

**RAPPORT # 3**

# **EU/EØS-rett i norske domstoler**

**Halvard Haukeland Fredriksen**



**Europautredningen**  
Utvalget for utredning av Norges avtaler med EU



## OM RAPPORTEN

Rapporten er skrevet på oppdrag for Europautredningen. Innholdet i rapporten er forfatterens ansvar. Rapportene er å betrakte som et innspill til utredningen og reflekterer ikke Europautredningens synspunkter.

## OM FORFATTEREN



### **Halvard Haukeland Fredriksen**

Halvard Haukeland Fredriksen er cand. jur. fra Universitetet i Bergen (2003), M. jur. (2005) og Dr. jur. (2009) fra Georg-August-Universität Göttingen, Tyskland. Fra 2005 har han vært tilknyttet Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen. Han har publisert en rekke artikler om EU/EØS-rettslige emner i norske og internasjonale tidsskrift.

## Forord

Studien "EU/EØS-rett i norske domstoler" er skrevet for Utvalget for utredning av Norges avtaler med EU. Siktemålet har vært å kartlegge og analysere hvordan EU/EØS-retten har kommet opp for norske domstoler i perioden fra EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994 og frem til i dag, så vel innenfor som utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde. Oppmerksomheten er derfor rettet vel så mye mot de mange "små" sakene som mot de få "store". Det følger videre av målsetningen at underinstanspraksis er viet langt større oppmerksomhet enn hva som er vanlig i rettsvitenskapelige arbeider. De fleste saker som i en eller annen forstand reiser EU/EØS-rettslige problemstillinger vil finne sin endelige løsning i underinstansene og det har da betydelig interesse å kartlegge hvordan ting- og lagmannsrettene håndterer de utfordringer som følger av rettens europeisering.

Totalt utgjør grunnlagsmaterialet for studien i overkant av 700 EU/EØS-relaterte rettsavgjørelser fra norske domstoler avsagt i tidsrommet 1994–2010. Det er mange som fortjener takk for å ha hjulpet til med å lete frem upubliserte avgjørelser. En særlig takk går likevel til bibliotekar Liv Indregård ved Oslo tingrett, Gro Rishovd Miøen ved Asker og Bærum tingrett og Keth Husvæg ved Stavanger tingrett.

Materialets omfang og ønsket om å få frem "det store bildet" har medført at det har vært begrenset rom for finkornet analyse av enkeltavgjørelser. Samtidig har det vært påkrevd å gå inn på saker fra en lang rekke spesialiserte rettsområder. For norske dommere er dette trolig beskrivende for hverdagen, men for en akademiker føles kombinasjonen tidspress og ukjente rettsområder nokså utrygg. Under slike forutsetninger er eneste farbare vei å erkjenne egne begrensninger og håpe på at den fremlagte studien kan danne grunnlag for videre diskusjon og analyse. Innspill av enhver art mottas gjerne på e-post [Halvard.Fredriksen@jur.uib.no](mailto:Halvard.Fredriksen@jur.uib.no).

Bergen, januar 2011

Halvard Haukeland Fredriksen

# Innhold

FORORD .....	4
<b>1. Innledning.....</b>	<b>7</b>
<b>2. Den EØS-rettslige innfallsvinkelen: De nasjonale domstolene som EØS-domstoler .....</b>	<b>10</b>
<b>3. Innsamlingen av materialet .....</b>	<b>12</b>
3.1. Generelle merknader .....	12
3.2. Avgjørelser fra Høyesterett.....	12
3.3. Avgjørelser fra lagmannsrettene.....	13
3.4. Avgjørelser fra første instans .....	13
3.5. Svakheter ved det innsamlede materialet .....	13
<b>4. I hvor mange tilfeller har EØS-retten relevans for den materielle løsningen av en sak? .....</b>	<b>15</b>
4.1. Generelle merknader – avgrensingsproblemer .....	15
4.2. Avgjørelser fra Høyesterett.....	16
4.3. Ytterligere avgjørelser fra lagmannsrettene.....	17
4.4. Ytterligere avgjørelser fra første instans .....	19
4.5. Nærmere kategorisering av sakene .....	21
4.6. Er antall EØS-saker for norske domstoler lavt?.....	22
<b>5. Litt om sakenes utfall – særlig i tilfeller hvor norsk lovgivning hevdes å være i strid med EØS-retten .....</b>	<b>23</b>
<b>6. Etterlevelse av EØS-forpliktelser eller frivillig resepsjon av EU/EØS-rett? .....</b>	<b>25</b>
6.1. Generelle merknader – avgrensingsproblemer .....	25
6.2. Avgjørelser fra Høyesterett.....	26
6.3. Avgjørelser fra lagmannsrettene.....	30
6.4. Avgjørelser fra første instans .....	33
6.5. Nærmere om norske domstolers anvendelse av EU/EØS-rett utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde .....	34
<b>7. Nærmere om enkelte EØS-saker på utvalgte rettsområder .....</b>	<b>37</b>
7.1. Innledning .....	37
7.2. EØS-saker med en forfatningsrettslig side .....	37
7.3. EØS-saker fra forvaltningsrettens område .....	40
7.4. EØS-saker fra strafferettens område.....	44
7.5. EØS-saker fra skatte- og avgiftsrettens område.....	46
7.6. EØS-saker fra arbeidsrettens område.....	49
7.7. EØS-saker fra erstatningsrettens område.....	52
7.8. EØS-saker fra immaterialrettens område.....	55

7.9.	EØS-saker fra konkurranserettens område .....	57
7.10.	EØS-saker fra forbrukervernrettens område .....	59
<b>8.</b>	<b>Norske domstolars håndtering av EØS-rettens føringer på prosessrettens område.....</b>	<b>60</b>
8.1.	Innledning .....	60
8.2.	Krav til effektiv domstolsadgang .....	61
8.3.	Begjæringer om midlertidige forføyninger .....	62
8.4.	Søksmålsfrister, saksomkostninger m.v. ....	64
<b>9.</b>	<b>Særlig om EØS-avtalens geografiske virkeområde.....</b>	<b>66</b>
<b>10.</b>	<b>EØS-rettens gjennomslag i norsk rett – direkte virkning, forrang, EØS-konform tolkning og statlig erstatningsansvar .....</b>	<b>68</b>
10.1.	Innledning.....	68
10.2.	Direkte virkning og forrang.....	69
10.3.	EØS-konform fortolkning (les: presumsjonsprinsippet).....	71
10.4.	Statlig erstatningsansvar.....	73
<b>11.</b>	<b>Nærmere om norske domstolars metodiske tilnærming til EU/EØS-retten.....</b>	<b>77</b>
11.1.	Innledning.....	77
11.2.	Finnes det spor av et "forsiktighetsprinsipp"?.....	77
11.3.	Bekjennelser til EØS-rettslig metode.....	78
11.4.	Betydningen av EU-domstolens praksis.....	79
11.5.	Betydningen av EFTA-domstolens praksis .....	81
11.6.	Betydningen av høyesterettspraksis.....	83
11.7.	Har norske domstolars tilnærming til EU/EØS-retten endret seg over tid?.....	85
11.8.	Anvender egentlig norske domstoler EU-domstolens metode? .....	86
<b>12.</b>	<b>Samarbeidet med EFTA-domstolen.....</b>	<b>87</b>
12.1.	Innledning.....	87
12.2.	Norske foreleggelse for EFTA-domstolen .....	87
12.3.	Norske domstolars håndtering av EFTA-domstolens tolkningsuttalelser .....	88
12.4.	Er antallet norske foreleggelse lavt?.....	90
12.5.	Tilfeller hvor uavklarte spørsmål ikke forelegges .....	91
12.6.	Mulige forklaringer.....	92
12.7.	Litt om kompetansefordelingen mellom EFTA-domstolen og norske domstoler .....	95
<b>13.</b>	<b>Avsluttende betraktninger .....</b>	<b>97</b>
	Vedlegg I (høyesterettspraksis) .....	100
	Vedlegg II (lagmannsrettspraksis).....	101
	Vedlegg III (praksis fra domstolene i første instans).....	105
	Litteratur .....	110

# EU/EØS-rett i norske domstoler

En studie for Utvalget for utredning av Norges avtaler med EU

Halvard Haukeland Fredriksen

## 1. Innledning

De første EØS-relaterte saker i norske domstoler som påkalte offentlighetens oppmerksomhet handlet alle om EØS-avtalens føringer for norsk alkohollovgivning. Først ut var Tore Wilhelmsen AS m.fl., som kun fire uker etter at EØS-avtalen trådte i kraft gikk til sak mot staten med påstand om at EØS-avtalen var til hinder for en endring i alkoholloven som bestemte at salg av øl i skattekasse 3 ("sterkøl") kun kunne skje gjennom Vinmonopolet. Enn større oppmerksomhet fikk søksmålet som daværende stortingsrepresentant Fridtjof Frank Gundersen anla mot staten sommeren 1994. Under henvisning til EØS-avtalen krevde Gundersen dom for at han uten hensyn til alkohollovens regler om Vinmonopolets enerett hadde rett til å selge vin i detalj. Parallelt med søksmålene fra Wilhelmsen m.fl. og Gundersen verserte også VinCompagniet-saken for norske domstoler, hvor det ble gjort gjeldende at alkohollovens grensdragning mellom vin og brennevin utgjør en EØS-stridig importrestriksjon for produkter som ikke har høyere alkoholinnhold enn hetvin, men som på grunn av fremstillingsmåten likevel klassifiseres som brennevin.

Uavhengig av søksmålene i norske domstoler ble imidlertid de viktigste spørsmålene knyttet til Vinmonopolets forhold til EØS-avtalen avklart gjennom en finsk sak som ble forelagt EFTA-domstolen (Restamark-saken) og en svensk sak som ble forelagt EU-domstolen (Franzén-saken).<sup>1</sup> I sin uttalelse i Restamark-saken 16. desember 1994 fant EFTA-domstolen det finske import- og engrosmonopolet uforenlig med EØS-avtalen. I Franzén-saken 23. oktober 1997 underkjente EU-domstolen det tilsvarende svenske import- og engrosmonopolet, men denne dommen avklarte samtidig at Systembolagets detaljmonopol var forenlig med Romatraktaten så lenge det ble praktisert på en ikke-diskriminerende måte. Restamark- og Franzén-sakene ble slik

de første i en rekke eksempler som viser at EØS-rettslige stridsspørsmål ofte avklares gjennom rettsprosesser som føres for andre domstoler enn de norske.<sup>2</sup> Nå ble riktignok også både Wilhelmsen-saken og Gundersen-saken forelagt EFTA-domstolen av Oslo byrett, men de ble først besvart etter avklaringene i Restamark- og Franzén-sakene. EFTA-domstolen gav i det alt vesentligste staten medhold.<sup>3</sup> I Wilhelmsen-saken ble Oslo kommune deretter frifunnet,<sup>4</sup> mens Gundersen valgte å trekke søksmålet etter at EFTA-domstolens uttalelse forelå.<sup>5</sup>

Et annet sentralt element i den norske alkohollovgivningen ble deretter utfordret i den såkalte Vinforum-saken, hvor det ble gjort gjeldende at totalforbudet mot alkoholreklame er i strid med EØS-avtalen artikkel 12. Også denne saken beskjefteiget norske domstoler i en årrekke, og også i dette tilfellet ble det innhentet en tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen.<sup>6</sup> Sluttstrek ble satt da Høyesterett i 2009 kom til at reklameforbudet ikke var i strid med EØS-avtalen fordi det var et egnet virkemiddel for å opprettholde et lavt alkoholforbruk og nødvendig fordi alternative tiltak ikke ville være like effektive, jf. EØS-avtalen artikkel 13.<sup>7</sup>

Etter hvert som konfliktnivået har avtatt på alkohollovgivningens område, har pengespillfeltet overtatt som det saksområde hvor norske domstolers håndtering av EØS-retten har påkalt størst offentlig interesse. Først ute var en rekke

2 Et ytterligere eksempel knyttet til omsetning av alkohol er den såkalte Rusbrus-saken, hvor ESA fikk medhold i EFTA-domstolen for at den norske forskjellsbehandlingen av øl og "rusbrus" med tilsvarende alkoholinnhold var i strid med EØS-avtalen, jf. sak E-9/00, *ESA mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 72. Traktatbruddssøksmål anlegges direkte for EFTA-domstolen og norske domstoler var derfor ikke involvert i saken.

3 Hhv. sak E-6/96, *Tore Wilhelmsen AS mot Oslo kommune*, EFTA Ct. Rep. 1997 s. 53 og sak E-1/97, *Fridtjof Frank Gundersen mot Oslo kommune*, EFTA Ct. Rep. 1997 s. 108.

4 Oslo byretts dom 2. januar 1998 i sak 95-06187.

5 Heller ikke søksmålet i VinCompagniet-saken førte frem, jf. Rt. 1996 s. 1569 U.

6 Jf. sak E-4/04, *Pedice AS mot Sosial- og helsedirektoratet*, EFTA Ct. Rep. 2005 s. 1. Foreleggelsen kom i dette tilfeller ikke fra en ordinær domstol, men fra Markedsrådet.

7 Rt. 2009 s. 893 A.

1 Hhv. sak E-1/94, *Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark*, EFTA Ct. Rep. 1994-1995 s. 15 og sak C-189/95, *Straffesak mot Harry Franzén*, Sml. 1997 s. I-5909.

operatører av spilleautomater som allerede i 1995 anla sak mot staten for å få satt til side nye regler i lotteriloven som forbeholdt oppstilling av utbetalingsautomater for organisasjoner som ivaretok humanitære eller samfunnsnyttige formål (Kiddie Rides-saken). De private operatørene anførte forgjeves at lovendringen var uforenlig med en hel rekke bestemmelser i EØS-avtalen.<sup>8</sup>

Den neste i rekken var AS Pengeautomater, som høsten 1996 gikk til sak mot staten for å få underkjent et rundskriv utgitt av Justisdepartementet om praktiseringen av lotteriloven, som slo fast at det ikke burde gis oppstillingstilatelser i tilfeller hvor lokalets innehaver ville beholde mer enn 20 prosent av omsetningen. Det ble forgjeves anført at denne retningslinjen var i strid med EØS-rettens konkurranseregler.<sup>9</sup>

Virkelig stor offentlig oppmerksomhet fikk imidlertid pengespillfeltet først da automatbransjen i 2003 gikk til sak mot staten for å få underkjent lovendringer som gav Norsk Tipping enerett til oppstilling og drift av spilleautomater. Søksmålet kom til å beskjefte domstolene i en årrekke. Tingretten dømte i automatbransjens favør,<sup>10</sup> men i lagmannsretten ble staten frifunnet.<sup>11</sup> Automatbransjens anke til Høyesterett ble sluppet inn og henvist til behandling i plenum. Kjæremålsutvalget fulgte imidlertid lagmannsrettens eksempel og avviste foreleggelse for EFTA-domstolen.<sup>12</sup> Saken tok da en uventet vending ved at ESA, etter forgjeves å ha ventet på at norske domstoler selv skulle legge saken frem for EFTA-domstolen, besluttet å bringe saken direkte inn for EFTA-domstolen i form av et traktatbruddssøksmål. Traktatbruddssøksmålet fikk Høyesterett kjæremålsutvalg til å utsette Høyesteretts behandling av ankesaken. I EFTA-domstolen ble imidlertid Norge frifunnet våren 2007.<sup>13</sup> Etter seieren i EFTA-domstolen var det lite overraskende at staten også seiret i Høyesterett da retten sommeren 2007 kunne sette endelig sluttstrek i saken.<sup>14</sup>

Parallelt med Spilleautomatsaken gikk Ladbroskes Ltd., verdens største bookmaker- og spilleselskap, i desember 2004 til et omfattende angrep på norsk pengespill- og lotterilovgivning. I korthet ble det gjort gjeldende at den enerett til visse former for pengespill som norsk lovgivning legger til Norsk Tipping og Norsk Rikstoto er uforenlig med EØS-avtalen.

8 Operatørens begjæring om midlertidig forføyning for å stanse iverksettelse av lovendringen ble forkastet av Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 1995 s. 1789 U. I hovedsaken ble staten frifunnet ved Oslo byrett dom 30. november 2001 (sak 95-1629).

9 Søksmålet ble avvist i samtlige instanser på grunn av manglende rettslig interesse – det var ikke truffet noe enkeltvedtak i forhold til saksøker og det var ikke anledning til å anlegge et abstrakt søksmål om rundskrivets forenlig med EØS-retten, jf. Oslo byrett kjennelse 31. januar 1997 (sak 96-08694); Borgarting lagmannsrett kjennelse 16. april 1997 (LB-1997-726) og Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse 5. juni 1997 (HR-1997-326-k).

10 Oslo tingretts dom og kjennelse 27. oktober 2004 (TOSLO-2003-5674).

11 Borgarting lagmannsretts dom og kjennelse 26. august 2005 (LB-2005-5287).

12 Kjæremålsutvalgets beslutning 17. oktober 2005 (HR-2005-01630-U).

13 Sak E-1/06, *ESA mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 7.

14 Rt. 2007 s. 1003 A.

I tillegg ble det anført at EØS-avtalen er til hinder for lotterilovgivningens ordning hvor konsesjon til visse former for pengespill bare kan gis til ideelle organisasjoner og foreninger som har et humanitært eller samfunnsnyttig formål. Oslo tingrett besluttet å innhente en tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen. I sitt svar uttalte EFTA-domstolen bl.a. at det vil foreligge et brudd på EØS-avtalen dersom finansiering av humanitære og samfunnsnyttige formål utgjør "den virkelige begrunnelsen" for den norske pengespilllovgivningen og at norske domstoler måtte etterprøve statens oppfatning av at lovgivningen på pengespillfeltet primært tar sikte på å ivareta legitime hensyn som bekljempelse av spilleavhengighet og beskyttelse av samfunnsordenen.<sup>15</sup> I den etterfølgende dommen fra Oslo tingrett ble staten frifunnet, men Ladbroskes anket til lagmannsretten. Før forhandlingene i ankesaken falt imidlertid en ny storkammeravgjørelse i EU-domstolen som tilsa at domstolenes etterprøving av medlemsstatenes regulering av pengespillfeltet var mindre inngående enn EFTA-domstolen kan synes å ha forutsatt i sin uttalelse,<sup>16</sup> noe som ledet til at Ladbroskes valgte å trekke anken.

Ut over alkohol- og pengespillsakene kan listen over "store" EØS-saker forlenges med flere saker hvor det forgjeves er gjort gjeldende at den strenge norske restriksjonene på bruk av vannscootere er i strid med EØS-avtalens regler om fri vareflyt;<sup>17</sup> en rekke saker hvor det, like forgjeves, er anført at norske regler om bo- og driveplikt er uforenlig med EØS-avtalens regler om fri kapitalflyt,<sup>18</sup> to verserende saker hvor det er anført at de norske reglene om allmenngjøring av tariffavtaler er EØS-stridig<sup>19</sup> og, som et vel foreløpig siste eksempel, Phillip Morris' søksmål mot staten våren 2010, hvor det hevdes at forbudet mot synlige tobakksprodukter i norske utsalgssteder representerer et tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner som er uforenlig med EØS-avtalen artikkel 11.<sup>20</sup>

At det særlig er saker som dette som har påkalt offentlighetens oppmerksomhet, er knapt noen overraskelse. Medienes søkelys rettes naturlig nok mot rettsaker hvor det hevdes å være konflikt mellom EØS-retten og etablert norsk lovgivning, og da særlig på områder som oppfattes som politisk sensitive. Selv om søksmål som de omtalte utvilsomt hører med i en fremstilling av EØS-rettens innvalg i norske domstoler, så er de ikke egentlig særlig representa-

15 Sak E-3/06, *Ladbroskes mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 85.

16 Sak C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional og Bwin International Ltd mot Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, Sml. 2009 s. I-7633.

17 Se Rt. 2004 s. 834 A (Vannscooter I); RG 2008 s. 981 (Agder – Vannscooter II); Stjør- og Verdal tingretts dom 7. november 2008 (TVERD-2008-130347 – Vannscooter III).

18 Se bl.a. Sør-Østerdal tingretts dom 4. april 2007; RG 2008 s. 358 (Borgarting); Oslo tingretts dom 28. januar 2008 (TOSLO-2007-69797).

19 Se Oslo tingretts dom 29. januar 2010 (09-050176TVI-OTIR/06) – Stx Norway Offshore m.fl. og Oslo tingretts dom 30. september 2009 (09-046672TVI-OTIR/03) – Norwegian Service Team Baltija. Begge dommene er påanket til Borgarting lagmannsrett.

20 Søksmålet ble tatt ut 9. mars 2010. Oslo tingrett har besluttet å innhente en tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen. For EFTA-domstolen har saken fått saksnummer E-16/10. EFTA-domstolens uttalelse i saken kan trolig forventes i løpet av våren 2011.



tive. For det første har staten vunnet så godt som samtlige av disse sakene, noe som gir et misvisende bilde av de skranker for statens handlingsrom som EØS-avtalen faktisk medfører. For det annet er det i de langt fleste tilfeller helt andre EØS-rettslige problemstillinger som beskjeftiger norske domstoler. I saker mot det offentlige er det særlig EØS-reglene om offentlige anskaffelser som til stadighet dukker opp, mens det i saker mellom private er et betydelig antall tvister mellom arbeidstakere og arbeidsgivere i forbindelse med virksomhetsoverdragelser. På arbeidsrettens område er det også en hel del saker knyttet til kjønns- og, i den senere tid, aldersdiskriminering. Et område som varemerkeretten synes mer eller mindre fullstendig overtatt av den EØS-rettslige bakgrunnsretten. Og på strafferettens område finnes det etter hvert en rekke saker knyttet til brudd på de heller prosaiske EØS-reglene om opprinnelsesbevis for fisk som eksporteres til EU og EØS-rettens bestemmelser om kjøre- og hviletid for yrkessjåfører. De relativt få, særlig kontroversielle sakene som havner i offentlighetens søkelys, kan slik gi et nokså misvisende inntrykk av så vel innhold som omfang av den "stille revolusjon" som EØS-rettens inntok i norske domstoler treffende kan karakteriseres som.<sup>21</sup>

Det er mot dette bakteppet at den foreliggende studien tar sikte på å kartlegge og analysere hvordan EU/EØS-retten har kommet opp for norske domstoler i perioden fra EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994 og frem til i dag. I det følgende rettes derfor oppmerksomheten vel så mye mot de mange "små" sakene som mot de få "store". Siktemålet er å få frem "det store bildet", noe som nødvendigvis innebærer at det vil være begrenset rom for finkornet analyse av enkeltavgjørelser. Det følger videre av denne målsetningen at underinstanspraksis vil få langt større oppmerksomhet enn hva som er vanlig i rettsvitenskapelige arbeider. Langt de fleste saker som i en eller annen forstand reiser EU/EØS-rettslige problemstillinger vil finne sin endelige løsning i underinstansene og det har da betydelig interesse å kartlegge hvordan ting- og lagmannsrettene håndterer de utfordringer som følger av rettens europeisering.

Samtidig er det selvsagt slik at det evalueringsgrunnlag som underinstansenes praksis vil bli holdt opp mot, må utledes av EØS-rettslige og, i den grad EØS-retten tillater det, tradisjonelle norske rettskilder. Sistnevnte innebærer at i den utstrekning det i det følgende er snakk om å beskrive og analysere de rettslige normer som regulerer norske domstolars håndtering av EØS-retten, vil høyesterettspraksis ha krav på særskilt oppmerksomhet. Også Høyesterett må imidlertid finne seg i at dens praksis vil bli holdt opp mot de krav som EØS-retten selv stiller til nasjonale domstolars håndtering av medlemsstatenes EØS-rettslige forpliktelser.

Studien er begrenset til de alminnelige domstolene, slik at den anvendelse av EØS-rett som finner sted i spesialdomstoler som Arbeidsretten og jordskifterettene eller domstolslignende forvaltningsorganer som Forbrukertvistutvalget,

21 Jf. Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode – Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, Oslo 2009, s. 11.

Helsepersonellnemnda, Klagenemnda for behandling i utlandet, Klagenemnda for offentlige anskaffelser, Markedsrådet, skatteklagenemndene, Trygderetten m.v. faller utenfor. Dette skyldes ene og alene kapasitetsmessige årsaker – det ville absolutt være av interesse å få kartlagt også hvordan spesialiserte tvisteløsningsorganer som de nevnte håndterer EU/EØS-rettslige utfordringer på deres respektive områder, særlig fordi flere av de nevnte organene nok håndterer EØS-relaterte problemstillinger som i liten grad bringes inn for de alminnelige domstolene og som derfor vil falle utenfor denne studien. Målsetningen om en mest mulig uttømmende fremstilling av EU/EØS-rettens inntog i de alminnelige domstolene gjør imidlertid denne avgrensningen tvingende nødvendig.

Ettersom oppmerksomheten er rettet mot norske domstoler, faller i utgangspunktet også EU-domstolen og EFTA-domstolens håndtering av EØS-rettslige problemstillinger utenfor studien. Nå vil det riktignok i det følgende bli trukket inn en rekke avgjørelser fra de to EØS-domstolene i Luxembourg, men det vil kun skje i den utstrekning det synes påkrevd for fremstillingen og analysen av norsk rettspraksis, norske domstolars samarbeid med EFTA-domstolen m.v.<sup>22</sup> I en bredere fremstilling av EØS-avtalens innvirkning på norsk rett, vil det derfor være nødvendig å supplere den herværende studien med en tilsvarende studie av de traktatbruddssøksmål som ESA har anlagt mot Norge. Sentrale eksempler er saken om differensiert arbeidsgiveravgift, Kellogg's-saken (om tilsetning av mineraler og vitaminer i matvarer), Rusbrussaken, Postdoc-saken (om øremerking av stillinger til kvinner i academia), Hjemfallsrettsaken, Spilleautomatsaken og den såkalte Gullenkesaken (om forskjellsbehandling av enker og enkemenn i den offentlige tjenestepensjonsordningen).<sup>23</sup> Videre kan det også være grunn til å undersøke i hvilken grad trusler om traktatbruddssøksmål fra ESA får staten til å gi etter og endre norsk rett uten at spørsmålet settes på spissen for EFTA-domstolen – den som vil kartlegge EØS-rettens reelle innflytelse på norsk rett i full bredde, bør nok lete vel så mye i brevvekslinger mellom ESA og norske myndigheter som i rettspraksis.

Utenfor studien faller også EØS-rettens gjennomslag i de øvrige EØS-statenes nasjonale domstoler. Dette kan synes selvsagt – en systematisk kartlegging av EØS-relatert rettspraksis i samtlige 30 EØS-stater vil ganske enkelt ikke

22 For en fremstilling av EFTA-domstolen og EU-domstolens tilnærming til, og utvikling av, EØS-retten, vises det til Halvard Haukeland Fredriksen, "Er EFTA-domstolen mer katolsk enn paven? Noen betraktninger om EFTA-domstolens dynamiske utvikling av EØS-retten og streben etter dialog med EF-domstolen", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2009 s. 507-576. 23 Hhv. sak E-6/98, *Norge mot ESA* ("differensiert arbeidsgiveravgift"), EFTA Ct. Rep. 1999 s. 74; sak E-3/00, *ESA mot Norge* ("Kellogg's"), EFTA Ct. Rep. 2000-2001 s. 73; sak E-9/00, *ESA mot Norge* ("Rusbrus"), EFTA Ct. Rep. 2002 s. 72; sak E-1/02, *ESA mot Norge* ("postdoc"), EFTA Ct. Rep. 2003 s. 1; sak E-1/06, *ESA mot Norge* ("spilleautomatsaken"), EFTA Ct. Rep. 2007 s. 7; sak E-2/06, *ESA mot Norge* ("hjemfallsrett"), EFTA Ct. Rep. 2007 s. 164 og sak E-2/07, *ESA mot Norge* ("Gullenke I"), EFTA Ct. Rep. 2007 s. I-282. Norges sendrektige oppfyllelse av sistnevnte dom har nå ledet til at ESA for første gang har anlagt et traktatbruddssøksmål for brudd på oppfyllelsesforpliktelsene i ODA artikkel 33, jf. den verserende saken E-18/10, *ESA mot Norge* ("Gullenke II").

være praktisk gjennomførbart. Det er like fullt grunn til å påpeke at dette leder til at oppmerksomheten i det følgende rettes mot det som en økonom kanskje ville betegne som kostnadssiden av EØS-regnskapet – i den utstrekning man ser på de rettigheter som EØS-utlendinger kan påberope seg i norske domstoler til fortrenghet for annen norsk rett som uønskede omkostninger ved EØS-avtalen, så er jo spørsmålet om disse oppveies ved at norske markedsaktører på tilsvarende vis kan håndheve sine EØS-rettigheter i de øvrige EØS-statenes nasjonale domstoler. Samfunnsøkonomisk er det vel i hvert fall teoretisk mulig å regne på dette, mens et politisk regnskap nok avhenger av ideologisk ståsted. Uansett ville det fra et rettslig perspektiv være av interesse å undersøke hvilke muligheter norske markedsaktører har til å håndheve sine EØS-rettigheter i de øvrige EØS-statenes nasjonale domstoler, men dette er altså ikke en problemstilling som vil bli forfulgt nærmere i denne sammenheng.

Studien er imidlertid ikke begrenset til norske domstolers håndtering av Norges EØS-rettslige forpliktelser i snever forstand – den innbefatter også norske domstolers håndtering av EU/EØS-rettslige kilder i saker som faller utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde. Dels er det her snakk om europaretslige forpliktelser som følger av andre folkerettslige instrumenter som Luganokonvensjonen(e) eller Schengenavtalen, men i hovedsak er det snakk om anvendelse av EU/EØS-rettslig materiale i tilfeller hvor dette ikke er folkerettslig påkrevd. Fremstillingen vil vise at den frivillige resepsjonen av EU/EØS-regler i norsk rett etter hvert er av meget betydelig omfang, noe som innebærer at det ville etterlate et misvisende inntrykk av EU/EØS-rettens inntog i norsk rett om studien begrenses til tilfeller hvor anvendelse av EØS-regelverket er folkerettslig påkrevd.

## 2. Den EØS-rettslige innfallsvinkelen: De nasjonale domstolene som EØS-domstoler

Fra et EØS-rettslig perspektiv synes det påkrevd innledningsvis å knytte noen merknader til de nasjonale domstolens rolle. På den ene side identifiseres de nasjonale domstolene med hjemstaten, med den følge at norske domstolers eventuelle tilsidesettelse av EØS-rettslige forpliktelser i prinsippet vil kunne lede til traktatbruddssak mot Norge for EFTA-domstolen eller endog til statlig erstatningsansvar for tap som rettsbruddet påfører private.<sup>24</sup> Samtidig, og viktigere i denne sammenheng, ser EU-domstolen og EFTA-domstolen de nasjonale domstolene som sin forlengede arm for å sikre EU/EØS-retten effektivt gjennomslag i medlemsstatenes nasjonale rettsystemer. I mangel av et fullt utbygd føderalt domstolssystem på EU-nivå (slik som for eksempel i USA), er private som søker å håndheve sine EU/EØS-rettslige rettigheter henvist til å anlegge sin sak for medlemsstatenes nasjonale domstoler. Fra et europaretslig perspektiv fungerer de nasjonale domstolene i slike tilfeller som funksjonelle EU/EØS-domstoler. Under henvisning til lojalitetsplikten nedfelt i Roma-traktaten artikkel 10 (nå: EU-traktaten artikkel 4 tredje ledd) har EU-domstolen fremhevet de nasjonale domstolens plikt til å "anvende fællesskabsretten fuldt ut og til at beskytte de rettigheter, som fællesskabsretten tillægger private".<sup>25</sup> I EØS-rettslig sammenheng har EFTA-domstolen uttalt at lojalitetsplikten nedfelt i EØS-avtalen artikkel 3 tilsvarer den EU-rettslige lojalitetsplikten<sup>26</sup> og i plenumsdommen i Finanger I-saken

24 Se til illustrasjon EFTA-domstolens dom 10. desember 2010 i sak E-2/10, *Tor Kolbeinsson mot Island* (ennå ikke i EFTA Ct. Rep.), hvor domstolen fant at den anvendelse av nasjonale avkortingsregler som Islands høyesterett hadde lagt til grunn i en forutgående sak, ikke lot seg forene med forpliktelsene til effektiv beskyttelse av arbeidere på arbeidsplassen som følger av direktivene 89/391/EØF and 92/57/EØF. EFTA-domstolen slo deretter fast at den islandske stat ville være ansvarlig for skadelidtes tap dersom den nasjonale domstolen skulle komme til at rettsbruddet var tilstrekkelig kvalifisert. Fra EU-retten kan det vises til sak C-129/00, *Kommissionen mot Italia*, Sml. 2003 s. I-14637 (traktatbruddssøksmål som følger av traktatstridig nasjonal rettspraksis) og sak C-224/01, *Gerhard Köbler mot Østerrike*, Sml. 2003 s. I-10239 (statlig erstatningsansvar som følger av nasjonal domstols tilsidesettelse av EU-retten).

25 Se den grunnleggende sak 106/77, *Det Italienske Finansministerium mot Simmenthal*, Sml. 1978 s. 629, avsnitt 21. Fra litteraturen får det i denne sammenheng være tilstrekkelig å vise til en klassiker som John Temple Lang, "The Duties of National Courts under Community Constitutional Law", *European Law Review* 1997 s. 3-18.

26 Sak E-1/04 *Fokus Bank mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2004 s. 11, avsnitt 41. Det kan diskuteres om det i ett og alt er grunnlag for å trekke like

(Rt. 2000 s. 1811) la Høyesterett til grunn at denne lojalitetssplikten ikke bare er rettet mot staten som sådan, men også mot norske domstoler.<sup>27</sup>

I en situasjon hvor anvendelsen av EU/EØS-retten langt på vei er overlatt de nasjonale domstolene, kan europeisk rettsenhet kun sikres dersom uavklarte tolkningsproblemer forelegges EU-domstolen og EFTA-domstolen i samsvar med forutsetningene bak EUF-traktaten artikkel 267 og ODA artikkel 34. Samtidig er imidlertid også foreleggelsesinstituttet avhengig av de nasjonale domstolenes samarbeidsvilje – med for få foreleggelses vil rettsenheten på det indre marked være truet; med for mange vil systemet bryte sammen. Dessuten er det også i foreleggelsestilfellene opp til de nasjonale domstolene å omsette svarene fra de to domstolene i Luxembourg i konkrete resultater. Fraværet av et eget europeisk domstolssystem innebærer slik at EU-domstolen og EFTA-domstolen er helt avhengige av at de nasjonale domstolene lojalt og samvittighetsfullt sikrer EU/EØS-retten gjennomslag i nasjonal rett. Særlig viktig er dette i saker mot hjemstatens egne myndigheter. Som funksjonelle EØS-domstoler har norske domstoler fått i oppgave å yte private rettsbeskyttelse mot de øvrige norske statsmakter.<sup>28</sup> I et større perspektiv utfører norske domstoler på sett og vis denne oppgaven på vegne av de øvrige EØS-statene som har åpnet egne markeder for norske aktører – på samme måte som EFTAs overvåkningsorgan og EFTA-domstolen har norske domstoler til oppgave å kontrollere at ikke norske myndigheter bryter sin del av avtalen. For norske domstoler, som tradisjonelt har vært nokså tilbakeholdne i sin prøving av lovers grunnlovsmessighet eller forvaltningens utøvelse av skjønsmessig kompetanse, er det neppe til å undres over om denne rollen som EØS-rettslige voktere av de øvrige statsmakter synes noe uvant.<sup>29</sup>

En forutsetning for at norske domstoler skal kunne fungere som garantister for EØS-rettens gjennomslag i norsk rett, er at private som søker å håndheve sine EØS-rettslige rettigheter innrømmes søksmålsadgang. Nettopp av denne grunn har EU-domstolen gjentatte ganger understreket at prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse, slik dette utspringer av medlemsstatenes felles forfatningstradisjoner og er fastslått i EMK artikkelene 6 og 13, er et alminnelig EU-rettslig prinsipp.<sup>30</sup> Selv om EFTA-domstolen foreløpig ikke har hatt foranledning til å uttale seg direkte om spørsmålet, synes det å være enighet om at så vel EØS-avtalens homogenitetsmålsetting som dens vektlegging av behovet for effektiv beskyttelse av individuelle rettigheter nokså klart tilsier at

---

vidtrekkende konsekvenser av statlige lojalitetsforpliktelser i anledning et utgangspunktet folkerettslig EØS-samarbeid som i anledning det overnasjonale EU-samarbeidet, men en nærmere vurdering av denne problemstillingen faller utenfor rammene for fremstillingen her.

<sup>27</sup> Rt. 2000 s. 1811 P, på s. 1827.

<sup>28</sup> Slik Bjørnar Alterskjær og Niels Fenger, "EØS-rettens betydning for norsk forvaltningsrett", *Jussens Venner* 2006 s. 179-192 (på s. 191).

<sup>29</sup> Jf. nærmere om dette nedenfor, bl.a. i kapittel 7 (punkt 7.3).

<sup>30</sup> Se eksempelvis storkammeravgjørelsen i sak C-432/05, *Unibet (London) Ltd og Unibet (International) Ltd mot Justitiekanslern*, Sml. 2007 s. I-2271, avsnitt 37. Prinsippet fremgår nå også av artikkel 47 i EU's charter om grunnleggende rettigheter.

EU-domstolens krav til effektiv domstolsadgang må gjelde tilsvarende i EØS-sammenheng.<sup>31</sup> Allerede i Rt. 1996 s. 282 (Wilhelmsen-saken) uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg at "det er viktig at de prosessuelle krav for fremme av søksmål stilles slik at det ikke gjøres unødige vanskeligheter å få prøvet om norsk regelverk eller norske forvaltningsvedtak samsvarer med EØS-regler" (s. 287). I kjennelsen i Rt. 2005 s. 597 (Allseas Marine Contractors) knyttet Høyesterett spørsmålet om domstolsadgang til EU-domstolens "effektivitetsdoktrine" og uttalte at dersom søksmålsadgang fulgte av EØS-retten, måtte søksmålet fremmes uavhengig av hva som fulgte av norske prosessregler.

De generelle uttalelsene i Rt. 1996 s. 282 og Rt. 2005 s. 597 betyr imidlertid ikke at det ikke har vært en rekke EØS-saker for norske domstoler hvor nettopp spørsmålet om søksmålsadgang har stått sentralt, jf. nærmere om dette i kapittel 8.

---

<sup>31</sup> Se nærmere om dette Halvard Haukeland Fredriksen, "Tvisteloven og EØS-avtalen", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2008 s. 289-359 (på s. 296-299).

### 3. Innsamlingen av materialet

#### 3.1. Generelle merknader

Et sentralt siktemål med den foreliggende studie er å foreta en mest mulig omfattende empirisk kartlegging av alle de rettssaker for de ordinære domstolene der EU/EØS-retten er anført. Domstolsadministrasjonen fører statistikk over aktiviteten i norske domstoler, men denne inkluderer ingen systematisk oversikt over hvilke saker domstolene behandler eller hvilke rettsregler som fortolkes og anvendes. Så vidt vites er det heller ingen andre offentlige instanser som systematisk registrerer norske rettspraksis med EU/EØS-rettslig relevans.<sup>32</sup> Det helt sentrale verktøy for innsamling av materiale er derfor stiftelsen Lovdata sine databaser over norske rettsavgjørelser.

For Høyesteretts vedkommende er Lovdatas baser oppgitt å være komplette for det aktuelle tidsrom (1994-2010), men dette er ikke tilfellet for lagmannsrettene og tingrettene. For lagmannsrettene dekker riktignok Lovdata hele perioden, men basene er ikke fullstendige.<sup>33</sup> For avgjørelser fra første instans er basene nokså mangelfulle – frem til 2002 er i all hovedsak kun rettsavgjørelser publisert i *Retten Gang* omfattet og selv etter dette tidspunkt er det kun enkelte upubliserte avgjørelser som er lagt inn.<sup>34</sup> Særlig for tingrettenes vedkommende har det derfor vært nødvendig å supplere funnene fra Lovdata med andre kilder – i første rekke avgjørelser som omtales i andre norske rettsavgjørelser, EFTA-domstolens praksis, juridisk litteratur, oppslag i media m.v. Det følger av dette at oversikten over avgjørelser fra første instans ikke kan gjøre krav på samme fullstendighet (innenfor definerte søketermer, jf. straks nedenfor) som oversikten over praksis fra Høyesterett og lagmannsrettene. Listen over EU/EØS-relevante avgjørelser fra første instans er likevel kommet opp i nærmere 300 dommer, kjennelser og beslutninger (se vedlegg III), noe som gir et visst håp både om at de fleste av de viktigste sakene er med og at oversikten gir et nokså representativt inntrykk av bredden i tingrettenes

32 Et særdeles lite vellykket forsøk finnes på Høyesteretts hjemmesider på internett ([www.hoyesterett.no](http://www.hoyesterett.no), hvor det under "Avgjørelser" finnes et eget punkt for "EU/EØS". Per 1. januar 2011 inneholder imidlertid denne oversikten kun én sak – dommen inntatt i Rt. 2010 s. 330 A (Bardufoss Flyservice).

33 Jf. Lovdatas håndbok for Lovdata Online, pkt. 4.5.2 (tilgjengelig fra [www.lovdata.no](http://www.lovdata.no)).

34 Ibid, pkt. 4.5.3.

håndtering av EU/EØS-rettslige problemstillinger.

Søkene i Lovdatas baser er foretatt med søkeordene "EØS-avtale\*", "EU-rett\*", "EF-rett\*", "EFTA-domstol\*", "EF-domstol\*", "EU-domstol\*", "EU, EF, EØS, EFTA" og sist oppdatert 14. januar 2011. Med snevrere søkekriterier, for eksempel kun "EØS" eller "EØS-avtalen", viser det seg at for mange relevante avgjørelser faller utenfor. Dette skyldes dels at norske domstoler i mange tilfeller holder seg direkte til EU-rettslig materiale uten å presisere at det er EØS-regler som tolkes. Som nevnt innledningsvis tar dessuten studien sikte på å dekke norske domstolers håndtering av EU/EØS-rettslige kilder også i saker som faller utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde. At så vel "EF-domstol\*" som "EU-domstol\*" er med, skyldes at domstolen skiftet navn ved Lisboa-traktatens ikrafttredelse 1. januar 2010 og at det dessuten både før og etter dette tidspunkt synes noe tilfeldig om norske domstoler omtaler den ved dens tidligere (EF-domstolen) eller nåværende (EU-domstolen) navn.

Ideelt sett kunne det selvsagt være ønskelig med et enda mer finmasket søk, men søk med mer generelle ord som for eksempel "direktiv", gir et antall feiltreff som i hvert fall innen rammene for denne studien fremstår som uhandterlig. Allerede med de anvendte søkeordene er mer enn 200 rettsavgjørelser frasortert etter en nærmere gjennomgang av samtlige treff.

#### 3.2. Avgjørelser fra Høyesterett<sup>35</sup>

Søk 14. januar 2011 i basene "Høyesterett – sivile", "Høyesterett – straff" og "Ankeutvalg – ubegrunnede" gav en trefliste med totalt 158 avgjørelser avsaagt etter EØS-avtalens ikrafttredelse 1. januar 1994. Etter en gjennomgang av samtlige avgjørelser er 35 frasortert. Dette er eksempelvis avgjørelser hvor søkeordene er brukt i en helt annen sammenheng (for eksempel forkortelsene "EU" eller "EF" i en annen betydning enn Den europeiske union eller De europeiske fellesskaper) eller avgjørelser hvor det vises til "EU", "EF", "EØS" eller "EFTA" som ledd i redegjørelsen for sakens bakgrunn e.l., men uten at det er snakk om anvendelse av EU/EØS-rettslige kilder for løsning av rettsspørsmålene i saken.

Som eksempler fra senere tid kan nevnes Rt. 2010 s. 1056 A (Otra Kraft), hvor det i en dom om erstatning ved ekspropriasjon av fall i elver til kraftutbygging vises til de rettslige rammer som følger av EØS og EU-samarbeidet som skranke for en eventuell fremtidig etablering av et marked for såkalt grønne sertifikater (avsnitt 50), men uten at dommen av den grunn er noe eksempel på anvendelse av EU/EØS-rettslige regler eller rettskilder. På liknende vis ble det i Rt. 2010 s. 143 P (Rederiskatt-dommen) kort vist til det EØS-rettslige bakteppe for endringer i rederibeskatningen. Ytterligere eksempler på det samme finnes for eksempel i Rt. 2010 s. 790 A, Rt. 2002 s. 456

35 Til "Høyesterett" regnes i det følgende også Høyesteretts kjeremålsutvalg, selv om dette frem til 1. januar 2008 formelt utgjorde en egen domstol i henhold til domstoloven § 1 (Ved tvistelovens ikrafttredelse ble kjeremålsutvalget erstattet av Høyesteretts ankeutvalg).

A, Rt. 2001 s. 851 og Rt. 2000 s. 1872 A. Av eldre saker kan det vises til Rt. 1997 s. 580 A (OFS-saken), hvor Høyesterett viste til Stortingets forutsetninger om dualisme i anledning gjennomføringen av EØS-avtalen i norsk rett, men uten at saken reiste EU/EØS-rettslige spørsmål. I Rt. 1995 s. 849 A (Keiserinnen-saken) viste Høyesterett til de nye EØS-reglene om vern av arbeidstakeres rettigheter ved virksomhetsoverdragelse, men disse kom ikke til anvendelse i saken og ble heller ikke trukket inn i tolkningen av de dagjeldende reglene.

I andre tilfeller må det imidlertid medgis av vurderingen av om en avgjørelse bør tas med i oversikten eller ikke, har bydd på vanskeligheter. I Rt. 2008 s. 879 A ble det eksempelvis vist til at verdipapirhandellovne fra 1997 og 2007 begge har sin bakgrunn blant annet i Norges forpliktelser etter EØS-avtalen til å gjennomføre visse EU-direktiver i norsk rett, men Høyesterett utalte at det ikke var noen grunn til å gå nærmere inn på dette i den aktuelle saken (avsnitt 23). I Rt. 2009 s. 1665 A er det påpekt at de norske reglene om patentvernets utstrekning i patentloven § 3 ble endret i 1979 for å harmonisere norsk rett med EU-retten, men likevel uten at den EU-rettslige bakgrunnen synes å ha spilt noen rolle for tolkningen av den norske patentlovgivningen. I Rt. 2008 s. 96 U finnes en innledende henvisning til EØS-avtalen artikkel 61 (avsnitt 5), men kjæremålet omhandlet ikke EU/EØS-rettslige problemstillinger. I Rt. 2005 s. 41 A (Napster-dommen) viste saksøkte til et høringsutkast fra Kirke- og kulturdepartementet angående den forestående gjennomføringen i norsk rett av opphavsrettsdirektivet (2001/29/EF), men uten at det synes å være snakk om anvendelse av EU/EØS-rettslige kilder for løsning av rettssspørsmålene i saken. Rt. 1994 s. 1461 A gjaldt bortfall av erstatning til en passasjer som visste eller måtte vite at føreren var alkoholpåvirket, jf. bilansvarslovens daværende § 7 tredje ledd bokstav b, men skadetidspunktet var forut for EØS-avtalen. Høyesterett viste til at lovgiver ved revisjon av loven i forbindelse med EØS-avtalens ikrafttredelse hadde lagt til grunn at EØS-reglene ikke var til hinder for å opprettholde regelen om bortfall av førers og passasjerers rett til erstatning når bilføreren var beruset (s. 1466), men tilsynelatende kun for å underbygge den faste lovgiverviljen bak bestemmelsen.

Blant de frasorterte avgjørelsene er også en del prosessledende avgjørelser i EU/EØS-rettslige saker som i seg selv ikke reiser noen EU/EØS-rettslige problemstillinger, jf. eksempelvis HR-2007-1149-U (upublisert kjennelse om heving av gjenstandsløst kjæremål i Spilleautomatsaken), HR-2007-926-U (upublisert sakskostnadsavgjørelse i kjæremålssaken vedrørende spørsmål om midlertidig forføyning i Spilleautomatsaken), Rt. 2005 s. 1217 P (habilitetsavgjørelse i Finanger II-saken), Rt. 2004 s. 1764 A (fastsettelse av salær i Paranova-saken), Rt. 2000 s. 1323 P (habilitetsavgjørelse i Finanger I-saken) og Rt. 1998 s. 330 U (sakskostnadsavgjørelse i European Navigation-saken etter at kjæremålet som utløste foreleggelse for EFTA-domstolen ble trukket tilbake).

Etter frasorteringen inneholder oversikten over EU/EØS-relevante høyesterettsavgjørelser for perioden 1994-2010 totalt 123 dommer, kjennelser og beslutninger, se vedlegg I. Som den videre fremstilling vil vise, utgjør disse 123

avgjørelsene ingen enhetlig gruppe – oversikten rommer alt fra avgjørelser av rene prosessuelle spørsmål til saker hvor EU/EØS-retten står helt sentralt for den materielle løsningen av en sak. I noen tilfeller gir en og samme tvist opphav til flere EØS-relaterte avgjørelser, noe særlig den innledningsvis omtalte Spilleautomatsaken viser. Oversikten spenner videre over alt fra saker hvor EU/EØS-rettslig materiale kort nevnes i forbindelse med tolkningen av norsk rett til saker hvor hele utfallet står og faller på tolkningen av EØS-rettslige forpliktelser. Felles for samtlige 123 avgjørelser er imidlertid at det er snakk om avgjørelser hvor EU/EØS-rettslig materiale hevdes å være av relevans for løsningen av omtvistete rettssspørsmål.

### 3.3. Avgjørelser fra lagmannsrettene

Søk 14. januar 2011 i Lovdatas base "Lagmannsrettene – alle" gav totalt 408 avgjørelser avsagt etter EØS-avtalens ikrafttredelse 1. januar 1994. Etter en gjennomgang av samtlige avgjørelser er 113 frasortert. Listen er deretter supplert med to avgjørelser som ikke ble fanget opp av søket, men som absolutt bør være med – RG 2003 s. 1268 (Borgarting) og Eidsivating lagmannsretts upubliserte dom 20. oktober 2000 i saken Jan og Kristian Jæger mot Opel Norge. Samlet gir dette en liste på 295 EU/EØS-relevante dommer, kjennelser og beslutninger fra lagmannsrettene, se vedlegg II. Disse 295 avgjørelsene utgjør grunnlaget for de etterfølgende betraktninger om lagmannsrettens håndtering av EU/EØS-relaterte saker.

### 3.4. Avgjørelser fra første instans

Søk 14. januar 2011 i Lovdatas base "Tingretter – alle" gav totalt 201 avgjørelser avsagt etter EØS-avtalens ikrafttredelse 1. januar 1994. Etter en gjennomgang av samtlige avgjørelser er 63 frasortert. Oversikten er deretter supplert med EU/EØS-relevante avgjørelser som er nevnt i andre kilder, først og fremst avgjørelser fra lagmannsrettene eller Høyesterett som viser at EU/EØS-rettslige spørsmål er berørt også i førsteinstansen behandling av sakene, EFTA-domstolens oversikt over tolkningsspørsmål fra nasjonale domstoler, juridisk litteratur og medieoppslag.<sup>36</sup> Samlet har dette resultert i en liste på 298 EU/EØS-relevante avgjørelser fra førsteinstansdomstolene, se vedlegg III.

### 3.5. Svakheter ved det innsamlede materialet

Totalt utgjør grunnlagsmaterialet for studien nærmere 1000 rettsavgjørelser avsagt i tidsrommet 1994-2010. Etter frasortering av avgjørelser hvor EU/EØS-retten verken er påberopt eller anvendt som en rettskilde for løsningen av prosessuelle eller materielle rettssspørsmål, er materialet redusert til 716 avgjørelser. For et lite land som Norge er dette et betydelig materiale og det er å håpe både at de fleste av de viktigste sakene er med og at oversikten gir et nokså representativt inntrykk av bredden i norske domstolers

<sup>36</sup> I de fleste tilfeller har det lyktes å spore opp førsteinstansavgjørelsene, men i noen tilfeller er avgjørelser inkludert i oversikten basert kun på ankeinstansenes redegjørelse for førsteinstansenes avgjørelser (altså som sekundærkilder). Dette gjelder likevel kun tilfeller hvor det klart fremgår av ankeinstansenes avgjørelse at førsteinstansen har drøftet EU/EØS-relaterte spørsmål.

håndtering av EU/EØS-rettslige problemstillinger. Også ut over de allerede omtalte manglene ved Lovdatas samlinger av norsk rettspraksis er det imidlertid enkelte særskilte utfordringer ved innsamling av EU/EØS-relaterte rettspraksis som må tas i betraktning.

