

EFTA-domstolen och tolkningen av EES-avtalet

AV MARTIN JOHANSSON OCH MARIA WESTMAN-CLÉMENT

1. Inledning

Med anledning av att den homogena tolkningen och tillämpningen av EES-avtalet, samt EFTA-domstolens förmåga att säkerställa en sådan tolkning och tillämpning, har ifrågasatts i en del uppsatser och artiklar, finner vi det angeläget att ta upp några av de frågeställningar som har berörts.¹ Vi har valt ut sex av de i våra ögon viktigaste frågorna, vilka vi behandlar var och en för sig.

Redan inledningsvis vill vi dock understryka betydelsen av att vara medveten om den klara skillnaden mellan de två versionerna av EES-avtalet som var föremål för EG-domstolens båda yttranden. Efter den kritik som Domstolen uttalade i yttrande 1/91,² bl. a. rörande homogenitetssyftet, omarbetades avtalet i väsentliga hänseenden och det var följaktligen ett på många betydelsefulla punkter omförhandlat avtal som EG-domstolen godkände den 10 april 1992 i sitt yttrande 1/92.³

2. EES-avtalets syfte

Det torde inte råda någon som helst tvekan om att de avtalsslutande parternas syfte är att skapa ett homogent EES — inte bara vad avser EES-avtalet utan också vad gäller de bestämmelser i avtalet som i sak återger bestämmelser i gemenskapslagstiftningen. Detta kommer otvetydigt till uttryck i preambeln till EES-avtalet, femtonde stycket, där de avtalsslutande parterna uttalar att deras mål

”är att nå och upprätthålla en enhetlig tolkning och tillämpning av detta avtal och de bestämmelser i gemenskapslagstiftningen som i sak återges i detta avtal samt att nå lika behandling av enskilda och företag vad avser de fyra friheterna och konkurrensvillkoren.”

Denna text är resultatet av ett noggrant och mödosamt arbete av båda sidor i förhandlingarna. Den är ett av de nya element som de avtalsslutande parterna inarbetade i avtalet för att klarare under-

¹ Se t. ex. Brita Sundberg Weitman *EES och EFTA-domstolen. Risk för kollisioner med EG-domstolen*, SvJT 1994 s. 289, och Nils Wahl, ”Relevanta” avgöranden av EG-domstolen, i *EES-avtalet i svensk rätt*, Skriftserien nr 39, Juristförlaget JF AB 1993.

² Yttrande 1/91 [1991] ECR I-6079.

³ Yttrande 1/92 [1992] ECR I-2821.

stryka homogenitetssyftet och för att stärka homogenitetsgarantierna så långt det någonsin var möjligt, efter det att EG-domstolen i sitt yttrande 1/91⁴ förklarade att en gemensam EES-domstol ej var förenlig med EG-fördraget.

I femte stycket i preambeln uttalar de avtalslutande parterna att de är fast beslutna "att vidta åtgärder för att *så långt det är möjligt* förverkliga fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital inom hela Europeiska ekonomiska samarbetsområdet" (författarnas kursivering). Denna kvalificering vad avser förverkligandet av de fyra friheterna torde framför allt syfta på möjligheten att vissa gemenskapsbestämmelser och -rättsakter inte skulle integreras med EES-avtalet. Den syftar inte på tolkningen och tillämpningen av de rättsakter och bestämmelser som *har* integrerats. Detta framgår inte bara av det femtonde stycket i preambeln ("lika-behandling av enskilda och företag vad avser de fyra friheterna och konkurrensvillkoren") utan också av artikel 1 EES, som i punkt 1 föreskriver att avtalets syfte är att:

"främja ett fortgående och balanserat stärkande av handeln och de ekonomiska förbindelserna mellan de avtalslutande parterna *på lika konkurrensvillkor och med respekt för samma regler, i avsikt att skapa ett homogent Europeiskt samarbetsområde ...*" (författarnas kursivering)

För att uppnå dessa mål skall avtalet enligt punkt 2 bl. a. leda till

- fri rörlighet för varor,
- fri rörlighet för personer,
- fri rörlighet för tjänster,
- fri rörlighet för kapital.

Varken femtonde stycket i preambeln, som direkt berör tolkningen och tillämpningen av avtalet, eller artikel 1 EES innehåller således någon text som skulle innebära en inskränkning i de avtalslutande parternas vilja att förverkliga de fyra friheterna.

Artikel 31.1 i Wienkonventionen om traktaträtten föreskriver att traktat "skall tolkas ärligt i överensstämmelse med den gängse meningen av traktatens uttryck sedda i sitt sammanhang och mot bakgrunden av traktatens ändamål och syfte". I sammanhanget ingår vid tolkningen av en traktat, förutom texten inklusive dess preambel och bilagor, bl. a. "dokument som upprättats av en eller flera parter i samband med traktatens ingående och godtagits av de andra parterna som dokument sammanhörande med traktaten" (artikel 31.2).

⁴ Yttrande 1/91 [1991] ECR I-6079.

