September 1998, the Government of Norway brought an action under the first paragraph of Article 36 of the Surveillance and Court Agreement for annulment of the Decision.

- 3 By a document lodged at the Court Registry on 16 November 1998, and pursuant to Article 40 of the Surveillance and Court Agreement, the Government of Norway applied for suspension of the application of the Decision until the Court had delivered its judgment in the main case.
- 4 The EFTA Surveillance Authority submitted its observations on the application on 24 November 1998.
- 5 Pursuant to Article 80 of the Rules of Procedure, the President referred the application to the Court.
- 6 An oral hearing was held at the Court on 10 December 1998, where Mr Falch and Mr Berglin spoke on behalf of the Parties and answered the questions of the Court.

The Decision

- 7 Under the National Insurance Act of 28 February 1997 (*Folketrygdløven*), all persons working in Norway are subject to a compulsory insurance scheme under which employees and employers pay social security contributions, calculated on the basis of gross salaries. The scheme covers benefits such as pensions, rehabilitation, medical care, wage compensation and unemployment benefits. Contributions to the scheme are collected in the form of a tax on income.
- 8 A system of regionally differentiated tax rates for employers was introduced in 1975, dividing the country into five tax zones for the purpose of the scheme:

Zone 1: Central municipalities in southern Norway	14.1 per cent
Zone 2: Rural districts in southern Norway	10.6 per cent
Zone 3: Coastal area mid-Norway	6.4 per cent
Zone 4: Northern Norway (except zone 5)	5.1 per cent
Zone 5: Spitzbergen/Finnmark/Northern part of Troms	0 per cent

- 9 In a letter dated 16 June 1995, the EFTA Surveillance Authority asked the Norwegian Government to submit full details on the existing scheme for social security taxation in Norway, in particular on the system of regionally differentiated social security contributions paid by employers, with a view to examining the compatibility of the system with Article 61 of the EEA Agreement.
- 10 The Norwegian Government responded in a letter of 19 September 1995.
- 11 In the period between the spring of 1996 and the spring of 1997, the EFTA Surveillance Authority and the Norwegian authorities held a number of informal meetings aimed at elucidating the nature of the Norwegian scheme for social security taxation.

- 12 Concluding that the scheme of regionally differentiated social security contributions in Norway involved State aid within the meaning of Article 61(1) that could not be upheld under Article 61(3) EEA, the EFTA Surveillance Authority, in a letter dated 14 May 1997, proposed appropriate measures to Norway, in accordance with Article 1(1) of Protocol 3 to the Surveillance and Court Agreement. These measures were, however, not adopted by the Norwegian Government.
- 13 Following formal investigation proceedings, on 2 July 1998, the EFTA Surveillance Authority rendered its above-mentioned Decision, in accordance with Article 1(2) of Protocol 3 to the Surveillance and Court Agreement.
- 14 The operative part of the Decision reads:

“1. The system of regional differentiation of employers’ social security contributions in Norway is incompatible with the EEA Agreement in so far as,

a) it applies to activities not referred to in point b) below, unless it is confined to areas which have been notified to the Authority and found eligible for regional transport aid,

b) it allows for the following kind of enterprises to benefit from the lower social security contribution rates applied in zones 2-5,

- enterprises engaged in Production and distribution of electricity (NACE 40.1)
- enterprises engaged in Extraction of crude petroleum and gas (NACE 11.10)
- enterprises engaged in Service activities incidental to oil and gas extraction excluding surveying (NACE 11.20)
- enterprises engaged in Mining of metal ores (NACE 13)
- enterprises engaged in activities related to the extraction of the industrial minerals Nefeline syenite (HS 2529.3000) and Olivine (HS 2517.49100)
- enterprises covered by the act referred to in point 1b of Annex XV to the EEA Agreement (Council Directive 90/684/EEC on aid to shipbuilding)
- enterprises engaged in production of ECSC steel,
- enterprises with more than 50 employees engaged in Freight transport by road (NACE 60.24)
- enterprises engaged in the Telecommunications (NACE 64.20) sector
- enterprises having branch offices established abroad or otherwise being engaged in cross-border activities related to the following sectors, namely, Financial intermediation (NACE 65), Insurance and pension funding (NACE 66), and Services auxiliary to financial intermediation (NACE 67), with the exception of branch offices only providing local services.