En årsak til at det høyst sannsynlig finnes EU/EØS-relaterte avgjørelser fra norske domstoler som ikke er fanget opp av den foreliggende studien, er gjennomføringen av EØS-lovgivningen i norsk rett. Kvantitativt utgjør direktivene størstedelen av EØS-regelverket. Direktiver gjennomføres i norsk rett ved *gjengivelse* ("transformasjon"),<sup>37</sup> noe som innebærer at direktivene omskrives og vedtas som norske lov- eller forskriftsbestemmelser.<sup>38</sup> I en del tilfeller vil "gjennomføringen" i norsk rett kun bestå i at det konstateres at norsk rett allerede antas å oppfylle de krav som følger av nye direktiver. Som en følge av denne gjennomføringsteknikken vil det kunne være saker hvor norske domstoler anvender EØS-basert rett uten å være oppmerksom på den EØS-rettslige dimensjonen og følgelig uten å bruke termer som fanges opp av EØS-rettete søk i Lovdatas baser. I andre tilfeller kan det tenkes at domstolene er kjent med de norske bestemmelsenes EØS-rettslige bakgrunn, men uten at dette kommer til uttrykk i domsgrunnene. Særlig i underinstansene kan det tenkes at tolkningen av den aktuelle EØS-baserte regel synes så vidt klar at det fremstår som unødvendig å underbygge den med EU/EØS-rettslige kilder. I andre tilfeller er det mulig at domstolen ikke kunne finne nevneverdig veiledning i EU/EØS-materialet, uten at man påpeker slike resultatløse undersøkelser særskilt i avgjørelsene.

Også utenfor direktivenes område vil det trolig kunne påvises avgjørelser fra norske domstoler hvor verken partene eller domstolen har vært oppmerksomme på sakens EØS-rettslige side. Som påpekt av Arnesen og Stenvik er ikke EØS-rettens anvendelse begrenset til nærmere angitte saksområder – en rekke spørsmål i norsk rett kan tenkes å ha en side mot EØS-retten om man bare har innsikt og fantasi nok til å identifisere den.<sup>39</sup> Nå kan det innvendes at det knapt kan være noe eksempel på norske domstolars anvendelse av EU/EØS-rett dersom domstolen selv ikke har vært oppmerksom på denne dimensjonen, men med et bredere perspektiv på norske domstolars forhold til våre EØS-forpliktelser vil slike tilfelle absolutt ha interesse. Dette gjelder særlig på områder hvor EU-domstolen stiller krav til at nasjonale dommere selv skal identifisere EU/EØS-rettslige problemstillinger og håndheve reglene av eget tiltak, slik som visse sider av EU/EØS-konkurranseretten og EUs forbrukervernlovgivning.<sup>40</sup> Det sier imidlertid seg selv at slike tilfeller ikke kan fanges opp av EØS-rettete søk

i rettspraksis.

Ytterligere en kategori av saker som ikke vil være omfattet av det innsamlede materiale, er avgjørelser hvor EU/EØS-dimensjonen "konsumeres" av tradisjonelle norske rettskilder som lovforarbeider eller høyesterettspraksis. Det er uten betydning i denne sammenheng at slike tilfeller kan kritiseres fordi verken lovforarbeider eller høyesterettspraksis rettslig sett kan anses som relevante kilder for tolkningen av EU/EØS-rettslige regler – poenget er ene og alene at det trolig finnes eksempler hvor domstolene rent faktisk nøyer seg med å vise til den tolkning av EU/EØS-kildene som lovgiver og/eller Høyesterett har lagt til grunn, med den følge at avgjørelsene ikke vil fanges opp av EØS-rettete søk i rettspraksis.<sup>41</sup>

En siste gruppe av saker som i utgangspunktet ikke er omfattet av det innsamlede materiale, er saker hvor det aldri avses noen søkbar avgjørelse fra en norsk domstol. I denne kategorien faller flere meget interessante EØS-saker som er blitt forelagt for EFTA-domstolen av norske førsteinstansdomstoler og hvor EFTA-domstolens svar har vært så entydig at saken deretter forlikes. Disse sakene er imidlertid fanget opp av søk i EFTA-domstolens praksis og omtales i teksten nedenfor. De er derimot naturlig nok ikke inkludert i vedleggene med oversikt over norske rettsavgjørelser.

37 Jf. nærmere Fredrik Sejersted m.fl., *EØS-rett*, 2. utg. Oslo 2004, s. 189 flg.

38 Direktivene er utformet nettopp med tanke på at de skal omskrives og gli inn som en naturlig del av medlemsstatenes nasjonale rett, jf. for så vidt EØS-avtalen artikkel 7 bokstav b og EUF-traktaten artikkel 288 tredje ledd.

39 Arnesen og Stenvik 2009 s. 14.

40 Se nærmere Fredriksen 2008 s. 321 flg.

41 To eksempler fra Høyesteretts praksis er Rt. 2000 s. 2047 A og Rt. 2000 s. 2058 A, som begge gjelder arbeidstakers rettigheter i forbindelse med virksomhetsoverdragelser.

## 4. I hvor mange tilfeller har EØS-retten relevans for den materielle løsningen av en sak?

### 4.1. Generelle merknader – avgrensingsproblemer

Vel så interessant som en oversikt over alle mulige rettsavgjørelser hvor EU/EØS-rettslig materiale er berørt, er det å få avdekket hvor mange saker hvor EØS-rettslige forpliktelser kan hevdes å ha vært av materiell betydning for tvistens endelige utfall. EØS-rettens innflytelse på ulike prosessuelle avgjørelser kan være viktig nok, men fra et EØS-rettslig perspektiv er det likevel den materielle EØS-rettens gjennomslag i norsk rett som er av størst interesse. EØS-rettens inngrep i det som ofte omtales som medlemsstatenes prosessuelle autonomi er ikke noe mål i seg selv, kun et middel for å realisere den materielle EØS-retten. Spørsmålet er derfor om det mulig å si noe om omtrent hvor mange substansielle EØS-rettslige tvister som dukker opp for norske domstoler.

Det er ingen overraskelse at et forsøk på å besvare dette spørsmålet umiddelbart støter på betydelige avgrensingsproblemer. Det synes uten videre klart at en slik oversikt ikke kan begrenses til realitetsavgjørelser i form av dommer. Praksis viser eksempelvis klart at kjennelser som tar stilling til en begjæring om en midlertidig forføyning også på EØS-rettens område i praksis ofte avslutter saken (særlig dersom domstolene gir uttrykk for at de anser det for lite trolig at hovedkravet vil kunne føre frem).<sup>42</sup> Motsatt er det imidlertid også slik at materialet inneholder en rekke dommer hvor EØS-retten er påberopt, men hvor det uten videre er klart at den ikke kommer til anvendelse.<sup>43</sup> I noen tilfeller påpekes dette i dommen, i andre ikke. Det kan hevdes at slike saker bør regnes med i oversikten, ettersom det er snakk om parter som hevder å inneha materielle EØS-rettslige rettigheter som de søker å realisere.<sup>44</sup> Fra et EØS-rettslig perspektiv er imidlertid disse sakene av liten interesse – de handler jo rent faktisk ikke om EØS-rettigheter. Samtidig bør det heller

ikke være avgjørende for kategoriseringen om den norske domstolen endte opp med å konkludere med at saken falt utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde – for det første er det jo ikke uten videre gitt at denne konklusjonen er EØS-rettslig korrekt, og for det andre vil man med en slik avgrensning "miste" flere meget interessante dommer hvor nettopp spørsmålet om EØS-rettens anvendelsesområde står i sentrum.<sup>45</sup>

Et nærliggende alternativ er å se bort fra partenes anførsler og legge avgjørende vekt på om domstolen avgjør saken på EØS-rettslig grunnlag. Ulempen med denne tilnærmingen er imidlertid at det innsamlede materiale inneholder interessante eksempler på saker hvor mye tyder på at en part med rette påberoper seg EØS-rettigheter, men hvor domstolene gir vedkommende medhold på annet grunnlag, enten uten å berøre EØS-anførselene overhodet eller ved å påpeke at det ikke er nødvendig å ta endelig stilling til dem.<sup>46</sup> Fra et EØS-rettslig perspektiv er dette helt uproblematisk, men det er ikke helt lett å avgjøre i slike tilfeller om EØS-retten var av materiell betydning for sakens endelige utfall. I noen tilfeller kan nesten domstolens mistenkes for å gjøre det lett for seg ved å "konsumere" kompliserte EØS-anførsler, men en slik mistanke er naturlig nok svært vanskelig å underbygge.

Til syvende og sist synes det uunngåelig at den etterfølgende opplisting av substansielle EØS-saker i norske domstoler 1994-2010 beror på en skjønsmessig vurdering. Målsettingen har vært å velge ut de sakene hvor materielle EØS-rettslige spørsmål kan hevdes å stå relativt sentralt.

Det er grunn til å påpeke at det i det følgende kun tas sikte på å få frem hvor mange substansielle EØS-rettslige tvister som har dukket opp for norske domstoler, ikke hvor mange privatpersoner eller selskaper som gjennom disse sakene har søkt å håndheve sine EØS-rettslige rettigheter. I mange av sakene er flere parter involvert på samme side og i noen saker er det snakk om svært mange parter. I Rt. 2006 s. 71 A (SAS/Braathens-saken) var søksmål anlagt av hele 320 arbeidstagere – det var altså snakk om 320 tvister som i teorien kunne vært anlagt som 320 separate søksmål. Videre er Oslo tingretts dom 30. november 2010 i saken Landsforeningen for Trafikkskadde mot staten et første eksempel på en dom i et gruppesøksmål om EØS-rettigheter (syv gruppede medlemmer).<sup>47</sup> I andre tilfeller velges ett eller flere søksmål ut for å få avklart et omstridt rettsspørsmål, samtidig som behandlingen av liknende søksmål stilles i bero – i Edquist-saken fremgår det av Høyesteretts dom 7. desember 2010 at det var reist noe over 100 saker med til sammen ca. 120 parter med krav om tilbakebetaling eller erstatning for

42 Jf. eksempelvis kjennelsene i Rt. 1997 s. 1859 U (MAN); Rt. 1996 s. 1569 U (VinCompagniet) og Rt. 1996 s. 433 U (Paranova I).

43 Se til illustrasjon for eksempel Agder lagmannsrett dom 6. desember 2001 (LA-2001-799 – Rasmussen Maritime Services) og Borgarting lagmannsrett dom 10. november 2000 (LB-2000-699 – Topp Radio).

44 Til forskjell fra kapittel 6 nedenfor er det følgelig her snakk om saker hvor en eller flere parter hevder at EØS-retten kommer til anvendelse, ikke tilfeller hvor det argumenteres for resepsjon av EØS-rettslige løsninger utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde.

45 Se for eksempel Agder lagmannsrett dom 10. desember 2001 (LA-2001-1152 – Fisketråleren Kvitsjøen), hvor lagmannsretten avviste at EØS-avtalen kom til anvendelse i norsk økonomis sone. Dommen omtales nærmere nedenfor under kapittel 9. Et annet eksempel er RG 2008 s. 981 (Agder), hvor lagmannsretten avviste at småbåtordningen kom til anvendelse på CE-merkede vannscootere produsert utenfor EØS-område.

46 To ferske eksempler fra første instans er Oslo tingretts dommer 18. og 31. mai 2010 i hhv. sak TOSLO-2010-48861 (Nor Supply Offshore) og sak TOSLO-2009-191453 (Jens P. Heyerdahl).

47 Oslo tingretts dom 30. november 2010 (TOSLO-2009-204651-2).

EØS-stridig innkrevd kildeskatt.<sup>48</sup>

Ettersom siktemålet med det følgende er å få frem omtrent hvor mange substansielle EØS-rettslige tvister som dukker opp for norske domstoler, så vil saker som er behandlet i flere instanser kun telle som én sak – det verserte kun én tvist om spilleautomatmonopolet i norske domstoler, selv om den resulterte i tre dommer (og et utall kjennelser og beslutninger).<sup>49</sup>

De nedenfor i kapittel 6 omtalte avgjørelsene hvor EU/EØS-rett er anført og/eller anvendt som et argument for tolkning av rettsregler utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde, er ikke med i oversikten her.

#### 4.2. Avgjørelser fra Høyesterett

En oversikt over høyesterettsavgjørelser i perioden 1994–2010 hvor materielle EØS-rettslige spørsmål kan hevdes å ha stått relativt sentralt, ser ut som følger:

1. Høyesteretts dom 21. desember 2010 (HR-2010-02191-A) – FINN bil-saken. Angrerettsdirektivet
2. Høyesteretts kjennelse 14. desember 2010, HR-2010-02138-A – Compania la Gomera. Fisjonsdirektivet
3. Høyesteretts dom 7. desember 2010 (HR-2010-2082-A) – Edquist-dommen. EØS-erstatningsansvar m.v.
4. Rt. 2010 s. 330 A – Bardufoss Flyservice. Virksomhetsoverdragelse (direktiv 77/187/EØF)
5. Rt. 2009 s. 839 A – Vinforum-dommen. Alkoholreklame. EØS-avtalen artikkel 12 og 13
6. Rt. 2009 s. 705 A. Utvisning av EØS-utlending. Direktiv 64/221/EØF
7. Rt. 2008 s. 1789 A – Gietaadit-dommen. Straffesak. Direktiv 93/119/EF om vern av dyr ved slakting
8. Rt. 2008 s. 1705 A – Trafikk & Anlegg. EØS-anbudsrett. Erstatningsansvar
9. Rt. 2008 s. 1268 – Søtt + Salt. Immaterialrett. Varemerkedirektivet (89/104/EØF)
10. Rt. 2008 s. 1201 A – Lemminkäinen. Strafferett. EØS-konkurranserett.
11. Rt. 2008 s. 982 A – Catch Ventelo. EØS-anbudsrett. Erstatningsansvar
12. Rt. 2008 s. 738 A – KLM. Tilbakesøking av flyseteavgift innkrevd i strid med EØS-avtalen
13. Rt. 2008 s. 453 A – Otterstad. Avkorting av bilansvar. Motorvognforsikringsdirektivene
14. Rt. 2007 s. 1003 A – Spilleautomatdommen. EØS-avtalens artiklene 31 og 36
15. Rt. 2007 s. 983 A – Reno Vest. EØS-anbudsrett. Erstatningsansvar
16. Rt. 2007 s. 140 A – Debito. Registrering i

- merverdiavgiftsmanntallet. EØS-avtalen artikkel 31 og 36
17. Rt. 2007 s. 129 A. Arbeidsrett. Direktiv 91/533/EØF.
18. Rt. 2006 s. 1473 A – Livbøye-saken. Varemerkedirektivet (89/104/EØF)
19. Rt. 2006 s. 1190 A. Straffesak. Innførsel av legemidler. EØS-avtalen artikkel 13
20. Rt. 2006 s. 404 A – Invensys. Skatterett. EØS-avtalen artikkel 31
21. Rt. 2006 s. 179 A – Stovletthæl-dommen. Forbrukerkjøpsdirektivet
22. Rt. 2006 s. 71 A – SAS/Braathens. Virksomhetsoverdragelse (direktiv 77/187/EØF)
23. Rt. 2005 s. 1638 A – Verneponcho-saken. Anbudssak. Allmenne anskaffelsesrettslige prinsipper
24. Rt. 2005 s. 1601 A – "Gule sider"-saken. Varemerkedirektivet (89/104/EØF)
25. Rt. 2005 s. 1365 P – Finanger II. EØS-erstatningsansvar
26. Rt. 2005 s. 607 A – Samuelsen. Erstatning ved eiendomsavståelse. EØS-avtalen artiklene 4 og 40
27. Rt. 2004 s. 1474 A – "volvoimport.no". Varemerkedirektivet (89/104/EØF)
28. Rt. 2004 s. 904 A – Paranova II. Varemerkedirektivet (89/104/EØF)
29. Rt. 2004 s. 834 A – Vannscooter I. Straffesak. EØS-avtalen artikkel 11
30. Rt. 2004 s. 122 A – Norsk Dental Depot. Produktansvarsdirektivet (85/374/EØF)
31. Rt. 2003 s. 1501 A – Winge Reisebureau. Selskapsrett. Direktiv 77/91/EØF
32. Rt. 2002 s. 391 A – "God morgon"-saken. Varemerkedirektivet (89/104/EØF)
33. Rt. 2001 s. 1390 A – Hunter Textile. Handelsagentdirektivet (86/653/EØF)
34. Rt. 2001 s. 1062 A – Nucleusdommen. EØS-anbudsrett. Erstatningsansvar
35. Rt. 2001 s. 450 A. Patentrett. EØS-avtalen protokoll 28 artikkel 3 nr. 4
36. Rt. 2001 s. 248 A – Olderdalen Ambulanse. Virksomhetsoverdragelse (direktiv 77/187/EØF)
37. Rt. 2001 s. 71 A – Rasmussen Offshore. Virksomhetsoverdragelse (direktiv 77/187/EØF)
38. Rt. 2000 s. 1811 P – Finanger I. Bilansvar. Motorvognforsikringsdirektivene. Direktivkonform tolkning
39. Rt. 2000 s. 1451 A. Straffesak. Kjøre- og hviletid for yrkessjåfører (forordning 3820- og 3821/1985)
40. Rt. 2000 s. 46 A – Ølreklamesaken. Alkoholreklame. EØS-avtalen artikkel 12 og 13
41. Rt. 1999 s. 1725 A – "Lundetangen". Varemerkedirektivet (89/104/EØF)
42. Rt. 1999 s. 989 A. Virksomhetsoverdragelse (direktiv 77/187/EØF)
43. Rt. 1999 s. 977 A – Nemkodommen. Virksomhetsoverdragelse (direktiv 77/187/EØF)
44. Rt. 1999 s. 393 A. Straffesak. Kjøre- og hviletid for yrkessjåfører (forordning 3820- og 3821/1985)
45. Rt. 1997 s. 1965 A – Eidesund. Virksomhetsoverdragelse (direktiv 77/187/EØF)
46. Rt. 1997 s. 1954 A – Løten kommune.

48 Høyesteretts dom 7. desember 2010 (HR-2010-2082-A), avsnitt 8.

49 I tilfeller hvor ankeinstansen ikke berører EØS-rettslige spørsmål som har vært behandlet av underinstansen, er det imidlertid naturlig nok underinstansens dom som er av interesse, se til illustrasjon Rendalen-saken, hvor Eidsivating lagmannsrett i dom 14. november 2005 (LE-2004-102930) trakk inn direktiv 98/58/EF om vern av dyr som holdes for landbruksformål. Endelig dom i saken er Rt. 2006 s. 1105 A, men Høyesterett gikk ikke inn på de EØS-rettslige spørsmålene.



- Virksomhetsoverdragelse (direktiv77/187/EØF)
47. Rt. 1997 s. 1859 U – MAN-saken. Konkurranserett. EØS-avtalen artikkel 53.
  48. Rt. 1997 s. 390 A – Jørgensen-dommen. Fradrag for utenlandske trygdeytelser ved utmåling av erstatning til barn for tap av forsørger. Forordning nr. 1408/71
  49. Rt. 1997 s. 334 A – Stavanger Havnelager. Boikott. EØS-avtalen artiklene 53 og 54
  50. Rt. 1996 s. 1569 U – VinCompagniet. Klassifisering av alkoholholdig drikke. EØS-avtalen artikkel 11
  51. Rt. 1996 s. 433 U – Paranova I. Parallellimport. Tolkning av traktaten om Spanias tiltredelse til EU
  52. Rt. 1995 s. 1789 U – Kiddie Rides. Lotterilovgivning. EØS-avtalen artiklene 1, 4, 31, 36 og 59

#### 4.3. Ytterligere avgjørelser fra lagmannsrettene

Dersom listen med høyesterettsavgjørelser suppleres med substansielle EØS-saker fra oversikten over lagmannsrettspraksis, så blir tilveksten som følger (ordnet i kronologisk rekkefølge):

53. Borgarting – dom 9. desember 2010 (LB-2010-31001) – Tide Sjø. Virksomhetsoverdragelse
54. Borgarting – kjennelse 26. november 2010 (LB-2010-115884) – Vestre Viken. EØS-anbudsrett
55. Borgarting – dom 14. september 2010 (LB-2009-189646) – Electrolux Home Products. Produktansvarsdirektivet
56. Borgarting – dom 7. september 2010 (LB-2009-89085) – Tine-saken. EØS-avtalen artikkel 53 og 54
57. Gulating – dom 3. september 2010 (LG-2009-200923). Boplikt
58. Borgarting – kjennelse 30. juni 2010 (LB-2010-69897) – Fjellkraft. EUs sjette selskapsdirektiv
59. Frostating – dom 25. juni 2010 (LF-2010-21736) – Wullum Amcar. Godkjenning av kjøretøy. Direktiv 97/27/EF
60. Borgarting – dom 10. mai 2010 (LB-2009-75798) – RIRI Group. Patentrett. EØS-avtalens protokoll 28 artikkel 3 nr. 4
61. Borgarting – dom 27. april 2010 (LB-2009-174551) – ”Companys”. Varemerkedirektivet
62. Borgarting – dom 8. april 2010 (LB-2009-136211) – ISO+-saken. Byggevederdirektivet (89/106/EØF)
63. Borgarting – dom 23. mars 2010 (LB-2009-57018) – Oslo sentralarrest. EØS-anbudsrett
64. RG 2010 s. 171 (Borgarting) – Pirate Bay-saken. Opphavsrettsdirektivet (2001/29/EF)
65. RG 2010 s. 78 (Borgarting) – A mot Trafikkforsikringsforeningen. EUs fjerde motorvognforsikringsdirektiv (2000/26/EF)
66. Borgarting – kjennelse 11. januar 2010 (LB-2009-180119) – ”Abercrombie & Fitch”. Varemerkerett
67. Frostating – dom 8. januar 2010 (LF-2009-25488) – Boa Eiendom. Konesjonsrett. EØS-avtalen art. 40
68. Borgarting – dom 15. desember 2009 (LB-2009-99914) – ”Tippinga”. Varemerkedirektivet
69. Borgarting – dom 16. november 2009 (LB-2009-36418) – Isqueen AS. EØS-rettslige rammer for kamp mot laksesykdommer. Direktiv 93/53/EØF og direktiv 2000/27/EF.
70. Borgarting – dom 3. juli 2009 (LB-2008-66692) – Transocean Offshore Deepwater Drilling. Patentrett. EØS-avtalens protokoll 28 artikkel 3 nr. 4.
71. RG 2009 s. 769 (Borgarting) – ”Royal Umbrella”-saken. Parallellimport. Varemerkedirektivet
72. Frostating – dom 12. juni 2009 (LF-2008-132510). Straffesak. Suspensjon av dansk lege. EØS-avtalen artikkel 13
73. Gulating – dom 10. juni 2009 (LG-2008-146069). Arbeidsrett. Anførsel om EØS-rettslige plikt til å gjøre arbeidsmiljøloven gjeldende for omsorgsarbeid i hjemmet
74. Gulating – dom 2. juni 2009 (LG-2008-160518) – Erstad & Lekven. EØS-anbudsrett.
75. Borgarting – kjennelse 28. mai 2009 (LB-2009-40722) – Cybergun-saken. Parallellimport. Varemerkedirektivet (89/104/EØF) artikkel 7 nr. 1.
76. Borgarting – dom 27. april 2009 (LB-2008-117063) – Champagneria. Varemerkedirektivet og vinforordningen (1493/1999)
77. Borgarting – kjennelse 2. april 2009 (LB-2009-44076) – Landsbanki Islands I. ”Windingup-direktivet”
78. Borgarting – kjennelse 2. april 2009 (LB-2009-42414) – Landsbanki Islands II. ”Windingup-direktivet”
79. Borgarting – dom 30. mars 2009 (LB-2008-135286) – Georg Andresen & Sønner AS. EØS-anbudsrett
80. Eidsivating – dom 24. mars 2009 (LE-2008-76592) – Kabinansatte i SAS. Kjønnsdiskriminering. Direktiv 76/2007 og 86/613.
81. Borgarting – dom 9. mars 2009 (LB-2008-27119) – SeaDrill-saken. ”Takeover-direktivet” (2004/25/EF)
82. Borgarting – dom 23. februar 2009 (LB-2008-74693) – Mester Yrkesbygg Bergen. EØS-anbudsrett
83. RG 2009 s. 188 (Eidsivating) – Benair-saken. EØS-avtalen artikkel 54
84. Borgarting – dom 27. januar 2009 (LB-2008-78905) – ”Le Meridien”-saken. Varemerkedirektivet
85. Hålogaland – dom 21. januar 2009 (LH-2008-99829). Diskriminering av gravid arbeidstager. EØS-rettslig krav til effektive sanksjoner
86. Borgarting – dom 20. januar 2009 (LB-2008-4122) – Stolt Nielsen-saken. Spørsmål om skattemessig bosted. EØS-avtalen artikkel 4
87. Agder – dom 9. januar 2009 (LA-2008-80575). Trygdeforordningen (EØF nr. 1408/71).
88. Borgarting – dom 8. desember 2008 (LB-2008-65676). Straffesak. Import av EU-godkjente motorsykler. Bl.a. spørsmål om avgiftsregler utgjorde en handelshindring
89. Hålogaland – kjennelse 5. november 2008 (LH-2008-134402) – Helseforetakenes Innkjøpsservice. EØS-anbudsrett
90. RG 2008 s. 981 (Agder) – Vannscooter II. Straffesak. Småbåtordningen (94/25/EF). EØS-avtalen art. 8 og 11-13
91. RG 2008 s. 961 (Borgarting) – ”SAGA”-saken. Varemerkedirektivet.
92. Borgarting – dom 13. februar 2008 (LB-2007-20607) – Ryanair. Urimelige standardavtalevilkår. Markedsføringsloven § 9a, jf. EU-direktiv 93/13/EF.
93. Borgarting – dom 11. februar 2008 (LB-2006-118637).

- EØS-trygdetid
94. Borgarting – dom 6. februar 2008 (LB-2006-18354) – Nissan Nordic Europe. Forbrukerkjøp. Direktiv 80/1269/EØF om typegodkjenning av bilmotorer.
  95. RG 2008 s. 358 (Borgarting). Boplikt. EØS-avtalen artikkel 40
  96. Frostating – dom 23. november 2007 (LF-2007-51156) – Kleven Verft. Tilbakesøking av verftsstøtte.
  97. Borgarting – kjennelse 8. november 2007 (LB-2007-150205) – Sparebanken Vest. Karensbestemmelse i distribusjonsavtale for forsikringsprodukter. EØS-avtalen artikkel 53
  98. Borgarting – dom 17. oktober 2007 (LB-2005-172949) – Regatta-saken. Skipsutstyrsdirektivet
  99. RG 2008 s. 161 (Borgarting) – ”Mango”-saken. Varemerkedirektivet
  100. Borgarting – dom 15. august 2007 (LB-2006-25275) – Recip-saken. Direktiv 2001/83
  101. RG 2007 s. 1390 (Hålogaland) – Rødne & Sønner. EØS-anbudsrett
  102. Borgarting – kjennelse 12. juni 2007 (LB-2007-54369) – ”Trådløs Bedrift”. Varemerkedirektivet
  103. RG 2007 s. 1002 (Borgarting) – ISS-saken. Vern av pensjonsrettigheter ved virksomhetsoverdragelse
  104. Borgarting – kjennelse 22. februar 2007 (LB-2006-164606). Arbeidsrett. Passivitet
  105. Borgarting – kjennelse 15. februar 2007 (LB-2006-175412). Straffesak. Kjøre- og hviletid
  106. Borgarting – dom 6. november 2006 (LB-2005-92803) – BMW Norge. Konkurransrett. EU-forordning 1475/95
  107. RG 2007 s. 387 (Gulating). Arbeidsrett. Subsidiær anførsel om virksomhetsoverdragelse
  108. Frostating – dom 21. september 2006 (LF-2006-24118) – Autonlinebåten Leinebris. Straffesak. EØS-avtalens artikkel 28, jf. forordning EØF 1612/68. EØS-avtalen artikkel 126. EØS-avtalen artikkel 28
  109. Gulating – kjennelse 24. august 2006 (LG-2006-83798). Odelsrett. EØS-avtalen artikkel 40
  110. RG 2006 s. 1217 (Borgarting) – Sense Communications-saken. Nettilgang. EØS-konkurransrett
  111. RG 2006 s. 1046 (Borgarting) – SmithKline Beecham. Varemerkedirektivet
  112. Gulating – dom 4. januar 2006 (LG-2002-7413) – Total E&P Norge. Virksomhetsoverdragelse.
  113. Eidsivating – dom 14. november 2005 (LE-2004-102930) – Rendalen-dommen. Direktiv 98/58/EF om vern av dyr som holdes for landbruksformål
  114. RG 2005 s. 1555 (Frostating). Straffesak. Falske opprinnelsesbevis ved salg av fisk. EØS-avtalen protokoll 4
  115. RG 2005 s. 1542 (Frostating) – Fokus Bank-saken. Skatterett. EØS-avtalen artikkel 40
  116. Gulating – kjennelse 15. april 2005 (LG-2004-80183) – O J Miljeteig AS. EØS-anbudsrett
  117. Eidsivating – dom 9. desember 2004 (LE-2004-5411) – Nor Cargo Thermo. Straffesak. Utpakking av frosset kjøtt uten å ha autorisasjon til dette. Forordning 1760/2000
  118. RG 2005 s. 469 (Hålogaland) – A3-Arkitektkontor. EØS-anbudsrett
  119. Borgarting – dom 26. oktober 2004 (LB-2003-9824) – Scandinavian Pharmaceutical Generics. Patentrett. EØS-avtalens protokoll 28 artikkel 3 nr. 4.
  120. Gulating – dom 22. desember 2004 (LG-2003-4386) – Maschinenfabrik J. Diffenbacher. Skatterett. EØS-avtalens artikkel 4, 31 og 33
  121. Borgarting – dom 24. juni 2004 (LB-2004-9512) – Modern Kjølestoffer. EØS-avtalen artikkel 31
  122. Eidsivating – dom 24. juni 2004 (LE-2004-3198) – Ryfoss Trafikksenter. Konkurransrett
  123. Borgarting – kjennelse 11. mai 2004 (LB-2003-20532) – BMW Norge. EØS-avtalen artikkel 53
  124. Frostating – dom 19. april 2004 (LF-2003-6633). Straffesak. Overtredelse av forordning nr. 259/93
  125. RG 2004 s. 974 (Hålogaland) – Vadsø svømmehall. EØS-anbudsrett
  126. RG 2004 s. 904 (Gulating) – HydroTexaco-saken. EØS-konkurransrett.
  127. Borgarting – dom 2. februar 2004 (LB-2001-2378) – Teletopia. Telepriser
  128. Gulating – kjennelse 9. desember 2003 (LG-2003-5463) – Mediteam. Virksomhetsoverdragelse.
  129. RG 2004 s. 187 (Borgarting) – ”Tripp Trapp”-saken. Varemerkedirektivet
  130. Borgarting – dom 18. september 2003 (LB-2002-3791) – Star Tour. Pakkereisedirektivet og forbrukeravtaledirektivet
  131. RG 2003 s. 1393 (Borgarting) – MBT Holding. EØS-avtalen artikkel 53
  132. RG 2003 s. 1268 (Borgarting) – Tele 2 Norge. Straffesak. Ansvar for internettleverandør for ulovlig pornografisk materiale på nettserver. Direktivet om elektronisk handel.
  133. Borgarting – dom 13. juni 2003 (LB-2002-2780-1) – Kruuse Norge. Gyldighet av avtalt konkurranseforbud. EØS-avtalen artikkel 53.
  134. Borgarting – dom 4. juni 2003 (LB-2002-1293) – Bragernes-saken. EØS-anbudsrett
  135. RG 2003 s. 1110 (Agder) – DeLaval-saken. Markedsføring. Varemerkedirektivet
  136. RG 2003 s. 997 (Borgarting) – ”hpshop.no”. Varemerkedirektivet
  137. Borgarting - dom 7. november 2002 (LB-2001-3102) – Selected Brands Shoes & Clothes. Toll og merverdiavgift. EØS-avtalen artikkel 11, 14, 31 og 34
  138. Borgarting – dom 18. oktober 2002 (LB-2001-3746) – Høysæter AS. EØS-anbudsrett
  139. Borgarting – dom 28. juni 2002 (LB-2001-3675) – Viken Skogeierforening. EØS-avtalen artikkel 53
  140. Borgarting – kjennelse 11. juni 2002 (LB-2002-1200) – ”Opplysningen 180”. Varemerkedirektivet.
  141. Borgarting – dom 31. mai 2002 (LB-2001-3062) – Pentex. Produktansvarsdirektivet
  142. RG 2002 s. 1132 (Borgarting) – Stavanger Kretsfengsel. EØS-anbudsrett
  143. Borgarting – dom 13. mai 2002 (LB-2001-2641) – ”Metozoc/Selo-zok”. Varemerkedirektivet
  144. Borgarting – dom 15. april 2002 (LB-2001-711). Trygderett. Forordning 1408/71
  145. Gulating - dom 22. mars 2002 (LG-2001-635) – Mjellem & Karlsen Verft. Virksomhetsoverdragelse
  146. RG 2002 s. 943 (Borgarting). Straffesak. Kjøre- og hviletid,

- jf. forordning 3821/85 og 3820/85
147. Borgarting – dom og kjennelse 21. januar 2002 (LB-2001-1965) – Fontana. Virksomhetsoverdragelse
148. RG 2002 s. 592 (Borgarting) – Boneloc-saken. Produktansvarsdirektivet
149. Agder – dom 10. desember 2001 (LA-2001-1152) – Fisketråleren Kvitsjøen. Straffesak. EØS-avtalen artikkel 126
150. Eidsivating – dom 7. desember 2001 (LE-2001-107) – Sør-Østerdal Interkommunale Renovasjonsselskap. EØS-anbudsrett
151. Agder – dom 6. desember 2001 (LA-2001-799) – Rasmussen Maritime Services. EØS-avtalen art. 28
152. Frostating – dom 3. desember 2001 (LF-2001-366) – Hakon Detalj. Tolking av arbeidsavtaler. Direktiv 91/533/EØF
153. RG 2001 s. 1438 (Hålogaland) – ISS Norge. Virksomhetsoverdragelse
154. Borgarting – kjennelse 1. juni 2001 (LB-2001-1307) – Audiotron. EØS-avtalen artikkel 53
155. Borgarting – dom 10. november 2000 (LB-2000-699) – Topp Radio. EØS-avtalen artikkel 54
156. Eidsivating – dom 20. oktober 2000 (LE-1999-156) – Jan og Kristian Jæger. EØS-konkurranserett
157. Gulating – dom 2. mai 2000 (LG-1999-1023) – Sandnes Sparebank. Garantirett
158. Agder – kjennelse 13. april 2000 (LA-2000-314). Straffesak. Kjøre- og hviletid og sikring av last
159. Borgarting – dom 28. februar 2000 (LB-1999-956) – NHG Trans. Arbeidsrett. Kjøre- og hviletid
160. RG 2000 s. 1269 (Agder) – Tor Entreprenør. EØS-anbudsrett
161. Borgarting – kjennelse 27. januar 2000 (LB-2000-249) – Teletopia AS. EØS-konkurranserett.
162. Frostating – dom 3. desember 1999 (LF-1999-808). Straffesak. Kjøre- og hviletid (forordning 3820/85)
163. RG 2000 s. 385 (Borgarting) – Nille-saken. EØS-avtalen artikkel 11
164. Borgarting – kjennelse 17. mars 1999 (LB-1998-2993) – Lorentzen Skibs. Virksomhetsoverdragelse
165. Hålogaland – dom 18. desember 1998 (LH-1998-358) – Kautokeino helsesenter. EØS-anbudsrett
166. Agder – kjennelse 20. oktober 1998 (LA-1998-817). Straffesak. Kjøre- og hviletid (forordning 3820/85)
167. Borgarting – dom 4. september 1998 (LB-1998-326). Virksomhetsoverdragelse
168. Borgarting – dom 24. juni 1998 (LB-1997-3223) – Skedsmovollen Bensinstasjoner. EØS-avtalen art. 53
169. RG 1999 s. 378 (Gulating) – Husbyggeren Egersund. Virksomhetsoverdragelse
170. Hålogaland – dom 16. april 1998 (LH-1997-326) – Bardu Best Western. Virksomhetsoverdragelse
171. Eidsivating – dom 20. juni 1997 (LE-1997-233). Straffesak. EØS-reglene om kjøre- og hviletid
172. RG 1998 s. 178 (Eidsivating) – Nes kommune-saken. EØS-anbudsrett
173. RG 2000 s. 833 (Frostating) – Ulstein og Røiseng. Virksomhetsoverdragelse.
174. Gulating – dom 27. januar 1997 (LG-1995-1362) –

- Stavanger Catering. Virksomhetsoverdragelse
175. Gulating – dom 20. desember 1996 (LG-1995-672) – Eidesund. Virksomhetsoverdragelse
176. Gulating – dom 7. november 1996 (LG-1996-304) – Perla AS. Virksomhetsoverdragelse
177. Frostating – kjennelse 17. mars 1995 (LF-1995-91). Arbeidsrett. Virksomhetsoverdragelse

#### 4.4. Ytterligere avgjørelser fra første instans

Dersom listen suppleres ytterligere med substansielle EØS-saker fra oversikten over praksis fra første instans, så blir tilveksten som følger (ordnet i kronologisk rekkefølge):

178. Oslo tingrett dom 30. november 2010 (TOSLO-2009-204651-2) – Landsforeningen for Trafikkskadde. Motorvognforsikringsdirektivene. EØS-erstatningsansvar
179. Oslo tingrett dom 17. november 2010 (TOSLO-2009-188440) – Taxi 2 Dør til Dør. EØS-anbudsrett
180. Oslo tingrett dom 29. oktober 2010 (TOSLO-2009-181049) – ”Kvikk Lunsj”. Varemerkedirektivet
181. Oslo tingrett dom 21. september 2010 (TOSLO-2009-182595) – Statoil Holding. Skatterett. EØS-avtalen artikkel 31
182. Oslo byfogdembete kjennelse 22. juni 2010 (TOBYF-2010-90098) – EDB Business Partner. EØS-anbudsrett
183. Oslo tingrett dom 31. mai 2010 (TOSLO-2009-191453) – Jens P. Heyerdahl. Konesjonsvedtak. EØS-avtalen artikkel 40
184. Oslo tingrett dom og kjennelse 18. mai 2010 (TOSLO-2010-48861) – Nor Supply Offshore. Boikottaksjon. EØS-avtalen artikkel 28 og 36
185. Sør-Trøndelag tingrett kjennelse 14. mai 2010 (TSTRO-2010-61378) – Norsk Verktøyteknikk. Parallellimport. Varemerkedirektivet
186. Gjøvik tingrett dom 6. april 2010 (TGJOV-2009-33502). Konesjon. EØS-avtalen artikkel 40
187. Stavanger tingrett kjennelse 31. mars 2010 (TSTAV-2010-52519) – Hero Norge. EØS-anbudsrett
188. Stavanger tingrett dom 15. mars 2010 (TSTAV-2009-106754) – Statoil. Virksomhetsoverdragelse
189. Kristiansand tingrett dom 8. mars 2010 (TKISA-2009-137542) – Fjord Line-saken. Konkurranserett. Forordning 4055/86
190. Øvre Romerike tingrett dom 25. februar 2010 (TOVRO-2009-85847) – Gate Gourmet-saken. Virksomhetsoverdragelse
191. Oslo tingrett dom 29. januar 2010 (09-050176TVI-OTIR/06) – Stx Norway Offshore m.fl. Allmenngjøring av tariffavtaler. EØS-avtalen artikkel 36
192. Oslo tingrett dom 5. januar 2010 (TOSLO-2009-98604) – Exact Obos Eiendomsmeglere Masseoppsigelse i arbeidsforhold. Direktiv 75/129/EØF
193. Oslo tingrett dom 9. november 2009 (TOSLO-2008-155642). Utlendingsrett. Utvisning av EØS-borger. EØS-avtalen artikkel 28. Direktiv 64/221/

- EØF og direktiv 2004/38/EF
194. Inderøy Tingrett dom 2. november 2009 (TINDE-2009-83614) – Lucas Bols. Varemerkedirektivet
195. Oslo byfogdembete kjennelse 9. oktober 2009 (TOBYF-2009-142625) – Superba Krill. Direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis
196. Indre Finnmark tingrett dom 31. august 2009 (TINFI-2009-39572) – Tana Scooter & ATV. Forbrukerkjøp. Direktiv 95/1/EF om typegodkjenning for motorvogner
197. Oslo tingrett dom 25. mai 2009 (TOSLO-2008-156741) – Melwater News. Opphavsrett. EUs databasedirektiv 96/9/EF
198. Oslo tingrett dom 4. februar 2009 (TOSLO-2007-81322) – General Motors Europe Holdings. EØS-erstatningsansvar
199. Stjør- og Verdal tingrett dom 7. november 2008 (TVERD-2008-130347) – Vannscooter III. Straffesak. Småbåtloven. EØS-avtalen artikkel 8 og 11-3. Opprinnelsesreglene i EØS avtalens protokoll nr. 4
200. Oslo tingrett dom 3. oktober 2008 (TOSLO-2004-91873) – Ladbrokes. Pengespill- og lotterilovgivning. EØS-avtalen artikkel 31 og 36
201. Oslo tingrett dom 8. juli 2008 (TOSLO-2007-188318) – AstraZeneca. Patentrett. EØS-avtalen protokoll 28 artikkel 3 nr. 4
202. Oslo tingrett dom 25. april 2008 (TOSLO-2007-184384) – L&S-saken. Varemerkedirektivet
203. Oslo tingrett dom 28. januar 2008 (TOSLO-2007-69797) – Sekse. Boplikt. EØS-avtalen artikkel 40
204. Stavanger tingrett dom 31. oktober 2007 (TSTAV-2006-167488) – Gerevan Trading. EØS-erstatningsansvar. EØS-avtalen artikkel 40
205. Oslo tingrett dom 28. oktober 2007 (TOSLO-2007-26145) – Lloyd Shoes. Varemerkedirektivet
206. Oslo tingrett dom 12. oktober 2007 (TOSLO-2007-10029) – "Imperia". Varemerker
207. Oslo tingrett dom 6. juni 2007 (TOSLO-2007-42217). Straffesak. EØS-utlendingsrett. Særlige overgangsregler for arbeidstakere fra de nye EU-land, herunder Polen og Litauen.
208. Oslo tingrett dom 29. mars 2007 (TOSLO-2006-61083) – "Solidox Syreblokk". Kosmetikkdirektivet
209. Oslo tingrett dom 22. mars 2007 (TOSLO-2006-76508) – "Transcendental Meditasjon". Varemerkedirektivet
210. Oslo tingrett dom 9. februar 2007 (TOSLO-2006-103922) – "FirstPrice"-saken. Varemerkedirektivet
211. Tønsberg tingrett dom 19. januar 2007 (TTONS-2006-57463). Virksomhetsoverdragelse
212. RG 2007 s. 513 (Oslo) – "EA"-saken. Varemerkedirektivet
213. Oslo tingrett dom 17. november 2006 (TOSLO-2006-52718). Diskriminering av gravid arbeidstaker. EØS-rettslige føringer for erstatningsutmålingen
214. Sunnmøre tingrett dom 10. november 2006 (TSUMO-2006-102539) – "Borgstein". Varemerkedirektivet
215. Oslo tingrett dom 3. oktober 2006 (TOSLO-2006-44596). Barnebidrag. EØS-avtalen artikkel 28
216. Oslo tingrett dom 1. september 2006 (TOSLO-2006-36593) – SSB Radio Norge.
- Utleiedirektivet
217. Oslo tingrett dom 23. august 2006 (TOSLO-2004-80084) – Kappahl-saken. Toll og merverdiavgift. EØS-avtalen artikkel 31 og 36
218. Oslo tingrett dom 26. juli 2006 (TOSLO-2005-111347) – SAS/Coast Air-saken. Konkurranseret
219. Stavanger tingrett dom 21. juni 2006 (TSTAV-2005-178340) – "Skagenmeglerne". Varemerker
220. Kristiansand tingrett dom 10. april 2006 (TKISA-2000-34328) – "Note-it". Varemerkedirektivet
221. Bergen tingrett dom 17. mars 2006 (TBERG-2005-46311). Virksomhetsoverdragelse
222. Oslo tingrett dom 22. februar 2006 (TOSLO-2004-101336) – Philipshave-saken. Varemerkedirektivet
223. Oslo tingrett dom 17. februar 2006 (03-004820TVI-OTIR/05) – Rindal-saken. Utgifter til medisinsk behandling i utlandet. EØS-avtalen artikkel 36 og trykdeforordningen (1408/71)
224. Oslo tingrett dom 27. desember 2005 (TOSLO-2003-20935) – Braathens. Kjønnsskimming
225. Oslo tingrett dom 18. november 2005 (TOSLO-2004-99216) – "Ez-syringe". Varemerkedirektivet
226. RG 2005 s. 1627 (Oslo). Strafferett. Ulovlig fildeling. Ehandelsdirektivet 2000/31/EF
227. Asker og Bærum tingrett dom 14. mars 2005 (TAHER-2003-18607) – Enitel-saken. Prisforskrifter mht deregulering av teletjenester. Direktiv 92/44/EØF og 97/33/EF
228. Oslo tingrett dom 4. februar 2005 (TOSLO-2004-34974) – Sverre Myhrvolds Eftf. EØS-anbudsrett
229. RG 2005 s. 904 (Oslo) – NCC-saken. Varemerkedirektivet
230. RG 2005 s. 897 (Tønsberg) – Europark II. Avtalerett. EØS-konkurranseret.
231. Indre Finnmark tingrett dom 6. desember 2004 (TINFI-2004-32231). Bilansvarslova § 7. Motorvognforsikringsdirektivene
232. RG 2005 s. 597 (Oslo) – TopShop I-saken. Varemerkedirektivet
233. Oslo tingrett dom 21. september 2004 (TOSLO-2003-11999) – The Kilkenny Inn. Virksomhetsoverdragelse
234. Oslo byfogdembete kjennelse 20. september 2004 (TOBYF-2004-990) – Plenteous Corp. Selskapsrett
235. RG 2004 s. 1501 (Oslo) – BMW. Varemerkedirektivet
236. Asker og Bærum tingrett dom 26. juni 2004 (TAHER-2004-1311) – Europark I. EØS-avtalen art 36
237. Nedre Romerike tingrett kjennelse 21. november 2003 (TNERO-2003-1071) – Subaru. Konkurranseret.
238. Oslo tingrett dom 14. november 2003 (TOSLO-2002-8443) – Nordea Bank. Skatt. EØS-avtalen art. 40
239. Oslo tingrett dom 17. oktober 2003 (TOSLO-2001-11864) – Bakers-saken. Handelsagentdirektivet
240. RG 2003 s. 1342 (Oslo) – Landteknikk. Virksomhetsoverdragelse
241. Oslo tingrett dom 27. april 2003 (TOSLO-2003-7221) – "First Mile/Last Mile". Varemerkedirektivet
242. Oslo byrett dom 30. november 2001 (sak 95-1629 A/20) –

- Kiddie Rides-saken. Spilleautomater. EØS-avtalen artikkel 31
243. RG 2000 s. 1342 (Indre Follo) – Askim Entreprenør. EØS-anbudsrett
244. RG 2000 s. 799 (Trondheim) – Adressa Trykk. Virksomhetsoverdragelse
245. RG 1999 s. 1205 (Oslo) – TV Shop. Direktiv 84/450/EØF om villedende reklame
246. Oslo byrett dom og kjennelse 2. januar 1998 (sak 9506187) – Wilhelmsen-saken. Alkohollovgivning. EØS-avtalen artiklene 11, 13 og 16
247. RG 1998 s. 345 (Stavanger) – Ask-saken. Arbeidsrett. Virksomhetsoverdragelse
248. Ytre Sogn herredsrett dom 1. august 1997 (TYSOG-1996-184) – Måløy Sildefabrikk. Virksomhetsoverdragelse
249. Stavanger byretts dom 14. mai 1997 (sak 94-01433) – Langeland. Virksomhetsoverdragelse
250. Oslo byrett dom 30. januar 1997 – Astra Norge. Parallellimport av legemidler. EØS-avtalen artikkel 11 og 13, jf. direktiv 65/65/EØF
251. RG 1997 s. 911 (Trondheim) – Office Systems Supply. Virksomhetsoverdragelse
252. RG 1996 s. 913 (Indre Follo). Straffesak. Videoutleie. Utledirektivet

Ettersom siktemålet i dette kapitlet er å kartlegge det totale antall substansielle EØS-rettslige tvister som har dukket opp for norske domstoler i perioden 1994-2010, bør listen her suppleres med ytterligere ni substansielle saker fra første instans hvor det aldri ble avsagt noen realitetsavgjørelse fordi sakene ble forlikt etter at det var innhentet klargjørende tolkningsuttalelser fra EFTA-domstolen:

253. E-1/97 Fridtjof Frank Gundersen mot Oslo kommune. Alkohollovgivning. EØS-avtalen artikkel 4, 11, 13 og 16
254. E-2/97 Mag Instrument Inc mot California Trading Company Norway (Fredrikstad byrett). Parallellimport. Varemerkedirektivet
255. E-8/97 TV 1000 Sverige AB mot staten (Oslo tingrett). Direktiv 89/552 om fjernsynssendinger
256. E-6/01 CIBA m.fl. mot staten (Oslo byrett). Bl.a. direktiv 67/548/EØF om tilnærming av lover og forskrifter om klassifisering, emballering og merking av farlige stoffer
257. E-7/07 Seabrokers AS mot staten (Stavanger tingrett). Skatterett. EØS-avtalen artikkel 31 og 40
258. E-8/07 Celina Nguyen mot staten (Oslo tingrett). Motorvognforsikringsdirektivene
259. E-9/07 L'Oréal Norge AS mot Per Aarskog AS (Follo tingrett) Parallellimport. Varemerkedirektivet
260. E-10/07 L'Oréal Norge AS mot Nille AS og Smart Club AS (Oslo tingrett) Parallellimport. Varemerkedirektivet
261. E-1/09 Therese Slinning mot staten (Oslo tingrett). Utgifter til medisinsk behandling i utlandet. EØS-avtalen artikkel 36 og 37 og trygdeforordningen (1408/71).

#### 4.5. Nærmere kategorisering av sakene

Samlet sett etterlater oversikten et mangfoldig bilde av

EØS-rettens inntok i norske domstoler. En grovsortering viser at det ført og fremst er i sivile saker EØS-rettslige problemstillinger dukker opp – kun 21 av de 261 sakene i oversikten her er straffesaker. Sondringen mellom sivile saker og straffesaker har imidlertid liten betydning i denne sammenheng i det EØS-retten i liten grad reiser særegne strafferettslige problemstillinger – i tilfeller hvor EØS-retten dukker opp i strafferettslig sammenheng er det oftest fordi tiltalte anfører at det norsk straffebud som han har overtrådt er EØS-stridig og vurderingen av slike spørsmål er i utgangspunktet uavhengig av om saken de reises i er en straffesak eller en sivil sak.<sup>50</sup> I noen tilfeller kan det likevel hevdes at EØS-retten har hatt innflytelse på genuine strafferettslige spørsmål. Enkelte sentrale EØS-saker fra strafferettens område omtales nærmere nedenfor i kapittel 7.

Et nærmere blikk på de sivile sakene viser at det i saker mot det offentlige særlig er EØS-reglene om offentlige anskaffelser som beskjeftiger norske domstoler (27 saker), mens i saker mellom private er et betydelig antall tvister mellom arbeidstakere og arbeidsgivere i forbindelse med EØS-reglene om vern av arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelser (35 saker). De EØS-reglene som aller hyppigst anvendes i norske domstoler er likevel bestemmelsene i varemerkedirektivet (hele 44 av de 261 sakene). Også konkurranseretten er en betydelig kategori (23 saker), men dette skyldes kun i liten grad saker initiert av Konkurransetilsynet: Hovedvekten av sakene som reiser konkurranserettslige problemstillinger er privatrettslige tvister hvor en part anfører påstått brudd på konkurransereglene som en avtalerettslig ugyldighetsgrunn.

En mer overordnet kategori som nok kan ha særlig interesse er saker som i en eller annen forstand retter seg mot lovgivers påståtte brudd på EØS-retten, det være seg i form av manglende gjennomføring av EØS-rettslige forpliktelser i norsk rett eller mangelfull tilpasning av øvrig norsk lovgivning. Et forsøk på å stille opp en oversikt over disse sakene byr imidlertid på meget store avgrensingsproblemer knyttet til hvor stor innvirkning på tolkningen av en eksisterende norsk lovbestemmelse EØS-retten må hevdes å få før det reelt sett er snakk om at det foreligger EØS-stridig lovgivning. Ut fra en utpreget skjønnsmessig vurdering kan det hevdes at noe i overkant av 30 saker faller i denne kategorien, men det er grunn til å være oppmerksom på at flere av sakene da i realiteten handler om en og samme påståtte lovgiverfeil, jf. eksempelvis tre straffesaker om bruk av vannscootere. Det er også slik at det er nokså varierende hvor godt underbygget de ulike anførselene om EØS-stridig lovgivning fremstår. En nærmere omtale av de viktigste av sakene i denne kategorien, herunder særlig de få tilfellene hvor norske domstoler faktisk har konstatert motstrid mellom norsk lov og EØS-retten, følger nedenfor i kapittel 5.