Som nämnts ovan bör det inte råda något som helst tvivel om vad EES-avtalets ändamål och syfte är. Detta framgår tydligt av artikel 1 EES och av femtonde stycket i preambeln.⁵ Det finns dock ytterligare ett antal element som inarbetats i avtalet för att säkerställa dess homogena tillämpning och tolkning. Förutom att ordalydelsen i EES-avtalets centrala materiella bestämmelser är densamma som i motsvarande bestämmelser i EG-fördraget och att EG:s sekundärlagstiftning (förordningar, direktiv, etc.) integrerats med avtalet med enbart vissa smärre anpassningar, bör vissa av de viktigare homogenitetselementen särskilt nämnas här.⁶

Enligt artikel 6 EES skall bestämmelserna i EES-avtalet, i den mån de är identiska med motsvarande bestämmelser i EG och EKSG-fördragen samt med rättsakter som antagits med tillämpning av dessa fördrag, vid genomförande och tillämpning tolkas i enlighet med relevanta avgöranden av EG-domstolen som meddelats *före dagen för undertecknandet av EES-avtalet*. Denna regel upprepas i artikel 3.1 i avtalet mellan EFTA-staterna om upprättande av en övervakningsmyndighet och en domstol (övervaknings- och domstolsavtalet — ÖDA) vad gäller bestämmelserna i bl. a. protokoll 1 till 4 ÖDA. Vidare föreskriver artikel 3.2 ÖDA att EFTA:s övervakningsmyndighet och EFTA-domstolen vid tolkningen av EES-avtalet och övervaknings- och domstolsavtalet skall ta vederbörlig hänsyn till de principer som fastställts genom relevanta avgöranden av EG-domstolen som meddelats *efter dagen för undertecknandet av EES-avtalet* och som avser tolkningen av EES-avtalet eller av sådana bestämmelser i EG- och EKSG-fördragen som i sak är identiska med bestämmelserna i EES-avtalet eller bestämmelserna i protokollen 1 till 4 ÖDA.⁷ EFTA-staterna har

⁵ Jfr också fjärde stycket i preambeln: "Som beaktar målet att upprätta ett dynamiskt och homogent europeiskt ekonomiskt samarbetsområde, som är grundat på gemensamma regler och lika konkurrensvillkor ...".

⁶ Av de övriga elementen har fjärde och femtonde stycket i preambeln samt artikel 1 EES redan nämnts. Exempel på andra homogenitetselement i EES-avtalet är artiklarna 3 och 4 EES (som motsvarar artiklarna 5 och 7 EG) och artiklarna 105 och 106 EES i avsnitt I, kapitel 3, Del VII av avtalet, titulerat Homogenitet. För en fullständigare genomgång av homogenitetselementen se Sven Norberg *The EFTA Court and the homogeneous EEA*, JT nr 4 1994, s. 734. Se också kapitel IX i Norberg, Hökberg, Johansson, Eliasson och Dedichen, *EEA Law — A Commentary to the EEA Agreement*, Fritzes 1993 (utkommer på svenska i september 1994 under titeln *EG-rätten i EES — En kommentar till EES-avtalet*), samt *Legal Issues in view of entry into force of the EEA Agreement*, EFTA Interim Working Group V on Legal and Institutional Questions, A Seminar held in Vaduz in September 1993, EFTA, Genève, 1993.

⁷ Att man här talar om att "ta vederbörlig hänsyn" (uttrycket är hämtat från artikel 2 i protokoll 3 till Lugano-konventionen) beror på att EFTA-staterna omöjligt kunde åta sig att såsom bindande ta över EG-domstolens framtida rättspraxis "in blanco". Detta på grund av såväl politiska som konstitutionella hänsyn. Med tanke på hur tydligt de avtalslutande parterna uttryckt homogenitetssyftet lär dock denna skillnad i ordalydelse mellan å ena sidan artikel 6 EES och artikel 3.1 ÖDA och å andra sidan artikel 3.2 ÖDA i praktiken antagligen inte komma att spela någon större roll.

alltså på de områden som täcks av EES-avtalet tagit över inte bara EG:s primär- och sekundärlagstiftning utan också den rättspraxis som EG-domstolen utvecklat i sin tolkning och tillämpning av denna, dvs. hela den s. k. *acquis communautaire*. Exempelvis har man vad gäller den fria rörligheten för varor tagit över artiklarna 30 och 36 EG (artiklarna 11 och 13 EES), EG:s sekundärlagstiftning rörande tekniska föreskrifter, standarder, provning och certifiering (bilaga II EES) samt EG-domstolens rättspraxis rörande dessa rättsregler, såsom avgörandena rörande den s. k. Cassis de Dijon-principen.⁸

Uttrycket ”relevanta avgöranden” torde i första hand inte vara avsett att begränsa tillämpningsområdet för artikel 6 EES, utan snarare tvärtom. Således måste artikel 6 EES anses omfatta inte bara EG-domstolens tolkning av de materiella reglerna utan också de grundläggande rättsprinciper som under årens lopp utvecklats av Domstolen. Detta måste vara fallet oavsett om dessa först utvecklats i avgöranden på områden som inte omfattas av EES-avtalet, förutsatt att Domstolen i senare avgöranden upphöjt dem till allmänna rättsprinciper som genomsyrar hela gemenskapsrätten, inklusive de områden som omfattas av avtalet. Exempel på sådana allmänna rättsprinciper är principen om den enskildes rättssäkerhet⁹ och proportionalitetsprincipen.¹⁰ En EES-bestämmelse som i sak är identisk med en motsvarande EG-bestämmelse skall följaktligen tolkas i enlighet med EG-domstolens avgöranden avseende denna bestämmelse *samt i enlighet med de delar av Domstolens avgöranden avseende andra bestämmelser som rör allmänna rättsprinciper.*

Var exakt gränsen går för om ett avgörande av EG-domstolen skall anses ”relevant” har dock lämnats till domstolarna att avgöra i det enskilda fallet. Det är lätt att inse att det inte var möjligt för förhandlarna att utforma en bestämmelse som i alla detaljer fastställde vilka avgöranden som var relevanta och vilka som inte var det.