2. For the system of regionally differentiated social security contributions from employers to be adapted in such a way that it would become compatible with the rules on regional transport aid as reflected in the Authority’s State Aid Guidelines and allow the Authority to carry out its surveillance functions in accordance with Article 1 of Protocol 3 to the Surveillance and Court

Agreement, in addition to the adjustments required by points 1 (a) and (b) of this decision, the following conditions would have to be complied with:

- a) The applicability of the system would have to be limited in time, not going beyond 31 December 2003. Before that time, a request for extension may be submitted for examination by the Authority.
 - b) The Norwegian Government would be required to submit detailed annual reports on the aid scheme in accordance with the format indicated in Annex III of the State Aid Guidelines. As foreseen in Chapter 32 of the State Aid Guidelines, those reports would have to cover two financial years and be submitted to the Authority not later than six months after the end of the financial year. The first report is to be submitted before 1 July 2000.
 - c) In accordance with the rules on regional transport aid, the detailed annual reports would have to show, in addition to information required according to point (b), the operation of an aid-per-kilometre ratio, or of an aid-per-kilometre and an aid-per-unit ratio.
 - d) The detailed annual reports would also have to contain, in addition to information required according to points (a) and (c), the estimated amounts of indirect compensation for additional transport costs in the form of lower social security contributions received by enterprises in the sectors covered by special notification requirements (motor vehicle industry, synthetic fibre industry and non-ECSC steel industry).
 - e) For production covered by the specific sectoral rules related to synthetic fibres, motor vehicles and non-ECSC steel, the Norwegian Government would have to notify the Authority of any recipients of aid benefiting from the lower social security contribution rates in zones 2-5.
 - f) The Norwegian authorities would have to introduce specific rules to ensure that overcompensation due to the cumulation of regional transport aid from different sources will not occur.
3. Norway shall take the necessary measures to ensure that the aid which the Authority has found incompatible with the functioning of EEA Agreement is not awarded after 31 December 1998 and, where applicable, that the conditions in point 2 of this decision are complied with. It shall inform the Authority forthwith of the measures taken.
4. This decision is addressed to Norway. The Norwegian Government shall be informed by means of a letter containing a copy of this decision.”

Arguments of the Parties

- 15 In support of its application for interim measures, the *Government of Norway* has referred to its submissions in the main action: first, that the system at issue is part of the general tax system in Norway and sufficiently general in nature so as not to involve State aid favouring certain undertakings within the meaning of Article 61(1) EEA; secondly, that the EFTA Surveillance Authority acknowledges that not all the aid covered by the Decision affects trade between Contracting Parties and that it warrants the annulment of the Decision, and that the EFTA Surveillance Authority has failed to decide which parts of the system, or aid granted under the system, infringe Article 61(1) EEA. Thirdly, the Government of Norway submits that the EFTA Surveillance Authority has not provided an adequate statement of reasons on the points identified above.
- 16 As to the urgency of the measure, the Government of Norway submits that the amendments required in the Decision are substantial and would have to be prepared thoroughly, from a legal, administrative and economic standpoint, and that the effects of the required changes might be extensive. The Government of Norway states that the scope of the Decision makes the case unique compared with more traditional State aid cases, which usually affect one or a few undertakings. In this case, the scope is so wide and general that it is impossible to predict with any certainty what effect it will have on society if the Decision is to be implemented on 1 January 1999.
- 17 The Government of Norway has presented certain evidence on selected sectors supporting its submission that it would have grave consequences for companies if the maximum social security tax rate was to be applied. The Government of Norway maintains that it is established beyond doubt that many jobs will be endangered if the Decision is implemented on 1 January 1999. In some instances, the future of local communities may be jeopardized if enterprises terminate their activity or move their operations. The damage caused to the employees, as well as the consequences for unemployment and recession in the local communities, would most likely be serious and irreparable.
- 18 The Government of Norway further submits that there are no weighty arguments against suspension of the application of the Decision for the short period until the Court has given judgment in the main case.
- 19 *The EFTA Surveillance Authority* submits that the Government of Norway clearly falls short of establishing a *prima facie* case for granting an interim measure.
- 20 The EFTA Surveillance Authority submits that no evidence has been provided of imminent risk of serious and irreparable damage to Norway and that there is a manifest lack of any causal link between the damage referred to by the Government of Norway and the implementation of the Decision. The EFTA

Surveillance Authority notes in particular that it does not follow from the decision that maximum rate contributions should be required from all employers.

- 21 As the Government of Norway has, in the view of the EFTA Surveillance Authority, failed to establish a *prima facie* case and to show an imminent risk of serious and irreparable damage to its interests, the EFTA Surveillance Authority argues that a balance of the various interests involved is not needed. However, if this were to be carried out, the EFTA Surveillance Authority notes that the interest against which the granting of a suspension is to be weighed is the interest of competitors in undertakings presently benefiting from the aid.