<sup>50</sup> Dersom den EØS-regel som hevdes tilsidesatt ikke er (korrekt) gjennomført i norsk rett vil imidlertid straffelovens forbehold for folkerettslige forpliktelser kunne få betydningen for utfallet av en eventuell motstrid mellom EØS-retten og norsk rett, jf. straffeloven (1902) § 1 annet ledd.

Ut over de nevnte kategoriene viser oversikten at svært ulike EØS-rettslige spørsmål har dukket opp for norske domstoler. På arbeidsrettens område er det en hel del saker knyttet til kjønnsdiskriminering, herunder også noen knyttet til diskriminering av gravide arbeidstakere. For øvrig er både skatte- og avgiftsretten og selskapsretten representert, det er saker knyttet til konsesjonslovgivningen, flere saker fra patentrettens og trygderettens område, flere saker knyttet til forbrukerkjøpslovgivningen og noen saker fra utlendingsrettens område.

Med henblikk på avgjørelsens nærmere innhold vil enkelte interessante avgjørelser fra utvalgte rettsområder bli nærmere omtalt nedenfor i kapittel 7.

#### 4.6. Er antall EØS-saker for norske domstoler lavt?

Kanskje som en følge av at inntrykket av EØS-rettsens inntok i norske domstoler lett preges av de "store" sakene hvor det er spørsmål om motstrid mellom norsk lovgivning og EØS-rettslige forpliktelser, og da fortrinnsvis på politisk sensitive områder, synes det å være en nokså utbredt oppfatning at antall EØS-saker i norske domstoler er forbausende lavt sett i forhold til EØS-regelverkets meget betydelig omfang. Etter å ha avdekket i alt 261 saker i norske domstoler hvor materielle EØS-rettslige spørsmål kan hevdes å stå relativt sentralt, kan det spørres om denne oppfatningen må revurderes. Gjennomsnittet for hele perioden 1994-2010 er riktignok kun 14,5 saker pr. år, men et slikt tall tar verken hensyn til manglene ved oversikten over praksis fra underinstansene på 1990-tallet eller den omstendighet at det naturlig nok tok noe tid fra EØS-avtalen trådte i kraft til EØS-baserte rettigheter ble gjort gjeldende i norske domstoler i et visst omfang. For femårsperioden 2006-2010 er det snakk om 132 saker, noe som gir et gjennomsnitt på omkring 26 årlige saker hvor materielle EØS-rettslige spørsmål kan hevdes å ha stått relativt sentralt. Sett i forhold til den totale saksmengden i norske domstoler er dette likevel et lite antall. For Høyesteretts vedkommende er det eksempelvis i femårsperioden 2006-2010 snakk om et gjennomsnitt på noe i overkant av fem EØS-relaterte dommer i sivile saker pr. år, et tall som kan sammenholdes med at Høyesterett gjennomsnittlig avgjør i størrelsesorden 50-60 anker i sivile saker årlig.<sup>51</sup>

Et gjennomsnitt på omkring 26 materielle EØS-saker i året sier likevel nokså lite om EØS-rettsens gjennomslag i norsk domstoler. For det første er det slik at en velbegrunnet oppfatning av om 132 saker på fem år er få, forutsetter et adekvat sammenligningsgrunnlag fra en eller flere av de øvrige EØS-statene. Noe slikt foreligger så vidt vites ikke, og det vil også, i lys av alle de ovenfor omtalte avgrensingsproblemer knyttet til den norske oversikten, være svært vanskelig å fremskaffe. Enn viktigere er det at en eventuell bekreftelse av at antall EØS-saker for norske domstoler er relativt lavt, ikke i seg selv sier særlig mye. Et lavt antall EØS-rettslige tvister kan kanskje forklares med at den norske gjennomføringen av

EØS-forpliktelsene er av en slik kvalitet at den gir opphav til færre tvister enn i enkelte andre EØS-stater, men det kan like gjerne forklares med helt andre forhold som for eksempel et betydelig antall domstolignende forvaltningsorganer (som i mange andre EØS-stater ville vært betegnet som forvaltningsdomstoler og derfor inkludert i statistikken) eller en høy søksmålsterskel som følge av kostnadsnivået forbundet med å føre kompliserte EØS-saker for norske domstoler. Grunn til bekymring over det relativt lave antall EØS-saker i norske domstoler ville det først være grunn til å ha dersom det skulle kunne påvises prosessuelle hindre som avskjærer innehavere av EØS-rettslige rettigheter fra å gjøre disse gjeldende i domstolene. Som vist ovenfor i kapittel 2 (og nærmere i kapittel 8 nedenfor) synes imidlertid Høyesterett seg bevisst de EØS-rettslige krav til effektiv domstolsprøving.

<sup>51</sup> For 2009 var tallet 56, se Domstolsadministrasjonens årsmelding 2009 s. 92 (tilgjengelig fra [www.domstol.no](http://www.domstol.no)).

## 5. Litt om sakenes utfall – særlig i tilfeller hvor norsk lovgivning hevdes å være i strid med EØS-retten

Noen rent deskriptiv redegjørelse for utfallet i samtlige av de ovennevnte 261 sakene er det liten grunn til å bruke tid og plass på. Innholdsmessig vil en del interessante avgjørelser fra utvalgte rettsområder bli omtalt nærmere nedenfor i kapittel 7 og mer generelle betraktninger om domstolenes håndtering av EU/EØS-rettslige spørsmål følger særlig i kapittel 10 og 11. Det kan imidlertid ha en viss interesse å se nærmere på hvordan utfallet har blitt i saker hvor det er gjort gjeldende at norsk lovgivning er i strid med EØS-retten. Som nevnt ovenfor i kapittel 4 (punkt 4.5) er det betydelige avgrensingsproblemer knyttet til hvilke saker som bør regnes med i denne kategorien, men ut fra en utpreget skjønsmessig vurdering er det følgende et forsøk på å liste opp de viktigste saker hvor norske domstoler har tatt stilling til anførsler som i en eller annen forstand er knyttet til påstått motstrid mellom norsk lovgivning og EØS-rettslige forpliktelser:

### Høyesterett:

1. Rt. 2009 s. 839 A – Vinforum-dommen. Forgjeves anført at alkohollovens reklameforbud er i strid med EØS-avtalen artikkel 12 og 13
2. Rt. 2008 s. 738 A – KLM. Erkjent av staten at høyere avgiftssatser for utenriks- enn for innenriksflygninger innebar diskriminering i strid med EØS-avtalen
3. Rt. 2007 s. 1003 A – Spilleautomatdommen. Forgjeves anført at automatmonopolet er i strid med EØS-avtalen artiklene 31 og 36
4. Rt. 2007 s. 140 A – Debito. Forgjeves anført at merverdiavgiftsloven er i strid med EØS-avtalen artikkel 31 og 36 fordi utenlandske selskaper som ikke har virksomhet i Norge utelukkes fra fellesregistrering i merverdiavgiftsmanntallet
5. Rt. 2006 s. 1190 A. Forgjeves anført at legemiddelovens krav om sertifikat for hver enkelt innførsel av et narkotisk stoff er i strid med EØS-avtalen artikkel 11
6. Rt. 2006 s. 404 A – Invensys. Forgjeves anført motstrid mellom norsk skattelovgivning og EØS-avtalen artikkel 31
7. Rt. 2000 s. 1811 P – Finanger I. Konstatert motstrid mellom bilansvarsloven og motorvognforsikringsdirektivene
8. Rt. 2000 s. 46 A – Ølreklamesaken. Forgjeves anført at alkohollovens reklameforbud er i strid med EØS-avtalen

9. Rt. 1996 s. 1569 U – VinCompagniet. Forgjeves anført at alkohollovens klassifisering av ulike typer alkoholholdig drikke var i strid med EØS-avtalen artikkel 11
10. Rt. 1995 s. 1789 U – Kiddie Rides. Forgjeves anført motstrid mellom lotterilovgivningen og EØS-avtalen artiklene 1, 4, 31, 36 og 59

### Lagmannsrettene:

11. Frostating – dom 25. juni 2010 (LF-2010-21736) – Wullum Amcar. I realiteten erkjent motstrid mellom vektdirektivet (97/27/EF) og kjøretøvforskriften § 10-1 nr. 3
12. Borgarting – dom 2009-12-15 (LB-2009-99914) – ”Tippinga”. Forgjeves anført fra statens side (!) at det forelå motstrid mellom varemerkedirektivet og den norske varemerkeloven
13. Frostating – dom 12. juni 2009 (LF-2008-132510). Forgjeves anført at norske regler om suspensjon og tilbakekall av autorisasjon som lege er i strid med EØS-avtalen
14. Borgarting – dom 20. januar 2009 (LB-2008-4122) – Stolt Nielsen. Forgjeves anført at norsk skattelovgivnings regler om skattemessig bosted er i strid med EØS-avtalen artikkel 4
15. Frostating – dom 21. september 2006 (LF-2006-24118) – Leinebris. Konstatert motstrid mellom nasjonalitets- og bostedskravene i økonomiske soneloven og EØS-avtalens artikkel 28
16. RG 2005 s. 1542 (Frostating) – Fokus Bank. Konstatert motstrid mellom skattelovens regler om kildeskatt på utbytte og EØS-avtalen artikkel 40
17. Borgarting – dom 24. juni 2004 (LB-2004-9512) – Modern Kjolestoffer. Forgjeves anført motstrid mellom tollverdiforskriften § 2 og EØS-avtalen artikkel 31
18. Frostating – kjennelse 10. juni 2003 (LF-2003-86) – Vannscooter I. Forgjeves anført motstrid mellom småbåtlovens forbud mot vannscooterkjøring og EØS-avtalen artikkel 11
19. Borgarting – dom 7. november 2002 (LB-2001-3102) – Selected Brands Shoes & Clothes. Forgjeves anført motstrid mellom tollverdiforskriften § 2 og EØS-avtalen artikkel 11, 14, 31 og 34
20. RG 2000 s. 385 (Borgarting) – Nille. Forgjeves anført motstrid mellom konsesjonsordningen i videogramloven og EØS-avtalen artikkel 11

### Første instans:

21. Oslo tingrett dom 29. januar 2010 (09-050176TVI-OTIR/06) – Stx Norway Offshore m.fl. Forgjeves anført motstrid mellom de norske reglene om allmenngjøring av tariffavtaler og EØS-avtalen artikkel 36. Anførselen avvist (dommen er anket)
22. Oslo tingrett dom 3. oktober 2008 (TOSLO-2004-91873) – Ladbrokes. Forgjeves anført motstrid mellom pengespill- og lotterilovgivningen og EØS-avtalen artikkel 31 og 36
23. Stavanger tingrett dom 31. oktober 2007 (TSTAV-2006-167488) – Gerevan Trading. Forgjeves anført at den prosedyre utenlandske aksjonærer må gjennom for å motta aksjeutbytte skattefritt i henhold til fritaksmodellen i skatteloven § 2-38 er i strid med EØS-

avtalen artikkel 40

24. Oslo tingrett dom 17. februar 2006 (03-004820TVI-OTIR/05) – Rindal-saken. Forgjeves anført at folketrygdlovens krav til manglende kompetanse i Norge som forutsetning for dekning av utgifter til medisinsk behandling i utlandet var i strid med EØS-avtalen artikkel 36
25. Oslo tingrett dom 14. november 2003 (TOSLO-2002-8443) – Nordea Bank. Konstatert motstrid mellom skattelovens regler om kildeskatt på utbytte og EØS-avtalen artikkel 40
26. Oslo byrett dom 30. november 2001 (sak 95-1629 A/20) – Kiddie Rides. Forgjeves anført motstrid mellom lotterilovgivningen og EØS-avtalen artikkel 31
27. Oslo byrett dom og kjennelse 2. januar 1998 (sak 9506187) – Wilhelmsen. Forgjeves anført motstrid mellom alkohollovgivning og EØS-avtalen artiklene 11, 13 og 16

Listen kan suppleres med seks saker hvor det i søksmål for norske domstoler har vært anført at det foreligger motstrid mellom norsk rett og EØS-retten, men hvor sakene er forliket etter innhentet tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen:

1. E-1/97 – Fridtjof Frank Gundersen mot Oslo kommune. Forgjeves anført motstrid mellom alkohollovgivningens regler om Vinmonopolets detaljmonopol og EØS-avtalen artikkel 4, 11, 13 og 16
2. E-8/97 – TV 1000 Sverige AB mot staten (Oslo tingrett). Forgjeves anført motstrid mellom kringkastingsloven § 4-5 og direktiv 89/552 om fjernsynssendinger
3. E-6/01 – CIBA m.fl. mot staten (Oslo byrett). Forgjeves anført norsk merkekrav for polyakrylamid var i strid med EØS-avtalen, jf. direktiv 67/548/EØF om tilnærming av lover og forskrifter om klassifisering, emballering og merking av farlige stoffer
4. E-7/07 – Seabrokers AS mot staten (Stavanger tingrett). I realiteten konstatert motstrid mellom skattelovgivningen og EØS-avtalen artikkel 31
5. E-8/07 – Celina Nguyen mot staten (Oslo tingrett). I realiteten konstatert motstrid mellom bilansvarsloven og motorvognforsikringsdirektivenes krav til forsikringsdekning
6. E-1/09 – Therese Slinning mot staten (Oslo tingrett). Forgjeves anført motstrid mellom pasientrettighetslovens krav for refusjon av utgifter til medisinsk behandling i utlandet og EØS-avtalen artikkel 36 og 37

Oversikten viser at motstrid mellom EØS-forpliktelser og norske lovregler kun synes konstatert av norske domstoler i seks rettskraftige avgjørelser – av Høyesterett i Rt. 2008 s. 738 (KLM) og Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I); av Frostating lagmannsrett i RG 2005 s. 1542 (Fokus Bank), i dom 21. september 2006 (LF-2006-24118 – Leinebris) og i dom 25. juni 2010 (LF-2010-21736 – Wullum Amcar<sup>52</sup>) og av Oslo

<sup>52</sup> Wullum Amcar-saken er nokså spesiell i det lagmannsretten ganske enkelt la til grunn for sin avgjørelse partenes enighet om at kjøretøvforskriften, sammenholdt med vektdirektivet (97/27/EF) skal forstås og praktiseres slik

tingrett i dom 14. november 2003 (TOSLO-2002-8443 – Nordea Bank). I tre av sakene var det dessuten kun uenighet mellom partene om de rettslige følgene av at staten på forhånd (KLM) eller underveis i saken (Fokus Bank og Wullum Amcar) hadde erkjent at lovgivningen var EØS-stridig – i Fokus Bank som følge av en innhentet tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen og i KLM-saken etter at ESA hadde truet med traktatbruddssøksmål. I realiteten er det derfor kun er tre eksempler på at norske domstoler med endelig virkning har avgjort *omstridte* spørsmål om norsk lovgivnings forenlighet med EØS-retten i statens disfavør (Finanger I, Leinebris og Nordea Bank). Av disse tre er Nordea Bank-saken den eneste hvor det ikke i forkant enten forelå en uttalelse fra EFTA-domstolen (Finanger I) eller en begrunnet uttalelse fra ESA (Leinebris) som la til grunn at norsk rett ikke var i samsvar med EØS-retten.

Av de seks sakene for norske domstoler som ble forliket etter innhentet tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen, er det to hvor EFTA-domstolen besvarte de forelagte spørsmål på en måte som gjorde det klart at det etter domstolens oppfatning forelå et brudd på EØS-retten, noe staten i begge tilfeller deretter aksepterte (Nguyen og Seabrokers). Samlet sett er det dermed åtte saker for norske domstoler i perioden 1994-2010 som har endt med erkjennelse av, eller dom for at norsk lovgivning har vært i strid med Norges EØS-rettslige forpliktelser.

Listen over avgjørelser i statens disfavør blir imidlertid noe lenger om man inkluderer avgjørelser fra underinstansene i saker hvor staten etter anke fikk medhold i høyere rettsinstanser. Dette er selvsagt uten interesse for en oversikt over det endelige utfall av EØS-saker i norske domstoler, men det har interesse dersom man skulle være fristet til å bruke statistikken for å underbygge en eventuell oppfatning av at domstolene er "statsvennlige". Med i totalbildet hører i så fall Oslo tingretts dommer i Spilleautomatsaken (TOSLO-2003-5674) og Vinforumsaken (TOSLO-2005-142471); Kristiansand tingretts dom 18. juni 2001 i sak 01-00176 M/01 (Kvitsjøen-saken), Oslo byretts dom 30. januar 1997 i Astra Norge-saken og Indre Follo herredsrett dom 17. oktober 1995 i sak 95-00171 A (Nille-saken). Spørsmålet om det er grunnlag for å karakterisere norske domstolers håndtering av EØS-retten som statsvennlig omtales kort avslutningsvis i kapittel 13.

at de kjøretøy som saken gjaldt kunne registres med høyere vekt enn angitt i kjøretøvforskriften § 10-1 nr. 3. Realiteten synes å være at en helt utvetydig norsk forskriftsbestemmelse ganske enkelt ble satt til side fordi den viste seg direktivstridig, noe som med en viss rett kan hevdes å representere en form for direkte virkning, se nærmere om dommen nedenfor i kapittel 10 (punkt 10.2).



## 6. Etterlevelse av EØS-forpliktelser eller frivillig resepsjon av EU/EØS-rett?

### 6.1. Generelle merknader – avgrensingsproblemer

Så vel rettslig som politisk er det av stor betydning å sondre mellom tilfeller hvor norske domstoler er folkerettslig forpliktet til å sikre EU/EØS-regler gjennomslag i norsk rett og tilfeller hvor det "bare" er snakk om frivillig resepsjon av EU/EØS-rettslige løsninger. Dersom et overordnet siktemål er å avdekke hvor omfattende føringer EØS-avtalen (og eventuelt også Norges andre avtaler med EU) legger på rettsanvendelsen i norske domstoler, så må man holde utenfor saker hvor etterlevelse av EU/EØS-rettslige løsninger ikke er folkerettslig påkrevd.

For EØS-rettens vedkommende avhenger kategoriseringen av om den enkelte sak som står for en norsk domstol faller innenfor eller utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde. I mange tilfeller er denne sondringen nokså problemfri – det er eksempelvis klart nok at EUs avgiftsdirektiver ikke er omfattet av EØS-avtalen og det er følgelig en frivillig sak om, og i tilfelle i hvilken utstrekning, man i Norge skal harmonisere merverdiavgiftslovgivningen med EUs regler. De tallrike EU-rettslige henvisningene i norske avgiftsaker hviler slik ene og alene på norsk lovgivers ønske om et avgiftsregime som i hvert fall langt på vei er i samsvar med EUs.<sup>53</sup> Et liknende eksempel gir den norske gjennomføringen av EUs handelsagentdirektiv (86/653/EØF) – selve direktivet gjelder kun selvstendige agenter, men gjennom agenturloven har lovgiver valgt å la reglene omfatte også handelsreisende med fast ansettelse. Det følger naturlig av dette at norske domstoler ser hen til EU/EØS-retten også i saker som gjelder ansatte handelsreisende, men det skjer da som følge av respekt for lovgiverviljen, ikke som følge av folkerettslige forpliktelser.<sup>54</sup>

I andre tilfeller kan imidlertid kategoriseringen synes problemfri ved første øyekast, for ved nærmere etterprøving å fremstå som høyst uklare. Et aktuelt eksempel gir flere saker knyttet til påstått aldersdiskriminering i arbeidslivet. I en av disse, Rt. 2010 s. 202 (Nye Kystlink), viste Høyesterett til at

53 Jf. for eksempel Rt. 2009 s. 1632 A (ABG Sundal Collier), avsnitt 33 flg. og Rt. 2007 s. 1401 A (Norsk Helikopter), avsnitt 41 flg. Men også merverdiavgiftsretten må selvsagt overholde de generelle føringer som følger av EØS-rettens hovedregler, se til illustrasjon Rt. 2007 s. 140 A (Debito).  
54 Se til illustrasjon Rt. 1999 s. 569 A (Spets).

EUs direktiv 2000/78/EF om diskriminering i arbeidslivet ikke er omfattet av EØS-avtalen (avsnitt 46) og at "Stortinget ... således [sto] fritt til om og i hvilken grad reglene som følger av direktivet, skulle innføres som norsk lov" (avsnitt 50).<sup>55</sup> I den svært omdiskuterte Mangold-dommen fra 2005 slo imidlertid EU-domstolens storkammer fast at forbudet mot aldersdiskriminering utgjør et generelt EU-rettslig prinsipp som kommer til anvendelse helt uavhengig av direktiv 2000/78/EF.<sup>56</sup> EU-domstolens tilnærming etterlater spørsmålet om ikke EU-rettens ulovfestede forbud mot aldersdiskriminering må anses som omfattet av EØS-retten helt uavhengig av direktivet, i hvert fall i forhold til arbeidstakere som faller inn under EØS-rettens regler om arbeidskraftens frie bevegelighet.

Tilsvarende avgrensingsproblemer kan oppstå på området for offentlige anskaffelser. I utgangspunktet er det klart nok at anskaffelser under terskelverdiene angitt i anskaffelsesdirektivene ikke er underlagt direktivregimet, men av EU-domstolens praksis fremgår det at EU-rettens generelle prinsipper, herunder særlig krav til likebehandling og transparens, gjelder uansett.<sup>57</sup> Spørsmålet om en anbudsrettslig tvist for norske domstoler faller innenfor eller utenfor EØS-rettens anvendelsesområde kan derfor tilsynelatende ikke kun besvares under henvisning til EØS-terskelverdiene – for saker under terskelverdiene må det i prinsippet vurderes om EØS-rettens generelle prinsipper kommer til anvendelse.<sup>58</sup>

Et tredje saksområde med betydelige avgrensingsproblemer er konkurranseretten. EØS-konkurransereglene kommer først til anvendelse dersom det foreligger konkurranseskadelig atferden som er egnet til å påvirke samhandelen i EØS, jf. EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Den norske konkurranseloven §§ 10 og 11 er imidlertid utformet i samsvar med EØS-avtalen artikkel 53 og 54, slik at det for norske domstoler knapt har noen særlig interesse om en sak faller

55 Det var betydelig uenighet i Høyesterett knyttet til løsningen av en eventuell motstrid mellom en direktivkonform tolkning av diskrimineringsforbudet i sjømannsloven § 33 og bestemmelsen i samme lovs § 19 nr. 1 sjettede ledd som åpner å si opp sjøfolk alene på grunn av alder etter fylte 62 år, men samtlige dommere synes å forutsette at saken ikke reiser spørsmål om EØS-rettslige forpliktelser (se avsnitt 50, 83 og 95). Dommen omtales nærmere nedenfor i punkt 6.5.

56 Sak C-144/04, *Werner Mangold mot Rüdiger Helm*, Sml. 2005 s. I-9981. Dommen utløste heftig kritikk fra akademisk hold knyttet til EU-domstolens "aktivisme", men domstolens storkammer stadfestet den i sak C-555/07, *Seda Küçükdeveci mod Swedex GmbH & Co. KG*, dom 19. januar 2010 (ennå ikke i Sml.).

57 Se for eksempel sak C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH og Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG*, Sml. 2000 s. I-10745.

58 Se til illustrasjon Rt. 2007 s. 1783 A (NIDA Entreprenør), hvor Høyesterett påpeker at anskaffelsens verdi var langt under terskelverdien for bygge- og anleggsarbeider (avsnitt 27). I Agder lagmannsrett dom 13. februar 2004 (LA-2003-17564 – Herredshuset i Hof) uttalte kommunen at ettersom anskaffelsen lå under terskelverdiene, så kom kun "hovedprinsippene i hoveddelen av EØS-avtalen" til anvendelse. Et eksempel i en noe annen gate er Rt. 2005 s. 1638 A (verneponchosaken), hvor det var enighet mellom partene om at forsvarsmateriell er unntatt EØS-avtalens bestemmelser om offentlige anskaffelser etter EØS-avtalen artikkel 123, og dermed var unntatt fra den dagjeldende anskaffelsesloven, men anført av saksøker at det likevel var rom for anvendelse av "anvendelse av mer allmenne anskaffelsesrettslige prinsipper" (avsnitt 30). Det fremgår imidlertid ikke av dommen om disse prinsippene ble hevdet å ha EØS-rettslig grunnlag.

inn under EØS-reglene eller ikke. Og så lenge samhandelskriteriet ikke problematiseres av norske domstoler, vil det kunne være svært vanskelig for utenforstående å ta stilling til om EØS-reglene strengt tatt kom til anvendelse i en sak eller ikke.<sup>59</sup>

Et særtilfelle er for øvrig patentretten, hvor protokoll 28 til EØS-avtalen artikkel 3 nr. 4 pålegger Norge å følge de materielle bestemmelser i Konvensjonen om europeiske patenter 5. oktober 1973. På dette området foreligger det følgelig en EØS-rettslig forpliktelse til å etterleve en konvensjon som selv ikke er å anse som en del av EU-retten og som følgelig ikke faller inn under EU-domstolens fortolkningskompetanse.

Avgrensingsproblemene bør likevel ikke være til hinder for at man forsøker å angi omtrent hvor mange av de EU/EØS-relaterte avgjørelsene i norske domstoler som kan tilbakeføres til folkerettslige forpliktelser og hvor mange som faller i kategorien frivillig resepsjon. Enkelte av avgrensingsproblemene "løses" dessuten dersom man nøyer seg med å legge til grunn domstolens egen oppfatning av om en sak faller innenfor eller utenfor EØS-rettens anvendelsesområde.<sup>60</sup>

## 6.2. Avgjørelser fra Høyesterett

De hyppigste henvisningene til EU-rettslige kilder i høyesterettsavgjørelser som faller utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde er å finne i avgjørelser som gjelder tolkning av Luganokonvensjonen om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker.<sup>61</sup> I alt er det 17 avgjørelser som faller i denne kategorien:

1. Rt. 2009 s. 572 U. Et selskap fremmet et tilbakeføringskrav etter aksjeloven § 3-7 første ledd mot en person bosatt i utlandet. Høyesteretts ankeutvalg kom til at tilbakeføringskravet måtte anses som et krav i kontraktsforhold og verneting var derfor regulert av Luganokonvensjonen (1988) artikkel 5 nr 1, ikke artikkel 5 nr 3 om erstatning utenfor kontrakt slik lagmannsretten la til grunn. Utførlige henvisninger til EU-domstolens tolkning av den tilsvarende bestemmelsen i Brusselkonvensjonen.
2. Rt. 2008 s. 1207 U. Spørsmål om søksmål måtte avvises på grunn av uriktig verneting, jf. Luganokonvensjonen artikkel 5 (1). Kjæremålsutvalget sluttet seg til

59 Se til illustrasjon RG 2009 s. 188 (Eidsivating), hvor et flyselskap forgjeves gjorde gjeldende at det forelå misbruk av dominerende stilling ved at Oslo Lufthavn nektet å forlenge leieforholdet av en hangar. Heller enn å vurdere om samhandelskriteriet i EØS-avtalen artikkel 54 var oppfylt, la lagmannsretten til grunn at "de sentrale spørsmål i nærværende sak må bedømmes likt uavhengig av om EØS-avtalen, eller de nasjonale konkurransereglene anvendes".

60 Det følger av denne tilnærmingen at for eksempel de ovenfor omtalte sakene om aldersdiskriminering og offentlige anskaffelser under EØS-tertskelverdiene i det følgende regnes til kategorien frivillig resepsjon av EU/EØS-rett – ganske enkelt fordi domstolene i de aktuelle sakene selv synes å legge dette til grunn.

61 Avgjørelsene gjelder Luganokonvensjonen av 1988. Denne er nå er erstattet av en ny av 2007, men dette er uten betydning i herværende sammenheng (den nye konvensjonen ble utarbeidet nettopp for å ivareta parallelliteten mellom Luganoregimet og EU-retten).

lagmannsrettens vurderinger der den kom til at det var sannsynliggjort at det dreide seg om et kontraktsforhold med kontraktsforpliktelser og at en person som har bosted i en konvensjonsstat kan saksøkes ved domstolen på det sted hvor den forpliktelse tvisten gjelder skal oppfylles. Forgjeves anført at diskrimineringsforbudet i EØS-avtalen artikkel 4 tilsa at saksøkte, som hadde alminnelig verneting i Sverige, hadde samme rett som norske saksøkte til å kreve saken behandlet ved eget hjemting. Kjæremålsutvalget uttalte kort at man ikke kunne se noe grunnlag for den kjærende parts anførsel knyttet til EØS-avtalen artikkel 4.

3. Rt. 2007 s. 1759 U. Spørsmål om opprettelsen av begrensingsfond i Frankrike medførte at kjennelse om arrest i et skip måtte oppheves. Arrestbegjæringen ble fremsatt mens skipet lå i norsk havn. Kjæremålsutvalget kom til at Londonkonvensjonen av 1976 ikke falt inn under unntaket i Luganokonvensjonen artikkel 57. Den franske beslutningen om å opprette et begrensingsfond måtte dermed anerkjennes av norske domstoler. Vist til EU-domstolens tolkning av tilsvarende bestemmelser i Brusselkonvensjonen og Brussel I-forordningen.
4. Rt. 2007 s. 1646 U. Sak om krav på betaling av skyldig husleie for et feriehus i Spania. Kjæremålsutvalget var enig med lagmannsretten i at spanske domstoler var enekompetente i tvisten, jf. Luganokonvensjonen artikkel 16 (1) (a). Lagt avgjørende vekt på EU-domstolens praksis knyttet til den tilsvarende bestemmelse i Brusselkonvensjonen (avsnitt 22-23).
5. Rt. 2006 s. 1089 U. Saken gjaldt krav overfor et dødsbo om oppløsning av et sameie vedrørende en bolig i Spania. Saken var anlagt i Oslo ved dødsboets hjemting, jf. tvistemålsloven § 30. Kjæremålsutvalget kom til at kravet om oppløsning av sameieavtalen ikke var å anse som en «tinglig rettighet» etter Luganokonvensjonen artikkel 16 nr. 1 bokstav (a), slik at avvisning på grunn av manglende stedlig kompetanse ikke var aktuelt. Vist utførlig til EU-domstolens tolkning av den tilsvarende bestemmelse i Brusselkonvensjonen.
6. Rt. 2006 s. 391 U. Spørsmål om avvisning på grunn av manglende verneting, jf. Luganokonvensjonen artikkel 16 nr. 1 bokstav a, i sak angående oppløsning av et boligsameie i Spania. Vist til EU-domstolens praksis knyttet til Brusselkonvensjonen og uttalt at denne er "en viktig rettskilde ved anvendelsen av konvensjonens bestemmelser, jf. Rt. 2004 side 981 avsnitt 22".
7. Rt. 2004 s. 981 A (Agrimann). Spørsmål om rett verneting ved krav om erstatning for brudd på en påstått eneforhandleravtale der et finsk firma hadde solgt bestemte typer landbruksmaskiner til et norsk firma. Høyesterett kom til at det ikke var oppfyllesverneting etter Luganokonvensjonen artikkel 5 nr. 1, slik at rett verneting var det finske firmaets hjemting i Finland, jf. artikkel 2. Uttalt prinsipielt at praksis fra EU-domstolen knyttet til Brusselkonvensjonen vil være "en viktig rettskilde" når norske domstoler skal ta stilling til tolkningen av Luganokonvensjonen. Utførlig drøftelse av praksis fra EU-domstolen.
8. Rt. 2002 s. 807 U. Spørsmål om rett verneting for en avtalerettslig tvist i tilknytning til en eiendom i Spania. Kjæremålsutvalget tolket Luganokonvensjonen artikkel

- 16 nr. 1 bokstav a i lys av norsk rettspraksis og praksis fra EU-domstolen og fant at søksmålet måtte anlegges i Spania. Ikke spørsmål om EØS-rettslige forpliktelser
9. Rt. 2002 s. 404 U. Spørsmål om søksmål anlagt av en britisk statsborger bosatt i Skottland mot et selskap med hovedkontor i Sveits var reist for riktig verneting, jf. Luganokonvensjonen artikkel 5 nr. 1. Da mannens arbeid hadde foregått på en borerigg på norsk kontinentalsokkel, sa kjæremålsutvalget seg enig med lagmannsretten i at oppfyllesstedet var i Norge. Særskilt bemerket at tolkningen synes å samsvare godt med EU-domstolens tolkning av den tilsvarende bestemmelsen i artikkel 5 nr. 1 i Brusselkonvensjonen.
  10. Rt. 2002 s. 180 A. EU-rettslige kilder trukket inn i tolkningen av Luganokonvensjonen artikkel 10 andre ledd. Også vist til juridisk litteratur og avslutningsvis gjort oppmerksom på en dom fra EU-domstolen av interesse for lagmannsrettens videre behandling av saken (men uten at Høyesterett gav uttrykk for sin vurdering av dommens betydning).
  11. Rt. 2001 s. 1570 U. Spørsmålet i saken var om en avtalt vernetingsklausul var gyldig etter Luganokonvensjonen artikkel 17 nr. 1. Kjærende part viste til EU-domstolens rettspraksis, men Kjæremålsutvalget berørte ikke dette i kjennelsen. Ikke spørsmål om EØS-rettslige forpliktelser.
  12. Rt. 2001 s. 1322 A (Sveriges Television). Spørsmål om Sveriges Televisjon AB og en svensk journalist, med hjemmel i Luganokonvensjonen artikkel 5 (3) kunne saksøkes i Norge med krav om oppreisning for påståtte ærekrenkelses i et svensk fjernsynsprogram som kunne mottas av 630.000 personer i Norge via kabel-TV. Det var vist en film fra selfangst med en del materiale en selfangstinspektør ved dom i Sarpsborg byrett var blitt kjent uberettiget til å offentliggjøre. Høyesterett kom til at saken hadde verneting i Norge. Vist til EU-domstolens tolkning av Brusselkonvensjonen.
  13. Rt. 2000 s. 654 A. Lagt til grunn at vernetingsunntaket i Luganokonvensjonen artikkel 1 annet ledd (1) ikke kunne omfatte alle tvister i et dødsbo, men er begrenset til tvister av rent arverettslig karakter. Det var tvist om eiendomsretten til en fast eiendom hadde verneting i Norge, jf. konvensjonens artikkel 16 (1) (a), og da kunne de øvrige kravene kumuleres med dette søksmålet, jf. konvensjonen artikkel 6 (4). Utførlige henvisninger til EU-domstolens praksis knyttet til tilsvarende bestemmelser i Brusselkonvensjonen.
  14. Rt. 1999 s. 1206 U. En dansk uteblivelsesdom ble forsøkt tvangsfullbyrdet i Norge, men fullbyrdelse ble nektet fordi dommen var avsagt ved et annet verneting enn det som fulgte av Luganokonvensjonen artikkel 16 nr. 1 bokstav a. Den kjærende part påberopte seg praksis fra EU-domstolen, men Kjæremålsutvalget viste til forskjeller i saksforholdene. Forholdsvis utførlig vurdering av EU-domstolens praksis.
  15. Rt. 1998 s. 136 U. Spørsmål om sak mot et svensk selskap med krav om royalty for salg av en veiguide i Sverige kunne anlegges i Norge basert på en agentavtale og under henvisning til at oppfyllesverneting var i Norge. Agentavtalen var imidlertid bortfalt, og det krav som fremmes var i realiteten et krav om erstatning utenfor kontrakt. Verneting etter Luganokonvensjonen artikkel 5 (1) ekskluderes ikke utelukkende fordi kontraktens eksistens bestrides, men under henvisning til EU-domstolens praksis ble det lagt til grunn at saksøkerens pretensjon ikke er bindende for retten når den avgjør sin kompetanse.
  16. Rt. 1996 s. 822 U. Spørsmål om hvor strengt krav Luganokonvensjonen setter til sannsynliggjøring av at det eksisterer et kontraktsforhold for at bestemmelsen om oppfyllesverneting i artikkel 5 skal komme til anvendelse. Vist til EU-domstolens praksis.
  17. Rt. 1996 s. 25 A. Søksmål om krav på betaling av leveranse fra norsk selger til italiensk kjøper ble anlagt for Oslo byrett. Det var uomtvistet at Oslo var betalingsstedet for i alle fall en del av kravet. Den italienske kjøper var datterselskap i et større italiensk statskonsern som var satt under avvikling etter en særskilt lov og resolusjon i Italia. Selv om konkurs generelt sett ikke hindrer pådømmelse av krav i andre land enn konkurslandet, ville norske domstoler i dette tilfelle måtte ta stilling til en rekke konkurstypiske spørsmål regulert ved nevnte italienske særlov og resolusjon. Søksmålet ble derfor avvist med hjemmel i "konkursunntaket" i Luganokonvensjonen artikkel 1 annet ledd punkt 2. Vist til EU-domstolens tolkning av Brusselkonvensjonen.
- Som oversikten viser, synes Høyesterett i praksis helt uten videre å legge EU-domstolens tolkning av tilsvarende bestemmelser i Brusselkonvensjonen av 1968 og, i den senere tid, rådsforordning nr. 44/2001 (Brusselordningen) til grunn for tolkningen av Luganokonvensjonen. Dette er imidlertid ikke uttrykk for en fullt ut frivillig resepsjon av EU-domstolens praksis all den tid Norge har forpliktet seg til at norske domstoler ved tolkningen av konvensjonen skal ta "tilbørlig hensyn" til bl.a. EU-domstolens praksis knyttet til tilsvarende bestemmelser i Brusselkonvensjonen og Brusselordningen, jf. nå 2007-konvensjonens protokoll 2 artikkel 1 (tidligere fulgte det samme av en erklæring avgitt ved undertegningen av Luganokonvensjonen av 1988).<sup>62</sup>
- En interessant mellomkategori er avgjørelser hvor EU/EØS-rettslig materiale trekkes inn i tolkningen av *andre* folkerettslige forpliktelser – i første rekke forpliktelsene som følger av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK). Allerede i Rt. 1994 s. 610 A (Bølgepapp-kjennelsen) trakk Høyesterett EU-domstolens praksis inn i tolkningen av forbudet mot selvinkriminering i EMK artikkel 6. Det kan her trekkes en linje frem til to avgjørelser fra 2010 – Rt. 2010 s. 774 A og Rt. 2010 s. 72 A. I Rt. 2010 s. 774 A ble svenske lovforarbeider knyttet til gjennomføringen av direktiv 2004/48/EF i svensk rett trukket inn i vurderingen av om det var forenlig med EMK artikkel 8 om rettighetshaverne til to spillefilmer kunne kreve å få utlevert identiteten til en abonnent, som de anførte hadde brutt åndsverksloven, fra en internettleverandør (avsnitt 58). Høyesteretts oppfatning er tilsynelatende at ettersom det ikke synes å være i strid med EU-retten å gi opplysning om hvem abonnenten er til ret-

<sup>62</sup> Se nærmere om norske domstolers forhold til EU-domstolens praksis ved tolkning av Luganokonvensjonene nedenfor under kapittel 11 (punkt 11.4).

tighetshavere, så vil det heller ikke foreligge noen krenkelse av EMK artikkel 8. I Rt. 2010 s. 72 A vises det indirekte, via redegjørelsen for EMDs dom i Zolotukhin-saken, til EU-domstolens tolkning av Schengen-konvensjonen (avsnitt 10). EU-domstolens praksis synes å ha påvirket EMDs forståelse av forbudet mot dobbeltfølgning i EMK protokoll 7 artikkel 4 og saken er slik et interessant eksempel på indirekte EU-rettslig innflytelse på andre av Norges folkerettslige forpliktelser. Nevnes kan for øvrig også storkammeravgjørelsen i Rt. 2008 s. 1409 S, hvor mindretallet trakk Rådsforordning nr. 1/2003 inn som argument for at det ikke kan antas å følge et alminnelig krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt for ileggelse av administrative sanksjoner av EMK artikkel 6 nr. 2 (avsnitt 211).

Et interessant eksempel på mulig EØS-rettslig innflytelse på andre folkerettslige forpliktelser er Rt. 2008 s. 1789 A, hvor det kan hevdes at Høyesterett trakk rådsdirektiv 93/119/EF om vern av dyr på tidspunktet for slaktning eller avliving inn i vurderingen av spørsmålet om slaktning utenfor slakteri av tamrein uten forutgående bedøvelse ved såkalt giettådit – en samisk sedvane – var beskyttet av ILO-konvensjon nr. 169 om urbefolkninger og stammefolk artikkel 8. Ved å besvare dette benektende unngikk Høyesterett å måtte ta stilling til spørsmålet om hvordan en eventuell motstrid mellom ILO-konvensjonen og EØS-direktivet skulle løses.

Et mer kuriøst eksempel finnes i Rt. 2002 s. 618 A, hvor en avgjørelse fra EU-domstolens som gjaldt tolkningen av den daværende assosieringsavtalen mellom EF og republikken Kypros ble trukket inn i tolkningen av Den internasjonale plantevernkonvensjon av 1951 (s. 627).

For fullstendighetens skyld kan det også nevnes at "EU-direktiver" forgjeves ble påberopt av iransk asylsøker i Rt. 2010 s. 858 A som argument for tolkningen av artikkel 1 C (5) i FN's flyktningkonvensjon. Anførselen ble imidlertid ikke berørt av Høyesterett som tolket konvensjonsbestemmelsen i tråd med statens syn.

I hvilken grad Høyesteretts hensyntagen til EU-rettslig materiale ved tolkningen av EMK bør kategoriseres som frivillig resepsjon av EU-domstolens praksis eller ikke, kan nok diskuteres. Formelt sett representerer ikke EU-domstolens praksis noen autorisert kilde til forståelsen av EMK og det kan da vanskelig utledes noen EMK-rettslig forpliktelse til å ta hensyn til hva EU-domstolen måtte mene. Samtidig er det imidlertid åpenbart at det over tid har utviklet seg en "dialog" mellom EU-domstolen og EMD, hvor begge domstoler ser hen til hverandres rettspraksis på menneskerettighetsfeltet.<sup>63</sup> Dersom man kobler EMDs hensyntagen til EU-domstolens praksis (eksempelvis i den ovenfor omtalte Zolotukhin-saken) med Høyesteretts utvetydige utsagn om at norske domstoler skal anvende EMDs tolkningslære,<sup>64</sup> så

ender man fort opp med at praksis fra EU-domstolen likevel kan utgjøre en kilde som norske dommere ikke bare kan, men må se hen til i EMK-relaterte saker.<sup>65</sup>

Det er likevel ikke vanskelig å finne eksempler på saker hvor Høyesterett trekker inn EU/EØS-rettslig materiale uten at man mener at det foreligger noen folkerettslig plikt til dette. For Høyesteretts vedkommende har studien avdekket minst 14 saker i perioden 1994–2010 som faller i denne kategorien.<sup>66</sup>

1. Rt. 2010 s. 774 A – "Max Manus"-saken. Spørsmål om rettighetshaverne til to spillefilmer kunne kreve å få utlevert identiteten til en abonnent, som de anførte hadde brutt åndsverksloven, fra en internettleverandør. Høyesterett kom til at selv om kundeforholdet til internettleverandøren var en taushetsbelagt opplysning etter ekomloven § 2-9, var det grunnlag for bevissikring etter tvisteloven kapittel 28, jf. tvisteloven § 22-3 andre og tredje ledd. Praksis fra EU-domstolen trukket inn som støtteargument i tolkningen av tvisteloven § 22-3.
2. Rt. 2010 s. 376 A. I sak om gyldigheten av vedtak om tilbakekall av drosjeløyve viste Høyesterett til at yrkestransportlovens regler om dette gjennomfører direktivene 96/26/EF og 98/76/EF i norsk rett. Direktivene er omfattet av EØS-avtalen, men gjelder ikke drosjeløyver. Lovgiver har imidlertid valgt å innføre de samme vilkårene for alle løyvetypen i yrkestransportloven.
3. Rt. 2010 s. 202 A (Nye Kystlink). Inngående vurdering av om adgangen til oppsigelse på grunn av alder med grunnlag i sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd er i strid med diskrimineringsforbudet i sjømannsloven § 33, jf. EUs direktiv 2000/78/EF om diskriminering i arbeidslivet. Direktivet er ikke omfattet av EØS-avtalen, men lovgiver la til grunn at sjømannslovens § 19 nr 1 sjette ledd er forenlig med direktivet når det frivillig ble inkorporert i norsk lovgivning.
4. Rt. 2009 s. 1632 A (ABG Sundal Collier). I sak om gyldigheten av vedtak om etterberegning av merverdiavgift viste Høyesterett til at da tjenester ble trukket inn under avgiftsområdet ved avgiftsreformen i 2001, ble det tatt utgangspunkt i EUs sjette momsdirektiv. Utførlige drøftelser av EU-domstolens praksis.
5. Rt. 2009 s. 1537 A (Bokhandleren i Kabul). Høyesterett redegjorde for rettsvalsreglene i Roma II-forordningen og uttalt at selv om Norge ikke er bundet av forordningen, så taler hensynet til rettsenhet for at vi ved avgjørelse av rettsvalgsspørsmål, i den utstrekning vi ikke har avvikende lovregulering, legger vekt på den løsning som EU-landene

<sup>65</sup> Som en følge av at EUs grunnrettighetscharter fikk bindende kraft ved Lisboa-traktatens ikrafttredelse (EU-traktaten artikkel 6), kan det antas at EU-domstolens innflytelse på menneskerettighetsfeltet vil tilta i årene som kommer. Det gjenstår imidlertid å se hvordan det sensitive spørsmålet om forholdet mellom EU-domstolen og EMD vil bli løst i anledning EUs forestående tilslutning til EMK, jf. forutsetningsvis EU-traktaten artikkel 6.

<sup>66</sup> Saker om offentlige anskaffelser er kun inkludert her dersom det fremgår av avgjørelsen selv at anskaffelsens verdi ligger under EØS-terskelverdiene (som i Rt. 2007 s. 1783 A – NIDA Entreprenør). Det er nok mulig en nærmere etterprøving ville vist at flere av anbudssakene som Høyesterett har avgjort i perioden strengt tatt faller utenfor EØS-rettens anvendelsesområde.

<sup>63</sup> Jf. for eksempel Allan Rosas, "Fundamental Rights in the Luxembourg and Strasbourg Courts", i: Carl Baudenbacher, Per Tresselt og Þorgeir Örlygsson (red.): *The EFTA Court Ten Years On*, Oxford 2005, s. 163-175.

<sup>64</sup> Jf. særlig plenumsdommen i Rt. 2000 s. 996 P (Bøhlerdommen).

- har valgt. Roma II-forordningen regulerer imidlertid ikke spørsmålet om rettsvalget i ærekrenkelsessaker og EU-retten kom derfor ikke til anvendelse i den konkrete saken.
6. Rt. 2009 s. 661 A (Husebyskogen). Spørsmål om vedtak om endring av reguleringsplan for bygging av ny amerikansk ambassade var ugyldig som følge av at det ikke var foretatt pliktig konsekvensutredning. Høyesterett påpekte at plan- og bygningslovens regler om konsekvensutredning gjennomfører EØS-forpliktelser i form av prosjektdirektivet (85/337/EØF) og plandirektivet (2001/42/EF), men i den konkrete saken var ikke tiltaket omfattet av prosjektdirektivets anvendelsesområde. Det ble anført at EØS-retten tilsier at det stilles høye krav før det legges til grunn at en feil ikke kan ha virket inn på vedtaket, jf. forvaltningsloven § 41. Høyesterett uttalte imidlertid at ikke man ikke hadde funnet holdepunkter i det underliggende EØS-rettslige materialet som gav ”bindende føringer” for følgene av manglende konsekvensutredning (avsnitt 71).
  7. Rt. 2008 s. 478 A. Forholdet til EØS-avtalens sanksjonsregime på konkurranseretts område trukket inn i vurderingen av om fiskeoppdrettslovgivningens ordning tvangsmulkt for brudd på bestemmelser om førkvoter er straff i grunnlovens forstand.
  8. Rt. 2007 s. 1783 A (NIDA Entreprenør). De EØS-rettslige anbudsreglene anvendt i en sak hvor anskaffelsens verdi lå langt under EØS-terskelverdiene. Nyere praksis fra EU-domstolen sentral for Høyesteretts oppfatning av at leveringssikkerhet er et lovlig tildelingskriterium.
  9. Rt. 2007 s. 1401 A. Direktiv 2006/112/EF trukket inn som støtteargument for tolkningen av norsk merverdiavgiftsrett i en avgjørelse hvor Høyesterett kom til at utleie av arbeidskraft var en tjeneste som kunne fjernleveres, og at et norsk selskap som hadde leid inn arbeidskraft fra tre britiske selskaper derfor pliktet å betale merverdiavgift for innleien.
  10. Rt. 2003 s. 359 P. Som støtte for sin begjæring om gjenopptakelse en straffesak som følge av at Høyesterett i Rt. 2002 s. 557 P kom til at det etter EMK protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 ikke er adgang til å fremme en straffesak hvor tiltalen gjelder det å ha gitt uriktige og ufullstendige opplysninger til ligningsmyndighetene, dersom tiltalte tidligere er ilagt forhøyd tilleggsatt for det samme forhold, viste domfelte til at praksis fra EU-domstolen (og EMD) i utgangspunktet virker tilbake i tid. Høyesterett viste til anførselen, men påpekte at denne praksisen ikke omhandlet det foreliggende spørsmål om en norm utviklet av domstolene også skal gis tilbakevirkende kraft for *rettskraftige* avgjørelser.
  11. Rt. 1999 s. 569 A (Spetsdommen). EØS-retten trukket inn i sak om utmåling av avgangsvederlag for handelsreisende etter agenturloven 19. juni 1992 nr. 56 § 28 selv om direktivet kun gjelder selvstendige agenter og den konkrete saken omhandlet en handelsreisende med fast ansettelse.
  12. Rt. 1996 s. 875 A. EU-domstolens praksis knyttet til Brusselkonvensjonen trukket inn i tolkningen av norsk prosessrett på et tidspunkt da Luganokonvensjonen ennå ikke var trådt i kraft.
  13. Rt. 1995 s. 1625 A. EØS-reglene om vern av arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse trukket inn i tvist knyttet til en overdragelse som fant sted før EØS-avtalens ikrafttredelse. Høyesterett understreket

at saken måtte løses på grunnlag av lovgivningen slik den stod i 1990, men påpekte samtidig at en utstrekning av arbeidernes rettigheter ut over de rene overdragelsestilfeller fant støtte i EU-domstolens praksis.

14. Rt. 1995 s. 270 A. Spørsmål om tvangsbruk av pant måtte likestilles med virksomhetsoverdragelse, med den følge at arbeidstakernes oppsigelsesvern også gjelder overfor panthaver som tar en virksomhet til tvangsbruk. Vist til at partene i sine prosedyrer i ”atskillig utstrekning” hadde trukket inn de nye EØS-reglene om vern av arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelser (herunder også EU-domstolens praksis). Høyesterett fant at ”prinsippet” i arbeidsmiljøloven § 60 nr. 3, slik bestemmelsen lød før lovendring av 27. november 1992 nr. 115, medførte at arbeidstakerens oppsigelsesvern gjaldt også overfor en panthaver som tar en virksomhet til tvangsbruk.

Til denne listen kan kanskje tilføyes dommen i Rt. 2008 s. 727 A, hvor staten anførte harmoni med EU-retten som argument for at det også i norsk rett kun burde stilles krav om simpel uaktsomhet fra kjøper med hensyn til selgerens manglende rett til å oppkreve avgift for at avgiftsmyndigheten skal kunne etterberegne merverdiavgift. I den konkrete saken fant imidlertid Høyesterett at kjøper hadde vært kvalifisert uaktsom, slik at retten ikke hadde noen foranledning til å gå inn på statens EU-rettslige anførsel. Et liknende eksempel gir Rt. 2010 s. 1197 (Baasland-saken), hvor ankende part viste til EU-domstolen tolkning av Brusselkonvensjonen som argument for tolkningen av tvistelovens bestemmelse som erstatningsverneting i § 4-5 tredje ledd. Høyesterett avgjorde imidlertid spørsmålet om tvistens tilknytning til Norge i henhold til tvisteloven § 4-3 uten å ta stilling til spørsmålet om erstatningsverneting.

Listen vil for øvrig trolig etter hvert kunne forlenges med sak nr. 2010/127 (CHC Norway-saken). Saken reiser spørsmål om en tariffestet aldersgrense for helikopterpiloter på 60 år innebærer aldersdiskriminering i strid med arbeidsmiljøloven § 13-1, jf. § 13-3, jf. EUs direktiv 2000/78/EF. Ankeforhandling i Høyesterett var berammet til høsten 2010, men saken ble deretter besluttet stanset i påvente av en dom fra EU-domstolen i en sak som reiser liknende spørsmål og som i følge forberedende dommer ville kunne ha ”sentral betydning for avgjørelsen av herværende sak”.<sup>67</sup> Det er derfor all mulig grunn til å forvente at EU-rettslige kilder vil stå sentralt når ankesaken etter hvert skal avgjøres av Høyesterett.