Vad gäller EG-rättens principer om direkt tillämplighet direkt effekt och företräde (*primacy*) har EFTA-staterna i protokoll 35 EES åtagit sig att genom nationella förfaranden i praktiken uppnå samma resultat.¹¹ EFTA-staterna har alltså inte nödvändigtvis tagit

⁸ Se också avsnitt 4 nedan.

⁹ Jfr t. ex. målet 224/84 *Johnston mot Chief Constable of the Royal Ulster Constibulary* [1986] ECR 1651.

¹⁰ Jfr t. ex. målet 181/84 *Man (Sugar) mot IBAP* [1985] ECR 2889.

¹¹ Härutöver finns ytterligare ett par principer i EG-rätten som har liknande syfte, men som inte bygger på direkt effekt. Jfr t. ex. målet C-106/89 *Marleasing SA mot Comercial Internacional Alimentacion SA* [1990] ECR I-4135 (principen om gemenskapskonform tolkning; en långtgående princip om att nationella domstolar är skyldiga att tolka nationella regler så att de överensstämmer med gemenskapsreglerna), och målen C-6/90 & C-9/90 *Franovich och Bonifaci mot Italien*

över dessa principer i den form som de utvecklats av EG-domstolen, utan har i stället i protokollets enda artikel förbundit sig att "[f]ör fall när det kan uppstå konflikter mellan genomförda EES-regler och andra författningsbestämmelser, ... vid behov införa en författningsbestämmelse som innebär att EES-reglerna skall ha företräde i dessa fall". Denna artikel har i Sverige genomförts genom 5 § i EES-lagen, den s. k. lagvalsklausulen: "Föreskrifter i denna lag eller annan lag som meddelats till uppfyllande av Sveriges förpliktelser enligt EES-avtalet skall tillämpas utan hinder av vad som annars föreskrivs i lag. Motsvarande skall gälla också i förhållandet mellan föreskrifter i annan författning än lag."¹²

Ett annat av EES-avtalets viktigare homogenitetsmoment är artikel 7 EES. Denna artikel föreskriver att EG-rättsakter som det hänvisas till i bilagorna till EES-avtalet eller i beslut av Gemensamma EES-kommittén skall vara bindande för de avtalsslutande parterna. Rättsakterna skall utgöra en del av, eller införlivas med, deras interna rättsordning enligt följande:

1a) En rättsakt som motsvarar en EEG-förordning skall som sådan införlivas med de avtalsslutande parternas interna rättsordning.

1b) En rättsakt som motsvarar ett EEG-direktiv skall ge de avtalsslutande parternas myndigheter rätt att välja form och metod för genomförandet.

Som synes har artikel 189 EG stått modell för artikel 7 EES. Således är både förordningar och direktiv bindande såväl inom EES som inom EG. Dessutom skall direktiv ge de avtalsslutande parternas myndigheter rätt att välja form och metod. Vad gäller förordningar finns det dock en skillnad. Inom EG är förordningar direkt tillämpliga, dvs. de skall (och får) inte genomföras på nationell nivå. Inom EES skall de utgöra en del av, eller som sådana införlivas med, en avtalsslutande parts interna rättsordning. Denna skill-

[1991] ECR I-5357 (en medlemsstat kan bli skadeståndsskyldig mot enskilda om den inte korrekt genomför ett gemenskapsdirektiv). Huruvida dessa principer är tillämpliga inom EES framgår inte direkt av avtalstexten. Att så skulle vara fallet framstår dock inte som omöjligt med tanke på det långtgående homogenitetssyftet.

¹² Det kan vara av intresse att göra en jämförelse med den finska bestämmelsen för genomförandet av protokoll 35 EES (2 § i Lag 1993:1504 om godkännande av vissa bestämmelser i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och om tillämpningen av avtalet): "Ett stadgande i lag eller förordning får inte tillämpas, om det står i strid med: 1) ovillkorliga och tillräckligt exakta bestämmelser i EES-avtalets huvudavtal eller i dess protokoll eller bilagor, 2) en sådan bestämmelse i ett direktiv till vilken det hänvisas i EES-avtalets bilagor, om bestämmelsen i direktivet är ovillkorlig och tillräckligt exakt samt om den gäller enskilda personers förhållande till den offentliga makten och om det är förenligt med den enskildes rätt att inte tillämpa stadgandet i lagen eller förordningen, eller 3) en EEG-förordning som det hänvisas till i en bilaga till EES-avtalet."

nad bottnar i att, medan EG vad gäller internationella avtals ställning i den interna rättsordningen är monistiskt, de fyra nordiska EFTA-länderna följer en dualistisk tradition, dvs. internationella avtal är inte direkt tillämpliga i den nationella rättsordningen, och kan inte ha direkt effekt, utan att först ha införlivats med denna. Det krävdes följaktligen en särskild skrivning i artikel 7 EES för att täcka också de dualistiska EFTA-länderna: "eller införlivas med". I dessa länder är förordningar således inte direkt tillämpliga utan införlivas genom inkorporering ("som sådana") i deras interna rättsordningar. Härigenom skall man på det nationella planet kunna uppnå ett resultat som i praktiken leder till ett resultat som motsvarar direkt tillämplighet och direkt effekt av förordningar inom EG.