Findings of the Court

- 22 Pursuant to Article 40 of the Surveillance and Court Agreement, actions brought before the Court do not have suspensory effect. The Court may, however, if it considers that circumstances so require, order that application of the contested act be suspended.
- 23 Pursuant to Article 80(2) of the Rules of Procedure, an application for suspension of application shall state the subject-matter of the proceedings, the circumstances giving rise to urgency and the pleas of fact and law establishing a *prima facie* case for the interim measures applied for.
- 24 Although the Court is not required by Article 3(1) of the Surveillance and Court Agreement to follow the jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities (hereinafter the “ECJ”) with regard to the interpretation of the main part of that Agreement, the Court finds it relevant to consider such jurisprudence of the ECJ with regard to corresponding provisions of the EC Treaty. See the Court’s decision in Case E-1/94 *Restamark*, at paragraph 24.
- 25 The ECJ and the Court of First Instance have consistently held, that suspension of the operation of an act may be ordered if it is established that such an order is *prima facie* justified in fact and in law and that it is urgent in the sense that, in order to avoid serious and irreparable damage to its interests, it must be made and take effect before a decision is given in the main action. Where appropriate, the competing interests involved have to be weighed up (see *inter alia* Joined Cases C-239/96 R and C-240/96 R *United Kingdom v Commission* (1996) ECR I-4475, at para. 31).
- 26 As regards the first requirement, the *prima facie* justification of such an order, the Court notes that the issues in the present case are the questions whether and to what extent a general social security system in part financed by regionally differentiated contributions from employers contravenes Article 61 EEA on State aid. The Court further notes that this case is the first to raise the issue whether a system as such falls under the State aid regime of the EEA Agreement. It is

sufficient to state that the action for annulment raises complex questions of law which call for an in-depth consideration and that the application cannot be said to be wholly unjustified. The Court finds, therefore, that the application cannot be rejected on the ground that the Government of Norway has not established a *prima facie* case for accepting the measure.

- 27 As regards the urgency of the measure, according to relevant case law of the ECJ, the Government of Norway must show serious and irreparable damage to its interests, a criterion which does not allow damage caused to economic operators to be taken into account (see *inter alia* Case-32/89 R *Greece v Commission* (1989) ECR 987, at para. 16.). The Court notes, however, with regard to the nature of the damage which may be invoked by a Contracting Party, that States are responsible for interests, in particular those of an economic and social nature, which are regarded as general interests at a national level. They may, therefore, invoke damage affecting a whole sector of their economy, in particular when the contested decision may entail unfavourable repercussions at the level of employment or similar matters of concern to the population (see Case C-280/93 R *Germany v Commission* (1993) ECR I-3668, at para. 27).
- 28 The Court has considered the argument of the Government of Norway that, because of the wide and general scope of the Decision, the exact consequences are not easily assessed. The Court finds, in the circumstances of this case, that the burden of proving that serious and irreparable damage may be occasioned by the immediate application of the Decision must consequently be eased.
- 29 The Government of Norway has argued that implementing the Decision may have serious and irreparable consequences for certain sectors of the economy, and in particular certain regions, affecting not only the enterprises but also the local communities through unemployment and recession. In light of the aim of the system, which is undisputedly of a political and social nature, and in light of the possibility of serious imminent consequences for the national interest, the Court finds that the application cannot to be rejected on the ground that the urgency of the measure has not been shown.
- 30 Finally, the Court notes that the disputed system with a regionally differentiated social security taxation was established in 1975 and has since been operated in Norway. While the Court does not underestimate the importance of the interest of economic operators within the European Economic Area, the Court finds, in balancing the interests at hand, that given the relatively short time until a final decision in the case can be reached and the extensive legal, administrative and economic preparation necessary to comply with the Decision, and because of its wide and generally formulated scope, it is in this case justified to grant the interim measure applied for.

- 31 Consequently, the Court holds, on the basis of Article 40 of the Surveillance and Court Agreement that the operation of the Decision shall be suspended until the final judgment of the Court is delivered.
- 32 The parties have not asked for costs in relation to this application.

On those grounds,

THE COURT

hereby orders:

The application of Decision No. 165/98/COL of the EFTA Surveillance Authority of 2 July 1998 is suspended until the Court has delivered its judgment in the main action.

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Luxembourg, 11 December 1998.

Gunnar Selvik
Registrar

Bjørn Haug
President

The EFTA Court was set up under the Agreement on the European Economic Area (the EEA Agreement) of 2 May 1992. The EEA Agreement entered into force on 1 January 1994.

This report contains information on the EFTA Court for the period from 1 January 1998 to 31 December 1998. It has a short section on the Judges and the staff.

The report also includes the full texts of all decisions of the EFTA Court in the period covered as well as the reports prepared by the Judge-Rapporteurs for the hearings of the cases.