Frivillig EU-tilpasning av norsk rett er for øvrig ikke noe nytt fenomen og heller ikke noe som med nødvendighet er knyttet til EØS-avtalen. Som eksempler på saker forut for EØS-avtalens ikrafttredelse hvor Høyesterett har trukket EU-rettslige kilder inn i tolkningen av norsk rett kan nevnes Rt. 1993 s. 1583 U, Rt. 1993 s. 44 A og Rt. 1989 s. 852 A. Også i Rt. 1993 s. 1088 U, Rt. 1992 s. 1150 A og Rt. 1983 s. 430 A påberopte en eller flere parter EU-rettslige argumenter, men uten at dette ble berørt av Høyesterett. Det faller

<sup>67</sup> Se Rt. 2010 s. 944 F.

imidlertid utenfor rammene for denne studien å gå nærmere inn på disse avgjørelsene.

Selv om hensyntagen til EU-rettslige kilder ikke er noe nytt fenomen, så etterlater kartleggingen av høyesterettspraksis likevel et inntrykk av at fenomenet tiltar i styrke – åtte av de tolv avgjørelsene listet opp ovenfor er fra 2007 eller senere. Mye av forklaringen ligger trolig i det forhold at den nær kontinuerlige utviklingen i EU-samarbeidet innebærer at det kommer til stadig mer EU-rett som ligger utenfor EØS-avtalen, men som lovgiver likevel helt eller delvis ønsker å gjennomføre i norsk rett. Samtidig er det nok også mulig at norske dommere og advokater i stigende grad er blitt oppmerksomme på at det også i saker utenfor EØS-rettens anvendelsesområde kan være verdt å undersøke hvordan tilsvarende spørsmål er løst i EU.

### 6.3. Avgjørelser fra lagmannsrettene

For så vidt gjelder praksis fra lagmannsrettene, så synes denne godt i samsvar med Høyesteretts tilnærming – størstedelen av de saker hvor det vises til EU/EØS-rettslige kilder er saker som faller innenfor EØS-avtalens anvendelsesområde, men det finnes likevel en rekke saker hvor EU-regler, praksis fra EU-domstolen m.v. trekkes inn også uten at det foreligger noen folkerettslig forpliktelse til dette. Av det totale materialet på 295 EU/EØS-relevante rettsavgjørelser fra lagmannsrettene synes i alt 65 avgjørelser å falle utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde.<sup>68</sup> Av disse er imidlertid over halvparten, 33 avgjørelser, tilfeller hvor EU/EØS-rettslige kilder trekkes inn i tolkningen av andre folkerettslige forpliktelser. Ikke overraskende gjelder dette i all hovedsak Luganokonvensjonen (26 av de 33 sakene), men lagmannsrettens praksis inneholder også interessante eksempler på at EU/EØS-retten er trukket inn ved tolkningen av Bernkonvensjonen av 1979 om vern av ville europeiske planter og dyr og deres naturlige leveområder,<sup>69</sup> Dublin II-forordningen,<sup>70</sup> fiskeriattalene med EU,<sup>71</sup> GATT-avtalen,<sup>72</sup> EMK<sup>73</sup> og Schengenkonvensjonen.<sup>74</sup>

Av de 32 resterende sakene er det 25 hvor det synes som om EU/EØS-rett trekkes inn av lagmannsrettene ved tolkningen av "uavhengig" norsk rett, i betydningen tilfeller hvor det ikke er spørsmål om etterlevelse av folkerettslige forpliktelser. I de syv øvrige sakene unnlot lagmannsrettene å ta stilling til anførsler fra partene som går ut på at

EU/EØS-rett er relevant for tolkningen av norsk rett.<sup>75</sup> På samme vis som Høyesterett er det særlig i saker knyttet til merverdiavgift<sup>76</sup> og, i den senere tid, aldersdiskriminering,<sup>77</sup> at lagmannsrettene trekker EU/EØS-retten inn i tolkningen av norsk rett, men praksis inneholder også interessante eksempler fra bl.a. kontraktsrettens<sup>78</sup> og konkurranseretts<sup>79</sup> område. I Arves Trafikkskole-saken synes det til og med som om Borgarting lagmannsrett trakk rettstilstanden i EU inn som et moment i forholdsmessighetsvurderingen etter grunnloven § 97.<sup>80</sup> For nærmere detaljer vises det til følgende kronologiske oversikt over de 25 avgjørelsene:

1. Borgarting – dom og kjennelse 13. desember 2010 (LB-2010-99479) – Gjensidige-saken. Spørsmål om en intern aldersgrense på 67 år i et forsikrings-selskap var i strid med forbudet om aldersdiskriminering i arbeidsmiljøloven § 13-1. Lagmannsretten kom, i motsetning til tingretten, til at ordningen var i samsvar med unntaksbestemmelsen i lovens § 13-3 annet ledd, jf. direktiv 2000/78/EF. Utførlige henvisninger til praksis fra EU-domstolen. Dommen er anket til Høyesterett.
2. Borgarting – dom 6. september 2010 (LB-2010-17768). Merverdiavgift. Anførsel om at tilsvarende avgiftsbestemmelser innen EU fortolkes slik at fradragsrett bare avskjæres i rene bedrageritilfeller avvist av lagmannsretten under henvisning til at avgiftsretten faller utenfor EØS-retten og at Norge ikke er bundet av EUs avgiftsdirektiv. Tilføyd at lagmannsretten ikke kunne se at den fremlagte dokumentasjon faktisk viser at avskjæring av fradragsretten er utelukket i et tilfelle som nærværende hvor kjøper hadde fullt kjennskap til selgers intensjon om ikke å innbetale avgift: "Tvert imot foreligger det uttalelse fra ECJ som viser at fradragsretten etter avgiftsdirektivet kan tapes "where the transactions from which that right derives constitute an abusive practise". Det er nærliggende for lagmannsretten å si at selv om det ikke i saken her foreligger avgiftsbedrageri, har grunnlaget for den påberopte fradragsrett oppstått gjennom "abusive practise".
3. Borgarting – dom 17. august 2010 (LB-2009-165616) – SAS-pilotene. Spørsmål om oppsigelse av ti flygere på grunn av alder var ulovlig aldersdiskriminering i strid med arbeidsmiljøloven, jf. direktiv 2000/78/EF.
4. Gulating – dom og kjennelse 6. november 2009 (LG-

68 Dette tallet omfatter ikke saker knyttet til offentlige anskaffelser med mindre det fremgår av avgjørelsen av anskaffelsesverdien ligger under EØS-terskelverdiene. Tilsvarende som for Høyesteretts vedkommende ville trolig en nærmere etterprøving vist at flere av anbuds sakene som lagmannsrettene har avgjort i perioden strengt tatt faller utenfor EØS-rettens anvendelsesområde.

69 RG 2008 s. 577 (Borgarting).

70 Borgarting lagmannsretts dom og kjennelse 26. februar 2010 (LB-2009-143086).

71 Hålogaland lagmannsretts dom 30. november 2006 (LH-2006-80023).

72 Borgarting lagmannsretts dom 29. mai 1997 (LB-1996-355).

73 Borgarting lagmannsretts dom 12. april 2010 (LB-2009-57764); Gulating lagmannsretts kjennelse og beslutning 9. desember 2009 (LG-2009-105319-1).

74 Gulating lagmannsretts kjennelse 26. juli 2010 (LG-2010-76323).

75 Agder lagmannsrett dom 19. august 2008 (LA-2007-175365); Borgarting lagmannsrett dom 20. mai 2008 (LB-2007-102916); Borgarting lagmannsrett dom 4. februar 2008 (LB-2007-81052); RG 2007 s. 756 (Gulating); Borgarting lagmannsrett dom 28. juni 2005 (LB-2004-45766); RG 1996 s. 859 (Gulating) og RG 1996 s. 463 (Gulating).

76 Jf. Borgarting lagmannsretts dommer 6. september 2010 (LB-2010-17768); 19. oktober 2009 (LB-2008-184780); 8. juli 2009 (LB-2008-187928); 4. mai 2009 (LB-2008-97733); 15. april 2008 (LB-2007-66694); 31. mars 2008 (LB-2007-57596); 15. januar 2008 (LB-2008-17559) og 15. desember 2005-12-15 (LB-2004-45797).

77 Jf. Borgarting lagmannsretts dom og kjennelse 13. desember 2010 (LB-2010-99479 – Gjensidige-saken); Borgarting lagmannsretts dom 17. august 2010 (LB-2009-165616 – SAS-pilotene); Gulating lagmannsretts dom og kjennelse 6. november 2009 (LG-2009-41184 – CHC Norway) og Agder lagmannsretts dom 24. juni 2009 (LA-2008-196596 – Nye Kystlink).

78 RG 1999 s. 854 (Borgarting).

79 Hålogaland lagmannsretts dom 17. mars 2009 (LH-2008-144454 – Lødingen Steinindustri).

80 Borgarting lagmannsretts dom 17. juni 2005 (LB-2004-4113).

- 2009-41184) – CHC Norway-saken. Aldersdiskriminering. Spørsmål om tariffavtale som pålegger helikopterpiloter å fratre ved fylte 60 år er i strid med aml. § 13-3 jf. direktiv 2000/78/EF. Dommen er anket til Høyesterett.
5. Borgarting – dom 19. oktober 2009 (LB-2008-184780) – Grieg Investor. Et verdipapirforetak tilbød såkalte forvaltningsserviceavtaler. Lagmannsretten fant at det dreide seg om en sammensatt ytelse, som isolert sett dels var avgiftsfri ordrefremføring og dels avgiftspliktig rådgivning. Lagmannsretten fant videre at man da måtte se på hvilket element som var hovedytelsen og viste i den forbindelse til praksis fra EU-domstolen vedrørende tolkningen av EUs sjettemomsdirektiv. Foretakets innvending om at EU-rettslig praksis har liten betydning på skatte- og avgiftsområdet, ble ikke tatt til følge. I den foreliggende saken var hovedytelsen den avgiftspliktige del, med den konsekvens at ytelsen var avgiftspliktig i sin helhet. Anke til Høyesterett nektet fremmet, HR-2010-297-U.
  6. Borgarting – dom 8. juli 2009 (LB-2008-187928). Spørsmål om unntaket fra merverdiavgift for omsetning av helsetjenester. Staten anførte bl.a. at loven tok sikte på at reglene i størst mulig grad burde være harmonisert med reglene i EU, hvor det da allerede ble praktisert generell avgift på tjenester. Til dette uttalte lagmannsretten: ”Lagmannsretten finner heller ikke grunn til å legge betydelig vekt på dette momentet. Når det kommer til slike detaljer i utformingen av reglene som denne saken dreier seg om, viser departementets gjennomgåelse av disse lands rett, jf. 7.2.2.2, at reglene om merverdiavgift på helsetjenester er bygd opp til dels nokså forskjellig. For eksempel gjaldt det i EU da en bestemmelse om at medlemslandene kunne stille som vilkår for avgiftsunntak at andre organer enn de offentligrettslige ikke skulle drives med økonomisk gevinst for øye, mens det i Danmark var en regel om at det i utgangspunktet var tilstrekkelig at utgiftene til behandling enten var refusjonsberettigede, eller at behandlingen var utført av autorisert personell.”
  7. Agder – dom 24. juni 2009 (LA-2008-196596) – Nye Kystlink. Spørsmål om oppsigelse på grunn av alder med grunnlag i sjømannsloven § 19 nr. 1 sjetted ledd var i strid med diskrimineringsforbudet i sjømannsloven § 33, jf. § 33B, jf. direktiv 2000/78/EF om diskriminering i arbeidslivet. Anket til Høyesterett, se Rt. 2010 s. 202 A.
  8. Borgarting – dom 4. mai 2009 (LB-2008-97733) – ABG Sundal Collier. Spørsmål om gyldigheten av vedtak om etterberegning av merverdiavgift overfor to verdipapirforetak for mottatt vederlag for corporate finance-tjenester i forbindelse med fusjon mellom to finansinstitusjoner. Vist til EU-domstolens praksis knyttet til tolkningen av EUs sjettemomsdirektiv. Utførlige drøftelser av EU-domstolens praksis. Anket til Høyesterett, jf. Rt. 2009 s. 1632 A.
  9. Hålogaland – dom 17. mars 2009 (LH-2008-144454) – Lødingen Steinindustri. Norsk konkurranserett. Spørsmål om en avtale om enerett til uttak av pukk fra en eiendom i Lødingen strider mot forbudet i konkurranseloven § 10 om konkurransebegrensende avtaler mellom foretak. Lagmannsretten viste til forutsetningene i forarbeidene om at praksis knyttet til EØS-avtalen artikkel 53 og EF-traktaten artikkel 81 vil veie tungt som rettskilde ved den nærmere fastsettelse av omfanget av konkurranseloven § 10. Vist til praksis fra Førsteinstansdomstolen og konkludert med at den aktuelle avtaleklausulen var i strid med konkurranseloven og derfor uten rettsvirkning. Anke til Høyesterett nektet fremmet (HR-2009-1272-U).
  10. Borgarting – dom 3. oktober 2008 (LB-2007-174951) – Husebyskogen. Spørsmål om vedtak om endring av reguleringsplan for bygging av ny amerikansk ambassade var ugyldig som følge av at det ikke var foretatt pliktig konsekvensutredning. Anført av saksøkerne at dette i henhold til EØS-avtalen måtte være en absolutt ugyldighetsgrunn. I den konkrete saken var imidlertid ikke tiltaket omfattet av prosjektdirektivets anvendelsesområde. Lagmannsretten gikk likevel inn på EØS-rettens mulige betydning: ”Bestemmelsene om konsekvensutredning bygger for en stor del på EF-direktiver som er innarbeidet i norsk rett med grunnlag i EØS-avtalen. I EF-domstolens avgjørelse 7. januar 2004 i sak mellom Storbritannia og Delena Wells er det lagt til grunn at det må avgjøres etter nasjonal rett om brudd på utredningsplikten gir mulighet for tilbakekall eller suspensjon av gitt tillatelse med sikte på i ettertid å kunne gjennomføre konsekvensutredning. Etter lagmannsrettens oppfatning gir EF-direktivene, og den praksis som er vist til i denne forbindelse, ikke holdepunkter for at et vedtak ubetinget er ugyldig ved manglende konsekvensutredning”. Anke til Høyesterett, se Rt. 2009 s. 661 A.
  11. Borgarting – dom 5. mai 2008 (LB-2007-100623) – Norstraal. Offentlige anskaffelser. Selskap som ikke fikk totalentreprisen ved en anbudskonkurranse om rehabilitering av seks bygninger for Statsbygg krevde erstatning for den positive kontraktsinteresse, subsidiært den negative kontraktsinteresse. Verdien av anskaffelsen lå under EØS-terskelverdiene. Anke til Høyesterett nektet fremmet (HR-2008-1457-U).
  12. Borgarting – dom 15. april 2008 (LB-2007-66694) – Redcats. Merverdiavgift. Lagmannsretten fant at et selskap ikke drev formidling av finansieringstjenester slik at denne del av virksomheten ikke var unntatt fra merverdiavgift. Lagmannsretten så bl.a. hen til EUs sjettemomsdirektiv § 13 og rettspraksis fra EU-domstolen. For at avgiftsfritaket skal få anvendelse må det foreligge et kvalitativt krav til mellommannsrollen – et element av know-how. Lagmannsretten fant ikke at selskapets rolle oppfylte dette krav. Bemerket at avgiftsbestemmelsene ikke omfattes av EØS-avtalen, men at harmoniseringshensyn tilsier at lovførståelsen i EU bør tillegges vekt ved tolkningen av norsk intern rett. Anke til Høyesterett nektet fremmet (HR-2008-1474-U).
  13. Borgarting – dom 31. mars 2008 (LB-2007-57596) – IT Fornebu Eiendom. Merverdiavgift. Et selskap som rehabiliterte en eiendom beregnet på utleie til avgiftspliktige næringsdrivende, benyttet anledningen til frivillig registrering i avgiftsmanntallet. Inngående merverdiavgift ble fradragsført etter hvert som den påløp. Selskapet benyttet et forsiktig anslag over hvor stor del av arealet som ville bli utleid til avgiftspliktig virksomhet. Etter et bokettersyn ble selskapet etterberegnet for den

- rentefordel som var oppnådd. Skatteetaten la til grunn at fradragsrett først oppstod når arealene faktisk var blitt leid ut. Lagmannsretten fastholdt etterberegningen. Saksøker viste til rettstilstanden i EU, noe staten avviste under henvisning til at hvert enkelt land, innenfor rammen av EUs avgiftsdirektiv, kan fastsette de nærmere vilkår for avgiftsplikten, og Norge nettopp hadde benyttet denne adgangen. Lagmannsretten sluttet seg til statens oppfatning på dette punkt.
14. Borgarting – dom 10. mars 2008 (LB-2007-142284) – Lemminkäinen-saken. Spørsmål om et utenlandsk selskap som hadde kjøpt vegentrepenøravdelingen til et norsk selskap var det riktige ansvarssubjektet for et tidligere brudd på konkurranseloven så lenge det selgende selskap ikke hadde opphørt som foretak. Som tingretten fant lagmannsretten at det overtagende selskap ikke var rett ansvarssubjekt. Lagmannsretten fant det ikke nødvendig å gå nærmere inn på selskapets anførsler knyttet til EUs konkurranserett, men bemerket likevel at EU-retten ”synes å støtte det standpunkt lagmannsretten i det foregående er kommet til”. Anket til Høyesterett, se Rt. 2008 s. 1201 A.
  15. Borgarting – dom 15. januar 2008 (LB-2008-17559). Merverdiavgift. Spørsmål om gyldigheten av vedtak om etterberegning av merverdiavgift. Hovedspørsmålene i saken var om utveksling av finansanalysetjenester mellom ulike merverdiavgiftssubjekter innenfor ett konsern innebar omsetning av tjenester (eller uttak av tjenester) i merverdiavgiftslovens forstand. Den ankende part ble ikke hørt med at godtgjørelsen som var fastsatt i en ”Service Agreement” utgjorde avgiftsfri kostnadsrefusjon. Som støtte for et slikt syn var det bl.a. vist til praksis fra EU-domstolen. Lagmannsrettens bemerket at EU-retten har ”begrenset rettskildevekt” på dette området. Hvis EU-retten her skulle ha noen betydning, måtte det være ”fordi en harmonisert rettsforståelse på dette feltet kunne bidra til å unngå konkurransevriddinger.” Tilføyd at det heller ikke var dokumentert noen rettsavklaring av dette spørsmålet i EU-retten. Saksforholdet i den anførte dommen, sak C-77/01, lå etter lagmannsrettens oppfatning annerledes an da den dreide seg om kostnadsdeling basert på andeler i et konsortium, mens det i denne saken dreide seg om en godtgjørelse for utførte tjenester. Anke til Høyesterett nektet fremmet (HR-2009-708-U).
  16. Hålogaland – dom 22. februar 2007 (LH-2006-160351) – NIDA Entreprenør. De EØS-rettslige anbudsreglene anvendt i en sak hvor anskaffelsens verdi lå langt under EØS- terskelverdiene. Anket til Høyesterett, se Rt. 2007 s. 1783 A.
  17. Borgarting – dom 15. januar 2007 (LB-2005-166645). Spørsmål om analogisk anvendelse av agenturlovens regler om avgangsvederlag. Lagmannsretten viste til at reglene i agenturloven bygger på EU-rett, jf. direktiv 86/653/EØF artikkel 17, og avviste analogisk anvendelse med den begrunnelse at de ankende parter virksomhet bar preg av ”godt betalt selgearbeid som ikke har tilstrekkelig likhetstrekk med vareagenturer til at agenturloven kan får analogisk anvendelse”. Anke til Høyesterett nektet fremmet (HR-2007-682-U).
  18. Borgarting – dom 15. september 2006 (LB-2004-67545) – Møller US Import. Avgiftsrett. Møller US Import AS importerte Chrysler biler fra USA fra 1946. Inntil 1992 kjøpte selskapet bilene fra det amerikanske produsentselskapet. I 1993 ble dette endret ved at Chrysler opprettet et nytt datterselskap i USA. Datterselskapet kjøpte alle biler for eksport og solgte dem videre til de europeiske eneforhandlerne med et påslag. Fakturaene til Møller-selskapet om påslaget ble ikke deklarerert til norske tollmyndigheter. Etter bokattersyn oppsto det tvist om de ulike elementene i fakturaene med påslag inngikk i tollverdiforskriftens § 2 om beregning av bilenes transaksjonsverdi. I sin argumentasjon for det såkalte ”førstesalgsprinsippet” viste importøren bl.a. til rettstilstanden i EU. Også vist til EU-domstolens avgjørelse i Wünsche GmbH mot Hauptzollamt Hamburg, der det ble avgjort at tjenester som leveres sammen med varen ikke skal inngå i transaksjonsverdien. Lagmannsretten viste til rettstilstanden i EU (og USA), men la til grunn at det likevel ikke kunne være avgjørende for bedømmelsen av tollverdiforskriftens § 2. Staten fikk i det vesentlige medhold. Anke til Høyesterett nektet fremmet (HR-2007-129-U).
  19. Borgarting – dom 15. desember 2005 (LB-2004-45797). Merverdiavgiftsrett. Lagmannsretten fant at renter et entreprenørselskap mottok fra byggherrer som vederlag for at betaling for entreprisene fant sted ved eller etter ferdigstillelse, gikk inn i beregningsgrunnlaget for merverdiavgift etter merverdiavgiftsloven § 18 annet ledd nr. 1. Entreprenøren anførte forgjeves at et slikt resultat ville innebære brudd på nøytralitetsprinsippet og derved medføre konkurransevriddning. Det ble i denne forbindelse blant annet vist til EU-retten, jf. sjette rådsdirektiv 77/388/EØF artikkel 11 og EU-domstolens avgjørelse av 27. oktober 1993 (Muys’ en De Winter’s). Lagmannsretten fant det imidlertid ikke tvilsomt at de brudd på nøytralitetsprinsippet regelen i merverdiavgiftsloven § 18 med nødvendighet vil medføre, er resultatet av lovgivers avveining mellom hensynet til konkurransemessig nøytralitet og kontrollhensynet. Denne avveining innebærer et lovgivningspolitisk standpunkt som domstolene ikke kan overprøve. Med hensyn til EU-retten ble det bemerket at avgiftsretten ikke er omfattet av EØS-avtalen, og sjette rådsdirektiv gjelder følgelig ikke som norsk rett. Lagmannsretten fant ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om norsk rett skiller seg fra EU-retten i forhold til det aktuelle avgiftsspørsmål, men bemerket at EU-domstolens avgjørelse i Muys’ en De Winter’s, særlig avsnittene 18 og 19, tyder på at rettstilstanden i hovedsak er lik. Anke til Høyesterett nektet fremmet (HR-2006-511-U).
  20. Borgarting – dom 17. juni 2005 (LB-2004-4113) – Arves trafikkskole. Spørsmål om forbudet mot tilbakevirkende lover i grunnloven § 97. Kjøreskolene ble gjort merverdiavgiftspliktige da merverdiavgift på tjenester ble innført. De fikk derfor fradrag for betalt merverdiavgift på biler som skulle benyttes i virksomheten til kjøreopplæring. Året etter ble kjøreskolene tatt ut av avgiftssystemet. Ved lovendringen ble det vedtatt en overgangsregel som medførte at kjøreskolene måtte innbetale avgift for allerede innkjøpte biler. Ved avgiftsberegningen var det gjort fradrag



- for den tiden bilen allerede hadde gått i avgiftspliktig virksomhet. Lagmannsretten kom til at etterberegningen ikke var klart urimelig eller urettferdig tilbakevirkning og staten ble frifunnet. Avslutningsvis uttalte lagmannsretten at når det gjelder forholdet til EU-retten/EØS-avtalen, var det ikke direkte påberopt at regelsettet er i strid med direktivene. Lagmannsretten bemerket imidlertid at selv om en fremlagt dom avsagt av EU-domstolen 29. april 2004 ikke fikk direkte betydning for Norge, så fremgikk det der at det kan skje en beriktigelse av fradrag foretatt i forbindelse med investeringsgoder, uten at det er i strid med direktivene. Rettstilstanden i EU synes her trukket inn som et moment i forholdsmessighetsvurderingen under grunnloven § 97. Etter anke kom Høyesterett i plenum til motsatt resultat av lagmannsretten, men uten at forholdet til rettstilstanden i EU ble berørt, jf. Rt. 2006 s. 293 P.
21. Borgarting – dom 28. oktober 2002 (LB-2001-2004). Likestillingsloven. Lagmannsretten fant at kollektiv pensjonsforsikringsordning i flyselskap antakelig var i strid med likestillingsloven med det innhold den hadde i 1980- og begynnelsen av 1990-årene. Som ledd i argumentasjonen for at pensjonsordningen var i strid med forbudet mot urimelig kjønnsdiskriminering viste flyvertinnen til EØS-avtalen artikkel 69, og til direktiv nr. 1986/378. Lagmannsretten var enig i at direktivet var av interesse for det spørsmål saken gjelder, selv om reglene ikke var bindende for Norge i den aktuelle tidsperiode. Retten pekte imidlertid på at det følger av direktivets artikkel 8 at medlemsstatene pålegges å treffe de nødvendige foranstaltninger til at bestemmelser i ervervstilknyttede sikringsordninger som er i motstrid med likebehandlingsprinsippet, blir tatt opp til revisjon senest 1. januar 1993. I samme artikkel fastslås det uttrykkelig at direktivet ikke er til hinder for at rettigheter og plikter som vedrører en periode for medlemskap av en ervervstilknyttet ordning som ligger forut for den påbudte revisjon av ordningen, fortsatt er undergitt de bestemmelser i ordningen som gjaldt for den aktuelle periode. Endelig heter det i artikkel 12 at medlemsstatene har tre års frist fra meddelelsen av direktivet (d.v.s. til 30. juli 1989) til å sette i kraft de nødvendige lover og forskrifter for å etterkomme direktivet. På denne bakgrunn hadde reglene etter rettens oppfatning liten betydning ved siden av reglene i likestillingsloven.
22. Borgarting – dom 12. mars 2002 (LB-2001-1742-1). Toll og avgifter ved bilimport. Tollmyndighetene etterberegnet toll og avgifter hos en importør av biler fra Korea og ilt tilleggsgavgifter. Lagmannsretten fant at tolloven § 69 gav hjemmel for å ilegge tilleggsgavgift, men la til at dette forutsatte at tollmyndighetene i fradragstilfellene justerer ned tilleggsgavgiftens størrelse betraktelig. Vist til at det etter EØS-avtalens artikkel 14 ikke skal det oppkreves høyere avgifter for importvarer enn for innenlandske varer. Selv om import fra Korea ikke faller inn under EØS-avtalen, og selv om det ifølge lagmannsretten var tvilsomt om tilleggsgavgifter faller inn under bestemmelsen, tilsa reelle grunner og sammenhengen i avgiftssystemet etter lagmannsrettens mening en generell varsomhet ved ileggelse av tilleggsgavgifter i fradragstilfellene. Anke til Høyesterett nektet fremmet (HR-2002-1262).
23. Borgarting – dom 19. januar 2001 (LB-1999-3675). Spørsmål om lovhjemmel til å kreve at sunnhetssertifikater for importerte poteter normalt må være utstedt av myndighetene i en stat som Norge har anerkjent. Lagmannsretten tolket de norske reglene i lys av konvensjonen som lå til grunn for denne, samt praksis fra EU-domstolen. EU-domstolens avgjørelse gjaldt tolkningen av den daværende assosieringsavtalen mellom EF og republikken Kypros. For endelig dom i saken, se Rt. 2002 s. 618 A.
24. RG 1999 s. 854 (Borgarting). Spørsmål om kjøp av "timeshare"-andeler kunne settes til side som stridende mot avtaleloven § 36. Retten fant at avtalen var ugyldig og uttalte i den forbindelsen at man la "betydelig vekt" på den omstendighet at EU 5. april 1993 ga et direktiv om urimelige standardiserte avtalevilkår i forbrukeravtaler (direktiv 93/13/EØF). I tillegg kom det i 1994 et eget EU-direktiv om timeshare-salg til beskyttelse av forbrukeren (direktiv 94/47/EF). Ingen av direktivene var i kraft på det aktuelle tidspunkt. Lagmannsretten påpekte imidlertid at selger hadde stor tilknytning til Frankrike og eiendomsbransjen og var utvilsomt klar over EU-direktivet vedrørende timeshare. Han måtte forstå at det bare var et spørsmål om tid før direktivet ville bli implementert i så vel dansk som norsk lovgivning.
25. Frostating – dom 22. april 1997 (LF-1996-733) – Torghatten-saken. Offentlige anskaffelser. En fylkeskommunes tildeling av løyve og tilskudd til drift av en båt rute basert på anbud, ble kjent ugyldig pga myndighetsmisbruk. Det selskap som skulle blitt tildelt kontrakten etter anbudsvilkårene, ble tilkjent erstatning for tapt fortjeneste. Påpekt at forskrift av 1. juli 1994 om gjennomføring av EØS-avtalens vedlegg XVI punkt 5 b om tildeling av kontrakter om offentlige tjenestekjøp ikke omfatter lokal persontransport mot vederlag med fartøy, slik at saken falt utenfor EØS-rettens anvendelsesområde. Saken anket til Høyesterett, jf. Rt. 1998 s. 1398, men Høyesterett gikk ikke inn på den eventuelle betydning av EØS-rettslige kilder.

#### 6.4. Avgjørelser fra første instans

Også praksis fra første instans etterlater samme helhetsinntrykk – størstedelen av de saker hvor det vises til EU/EØS-rettslige kilder er saker som faller innenfor EØS-avtalens anvendelsesområde, men det finnes likevel flere saker hvor EU-regler, praksis fra EU-domstolen m.v. trekkes inn også uten at det foreligger noen folkerettslig forpliktelse til dette. I det innsamlede materialet fra domstolene i første instans er det likevel relativt sett færre slike tilfeller – av det totale materialet på 298 EU/EØS-relevante avgjørelser synes ikke flere enn 27 å falle utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde.<sup>81</sup> Dette skyldes nok langt på vei svakhetene

<sup>81</sup> Dette tallet omfatter ikke saker knyttet til offentlige anskaffelser med mindre det fremgår av avgjørelsen av anskaffelsesverdien ligger under EØS-terskelverdiene, slik som i Oslo tingretts dom 12. november 2006 (TOSLO-2005-180302 – Tana bru). Tilsvarende som for Høyesteretts og lagmannsrettens vedkommende ville trolig en nærmere etterprøving vist at flere av anbudssakene som førsteinstansdomstolene har avgjort i perioden

ved materialinnsamlingen fra førsteinstansdomstolene, men det er nok også mulig at advokatene går grundigere til verks når en sak skal behandles i lagmannsretten eller, i særdeleshet, i Høyesterett, noe som leder til at EU/EØS-rettslige kilder påberopes i større grad for ankeinstansene enn i første instans.

Også i praksis fra første instans dominerer avgjørelser knyttet til Luganokonvensjonen,<sup>82</sup> offentlige anskaffelser under EØS-terskelverdiene,<sup>83</sup> norsk merverdiavgiftsrett<sup>84</sup> og aldersdiskriminering,<sup>85</sup> men materialet inneholder også interessante eksempler på at retningslinjer fra EU om støyforurensing bl.a. er ansett relevant ved fastleggelse av talegrensen etter naboloven § 2,<sup>86</sup> at EØS-regler om lovlige krav til språkkunnskaper er trukket inn ved tolkningen av en utlysningstekst i forbindelse med tilsetting i offentlig forvaltning<sup>87</sup> og at det vises til EUs avgiftsrett ved tolkningen av forbudet mot tilbakevirkende lovgivning i grunnloven § 97.<sup>88</sup>

### 6.5. Nærmere om norske domstolers anvendelse av EU/EØS-rett utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde

Opplistingen av alle sakene hvor norske domstoler trekker EU/EØS-rettslig materiale inn i tolkningen av norsk rett uten at man mener at det foreligger noen folkerettslig plikt til dette, kan lett gi et feilaktig inntrykk av den frivillige resepsjonen av EU/EØS-rettslige løsninger i norsk rett. For det første ekskluderer en slik liste nærmest pr. definisjon tilfeller hvor norske domstoler uttrykkelig har *avvist* slik EU/EØS-rettslig innflytelse. For det annet må det sondres mellom avgjørelser hvor EU/EØS-retten trekkes inn fordi dette er *ønsket og forutsatt av lovgiver*, og tilfeller hvor resepsjonen av EU/EØS-rettslige løsninger skjer på domstolenes eget initiativ.

Et svært tydelig eksempel på at Høyesterett er avvisende til

---

strengt tatt faller utenfor EØS-rettens anvendelsesområde.

82 Glåmdal tingretts kjennelse 18. januar 2008 (TGLOM-2007-85927); Oslo tingretts dom 2. januar 2007 (TOSLO-2005-153619); Fredrikstad tingretts kjennelse 9. desember 2003 (sak 03-00982 A) og Nedre Romerike namsretts kjennelse 18. september 2002 (sak D 1620-2002).

83 Oslo tingretts dom 12. november 2006 (TOSLO-2005-180302 – Tana bru).

84 Oslo tingretts dom 29. mars 2010 (TOSLO-2009-110838); Glåmdal tingretts dom 7. desember 2009 (TGLOM-2008-161480); Oslo tingretts dom 22. desember 2008 (TOSLO-2008-934817); Oslo tingretts dom 23. september 2008 (TOSLO-2008-11711 – Grieg Investor); Oslo tingretts dom 17. april 2008 (TOSLO-2007-162888 – Carnegie); Oslo tingretts dom 11. desember 2007 (TOSLO-2007-23553 – ABG Sunndal Collier); Oslo tingretts dom 14. mars 2007 (TOSLO-2006-163243 – Redcats) og Oslo tingretts dom 12. februar 2007 (TOSLO-2006-37319 – IT Fornebu Eiendom). I Kristiansand tingretts dommer 27. september 2007 (TKISA-2007-24051) og 3. august 2007 (TKISA-2006-93578) ble ikke de EU-rettslige anførslene berørt av retten.

85 Oslo tingretts dom og kjennelse 16. april 2010 (TOSLO-2009-143503 – Gjensidige-saken); Asker og Bærum tingretts dom og kjennelse 15. juli 2009 (TAHER-2008-195258 – SAS-pilotene).

86 Larvik tingretts dommer 10. juni 2008 (TLARV-2007-104035) og 24. juli 2007 (TLARV-2006-33647).

87 Indre Finnmark tingretts dom 30. juni 2010 (TINFI-2009-200057).

88 Oslo tingretts dom 4. desember 2003 (TOSLO-2002-10326 – Arves Trafikkskole).

analogisk anvendelse av EØS-retten til fortregning for klar norsk lovgivning er Rt. 2004 s. 834 (Vannscooter I). Da det under forberedelsene til ankebehandlingen i Høyesterett ble kjent at de aktuelle vannscooterne hadde sin opprinnelse utenfor EØS-området, valgte Høyesterett å omgjøre sin beslutning om å forelegge EFTA-domstolen spørsmål knyttet til forholdet mellom forbudet mot bruk av vannscootere etter småbåtloven og EØS-avtalens artikkel 11. For Høyesterett anførte imidlertid førerne av vannscooterne at EØS-avtalens artikkel 11 måtte gjelde generelt, idet situasjonen ville bli uholdbar dersom vannscooterens opprinnelsesland skal være avgjørende for straffbarheten av bruken. Høyesterett avviste dette kontant og uttalte at det ikke var grunn til å begrense bruksforbudets rekkevidde ”mer enn hva som er nødvendig som følge av EØS-samarbeidet” (avsnitt 13).<sup>89</sup>

Tilnærmingen fra Vannscotersaken ble senere gjentatt i Rt. 2005 s. 607 (Samuelsen-saken). I dette tilfellet var en del av en fritidseiendom ved konsesjonsvilkår pålagt videresolgt til staten, og saken gjaldt spørsmål om hvilket verdsettelsesprinsipp som skulle anvendes. Ved skjønn hadde erstatningen blitt fastsatt ut i fra omsetningsverdien av det overdratte areal, slik at det ikke ble tatt hensyn til det verditap avståelsen hadde påført eiendommen. Eieren anførte bl.a. at erstatningsutmålingen var i strid med EØS-avtalen artikkel 40 om fri kapitalflyt og diskrimineringsforbudet i artikkel 4. Høyesterett avviste dette kort under henvisning til at saken dreier seg om et rent internt forhold, uten noe grenseoverskridende element som kunne bringe EØS-retten til anvendelse (avsnitt 66). Retten tilføyde at det var vanskelig å se hvordan utmålingsreglene kunne karakteriseres som diskriminerende overfor borgere i andre EØS-land og uttalte, under henvisning til nettopp Vannscotersaken, at EØS-avtalen ”under ingen omstendighet”(!) kunne få betydning som et tolkingsmoment utenfor avtalens virkeområde og utover det som følger av EØS-samarbeidet (avsnitt 67).

I kjølvannet av uttalelsene i Rt. 2004 s. 834 og Rt. 2005 s. 607 er EØS-rettslige anførsler utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde i enkelte nyere søksmål i større grad søkt underbygget med henvisninger til norsk forvaltningsretts veletablerte forbud mot usaklig forskjellsbehandling eller eventuelt et EMK-rettslig diskrimineringsforbud. Disse forsøkene på å anvende generelle prinsipper om likebehandling for å utvide EØS-rettens gjennomslag har imidlertid ikke ført frem. I Oslo tingretts dom 18. mai 2009 (TOSLO-2008-177324 – Poseidon Personell Services) avviste retten nokså kontant saksøkers oppfatning av at det forelå usaklig forskjellsbehandling i det staten for arbeid utført på norsk kontinentalsokkel kun krever inn arbeidsgiveravgift av lønn til personell bosatt utenfor EØS-området. Tingretten viste til at den ikke kunne se at en eventuell forskjellsbehandling som gir gunstigere regler for EU/EØS-borgere som følge av EØS-avtalen, vil være å anse som usaklig.

---

89 For en kritikk av Høyesteretts tilnærming i dette tilfellet, se Gjermund Mathisen, ”Strafferetten og EØS: Ingen grunn til frifinnelse?”, *Jussens Vener* 2009 s. 238-253 (på s. 245-246).

Et liknende eksempel er Oslo tingretts dom 31. mai 2010 (TOSLO-2009-191453), hvor det ble gjort gjeldende at EØS-avtalen artikkel 40 indirekte måtte komme til anvendelse i en sak som ikke synes å ha noe grenseoverskridende element fordi det i motsatt fall ville foreligge "omvendt" diskriminering av norske borgere, noe som ble hevdet å være i strid med eiendomsvernet etter EMK protokoll 1 artikkel 1. Tingretten fant imidlertid at det aktuelle konsesjonsvedtak fra fylkeslandbruksstyrets var ugyldig på annet grunnlag, slik at det for retten ikke var nødvendig å gå inn på de EØS-rettslige anførselene (som retten selv karakteriserte som "kompliserte").

Fra noe eldre praksis finnes for øvrig likende eksempler i to avgjørelser fra Borgarting lagmannsrett. RG 2003 s. 1222 ble det forgivevis anført at påståtte EØS-rettslige skranker for tollmyndighetenes beregning av importavgift for motorvogner som følge av et prinsipp om likebehandling måtte gjelde tilsvarende for import fra Japan, mens det i en upublisert kjennelse 29. april 1998 (LB-1998-1011) ble lagt til grunn at forbudet mot diskriminering av EØS-utlendinger var uten relevans for vurderingen av om en saksøker med forretningssadresse Cayman Islands kunne pålegges å stille sikkerhet for saksomkostninger når vedkommende i samme sak er solidarisk ansvarlig med saksøker med bopel i land i EØS-området: "Forbudet mot forskjellsbehandling er oppstillet for å beskytte personer og selskaper med tilknytning til disse land, og ikke personer med bopel i et tredje land. At det i denne forbindelse vil være mer fordelaktig for personer i tredje land å opptre som saksøker ved siden av en med norsk bopel, representerer ingen diskriminering av personer omfattet av EØS-avtalen."

De svært kategoriske uttalelsene i Rt. 2004 s. 834 og Rt. 2005 s. 607 synes ved første øyekast ikke helt lett å forene med oversikten i punkt 6.2 ovenfor som jo inneholder en rekke eksempler på at Høyesterett nettopp har latt EØS-avtalen få betydning som et tolkingsmoment utenfor avtalens virkeområde og utover det som følger av EØS-samarbeidet. Den helt avgjørende forskjell er imidlertid at det i Vannscootersaken og Samuelsen-dommen ikke egentlig var spørsmål om å anvende EØS-retten som "tolkingsmoment" ved tolkningen av norsk rett – det var spørsmål om analogisk anvendelse av EØS-retten til fortrensel for klar norsk lovgivning. At Høyesterett avviser en slik tilnærming kan ganske enkelt forklares med rettens lojalitet overfor lovgiverviljen: Under uttalelsene i Rt. 2004 s. 834 og Rt. 2005 s. 607 synes det å ligge en oppfatning av at lovgiver i disse tilfellene ikke ville ha ønsket å begrense rekkevidden av de norske lovreglene i større utstrekning enn det som eventuelt måtte være EØS-rettslig påkrevd og at denne forutsetningen må gå foran generelle likhetsbetraktninger.

Et kuriøst eksempel på noe av det samme fra tiden før EØS-avtalens ikrafttredelse er dommen inntatt i Rt. 1993 s. 1384 A. I en straffesak som gjaldt ulovlig innførsel av brennevin hadde forhørsretten begrunnet et avvik fra straffenivået slik det fulgte av rettspraksis med en henvisning til EØS-avtalen og prinsippet i straffeloven § 3. Forhørsretten uttrykte usikkerhet "med hensyn til berettigelsen og eksistensen av A/S Vinno-

nopolet som institusjon på importsiden, og kanskje også på detaljsiden", og ment at det var "vanskelig å se bort fra dette i straffutmålingsomgangen". Høyesterett avviste synspunktet under henvisning til at EØS-avtalen ikke var trådt i kraft.

Når det i litteraturen, under henvisning til Vannscootersaken og Samuelsen-dommen, er uttalt at Høyesterett stort sett ikke har foretatt en harmonisering av norsk rett utenfor EØS-reglens virkeområde,<sup>90</sup> så må dette etter min oppfatning forstås i betydningen harmonisering i strid med en uttrykt eller antatt lovgivervilje. De mange eksemplene på at Høyesterett har latt EØS-avtalen få betydning som et tolkingsmoment utenfor avtalens virkeområde er nemlig ikke begrenset til tilfeller hvor dette uttrykkelig er ønsket av lovgiver. Som eksempel på et tilfelle hvor resepsjonen av EU/EØS-rettslige løsninger skjer på Høyesteretts eget initiativ, kan særlig fremheves Rt. 2009 s. 1537 (Bokhandleren i Kabul). Høyesterett uttalte i denne avgjørelsen at selv om Norge ikke er bundet av rettsvalgsreglene i Roma II-forordningen, så taler hensynet til rettsenhet for at vi ved avgjørelse av rettsvalgsspørsmål, i den utstrekning vi ikke har avvikende lovregulering, legger vekt på den løsning som EU-landene har valgt.<sup>91</sup> Forbeholdet "i den utstrekning vi ikke har avvikende lovregulering" er imidlertid viktig, fordi det klart viser at lovgiver (selvsagt) står fritt til å endre denne domstolsinitierte resepsjonen av EUs rettsvalgsregler.

Lovgivers frihet til å styre resepsjonen av EU-rettslige løsninger utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde illustreres tydelig av flere avgjørelser fra merverdiavgiftsrettens område. Som vist i punkt 6.2 til 6.4 finnes det her en rekke eksempler hvor norske domstoler har sett hen til EU-retten ved tolkningen av de norske merverdiavgiftsreglene. Forutsetningen for denne praksisen er imidlertid hele tiden at ikke lovgiver bevisst har ønsket en annen løsning enn den EU-rettslige. Det er ikke vanskelig å finne eksempler på tilfeller hvor denne forutsetningen ikke er til stede, og hvor norske domstoler av den grunn avviser å legge vekt på rettstilstanden i EU.<sup>92</sup>

Et særlig illustrerende eksempel på Høyesteretts vektlegging av lovgiverviljen ved anvendelse av EU/EØS-retten ut over hva som er folkerettslig påkrevd, er dommen i Rt. 2010 s. 202 (Nye Kystlink). Saken reiste som nevnt spørsmål om tolkningen av forbudet mot aldersdiskriminering i EUs direktiv 2000/78/EF. Direktivet er ikke en del av EØS-

90 Hans Petter Graver, "Juss, politikk og dommeraktivisme i en flytende europeisk rettsorden", i: Festskrift til Carl August Fleischer, Oslo 2006, s. 204-215 (på s. 208).

91 Jf. nærmere Giuditta Cordero Moss, "En mer moderne og systematisk rettspraksis om lovvalg etter Bokhandleren fra Kabul-dommen", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2010 s. 820-842.

92 Jf. fra de seneste år bl.a. Borgarting lagmannsretts dommer 6. juni 2010 (LB-2010-17768); 8. juli 2009 (LB-2008-187928); 31. mars 2008 (LB-2007-57596) og 17. januar 2008 (LB-52992). I flere av disse dommene uttales det helt generelt at EU-domstolens praksis ikke kan tillegges vekt da merverdiavgiftssystemet ligger utenfor EØS-avtalens virkeområde, men i lys av de mange sakene hvor EU-domstolens praksis nettopp tillegges vekt også på merverdiavgiftsrettens område synes det klart at slike generelle utsagn kun er ment å ha gyldighet for den aktuelle problemstilling som saken gjelder.

avtalen, men ut fra en uttalt målsettingen om at Norge skal ha et vern på dette området ”som minst er på høyde med EU” har lovgiver likevel valgt å gjennomføre direktivet i norsk rett.<sup>93</sup> I forbindelse med gjennomføringen la imidlertid lovgiver til grunn at bestemmelsen i sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd, som åpner for oppsigelse av sjøfolk alene på grunn av alder etter fylte 62 år, var forenlig med direktivet. For Høyesterett var et helt sentralt spørsmål hvordan en eventuell motstrid mellom en direktivkonform tolkning av diskrimineringsforbudet i sjømannsloven § 33 og de nevnte bestemmelsen i samme lovs § 19 nr. 1 sjette ledd skulle løses dersom det viste seg at lovgivers forståelse av direktivet ikke kunne opprettholdes. Stemmegivningen i saken må forstås dit hen at et flertall på tre dommere prinsipielt la til grunn at direktivet i norsk sammenheng må tolkes på samme måte som i EU-retten, mao. slik at lovgivers forutsetning om direktivets forhold til aldersgrensen for oppsigelsesvernet eventuelt må vike for lovgivers forutsetning om et diskrimineringsvern i norsk rett som tilsvarer det som finnes i EU.<sup>94</sup> Førstvoterende viste til at det i arbeidsmiljølovens forarbeider er uttalt at domstolene må avklare forholdet mellom lovbestemmelser om aldersgrenser og lovens regel om unntak fra aldersdiskriminering dersom det oppstår tvist om spørsmålet og at det var ”vanskelig å forstå denne uttalelsen annerledes enn at domstolene da forutsettes å skulle henholde seg til direktivet når det skal fastlegges hvilke krav unntaksbestemmelsen stiller for at en aldersgrenseregulering skal kunne opprettholdes” (avsnitt 55). Annenvoterende sluttet seg i realiteten til dette ved å vise til at han for sin del ikke hadde funnet holdepunkter for at man ønsket aldersgrensen opprettholdt også dersom den skulle vise seg i strid med direktivet (avsnitt 83). Et mindretall på to dommere la derimot avgjørende vekt på at det etter deres oppfatning ikke var ”tilstrekkelige holdepunkter for at lovgiveren har forutsatt at direktivet skal supplere bestemmelsen i sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd, som ble besluttet opprettholdt ved gjennomføringen av direktivet” (avsnitt 95).

Nye Kystlink-dommen er slik et særlig interessant eksempel på hvordan Høyesterett søker å forankre resepsjonen av EUs vern mot aldersdiskriminering i lovgivers forutsetninger. Selv i en sak hvor dommerne var uenige om hvordan lovgiver ville ha ønsket en eventuell konflikt mellom sjømannsloven § 19 og direktivet løst, er det ingen av dem som gir uttrykk for noen egen oppfatning av hva som ville være den beste eller rimeligste løsning. Samtidig viser dommen at selv om den frivillige resepsjonen av EU/EØS-rett i norsk rett er sterkt knyttet til lovgiverviljen, så er det i siste instans Høyesterett

som i en konkret sak må avgjøre hva denne går ut på. Her som ellers vil betraktninger om en mer eller mindre hypotetisk lovgivervilje gi betydelig rom for dommernes egne vurderinger. I Nye Kystlink-dommen følger uenigheten allerede av måten problemstillingen formuleres på – flertallet tar utgangspunkt i EU-direktivet og spør om det er holdepunkter for at dette likevel ikke er ment gjennomført fullt ut, mens mindretallet tar utgangspunkt i etablert norsk rett (sjømannsloven § 19) og spør om det er holdepunkter for at denne var forutsatt endret. Som vist fant verken flertall eller mindretall noen slike holdepunkter for å fravike sine respektive utgangspunkter, noe som knapt er særlig overraskende gitt at lovgiver jo hadde forutsatt at den aktuelle regelkonflikten ikke ville kunne oppstå.

Selv om dissensen viser at det er delte oppfatninger i Høyesterett om tilnærmingen i saker som dette, så er det i seg selv interessant at flertallet i Nye Kystlink-dommen er fraksjonen med det mest resepsjonsvennlige utgangspunktet.

Ut over de nokså konkrete eksemplene på at norske domstoler vurderer EU/EØS-rettslige løsninger utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde, er det meget mulig at resepsjonen av EU/EØS-rett over tid vil kunne omfatte også mer overordnede rettsprinsipper og argumentasjonsmønstre og slik endre norsk rett på en mer grunnleggende måte. Det EU/EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet vil kanskje komme til å prege norsk forvaltningsrett mer generelt, og kanskje også måten Høyesterett tilnærmer seg spørsmålet om lovers grunnlovsmessighet? Tilsvarende kan det kanskje allerede observeres tendenser til at EU/EØS-reglene om statlig erstatningsansvar påvirker det offentlige erstatningsansvar mer generelt. Det faller imidlertid utenfor rammene for fremstillingen her å gå nærmere inn på slike mer dypereliggende, gradvise og kanskje ubevisste endringsprosesser.

<sup>93</sup> Jf. mandatet for det regjeringsoppnevnte Arbeidslivsutvalget, slik det er gjengitt i NOU 2003:2 s. 7.

<sup>94</sup> Flertallet på dette punkt består av først-, annen- og femtevoterende. Forståelsen av dommen vanskeliggjøres riktignok av at annenvoterende ikke slutter seg uttrykkelig til førstvoterendes oppfatning, men det fremgår forholdsvis klart av votaene at først- og annenvoterende er enige om at direktivet i norsk sammenheng må tolkes på samme måte som i EU-retten, uavhengig av lovgivers forutsetninger knyttet til bestemmelsen i sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd. En tilsvarende forståelse av dommen er lagt til grunn av Oslo tingrett i dom og kjennelse 16. april 2010 (TOSLO-2009-143503 – Gjensidige-saken), selv om tingrettens oppfatning av at direktivet dermed må forstås som ”trinnhøgare norsk rett” ikke uten videre er treffende.

## 7. Nærmere om enkelte EØS-saker på utvalgte rettsområder

### 7.1. Innledning

Siktemålet i det følgende er å se noe nærmere på enkelte særlig interessante EØS-saker på utvalgte rettsområder. Mer overordnede problemstillinger knyttet til norske domstolars metodiske tilnærming til EU/EØS-retten og spørsmål knyttet til EØS-rettens gjennomslag i norsk rett, utskytes imidlertid til nærmere omtale i kapittel 10 og 11 nedenfor. Også domstolens håndtering av EØS-rettslige utfordringer på prosessrettens område utskytes til særskilt behandling, se kapittel 8.

I motsetning til oppstillingen i kapittel 4 ovenfor vil det i det følgende også bli trukket frem enkelte avgjørelser fra underinstansene til tross for at endelig avgjørelse i saken ble truffet i en høyere instans – i en kartlegging av antall EØS-tvister i norske domstoler må slike underinstansavgjørelser holdes utenfor, men ikke når målsetningen i dette kapitlet er å få frem interessante sider ved norske domstolers håndtering av EØS-sakene.

Inndelingen mellom ulike rettsområder i det følgende er ikke ment som noe annet enn et fremstillingsmessig rammeverk – flere av de angitte rettsområdene overlapper hverandre og flere av sakene som omtales kunne nok vært plassert i flere kategorier.