Leder då en tillämpning av artikel 31 i Wienkonventionen till att EG-fördragen och EES-avtalet skall tolkas olika? Visserligen är det ostridigt att EG-fördragets mål och syften (att skapa en allt fastare sammanslutning mellan de europeiska folken) går längre än EES-avtalets (att främja ett fortgående och balanserat stärkande av handeln och de ekonomiska förbindelserna mellan de avtalsslutande parterna på lika konkurrensvillkor och med respekt för samma regler). Man skulle därav kunna förledas att dra den slutsatsen att EES-avtalets bestämmelser inte skall ges samma tolkning som motsvarande bestämmelser i EG-fördragen. Detta är dock enligt vår åsikt en felaktig slutsats. De avtalsslutande parternas tydligt uttalade mål är att nå och upprätthålla en homogen tolkning av EES-avtalets och EG-fördragets motsvarande bestämmelser. Detta mål genomsyrar hela avtalet och framgår klart när man lägger samman de olika homogenitetselementen (av vilka endast ett fåtal beskrivits ovan). Detta kan inte leda till någon annan slutsats än att de EES-bestämmelser som i sak är identiska med motsvarande bestämmelser i EG-fördragen, med de begränsningar som framgår av avtalet, skall tolkas och tillämpas på samma sätt, och detta trots att Gemenskapen i vissa hänseenden otvivelaktigt har längre gående mål och syften.

Det bör också hållas i åtanke att de avtalsslutande parterna just på grund av att målen och syftena ej var desamma, och den risk för skillnader i tolkningen som var förbunden därmed, mycket noggrant uttryckt homogenitetssyftet i avtalet. Man var under förhandlingarna hela tiden fullt medveten om *Polydor-* och *Kupferberg-*

*fallen*¹³ och fast besluten att inom EES förhindra varje risk för ett upprepanande av dessa.

3. EG-domstolens rättspraxis avseende frihandelsavtalen

De bilaterala frihandelsavtalen mellan EEG och de enskilda EFTA-staterna har vid ett flertal tillfällen varit föremål för tolkningar av EG-domstolen. Det mest kända av dessa fall, och till vilket det flitigt har hänvisats, är *Polydor-fallet*¹⁴ från 1982. I detta fall, som rörde tolkningen av artiklarna 14.2 och 23 i frihandelsavtalet mellan EEG och Portugal, uttalade Domstolen bl. a. att det var nödvändigt att analysera bestämmelserna i ljuset av såväl frihandelsavtalets mål och syfte som dess sammanhang. Domstolen fann att även om artiklarna 14.2 och 23 i frihandelsavtalet återgav ordalydelsen i de relevanta delarna av artiklarna 30 och 36 EG, var detta inte en tillräcklig grund för att "överföra" EG-domstolens rättspraxis på bestämmelserna i frihandelsavtalet. Frihandelsavtalet hade inte "samma mål som EEG-fördraget, eftersom detta ... syftar till att skapa en enhetlig marknad som så nära som möjligt återger förhållandena på en inhemsk marknad".

I vissa senare fall från 1992 och 1993, alltså före EES-avtalets ikraftträdande men efter yttrande 1/91, har Domstolen dock tolkat frihandelsbestämmelser i enlighet med sin rättspraxis rörande likalydande EG-bestämmelser. Fallet *Kommissionen mot Italien*¹⁵ rörde bl. a. frihandelsavtalet mellan EEG och Norge. Importen av fisk från bl. a. Norge till Italien utsattes systematiskt för kontroll vid gränsen, och detta även då varupartiet i vederbörlig ordning åtföljdes av ett intyg. EG-domstolen uttalade att artiklarna 30 och 36 EG (kvantitativa importrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan) måste tolkas så att systematiska kontroller av fiskpartier försedda med ett intyg utfärdat av behöriga myndigheter i exportlandet ej kan anses berättigade av hänsyn till skydd för allmän hälsa. Domstolen konstaterade att de ovan nämnda bestämmelserna var identiska med artiklarna 13 och 20 i frihandelsavtalet mellan EEG och Norge, och uttalade:

"Sålunda omfattar detta avtal, vad gäller utbytet mellan de avtalslutande parterna, regler som är identiska med bestämmelserna i artiklarna 30

¹³ Målet 270/80 *Polydor Ltd. m. fl. mot Harlequin Record Shops Ltd. m. fl.* [1982] ECR 329, och målet 104/81, *Hauptzollamt Mainz mot Kupferberg & Cie KG a.A.* [1982] ECR 3641. Beträffande *Polydor-fallet*, se avsnitt 3 nedan.

¹⁴ Se föregående fotnot.

¹⁵ Målet 228/91 *EG-Kommissionen mot Italien* [1993] ECR I-2701 (ännu ej publicerat på engelska). Fallet är också intressant ur den synvinkeln att det är oss veterligt första gången Kommissionen väcker talan vid Domstolen mot en medlemsstat för brott mot frihandelsavtalen.

och 36 i fördraget och det finns i detta fall inga skäl att tolka dessa regler annorlunda än de nämnda bestämmelserna i fördraget.”¹⁶