### 7.2. EØS-saker med en forfatningsrettslig side<sup>95</sup>

På forfatningsrettens område er kanskje fraværet av store og prinsipielle EØS-rettslige saker for norske domstoler mer iøynefallende enn de sakene som tross alt har dukket opp. I en rekke EU-stater har EU-medlemskapet forårsaket omfattende rettslige prosesser knyttet til forholdet mellom den overnasjonale EU-retten og den nasjonale rettsorden.<sup>96</sup> Fraværet av slike saker i norske domstoler kan selvsagt langt på vei forklares med at EØS-avtalen er en folkerettslig avtale som formelt sett ikke griper inn i statsmaktenes komp-

etanse.<sup>97</sup> Nettopp av den grunn er det imidlertid absolutt tenkelig at norske domstoler kan bli konfrontert med tilfeller hvor en part anfører grunnloven som en skranke mot EØS-rettens anvendelse i saken, eventuelt i sammenheng med henvisninger til Stortingets forutsetninger da avtalen ble ratifisert (eller i forbindelse med senere samtykke til utvidelse av avtalen med nye rettsakter). Det kan vel heller ikke utelukkes at den etter hvert svært så fleksible tolkningen av grunnloven § 26 annet ledd som Justisdepartementets lovavdeling har lagt seg på for å muliggjøre norsk samtykke til EØS-rettsakter som innebærer overføring av forvaltningsmyndighet til nye EU-organer, etter hvert vil kunne resultere i saker for norske domstoler hvor private som utsettes for sanksjoner fra EUs forvaltningsmyndigheter gjør gjeldende at myndighetsoverføringen er grunnlovsstridig så lenge den ikke er vedtatt med  $\frac{3}{4}$  flertall i henhold til grunnloven § 93.<sup>98</sup>

Et eksempel på at forholdet mellom EØS-avtalen og grunnloven faktisk kom på spissen for en norsk domstol, er Fokus Bank-dommen i RG 2005 s. 1542 (Frostatting). På bakgrunn av EFTA-domstolens tolkning av EØS-avtalen artikkel 40 aksepterte staten at det var i strid med EØS-retten å bare gi godtgjørelse for kildeskatt som er utlignet norske aksjonærer. For lagmannsretten ble det imidlertid gjort gjeldende at "konstitusjonelle hensyn" og "Stortingets forutsetninger" tilsa at norsk skatterett likevel måtte gå foran Norges EØS-rettslige forpliktelser i dette tilfellet. I lagmannsrettens dom er statens anførsler gjengitt som følger:

"Hvis EØS-loven tolkes slik at EØS-forpliktelser, som fastlagt i dynamisk rettspraksis fra EFTA-domstolen, har direkte internrettslig virkning og går foran praktisk og økonomisk viktige statsskattevedtak flere år tilbake i tid, vil EFTA-domstolen ha fått en betydelig myndighet til å tilsidesette Stortingets statsskattevedtak. En slik inngripende myndighetsoverføring på skatteområdet var ikke omfattet av Stortingets samtykke etter Grunnloven § 93 da EØS-avtalen ble inngått ettersom det ble forutsatt at avtalen ikke ville få særlig betydning på skatteområdet.

Grunnloven § 75 bokstav a er derfor til hinder for at EØS-loven setter tilside norsk skatterett med tilbakevirkende kraft basert på EFTA-domstolens uttalelse. Overligningsnemndas vedtak er derfor ikke ugyldig etter EØS-loven.

EØS-loven kan uansett ikke gå foran norsk skatterett når de konstitusjonelle hensynene ses i sammenheng med norske myndigheters forutsetninger både ved avtaleinngåelsen og i ettertid. De klare reglene om kildeskatt og godtgjørelse har blitt bekreftet gjennom årlige stortingsvedtak etter at EØS-avtalen ble inngått og vil bli tømt for sitt innhold hvis

<sup>97</sup> Jf. Sejersted i Sejersted mfl 2004 s. 99.

<sup>98</sup> Se til illustrasjon Lovavdelingens tolkningsuttalelse 10. mars 2010 "Grunnlovsvurdering – innlemmelse i EØS-avtalen av forordning (EF) nr 216/2008" hvor det, riktignok under tvil, antas at overføring av kompetanse til Det europeiske fysikkerhetsbyrå til å ilegge sanksjoner med direkte virkning overfor norske foretak ikke forutsetter bruk av grunnloven § 93.

<sup>95</sup> For en bred fremstilling av EØS-rettens konsekvenser for norsk statsrett kan det vises til Benedicte Moltumyr Høberg, "EØS-rettens betydning for norsk statsrett", *Jussens Venner* 2008 s. 159-178.

<sup>96</sup> I herværende sammenheng får det være tilstrekkelig å vise til fremstillingen av disse spørsmål i et standardverk som Paul Craig og Gráinne de Burca, *EU Law*, 4. utgave, Oxford 2008, s. 353 flg.

EØS-retten går foran. Norske myndigheters standpunkt er at systemet for kildeskatt skal gjelde uten hensyn til EØS-retten til og med 2005, jf. Stortingets vedtak av 25. november 2004 med henvisning til Innst.O.nr.41 (2004-2005) og St.prp.nr.41 (2004-2005).”

Lagmannsretten for sin del aksepterte tilsynelatende i prinsippet at Stortingets forutsetninger ved ratifikasjon av EØS-avtalen og vedtakelse av EØS-loven kan utgjøre en skranke for EØS-rettens gjennomslag i norsk rett, men avviste klart at den dynamiske rettsutvikling innen skatteretten som EU-domstolen og EFTA-domstolen har stått for, har gått lenger enn det Stortinget i sin tid kunne regne med. Lagmannsretten uttalte i den forbindelse at når Norge hadde valgt å slutte seg til en internasjonal avtale som inneholder en rekke skjønsmessige bestemmelser og prinsipper, og inkorporert denne i intern rett, ”må det legges til grunn at det er avtalen slik den til enhver tid tolkes av EFTA-domstolen som er inkorporert. I dette ligger at domstolen kan komme til å tolke EØS-avtalen på en måte som staten anser ikke er ønskelig, for eksempel av skatteinntektsmessige eller politiske grunner.”<sup>99</sup> Standpunktet ble underbygget med en henvisning til redegjørelsen for presumsjonsprinsippets rekkevidde i lovforarbeidene til EØS-loven, hvor det forutsettes at det bare er dersom Stortinget ”helt klart” har gitt uttrykk for at en lov skal anvendes på en viss måte uten hensyn til om dette er i strid med internasjonale forpliktelser, eller dersom vedkommende lovbestemmelse ellers ville være ”helt uten innhold”, at norske domstoler vil føle seg tvunget til å anvende loven i strid med folkeretten.<sup>100</sup>

Også anførselene knyttet til grunnloven §§ 75 og 93 ble kontant avvist av lagmannsretten:

”Etter lagmannsrettens oppfatning foreligger det ikke konstitusjonelle begrensninger i forhold til anvendelsesområdet til EØS-loven § 1 og § 2. Da Stortinget behandlet EØS-loven og EØS-avtalen tok det ikke forbehold om begrensninger knyttet til skatteretten. Dersom Stortinget hadde ment at hensyn til skatteinntekter eller lignende skulle tilsi en innskrenkende tolkning av EØS-loven, måtte dette i så fall ha kommet klart til uttrykk ved behandlingen. Det foreligger heller ikke etterfølgende uttalelser fra Stortinget eller regjeringen som kan oppfattes å støtte opp under en slik innskrenkende tolkning.”

Lagmannsretten erkjente at Stortingets skattevedtak etter grunnloven § 75 bokstav a i prinsippet vil gå foran en inkorporert traktatforpliktelse, men påpekte kort at Stortinget ikke ved noe tilfelle hadde truffet noe skattevedtak hvor det ble gitt uttrykk for at vedtaket var i strid med de folkerettslige forpliktelser Norge har etter EØS-avtalen, men likevel skulle gis forrang.

Staten anket dommen til Høyesterett. I lys av sakens

prinsipielle karakter var det lite overraskende at kjøremålsutvalget henviste anken til behandling.<sup>101</sup> Kort tid før ankeforhandlingene valgte imidlertid staten å trekke anken.<sup>102</sup> Årsakene til at staten valgte å trekke anken er ikke kjent. Det er nærliggende å anta at staten innså at sjansene til å vinne frem i Høyesterett nok var små, men det kan vel heller ikke utelukkes at man erkjente at en dom i Høyesterett som eventuelt etablerte grunnloven og Stortingets opprinnelige forutsetninger ved EØS-avtalen som en reell skranke for EØS-rettens gjennomslag i norsk rett ville kunne bidra til å undergrave hele avtalen. En eventuell seier i Høyesterett ville slik fort komme til å koste mer enn den ville smake.

Et liknende scenario inntraff i KLM-saken, hvor staten i tingretten argumenterte for at fortrinnsregelen i EØS-loven § 2 annet punktum må tolkes slik at den *ikke* regulerer eventuell motstrid mellom en forskrift som gjennomfører en EØS-forpliktelse (i den konkrete saken forordning nr. 2408/92 om luftfart) og Stortingets etterfølgende plenarvedtak (i den konkrete sak vedtak om passasjeravgift).<sup>103</sup> Under henvisning til en høyesterettsavgjørelse fra 1935 som staten hadde påberopt (Rt. 1935 s. 358), sluttet tingretten seg til statens oppfatning. I følge tingretten er grunnlovens § 75 til hinder for at Stortinget gjennom lov kan legge begrensninger i sin egen beskatningsmyndighet. Etter tingrettens oppfatning ville imidlertid dette bli resultatet dersom EØS-loven § 2 annet punktum tolkes slik at en EØS-forskrift gis fortrinn fremfor etterfølgende plenarvedtak i Stortinget.

Tolkningen av EØS-loven § 2 i dette tilfellet er statsrettslig lite overbevisende og EØS-rettslig svært problematisk. Av EØS-avtalen protokoll 35 følger det at EFTA-statene i tilfelle av mulig konflikt mellom gjennomførte EØS-regler og andre lovregler forplikter seg til å innføre en lovregel om at EØS reglene skal gå foran i disse tilfellene. Av avtalen til protokollen fremgår det at formålet er å sikre rettsenhet i EØS-området uten formell overføring av lovgivningsmyndighet. I EU-statene er det klart nok at EU-retten har forrang ikke bare fremfor medlemsstatenes formelle lovgivning, men også fremfor normeringer som medlemsstatenes parlamenter eventuelt vedtar etter andre prosedyrer. En formålsorientert tolkning av protokoll 35 tilsier klart at den interne, norske sontringen mellom Stortingets vedtak i lovsaker og plenarvedtak i skattesaker er EØS-retten uvedkommende. På denne bakgrunn tilsier presumsjonsprinsippet at EØS-loven § 2 må tolkes i samsvar med forpliktelsene som følger av protokoll 35 – bestemmelsen ble jo nettopp vedtatt for å ivareta Norges forpliktelser til å sikre gjennomførte EØS-regler fortrinn fremfor annen norsk rett. Tingrettens henvisning til Stortingets beskatningsmyndighet etter grunnloven § 75 er i denne sammenheng lite treffende – hensynet til Stortingets grunnlovsbestemte beskatningsmyndighet er formelt sett ivarett så lenge domstolene respekterer et skattevedtak

<sup>99</sup> Lagmannsrettens poeng knyttet til EØS-rettens dynamiske karakter er treffende, men ikke forutsetningen om at EFTA-domstolens forståelse av avtalen til enhver tid nærmest pr. definisjon er uttrykk for gjeldende EØS-rett, jf. nærmere om dette nedenfor i kapittel 10.  
<sup>100</sup> Ot.prp. nr. 79 (1991-1992), s. 4.

<sup>101</sup> Kjøremålsutvalgets beslutning 22. september 2005 (HR-2005-1510-U).

<sup>102</sup> Jf. hevingskjennelse 28. februar 2006 (HR-2006-369-F).

<sup>103</sup> Jf. Oslo tingretts dom 2. juli 2004 (04-000806TVI-OTIR/07).

hvor det fremgår at det er Stortingets vilje at vedtaket skal gjelde uavhengig av de folkerettslige forpliktelser Norge har etter EØS-avtalen, noe som klart ikke var tilfellet i KLM-saken.<sup>104</sup>

Etter nederlaget i tingretten anket KLM saken til lagmannsretten. Under saksforberedelsen besluttet lagmannsretten å anmode EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse om rettsgrunnlaget og vilkårene for å kreve tilbakebetaling av avgifter en medlemsstat har innkrevd i strid med EØS-avtalens bestemmelser. Begjæringen ble imidlertid trukket tilbake etter at staten erkjente at de ulike satsene for passasjer- og seteavgift innebar diskriminering i strid med EØS-avtalen og at det i prinsippet forelå tilbakebetalingsplikt for staten. Lagmannsretten la derfor uten videre diskusjon til grunn at forbudet mot differensierte flyavgifter i rådsforordning nr 2408/92 var gjennomført i norsk rett i den periode tilbakebetalingskravet refererer seg til.<sup>105</sup> For lagmannsretten (og senere Høyesterett) kom saken derfor til å handle om tilbakebetalingspliktens omfang, særlig spørsmålet om det kunne gjøres fradrag for avgift som var overveltet på passasjerene. Så vidt vites har ikke staten ved noen senere anledning opprettholdt den tolkning av EØS-loven § 2 og grunnloven § 75 som ble gjort gjeldende for tingretten i denne saken.

Det nærmeste man kommer eksempler på at Høyesterett har tatt stilling til EØS-saker med en forfatningsrettslig side, er de to plenumsdommene i Finanger-saken (Rt. 2000 s. 1811 P og Rt. 2005 s. 1365 P). Begge dommene kan hevdes å reise konstitusjonelle spørsmål knyttet til folkerettens virkning i intern norsk rett. Statens argumentasjon for møterett for Høyesterett i Finanger I-saken er illustrerende, i det staten i sin anmodning viste til at eventuell tilsidesettelse av bilansvarsloven § 7 tredje ledd bokstav b ville innebærer at EØS-rett ble gitt direkte virkning i norsk rett:

”En slik avgjørelse vil åpne for at EØS-rett gis direkte virkning i norsk rett. Dette strider mot kjernen i det dualistiske prinsipp, hvoretter Norges folkerettslige forpliktelser ikke anses som del av norsk intern rett. Det dualistiske prinsippet er, slik staten ser det, av grunnlovs karakter, og saken reiser således vesentlige konstitusjonelle spørsmål.”<sup>106</sup>

Høyesterett erkjente at saken kunne reise ”spørsmål om innholdet i eller anvendelsen av konstitusjonelle regler”, men avviste statens anmodning om møterett under henvisning til den dagjeldende plenumsloven § 5 tredje ledd, som kun gav staten rett til å opptre i saker hvor Høyesterett i plenum skulle ta stilling til om en lovbestemmelse var i strid med grunnloven.<sup>107</sup> I den etterfølgende dommen i saken ble ikke

grunnlovens eventuelle betydning som skranke for EØS-rettens gjennomslag i norsk rett drøftet særskilt, men så vel flertall som mindretall la klart nok til grunn at EØS-rekken ikke har direkte virkning i norsk rett.<sup>108</sup>

Forholdet til grunnlovens forutsetning om at Norges folkerettslige forpliktelser ikke uten videre kan anses som del av norsk intern rett synes mer problematisk i Finanger II-dommen, hvor Høyesterett i plenum aksepterte at staten i prinsippet kan holdes erstatningsansvarlig for tap lidt som følge av manglende gjennomføring av EØS-forpliktelser i norsk rett. Det er ikke til å komme forbi at erstatningsansvar i slike tilfeller innebærer at en EØS-regel som nettopp ikke er gjennomført i norsk rett (jf. Finanger I-dommen), likevel får internrettslig virkning i saker for norske domstoler. I lys av statens argumentasjon for møterett i Finanger I skulle man kanskje forvente problematisering av ”vesentlige konstitusjonelle spørsmål” også i Finanger II-saken, men staten aksepterte i stedet så vel EØS-ansvarets eksistens på folkerettslig plan som at det må anses gjennomført i norsk rett gjennom EØS-loven § 1. Høyesterett så øyensynlig liten grunn til å problematisere dette på egen hånd, i det førstvoterende på vegne av en, på dette punkt, enstemmig rett, nøyde seg med å slutte seg til ”det syn at det ligger en forutsetning om erstatningsansvar i EØS-avtalen, og det må legges til grunn at EØS-loven § 1, som gjorde hoveddelen i EØS-avtalen til norsk lov, må forstås slik at den også omfatter dette ansvaret.”<sup>109</sup>

Ut over de to Finanger-dommene kan det nevnes at Høyesterett også i Rt. 2009 s. 1118 S kort berørte forholdet til EØS-rekken i forbindelse med vurderingen av om lagmannsrettens manglende begrunnelse for en ankenektelse var i strid med grunnloven § 88. Det antydes i dommen at hensynet til Norges internasjonale forpliktelser, slik disse følger blant annet av menneskerettskonvensjonene og EØS-samarbeidet, vil være relevant for vurderingen av i hvilken utstrekning mulighetene for anke til Høyesterett kan begrenses før man støter an mot grunnloven § 88 (avsnitt 72). Uttalelsen er imidlertid ikke særlig klar og den kan neppe tas til inntekt for at det gjelder noe særskilt grunnlovsbasert begrunnelseskra for lagmannsrettene i saker hvor det er anført motstrid mellom norsk rett og EØS-rekken.

Helt avslutningsvis kan det hevdes at også anvendelsen av EØS-rekken i Rt. 2008 s. 1789 A (Giettådit-dommen) hadde en side til grunnloven, nærmere bestemt til bestemmelsen om samene i § 110a. Spørsmålet i saken var om slaktning utenfor slakteri av tamrein uten forutgående

104 Jf. Frostating lagmannsretts treffende bemerkninger om det samme i den ovenfor omtalte Fokus Bank-dommen.

105 Borgarting lagmannsretts dom 26. september 2007 (LB-2004-59978).

106 Jf. Høyesteretts gjengivelse av statens argumentasjon i Rt. 2000 s. 1332 P, på s. 1333.

107 Rt. 2000 s. 1332 P, på s. 1335. Avgjørelsen har en parallell i Rt. 1998 s. 1372 A (Nille), hvor staten forgjebes argumenterte for rett til å intervensere i sak som reiste spørsmål om bestemmelser i den norske videogramloven

var i strid med EØS-avtalen (dissens 3-2). Staten har i ettertid sikret seg møterett i slike tilfeller gjennom en ny bestemmelse i tvisteloven § 30-13, men kun for saker som behandles i Høyesterett.

108 Rt. 2000 s. 1811 P, hhv. på s. 1826 (flertallet) og på s. 1837 (mindretallet). Det kan selvsagt diskuteres hvor mye realitet som er igjen i det dualistiske prinsipp dersom man skulle legge mindretallets forståelse av presumsjonsprinsippet til grunn, men mindretallet fremhevet særskilt at saken reiste spørsmål om forståelse og anvendelse av norske fortolkningsregler: ”Det dreier seg ikke om å overføre lovgivningskompetanse til EØS-organene” (s. 1837).

109 Rt. 2005 s. 1365 P, avsnitt 52.

bedøvelse ved såkalt giettådit – en samisk sedvane – er beskyttet av ILO-konvensjon nr. 169 om urbefolkninger og stammefolk artikkel 8. Sakens EØS-rettslige dimensjon skyldes at det for Høyesterett var enighet om at den aktuelle slaktemetoden utvilsomt var i strid med direktiv 93/119/EF om vern av dyr på tidspunktet for slaktning eller avlaving, som er gjennomført i norsk rett ved dyrevernloven § 9. Dersom Høyesterett skulle komme til at slaktemetoden likevel var beskyttet av ILO-konvensjonen, ville det oppstått en prinsipielt sett meget interessant konflikt mellom Norges folkerettslige forpliktelser etter hhv. EØS-avtalen og ILO-konvensjonen. I dommen viste annenvoterende til at hensynet til samiske sedvaner har ”alminnelig internrettlig forankring i Grunnloven § 110 a” (avsnitt 48). Det kan diskuteres om grunnloven § 110a er av relevans for løsningsen av en eventuell konflikt mellom ILO-konvensjonen og EØS-avtalen, men henvisningene i dommen til EØS-regelens forrang etter EØS-loven § 2 trekker klart i motsatt retning.<sup>110</sup> For Høyesterett var det uansett ikke nødvendig å gå inn på spørsmålet da så vel flertall som mindretall fant slaktemetoden ikke var beskyttet av ILO-konvensjonen.

### 7.3. EØS-saker fra forvaltningsrettens område<sup>111</sup>

Hovedvekten av de ”store” EØS-retts sakene stammer fra forvaltningsrettens område, noe som er nokså naturlig tatt i betraktning de skranker EØS-avtalen legger på forvaltningens virksomhet. EØS-avtalens hovedregler om ”de fire friheter” har i første rekke offentlige myndigheter som adressater på pliktisiden. Det er dessuten først og fremst disse generelle og nokså vage hovedreglene som kan gi opphav til mer eller mindre uventete rettslige angrep på nasjonal regulering på områder som fremstår som politisk sensitive, noe som naturlig nok påkaller offentlighetens oppmerksomhet. I skyggen av de alt innledningsvis omtalte sakene om alkohol og pengespill finnes det imidlertid også en rekke mindre spektakulære EØS-relaterte saker på forvaltningsrettens område knyttet til alt fra utvisning av EØS-utlendinger<sup>112</sup> og EØS-rettslige skranker for Matilsynets innsats mot smittsomme laksesykdommer,<sup>113</sup> via spørsmål om EØS-baserte trygderettigheter,<sup>114</sup> EØS-reglene om godkjenning av lastebiler med tilhenger<sup>115</sup> og til skipsutstyrsdirektivets betydning for adgangen til å trekke tilbake sertifiseringer av en redningsvest<sup>116</sup> og EØS-rettslige skranker for statlig

inngripen mot villedende reklame.<sup>117</sup> I det følgende er det likevel naturlig å bruke mest tid på sakene knyttet til alkohol- og pengespillfeltet, men da særlig med tanke på å få frem hvordan disse sakene reiser flere mer generelle spørsmål knyttet til EØS-rettens betydning for norsk forvaltningsrett. Omtale av enkelte forvaltningsrettslige avgjørelser i saker som gjelder skatte- og avgiftsrett, offentlige anskaffelser, offentlig erstatningsansvar, registrering av varemerker og konkurranserett skytes ut til behandling i de etterfølgende punkt.

Felles for de ”store” EØS-sakene knyttet til ordningen med Vinmonopolet (Wilhelmsen, Gundersen), forbudet mot alkoholreklame (Ølreklamesaken, Vinforum) og reguleringen av pengespillfeltet (Kiddie Rides, Spilleautomatsaken, Ladbrokes) er at norske domstoler har måttet ta stilling til hvilke skranker som følger av EØS-avtalens hovedregler om ”de fire friheter”. Kort fortalt kan en restriksjon på grunnfrihetene bare rettferdiggjøres dersom den (i) har en målsetting som skal ivareta hensyn EØS-retten anerkjenner som legitime, er (ii) egnet til og (iii) nødvendig for å oppnå denne målsettingen og dessuten (iv) ikke representerer noe uforholdsmessig inngrep i frihetene.<sup>118</sup> At den norske reguleringen av alkohol- og pengespillfeltet innebærer restriksjoner på flere av grunnfrihetene er ikke tvilsomt, noe som fører til at norske domstoler i samtlige av disse sakene har måttet ta stilling til om den norske lovgivningen forfulgte legitime hensyn på en egnet, nødvendig og forholdsmessig måte. For norske domstoler, som tradisjonelt har vært nokså tilbakeholdne i sin prøving av lovers grunnlovsmessighet eller forvaltningens utøvelse av skjønsmessig kompetanse, er det neppe til å undres over om denne rollen som EØS-rettslige voktere av Stortinget i hvert fall til å begynne med fremstod som noe uvant.

En tidlig avgjørelse som kan underbygge en slik oppfatning, er kjennelsen i Rt. 1995 s. 1789 (Kiddie Rides-saken), hvor Høyesteretts kjæremålsutvalg nøyde seg med å vise til at forholdet mellom EØS-avtalen og en lovendring i lotteriloven som forbeholdt oppstilling av utbetalingsautomater for organisasjoner som ivaretok humanitære eller samfunnsnyttige formål, var ”grundig drøftet under forberedelsen av lotteriloven”. Lovgiver hadde konkludert med at det ikke ville oppstå motstrid og Kjæremålsutvalget bemerket kun at man ikke fant grunnlag for å tilsidesette lovgiverens vurdering (s. 1791). Det må tilføyes at saken gjaldt en begjæring om midlertidig forføyning mot staten, men uttalelsene gir likevel ikke akkurat inntrykk av en inngående etterprøving av Stortingets vurderinger.

Etter avgjørelsen i Rt. 1995 s. 1789 fortsatte hovedsaken for Oslo byrett, hvor endelig dom omsider falt 30. november 2001.<sup>119</sup> I dommen viste byretten til at Kjæremålsutvalget alt

110 Rt. 2008 s. 1789 A, avsnitt 23 og 42.

111 For en bredere fremstilling av EØS-rettens betydning for norsk forvaltningsrett kan det vises til Bjørnar Alterskjær og Niels Fenger, ”EØS-rettens betydning for norsk forvaltningsrett”, *Jussens Venner* 2006 s. 179-192; Hans Petter Graver, *Forvaltningsrett i markedsstaten*, Bergen 2002 (særlig kap. 3) og Helge Syrstad, ”EØS-avtalen og norsk forvaltningsrett – en oversikt”, *Jussens Venner* 2003 s. 345-359.

112 Jf. Rt. 2009 s. 705 A; Oslo tingretts dom 29. januar 2009 (TOSLO-2008-155642).

113 Jf. Borgarting lagmannsrett dom 16. november 2009 (LB-2009-36418) – Isqueen.

114 Jf. Borgarting lagmannsretts dommer 11. februar 2008 (LB-2006-118637) og 15. april 2002 (LB-2001-711).

115 Jf. Frostating lagmannsretts dom 25. juni 2010 (LF-2010-21736) – Wullum Amcar.

116 Jf. Borgarting lagmannsretts dom 17. oktober 2007 (LB-2005-172949) – Regatta-saken.

117 Jf. RG 1999 s. 1205 (Oslo) – TV Shop.

118 For en nærmere innføring, se Gjermund Mathisen, ”Om proporsjonalitet som skranke for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter”, *Jussens Venner* 2007, s. 80-92 (med videre henvisninger til rettspraksis og litteratur).

119 Sak 95-1629 A/20.



hadde vurdert de EØS-rettslige anførselene i kjennelsen fra 1995 og tilføyde at det ikke i ettertid var inntruffet noen endringer i rettskildet bildet til saksøkernes fordel. Byretten fant at det kun forelå grenseoverskridende element i forhold til en av saksøkerne, det utenlandsk eide selskapet Scandgames AS. Om forholdet til EØS-avtalen artikkel 31 uttalte byretten helt kort at dette selskapet var blitt behandlet på lik linje med de norske aktørene; det var i lotteriloven fastsatt samme regler for norske og utenlandske aktører, og etter byrettens oppfatning hadde Scandgames da ikke noe EØS-rettslig krav på særlig beskyttelse. Resultatet i saken er trolig riktig, men senere avgjørelser viser at norske domstoler i ettertid har erkjent at det ikke er grunnlag for å forstå EØS-avtalen artikkel 31 kun som et diskrimineringsforbud, jf. eksempelvis Rt. 2007 s. 1003 (Spilleautomatdommen).

En annen sak fra Høyesterett som etterlater inntrykk av liten vilje til å gå inn på en nærmere vurdering av forholdet til EØS-retten er dommen i Rt. 2000 s. 46 (ølreklame-saken). Høyesterett sluttet seg i dette tilfellet til Rusmiddeldirektoratets oppfatning av at draktreklame med sekundære forretningskjennetegn, som samtidig er varemerke for øl og mineralvann, ble rammet av forbudet mot alkoholreklame i alkoholloven. De to bryggeriene Hansa og Aass hevdet bl.a. at et reklameforbud som innbefattet bedriftsprofilering ville kunne være problematisk i forhold til EU/EØS-retten og viste i den forbindelse til at Stockholm tingsrett i en liknende svensk sak hadde besluttet å innhente en tolkningsuttalelse fra EU-domstolen. Til de EØS-rettslige anførselene bemerket Høyesterett kun at man ikke kunne se at draktreklamen reiste særlige spørsmål i forhold til EØS-retten som skulle tilsi en nærmere drøftelse (s. 52). EU-domstolens svar til Stockholm tingsrett (Gourmet-saken) og den etterfølgende Vinforum-saken i norske domstoler viser at Høyesterett nok tok litt for lett på EØS-retten i dette tilfellet (selv om dette neppe fikk noe å si for utfallet, jf. Rt. 2009 s. 839).

Senere saker som Rt. 2007 s. 1003 (Spilleautomatdommen) og Rt. 2009 s. 839 (Vinforum) viser at norske domstoler etter hvert har tilpasset seg strukturen i EU-domstolens og EFTA-domstolens vurdering av restriksjoner på de EU/EØS-rettslige grunnfrihetene.<sup>120</sup> Samtidig illustrerer disse to sakene to generelle problemstillinger knyttet til domstolens prøving i slike tilfeller av meget stor prinsipiell og praktisk betydning – spørsmålet om hvor inngående domstolene skal prøve om en restriksjon er nødvendig for å oppnå den av lovgiver angitte målsetning og spørsmålet om domstolene i tillegg skal prøve om restriksjonen uansett fremstår som et uforholdsmessig inngrep i grunnfrihetene. Betydningen av omfanget av domstolens prøving kan synliggjøres ved Spilleautomatsaken. Staten hevdet i dette tilfellet at et monopol ville være mer virkningsfullt enn et konsesjonsbasert automatmarked med private aktører som følge av bedre kontroll- og styringsmuligheter. Mot dette innvendte automatbransjen at statlige monopolordninger tvert i mot er

mindre egnet til å redusere spilleavhengighet fordi det oppstår en interessekonflikt på statens hånd: Staten skal både regulere/kontrollere og sørge for at automatene genererer inntekter til ulike samfunnsnyttige formål (som ellers fort vil måtte finansieres over statsbudsjettet). Umiddelbart synes vel begge standpunkter plausible. Dersom statene i slike tilfeller innrømmes en viss skjønnsmargin i vurderingen, ville dette derfor ofte bli utslagsgivende.

Med henblikk på nødvendighetskriteriet uttalte Høyesterett i Spilleautomatdommen at

”... dersom en restriksjon først er motivert av tvingende allmenne hensyn og dessuten er egnet til å ivareta disse hensyn, skal det mye til for at restriksjonen er uforholdsmessig ...”<sup>121</sup>

Høyesterett viste deretter utførlig til EFTA-domstolens dom i traktatbruddssaken som ESA hadde anlagt mot Norge i anledning spilleautomatmonopolet. Etter å ha påvist en ”iøynefallende likhet” mellom EFTA-domstolens syn på monopolets fortrinn og den argumentasjon som flertallet i Stortinget førte for samme standpunkt, trakk Høyesterett følgende parallell:

”Dette viser etter min mening at EFTA-domstolens moderate prøvingsintensitet i denne saken er i god harmoni med den norske tradisjon ved domstolsprøving av vurderinger av utpreget politisk karakter.”<sup>122</sup>

Det er vanskelig å være uenig med Høyesterett i at EFTA-domstolen synes å ha utvist en viss tilbakeholdenhet i prøvingen av automatmonopolet. Og når først EFTA-domstolen hadde innrømmet norske myndigheter en viss skjønnsmargin, var det liten grunn til at norske domstoler skulle foreta noen mer inngripende prøving – i realiteten ville jo det innebære en begrensning av lovgivers handlingsfrihet som går ut over hva som i den konkrete saken var EØS-rettslig påkrevd. Det er imidlertid mer usikkert om det er grunnlag for å tillegge Høyesteretts uttalelser om moderat prøvingsintensitet særlig betydning ut over den konkrete saken. EFTA-domstolens tilbakeholdenhet i spilleautomatsaken må trolig dels sees i sammenheng med de moralske, religiøse og kulturelle særegenheter som i følge EFTA-domstolen er forbundet med pengespill og dels med det særlige forhold at det monopolet som den skulle prøve nødvendigheten av, ennå ikke var trådt i kraft.<sup>123</sup> Høyesteretts generelle utsagn om at skal ”mye til” før en restriksjon som fremstår som egnet til å ivareta tvingende allmenne hensyn kan underkjennes som uforholdsmessig, savner støtte i rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen.<sup>124</sup>

121 Rt. 2007 s. 1003 A, avsnitt 91.

122 Rt. 2007 s. 1003 A, avsnitt 106.

123 Jf. EFTA-domstolens uttalelser i sak E-1/06, *ESA mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 7, hhv. avsnitt 29 og 51.

124 Jf. nærmere Fredriksen 2007 s. 298. Høyesterett knyttet riktignok uttalelsen til EFTA-domstolens dom i spilleautomatsaken, men det er vanskelig å forstå at denne henvisningen skulle kunne underbygge Høyesteretts oppfatning.

120 Om ikke fullt ut, så i hvert fall langt på vei, se nærmere Halvard Haukeland Fredriksen, ”Domstolens prøving av EØS-avtalens proporsjonalitetsgrunnsetning”, *Jussens Venner* 2007 s. 295-305 (på s. 297).

Særlig er det grunn til å være forsiktig med å generalisere den parallell Høyesterett trakk til "den norske tradisjon ved domstolsprøving av vurderinger av utpreget politisk karakter". EØS-avtalens målsetting om "like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler" på det felles EØS-marked (EØS-avtalens artikkel 1) forutsetter at de nasjonale domstolene i de ulike EU- og EFTA-statene anlegger en ensartet prøvingsintensitet. I et komparativt (europeisk) perspektiv er "den norske tradisjon ved domstolsprøving" kjennetegnet av tilbakeholdenhet – i hvert fall sammenlignet med land hvor kontrollen med forvaltning og lovgiver er lagt til særskilte forvaltnings- eller forfatningsdomstoler. Om norske domstoler skulle anlegge en tradisjonell norsk tilnærming, vil dette derfor i realiteten kunne gi norske myndigheter større frihet til å innføre restriksjoner på EØS-avtalens grunnleggende rettigheter enn våre EØS-partnere. En slik utvikling vil neppe bli sett på med blide øyne verken fra EFTAs overvåkningsorgan eller EFTA-domstolen.

Oppfatningen av at uttalelsene om nødvendighetsvurderingen i Spilleautomatdommen ikke uten videre er egnet for generalisering, støttes av at Høyesterett ikke gjentok dem i Rt. 2009 s. 839 (Vinforum). I denne dommen var det imidlertid først og fremst en annen side ved domstolenes prøving av restriksjoner på de fire friheter som stod i sentrum, nemlig spørsmålet om domstolene skal prøve om restriksjonen som fremstår som både egnet og nødvendig for å ivareta legitime forhold, likevel må underkjennes fordi den innebærer et uforholdsmessig inngrep i grunnfriheten ("forholdsmessighet i snever forstand"). Etter en utførlig drøftelse, hvor det bl.a. ble vist til praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen, samt flere henvisninger til juridisk litteratur, konkluderte Høyesterett med at det, i hvert fall i den aktuelle sak, "ikke skal foretas noen avveining av hva som ved totalforbudet kan oppnås i forhold til de alkoholpolitiske målsettinger og den indirekte virkning for handelen som følger av dette" (avsnitt 48).

Vinforum-dommen inneholder også en klargjøring av hva det innebærer at det er staten som har bevisbyrden for at en restriksjon er nødvendig, samt en interessant, og ikke minst viktig, påpekning av at domstolsprøvingen ikke kan være så konkret at det undergraver medlemsstatenes behov for å kunne oppstille generelle og praktikable regler.<sup>125</sup>

Inntrykket av at norske domstoler har tilpasset seg strukturen i EU-domstolens og EFTA-domstolens vurdering av restriksjoner på de EU/EØS-rettslige grunnfrihetene, bekreftes av Oslo tingretts avsluttende dom i Ladbrosesaken.<sup>126</sup> I denne saken var det ikke bare tvist om nødvendigheten av de restriksjonene på etableringsfriheten og den frie tjenesteflyten som Norsk Tipping og Norsk Rikstotos monopoler innebærer, det var også uenighet om monopolordningen overhodet forfulgte legitime formål. Av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i saken fremgikk det at bl.a. hensynet til å forebygge og bekjempe

spillavhengighet og forbrukervernhensyn er å anse som legitime formål, men derimot ikke hensynet til finansiering av veldedig eller allmenntilgitt virksomhet.<sup>127</sup> Slik finansiering får, ifølge EFTA-domstolen, ikke utgjøre "den virkelige begrunnelsen" for den restriktive politikken som føres, men "bare en gunstig sidevirkning". På denne bakgrunn fikk Oslo tingrett til oppgave å etterprøve hvilke hensyn lovgivningen på pengespillfeltet "virkelig tar sikte på å ivareta".<sup>128</sup> Noen nærmere veiledning knyttet til *hvordan* tingretten konkret skulle gå frem for finne ut om lovgiver i dette tilfellet hadde en skjult agenda, ble imidlertid ikke gitt. Tingretten for sin del tok utgangspunkt i de aktuelle lovenes formålsbestemmelser, lovforarbeider og andre stortingsdokumenter,<sup>129</sup> og konkluderte som følger:

"Ut fra en samlet vurdering av de aktuelle lover, formålsbestemmelser, lovforarbeider og stortingsdokumenter for øvrig er det etter rettens mening ikke tvilsomt at det dominerende hensyn bak innføringen av den statlige enerettsmodellen reelt sett er å beskytte landets borgere mot uheldige konsekvenser spill, ikke bare knyttet til spilleavhengighet, men også når det gjelder alminnelig forbrukervern. Retten finner videre godtgjort at andre hensyn har vært og er bl.a. mer effektiv kontroll av pengespillmarkedet, forebygge kriminalitet, og hindre privat fortjeneste på pengespillmarkedet. Retten har ved vurderingen også lagt vekt på vitneforklaringer særlig fra statsråd Giske, avdelingsdirektør Tesaker, direktør Hamar i Lotteritilsynet, tidligere styreleder Thue i Norsk Tipping."

Og videre:

"Etter bevisførselen finner retten godtgjort at statens mål ikke er å forfølge profitt, og som således ikke er et hovedhensyn, men at disponeringen av økonomisk overskudd til veldedig eller allmenntilgitt formål er en slik tilleggsfordel som er EØS-rettslig legitim."

Selv om staten fikk medhold, representerer dommen på dette punkt en etterprøving av lovgivers beveggrunner som knapt har noen parallell på noen andre rettsområder.<sup>130</sup>

Tingretten fulgte opp med en inngående vurdering av om monopolordningene var egnet til å ivareta de anførte hensyn, herunder om de inngikk som ledd i en sammenhengende og systematisk pengepolitikk som sikrer et høyt beskyttelsesnivå, samt om ordningene fremstod som nødvendige.

127 Sak E-3/06, *Ladbroses mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 85, avsnitt 44 og 46.

128 *ibid*, avsnitt 43, 49, 70 og 76.

129 Det kan selvsagt innvendes mot dette at i den grad domstolene skal avdekke om lovgiver "i virkeligheten" forfølger en skjult agenda, så er offisielle dokumenter som dette knapt stedet å lete. Også EU-domstolen og EFTA-domstolen synes imidlertid å akseptere at lovforarbeidene m.v. er relevante for å avdekke hvilke formål lovgivningen søker å realisere.

130 Riktignok vil domstolene også ved prøving av om en lov er forenlig med grunnloven eller eventuelt EMK måtte etterprøve lovgivers vurderinger, men knapt nok om lovgiver "i virkeligheten" forfølger en skjult agenda. Det nærmeste man kommer er domstolenes vurdering av om forvaltningen i en sak har tatt utenforliggende hensyn, men det er jo vesensforskjell på en slik kontroll av forvaltningen og en tilsvarende kontroll av lovgiver.

125 Rt. 2009 s. 839 A, avsnitt 49 flg.

126 Oslo tingretts dom 3. oktober 2008 (TOSLO-2004-91873).

Tilsvarende som Spilleautomatsaken og Vinforum-saken, endte Ladbrokes-saken med at staten ble frifunnet. Ladbrokes anket riktignok tingrettens dom til lagmannsretten, men anken ble trukket da det før forhandlingene i ankesaken kom en ny storkammeravgjørelse fra EU-domstolen som tilsa at domstolenes etterprøving av medlemsstatenes regulering av pengespillfeltet var mindre inngående enn EFTA-domstolen kan synes å ha forutsatt i sin uttalelse.<sup>131</sup>

Ut over de her omtalte sakene kan det videre være grunn til å påpeke at det også finnes eksempler på at norske domstoler har måttet vurdere om forvaltningsrettslige *saksbehandlingsregler* er (eller riktigere i konkrete saker: praktiseres) i overensstemmelse med EØS-rettslige føringer, jf. særlig sakene Fokus Bank og Gerevan Trading.

I Fokus Bank-saken ba Borgarting lagmannsrett om EFTA-domstolens vurdering av om det var forenlig med EØS-avtalen at norske ligningsmyndigheter bare forholdt seg til det utdelende selskap ved fastsetting og endring av kildeskatt, uten at de berørte (utenlandske) aksjonærene ble varslet. EFTA-domstolen besvarte dette benektende.<sup>132</sup> Ved sakens videre behandling i lagmannsretten aksepterte staten at det forelå saksbehandlingsfeil, men gjorde gjeldende at feilen ikke kunne ha virket inn på ligningsvedtakenes innhold, jf. prinsippet nedfelt i forvaltningsloven § 41. For lagmannsretten var det imidlertid ikke grunn til å gå inn på saksbehandlingsspørsmålene da retten fant at det ikke var hjemmel for å kreve Fokus bank for den kildeskatt som banken ble gjort ansvarlig for og som er innbetalt.

En sak hvor spørsmålet om saksbehandlingsreglenes forhold til EØS-retten derimot kom på spissen også for norske domstoler, er Stavanger tingretts dom 31. oktober 2007 i saken Gerevan Trading mot Sentralskattekontoret for utenlandssaker.<sup>133</sup> I kjølvannet av Fokus Bank-saken ble det innført en særskilt prosedyre som utenlandske aksjonærer må gjennom for å motta aksjeutbytte skattefritt. I Gerevan Trading-saken ble det gjort gjeldende at denne prosedyren var i strid med EØS-avtalen. Staten erkjente at saksbehandlingsprosedyren for utenlandske aksjonærer måtte anses som mindre gunstig enn den ordning som gjelder for norske aksjonærer, og at det da forelå en restriksjon på den frie kapitalflyten, jf. EØS-avtalen artikkel 40. I vurderingen av om restriksjonen var rettferdiggjort, påpekte tingretten innledningsvis at formålet med refusjonsordningen er å sikre en effektiv skattekontroll og -inndrivelse og at det ikke er tvilsomt at dette er et slikt tvingende samfunnsmessig hensyn som kan begrunne at det gjøres begrensninger i de grunnleggende friheter. Under henvisning til praksis fra EU-domstolen uttalte tingretten videre:

”Det må etter dette være klart at den saksbehandlingspros-

131 Sak C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional og Bwin International Ltd mot Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, Sml. 2009 s. I-7633.

132 Sak E-1/04 *Fokus Bank mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2004 s. 11, sluttningspunkt 2.

133 TSTAV-2006-167488.

edyre som ble innført for utenlandske aksjonærer i forbindelse med fritaksmodellen, ikke er i strid med EØS-avtalen såfremt det kan konstateres at den praktiseres konsekvent og uten forskjellsbehandling, samt at den ikke er mer inngripende enn nødvendig for å, med klarhet og presisjon, godtgjøre at de materielle vilkårene for skattefritak er oppfylt.”

Etter en utførlig og godt strukturert vurdering, hvor bl.a. en rekke avgjørelser fra EU-domstolen ble trukket inn, fant tingretten saksbehandlingsprosedyren for utenlandske aksjonærer rettferdiggjort som sådan.<sup>134</sup> Tingretten presiserte imidlertid at det videre måtte undersøkes om skattemyndighetenes praktisering av prosedyren i den konkrete saken var i samsvar med EØS-rettens krav:

”Når dette er sagt, vil retten likevel bemerke at det må være en forutsetning for at refusjonsordningen ikke skal anses uforholdsmessig, at staten legger til rette for en adekvat behandling av refusjonssøknadene. Dersom det etableres en ordning som i praksis innebærer at de som er berettiget til skattefritak, ikke får disponere over innbetalte midler over en lengre tidsperiode enn den saksbehandlingstid som kan forsvares ut fra søknadenes kompleksitet, vil ordningen måtte anses i strid med EØS-retten.”

Etter rettens oppfatning fremstod den aktuelle saksbehandlingstid på seks måneder i utgangspunktet som ”noe i overkant av hva som er akseptabelt for helt kurante søknader”, men den ble likevel funnet akseptabel under henvisning til de særlige utfordringer som den noe hastige innføringen av de nye reglene og EØS-utvidelsen med ti nye medlemsstater medførte i tiden etter 2004.

Et eksempel fra Høyesteretts praksis er Rt. 2009 s. 661 (Husebyskogen), men denne saken gjaldt som nevnt strengt tatt et tiltak som faller utenfor EØS-reglene om konsekvensutredning. Høyesterett gjorde imidlertid ikke noe poeng av dette, noe som indikerer at retten mener at løsningen ville blitt den samme selv om direktivene kom til anvendelse. Høyesterett kom til at den manglende konsekvensutredningen ikke kunne ha virket bestemmende for kommunens omreguleringsvedtak og at det dermed ikke var grunnlag for ugyldighet, jf. forvaltningsloven § 41. Det var anført at EØS-retten tilsier at det stilles høye krav før det legges til grunn at en feil ikke kan ha virket inn, men Høyesterett uttalte at ikke man ikke hadde funnet holdepunkter i det underliggende EØS-rettslige materialet som gav ”bindende føringer” for følgene av manglende konsekvensutredning (avsnitt 71).<sup>135</sup>

134 Interessant nok nøyde ikke tingretten seg med å vurdere om restriksjonen var egnet og nødvendig, i dette tilfellet ble det også vurdert om restriksjonen var ”for inngripende ut fra rene forholdsmessighetsbetraktninger”. Om dette uttalte tingretten bl.a. at ”[k]ravene til dokumentasjon er ikke av en slik karakter at det fremstår som byrdefullt for skatteyteren å fremskaffe slike opplysninger som skal til før skattefritak kan innvilges.” Det er grunn til å påpeke at dommen ble avsagt før Høyesteretts uttalelser om domstolsprøvingens omfang i Rt. 2009 s. 839 A (Vinforum).

135 Se noe tvilende til dette Hans Chr. Bugge og Inge Lorange Backer, ”Forsømt konsekvensutredning av alternativer – Høyesteretts dom i Rt. 2009 s. 661 om den amerikanske ambassade i Husebyskogen”, *Lov og Rett* 2010 s. 115-127: ”Hvis mangelen på konsekvensutredning hadde vært i

Helt avslutningsvis kan det kort nevnes en EØS-rettslig problemstilling på forvaltningsrettens område som norske domstoler, kanskje noe overraskende, ennå ikke synes konfrontert med – nemlig EØS-rettens begrensninger for medlemsstatenes mulighet til å overlate forvaltningen et tilsynelatende helt fritt skjønn.<sup>136</sup> Et mye omtalt eksempel fra EU-domstolens praksis er den danske Festersen-saken, hvor EU-domstolen slo fast at danske forvaltningsmyndigheters kompetanse til å dispensere fra boplikten på jordbruksseiendommer i ”ganske særlige tilfælde” ikke gjorde det mulig for potensielle kjøpere å finne ut ”hvilke spesifikke og objektive situationer der gives eller nægtes dispensation fra bopælsplikten. En sådan ubestemthet gør det ikke muligt for borgerne at kende omfanget af deres rettigheder og deres forpligtelser i henhold til artikel 56 EF, hvorfor en sådan ordning må anses for at være i strid med rettsikkerhedsprinsippet” (avsnitt 43).<sup>137</sup> Som påpekt av Hans Petter Graver vil EØS-retten på dette punkt kunne få ”vidtrekkende konsekvenser” for det norske systemet med reguleringslovgivning som stiller krav vom godkjennelse eller tillatelser og overlater til forvaltningens skjønn å vurdere den enkelte sak.<sup>138</sup> I kjølvannet av Festersen-saken har det vært reist en rekke saker hvor det er gjort gjeldende at norske regler om konsesjon for erverv av visse typer fast eiendom er i strid med EØS-avtalen artikkel 40 om fri kapitalflyt, men foreløpig har norske domstoler kunnet nøye seg med å vise til at ingen av disse sakene synes å ha noe grenseoverskridende element som kan bringe EØS-avtalen til anvendelse. Det er likevel ganske sikkert kun et spørsmål om tid før også norske domstoler må ta stilling både til EØS-rettens forhold til norske regler om boplikt, konsesjonsvilkår m.v. og, mer generelt, til det EØS-rettslige rettsikkerhetsprinsippets føringer for utformingen av norsk reguleringslovgivning.

Eksempler på saker hvor det har vært anført at de norske reglene om boplikt eller andre konsesjonsvilkår er i strid med EØS-avtalen, gjerne under uttrykkelig henvisning til den ovenfor omtalte Festersen-saken, er Gulating lagmannsretts dom 3. september 2010 (LG-2009-200923), Oslo tingretts dom 31. mai 2010 (TOSLO-2009-191453), Gjøvik tingretts dom 6. april 2010 (TGJOV-2009-33502), RG 2008 s. 358 (Borgarting) og Gulating lagmannsretts kjennelse 23. mars 2007 (LG-2006-164847). Ikke i noen av disse tilfellene var det imidlertid nødvendig for domstolene å ta stilling til spørsmålet. Det nærmeste man kommer er RG 2008 s. 358 (Borgarting), hvor det var spørsmål om boplikt etter odelsloven § 27 var ”i strid med EMK (sic) om fri kapitalbevegelse og rett til fritt og velge sitt bosted.” For lagmannsretten var det ikke nødvendig å ta stilling til dette da retten fant at boplikten var oppfylt i den aktuelle saken, men som et obiter dicta uttalte retten likevel at ”det avgjørende må være at loven praktiseres i overensstemmelse med formålet med boplikten slik det er kommet til ut-

trykk i motivene, og at praktiseringen av kravet ikke overstiger det som er nødvendig for å oppnå formålet, jf EU-Domstolen i sak C-370/05 (Festersen)”.

#### 7.4. EØS-saker fra strafferettens område<sup>139</sup>

Som påpekt ovenfor foreligger det etter hvert en del EØS-relaterte avgjørelser også på strafferettens område. Felles for mange av dem er imidlertid at de ikke egentlig reiser særegne strafferettslige problemstillinger – i tilfeller hvor EØS-retten dukker opp i strafferettslig sammenheng er det oftest fordi tiltalte anfører at den norske lovbestemmelse som han har overtrådt, er i strid med Norges EØS-rettslige forpliktelser. Vurderingen av slike spørsmål er i utgangspunktet uavhengig av om saken de reises i er en straffesak eller en sivil sak. Vannscooter-sakene er illustrerende i så henseende – spørsmålet om det norske forbudet mot bruk av vannscootere er forenlig med EØS-avtalen artikkel 11 og småbåtdirektivet (94/25/EF) kunne like gjerne dukket opp i et sivilt søksmål anlagt av en importør eller forhandler av vannscootere. Et liknende eksempel er Rt. 2006 s. 1190, hvor en lege forgjeves gjorde gjeldende at legemiddellovens (straffesanksjonerte) krav om sertifikat for hver enkelt innførsel av et narkotisk stoff er i strid med EØS-avtalen artikkel 11.

Et tidlig eksempel på en straffesak hvor slike EØS-rettslige innvendinger førte frem, er RG 1996 s. 913 (Indre Follo), hvor påtalemyndighetens begjæring om opprettholdelse av beslag av en del videokassetter ble avvist av forhørsretten under henvisning til EFs utleiedirektiv. Innehaveren av en videoutleie var siktet for overtredelse av åndsverksloven under henvisning til at han leide ut filmer produsert av Warner Home Videos morselskap som han dels hadde kjøpt fra norske og dels fra en svensk videoforhandler. Forhørsretten viste bl.a. reproduksjonsretten nedfelt i direktivets artikkel 7, samt at spredningsretten i henhold til direktivets artikkel 9 (2) skal anses konsumert for eksemplar av film som med rettighetshavers samtykke er solgt innenfor EØS-området.

Av større genuin strafferettslig interesse er RG 2003 s. 1268 (Borgarting), hvor det var spørsmål om straffansvar for internettleverandør for ulovlig pornografisk materiale på nettserver som ble tilgjengeliggjort for nettkundene gjennom nyhetsgrupper. Teleselskapet anførte at det etter direktivet om elektronisk handel (2000/31/EF) ikke var anledning til å pålegge nettleverandørene noe alminnelig aktsomhets- eller kontrollansvar. Direktivet om elektronisk handel skulle vært gjennomført innen 17. januar 2002, men Norge hadde ikke overholdt denne fristen. Manglende gjennomføring er imidlertid uten betydning i strafferettslig sammenheng, jf. straffeloven § 1 annet ledd som slår fast at straffelovgivningen i Norge med gjelder med ”de begrensninger som følger av overenskomst med fremmed stat eller av folkeretten for øvrig”. Spørsmålet var derfor om e-handelsdirektivet innebærer begrensninger i adgangen til å belegge elektronisk

strid med EØS-retten, kan det være at EØS-retten hadde stilt krav om at vedtaket måtte bli ugyldig – uten noen nærmere konkret vurdering i tråd med fvl. § 41” (s. 124).