I *Legros-fallet*¹⁷ begärde en domstol i Saint-Denis (Réunion) ett förhandsavgörande från EG-domstolen. Fallet gällde tolkningen av artiklarna 9, 13 och 95 EG samt artikel 6 i frihandelsavtalet mellan Sverige och EEG. Leopold Legros m. fl. hade importerat fyra bilar — tre tysktillverkade och en svensktillverkad — till Réunion och hade i anslutning till detta tvingats betala vissa avgifter. EG-domstolen ansåg dessa vara avgifter med en med importtullar motsvarande verkan (i den mening som avses i artiklarna 9 och 12 EG). Frågan var därefter huruvida den motsvarande bestämmelsen i frihandelsavtalet mellan Gemenskapen och Sverige (artikel 6) skulle tolkas på samma sätt. Den franska regeringen hänvisade till domen i *Polydor-fallet*,¹⁸ och anförde att Domstolens rättspraxis ej kunde överföras till likalydande bestämmelser i frihandelsavtalet.¹⁹ Domstolen förkastade denna argumentation samtidigt som den bekräftade att en bestämmelse måste analyseras i ljuset av avtalets syfte och mål samt dess sammanhang.²⁰ Domstolen förklarade:

”Avtalet skulle således berövas en betydande del av sin ändamålsenliga effekt om begreppet avgift med motsvarande verkan, såsom det förekommer i artikel 6, skulle tolkas som om det skulle ha en mer begränsad omfattning än samma begrepp i EEG-fördraget.”²¹

Som ett sista exempel vill vi nämna *Eurim-Pharm-fallet*²² som gällde parallellimport av läkemedel från Österrike till Tyskland. Förvaltningsdomstolen i Berlin begärde ett förhandsavgörande från EG-domstolen angående huruvida artiklarna 13 och 20 i frihandelsavtalet mellan Gemenskapen och Österrike skulle tolkas i enlighet med Domstolens rättspraxis rörande artiklarna 30 och 36 EG vad gällde parallellimport av läkemedel. Italien och Storbritannien, vars regeringar inkom med skriftliga inlagor till Domstolen, hänvi-

¹⁶ ”Ainsi, cet accord comporte, en ce qui concerne les échanges entre les parties contractantes, des règles identiques à celles des articles 30 et 36 du traité et qu’il n’existe, en l’espèce, pas de raison pour interpréter ces règles différemment que les dits articles du traité.” (grund 48).

¹⁷ Målet 163/90 *Administration des douanes et droits indirects mot Léopold Legros m. fl.* [1992] ECR I-4625 (ännu ej publicerat på engelska).

¹⁸ Målet 270/80 *Polydor Ltd. m. fl. mot Harlequin Record Shops Ltd. m. fl.* [1982] ECR 329.

¹⁹ Grund 21.

²⁰ Grund 22 och 23.

²¹ ”L’accord serait donc privé d’une partie importante de son effet utile si la notion de taxe d’effet équivalent, figurant dans son article 6, devait être interprétée comme ayant une portée plus restrictive que celle du même terme figurant dans le traité CEE.” (Grund 26). Med ändamålsenlig effekt (*effet utile*) åsyftar Domstolen den princip, som också finns i internationell rätt, som innebär att ett avtal skall tolkas så att dess syfte uppnås.

²² Målet 207/91 *Eurim-Pharm GmbH mot Bundesgesundheitsamt* [1993] ECR I-3723 (ännu ej publicerat på engelska).

sade bl. a. till *Polydor-fallet* och menade att Domstolens rättspraxis (såsom den kommit till uttryck bl. a. i *de Peijper-fallet*²³) inte kunde överföras till frihandelsavtalet då detta varken förutsåg lagharmonisering eller administrativt samarbete inom läkemedelsområdet. Domstolen förkastade denna argumentation och menade att *även om man skulle anta* att Domstolens rättspraxis gällande artiklarna 30 och 36 EG inte skulle vara överförbar på en tolkning av artiklarna 13 och 20 av frihandelsavtalet, så räckte det att konstatera att de tyska hälsoskyddsmyndigheterna hade tillgång till all nödvändig information vad gällde läkemedlet ifråga samt att de inte var i behov av något som helst samarbete från de österrikiska myndigheterna sida, och att det därför under dessa omständigheter vore att beröva artiklarna 13 och 20 i frihandelsavtalet en betydande del av deras ändamålsenliga effekt om de ej kunde tolkas så att de motsatte sig en bestämmelse av ifrågavarande slag.²⁴ Domstolen undvek således noga att ge ett generellt svar på frågan huruvida dess rättspraxis rörande EE-fördraget kunde överföras till likalydande bestämmelser i ett frihandelsavtal. Domstolen gjorde istället en *in casu* bedömning med beaktande av alla omständigheter i fallet.

Man måste följaktligen vara ytterst försiktig med att dra alltför långtgående slutsatser angående EG-domstolens rättspraxis rörande frihandelsavtalen. Vidare vore det direkt felaktigt att dra paralleller mellan denna rättspraxis (t. ex. *Polydor-fallet*) och Domstolens framtida tolkningar av EES-avtalet. Med EES-avtalet befinner vi oss i en helt ny situation eftersom avtalet går betydligt längre än frihandelsavtalen, både beträffande omfång och målsättning, t. ex.:

- medan frihandelsavtalen inte säger något om den enhetliga tolkningen, innehåller EES-avtalet både klara uttalanden och tydliga bestämmelser avseende den homogena tolkningen av avtalets och EG-fördragets motsvarande bestämmelser samt institutionella bestämmelser för att upprätthålla den;
- EES-avtalet är ett multilateralt avtal, medan frihandelsavtalen är bilaterala,
- avtalet omfattar fullt ut Gemenskapens fyra friheter (varor, personer, tjänster och kapital), både primär- och sekundärlagstiftning, medan frihandelsavtalen endast omfattar varor och inte innefattar någon lagharmonisering. Bara på varuområdet har över 1 000 förordningar, direktiv och beslut integrerats med EES-avtalet,

²³ Målet 104/75 *Adriaan de Peijper* [1976] ECR 613.