136 Se nærmere Graver 2002 s. 84-86.

137 Sak C-370/05, *Straffesag mod Uwe Kay Festersen*, Sml. 2007 s. I-1129, avsnitt 43.

138 Graver 2002 s. 86.

139 For en bredere fremstilling av EØS-rettens betydning for norsk strafferett kan det vises til Gjermund Mathisen, ”Strafferetten og EØS: Ingen grunn til frifinnelse?”, *Jussens Venner* 2009 s. 238-253.

utbredelse av pornografisk materiale med straff. Teleselskapet ble domfelt i tingretten.<sup>140</sup> Kort tid før ankeforhandlingene i lagmannsretten opplyste imidlertid Økokrim at påtalemyndigheten ville påstå frifinnelse som følge av at Justisdepartementet var av den oppfatning at det etter direktivet kreves forsett for å kunne straffe en tjenesteyter som lagrer ulovlig informasjon. Lagmannsretten bemerket at den for sitt vedkommende "under tvil" var kommet til at direktivet, sammenholdt med straffeloven § 1 annet ledd, medførte at bare den rene forsettshandling kunne belegges med straff i et tilfelle som det foreliggende. Under henvisning til at aktor i denne konkrete sak og under disse spesielle omstendigheter har nedlagt påstand om frifinnelse, lot imidlertid retten den nærmere drøftelse av dette spørsmål ligge. Saken er uansett et interessant eksempel både på ikke-gjennomførte direktivers "direkte virkning" i strafferettslig sammenheng og EØS-rettslig innflytelse på hvilke strafferettslige skyldkrav som kan gjøres gjeldende.

En annen straffesak som også har en side til e-handelsdirektivet er RG 2005 s. 1627 (Oslo). Tingretten kom til at tiltaltes drift av fildelingstjenester for musikk krenket opphavsretten, utøvende kunstners rettigheter og fonogramproducenters enerett. Tingretten fant at ansvarsfritak etter e-handelsloven og EUs e-handelsdirektivet kom ikke til anvendelse. Tiltalte hadde opptrådt forsettelig og tingretten viste i den forbindelse til avsnitt 44 i direktivets fortale hvor det fremgår at "en tjenesteyter som bevisst samarbeider med en mottaker av sine tjenester i den hensikt å begå ulovlige handlinger, går utover grensen for ren formidling eller mellomlagring, og omfattes derfor ikke av de former for ansvarsfritak som er fastsatt for denne type virksomhet".

Fra Høyesteretts praksis kan det være grunn til å nevne straffesaken i Rt. 2008 s. 1201 (Lemminkäinen), hvor det var spørsmål om et utenlandsk selskap som hadde kjøpt vegentrepenøravdelingen til et norsk selskap, var det riktige ansvarssubjektet for et tidligere brudd på konkurranseloven så lenge det selgende selskap ikke hadde opphørt som foretak. Dette spørsmålet kan hevdes å ha en EØS-rettslig side fordi det neppe er uproblematisk om de norske reglene om foretaksstraff fortolkes slik at de gjør et foretak til ansvarssubjekt for forhold som det etter EØS-retten må anses å være uten ansvar for.<sup>141</sup> Uten å gå inn på spørsmålet om eventuelle EØS-rettslige forpliktelser, uttalte Høyesterett at "[p]raksis i konkurransesaker etter EØS- og EU-retten vil ... ha interesse for vurderingane etter straffelova § 48a" (avsnitt 22). I samsvar med EU-domstolens tilnærming ble det deretter lagt til grunn at det kun er aktuelt med foretaksstraff mot det overtaende selskap dersom det selgende selskapet har opphørt å eksistere.

140 Oslo tingretts dom 5. juni 2002 (TOSLO-2001-5479). Etter en utførlig tolkning av direktivet fant tingretten at det knesetter et prinsipp og utgangspunkt om ansvarsfrihet for tjenesteyterne, men at døren likevel er holdt åpen for blant annet et begrenset aktsomhetsansvar i forbindelse med lagring av materiale ("hosting"). Tingretten foretok deretter en inngående vurdering av om straffansvar for nettleverandøren i det konkrete tilfellet var forenlig med direktivet, noe som til sist ble besvart bekreftende.

141 Jf. Mathisen 2009 s. 243.

Nevnes bør også den alt ovenfor omtalte Rt. 2008 s. 1789 A (Giettådit-dommen), hvor det ble idømt bøtestraff for overtrødelse av dyrevernsloven, jf. direktiv 93/119/EF om vern av dyr på tidspunktet for slaktning eller avlving. Henvisningene i dommen til EØS-regelens forrang etter EØS-loven § 2 (avsnitt 23 og 42) indikerer nærmest at Høyesterett anser det som EØS-rettslig påkrevd å kunne reagere mot overtrødelse av direktivet med straff.

Spørsmålet om EØS-retten i visse tilfeller kan innebære forpliktelser til å kriminalisere visse handlinger, og eventuelt også legger føringer for strafferammer og straffutmåling, er sensitivt og omstridt.<sup>142</sup> Problemstillingene har ikke kommet på spissen for norske domstoler og det kan neppe legges for mye i de nevnte uttalelsene i Giettådit-dommen. Klart er det imidlertid at EØS-retten stiller et generelt krav til at sanksjoner mot overtrødelse av EØS-regler skal være *adekvate, proporsjonale og avskrekkende*.<sup>143</sup> I tilfeller hvor Norge har valgt å etterkomme dette kravet ved strafferettslige virkemidler, vil de generelle EØS-rettslige føringene komme til anvendelse. I praksis synes dette særlig aktuelt for EØS-rettens bestemmelser om kjøre- og hviletid for yrkessjåfører,<sup>144</sup> men det finnes også andre eksempler på straffesaker som gjelder sanksjonering av overtrødelse av gjennomførte EØS-forpliktelser.<sup>145</sup>

De fellende avgjørelsene i Rt. 1999 s. 393 og Borgarting lagmannsrett kjennelse 15. februar 2007 i sak LB-2006-175412 er begge eksempler på straffesaker hvor tolkningen av EØS-reglene om kjøre- og hviletid bød på visse utfordringer, men hvor påtalemyndighetens rettsoppfatning fikk gjennomslag.<sup>146</sup> Med tanke på effektiv sanksjonering av brudd på EØS-reglene er det imidlertid to frifinnende straffedommer som i denne sammenheng fortjener noe nærmere omtalte.

I RG 2002 s. 943 (Borgarting) var det spørsmål om overtrødelse av EØS-reglene om kjøre- og hviletid og bruk av fartsskriver m.m. Etter regelverket er man pliktig til å bruke fartsskriver i kjøretøy som har en totalvekt på mer enn 3.500 kg, og som benyttes til person og godstransport på vei

142 En kortfattet introduksjon til problemkomplekset gis av Gjermund Mathisen, "Internasjonalisering av norsk strafferett", *Tidsskrift for Strafferett* 2006 s. 3-6.

143 Jf. bl.a. Erik Monsen, "EF-domstolens innvirkning på norsk erstatningsrett", *Tidsskrift for Erstatningsrett* 2006 s. 238-258 (på s. 242 fig.).

144 Jf. Rt. 1999 s. 393 A; RG 2002 s. 943 (Borgarting); Borgarting lagmannsretts kjennelse 15. februar 2007 (LB-2006-175412); Agder lagmannsretts kjennelse 13. april 2000 (LA-2000-314); Frostating lagmannsretts dom 3. desember 1999 (LF-1999-808) og Eidsivating lagmannsretts dom 20. juni 1997 (LE-1997-233).

145 Jf. for eksempel RG 2005 s. 1555 (Frostating), vedrørende EØS-avtalens krav til opprinnelsesmerking av fisk; Eidsivating lagmannsretts dom 9. desember 2004 (LE-2004-5411), vedrørende uautorisert håndtering av kjøtt i strid med forordning 1760/2000 og Frostating lagmannsretts dom 19. april 2004 (LF-2003-6633), som gjaldt overtrødelse av forordning 259/93 om grensekryssende transport av avfall.

146 I Rt. 1999 s. 393 A la Høyesterett til grunn at starttidspunktet for hvileperioden var det tidspunkt da sjåføren hentet bilen på verksted og ikke fra det tidspunkt da selve transportoppdraget ble påbegynt. I kjennelsen 15. februar 2007 i sak LB-2006-175412 la Borgarting lagmannsrett til grunn at tiltalte ikke kunne påberope seg det såkalte renovasjonsunntaket i forordning 3820/85 artikkel 4 nr. 6.

utenfor en radius på 50 kilometer fra det stedet kjøretøyet er hjemmehørende. Overtredelsen bestod i at tiltalte ikke hadde montert fartsskriver i bilen som ble benyttet utenfor en radius på 50 kilometer. Han ble domfelt i tingretten, men i lagmannsretten ble han frifunnet på grunn av unnskyldelig rettsvillfarelse. Lagmannsretten påpekte at da tiltalte kjøpte bilen og frem til han ble ilagt forelegget, fantes det ingen tilgjengelig informasjon om regelverket for kjøre- og hviletid og bruk av fartsskriver. Tiltalte arbeidet i forsikringsbransjen og hadde ingen tilknytning til transportbransjen. Han kunne derfor ikke forventes å ha tenkt på regelverket for transportvirksomheter. I følge lagmannsretten var dessuten regelverket uoversiktlig med flere krysshenvisninger fra lov til forskrift og til de to forordningene. Lagmannsretten la videre vekt på at Statens vegvesen først i juli 2001 hadde utgitt en håndbok med informasjon og bemerkninger til regelverket og i den stod det intet om de problemstillinger denne sak gjelder. Etter lagmannsrettens oppfatning måtte myndighetene sørge for å gi tilstrekkelig informasjon om at regelverket også omfatter kjøretøyer og transport av den type som denne sak gjelder.

På tilsvarende vis ble overtredelse av forskrift om grensekryssende transport av avfall, som gjennomfører forordning nr. 259/93 om overvåking og kontroll av avfallstransport innen, inn i og ut av Det europeiske fellesskap, latt straffri i Frostating lagmannsretts dom 19. april 2004 (LF-2003-6633). Etter forordningen skal den som eksporterer avfall på forhånd sende melding til forurensningsmyndigheten i avsender- og mottakerlandet. Eksportøren er etter forordningen forpliktet til å inngå kontrakt med mottakeren om at denne senest 180 dager etter mottak av avfallet fremskaffer bevis på at avfallet er blitt nyttiggjort på en miljømessig forsvarlig måte. Ifølge påtalemyndigheten hadde tiltalte utstedt en rekke erklæringer om gjenvinning mot bedre vitende og med kjennskap til at avfallet ikke var gjenvunnet, men derimot lagret. Det ble anført at SFT dermed ble ført bak lyset, likeså miljømyndighetene i eksportlandet (Italia). Lagmannsretten la imidlertid avgjørende vekt på at Statens Forurensningstilsyn var kjent med at avfallet var lagret i påvente av ferdigstilling av en planlagt produksjonsprosess, der avfallet skulle prosesseres. Selv om ordlyden i erklæringene isolert sett kunne oppfattes som en bekreftelse på at gjenvinningen allerede var gjennomført, måtte den standardiserte teksten i dette tilfellet sammenholdes med den realitet som både SFT og de tiltalte var vel fortrolig med. Erklæringene kunne derfor vanskelig betraktes som falske i forhold til SFT. Lagmannsretten reiste deretter spørsmål om erklæringen fremstod som falske i forhold til italienske forurensningsmyndigheter, men la til grunn at bedømmelsen av erklæringene i forhold til straffeloven § 166 måtte bli den samme også i forhold til utenlandske myndigheter. Noen egentlig begrunnelse for sistnevnte ble imidlertid ikke gitt.

Uten på noe vis å stille spørsmål ved frifinnelsene, så er det klart nok at det fra et EØS-rettslig perspektiv ikke er uproblematisk at hhv. uoversiktlig gjennomføring og manglende informasjon knyttet til kjøre- og hviletidsreglene og SFTs stilltiende aksept av brudd på EØS-reglene om grensekryss-

sende transport av avfall i disse to sakene ledet til at overtredelsene ikke kunne sanksjoneres. Fra et strafferettslig perspektiv må dette likevel være riktig – det kan ikke være slik at hensynet til effektiv sanksjonering av EØS-reglene leder til at terskelen for å bli hørt med unnskyldelig rettsvillfarelse eller andre straffritaksgrunner innskjerpes særskilt i EØS-relaterte saker. Det synes klart nok at norsk strafferetts alminnelige regler om unnskyldelig rettsvillfarelse ikke er så lempelige at straffansvar ikke fremstår som en avskrekkende sanksjon. Det kan likevel være grunn til å minne om at det EØS-rettslige ekvivalenssprinsippet i denne sammenheng krever at norske straffedomstoler ikke anvender reglene om unnskyldelig rettsvillfarelse på et vis som gjør at det er lettere å slippe unna brudd på EØS-regler enn på andre straffe-sanksjonerte regler.

Helt avslutningsvis kan dommen i Rt. 2000 s. 1451 nevnes som et eksempel på at EØS-retten også vil kunne få betydning for spørsmålet om det skal reageres med foretaksstraff og i den forbindelse også i straffutmålingssammenheng. I dommen ble et enkeltpersonforetak som drev lastebiltransport ilagt bot for brudd på reglene om bl.a. kjøretid, ukehvile, døgnhvile og ferdselsdiagram. For Høyesterett gjaldt saken spørsmålet om det kunne reageres overfor foretaket i form av foretaksstraff og i den forbindelse ble det trukket inn at "rådsforordning 3820/85 artikkel 15 nettopp rettar seg mot manglande organisering og oppfølging frå foretaket" (s. 1453). I lagmannsretten var boten satt til kr. 150.000 og påtalemyndighetens anførsel om harmonisering med utmålingspraksis i andre europeiske land avvist. Høyesterett på sin side viste imidlertid til at det i "dei innleieande merknadene i rådsforordning nr. 3820/85 er det vist til at føremålet med føresegnene er «å harmonisere konkurransevilkårene mellom de ulike former for landtransport, særlig innen veittransport, samt å forbedre arbeidsforholdene og trafikksikkerheten». Eg tek utgangspunkt i dette, samstundes som eg understrekar at etter mitt syn må omsynet til trafikksikkerheiken vere sentralt" (s. 1454). Boten ble deretter skjerpet til kr. 250.000,-.

## 7.5. EØS-saker fra skatte- og avgiftsrettens område<sup>147</sup>

Skatte- og avgiftsretten er et område som nok opprinnelig ble antatt å falle helt og fullt utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde. Det viste seg imidlertid etter hvert at det forhold at skatteretten som sådan ikke er omfattet av EØS-avtalen, ikke hindrer at avtalens grunnleggende regler om statsstøtte og fri bevegelse av varer, personer, tjenester og kapital legger de samme begrensninger på EFTA-statenes beskatningskompetanse som de likelydende bestemmelsene i EU-retten.<sup>148</sup> EFTA-domstolen avklarte dette i 1999 i trak-

<sup>147</sup> For en bredere fremstilling av EØS-rettens betydning for norsk strafferett kan det vises til Andreas Bullen, *EU, EØS og skatt*, Oslo 2005 og Frederik Zimmer, *Internasjonal inntektsskatterett*, 4. utg., Oslo 2009.

<sup>148</sup> Det er ikke uten interesse i denne sammenheng at en av EFTA-domstolens medlemmer, Carl Baudenbacher, har betegnet EØS-rettens føringer for skatteretten som utslag av dynamisk rettspraksis, jf. Carl Baudenbacher, "Zur Auslegung des EWR-Rechts durch den EFTA-Gerichtshof", i: Gerda Müller, Eilert Osterloh og Torsten Stein, *Festschrift für Günter Hirsch*, München 2008, s. 27-50 (på s. 30).

tatbruddssaken som ESA hadde anlagt mot Norge i anledning ordningen med differensiert arbeidsgiveravgift. For EFTA-domstolen anførte norske myndigheter at ordningen med differensiert arbeidsgiveravgift ikke var å anse som statsstøtte fordi EØS-avtalen ikke tar sikte på skatterettslige harmonisering.<sup>149</sup> Ettersom EU-domstolen tidligere hadde lagt til grunn at en støtteordnings skatterettslige karakter ikke er til hinder for å anse den som statsstøtte i henhold til Roma-traktaten artikkel 87, argumenterte man i realiteten for at den likelydende bestemmelsen i EØS-avtalen artikkel 61 måtte tolkes innskrenkende som en følge av forskjeller i bestemmelsenes kontekst. EFTA-domstolen avviste imidlertid dette.<sup>150</sup>

Med tanke på *norske* EØS-avgjørelser på skatterettens område er det utvilsomt den ovenfor omtalte Fokus Bankdommen inntatt i RG 2005 s. 1542 (Frostating) som har fått mest oppmerksomhet. Saken ble imidlertid i praksis avgjort av EFTA-domstolen, som besvarte lagmannsrettens spørsmål om tolkningen av EØS-avtalen artikkel 40 slikt at det i realiteten var klart at de norske reglene, som bare gav godtgjørelse for kildeskatt utlignet norske aksjonærer, var i strid med EØS-retten. For lagmannsretten aksepterte staten EFTA-domstolens tolkning, slik at saken for lagmannsretten deretter kom til å handle om "konstitusjonelle hensyn" og "Stortingets forutsetninger" tilsa at norsk skatterett likevel måtte gå foran Norges EØS-rettslige forpliktelser, jf. ovenfor under punkt 7.2. Heller ikke tingrettens dom i Fokus Bank-saken er noe eksempel på en norsk domstols selvstendige vurdering av EØS-rettens innflytelse på norsk skatterett – EØS-anførsle ble først gjort gjeldende for lagmannsretten.

Det er derfor en annen avgjørelse som fortjener særlig oppmerksomhet på skatterettens område – Oslo tingretts dom 14. november 2003 i Nordea Bank-saken.<sup>151</sup> Saken reiste tilsvarende problemstillinger knyttet til forholdet mellom EØS-avtaen artikkel 40 om fri bevegelighet av kapital og de daværende norske kildeskattreglene som dem som senere ble forelagt EFTA-domstolen i Fokus Bank-saken. Etter å ha påpekt, som riktig var på det daværende tidspunkt, at spørsmålet ikke var avgjort av EU-domstolen eller EFTA-domstolen, uttalte tingretten følgende:

"I utgangspunktet omfattes ikke medlemslands skattesystemer av EØS-avtalens anvendelsesområde. EFTA-domstolen har imidlertid i sak E-6/98 lagt til grunn at et skattesystem kan ha virkninger som bringer det inn under avtalens anvendelsesområde. Etter rettens syn har det norske kildebeskatningssystemet slik virkning for skatteyderne at det faller inn under EØS-avtalens anvendelsesområde. Det vises til at reglene fører til at norske og utenlandske aksjonærer behandles forskjellig med henhold til aksjeinvesteringer. Det vil etter rettens syn lett kunne føre til en uthuling av traktatens anvendelsesområde, dersom slike utslag ikke rammes under henvisning til at

149 Se gjengivelsen av den norske regjeringens argumentasjon i sak E-6/98, *Norge mot ESA ("differensiert arbeidsgiveravgift")*, EFTA Ct. Rep. 1999 s. 74, avsnitt 26.

150 Ibid, avsnitt 34.

151 TOSLO-2002-8443.

reglene er en del av Norges skattesystem."

Etter å ha funnet at godtgjøringsfradraget som bare ble innrømmet norske aksjonærer innebar en indirekte forskjellsbehandling av utenlandske aksjonærer på grunnlag av nasjonalitet, fortsatte tingretten:

"Spørsmålet blir så om forskjellsbehandlingen fant sted på objektivt sammenlignbare situasjoner, jf. Schumacher-saken premiss 30. Kildeskatt medfører kun en begrenset skatteplikt til Norge. Det følger av rettspraksis at EF-domstolen har vært tilbakeholden med å legge til grunn at det foreligger sammenlignbare situasjoner; når skattyteren kun har begrenset skatteplikt. I utgangspunktet står hjemstaten da nærmest til å vurdere skattyters totale skatteevne og fradragrett.

Etter en konkret vurdering finner retten likevel at norske og utenlandske aksjonærer befinner seg i objektivt sammenlignbare situasjoner i forhold til kildeskatten. Det vises til at godtgjøringsfradraget ikke er knyttet til skattyters personrelaterede forhold, men er inntektsrelatert. Fradraget er vilkårløst knyttet til aksjeutbyttet, og retten kan således ikke se at utenlandske aksjonærer befinner seg i en objektivt annen situasjon enn hjemmehørende aksjonærer, som kan tjene som begrunnelse for forskjellsbehandlingen. Dette synspunktet støttes av premiss 42 i sak C-107/94, Asscher-saken, samt premiss 27 i Gerriste-saken."

Tingretten fulgte opp med å uttale at den ikke kunne se at den omstendighet at de utenlandske aksjonærene etter skatteavtaler med Tyskland og Storbritannia fikk fradrag for kildeskatten i hjemstatene, medførte at skattens diskriminerende element opphørte. Det forelå heller ingen tvingende allmenne hensyn som kunne berettiggje forskjellsbehandlingen – det var klart nok at formålet med kildeskatten var å beskytte det norske skattefundamentet og det fremgikk klart av EU-domstolens praksis at dette ikke er et formål som kan rettferdiggjøre restriksjoner på den frie kapitalflyten.

I betraktning av at tingrettens dom ble avsagt før EU-domstolens klargjørende dom i Manninen-saken og EFTA-domstolens oppfølging av denne i Fokus Bank-saken, så fremstår tingrettens dom i Nordea Bank-saken som en selvstendig og, i en viss forstand, modig dom.<sup>152</sup> EFTA-domstolen gav tingretten medhold på alle punkt i Fokus Bankdommen. Senere praksis fra EU-domstolen viser imidlertid at både tingretten og EFTA-domstolen gikk for langt når man avviste å ta eksistensen av skatteavtaler mellom Norge og aksjonærenes hjemstater med i betraktningen.<sup>153</sup> Et-

152 Selv om tingretten fant støtte for sitt standpunkt i Frederik Zimmer, *Internasjonal inntektskatterett*, 3. utgave, s. 273, hvor det ble antatt at EU-domstolen i den da verserende Manninen-saken vil komme til at de tilsvarende finske reglene om kildeskatt var traktatstridige.

153 Jf. bl.a. sakene C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation mot Commissioners of Inland Revenue*, Sml. 2006 s. I-11673 og sak C-170/05, *Denkavit Internationaal BV og Denkavit France SARL mot Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, Sml. 2006 s. I-11949. I sitt forslag til avgjørelse i *ACT Group Litigation* tok generaladvokat Geelhoed uttrykkelig avstand fra EFTA-domstolens løsning i *Fokus Bank*, og påpekte at "[m]anglende hensyntagen til virkningerne af en dobbeltbeskatnings-

tersom Nordea Bank-saken handlet om kildeskatt ilignet aksjonærer hjemmehørende i to EU-stater som Norge har slike skatteavtaler med (Storbritannia og Tyskland), så kan det i ettertid fastslås at tingretten i dette tilfellet gikk lenger enn EØS-rettslig påkrevd.

Den neste store skattesaken etter Fokus Bank og Nordea Bank var søksmålet Seabrokers anla mot staten i 2005. Under henvisning til EØS-avtalen artikkel 4, 31, 34 og 40 ble det gjort gjeldende at de norske reglene om beregning av kreditfradrag ved ligning av et selskap med filial i en annen EØS-stat var i strid med EØS-avtalens bestemmelser om ikke-diskriminering og grunnfrihetene. På forespørsel fra Stavanger tingrett slo EFTA-domstolen fast at regler som de norske var i strid med etableringsfriheten nedfelt i EØS-avtalen artikkel 31.<sup>154</sup> Staten aksepterte EFTA-domstolens fortolkning, noe som ledet til at saken for Stavanger tingrett deretter ble hevet som forlikt.

Det er i seg selv en interessant observasjon at Høyesterett ikke fikk mulighet til å gi uttrykk for sitt syn på EØS-rettens innvirkning på norsk skatterett i noen av de hittil omtalte sakene – underinstansenes mulighet for å legge tolknings spørsmål frem for EFTA-domstolen ledet både i Fokus Bank og Seabrokers til at sakene i realiteten ble avgjort i Luxembourg. Et eksempel på en EØS-relatert skattesak i Høyesterett er imidlertid Rt. 2006 s. 404 (Invensys). Denne saken gjaldt gyldigheten av endringsvedtak om skatteplikten til et dansk selskap med fast driftssted i Norge. Som ny anførsel for Høyesterett ble det subsidiært gjort gjeldende at beskatning av selskapets driftssted i Norge var i strid med EØS-avtalen artikkel 31 om fri etableringsrett: Hvis Invensys i stedet for å opprette et fast driftssted hadde opprettet et datterselskap i Norge med de samme oppgavene, og leveransene var blitt avtalt direkte mellom kundene og det danske hovedkontoret, ville de aktuelle leveransene ikke utløst skatteplikt. Under henvisning til EU-domstolens praksis ble det gjort gjeldende at utenlandske selskap skal stilles fritt med hensyn til valg mellom å etablere datterselskap eller filial, og at skattereglene heller ikke skal påvirke valget mellom datterselskap og fast driftssted. Høyesterett, som påpekte at de EØS-rettslige spørsmål "ikke var særlig utdypende prosedert", avviste imidlertid dette:

"Det klare utgangspunkt er at EU/EØS-statene har bevart kompetansen til å fordele beskatningskompetansen seg imellom, jf. Andreas Bullen, EU, EØS og skatt, De fire friheter og direkte beskatning side 159, med henvisning til EF-domstolens avgjørelse i sak C-336/96 (Gilly). Og selv om nasjonale skatteregler i enkelte tilfelle er blitt underkjent av EF-domstolen, forutsetter dette at det foreligger en diskriminering på grunnlag av nasjonalitet. Jeg viser til Sejersted mfl., EØS-rett, 2. utgave, side 416. På side 417 vises det til at en slik diskrimineringsvurdering forutsetter at det foreligger to sammenlign-

bare situasjoner. Det er vanskelig å se at det at Invensys under visse forutsetninger kunne ha unngått norsk beskatning ved å opprette et datterselskap i Norge fremfor et fast driftssted, utgjør en sammenlignbar situasjon. En slik etablering ville etablere et helt annet skatteregime med andre konsekvenser, jf. Sejersted mfl. side 419."<sup>155</sup>

Høyesteretts lille ansvarsfraskrivelse knyttet til mangelfull prosedyre kan i dette tilfellet synes å ha vært på sin plass – EU-domstolens praksis viser at det at en skattyter som har fast driftssted i en stat, er hjemmehørende i en annen EØS-stat, ikke i seg selv er tilstrekkelig grunnlag for å ha mindre gunstige skatteregler for driftsstedet enn for hjemmehørende skattytere. Det er derfor, som påpekt av Frederik Zimmer, ikke lett å forene Høyesterett standpunkt i denne dommen med EU-domstolens praksis.<sup>156</sup>

Et ytterligere eksempel på EØS-rettens betydning på skatte- og avgiftsrettens område gir Rt. 2007 s. 140 (Debito). Saken reiste spørsmål om gyldigheten av Skattedirektoratets vedtak om å nekte fellesregistrering i merverdiavgiftsmanntallet av en virksomhets sammenslutning hvor to utenlandske selskap inngikk. Høyesterett kom til at de utenlandske datterselskapene ikke tilfredstilte kravet til virksomhet i Norge, jf. merverdiavgiftsloven § 12 tredje ledd. For Høyesterett var det imidlertid gjort gjeldende at kravet om virksomhet i Norge var i strid med EØS-avtalen artikkel 31 og 36, jf. artikkel 4. Det var anført at utenlandske datterselskap diskrimineres både i forhold til et norsk datterselskap som kan inngå i gruppe som fellesregistreres og i forhold til en utenlandsk filial av mottakerselskapet. Til de EØS-rettslige anførselene innledet Høyesterett som følger:

"Jeg finner innledningsvis grunn til å si noe generelt om hvordan konkurransesituasjonen påvirkes ved at et utenlandsk selskap uten virksomhet i Norge, ekskluderes fra fellesregistrering. Utgangspunktet er at norske og utenlandske selskaper behandles likt. Det beregnes merverdiavgift med samme sats ved innenlands omsetning og ved tjenester fra utlandet. De utenlandske selskapene kan også fritt etablere seg i Norge ved et datterselskap, som yter tjenester til det norske marked eller, om det skulle være ønskelig, bare til sitt morselskap. Den påståtte diskriminering denne saken gjelder, er begrenset til leveranser til eget morselskap. Videre er saken begrenset til den avgiftsmessige konsekvens av den organisering konsernet selv har valgt. Ved bruk av en filial i utlandet ville tjenestene fra utlandet ikke bli ansett som omsetning, og spørsmålet om merverdiavgiftproblestillingen ikke oppstå. Allerede disse utgangspunkter gir grunnlag for en viss tilbakeholdenhet med å anse ordningen diskriminerende for det utenlandske selskap."<sup>157</sup>

Høyesterett fulgte opp med å vise til at EUs sjette avgiftsdirektiv (77/388) bare forutsetter at selskaper som er etablert i landet, kan delta i fellesregistrering og at ikke noen av

overenskomst i en konkret situation vil [...] svare til at ignorere de økonomiske realiteter bag den pågældende skattepligtige persons aktiviteter og incitamenter i en grænseoverskridende sammenhæng" (avsnitt 71, note 83). 154 Sak E-7/07, *Seabrokers mot Staten ved Skattedirektoratet*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 171.

155 Rt. 2006 s. 404 A, avsnitt 51.

156 Slik Zimmer 2009 s. 277 (med videre henvisninger).

157 Rt. 2007 s. 140 A, avsnitt 44.



ni land innen EU som var nærmere undersøkt, aksepterer fellesregistrering med selskaper som ikke har virksomhet i registreringslandet. Med henblikk på EØS-avtalen artikkel 31 og 36 uttalte Høyesterett at det var et vilkår for brudd på EØS-avtalen at ensartede situasjoner behandles ulikt uten at dette kan gis en saklig begrunnelse. I forhold til utenlandske datterselskaper ble dette avvist under henvisning til EUs sjette avgiftsdirektiv, mens det i forhold til filialer ble vist til de ovenfor gjengitte (og kritiserte) uttalelsene i Rt. 2006 s. 404 (Invensys).

Nevnes kan også Borgarting lagmannsrett dom 20. januar 2009 i Stolt Nielsen-saken (LB-2008-4122). Skattyter fikk i dette tilfellet ikke medhold i at han skattemessig hadde emigrert fra Norge, verken i medhold av skatteloven § 2-1 eller skatteavtalen mellom Norge og Storbritannia. Det ble bl.a. gjort gjeldende at EØS-avtalen tilsa at han hadde skattemessig bosted i Storbritannia. Lagmannsretten avviste dette ved å slutte seg til tingrettens vurdering: "Statene har etter EØS-avtalen stor grad av frihet med hensyn til utforming av de interne skatteregler. Andre stater i EØS-området har dessuten tilsvarende bestemmelser som Norge. Norske skatteregler medfører ingen forskjellsbehandling av borgere i EØS-statene. Retten er videre enig med staten i at skatteloven § 2-1 må ses i sammenheng med skatteavtalen med Storbritannia, som er bygget på OECDs mønsteravtale. Kjøp av boligeiendom i Norge medfører ikke nødvendigvis skatteplikt til Norge. Ved bosettelse i et annet land, eksempelvis Storbritannia, følger det av skatteavtalen artikkel 4 at skatteplikten til Norge bortfaller selv om boligen beholdes. I lovarbeidet til lovendringen som innførte oppgivelse av bolig som et absolutt vilkår for skattemessig emigrasjon er EØS-rettslige problemstillinger ikke berørt etter det retten er kjent med. Retten kan ikke se at skatteloven § 2-1 hindrer fri flyt av kapital eller personer og dermed er i strid med EØS-avtalen."

## 7.6. EØS-saker fra arbeidsrettens område

Arbeidsretten er et av de rettsområder som i størst utstrekning synes berørt av EØS-rettens inntog i norske domstoler. Dette skyldes primært det betydelige antall saker knyttet til EØS-reglene om vern av arbeidstakeres rettigheter ved virksomhetsoverdragelser, men etter hvert er det også kommet til viktige saker knyttet til diskrimineringsvern, boikottlovgivningen og de norske reglene om allmenngjøring av tariffavtaler. Det er dessuten ikke bare de ordinære domstoler som beskjeftiger seg med EØS-rett – i den meget omfattende KLP-saken var det Arbeidsretten som måtte ta stilling til om en rekke bestemmelser om tjenestepensjon for kommunalt ansatte i Hovedtariffavtalen for kommuner m.v. var i strid med EØS-rettens konkurranseregler.

Det faller utenfor rammene for denne studien å gå nærmere inn på denne eller andre EØS-relaterte saker fra Arbeidsretten, men det bør nevnes at Arbeidsretten i KLP-saken besluttet å innhente en tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen. EFTA-domstolen svarte at selv om det var en presumsjon for at de omstridte bestemmelsene i tariffavtalen falt utenfor anvendelsesområde til EØS-avtalen artikkel 53, så måtte Arbeidsretten like fullt undersøke hvordan avtalen ble praktisert

og om partene rent faktisk forfulgte de anførte sosialpolitiske formål, samt hvilke virkninger avtalen hadde.<sup>158</sup> Arbeidsretten kom deretter til at verken formål eller virkning brakte tariffavtalen inn under EØS-avtalen artikkel 53.<sup>159</sup>

At det i første rekke er EØS-reglene om virksomhetsoverdragelser i direktiv 77/187 som har beskjeftiget norske domstoler, skyldes trolig at EØS-retten på dette punkt innebar en styrking av arbeidstakernes vern i forhold til tidligere norsk lovgivning. Av denne grunn finnes det også flere tidlige eksempler i rettspraksis på at EØS-reglene ble påberopt som et argument for utvidende tolkning av de eldre norske reglene i tvister som oppstod før EØS-avtalen trådte i kraft.<sup>160</sup> Virksomhetsoverdragelsene er også det saksfelt hvor norske domstoler i EØS-avtalens første leveår hyppigst vendte seg til EFTA-domstolen for avklaring – i 1995 og 1996 ble det totalt innhentet tolkningsuttalelser fra EFTA-domstolen knyttet til direktiv 77/187 i fire saker.<sup>161</sup> En av disse sakene, Eidesund-saken, endte senere opp i Høyesterett (Rt. 1997 s. 1965) og ble slik det første tilfellet hvor Høyesterett tok stilling til tolkningen av EØS-rett i en sak hvor det forelå en tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen, jf. nærmere om dette nedenfor i kapittel 11 (punkt 11.5).

For Høyesterett ble Eidesund-saken behandlet i sammenheng med Løten kommune-saken (Rt. 1997 s. 1954). Dom i de to sakene ble avsagt av samme avdeling og på samme dag. I Løten kommune-saken uttalte Høyesterett, under henvisning til EU-domstolens praksis, at det avgjørende kriterium for overføring av virksomhet var at virksomheten hadde bevart sin "identitet" på den nye innehavers hånd. I den konkrete saken fant Høyesterett at så ikke var tilfelle, med den følge at de ansatte i en privat drevet skolefritidsordning, som var blitt nedlagt som følge av økonomiske vanskeligheter, ikke kunne kreve ansettelse i kommunen som kort tid senere startet en lignende ordning i de samme lokalene med tilbud til de samme familiene. For Høyesterett var det avgjørende at kommunens ordning fremstod som mer ambisiøs med tanke på pedagogisk innhold og tilhørende krav til de ansattes kvalifikasjoner.

I Eidesund-saken kom derimot Høyesterett til at det forelå en overføring av virksomhet i relasjon til arbeidsmiljøloven § 73A. Dermed oppstod imidlertid spørsmålet om den nye arbeidsgiver etter en virksomhetsoverdragelse plikter å opprettholde innbetalingen av premie til arbeidstakerens tjenestepensjonsforsikring. EFTA-domstolen hadde kommet til at slik overføring ikke kunne utledes av direktivet.<sup>162</sup> Gulating

<sup>158</sup> Sak E-8/00, *LO og NKF mot KS m.fl.*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 114, avsnitt 52 flg.

<sup>159</sup> ARD 2002 s. 90.

<sup>160</sup> Jf. fra Høyesteretts praksis Rt. 1995 s. 270 A og Rt. 1995 s. 1625 A.

<sup>161</sup> Hhv. sak E-2/95, *Eilert Eidesund mot Stavanger Catering AS*, EFTA Ct. Rep. 1995-1996 s. 1; sak E-3/95, *Torgeir Langeland mot Norske Fabricom AS*, EFTA Ct. Rep. 1995-1996 s. 36; sak E-2/96, *Jørn Ulstein og Per Otto Røiseng mot Ashjorn Møller*, EFTA Ct. Rep. 1995-1996 s. 65 og sak E-3/96, *Tor Angeir Ask m.fl. mot ABB Offshore Technology AS*, EFTA Ct. Rep. 1997 s. 1. I perioden 1995-1996 var det stort sett disse sakene EFTA-domstolen var beskjeftiget med.

<sup>162</sup> Sak E-2/95, *Eilert Eidesund mot Stavanger Catering AS*, EFTA Ct. Rep.

lagmannsretten hadde lagt EFTA-domstolens konklusjon til grunn for sin avgjørelse i saken, men kommet til at norsk rett i dette tilfellet gav arbeidstagerne et mer omfattende vern enn EØS-retslig påkrevd.<sup>163</sup> Også Høyesterett sluttet seg til EFTA-domstolens fortolkning av direktivet, som man fant at var "godt forenlig med ordlyden i bestemmelsen" og dessuten støttet av "tungtveiende" reelle hensyn (s. 1874). Høyesterett avviste imidlertid lagmannsrettens oppfatning av at norsk rett i dette tilfellet gikk lenger enn direktivet. En uttalelse i forarbeidene som antydte at departementet mente at plikten til å betale premie overføres ved virksomhetsoverdragelser, ble ikke tillagt avgjørende vekt. Det var mulig denne bygget på en uriktig forståelse av direktivet. Høyesterett fant det uansett klart at en noe uklare forarbeidsuttalelse på ett punkt i spesialmerknadene ikke kunne føre til at norsk rett på dette punkt skulle gi et videre vern enn direktivet.

Et interessant aspekt ved Eidesund-saken er at det i tiden etter EFTA-domstolens uttalelse og frem til Høyesteretts endelig dom, skjedde en viss utvikling i EFTA-domstolens og EU-domstolens praksis. I Eidesund-uttalelsen hadde EFTA-domstolen lagt til grunn at direktiv 77/187 kunne være anvendelig også i en situasjon hvor en tidsbegrenset kontrakt for levering av cateringtjenester ved utløpet av kontrakten etterfølges av en annen tidsbegrenset kontrakt inngått med en annen tjenesteyter på grunnlag av en anbudskonkurranse. I Süzen-saken tok imidlertid generaladvokat La Pergola kort tid senere til orde for en innstramning av virksomhetsoverdragelsesbegrepet nettopp med henblikk på slike anbudstilfeller.<sup>164</sup> EFTA-domstolen justerte deretter kursen i Ulstein og Røiseng-saken og EU-domstolen sluttet seg til denne innstramningen da dom falt i Süzen-saken.<sup>165</sup> For Høyesterett ble det anført at utviklingen måtte få betydning for vurderingen av om det virkelig forelå en virksomhetsoverdragelse i Eidesund-saken, men Høyesterett avviste dette (s. 1973).

Etter Løten kommune og Eidesund har det kommet til ytterligere seks høyesterettsavgjørelser knyttet til virksomhetsoverdragelser hvor EU/EØS-retten trekkes inn – Rt. 1999 s. 977 A (Nemko), Rt. 1999 s. 989 (Vest-Ro slakteri); Rt. 2001 s. 71 (Rasmussen Offshore); Rt. 2001 s. 248 A (Olderdalen Ambulanse), Rt. 2006 s. 71 A (SAS/Braathens) og Rt. 2010 s. 330 (Bardufoss Flyservice).<sup>166</sup> Samtlige avgjørelser er preget av til dels utførlige henvisninger til EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis og samvittighetsfull anvendelse av de kriterier som der er oppstilt. Særlig illustrerende er kanskje Høyesteretts avsluttende bemerkning i Bardufoss Flyservice-saken, hvor det påpekes at konklusjonen om at skiftet av leverandør av bakketjenester ved en lufthavn i

dette tilfellet representerte en virksomhetsoverdragelse var bygget på praksis, særlig fra EF-domstolen, "hvor reglene om virksomhetsovertagelse er gitt et noe videre omfang enn det som naturlig følger av en rent språklig forståelse av begrepet" (avsnitt 81).<sup>167</sup>

Også i underinstanspraksis finnes det en lang rekke interessante avgjørelser knyttet til arbeidstakeres rettigheter ved virksomhetsoverdragelser, uten at det er anledning til å gå nærmere inn på dem i denne sammenheng. Enkelte avgjørelser i saker hvor det var innhentet tolkningsuttalelser fra EFTA-domstolen vil imidlertid bli omtalt nærmere nedenfor i kapittel 11 (punkt 11.5). For øvrig vises det til oversikten ovenfor i kapittel 4, hvor det er angitt hvilke saker som gjelder virksomhetsoverdragelser.

Ut over sakene knyttet til virksomhetsoverdragelse viser rettspraksis at norske domstoler ved flere anledninger har måttet ta stilling til spørsmål om EØS-rettens vern mot diskriminering av arbeidstakere. De seneste år er det i første rekke sakene knyttet til påstått aldersdiskriminering som har påkalt offentlighetenes oppmerksomhet, jf. særlig Rt. 2010 s. 202 (Nye Kystlink) og de verserende sakene Nybø m.fl. mot CHC Norway og Gjensidige mot Johansen.<sup>168</sup> Nye Kystlink-dommen er imidlertid allerede utførlig omtalt og som nevnt synes uansett norske domstoler å forutsette at aldersdiskrimineringssakene helt og fullt faller utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde.<sup>169</sup>

Trygt innenfor EØS-retten faller imidlertid flere interessant saker knyttet til påstått kjønnsdiskriminering i arbeidslivet. Særlig interessant er Eidsivating lagmannsretts dom 24. mars 2009 i saken om de kabinansatte i SAS.<sup>170</sup> Saksøkerne, en rekke kabinansatte i SAS, anførte at den omstendighet at de hadde 12 arbeidsdager flere enn pilotene medførte forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven § 3. Under henvisning til EU-domstolens praksis uttalte lagmannsretten at dersom det konstateres at kvinner på ett bestemt punkt faktisk behandles ugunstigere enn menn, foreligger det indirekte diskriminering, og det er en presumsjon for at forskjellsbehandlingen er kjønnsbasert. Arbeidsgiveren har imidlertid likevel anledning til å godtgjøre at forskjellsbehandling er saklig begrunnet i objektive forhold. Lagmannsretten uttalte at den omstendighet at en indirekte diskriminering er oppstått under tariffavtaler, ikke er til hinder for å kunne konstatere brudd på likestillingsloven § 3. Hensynet til organisasjons- og forhandlingsfriheten

<sup>167</sup> For en nærmere redegjørelse for Høyesteretts praksis på dette området (frem til og med SAS/Braathens-saken) kan det vises til Stein Evju, "Virksomhetsoverdragelse i utvikling – Høyesteretts dom 31. januar 2006", *Arbeidsrett* 2006 s. 52-64.

<sup>168</sup> CHC Norway-saken er henvist til Høyesterett, men ankebehandlingen er stanset i påvente av en dom fra EU-domstolen i en sak som reiser liknende spørsmål, se Rt. 2010 s. 944 F. I Gjensidige-saken falt lagmannsrettens dom 13. desember 2010 (LB-2010-99479), men saken er besluttet anket til Høyesterett. Nevnes bør også Borgarting lagmannsretts dom 17. august 2010 om SAS-pilotene (LB-2009-165616) og Stavanger tingretts dom 12. mai 2006 (TSTAV-2005-75777).

<sup>169</sup> Jf. om dette spørsmålet kapittel 4.

<sup>170</sup> LE-2008-76592.

1995-1996 s. 1, avsnitt 51 flg.

<sup>163</sup> Gulating lagmannsretts dom 20. desember 1996 (LG-1995-672 A).

<sup>164</sup> Generaladvokatens forslag i Süzen-saken ble fremsatt 15. oktober 1996, drøyt to måneder før EFTA-domstolens avgjørelse i Ulstein og Røiseng-saken.

<sup>165</sup> Jf. hhv. sak E-2/96, *Jørn Ulstein og Per Otto Røiseng mot Asbjørn Møller*, EFTA Ct. Rep. 1995-1996 s. 65 og sak C-13/95, *Ayşe Süzen mot Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*, Sml. 1997 s. I-1259.

<sup>166</sup> Til dette kommer avgjørelsene i Rt. 2000 s. 2047 A og Rt. 2000 s. 2058 A, hvor Høyesterett nøyer seg med å vise til tidligere egne avgjørelser.

tilsier likevel at domstolene må være tilbakeholdne med å konstatere brudd på likestillingsloven når forskjellen er fremforhandlet. Lagmannsretten viste her til EU-domstolens avgjørelse i Royal Copenhagen-saken som slo fast at Romatraktaten artikkel 119 er ufravikelig, og at forbudet mot forskjellsbehandling gjelder overenskomster som kollektivt regulerer arbeidslønnen. Ifølge dommen utelukkes likevel ikke "at det forhold at lønelementerne er fastsat ved kollektive forhandlinger eller ved forhandlinger på lokalt plan, kan tages i betragtning af den nationale retsinde som et forhold, der gør det muligt for den at vurdere, om forskelle mellem gennemsnitslønnen for to grupper arbeidstager skyldes objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling paa grundlag av køn".<sup>171</sup> Lagmannsretten la deretter til grunn at dommen i Royal Copenhagen-saken innebærer at en indirekte forskjellsbehandling som er et resultat av tarifforhandlinger, lettere vil være saklig enn om den ensidig var bestemt av arbeidsgiveren. Etter en konkret vurdering fant lagmannsretten forskjellsbehandlingen rettfærdiggjort.<sup>172</sup> Dommen er meget illustrerende for hvordan vurderingene av om det foreligger kjønnsdiskriminering helt og fullt skjer i henhold til EU-domstolens tolkning av den EU/EØS-rettslige bakgrunnsretten.

En liknende avgjørelse er Oslo tingretts dom 27. desember 2003 (TOSLO-2003-20935) knyttet til kabinansatte i Braathens. I dette tilfellet hadde Klagenemnda for likestilling slått fast at det forelå et brudd på likestillingsloven ved at arbeidstidsbestemmelsene ikke ble praktisert likt for kabinansatte, som hovedsakelig er kvinner, og pilotene, som i hovedsak er menn. Under henvisning til praksis fra EU-domstolen og hensynet til likestillingslovens formål og effektivitetshensyn, avviste tingretten Braathens anførsel om at ikke er holdbart å sammenlikne enkeltdeler av arbeidstidsbestemmelser som er integrerte deler av helt ulike regelsett for de to gruppene ansatte. "Dersom det stilles krav om at det må foretas en samlet vurdering av arbeidsvilkårene i de to gruppens tariffavtaler, vil det i vesentlig grad vanskeliggjøre en effektiv kontroll av likebehandlingsprinsippet i § 3. Dersom Nemnda måtte foreta en slik totalvurdering vil det stille store krav til det grunnlagsmateriale som fremlegges og kreve omfattende bevisførsel. Sammenlikningen vil også i vesentlig grad vanskeliggjøres av at det er vanskelige både å måle og sammenlikne den totale effekten av de ulike arbeidsvilkårene de to yrkesgruppene har. Verken nemnda eller retten, etter tre dagers hovedforhandling, har tilstrekkelig opplysninger til å kunne avgjøre om de kabinansatte totalt sett har «bedre» arbeidsvilkår enn pilotene." Også tingrettens dom er et slående eksempel på EU-retten innflytelse på dette området.

Et noe annerledes eksempel på EØS-rettens innvirkning på dette feltet er Hålogaland lagmannsrett dom 21. januar 2009

171 Sak C-400/93, *Specialarbejderforbundet i Danmark mot Dansk Industri for Royal Copenhagen AS*, Sml. 1995 side I-1275, avsnitt 46.

172 De kabinansatte vant imidlertid likevel frem fordi lagmannsretten fant at arbeidsgiver etter en klausul i tariffavtalen var forpliktet til å tilby de kabinansatte arbeidstidsbestemmelser i tråd med den bedre ordningen som pilotene oppnådde under sine tarifforhandlinger. Anke til Høyesterett nektet fremmet, se HR-2009-1438-U.

(LH-2008-99829) vedrørende diskriminering av en gravid arbeidstager. Lagmannsretten fant at det var inngått bindende arbeidsavtale med en kvinnelig søker til en lederstilling i et reisebyrå og det var da klart nok at graviditeten var årsak til at hun ikke fikk tiltre stillingen som daglig leder. I forbindelse med utmåling av oppreisningserstatning for det som dermed var å anse som en usaklig oppsigelse, uttalte imidlertid lagmannsretten under henvisning til EU-domstolens praksis at erstatning for brudd på diskrimineringsforbudet skal ha "et slik nivå at den virker reelt avskrekkende, ikke bare i forhold til den konkrete arbeidsgiver men like mye for å fremme likestilling som et allment samfunnsmessig mål". Avgjørelsen er slik et interessant eksempel på hvordan EU-domstolens utpreget funksjonelle tilnærming til erstatning som et middel for å fremme etterlevelse av EØS-regelverket, tas opp av norske domstoler.

Avslutningsvis i dette avsnittet kan det være grunn til å bruke noe tid på to saker av nyere dato som viser noen av de utfordringer norske domstoler trolig kan forvente å bli stilt overfor på den kollektive arbeidstidens område i tiden fremover – Oslo tingretts dom 29. januar 2010 i saken *Stx Norway Offshore m.fl. mot staten ved Tariffnemnda ("Verftsdommen")*<sup>173</sup> og Oslo tingrett dom og kjennelse 18. mai 2010 i saken *Nor Supply Offshore m.fl. mot Det Norske Maskinistforbund m.fl. Verftssaken* handler om allmenngjøring av tariffavtaler, mens *Nor Supply Offshore-saken* handler om EØS-rettslige skranker på arbeidstakerorganisasjonenes rett til bruk av boikott som kampmiddel for å fremtvinge en tariffavtale. Det kreves ingen nærmere begrunnelse for å forstå at begge spørsmålene er politisk sensitive. I bakgrunnen i begge sakene spøker EU-domstolens omstridte dommer i sakene *Laval* og *Viking Line*.<sup>174</sup>

*Nor Supply Offshore-saken* er riktignok ikke mer enn et skremmeskudd, fordi tingretten ut fra en konkret vurdering kom til at den varslede boikotten var rettsstridig etter boikottloven § 2 bokstav c. Det var derfor ikke påkrevd å ta stilling til rederienes omfattende anførsler knyttet til EØS-avtalen artikkel 28 (fri flyt av arbeidskraft) og artikkel 36 (fri flyt av tjenester).

Saken reiste kompliserte spørsmål knyttet til EØS-avtalens eventuelle anvendelse i saken og hvem som eventuelt kunne påberope reglene (skipene var registrert i hhv. Bahamas og Panama og mannskapets arbeidsgiver var hjemmehørende i Singapore, men størstedelen av mannskapet var polske og mannskapet ble levert av et polsk bemanningsbyrå). Under henvisning til EU-domstolens dom i *Laval* ble det gjort

173 09-050176TVI-OTIR/06. Saken har en parallell i saken *Norwegian Service Team Baltija* som står for Borgarting lagmannsrett og som reiser spørsmål om gyldigheten av vedtak fattet av Direktoratet for arbeidstilsynet i klagesak over pålegg gitt etter allmenngjøringsforskriften. For Oslo tingrett ble ikke forskriftens forhold til EØS-retten berørt, jf. tingrettens frifinnende dom 30. september 2009 (09-046672TVI-OTIR/03), men i anken er dette tatt opp under henvisning til Verftssaken.

174 Sak C-438/05, *International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP og OÜ Viking Line Eesti*, Sml. 2007 s. I-10779 og sak C-341/05, *Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, Sml. 2007 s. I-11767.

gjeldende at boikotten ville være EØS-stridig. Arbeidstakerorganisasjonene bestred EØS-rettsens anvendelse i saken, men anførte også at "den alminnelige forhandlingsrett i norsk arbeidsliv ikke overstyres av EØS-avtalen". Sistnevnte ikke nærmere begrunnet, men reiser i prinsippet interessante problemstillinger knyttet til homogenitetsmålsetningen og gjennomføringen av EØS-retten i norsk rett. Avgjørelsen er for øvrig et eksempel på at part som anfører kompliserte EØS-rettslige påstandsgrunnlag vinner frem på annet grunnlag.

I Verftssaken kom derimot de EØS-rettslige spørsmål på spissen. Saken handler i korthet om gyldigheten av en forskrift fastsatt av Tariffnemnda om delvis allmenngjøring av den såkalte Verkstedoverenskomsten 2006-2008 for skips- og verftsindustrien. Saksøkerne, ni norske skipsverft, støttet av NHO og Norsk Industri, anfører at Tariffnemndas vedtak om delvis allmenngjøring er EØS-stridig. Et meget sentralt spørsmål i saken er forholdet mellom det såkalte utsendingsdirektivet (96/71/EF) og hovedregelen om fri tjenesteflyt i EØS-avtalen artikkel 36. Under henvisning til Laval-dommen la tingretten for sin del til grunn at en ordning som er i samsvar med direktivet, også oppfyller kriteriet i EØS-avtalen artikkel 36 om at en restriksjon på tjenestefriheten må være egnet til å ivareta EØS-rettslig anerkjente hensyn. Tingretten viste i denne forbindelse bl.a. til et vedtak fra ESA i en klagesak som nettopp gjaldt allmenngjøringsforskriften.

Også når det gjaldt nødvendighetsvilkåret fant tingretten at Laval-dommen og Ruffert-dommen tilsier at dette vilkåret som regel må anses oppfylt dersom forskriften er i samsvar med direktivet. I denne forbindelse viste tingretten også til svenske lovforarbeider til lovendringer som er ment å bringe svensk rett i overensstemmelse med Laval-dommen, samt til Justisdepartementets lovavdelings vurdering av dommen i et brev til Tariffnemnda. Saksøkerne hadde imidlertid vist til at EU-domstolen i Laval-dommen uttalte at utsendelsesdirektivet ikke harmoniserer "det materielle innholdet av de obligatoriske regler for minstebeskyttelse. Innholdet kan derfor fritt defineres av medlemslandene i samsvar med traktaten og de alminnelige prinsipper i EU-retten" (tingretten siterte her fra en norsk oversettelse av dommen). Tingretten vedgikk at uttalelsen "kan oppfattes slik at det skal foretas ytterligere prøving selv om en ordning er i samsvar med direktivet", men avviste likevel dette.

Under henvisning til utlegningen av nødvendighetsvilkåret i Spilleautomatdommen (Rt. 2007 s. 1003) uttalte tingretten at det ikke "skal foretas en rettslig prøving av om det var et tilstrekkelig antall arbeidstakere som hadde dårligere vilkår enn norske arbeidstakere". Under henvisning til Vinforumdommen (Rt. 2009 s. 839) uttalte tingretten videre:

"Beskyttelsesnivået prøves ikke, og domstolene skal ikke foreta en interesseavveining, jf. Rt. 2009 side 839. Retten oppfatter dette slik at det vil innebære at det uansett ikke skal foretas en vurdering av tiltakets betydning for utsendte arbeidstakere opp mot ulemper dette medfører for arbeidsgiverne."

Og videre:

"I nødvendighetsprøvingen skal det som det fremgår ovenfor vurderes om det samme resultat kunne vært nådd gjennom andre virkemidler. Det er staten som har bevisbyrden. Av Rt. 2009 side 839 fremgår imidlertid at ved vurderingen av om et virkemiddel er egnet eller ikke, snus denne bevisbyrden når alternativet bare skiller seg kvantitativt fra det virkemiddelet som er tatt i bruk. Anvendt på denne saken måtte det bety at det er saksøkerne og deres partshjelpere som har bevisbyrden for at et lavere lønnsnivå ville vært tilstrekkelig. Retten kan ikke se at saksøkerne og deres partshjelpere har gjort det. Retten kan for øvrig ikke se at saksøkerne eller deres partshjelpere har påvist rettskilder som tilsier en annen fortolkning av uttrykket "lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige" enn det tariffnemnda har bygget på."

Under henvisning til ESAs vedtak i saken avviste tingretten at vertsstaten ikke kan gi bedre beskyttelse enn det som følger av preseptorisk lovgivning. Tingretten gikk deretter over til å vurdere om forskriften var i samsvar med direktivet, noe den besvarte bekreftende bl.a. under henvisning til rettspraksis fra EU-domstolen, ESAs vedtak i saken og danske og svenske lovforarbeider i etterkant av Laval-dommen.

Tingrettens dom i Verftssaken er illustrerende for den betydning spørsmålet om omfanget av domstolsprøvingen vil ha for utfallet av saker som reiser spørsmål om nasjonal lovgivning er i samsvar med EØS-avtalens grunnfriheter, jf. tingrettens flittige henvisninger til Rt. 2007 s. 1003 (Spilleautomatdommen) og Rt. 2009 s. 839 (Vinforum-saken). Siste ord er imidlertid neppe sagt – dommen er anket til Borgarting lagmannsrett og de EØS-rettslige spørsmål er begjært forelagt for EFTA-domstolen.

### 7.7. EØS-saker fra erstatningsrettens område<sup>175</sup>

Også erstatningsretten er et område hvor EØS-retten etter hvert har gjort seg gjeldende i stadig større utstrekning. Størst prinsipiell betydning har trolig det særegne EØS-ansvaret for det offentlige tilsidesettelse av EØS-rettslige forpliktelser, særlig i tilfeller hvor bruddet består i manglende eller mangelfull gjennomføring av EØS-regler i norsk rett. Som påpekt ovenfor i punkt 7.2 ble dette ansvaret prinsipielt anerkjent som en del av norsk rett av Høyesterett i plenumsdommen inntatt i Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II), og det har senere blitt gjort gjeldende for norske domstoler i en hel rekke saker. Dette EØS-ansvaret omtales nærmere nedenfor i kapittel 10, som ledd i redegjørelsen for EØS-retten gjennomslag i norsk rett.

Ut over det særegne EØS-ansvaret for det offentlige er det nok særlig EØS-rettens føringer for bilansvaret som har påkalt offentlighetens oppmerksomhet. Helt sentralt her står selvsagt plenumsdommen i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger

<sup>175</sup> For en bredere fremstilling av EØS-rettens betydning for norsk forvaltningsrett kan det vises til Erik Monsen, "EF-domstolens innvirkning på norsk erstatningsrett", *Tidsskrift for Erstatningsrett* 2006 s. 238-258 og Are Stenvik, "Erstatningsrettens internasjonalisering", *Tidsskrift for Erstatningsrett* 2005 s. 33-61.

I), hvor Høyesterett, etter å ha innhentet en tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen, slo fast at bilansvarslovens dagjeldende regel om bortfall av retten til erstatning for passasjerer som "visste eller måtte vita at vognføreren var påverka av alkohol", var i strid med motorvognforsikringsdirektivene. Både for EFTA-domstolen og for Høyesterett gjorde staten forgjeves gjeldende at direktivene ikke tok sikte på noen harmonisering av medlemsstatenes erstatningsrett og at bestemmelsen i bilansvarsloven § 7 tredje ledd bokstav b måtte anses som en erstatningsrettslig medvirkningsregel.<sup>176</sup> Sentralt i diskusjonen for Høyesterett stod EU-domstolens dom i Ferreira-saken, hvor det nettopp ble uttalt at direktivene ikke innebærer noen harmonisering av medlemsstatenes erstatningsrett.<sup>177</sup> Denne divergensen mellom EFTA-domstolen og EU-domstolen fikk imidlertid ingen betydning i Finanger-saken, fordi Høyesterett fant at bestemmelsen i bilansvarsloven § 7 tredje ledd bokstav b ikke var noen medvirkningsregel, men et direktivstridig unntak fra trafikkforsikringens dekningsområde.<sup>178</sup>

Bilansvarsloven ble deretter endret slik at en passasjers krav på erstatning i slike tilfeller heretter må vurderes etter den alminnelige medvirkningsregelen i § 7 første ledd. I Finanger-saken hadde imidlertid EFTA-domstolen avslutningsvis uttalt at selv om reduksjon av erstatningen på grunn av medvirkning måtte være mulig "i unntakstilfelle", så tilsa de prinsipper som er slått fast i motorvognforsikringsdirektivene at en passasjer som passivt sitter på i en bil som føres av en beruset fører, ikke må få erstatningen redusert på en måte som er "uforholdsmessig" i forhold til den skadelidtes medvirkning til skaden.<sup>179</sup> I Høyesterett hadde et mindretall på fem dommere sluttet seg til dette (for flertallet var det ikke grunn til å gå inn på spørsmålet).<sup>180</sup> Etter EU-domstolens uttalelser i Ferreira-saken hadde imidlertid EFTA-domstolen ordlagt seg mer forbeholdent i den etterfølgende Helgadóttir-saken.<sup>181</sup> Da spørsmålet havnet på spissen for EU-domstolen i Candolin-saken, slutten den seg likevel til EFTA-domstolens posisjon i Finanger-saken.<sup>182</sup> Spørsmålet om hva dette mer konkret innebærer, dukket opp for norske domstoler i Otterstad-saken. Lagmannsretten erkjente i dette tilfelle at EØS-retten legger visse føringer for utmålingen, men konkluderte med at hele 60 prosent avkorting var forholdsmessig.<sup>183</sup> I ankesaken gikk Høyesterett grundig gjennom hele forhistorien og siterte utførlig både fra Candolin-dommen og EU-domstolens etterføl-

gende dom i Farell-saken, før rettstilstanden ble oppsummert som følger:

"Disse dommene av EF-domstolen må det min mening forstås slik at spørsmålet om det skal foretas avkorting av erstatning etter trafikkulykke på grunn av medvirkning, som utgangspunkt reguleres av nasjonal rett. På samme måte må fortalen til femte direktiv forstås. Nasjonale medvirkningsregler kan imidlertid ikke praktiseres slik at EØS-direktivene om motorvognforsikring blir fratatt deres effektive virkning. Dette innebærer blant annet at en passasjer ikke kan nektes erstatning eller få erstatningen redusert bare fordi han kjente eller burde ha kjent til at føreren var påvirket av alkohol eller annet rusmiddel. Avkorting av erstatning på grunn av medvirkning må være konkret og reelt begrunnet, og dersom det finnes grunnlag for avkorting, må denne være forholdsmessig. Det er ikke adgang til å benytte regler om avkorting på grunn av medvirkning utelukkende i sanksjonsøyemed. Dette samsvarer etter min mening godt med de retningslinjer for praktisering av avkortingsregelen i bilansvarsloven § 7 første ledd som er gitt i norske lovforarbeider. Avkorting skal blant annet tjene et preventivt formål, men dette kan ikke være den eneste begrunnelse for avkorting: Det må foreligge en reell medvirkningssituasjon, og det kan ikke gjennomføres avkorting med mer enn det som tilsvarer skadelidtes bidrag til ulykken. Og under enhver omstendighet kan avkorting ikke gjennomføres på en måte som virker sosialt urettferdig eller urimelig."<sup>184</sup>

Ut fra disse retningslinjene, og under sammenligning med saksforholdet i Finanger-saken (hvor mindretallet gikk inn for en avkorting på 30 prosent), konkluderte Høyesterett med at erstatningen skulle reduseres med 40 prosent som følge av medvirkning – skadelidte kjente risikoen ved promillekjøring og at kjøringen fremsto som et fellesprosjekt, men det var ikke bevismessig dekning for å hevde at han har vært en aktiv pådriver for at sjåføren skulle kjøre så fort som han gjorde.

I lys av Otterstad-dommen fremstår Indre Finnmark tingretts dom 6. desember 2004 (TINFI-2004-32231) som for streng. Saken var riktignok spesiell i den forstand at det av uklart om skadelidte hadde vært fører av eller passasjer i ulykkesbilen. Når Tingretten først fant det sannsynliggjort at skadelidte hadde vært passasjer, fremstår imidlertid en avkorting på hele 75 prosent som alt for høy.

Skadelidte viste til EFTA-domstolens uttalelser i Finanger-saken om at erstatningen ikke kan reduseres på en måte som er uforholdsmessig i forhold til den skadelidtes medvirkning til skaden, men tingretten nøyde seg med å vise til mindretallets vurdering av avkortingsspørsmålet i Finanger I-saken og lovgivers etterfølgende uttalelser i forbindelse med endringen av bilansvarsloven. Dommen ble ikke anket.

Et annet område hvor EØS-retten har virket inn på norsk erstatningsrett, er produktansvaret. Særlig tydelig ble dette i Rt. 2004 s. 122 (Norsk Dental Depot). Saken gjaldt

176 Jf. sak E-1/99, *Storebrand Skadeforsikring AS mot Veronika Finanger*, EFTA Ct. Rep. 1999 s. 119, avsnitt 29.

177 Sak C-348/98, *Mendes Ferreira og Delgado Correia Ferreira*, Sml. 2000 s. I-6711, avsnitt 23.

178 Rt. 2000 s. 1811 P (på s. 1825).

179 Jf. sak E-1/99, *Storebrand Skadeforsikring AS mot Veronika Finanger*, EFTA Ct. Rep. 1999 s. 119, avsnitt 34.

180 Rt. 2000 s. 1811 P (på s. 1841).

181 Sak E-7/00, *Halla Helgadóttir mot Daniel Hjaltason and Iceland Insurance Company Ltd.*, EFTA Ct. Rep. 2001 s. 246, avsnitt 30-31.

182 Sak C-537/03, *Katja Candolin, Jari-Antero Viljanemi og Veli-Matti Paananen mot Vahinkovakuutusosakeyhtiö Pohjola og Jarno Ruokoranta*, Sml. 2005 s. I-5745, avsnitt 27 fig. Siste ord er likevel ikke nødvendigvis sagt, se generaladvokat Trstenjaks forslag til avgjørelse 7. desember 2010 i sak C-484/09, *Manuel Carvalho Ferreira Santos mot Companhia Europeia de Seguros*.

183 Agder lagmannsrett dom 6. juni 2007 (LA-2007-8969).

184 Rt. 2008 s. 453 A, avsnitt 52.

spørsmålet om en tannlege som måtte slutte i yrket fordi han hadde utviklet allergi ved bruk av tannrestaureringsmaterialer, kunne kreve erstatning fra importøren og distributøren etter produktansvarsloven § 2-1. På bakgrunn av praksis fra EU-domstolen påpekte Høyesterett at det objektive ansvaret for produkters skadevoldende egenskaper måtte forstås med de begrensningene som følger av EU-retten. Siden produktets skadevoldende evne var en nødvendig bivirkning av materialet, var skaderisikoen å anse som en generell yrkesrisiko snarere enn et erstatningsbetingende forhold. Da det ikke ble ansett å foreligge mangler ved informasjonen om risikoen forbundet med bruken av produktet, forelå det derfor ingen erstatningsbetingende sikkerhetsmangel. Høyesterett viste til praksis fra EU-domstolen og uttalte følgende om forholdet mellom produktansvarsdirektivet og annen norsk erstatningsrett:

”Jeg nevner her at EF-domstolen i dom av 25. april 2002 (sak C-183/00) har slått fast at direktivets artikkel 13 ikke kan påberopes til støtte for en opprettholdelse av nasjonale rettsregler som gir en bedre beskyttelse enn direktivets bestemmelser, når de nasjonale regler statuerer ansvar på samme grunnlag som reguleres i direktivet. Det innebærer at tidligere norsk praksis vedrørende ulovfestet objektivt ansvar ikke kan påberopes hvis ansvaret etter denne praksis går lenger enn etter direktivets artikkel 6.”<sup>185</sup>

EU-domstolens oppfatning av at direktivet medfører en fullstendig harmonisering av produktansvaret, har slik til følge at ansvar for produktskader ikke lenger kan baseres på det ulovfestede objektive produktansvaret som tidligere var lagt til grunn i rettspraksis.<sup>186</sup>

Ut over Rt. 2004 s. 122 kan det også være grunn til å nevne RG 2002 s. 592 (Borgarting). Denne saken gjaldt et regresskrav fra Norsk Pasientskadeserstatning mot importør av sement til bruk i hofteproteser som ble anført å lide av en sikkerhetsmangel. Sementen var produsert i Danmark. Lagmannsretten kom, etter en utførlig redegjørelse for bestemmelsens EØS-rettslige bakgrunn, til at importørens ansvar som produsent var opphørt ved forskrift i medhold av produktansvarsloven § 1-3 annet ledd og med virkning fra EØS-avtalens ikrafttredelse.

Nevnes kan også Borgarting lagmannsretts dom 14. september 2010 (LB-2009-189646) – Electrolux Home Products Norway. Et forsikringsselskap som hadde utbetalt erstatning til forsikringstaker etter brann i en oppvaskmaskin, krevde regress hos importøren. Ansvarsgrunnlaget som ble påberopt, var produktansvarsloven § 2-1. Importøren ble frifunnet da

<sup>185</sup> Rt. 2004 s. 122 A, avsnitt 31.

<sup>186</sup> Slik Stenvik 2005 s. 43. Oppfatningen av at produktansvarsdirektivet er til hinder for anvendelse av det ulovfestede objektive produktansvaret som var utviklet i norsk rett, er imøtegått av Asbjørn Kjønsdal, jf. hans artikkel ”Det nyeste rettskildematerialet om det ulovfestede objektive erstatningsansvaret”, *Lov og Rett* 2004 s. 579-605. Denne kritikken synes imidlertid primært å rette seg mot spørsmålet om direktivets gjennomslag i norsk rett, og den omtales derfor noe nærmere i den forbindelse nedenfor under punkt 10.3.

det ikke var sannsynliggjort at brannen skyldtes en sikkerhetsmangel ved oppvaskmaskinen. Lagmannsretten viste i den forbindelse til produktansvarsdirektivet artikkel 4: Den skadelidte plikter å føre bevis for skaden, sikkerhetsmangelen og årsaksforholdet mellom sikkerhetsmangelen og skaden.

Ved siden av bilansvaret og produktansvaret vil EØS-rettens generelle krav til effektive sanksjoner for å sikre etterlevelse av EØS-retten kunne legge føringer for det erstatningsrettslige vern på en lang rekke områder.<sup>187</sup>

Det fremste eksempel på dette i norsk rettspraksis er trolig den vedvarende diskusjonen knyttet til anskaffelsesmyndighetenes erstatningsansvar for brudd på EØS-regelverket om offentlige anskaffelser. Det var lenge usikkert om en forbigått anbyder som kunne sannsynliggjøre at han ville blitt tildelt en kontrakt om det ikke var for anskaffelsesmyndighetenes brudd på EØS-regelverket, kunne kreve erstatning for tapt fortjeneste (”positiv kontraktsinteresse”) i et tilfelle hvor det ikke forelå noe rettskrav på kontraktsinngåelse. Høyesterett besvarte imidlertid dette bekreftende i Rt. 2001 s. 1062 (Nucleusdommen). I dommen la Høyesterett til grunn at anskaffelsesdirektivene ”i utgangspunktet” overlot utformingen av erstatningsansvaret til medlemsstatene, men retten fant samtidig grunn til å vise til lojalitetsplikten i EØS-avtalen artikkel 3 og sitere uttalelser i lovforarbeidene hvor det er problematisert om tilbakeholdenhet med hensyn til å idømme den positive kontraktsinteresse er ”i overensstemmelse med EØS-rettens krav til effektive sanksjoner ved brudd på prosedyregelverket”.<sup>188</sup> Videre ble det lagt ”en viss vekt” på at andre land i EØS-området (som Danmark og Sverige) hadde regler om dekning av den positive kontraktsinteresse. Selv om dommen ikke gir noen holdepunkter for å anta at Høyesterett selv mente at EØS-retten stilte særskilte krav til erstatningsansvarets utforming og innhold, så kan det hevdes at Nucleusdommen likevel er et eksempel på hvordan EØS-rettens sanksjonstankegang påvirker norsk erstatningsrett, jf. særlig Høyesteretts henvisninger til at ”effektivisering” av anbudsreglene måtte stå sentralt, og at erstatning for negativ kontraktsinteresse var ”lite tenleg i så måte”, fordi dette ofte vil være såpass små beløp at en anbyder gjerne ”ikkje ... vil sjå seg tent med å reise sak om eit slikt krav” (s. 1077-1078).<sup>189</sup> Høyesterett la imidlertid listen nokså høyt i form av krav til *vesentlige* brudd på anbudsreglene og *klar* sannsynlighetsovervekt før en forbigått anbyder kan kreve erstatning for tapt fortjeneste.

<sup>187</sup> Jf. nærmere Stenvik 2005 s. 46 flg. Se til illustrasjon EFTA-domstolens dom 10. desember 2010 i sak E-2/10, *Tor Kolbeinnson mot Island* (ennå ikke i EFTA Ct. Rep.), hvor domstolen fant at den anvendelse av nasjonale avkortingsregler som Islands høyesterett hadde lagt til grunn i en forutgående sak, ikke lot seg forene med forpliktelsene til effektiv beskyttelse av arbeidere på arbeidsplassen som følger av direktivene 89/391/EØF and 92/57/EØF

<sup>188</sup> Jf. gjengivelsen av uttalelsene fra NOU 1997: 21 s. 118 i Rt. 2001 s. 1062 (på s. 1076).

<sup>189</sup> Jf. Monsen 2006 s. 257: ”Med litt velvilje kan man betrakte Nucleusdommen som en anerkjennelse av at norske domstoler innenfor EØS-avtalens saklige virkeområde må anvende EF-domstolens argumentasjonslinjer ved avgjørelsen av erstatningssøksmål”.

I kjølvannet av Nucleusdommen ble det i litteraturen reist spørsmål ved om listen for ansvar er lagt for høyt i forhold til underliggende EU/EØS-rettslige krav til anskaffelsesmyndighetenes erstatningsansvar for anbudsfeil.<sup>190</sup> I Rt. 2007 s. 983 (Reno-Vest) ble likevel terskelen fra Nucleusdommen lagt til grunn uten noen nærmere diskusjon. Da spørsmålet om ansvarsterskelen ved krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse dukket opp nok en gang i Rt. 2008 s. 1705 (Trafikk og Anlegg), viste imidlertid den forbigåtte anbyderen til kritikken som var reist mot Nucleusdommen.<sup>191</sup> Til dette uttalte førstvoterende at hun ikke kunne se "at en av EU-retten, herunder det generelle kravet til effektiv gjennomføring, kan utlede at det må gjelde et strengere ansvar for vegvesenets brudd på anskaffelsesloven i denne saken enn det som følger av Nucleusdommen" (avsnitt 56). Uttalelsen er interessant fordi Høyesterett i Trafikk og Anleggdommen klart erkjenner at EØS-retten legger føringer for erstatningsansvaret for anbudsfeil, selv om man altså mener at Nucleusdommen oppfylder EØS-rettens krav.

Hva som mer konkret er EØS-rettens krav på dette området er imidlertid ikke særlig klart etter to innbyrdes motstridende avgjørelser fra EU-domstolen høsten 2010. Først ute var dommen fra EU-domstolens tredje avdeling 30. september 2010 i sak C-314/09, *Stadt Graz mot Strabag AG, Teerag-Asdag AG og Bauunternehmung Granit GesmbH*, hvor det tilsynelatende ble lagt til grunn at det av det såkalte håndhevelsesdirektivet (89/665/EØF) artikkel 2 første ledd bokstav c følger et objektivt erstatningsansvar for ethvert brudd på anskaffelsesreglene. Kort tid senere, 9. desember 2010, falt imidlertid dommen i sak C-586/08, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl. mod Provincie Drenthe*, hvor domstolens annen avdeling legger til grunn at direktivet ikke inneholder noen presisering "hverken hvad angår betingelserne for at anse en ordregivende myndighed for ansvarlig, eller for så vidt angår fastsettelsen af størrelsen af den erstatning, som kan pålægges" (avsnitt 87). I følge sistnevnte dom utgjør direktivet på dette punkt kun en "konkretisering" av prinsippet om at medlemsstatene er ansvarlig for brudd på EU-rettslige regler som tillegger private rettigheter dersom bruddet kan karakteriseres som "tilstrekkelig kvalifisert" og dersom det er "en direkte årsagsforbindelse" mellom rettsbruddet og det lidte tap (avsnitt 87). Fraværet av henvisninger til argumentasjon og konklusjon i Stabagdommen i den siste dommen er påfallende og dommene etterlater en rekke ubesvarte spørsmål som norske domstoler vil måtte forholde seg til i nær fremtid. Selv om man skulle prøve å bringe dommene i overensstemmelse ved å anta at domstolens tredje avdeling i Strabagdommen kun mente å etablere et objektivt ansvar for tilstrekkelig kvali-

fiserte brudd på anbudsreglene,<sup>192</sup> så må vurderingskriteriet "vesentlige feil" fra Nucleusdommen erstattes med den EU/EØS-rettslige ansvarsnormen "tilstrekkelig kvalifisert brudd". Uansett oppstår spørsmålet om Strabagdommen innebærer at subjektivt klander, i strid med Høyesteretts forutsetning i Nucleusdommen, må holdes helt utenfor vurderingen av om en feil er tilstrekkelig kvalifisert (i forhold til statenes alminnelige erstatningsansvar har EU-domstolen akseptert skyld som ett av flere kriterier i denne vurderingen). Og videre oppstår spørsmålet om henvisningen i *Combinatie Spijker*dommen til det alminnelige krav til årsakssammenheng innebærer at Høyesteretts skjerpede krav i Nucleusdommen til "klar sannsynlighetsovervekt" må oppgis. Selv om den siste utviklingen i EU-domstolens praksis knapt kan karakteriseres som klargjørende, viser den klart at EØS-retten stiller konkrete krav til ansvaret for anbudsfeil.

## 7.8. EØS-saker fra immaterialrettens område

Oversikten over EØS-relaterte saker ovenfor i kapittel 4 viser at de EØS-reglene som aller hyppigst påberopes for, og anvendes i, norske domstoler er bestemmelsene i varemerkedirektivet. I herværende sammenheng er det kun rom for å gå nærmere inn på noen særlig interessante saker, men generelt etterlater de mange sakene knyttet til varemerkelovgivningingen et bestemt inntrykk av et rettsområde som mer eller mindre er fullstendig "overtatt" av EU/EØS-retten og hvor norske domstoler med største selvfølgelighet tolker loven i lys av praksis fra EU-domstolen, OHIM (EUs kontor for harmonisering av det indre marked) m.v.

En problemstilling som tidlig dukket opp i praksis var spørsmålet om varemerkedirektivet artikkel 7 tillot videreføring av den ulovfestede regelen i norsk varemerkerett om internasjonal konsumpsjon, dvs. at varer som er solgt av merkehaveren, eller med hans samtykke (originalvarer), kan parallellimporteres til Norge, uansett hvor i verden de er brakt på markedet.<sup>193</sup> Allerede på gjennomføringstidspunktet var norske myndigheter oppmerksomme på at det var mulig at direktivet kun tillot (og krevde) EØS-regional konsumpsjon, dvs. at merkehaveren kan motsette seg parallellimport fra land utenfor EØS. I mangel av klare holdepunkter valgte man i midlertid å opprettholde regelen om internasjonal konsumpsjon. Spørsmålet dukket opp for Fredrikstad byrett i den såkalte Maglite-saken våren 1997. Byretten besluttet å innhente en tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen. Bl.a. under henvisning at EØS-avtalen – i motsetning til Romatraktaten – ikke etablerer en tollunion og ikke etablerer noen felles handelspolitikk overfor tredjeland, svarte EFTA-domstolen at varemerkedirektivet artikkel 7 måtte tolkes slik at den overlater til EFTA-statene å bestemme om de ønsker å innføre eller opprettholde prinsippet om

190 Jan Fridthjof Bernt og Kai Krüger, "Hvor mye EØS-rett tåler norske kommuner? Om erstatningsansvar ved anbudsfeil i kommunal sektor", i: *Bonus Pater Familias. Festskrift til Peter Lødrup*, Oslo 2002, s. 121-156 (bl.a. på s. 151 og s. 155).

191 Spørsmålet om terskelen i Nucleusdommen var lagt for høyt ble også reist i lavere rettsinstanser i flere tilfeller, men underinstansene valgte å holde seg til Høyesteretts standpunkt, jf. eksempelvis RG 2007 s. 1390 (Hålogaland) – Rødne & Sønner; RG 2005 s. 469 (Hålogaland) – A3-Arkitektkontor; Borgarting lagmannsretts dom 4. juni 2003 (LB-2002-1293) – Bragernes-saken og Oslo tingretts dom 17. november 2010 (TOSLO-2009-188440) – Taxi 2 Dør til Dør.

192 Dette forutsetter at man stiller seg nokså fritt til premissene i Strabagdommen, men er likevel det standpunkt som synes best forenlig med den EU/EØS-rettslige bakgrunnsretten, herunder særlig EU-domstolens utlegning av effektivitetsprinsippet i annen sammenheng og EUs eget erstatningsansvar for egne anbudsfeil, jf. nærmere kritikken mot Strabagdommen hos Halvard Haukeland Fredriksen, "Objektivt ansvar for anbudsfeil?", *Lov og Rett* 2010 s. 600-615 (på s. 610 fig.).

193 Se nærmere om problemstillingen Arnesen og Stenvik 2009 s. 101-103.

internasjonal konsumpsjon av varemerkerettigheter når det gjelder varer med opprinnelse utenfor EØS.<sup>194</sup> Etter EFTA-domstolens svar frafalt merkevarehaver søksmålet for Fredrikstad byrett.<sup>195</sup> Allerede året etter viste det seg imidlertid at EU-domstolen ikke delte EFTA-domstolens forståelse av direktivet.<sup>196</sup> Særlig interessant var det at EU-domstolen forutsatte at dens tolkning av direktivet ikke bare var gyldig i en EU-rettslig, men også i en EØS-rettslig sammenheng.<sup>197</sup> I lys av divergensen mellom EFTA-domstolens og EU-domstolens praksis er det noe overraskende at spørsmålet tilsynelatende først dukket opp på ny for norske domstoler høsten 2007 i saken L'Oréal mot Per Aarskog AS og Nille AS for Follo tingrett og den parallelle saken L'Oréal mot Smart Club AS for Oslo tingrett.<sup>198</sup> Både Follo tingrett og Oslo tingrett besluttet å legge spørsmålet frem for EFTA-domstolen. For EFTA-domstolen argumenterte samtlige av de tre EFTA-statenes regjeringer så vel som EFTAs overvåkningsorgan for at fraværet av en felles handelspolitikk tilsa at EFTA-domstolen burde holde fast på løsningen i Maglite-saken, men EFTA-domstolen kom til at forskjellene mellom EØS-avtalen og Romatraktaten med hensyn til handelsforbindelser med tredjeland ikke utgjorde "tvingende grunner" for innbyrdes avvikende tolkninger av varemerkedirektivet artikkel 7 nr. 1 i EØS-retten og EU-retten.<sup>199</sup> Så vidt vites ble sakene for Follo tingrett og Oslo tingrett deretter forliket, noe som sparte domstolene for en krevende vurdering av om EFTA-domstolens endrete oppfatning av at varemerkedirektivet artikkel 7 likevel gir merkevarehaver rett til å motsette seg parallellimport fra land utenfor EØS, kunne anses som gjennomført i norsk rett.<sup>200</sup>

I kjølvannet av L'Oréal-saken har det imidlertid dukket opp flere saker om parallellimport hvor så vel partene som norske domstoler uten videre legger til grunn at EFTA-domstolens tolkning av varemerkedirektivet er uttrykk for gjeldende norsk rett på området, jf. eksempelvis "Royal Umbrella"-saken inntatt i RG 2009 s. 769 (Borgarting); Borgarting lagmannsretts kjennelse 28. mai 2009 i Cybergun-saken (LB-2009-40722) og Sør-Trøndelag tingretts kjennelse 14. mai 2010 (TSTRO-2010-61378) – Norsk Verktøyteknikk. I alle disse sakene var spørsmålet om den aktuelle parallellimporten stammet fra EØS-området eller ikke. Av størst prinsipiell interesse

194 Sak E-2/97 *Mag Instrument Inc. mot California Trading Company Norway*, EFTA Ct. Rep. 1997 s. 129, avsnitt 25 flg.

195 Hevingskjennelse 11. mars 1998 (sak 97-00405 A).

196 Jf. sak C-355/96, *Silhouette International Schmied mot Hartlauer Handelsgesellschaft*, Sml. 1998 s. I-4799, senere bekreftet i sak C-173/98, *Sebago og Maison Dubois*, Sml. 1999 s. I-4103.

197 Sak C-355/96, *Silhouette International Schmied mot Hartlauer Handelsgesellschaft*, Sml. 1998 s. I-4799, avsnitt 30-31.

198 Det er i seg selv en interessant observasjon at det i det innsamlede materiale ikke er noe som tyde på at EFTA-domstolens standpunkt fra Maglite-saken ble utfordret før i L'Oréal-saken, noe som tyder på at merkevarenehavere i Norge slo seg til ro med EFTA-domstolens standpunkt i en periode på nærmere ti år til tross for EU-domstolens dom i *Silhouette*-saken.

199 Særlig forente saker E-9/07 og E-10/07, *L'Oréal Norge AS and L'Oréal SA mot Per Aarskog AS, Nille AS and Smart Club AS*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 258, avsnitt 37.

200 Se nærmere om denne problemstillingen Arnesen og Stenvik 2009 s. 102-103. Regelen om EØS-regional konsumpsjon er for øvrig nå lovfestet i den nye varemerkeloven (2010) § 6.

er "Royal Umbrella"-saken hvor forholdet i korthet var at et svensk selskap kjøpte et parti av "Royal Umbrella"-ris fra Thailand, men deretter videresolgte partiet til et norsk selskap før det var tatt inn i Sverige. Da risen var under transport og ankom Rotterdam, ble partene enige om at risen skulle sendes direkte til Norge. Et norsk selskap som hadde enerett til varemerket "Royal Umbrella"-ris i Norge begjærte og fikk midlertidig forføyning, som gikk ut på at partiet skulle holdes i forvaring. Det var sannsynliggjort at eneretten til bruk av varemerket ikke var konsumert ved salget. Lagmannsretten tok utgangspunkt i EFTA-domstolens uttalelse i L'Oréal-saken og la til grunn at varemerkeinnhaver i Norge kan motsette seg parallellimport til Norge fra land utenfor EØS. Spørsmålet i saken var derfor hvor risen var "brakt i omsetning" av merkevarehaveren eller med dennes samtykke. Etter parallellimportørens syn ble risen brakt i omsetning – og eneretten dermed konsumert – ved produsentens salg til det svenske selskapet, som var første gangs omsetning av risen. Det ble vist til at det svenske selskapet var en uavhengig tredjepart, og at selskapet ved kjøp av risen overtok risikoen for varen. Det svenske selskapet fikk dermed rett til å bringe risen inn i EØS-området uten at verken produsenten eller den norske varemerkeinnhaveren kunne motsette seg det. Den norske varemerkeinnhaveren mente på sin side at en forutsetning for konsumpsjon er at risen er importert og fortollet inn i et annet EØS-land. Etter utførlig drøftelse av flere avgjørelser fra EU-domstolen fant lagmannsretten at risen først var "brakt i omsetning" i EØS-området ved innfortolling i Norge.

Særlige problemstillinger knyttet til varemerkerettigheter ved parallellimport av legemidler dukket opp for norske domstoler i Paranova-saken. Også denne saken ble forelagt EFTA-domstolen, i dette tilfellet av Høyesterett. Tvistens rettslige bakgrunn var praksis fra EU-domstolen som slo fast at en parallellimportør først har anledning til ompakking og gjenpåføring av produsentens varemerke i den utstrekning dette er nødvendig for å kunne markedsføre produktet i importstaten (typisk fordi originalemballasjen fra eksportstaten ikke er i samsvar med importstatens regelverk).<sup>201</sup> I Paranova-saken var det spørsmål om denne nødvendighetstesten også kom til anvendelse på parallellimportørens utforming av emballasjen i et tilfelle av lovlig ompakking. EFTA-domstolen avviste imidlertid dette under henvisning til det grunnleggende prinsippet om fri bevegelse for varer. Etter å ha foretatt en lovlig ompakking av produktene, og gjenpåført varemerkeinnhaverens varemerke, må parallellimportøren anses som en aktør på like fot med produsenten og varemerkeinnhaveren.<sup>202</sup> En "berettiget grunn" i henhold til varemerkedirektivets artikkel 7 annet ledd til å motsette seg videre kommersiell utnyttelse av ompakkete legemidler foreligger derfor først hvis pakningsutformingen er egnet til å skade varemerket eller varemerkeinnhaverens omdømme. For Høyesterett gjorde merkevarehaver gjeldende at EFTA-domstolen hadde gått for langt i dette tilfellet, men

201 Jf. forente saker C-427/93, C-429/93 og C-436/93, *Bristol-Myers Squibb mfl. mot Paranova AS*, Sml. 1996 s. I-3457.

202 Sak E-3/02, *Paranova AS mot Merck & Co m.fl.*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 101, avsnitt 45.



Høyesterett lot seg ikke overbevise. I den endelige dommen i saken, Rt. 2004 s. 904 A, ble parallellimportøren frifunnet.

Det hører med at EFTA-domstolens innskrenkende tolkning av nødvendighetstesten i Paranova-saken ledet til at engelske Court of Appeal i saken Boehringer Ingelheim II spurte EU-domstolen om EFTA-domstolens forståelse av direktivet var korrekt.<sup>203</sup> For EU-domstolen ble det gjort gjeldende at EFTA-domstolen hadde gått for langt ved ikke å legge tilstrekkelig vekt på varemerkeinnhavers rett til å kunne presentere merket på den måte han ønsker. EU-domstolen sluttet seg imidlertid uttrykkelig til EFTA-domstolens oppfatning.

Nok en immaterialrettslig tvist knyttet til parallellimport av legemidler dukket opp i Astra Norge-saken. I byretten vant legemiddelfirmaet frem og fikk dom for at staten ikke kunne utgi og/eller godkjenne preparatomtaler for parallellpreparater som er identiske med tidligere godkjente omtaler for de direkteimporterte legemidler.<sup>204</sup> Staten anket imidlertid til lagmannsretten, som besluttet å legge saken frem for EFTA-domstolen. EFTA-domstolen svarte at 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.<sup>205</sup> Etter at EFTA-domstolens svar forelå erkjente Astra at saken var tapt for så vidt gjaldt preparatomtale for parallellimporterte legemiddel og man endret derfor påstanden til kun å gjelde synonympreparater. Den nye påstanden ble imidlertid av lagmannsretten ansett som et nytt krav og avvist.<sup>206</sup>

Ut over sakene som har forårsaket foreleggelse for EFTA-domstolen, er det særskilt grunn til å nevne dommen i Rt. 2002 s. 391 A ("God Morgon"-saken). Spørsmålet i saken var om et ord- og figurmerke der teksten GOD MORGON inngikk, hadde tilstrekkelig særpreg i henhold til varemerkeloven § 13 første ledd. Avgjørelsen fortjener oppmerksomhet fordi Høyesterett gikk nokså prinsipielt til verks, påpekte at varemerkeretten er omfattet av EØS-avtalen og slo fast at loven måtte tolkes i lys av varemerkedirektivet med tilhørende praksis fra EU-organene. Dette var også den første saken hvor Høyesterett slo fast at også praksis knyttet til EUs forordning 40/94 om fellesskapsmerker er relevant i EØS-rettslig sammenheng – forordningen er ikke omfattet av EØS-avtalen, men "fordi vilkårene er identiske og fordi det for begge regelsett er EF-domstolen som har det siste ord, finner jeg det klart at praksis knyttet til denne forordningen er relevant ved tolkning av varemerkeloven § 13 første ledd første punktum på linje med praksis knyttet til varemerkedirektivets bestemmelser" (s. 397). Under

203 Sak C-348/04, *Boehringer Ingelheim KG m.fl. mot Swingward Ltd og Dowelhurst Ltd.*, Sml. 2007 s. I-3391.

204 Oslo byretts dom 30. januar 1997 (sak 96-775 A/32).

205 Sak E-1/98, *Staten mot Astra Norge AS*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 142.

206 Borgarting lagmannsretts kjennelse 27. september 1999 (LB-1997-1581).

utførlige henvisninger til praksis fra EU-domstolens og den daværende Førsteinstansretten fant Høyesterett at kravet til særpreg måtte stilles lavt. Selv om uttrykket "God Morgon" verken var preget av originalitet eller språklige særtrekk, fant Høyesterett at kravet til særpreg var oppfylt.

God Morgon-saken har en interessant etterfølger i Rt. 2005 s. 1601 A ("Gule sider"-saken), hvor spørsmålet var om varemerket GULE SIDER oppfylte kravet til distinktivitet. Høyesteretts flertall kom til at Telenors omfattende markedsføring av varemerket på søknadstidspunktet medførte at det måtte anses som innarbeidet, jf. varemerkeloven § 13 første ledd 3. punktum, og at konkurrentens bruk av det registrerte varemerket i sin markedsføring hadde krenket det registrerte varemerket, jf. varemerkeloven § 4. Også denne dommen preges av utførlige henvisninger til EU-domstolens praksis, så vel fra flertall som mindretall. Selv om det ikke fremgår uttrykkelig av dommen, etterlater drøftelsene et inntrykk av at etterfølgende praksis fra EU-domstolen fikk Høyesterett til å stille seg nokså fritt til den rettsoppfatning som var lagt til grunn i God Morgon-saken.<sup>207</sup> Dissensen innbefattet for øvrig også sider ved forståelsen av EU-domstolens praksis, men foreleggelse for EFTA-domstolen synes likevel ikke vurdert.

Ytterligere et eksempel i rekken av interessante høyesterettsavgjørelser fra immaterialrettens område er Rt. 2006 s. 1473 A (Livbøye-saken). Saken gjaldt spørsmålet om registrering av et varemerke var ugyldig som følge av brudd på varemerkeloven § 14 første ledd nr 7, jf. varemerkeloven § 25 første ledd. Høyesterett fant at registreringen av varemerket ikke kunne kjennes ugyldig da registreringen med søkers kunnskap om den annens bruk ikke ble ansett illojal eller i strid med god forretningsskikk. Denne innskrenkende tolkningen av varemerkeloven § 14 nr. 7 ble basert på EU-praksis knyttet til uttrykket "bad faith" i EUs varemerkeforordning. Høyesterett uttalte at utviklingen i EU var "avgjørende" for tolkningen. Dersom man tar i betraktning at standpunktet innebar en åpen fravikelse av den fortolkning som var lagt til grunn i den tidligere dommen i Rt. 1998 s. 1908 (BUD-dommen), og dessuten at den praksis som fikk Høyesterett til å skrive oppfatning ikke stammet fra EU-domstolen, men "kun" fra OHIM (EUs kontor for harmonisering av det indre marked), så er dommen meget illustrerende for EØS-rettens gjennomslagskraft på varemerkerettens område.

## 7.9. EØS-saker fra konkurranserettens område

Også konkurranseretten er en betydelig kategori, men dette skyldes kun i liten grad saker initiert av Konkurransetilsynet: Hovedvekten av sakene som reiser konkurranserettslige problemstillinger er privatrettslige tvister hvor en part anfører påstått brudd på konkurransereglene som en avtalerettslig ugyldighetsgrunn. Flere av disse sakene har forårsaket foreleggelse for EFTA-domstolen, jf. sakene E-3/97 Jan og Kristian Jæger AS mot Opel Norge AS, E-7/01 Hegelstad m.fl. mot HydroTexaco og E-8/01 Gunnar Amundsen AS m.fl. mot Vectura AS. I sistnevnte sak ble hovedsaken for

207 Slik Arnesen og Stenvik 2009 s. 105.

Borgarting lagmannsrett trukket tilbake før EFTA-domstolen rakk å besvare de forelagte spørsmål knyttet til forbudet mot misbruk av dominerende stilling i EØS-avtalen artikkel 54.<sup>208</sup>

I Hegelstad-saken var EFTA-domstolen bl.a. forelagt spørsmål om anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 på en avtale om eksklusiv kjøpsplikt inngått mellom en leverandør av motordrivstoff og smøreprodukter og en bensinstasjonsforhandler av Gulating lagmannsrett. EFTA-domstolen svarte at artikkel 53 første ledd ikke får anvendelse på en slik avtale "dersom denne typen avtale bare i ubetydelig grad bidrar til den samlede avstengningen av markedet som forårsakes av det totale antallet avtaler på markedet".<sup>209</sup> Hegelstad-saken ble deretter forlikt. I juridisk litteratur ble imidlertid EFTA-domstolens forståelse av konkurransereglene i Hegelstad-uttalelsen møtt med kritikk.<sup>210</sup> Spørsmålet om EFTA-domstolens forståelse var korrekt kom på spissen i RG 2004 s. 904 (Gulating). Lagmannsretten avviste imidlertid innvendingene som var reist mot uttalelsen:

"Kjøremotpartene har anført at det prinsipp som legges til grunn i dommen er i strid med tidligere dommer som er avsagt av EF-domstolen, det er særlig vist til sak 23/67 Brasserie de Haecht og til Delimitis-dommen. I disse dommer er det lagt til grunn at det ikke skal foretas en isolert vurdering av hvorledes den enkelte samarbeidsavtale påvirker konkurransen, men at dette må sees i sammenheng med den samlede effekt av lignende avtaler.

Det skal til dette bemerkes at det i avsnitt 31 i Hegelstad-dommen er vist til disse dommer, og retten har ved sin vurdering tatt utgangspunkt i de vurderingsprinsipper som der er angitt. Når det likevel foretas en isolert vurdering av om den aktuelle avtale kan bidra betydelig til avskjerming av markedet, er det under henvisning til at denne type avtale bare utgjør en liten andel av alle avtaler om eksklusiv kjøpsplikt, inngått av denne leverandøren. Når dette er situasjonen synes det i Hegelstad-dommen å være lagt til grunn at forutsetningen for en samlet vurdering – *lignende avtaler* – ikke er til stede. Lagmannsretten er enig i det vurderingsprinsipp som er lagt til grunn i dommen, og legger dette til grunn for sin avgjørelse."

Lagmannsrettens kjennelse ble påkjært til Høyesteretts kjøremålsutvalg. Kjøremålet ble imidlertid forkastet under henvisning til at utvalget fant det enstemmig klart at anbeførlene knyttet til lovanvendelsen ikke kunne føre frem, noe som ble ytterligere underbygget med en isolert sett nokså oppsiktsvekkende uttalelse om at "eventuell fravikelse av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse 18. oktober 2002 i saken mellom Hegelstad og Hydro Texaco AS forutsetter at det blir innhentet en ny tolkingsuttalelse fra EFTA-domstolen" (noe utvalget ikke fant grunn til ettersom saken gjaldt et

spørsmål om midlertidig forføyning).<sup>211</sup>

Den eneste av de tre norske foreleggelsene for EFTA-domstolen fra konkurranserettsens område som deretter fortsatte for norske domstoler, er saken Jan og Kristian Jæger AS mot Opel Norge AS. Nedre Romerike herredsrett hadde i dette tilfellet forelagt EFTA-domstolen en lang rekke spørsmål om tolkningen av EØS-avtalen artikkel 53 knyttet til ulike vilkår i et tilbud om en forhandleravtale som Opel Norge hadde gitt Jan og Kristian Jæger AS. Stridens kjerne var om det overhodet var inngått noen forhandleravtale mellom partene. Opel bestred dette under henvisning til at det motparten hevdet var en aksept måtte forstås som et avslag i forening med et nytt tilbud. Jan og Kristian Jæger AS hevdet derimot at man hadde akseptert alle vilkår i tilbudet med unntak av dem som man anså uforenlige med EØS-konkurranseretten. Herredsretten fant at det ikke var inngått noen forhandleravtale, men avsa likevel dom for at Opel var erstatningsansvarlig for tap forårsaket av den manglende gjennomføring av avtalen. Etter anke ble imidlertid Opel frifunnet i Eidsivating lagmannsrett.<sup>212</sup> Lagmannsretten sluttet seg til herredsrettens oppfatning av at det ikke var inngått noen forhandleravtale og tilføyde under henvisning til EFTA-domstolens uttalelse i saken at det ikke forelå noen kontraheringsplikt. Opel kunne heller ikke bebreides at avtale ikke ble inngått, og det forelå da heller ikke grunnlag for erstatning. De konkurranserettslige spørsmål som EFTA-domstolen var blitt forelagt, kom slik til å spille en ytterst beskjeden rolle i saken. Lagmannsretten påpekte imidlertid at den heller ikke kunne se at Opels krav til at daglig leder av en opelforhandler skulle være majoritetsaksjonær i forhandlerelskapet, i seg selv var i strid med EØS-avtalen artikkel 53. Dommen ble påanket til Høyesterett, men nektet fremmet av kjøremålsutvalget.<sup>213</sup>

Ut over sakene som har involvert EFTA-domstolen, er det særlig grunn til å nevne MAN/Shell-saken (Rt. 1997 s. 1859 U). Inntil videre er dette et av få eksempler på at Høyesterett har tatt stilling til EØS-konkurranserettslige spørsmål. Et sentralt spørsmål i saken var hvilke konsekvenser det ville ha for gyldigheten av en avtale om eksklusiv leveringsrett av smøremidler at den var inngått for en lengre periode enn den alminnelige bindingstid på fem år som er tillatt etter det såkalte gruppeunntaket for avtaler om eksklusiv kjøpsplikt. Lagmannsretten hadde kommet til at ugyldighetsvirkningene i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 nr. 2 først inntreffer etterutløpet av den femårsperioden som lovlig kunne vært avtalt. For kjøremålsutvalget anførte imidlertid MAN at når vilkårene i gruppeunntaket ikke er oppfylt, så faller en avtale helt utenfor gruppeunntaket, med den følge at den rammes av forbudsbestemmelsen i artikkel 53 nr. 1. Til dette bemerket utvalget:

"Kjøremålsutvalget bemerker at spørsmålet om hvorledes

208 Se sak E-8/01, *Gunnar Amundsen AS m.fl. mot Vectura AS*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 236.

209 Sak E-7/01, *Hegelstad m.fl. mot HydroTexaco*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 312.

210 Jf. særlig Olav Kolstad, "Avtaler om eksklusiv kjøpsplikt og nettverkseffekt etter EØS-avtalens artikkel 53", *Lov og Rett* 2003 s. 257-278.

211 Kjennelse 15. juni 2004 i saken Bernsen mot HydroTexaco (HR-2004-01051).

212 Eidsivating lagmannsretts dom 20. oktober 2000 (sak 99-00156 A).  
213 Kjøremålsutvalgets kjennelse 19. april 2001 (HR-2001-134).

bestemmelsen i artikkel 53 nr 2 skal forstås, bare i begrenset utstrekning er blitt opplyst for utvalget, og det fremstår derfor som noe tvilsomt. Det er – slik utvalget ser det – ikke holdpunkter i det fremlagte materiale til å sette til side det standpunkt lagmannsretten under henvisning til uttalelse i juridisk litteratur har inntatt. Kjæremålsutvalget bemerker videre at det vanskelig kan se at et prinsipp om relativ ugyldighet etter artikkel 53 nr 2 ikke skulle gjelde når avtalen har et innhold som gjør at den faller utenfor gruppeunntaket. Det bemerkes i den forbindelse at det ikke fra MANs side er påberopt praksis fra EF-domstolen til støtte for selskapets syn på dette punkt. Utvalget er på denne bakgrunn blitt stående ved at det ikke er grunnlag for å anta at lagmannsretten har bygget på en uriktig tolking av artikkel 53 nr 2 når den er kommet til at Shell har sannsynliggjort sitt krav.”

Kjæremålsutvalgets forståelse av EØS-avtalen artikkel 53 i denne kjennelsen er i strid med rettspraksis fra EU-domstolen og kjennelsen ble derfor med rette kritisert i juridisk litteratur – EU-domstolens lære om delvis ugyldighet innebærer at det kun er de klausuler i en avtale som er konkurransebegrensende som er ugyldige i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 nr. 2, men den åpner ikke for revisjon av en konkurransebegrensende klausul.<sup>214</sup> Kjæremålsutvalgets bemerkning om at spørsmålet, som avslutningsvis i kjennelsen ble karakterisert som ”vanskelig”, bare i begrenset utstrekning var blitt opplyst for utvalget, tilsier at utvalget erkjente at man var på uttrygg grunn i dette tilfellet. Henvisningen til at MAN ikke hadde påberopt praksis fra EF-domstolen til støtte for selskapets syn, kan oppfattes som en ansvarsfraskrivelse som ikke er helt lett å forene med rettens selvstendige ansvar for rettsanvendelsen, jf. nå tvisteloven § 11-3. Dersom utvalget selv ikke kunne fremskaffe et betryggende avgjørelsesgrunnlag for rettsanvendelsen kan det hevdes at MANs begjæring om foreleggelse for EFTA-domstolen burde vært etterkommet – selv om saken gjaldt en midlertidig forføyning, så var denne begrunnet i økonomiske interesser som kunne vært ivaretatt gjennom et etterfølgende erstatningsoppgjør.

Ut over de her omtalte sakene, finnes det en lang rekke tilfeller hvor påstått konkurransebegrensende avtaleklausuler kreves satt til side. Det er imidlertid kun i et fåtall av disse at slike anførsler fører frem.<sup>215</sup> I enkelte tilfeller avvisesde

214 Se nærmere den mer utførlige kritikken mot avgjørelsen hos Mads Magnussen og Katinka Mahieu, ”Hva gikk galt i Shell-saken? En kommentar til anvendelsen av Art. 53 (EØS) i Rt. 1997/1859”, *Tidsskrift for Forretningsjus* 1998 (hefte nr. 2) s. 120-128 og Erling Hjelmeng, ”Avtalers ugyldighet og gruppefritak under EØS-avtalens artikkel 53”, *Lov og Rett* 1998 s. 420-435.