²⁴ Grund 22 till 25.

- det innehåller regler som är identiska med reglerna inom EG vad gäller konkurrens, statsstöd och offentlig upphandling samt garantier för dessas efterlevnad,
- det omfattar EG-domstolens rättspraxis vad gäller bestämmelser som i sak är identiska med motsvarande EG-bestämmelser,
- det har, bl. a. genom upprättandet av EFTA:s övervakningsmyndighet och EFTA-domstolen, försetts med oberoende och självständiga organ för övervakning och efterlevnad,
- det innefattar parlamentariskt samarbete inom den gemensamma parlamentariskommittén och samarbete mellan samhällslivets parter i den rådgivande EES-kommittén,
- det är ett dynamiskt avtal, dvs. i motsats till frihandelsavtalen integreras hela tiden nya EG-rättsakter med avtalets bilagor så att homogeniteten upprätthålles också efter det att avtalet trätt i kraft (t. ex. har i dagsläget redan cirka 450 nya rättsakter integrerats).²⁵

4. Betydelsen av att EES är ett ”fundamentalt förbättrat” frihandelsområde och inte en tullunion

Förbudet i artikel 30 EG mot kvantitativa importrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan och undantagsregeln i artikel 36 EG spelar en mycket stor roll för förverkligandet av den fria rörligheten för varor inom EG. I dagsläget omfattar t. ex. EG-domstolens rättspraxis inom detta område ca 300 rättsfall.²⁶ Artiklarna 11 och 13 EES återger ordalydelsen i artiklarna 30 och 36 EG. EG-domstolens rättspraxis avseende de senare artiklarna är således, med vissa smärre undantag för frihandels specifika företeelser såsom krav på ursprungsintyg,²⁷ till fullo relevant i den betydelse som avses i artikel 6 EES och artikel 3 ÖDA. Detta förhållande påverkas inte av det faktum att EES är ett frihandelsområde och EG en tullunion. För en vara med EES-ursprung och som omfattas av avtalets varuomfång²⁸ gäller samma regler inom EES som för en vara med EG-ursprung, eller som har satts i fri cirkulation, inom EG.

²⁵ Om bl. a. dessa skillnader, se Walter van Gerven *The genesis of EEA law and the principles of primacy and direct effect* i *Fordham International Law Journal* (1992) s. 329. I denna artikel framför författaren, som är generaladvokat vid EG-domstolen, vidare den åsikten att principerna om direkt effekt och företräde utgör en del av EES-avtalet.

²⁶ För en uppräknig av dessa fall, med korta beskrivningar av deras sakinnehåll, se Annex F i Blanchet, Piipponen, Westman-Clément *The Agreement on the European Economic Area — a Guide to the Free Movement of Goods and Competition Rules*, Clarendon Press, Oxford 1994. Se också, *Romfördragets Artikel 30: Om EG-rättens s. k. Cassis de Dijon-princip: En studie rörande handelshinder i Västeuropa*, Ds 1990:76 och Ds 1991:46 (remissyttrandet).

²⁷ Jfr artikel 8.2 EES och avdelning V av protokoll 4 EES.

²⁸ Se artikel 8.3 EES (i detta sammanhang se också artikel 18 EES).

5. Rättigheter och förpliktelser för enskilda under EES-avtalet

EES-avtalet ger inte bara de avtalslutande parterna utan också dessas medborgare rättigheter och förpliktelser. Inom EG är EES-avtalet direkt tillämpligt och har direkt effekt.²⁹ Det har dessutom företrädare framför nationell lagstiftning.³⁰ Vad gäller EFTA-länderna har, som nämnts i avsnitt 2 ovan, särskilda lösningar utarbetats som innebär att samma resultat skall uppnås i praktiken. I Sverige har man t. ex., förutom att ta in lagvalsklausulen i EES-lagen, bland annat inkorporerat själva EES-avtalet med sina 129 artiklar samt ett antal av dess protokoll. Enskilda kan alltså stödja sig direkt på dessa bestämmelser inför svenska domstolar.

Dessutom är EES-avtalets konkurrensregler riktade direkt till enskilda och företag. Avtal som strider mot artikel 53.2 EES är till exempel ogiltiga och EFTA:s övervakningsmyndighet eller EG-kommissionen kan ålägga avtalsparterna till sådana avtal att betala böter. Dessa kan dock överklaga övervakningsmyndigheternas beslut till EFTA-domstolen respektive EG:s förstainstansrätt.

Att de avtalslutande parterna till EES-avtalet lagt stor vikt vid enskildas rättigheter framgår också av åttonde stycket i preambeln till avtalet, där de förklarar att de är övertygade om:

”den betydelsefulla roll som enskilda kommer att spela inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet genom att utöva de rättigheter som de tillerkänns i avtalet och genom att rättsligt försvara dessa rättigheter.”

6. Möjligheten att begära rådgivande yttranden från EFTA-domstolen

Möjligheten för nationella domstolar att begära rådgivande yttranden från EFTA-domstolen har stor betydelse för den homogena tillämpningen och tolkningen av EES-avtalet.³¹ Det är också ganska signifikativt att det första målet som kom att registreras vid EFTA-domstolen var en begäran om ett sådant yttrande.³²

EFTA-domstolens rådgivande yttranden regleras i artikel 34 ÖDA. Denna artikel är utformad med artikel 177 EG, rörande EG-domstolens förhandsavgöranden, som förebild. Dock föreligger

²⁹ När villkoren härför är uppfyllda, dvs. att den berörda bestämmelsen är ovillkorlig och tillräckligt precis och några ytterligare genomförandeåtgärder inte krävs för att den skall kunna tillämpas. Jfr målet 87/75 *Bresciani mot Amministrazione Italiana delle Finanze* [1976] ECR 129.

³⁰ Jfr målet 181/73 *Haegeman mot belgiska staten* [1974] ECR 449.

³¹ För en mer detaljerad beskrivning av detta förfarande, se författarnas artikel *EFTA-domstolens rådgivande yttranden*, SvJT 1994 s. 23.

³² Målet E-1/94 *Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark*. Se EES-supplementet till Europeiska gemenskapernas officiella tidning 94/EES/22/04, 21.7.1994 (på engelska i EGT nr C 199, 21.7.1994, s. 9). Det kan vara av intresse att notera att den första begäran om ett rådgivande yttrande från en svensk domstol, Marknadsdomstolen, inkom till EFTA-domstolen den 12 september 1994 (målen E-4/94 och E-5/94).

vissa skillnader mellan artikel 34 ÖDA och artikel 177 EG. En av dessa skillnader är att EFTA-domstolens rådgivande yttranden ej är bindande. I praktiken lär dock denna skillnad vara av mindre betydelse då det i de allra flesta fall får antas att om en nationell domstol väl beslutat att begära ett yttrande från EFTA-domstolen så kommer den också att efterkomma det yttrande som meddelas. Man bör inte heller glömma att det inte finns några sanktioner att tillgå i det fall en nationell domstol ej skulle efterkomma ett förhandsavgörande som meddelats av EG-domstolen.

En annan skillnad är att när en fråga om tolkningen av en EG-bestämmelse väcks inför en nationell domstol i sista instans inom EG är denna skyldig att begära ett förhandsavgörande från EG-domstolen. Det har dock visat sig att det mycket ofta är just domstolar i *lägre instans*, för vilka en sådan skyldighet inte existerar, som begär förhandsavgöranden från EG-domstolen. Det är också intressant att notera att EG-domstolen har utvecklat flera av gemenskapsrättens viktigaste principer (såsom direkt effekt,³³ företräde³⁴ och Cassis de Dijon-principen³⁵) i fall rörande förhandsavgöranden som begärts av domstolar i lägre instans.

Skillnaderna i praktiken mellan EFTA-domstolens rådgivande yttranden och EG-domstolens förhandsavgöranden torde inte vara särskilt stora och bör därför inte överdrivas.

7. Tvåpelarstrukturen — EG-domstolen och EFTA-domstolen

Övervakningen och efterlevnaden av EES-avtalet säkerställs genom en s. k. tvåpelarstruktur bestående av, på EG-sidan, EG-kommissionen och EG-domstolen³⁶ och, på EFTA-sidan, EFTA:s övervakningsmyndighet och EFTA-domstolen. EFTA:s övervakningsmyndighet har gentemot EFTA-staterna anförtrottp befogenheter och funktioner som motsvarar de som EG-kommissionen har för övervakningen av EG:s medlemsstaters efterlevnad av EG-fördraget. EFTA-domstolen, vars behörigheter motsvarar EG-domstolens, fungerar parallellt med den senare.³⁷

De avtalslutande parterna var under förhandlingarna överens om att det bästa sättet att säkerställa homogeniteten var att etablera en gemensam domstol för hela EES: EES-domstolen. Efter det att

³³ Målet 26/62 *Algemene Transport- en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos* [1963] ECR I.

³⁴ Målet 6/64 *Costa mot Enel* [1964] ECR 585.

³⁵ Målet 120/78 *Rewe-Zentrale AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] ECR 649.

³⁶ När vi här talar om EG-domstolen avser vi också Förstainstansrätten i de fall då den senare är behörig.

³⁷ Jfr artiklarna 108 och 109 EES samt övervaknings- och domstolsavtalet.

EG-domstolen i sitt Yttrande 1/91³⁸ avvisat denna lösning såsom oförenlig med EG-fördraget, var man dock tvungen att finna en annan lösning. Man kom då fram till att den näst bästa lösningen var att EFTA-staterna upprättade en egen domstol: EFTA-domstolen. Som nämnts ovan var man emellertid fullt medveten om att denna lösning sannolikt inte var lika tillfredsställande ur homogenitetssynpunkt som lösningen med en EES-domstol skulle ha varit. Man förstärkte därför samtidigt i betydande grad de övriga homogenitetselementen i avtalet.³⁹

EFTA-domstolens behörigheter motsvarar EG-domstolens. Domstolen är således bl. a. behörig att

- pröva en talan av EFTA:s övervakningsmyndighet mot en EFTA-stat för underlåtenhet att uppfylla en skyldighet enligt EES-avtalet eller övervaknings- och domstolsavtalet (artikel 31 ÖDA);
- avgöra tvister mellan två eller flera EFTA-stater (artikel 32 ÖDA);
- avge rådgivande yttranden (artikel 34 ÖDA);
- pröva en talan mot ett beslut av EFTA:s övervakningsmyndighet (artikel 36 ÖDA); och
- pröva en talan mot EFTA:s övervakningsmyndighet för underlåtenhet att vidta åtgärder (artikel 37 ÖDA).

EFTA-domstolen är dock, både gentemot EFTA-staterna och i förhållande till EG-domstolen, helt självständig.⁴⁰

Tvåpelarstrukturen, vad gäller EFTA-domstolen och EG-domstolen, bör ses som så att de två domstolarna har till uppgift att parallellt upprätthålla en homogen tolkning och tillämpning av ett gemensamt regelverk. För detta ändamål har de ett gemensamt "arv" — EG-domstolens domar rörande i sak identiska EG-regler. Dessutom har de till sin hjälp ett av Gemensamma EES-kommittén upprättat system för utbyte av information rörande domar.⁴¹ Här till kommer de avtalsslutande parternas tydligt uttalade mål att nå och upprätthålla en enhetlig tolkning och tillämpning av EES-avtalet och de EG-bestämmelser som i sak återges i avtalet, samt de övriga homogenitetselementen i EES-avtalet.

Om det trots detta skulle uppstå en skillnad i rättspraxis mellan de två domstolarna kan en avtalsslutande part, enligt artikel 105 EES, väcka frågan i Gemensamma EES-kommittén som kan vidta

³⁸ Yttrande 1/91 [1991] ECR I-6079.

³⁹ Jfr avsnitt 2, ovan.

⁴⁰ EFTA-domstolen är t. o. m. en egen internationell organisation (till skillnad från EG-domstolen), med sitt eget protokoll om rättskapacitet, privilegier och immunitet (protokoll 7 ÖDA), sitt eget högkvartersavtal, etc.

⁴¹ Jfr artikel 106 EES.

åtgärder för att upprätthålla den homogena tolkningen av avtalen. Gemensamma EES-kommittén kan, t. ex., ändra den bestämmelse som genom sin oklarhet orsakade skillnaden. Den kan dock aldrig ändra ett enskilt domslut av EG-domstolen eller EFTA-domstolen.⁴² Skulle man ej komma fram till någon lösning kan i sista hand tvistlösningsförfarandet i artikel 111 EES tillämpas. Syftet med att införa denna senare möjlighet i avtalet var först och främst att motverka att man skulle behöva gå så långt som att anta skyddsåtgärder, motåtgärder, etc. Den infördes med andra ord främst i preventivt syfte. De avtalsslutande parterna var väl medvetna om att dylika åtgärder inte är ägnade att åstadkomma en homogen tolkning och tillämpning.⁴³ Tanken är att, genom att "hotet" om att dessa åtgärder kan vidtas hela tiden finns där, skall de avtalsslutande parterna förmås att om så skulle visa sig nödvändigt komma till en lösning enligt artikel 105 EES.

Det är ingen tvekan om att den uppgift som EFTA-domstolen och EG-domstolen tilldelats under EES-avtalet är en utmaning för de två domstolarna. De avtalsslutande parterna har dock ställt ett visst antal medel till deras förfogande för att underlätta uppfyllandet av uppgiften. Tvåpelarlösningen är som redan nämnts inte den lösning som de avtalsslutande parterna helst skulle vilja ha haft, dvs. en gemensam EES-domstol, men den är i vilket fall som helst vida överlägsen det enda återstående alternativet: sex olika domstolssystem — EG-domstolen och de olika nationella domstolssystemen i EFTA-staterna, med den risk för skilda tolkningar som det skulle medföra.

8. Slutsats

Vi kan inte spekulera i hur EG-domstolen, eller EFTA-domstolen, kommer att tolka EES-avtalet. Dessutom vore en sådan diskussion knappast särskilt meningsfull. Det skulle dock mot bakgrund av vad som anförts ovan vara ytterst förvånande om EG-domstolen skulle komma fram till att en EES-bestämmelse som är identisk med en motsvarande EG-bestämmelse skulle tolkas annorlunda än EG-bestämmelsen.

Vidare torde enligt vår mening risken för att skillnader skulle uppstå vid EG-domstolens och EFTA-domstolens tolkning av EES-avtalet i förhållande till EG-fördraget vara mycket liten, framför allt med tanke på de homogenitetselement som finns inbyggda i avta-

⁴² Jfr protokoll 48 EES som föreskriver att beslut som fattas av Gemensamma EES-kommittén enligt artiklarna 105 och 111 EES inte kan påverka EG-domstolens rättspraxis. Detsamma gäller naturligtvis också för EFTA-domstolen.

⁴³ Dessutom skall man inte glömma att en sådan situation inte gynnar någon sida i en eventuell tvist om EFTA- eller EG-domstolens tolkning av avtalet.

let och att det framgår av dess sammanhang, ändamål och syfte att det skall tolkas på samma sätt som identiska EG-regler. Om skillnader trots allt skulle uppstå kan Gemensamma EES-kommittén enligt artikel 105 EES vidta nödvändiga åtgärder.

Från homogenitetssynpunkt är det därför också ytterst viktigt att domstolar i EFTA-länderna inte tvekar att begära rådgivande yttranden från EFTA-domstolen om de står inför tolkningsproblem vad gäller EES-rätten. Skulle det inträffa att skillnader i tolkningen uppstår mellan EG-domstolen och EFTA-domstolen, och den Gemensamma EES-kommittén inte lyckas vidta de åtgärder som är nödvändiga för att upprätthålla en homogen tolkningen av EES-avtalet, måste detta vara att föredra framför att EG-domstolen och EFTA-ländernas domstolar var och en tolkar avtalet på sitt sätt — en tvåpelarstruktur säkerställer trots allt den homogena tolkningen bättre än en sexpelarstruktur!