215 Et interessant eksempel av nyere dato er Hålogaland lagmannsretts dom 17. mars 2009 (LH-2008-144454) – Lødingen Steinindustri, hvor det var spørsmål om en avtale om enerett til uttak av pukk fra eiendom i Lødingen var i strid med forbudet i den norske konkurranseloven § 10 mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak. Lagmannsretten viste til forutsetningene i forarbeidene om at praksis knyttet til EØS-avtalen artikkel 53 og EF-traktaten artikkel 81 vil veie tungt som rettskilde ved den nærmere fastsettelse av omfanget av konkurranseloven § 10. Under henvisning til praksis fra Førsteinstansdomstolen konkluderte retten med at den aktuelle avtaleklausulen var i strid med konkurranseloven og derfor uten rettsvirkning.

konkurranserettslige innsigelsene,<sup>216</sup> men i påfallende mange tilfeller ender domstolene opp med en tolkning av de omtvistede kontraktsklausulene som medfører at forholdet til konkurranseretten ikke kommer på spissen.<sup>217</sup> Videre finnes det også enkelte saker knyttet til påstått misbruk av dominerende stilling, jf. eksempelvis Benair-saken inntatt i RG 2009 s. 188 (Eidsivating).

Av de konkurranserettssakene i norske domstoler som er initiert av Konkurransetilsynet, er det trolig SAS-saken fra 2006 og den stadig verserende Tine-saken de som har påkalt størst offentlig oppmerksomhet. SAS-saken handlet om gyldigheten av Konkurransetilsynets vedtak som ila flyselskapet SAS en bot på kr 20 millioner for konkurranseskadelig underprising på ruten Oslo-Haugesund hvor selskapet var dominerende aktør. Saken endte med et prestisjenederlag for Konkurransetilsynet i Oslo tingrett, i det vesentligste fordi retten vurderte faktum annerledes enn tilsynet.<sup>218</sup> Også i Tine-saken gikk Konkurransetilsynet på et nederlag i første instans,<sup>219</sup> men denne dommen ble anket til Borgarting lagmannsrett som høsten 2010 langt på vei gav tilsynet medhold. I lagmannsretten ble Tine frifunnet for overtredelse av konkurranseloven § 10, men ilagt overtredelsesgebyr på kr 30 millioner for overtredelse av konkurranseloven § 11 under årsforhandlingene for 2005 med Rema 1000 Norge.<sup>220</sup> Dommen er anket til Høyesterett. I skrivende stund har ikke ankeutvalget tatt stilling om den skal tillates fremmet. I herværende sammenheng får det være tilstrekkelig å påpeke at dommene i SAS-saken og Tine-saken bekrefter inntrykket av at konkurranseretten er et område som helt og fullt er overtatt av EU/EØS-retten.

## 7.10. EØS-saker fra forbrukervernrettens område

EØS-rettens innvirkning på norsk forbrukervernlovgivning er betydelig, men dette gjenspeiles likevel kun i begrenset grad i rettspraksis – det er få saker fra forbrukervernrettens område hvor den EU/EØS-rettslige bakgrunnsretten trekkes inn i drøftelsene. Mye av forklaringen ligger trolig i den omstendighet at dette er saker hvor tvistegjenstandens verdi gjennomgående er begrenset, slik at det nok er relativt få saker som bringes inn for domstolene og enda færre som påankes til høyere rettsinstanser. Dersom man vil undersøke EØS-rettens innflytelse på forbrukervernrettens område, er trolig praksis i FTU et bedre sted å lete enn i rettspraksis.

216 Jf. eksempelvis Borgarting lagmannsretts kjennelse 8. november 2007 (LB-2007-150205 – Sparebanken Vest/SpareBank1(eksklusivitetsklausul representerte ingen merkbar innskrenkning i konkurransen om salg av forsikringsprodukter); RG 2003 s. 1393 (Borgarting) – MBT Holding (konkurransebegrensende klausul funnet forenlig med EØS-avtalen artikkel 53) og Borgarting lagmannsretts dom 28. juni 2002 (LB-2001-3675) – Viken Skogeierforening (samhandelskriteriet i EØS-avtalen artikkel 53 ikke oppfylt).

217 Jf. eksempelvis Gulating lagmannsretts dom 20. januar 2006 (LG-2004-10668) – Total Waste Management; Eidsivating lagmannsretts dom 24. juni 2004 (LE-2004-3198) – Ryfoss Trafikksenter; Borgarting lagmannsretts kjennelse 1. juni 2001 (LB-2001-1307) – Audiotron og Borgarting lagmannsrett dom 24. juni 1998 (LB-1997-3223) – Skedsmovollen Bensinstasjoner.

218 Oslo tingretts dom 26. juli 2006 (TOSLO-2005-111347).

219 Oslo tingretts dom 25. mars 2009 (TOSLO-2007-63120).

220 Borgarting lagmannsretts dom 7. september 2010 (LB-2009-89085).

To eksempler som fortjener oppmerksomhet er likevel Rt. 2006 s. 179 A (Støvlethælsaken) og Høyesteretts dom 21. desember 2010 i FINN Bil.no-saken (HR-2010-02191-A).

I Støvlethælsaken var et sentralt spørsmål om EUs forbrukerkjøpsdirektiv var til hinder for at man til skade for en forbruker som ønsket omlevering la vekt på miljøhensyn og derfor innrømmet selger en rett til retting. Flertallet vedgikk at forbrukerkjøpsdirektivet isolert sett ikke gav adgang til å tilgodese miljøhensyn, men gav likevel sin tilslutning til Viggo Hagstrøm i at "formuleringen i forbrukerkjøpsdirektivet [er] såpass åpen at det er vanskelig å se at den kan stenge for retting når det er en reell fare for at selgeren ellers må skrote tingen."<sup>221</sup> For mindretallet var det ikke nødvendig å ta stilling til tolkningen av direktivet. Flertallets forståelse av direktivet lar seg trolig forsvare dersom man ser miljøhensynet som en overordnet, traktatfestet målsetting ved EU-samarbeidet, jf. nå EU-traktaten artikkel 3. Verken Hagstrøm eller Høyesterett synes imidlertid å ha vært inne på slike betraktninger.

I FINN Bil.no-saken var det spørsmål om forståelsen av angrerettsloven, som gjennomfører EUs angrerettsdirektiv (97/7/EF) i norsk rett. Direktivets artikkel 2 nr. 1 definerer avtaler ved fjernsalg som avtaler "inngått mellom en leverandør og en forbruker innen rammen av et system for fjernsalg ... tilrettelagt av leverandøren, som for denne avtalens del bruker utelukkende en eller flere fjernkommunikasjonsmetoder inntil og inklusive det øyeblikket da avtalen inngås". Direktivet er imidlertid kun et minimumsdirektiv og den norske gjennomføringsloven er formulert på et vis som kan gi inntrykk av at angreretten er gitt et videre anvendelsesområde. Lovforarbeidene er imidlertid ikke særlig klare på om dette er tilsiktet. Mens direktivets vilkår er at selger har "et system for fjernsalg", operer den norske lovteksten med et vilkår om at "selgeren eller tjenesteyteren i sin markedsføring tilbyr eller oppfordrer til inngåelse av avtaler på denne måten" (angrerettsloven § 6 første ledd bokstav a). Høyesterett påpekte denne forskjellen, men fant det ikke påkrevd å gå nærmere inn på "om det i praksis blir noen særlig forskjell" ettersom man fant at annonsering på FINN bil.no ikke kunne anses som markedsføring som oppfordret til avtaleinngåelse ved fjernkommunikasjon. Konklusjonen fremstår som klok og bidrar til å redusere den usikkerhet som den noe uklare gjennomføringen av direktivet forårsaker på dette punkt

<sup>221</sup> Viggo Hagstrøm, *Kjøpsrett*, Oslo 2005 s. 203, gjengitt i Rt. 2006 s. 179 A, avsnitt 40.

## 8. Norske domstolers håndtering av EØS-rettens føringer på prosessrettens område<sup>222</sup>

### 8.1. Innledning

Ettersom EØS-retten ikke har egne alminnelige prosessregler, er utgangspunktet at den håndheves for nasjonale domstoler i henhold til nasjonal prosessrett. Det er dermed opp til hvert enkelt medlemsland å avgjøre hvordan EØS-rettslige plikter og rettigheter skal kunne gjøres gjeldende for nasjonale domstoler, noe som vanligvis betegnes som prinsippet om nasjonal prosessautonomi. Samtidig er det klart at forskjeller mellom medlemsstatenes prosessordninger utgjør en potensiell trussel mot målsettingen om like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler på et felles marked – det hjelper lite å harmonisere materielle rettsregler dersom det er store forskjeller i den prosessuelle adgangen til å håndheve dem.

I EU-retten har EU-domstolen utledet krav til prosessuell likebehandling ("likebehandlings-" eller "ekvivalensprinsippet") og effektive håndhevelsesmuligheter ("effektivitetsprinsippet") av medlemsstatenes lojalitetsplikt etter dets om nå er EU-traktaten artikkel 4 nr. 3. Mens likebehandlingsprinsippet krever at de prosessregler som gjelder for EU-rettslige tvister må være minst like gunstige som dem som gjelder for tilsvarende søksmål etter nasjonal rett, innebærer effektivitetsprinsippet at de nasjonale prosessreglene ikke må gjøre det umulig eller uforholdsmessig vanskelig for borgerne å håndheve deres rettigheter etter EU-retten i domstolene.

Spørsmålet om de bånd på medlemslandenes prosessautonomi som er utviklet av EU-domstolen gjelder tilsvarende under EØS-avtalen, dukket opp for Høyesterett i Rt. 2005 s. 597 A (Allseas Marine Contractors). Hovedspørsmålet i saken var om arbeidstakere i et sveitsisk offshore-selskap hadde adgang til rettslig overprøving av overligningsnemndas vedtak om å pålegge arbeidsgiveren norsk arbeidsgiveravgift for lønn opptjent på norsk sokkel. Det var nokså klart at arbeidstakerne ikke hadde søksmålsadgang etter skattebetalingsloven § 48 nr. 5, men Høyesterett gikk videre og vurderte om søksmålsadgang fulgte direkte av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. I denne vurderingen tok

<sup>222</sup> For en bredere redegjørelse for EØS-rettens innflytelse på norsk (sivil-) prosess vises det til Halvard Haukeland Fredriksen, "Tvisteloven og EØS-avtalen", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2008 s. 289-359.

Høyesterett utgangspunkt i det retten omtalte som EU-domstolens "effektivitetsdoktrine" og uttalte at dersom søksmålsadgang fulgte av EØS-retten, måtte søksmålet fremmes uavhengig av hva som fulgte av norske prosessregler (avsnitt 36). Retten påpekte at "EØS-avtalen ... ikke [har] regler om søksmålsadgangen for nasjonale domstoler", slik at det "på samme måte som i EU-retten overlates det til det enkelte lands prosessuelle autonomi å avgjøre hvordan avtalens materielle bestemmelser skal gjøres gjeldende for nasjonale domstoler" (avsnitt 37). Deretter følger følgende prinsipputtalelse:

"Med utgangspunkt i lojalitetsplikten, jf. EF-traktaten artikkel 10 og EØS-avtalen artikkel 3, har EF-domstolen, i tillegg til et prinsipp om ekvivalens, dvs. at nasjonale rettigheter og EU/EØS-rettigheter må behandles likt i prosessuell henseende, utviklet det som kalles effektivitetsdoktrinen. Effektivitetsdoktrinen innebærer at enhver skal sikres effektiv adgang til å få prøvet om deres rettigheter etter traktatene, i dette tilfellet EØS-avtalen, er krenket. Prinsippet har utviklet seg noe over tid. Det kan på enkelte områder tenkes å ha noe forskjellig rekkevidde innenfor henholdsvis EU- og EØS-retten, uten at jeg kan se at dette har betydning i vår sak" (avsnitt 38)

I den konkrete saken kom Høyesterett til at heller ikke EØS-retten gav arbeidstakerne søksmålsadgang, men det rokker ikke ved den prinsipielle anerkjennelse av effektivitetsprinsippets stilling i norsk rett. Forbeholdet i sitatets siste setning er prinsipielt viktig, men i lys av de etterfølgende uttalelsene i plenumsdommen i Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II) om at det ville virke "lite rimelig" om borgerne i EØS og EU skulle ha en ulik rettsstilling når det gjelder vernet for deres rettigheter, skal det trolig svært mye til før det kan tenkes å komme til anvendelse.<sup>223</sup>

## 8.2. Krav til effektiv domstolsadgang

Vurdert i ettertid er det kanskje noe overraskende at det gikk elleve år fra EØS-avtalens ikrafttredelse og til den prinsipielle anerkjennelsen av EØS-rettens føringer på prosessretten i Allseas-saken. Noe av forklaringen ligger trolig i at EU-rettens krav til nasjonal prosessrett har utviklet seg over tid og ikke fremstod som like klare i 1994 som i dag. Vel så viktig er det imidlertid at norsk prosessrett synes å ha holdt tritt med denne utviklingen på egen hånd, slik at spørsmål om eventuelle EØS-rettslige føringer for norsk prosessrett ikke kom på spissen.

Illustrerende for en slik oppfatning er Rt. 1996 s. 282 U (Wilhelmsen), hvor det ble gjort gjeldende at avvisning av to nokså abstrakt utformede påstander om at monopolordningen for detaljstomsetning av sterkøl ikke var bindende for saksøkerne og at staten pliktet å la saksøkerne få søke om

bevilling for detaljstomsetning av sterkøl, ville kunne reise EØS-rettslige problemer. Kjæremålsutvalget fant grunn til å fremheve at det var "viktig at de prosessuelle krav for fremme av søksmål stilles slik at det ikke gjøres unødige vanskelige å få prøvet om norsk regelverk eller norske forvaltningsvedtak samsvarer med EØS-regler", før man uttalte følgende om den konkrete saken:

"I et søksmål om gyldigheten av en nektelse av salgsbevilling, vil vedkommende kommune være saksøkt. Det er imidlertid vanskelig å se at dette vil kunne være til ugunst for saksøkerne. Deres interesse ligger i å få prøvd deres egen rett til å selge øl i klasse 3. Det er imidlertid bare kommunen som kan gi salgsbevilling, og saksøkerne vil fullt ut kunne få prøvd alle innsigelser knyttet til et avslag – også innsigelser basert på EØS-regelverket – i søksmål mot kommunen. Utvalget kan ikke se annet enn at dette gir en praktisk tilfredsstillende måte å få prøvd EØS-reglene på. Det er da ikke grunn til å forelegge tolkningsspørsmål for EFTA-domstolen, slik de kjærende parter har bedt om" (s. 287).

Kjennelsen i Wilhelmsen-saken har en parallell i Rt. 1995 s. 758 U (Gundersen-saken), hvor kjæremålsutvalget på liknende vis drev prosessuell veiledning for å få saken inn i et riktig spor. Også i dette tilfellet var det anlagt et heller abstrakt søksmål mot staten for å få prøvet Vinmonopolets detaljmonopol opp mot EØS-avtalen. Avslutningsvis i kjennelsen heter det:

"Kjæremålsutvalget finner grunn til å tilføye: Dersom domstolene ved en realitetsprøving skulle komme til at kommunal bevilling er nødvendig fordi alkoholloven må forstås slik at alt salg av alkoholholdige drikkevarer forutsetter kommunal bevilling, uten hensyn til om det er A/S Vinmonopolet eller andre rettssubjekter som forestår salget, synes saken å kunne avgjøres uten at domstolene tar stilling til forståelsen av de EØS-regler som er påberopt. Ut fra det som er angitt som formålet med søksmålet, synes det å være mer adekvat med et søksmål mot kommunen til prøving av kommunens vedtak om ikke å realitetsbehandle søknaden om skjenkebevilling. Ved et slikt søksmål ville domstolene prejudisielt måtte ta stilling til om den enerett A/S Vinmonopolet er gitt til salg blant annet av vin, lar seg opprettholde ut fra EØS-regelverket" (s. 762).

Begge disse avgjørelsene er godt i samsvar med de krav som EØS-retten stiller til nasjonal prosessrett – det foreligger ikke noe EØS-rettslig krav på abstrakt prøving av om nasjonal lovgivning er i samsvar med EØS-avtalen og det gjorde det ikke umulig eller uforholdsmessig vanskelig for Wilhelmsen og Gundersen å håndheve deres EØS-rettslige rettigheter at søksmålene måtte reises mot kommunen for å være sikker på at de EØS-rettslige spørsmål kom på spissen. Langt fra like uproblematisk er det imidlertid at også Oslo kommune, etter at begge søksmålene i ettertid ble rettet mot den, argumenterte for avvisning. Selv om stat og kommune selsagt er to separate rettssubjekt fra et internrettslig ståsted, vil dette i EØS-rettslig sammenheng fort fremstå som en form for prosessuell "Catch 22" fra det offentliges side. Begge søksmålene mot kommunen ble imidlertid frem-

<sup>223</sup> Tilsvarende Hans Petter Graver, "EØS, suverenitet og statens ansvar for manglende gjennomføring – kommentarer til Høyesteretts dom 28. oktober 2005, Finanger II", *Nytt i privatretten* nr. 4/2005, s. 1-7 (på s. 2): "Når det gjelder kravet på effektiv rettsbeskyttelse for individuelle rettigheter som følge av avtalen, er det vanskelig å tenke seg at denne reservasjonen kan opprettholdes etter Finanger II." Denne side ved Finanger II-dommen omtales nærmere nedenfor i kapittel 9.

met til realitetsbehandling av Oslo byrett.

Ytterligere et eksempel i samme retning er den såkalte ølreklamesaken (Rt. 1998 s. 300 U og Rt. 2000 s. 46 A), hvor to bryggerier gikk til sak for å få fastslått at deres sponing av idrettsklubber ikke var i strid med forbudet mot alkoholreklame. Sakens EØS-rettslige side var knyttet til en anførsel om at et forbud mot alkoholreklame som innbefattet bedriftsprofilering ville kunne være i strid med EØS-avtalen. Staten påstod søksmålet avvist under henvisning til tvistemålsloven § 54 ikke åpnet for fastsettelsessøksmål fra private rettssubjekter som ønsket klarlagt hvordan de plikter å forholde seg etter lovgivningen. I Rt. 1998 s. 300 aksepterte kjæremålsutvalget under henvisning til at det var Rusmiddeldirektoratet som hadde tatt opp saken og antydte reaksjoner som kunne få store konsekvenser (som inndragning av engrosbevilling og eventuelt også straffeforfølgning), noe som tilsa at bryggeriene hadde behov for rettslig avklaring uten å avvente de antydde reaksjonene. Sakens EØS-rettslige side ble ikke berørt, men senere praksis fra EU-domstolen viser at det ville vært i strid med retten til effektiv domstolsadgang for å håndheve EU/EØS-rettslige rettigheter dersom staten hadde fått medhold i avvisningsspåstanden.<sup>224</sup>

Et eksempel på et tilfelle hvor en viss EØS-tilknytning ikke var tilstrekkelig, er Rt. 2001 s. 1505 A (Veivesenets Arbeiderforening). Saken reiste spørsmål om avvisning av søksmål anlagt av en arbeidstakerforening mot Oslo kommune med påstand om at det var urettmessig av kommunen å avvise et anbud fra Oslo Vei i en anbudskonkurranse som gjaldt oppsetting og vedlikehold av skilt. Det var anført at EU/EØS-reglene for offentlige anbudskonkurranser inneholder mange elementer i tilknytning til helse- og miljøspørsmål mv. og derfor også ivaretar interesser som en fagforening bør kunne håndheve i domstolene. Høyesterett viste til håndhevelsesdirektivets krav til søksmålskompetanse og lovgivers forutsetning om at de EØS-rettslige krav var ivaretatt gjennom de alminnelige søksmålsbetingelsene i tvistemålsloven § 54. Det ble lagt til grunn at de EØS-rettslige regler ikke hadde direkte betydning for løsningen av spørsmålet om søksmålskompetanse i den konkrete saken. Spørsmålet om arbeidstakerforeningen hadde tilstrekkelig tilknytning til tvistegenstanden ble imidlertid betegnet som "svært tvilsomt", særlig fordi "EU/EØS-retten kommer inn i bildet" (s. 1509). Uttalt at det ikke kan utelukkes at det kan oppstå tvilsituasjoner der avgjørelsen av anbudskonkurransen har stor betydning for arbeidstakerne, og der det etter en helhetsvurdering kan fremstå som rimelig å gi en fagforening søksmålskompetanse. I den konkrete saken ble imidlertid søksmålet avvist som følge av manglende aktualitet.

Særskilt oppmerksomhet fortjener West Fish-saken, hvor det var spørsmål om avvisning av en begjæring om midlertidig forføyning i forbindelse med vedtak om underkjenning av opprinnelsesbevis for fisk. Begjæringen ble avvist av lagmannsretten under henvisning til at det ikke var norske

tollmyndigheter som treffer de endelige vedtak om toll, men EU. Norske tollmyndigheters oppgave er begrenset til å ta stilling til en del av de faktiske forhold, nemlig om opprinnelsesbevisene er riktige. Denne oppgave var allerede utført og saken var under behandling i EU. En forføyning mot staten ville heller ikke være rettslig bindende for EUs tollmyndigheter og derfor etter lagmannsrettens oppfatning ikke få noen rettslig virkning. I anledning sakens EØS-rettslige dimensjon uttalte lagmannsretten at den ikke kunne se at det "ved fortolkningen av tvangsfullbyrdelsesloven § 15-8 kan legges vekt på at saken gjelder en forpliktelse Norge har etter EØS-avtalen. En eventuell tilpasning av reglene om midlertidig forføyning på dette felt, må være en oppgave for lovgiver."<sup>225</sup> Etter kjæremål fant imidlertid kjæremålsutvalget at lagmannsretten hadde stilt for strenge krav til den rettslige interesse (Rt. 2003 s. 223 U). Etter kjæremålsutvalgets vurdering tilsa hensynet til at en norsk eksportør ikke skulle være uten mulighet for raskt å ivareta sine interesser, at vedkommende måtte ha adgang til å fremme sak om midlertidig forføyning selv om vedtaket allerede er oversendt EU. En midlertidig forføyning ville i alle fall gi tollmyndighetene i importlandene foranledning til å vurdere om de skal avvente det endelige utfallet av den norske saken. Indirekte ville dette kunne ha "såpass konsekvenser" for West Fish at det må aksepteres at selskapet har rettslig interesse i også en begjæring om midlertidig forføyning (avsnitt 34). Kjæremålet inneholdt interessante anførsler fra den private part knyttet til EU-domstolens krav om effektiv domstolsprøvelse (avsnitt 16), men utvalget gikk ikke uttrykkelig inn på dette. Kjennelsen etterlater likevel et visst inntrykk av at den EU/EØS-rettslige bakgrunnen kan ha fått kjæremålsutvalget til å legge kravet til rettslig interesse nokså lavt i dette tilfellet.

### 8.3. Begjæringer om midlertidige forføyninger

I mange tilfeller hvor EØS-rettslige rettigheter gjøres gjeldende i norske domstoler, så skjer dette i form av begjæringer om midlertidige forføyninger. Dette er ikke i seg selv verken spesielt overraskende eller noe som påkaller særskilt EØS-rettslig oppmerksomhet. Riktignok følger det av EU-domstolens mer enn 20 år gamle dom i Factortame-saken at det må være mulig å oppnå midlertidig rettsbeskyttelse av EU-rettslige krav også mot offentlige myndigheter,<sup>226</sup> men helt uavhengig av EØS-retten foreligger som kjent denne muligheten i norsk rett.<sup>227</sup> I noen interessante tilfeller er det imidlertid gjort gjeldende for norske domstoler at de

<sup>225</sup> Borgarting lagmannsretts kjennelse 1. oktober 2002 (LB-2002-2475).

<sup>226</sup> Sak C-213/89, *The Queen mod Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd m.fl.*, Sml. 1990 s. I-2433.

<sup>227</sup> Et illustrerende eksempel fra EØS-rettens område er spilleautomatsaken, hvor iverksettelsen av monopolet ble utsatt i flere år i påvente av rettskraftig avgjørelse av spørsmålet om ordningen var forenlig med EØS-avtalen, jf. kjennelser fra Borgarting lagmannsrett 30. november 2004 (LB-2004-76379) og Oslo tingrett 8. desember 2004. Etter at staten ble frifunnet i lagmannsretten, ble de midlertidige forføyningene opphevet ved Borgarting lagmannsretts kjennelse 26. august 2005 (LB-2005-5287). Automatbransjens kjæremål til Høyesteretts kjæremålsutvalg ble trukket etter at EFTA-domstolen kom til at automatmonopolet var forenlig med EØS-retten, se kjæremålsutvalgets kjennelse om heving av kjæremålssaken 18. mai 2007 (HR-2007-926-U).

<sup>224</sup> Jf. sak C-432/05, *Unibet (London) Ltd og Unibet (International) Ltd mod Justitiekanslern*, Sml. 2007 s. I-2271.

nærmere vilkår for å beslutte midlertidig forføyning etter norsk rett ikke er i samsvar med EØS-rettens effektivitetsprinsipp.

Særlig interessant er begjæringen om midlertidig forføyning i *Allieds Colloids/CIBA-saken*, som Borgarting lagmannsrett avviste ved kjennelse 25. mars 1999.<sup>228</sup> Begjæringen var fremsatt for å få stanset gjennomføringen av et offentlig påbud om giftmerking av polyakrylamid. Kjemikalieselskapene mente påbudet var i strid med EØS-retten da norske myndigheter krevde merking av et stoff som ble omsatt og anvendt i hele EØS-området uten noen merkingsskrav. Staten avviste dette, men konsentrerte sine innsigelser først og fremst om mangelen på sikringsgrunn. Til dette anførte kjemikalieselskapene følgende:

”Ved bedømmelsen av sikringsgrunnen må det også tas hensyn til at domstolene har en plikt til *ex officio* å sørge for effektiv etterlevelse av EØS-retten. Dette følger av EØS-avtalens artikkel 3. Lojalitetsplikten i artikkel 3 er bindende for domstolene. Det følger av EF-domstolens praksis i forhold til lojalitetsprinsippet i EF-traktaten at fellesskapsrettens virkning ikke skal begrenses ved at de nasjonale domstoler frakjennes mulighet til å foreta det som kreves for å tilsidesette nasjonale lovbestemmelser når retten anvender fellesskapsretten. Bestemmelser i EØS-avtalen kan ikke tilsidesettes selv om denne hindringen kun er midlertidig. Det er vist til EF-domstolens dom i sak 213/89. Forpliktelsen til å tilsidesette norsk lov og rettspraksis som begrenser EØS-rettens fulle virkning, omfatter i tillegg til å avsi riktig dom i hovedsaken også plikten til å utstede midlertidige forføyninger.”

Resonnementet er besnærende, men lagmannsretten lot seg ikke overbevise:

”De kjærende parter anfører at norske domstoler er forpliktet til å gjennomføre EØS-retten, og at norsk lovgiver og norske myndigheter ikke har adgang til å begrense domstolenes muligheter for å gjennomføre EØS-retten, heller ikke gjennom begrensninger av midlertidig art. I den generelle formen dette er anført, er det etter lagmannsrettens syn ikke riktig. EØS-avtalen er en folkerettslig avtale, som ikke direkte overfører lovgivningsmyndighet til andre stater eller overnasjonale institusjoner. Norske domstoler skal dømme etter norske rettsregler selv om disse skulle være i strid med regler som Norge er forpliktet til å inkorporere i norsk rett. En annen sak er at EØS-avtalens hoveddel er gjort til norsk rett gjennom EØS-loven av 1992, og at også anvendelsen av tolkningsprinsipper kan føre til at norske regler anses for å være i samsvar med EØS-reglene. Lagmannsretten kan under enhver omstendighet ikke se at de kjærende parters anførsler her får betydning for avgjørelsen av spørsmålet om det skal gis midlertidig forføyning i dette tilfellet. Det er uenighet og usikkerhet omkring spørsmålet om merkepalegget er i strid med EØS-retten. Dette spørsmålet skal avgjøres i hovedsaken, etter det lagmannsretten forstår etter at det først har vært forelagt EFTA-domstolen til uttalelse. Etter sikker norsk rettspraksis har domstolene adgang til å

avslå en begjæring om midlertidig forføyning av den grunn at sikringsgrunnen ikke er sannsynliggjort, uten å være nødt til å ta standpunkt til spørsmålet om kravet er sannsynliggjort. Så lenge det ikke er fastslått hva som er innholdet av den EØS-retten Norge i dette tilfellet er bundet av, kan lagmannsretten ikke se at norske domstoler er forpliktet til å unnlate å legge til grunn for sin avgjørelse norske rettsregler om hva som skal til for at en begjæring om midlertidig forføyning skal gis medhold.”

Det er ikke alle sider ved lagmannsrettens argumentasjon som synes like treffende, men resultatet er riktig. EU-domstolen har i ettertid bekreftet at det i henhold til prinsippet om medlemsstatenes prosessuelle autonomi tilkommer ”hver medlemsstat i sin interne retsorden at regulere betingelserne for at anordne foreløbige foranstaltninger, der har til formål at sikre beskyttelsen af borgernes rettigheder i henhold til fællesskapsretten”.<sup>229</sup> EØS-rettens krav er følgelig overholdt så lenge norske domstoler på EØS-rettens område praktiserer deres alminnelige kompetanse til å etterkomme begjæring om midlertidige forføyninger i overensstemmelse med prinsippene om prosessuell likebehandling (ekvivalens) og effektivitet.

I tilfeller hvor domstolene i saker om midlertidige forføyninger velger å gå inn på spørsmålet om hovedkravet er sannsynliggjort, må det imidlertid kreves at retten tar selvstendig stilling til det sannsynlige utfall av de EØS-rettslige tolkningsproblemer som er reist i saken. Det finnes enkelte eksempler fra rettspraksis som indikerer at Høyesteretts kjæremålsutvalg tar noe lett på denne oppgaven. I Rt. 1995 s. 1589 U (*Kiddie Rides*) nøyde utvalget seg med å vise til at man ikke fant grunnlag for å tilsidesette lovgivers vurdering av at lotterilovens nye regler om oppstillingstilatelser for spilleautomater var forenlig med EØS-avtalen. I Rt. 1997 s. 1895 U (*MAN/Shell*) uttalte kjæremålsutvalget at spørsmålet om tolkningen av EØS-avtalens konkurranseregler ”bare i begrenset utstrekning” var blitt opplyst for utvalget, og derfor fremstod ”som noe tvilsomt”. Utvalget nøyde seg med å påpeke at det ikke var holdepunkter ”i det fremlagte materiale” for å sette til side lagmannsrettens standpunkt, bl.a. fordi den kjærende part ikke hadde påberopt ”praksis fra EU-domstolen til støtte for selskapets syn”. I følge Henrik Bull synes det som om utvalget ikke føler seg forpliktet ”in cases regarding interim measures, to make an in-depth analysis of EEA law of its own motion”.<sup>230</sup> Ettersom norske domstoler ikke synes å operere med noen tilsvarende tilbakeholdenhet i andre tilfeller, står denne praksisen i et problematisk forhold til kravet til prosessuell likebehandling av EØS-rettslige saker.

<sup>229</sup> Sak C-432/05, *Unibet (London) Ltd og Unibet (International) Ltd mot Justitiokanslern*, Sml. 2007 s. I-2271, avsnitt 78-83. Løsningen var imidlertid ingenlunde så selvsagt som lagmannsrettens synes å mene, og EU-domstolens tilbakeholdenhet har blitt møtt med kritikk fordi det er ikke ubetydelige forskjeller i den midlertidige rettsbeskyttelse i ulike medlemsstater.  
<sup>230</sup> Henrik Bull, ”European Law and Norwegian Courts”, i Peter-Christian Müller-Graff og Erling Selvig, *The Approach to European Law in Germany and Norway*, Berlin 2004, s. 95-114 (på s. 107).

Ut fra hensynet til en rask avgjørelser er det derimot er det derimot lite å innvende mot at norske domstoler regelmessig avslår begjæringer om foreleggelse for EFTA-domstolen i saker som gjelder midlertidige forføyninger, jf. eksempelvis Rt. 1995 s. 1789 U (Kiddie Rides), Rt. 1996 s. 1569 U (VinCompagniet), Rt. 1997 s. 1859 U (MAN/Shell) og kjæremålsutvalgets avgjørelse av 15. juni 2004 i HydroTexaco-saken (HR-2004-01051-U).

For øvrig gjelder her som ellers at EØS-rettens generelle føringer for nasjonal prosessrett kan innskjerpes gjennom sekundærlovgivning. Et tilfelle hvor dette ble gjort gjeldende, er kjennelsen i Pirate Bay-saken inntatt i RG 2010 s. 171 (Borgarting). Rettighetshaverne viste i dette tilfellet til at de i følge opphavsrettsdirektivet (2001/29/EF) artikkel 8 tredje ledd skal ha adgang til å kreve forføyning mot mellommenn: "Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right". Ved gjennomføringen av direktivet hadde lovgiver lagt til grunn at de eksisterende bestemmelsene om medvirkning i åndsverkloven og midlertidig forføyning i tvisteloven (daværende tvangsfullbyrdsloven) var tilstrekkelige til å konstatere at norsk rett var i samsvar med direktivet på dette punkt. For lagmannsretten gjorde rettighetshaverne gjeldende at disse reglene da måtte tolkes slik at deres rett til forføyning mot Telenor ble ivaretatt, jf. presumsjonsprinsippet. Mot dette innvendte Telenor at direktivets artikkel 8 tredje ledd ikke kunne gis "direkte virkninger i norsk rett". For lagmannsretten var det imidlertid ikke påkrevd å gå inn på dette da retten fant at direktivet ikke gav rettighetshaverne noen ubetinget adgang til å kreve forføyning. Lagmannsretten viste til at det i fortalen til opphavsrettsdirektivet punkt 59 er uttrykkelig forutsatt at det er opp til medlemsstatene å utforme de nærmere vilkår for midlertidige forføyninger. Det ble derfor ikke ansett uforenlig med opphavsrettsdirektivet at det i norsk rett måtte kreves at Telenor hadde medvirket til de rettighetskrenkelser som finner sted via The Pirate Bay. Ettersom lagmannsretten fant at slik medvirkning ikke forelå, ble begjæringen om midlertidig forføyning avvist.

#### 8.4. Søksmålsfrister, saksomkostninger m.v.

Etter den prinsipielle anerkjennelsen av EØS-rettens føringer for norsk prosessrett i Rt. 2005 s. 597 A (Allseas Marine Contractors) er ekvivalens- og effektivitetsprinsippet de siste år påberopt i en lang rekke forskjellige sammenhenger. En prosessuell regel som har fått særlig oppmerksomhet i denne forbindelse, er den tidligere bestemmelsen i skattebetalingsloven (1952) § 48 nr. 5, som fastsatte at søksmål fra en skattepliktig til prøving av ligningsavgjørelse må reises innen seks måneder regnet fra utleggingen av skattelisten til ettersyn, eller fra melding ble sendt til skattyteren om vedtak i endringssak.<sup>231</sup> Da det i kjølvannet av den ovenfor omtalte Fokus Bank-saken ble anlagt en lang rekke søksmål mot staten med krav om tilbakesøking av, eller erstatning

231 I forbindelse med vedtagelsen av den nye skattebetalingsloven 17. juni 2005 nr. 67 er søksmålsfristen i 1952-loven § 48 nr. 5 nå videreført ligningsloven § 11-1 nr. 4.

for skatt innkrevd i strid med EØS-retten, anførte staten at søksmålene ble rammet av dennes bestemmelsen. I argumentasjonen for at søksmålsfristen ikke kunne komme til anvendelse, viste saksøkerne bl.a. til effektivitetsprinsippet og lojalitetsplikten nedfelt i EØS-avtalen artikkel 3. I underinstansene fikk staten i det alt vesentligste medhold,<sup>232</sup> men i kjennelsene Rt. 2006 s. 1265 A (Edquist) og Rt. 2006 s. 1281 A (Canica) kom Høyesterett til at søksmålene måtte fremmes i den utstrekning krav om tilbakesøking og erstatning er begrunnet med forhold som ligger utenfor selve ligningsvedtaket. I begge kjæremålsakene var det utførlige henvisninger til EØS-rettens føringer fra begge parter, men Høyesterett gikk i liten grad inn på dette. Utfallet tatt i betraktning kunne dette heller ikke være påkrevd. Den omstendighet at søksmålene kun ble tillatt fremmet i den utstrekning krav om tilbakesøking og erstatning er begrunnet med forhold som ligger utenfor selve ligningsvedtaket, medførte imidlertid at de prosessuelle spørsmålene fortsatte å spille en sentral rolle i den etterfølgende realitetsbehandlingen av Edquist-saken.<sup>233</sup> Endelig dom falt i Høyesterett 7. desember 2010, og i den forbindelse uttalte retten bl.a. følgende om sakens prosessuelle sider:

"Det følger av entydig praksis ved EU-domstolen at en søksmålsfrist på 6 måneder ikke kan anses som et brudd på effektivitetsprinsippet. Fristen etter skattebetalingsloven er den samme for innsigelser basert på forholdet til EØS-avtalen, som for andre innsigelser mot ligningen. Noen vurdering i forhold til ekvivalensprinsippet aktualiseres derfor ikke ved anvendelsen av søksmålsfristen for inngående utbytte. Ved utgående utbytte kan ekvivalensprinsippet tenkes å føre til en modifikasjon av utgangspunktet for søksmålsfristen, men dette gjelder det lite praktiske tilfellet at aksjonæren ikke er blitt gjort kjent med at kildeskatten ved ligningen er endret i hans disfavør, og jeg finner ikke grunn til å gå inn på hvordan løsningen må bli i disse tilfellene."<sup>234</sup>

Siste setning i det siterte avsnittet gjelder spørsmålet om søksmålsfristen i skattebetalingsloven 1952 § 48 nr. 5 kunne påberopes overfor utenlandske aksjonærer som, i motsetning til innenlandske aksjonærer, ikke var blitt varslet om skattevedtaket (og hvor det heller ikke ble utlagt noen skattemaliste som viste utmålingen av kildeskatten for den enkelte aksjonær). Mye tilsier at det ville være i strid med effektivitetsprinsippet å anvende søksmålsfristen i slike tilfeller,<sup>235</sup>

232 Jf. Borgarting lagmannsretts kjennelser 7. februar 2006 i sak LB-2005-183316 (Edquist) og 15. juni 2006 i sak LB-2006-25376 (Canica). I Canica-saken var Oslo tingrett var av den oppfatning at erstatnings- og tilbakesøkningskravet måtte fremmes, jf. kjennelse 22. desember 1995 (TOSLO-2004-70755).

233 I Canica-saken ble det ingen realitetsavgjørelse fordi Høyesterett kom til at det måtte innrømmes oppreisning for oversittelse av søksmålsfristen, jf. Rt. 2006 s. 1281 A, avsnitt 57 flg. Også her var det anført at så vel lojalitetsplikten etter EØS-avtalen artikkel 3 som effektivitetsprinsippet måtte få betydning for spørsmålet om det skulle gis oppreisning for oversittelse av søksmålsfristen, men Høyesterett gikk ikke inn på EØS-rettens eventuelle betydning på dette punkt.

234 HR-2010-2082-A, avsnitt 66.

235 Jf. særlig EFTA-domstolens uttalelser i Fokus Bank-saken om at det innbar ubegrunnet forskjellsbehandling i EØS-avtalen artikkel 40s forstand at utenlandske aksjonærer i motsetning til innenlandske aksjonærer ikke ble



men Høyesterett har nok rett i at det er lite praktisk at ikke også utenlandske aksjonærer i praksis ble gjort kjent med ligningsvedtaket på annet vis.

For Borgarting lagmannsrett bar det helt galt av sted da retten skulle ta stilling til dette spørsmålet.<sup>236</sup> Under henvisning til Finanger I-dommen uttalte lagmannsretten "at selv om EØS-rettens minimumskrav til prosessen skulle være krenket, kan ikke lagmannsretten sette skattebetalingsloven § 48. nr. 5 til side som ikke gjeldende". En helt avgjørende forskjell mellom Finanger I-saken og Edquist-saken er imidlertid at den aktuelle EØS-regelen i førstnevnte tilfelle ikke var gjennomført i norsk rett. Det som lagmannsretten karakteriserte som "EØS-rettens minimumskrav til prosessen" er imidlertid utledet av lojalitetsplikten nedfelt i EØS-avtalen artikkel 3 og *denne* bestemmelsen har helt siden EØS-avtalens ikrafttredelse i 1994 vært en del av norsk rett, jf. EØS-loven § 1. Ved eventuell motstrid mellom EØS-avtalen artikkel 3 og en bestemmelse som skattebetalingsloven (1952) § 48 nr. 5, følger det derfor av EØS-loven § 2 at førstnevnte må gis fortrinn. At norske prosessregler må vike i et tilfelle som dette, fremgår dessuten uttrykkelig av Høyesterett i den ovennevnte kjennelsen Rt. 2005 s. 597 A (Allseas Marine Contractors). Lagmannsrettens oppfatning av at de utenlandske aksjonærene var henvist til å kreve erstatning for brudd på prosessuelle minimumskrav, er således nokså misforstått.

Ut over de alt nevnte sakene har EØS-rettens mulige innvirkning på prosessuelle spørsmål dukket opp i en rekke større og mindre sammenhenger. Et spørsmål som beskjefteget norske domstoler mot slutten av 1990-taller var forholdet mellom tvistmålsloven § 182 om utledingers plikt til å stille sikkerhet for et eventuelt saksomkostningsansvar og diskrimineringsforbudet i EØS-avtalen artikkel 4. I saken European Navigation mot Star Forsikring kom Oslo skifterett i en kjennelse høsten 1996 til at tvistemålslovens ordning innebar indirekte diskriminering av utenlandske saksøkere i strid med artikkel 4 i EØS-avtalen.<sup>237</sup> Etter kjæremål kom Borgarting lagmannsrett til motsatt konklusjon,<sup>238</sup> bl.a. under henvisning til at det ikke fremstod som "tilstrekkelig" klart at et pålegg om sikkerhetsstillelse vil være i strid med EØS-avtalen artikkel 4 ("klarhetsdoktrinen", jf. nærmere nedenfor i kapittel 11, punkt 11.2). Uttalelser som at hensynene bak tvistemålsloven § 182 fremstod "som mer fjerne i forhold til EU-rettens frihetsprinsipper" og at det ikke lå noe "diskriminerende element" i formålet om å sikre saksøktens interesse i å kunne bli holdt skadesløs ved saksanlegg som det viser seg at ikke fører fram, gav ikke akkurat inntrykk av at lagmannsretten hadde tatt inn over seg EØS-rettens krav til nasjonal prosessrett, eller forstått den EU/EØS-rettslige tilnærming til spørsmålet om det foreligger indirekte diskriminering og om denne eventuelt kan rettfærdiggjøres. Høyesteretts kjæremålsutvalg synes for sin del å ha erkjent at det var tvilsomt om tvistemålslovens regler

om sikkerhetsstillelse for utledninger var forenlig med EØS-avtalen i det utvalget besluttet å legge spørsmålet frem for EFTA-domstolen. Kjæremålet for Høyesterett ble imidlertid trukket tilbake før EFTA-domstolen rakk å avgi noen uttalelse.<sup>239</sup> Kun kort tid senere, og vel som en konsekvens av at European Navigation-saken aldri ledet til noen avklaring, forela Oslo tingrett det samme tolkningsspørsmålet for EFTA-domstolen i saken Blyth Software mot AlphaBit. Også denne forespørselen ble imidlertid trukket tilbake før EFTA-domstolen rakk å avgi noe svar.<sup>240</sup> Spørsmålet dukket deretter opp på ny for Borgarting lagmannsrett i RG 2000 s. 1214. Lagmannsretten fastholdt imidlertid standpunktet fra European Navigation-saken. Nå hadde imidlertid også ESA engasjert seg i spørsmålet og før det havet på spissen for domstolene nok en gang, ble bestemmelsen i tvistmålsloven § 182 endret ved lov av 15. juni 2001 nr. 58.<sup>241</sup>

Ytterligere eksempler EØS-relaterte anførsler i prosessuell sammenheng gir for eksempel Rt. 1999 s. 1626 U, hvor kjæremålsutvalget til å vise til viste "regelverket etter EØS-avtalen" i et tilfelle hvor lagmannsretten feilaktig hadde antatt at en anke måtte underskrives av norsk advokat.

I Rt. 2004 s. 351 U var det spørsmål om dokumentfremleggelse i tvist om offentlig anskaffelse. Det var anført at fremleggelsesplikt fulgte av EU-domstolens praksis, noe staten avviste. Kjæremålsutvalget fant lagmannsrettens begrunnelse for hvorfor dokumentene var irrelevante utilstrekkelig, og opphevet kjennelsen uten å gå inn på den EØS-rettslige anførselen.

I Rt. 2004 s. 754 A (Paranova) var det spørsmål om avskjæring av det som ble hevdet å være en juridisk betenkning, noe Høyesterett avviste under henvisning til at den var fremlagt for EFTA-domstolen og dermed var blitt en del av sakens dokumenter. I følge Høyesterett ville det være "uakseptabelt om den nasjonale domstolen som mottar EFTA-domstolens rådgivende uttalelse etter anmodning, skulle være avskåret fra dokumenter som EFTA-domstolen har fått fremlagt under sin behandling av anmodningen" (avsnitt 6). Dette er det umiddelbart lett å være enig i, men det er ikke til å komme forbi at rettsoppfatningen gir partene mulighet til å omgå forbudet mot fremleggelse av juridiske betenkninger avgitt i anledning saken etter tvisteloven § 11-3 i tilfeller hvor det blir innhentet en uttalelse fra EFTA-domstolen.

I Rt. 2009 s. 1103 U var det anført at konkurranseloven § 10 var til hinder for et pålegg om fremleggelse av dokumentbevis vedrørende et flyselskaps ruteregnskap og strategidokumenter, jf. tvisteloven § 22-10. Ankeutvalget viste til at avtalebegrepet i konkurranseloven § 10 (jf. EØS-avtalen artikkel 53) i henhold

239 Jf. hevingskjennelsen i Rt. 1998 s. 330 U.

240 Se sak E-4/98, *Blyth Software Ltd. mot AlphaBit AS*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 240.

241 Jf. departementets redegjørelse i Ot.prp. nr. 63 (2000-2001). Oppfatningen av at norsk rett var uforenlig med EØS-avtalen på dette punkt synes senere langt på vei bekreftet ved EFTA-domstolens uttalelse 17. desember 2010 i sak E-5/10, *Dr. Joachim Kottke v Präsidial Anstalt and Sweetyle Stiftung*.

varslet om ligningsbehandlingen (avsnitt 41-46).

236 Dom og kjennelse 13. januar 2010 (LB-2007-151609).

237 Kjennelse 12. november 1996 (sak 96-02246).

238 Kjennelse 22. april 1997 (LB-1997-1).

til EFTA-domstolens praksis skal tolkes vidt, men avviste under henvisning til praksis fra Førsteinstansdomstolen at pålegg fra det offentlige i medhold av lov var omfattet.

Selv om det hittil har gitt heller magre resultater i tilfeller hvor EØS-rettens føringer for nasjonal prosessrett er påberopt i norske domstoler, foreligger det en rekke andre problemstillinger hvor EØS-retten vil kunne få praktisk betydning.<sup>242</sup> Kravene til prosessuell likebehandling og effektive håndhevelsesmuligheter vil komme til anvendelse på hele prosessretten, noe verken parter eller domstoler alltid synes å ha vært oppmerksomme på. Som et eksempel på et slikt tilfelle kan avslutningsvis nevnes spørsmålet om ansvar for sakskostnader i tilfeller hvor det har vært innhentet en uttalelse fra EFTA-domstolen. I Rt. 2004 s. 904 A (Paranova) ble den seirende parallellimportøren tilkjent sakskostnader for Høyesterett etter hovedregelen i tvistemålsloven § 172 første ledd [nå tvisteloven § 20-2] fordi det *etter at EFTA-domstolens rådgivende uttalelse forelå*, ikke var grunnlag for særlig tvil om resultatet (avsnitt 99, min kursivering). At EFTA-domstolens uttalelse var klargjørende er selvsagt bra, men det avgjørende for kostnadsavgjørelsen må være hvor tvilsomt saken var *uten* denne klargjøringen. Dersom saken var så tvilsom at motparten etter tvisteloven § 20-2 tredje ledd ville blitt fritatt for kostnadsansvaret om Høyesterett hadde avgjort den alene, kan ikke det forhold at det ble innhentet en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen lede til et annet (og for den tapende part mindre gunstig) resultat. Noe tilsvarende gjelder kostnadsavgjørelsen i Rt. 2003 s. 866 U (CIBA), hvor det bl.a. ble uttalt at det "nepe [ville] være hensiktsmessig" om norske domstoler i hevingssaker skulle måtte foreta en selvstendig vurdering av tvilsomheten av de rettsspørsmål som forelegges EFTA-domstolen (avsnitt 30). Det kan innvendes mot dette at denne utfordringen først oppstår ved særskilt anke over den foreleggende domstolens kostnadsavgjørelse etter tvisteloven § 20-9 tredje ledd og vel da ikke står i noen prinsipielt annen stilling enn andre saker hvor ankeinstansen særskilt må prøve underinstansens vurdering av om rettsanvendelsen var tvilsom.<sup>243</sup> For den domstol som har besluttet å innhente en uttalelse fra EFTA-domstolen, vil jo ikke vurderingen by på særlige problemer.<sup>244</sup> Også her tilsier likebehandlingsprinsippet at den reelle adgangen til å få overprøvd en kostnadsavgjørelse ikke kan reduseres bare fordi det er innhentet en uttalelse fra EFTA-domstolen i saken.

242 Se nærmere Fredriksen 2009.

243 Ved særskilt anke over sakskostnadsavgjørelsen etter § 20-9 tredje ledd kan ankeinstansen fullt ut prøve spørsmålet om rettslig tvil, jf. Rt. 2002 s. 789.

244 Det er illustrerende at den foreleggende domstolen i CIBA-saken (Oslo tingrett), selv var av den oppfatning at rettsspørsmålet i saken var så tvilsomt at saksomkostninger ikke burde tilkjennes, se opplysninger om dette i Rt. 2003 s. 866 U, avsnitt 11.

## 9. Særlig om EØS-avtalens geografiske virkeområde

En generell problemstilling av betydelig prinsipiell interesse som har beskjeftiget norske domstoler, er spørsmålet om EØS-rettens geografiske virkeområde. Spørsmålet kom på spissen i to straffesaker mot rederiene Kvitsjøen AS og Leinebris AS, men det har også dukket opp for norske domstoler i annen sammenheng og dets betydning er selvsagt ikke begrenset til strafferettens område. Domstolens håndtering av dette spørsmålet er derfor her skilt ut til særskilt (om enn kortfattet) omtale.<sup>245</sup>

I straffesaken mot rederiet Kvitsjøen AS var bakgrunnen at en 60 % norskeid tråler med kaptein og mannskap fra Nederland hadde fisket innenfor norsk økonomisk sone, men utenfor territorialgrensen. Bemanningen var klart i strid med den daværende bestemmelsen i fiskeriforbudsloven § 3, som krevde at minst halvparten av mannskapet måtte være enten norske statsborgere, eller være bosatt i Norge. Rederiet ble frifunnet i byretten som etter en inngående vurdering fant nasjonalitets- og bosettingskravet uforenlig med EØS-avtalen artikkel 28.<sup>246</sup> Byretten var imidlertid ikke oppmerksom på problematikken knyttet til EØS-avtalens geografiske virkeområde. Etter anke fra påtalemyndighetene ble rederiet domfelt i lagmannsretten under henvisning til at EØS-avtalen ikke kommer til anvendelse utenfor territorialgrensen.<sup>247</sup> Lagmannsretten tok utgangspunkt i at EØS-avtalen i henhold til dens artikkel 126 bare gjelder på avtalepartenes "territorium". I følge lagmannsretten måtte "territoriumbegrepet i EØS-avtalens artikkel 126 nr. 1, mest naturlig ... oppfattes å ha det samme innhold som det tradisjonelle folkerettslige territorialbegrep". Retten viste riktignok til at det innenfor EØS-avtalens rammeverk finnes "eksempler på at det er avtalt felles regler og ordninger som ikke begrenses av det virkeområde som EØS-avtalens artikkel 126 synes å beskrive", noe som "kan trekke i retning av at territorialbegrepet bør gis en funksjonell forståelse ut fra en hensiktsmessighetsvurdering fra område til område." En slik løsning kunne virke "nærliggende idet fartøyet fortsatt befinner seg innenfor norsk jurisdiksjon selv om det er uten-

245 Se inngående om spørsmålet Finn Arnesen, *Statlig styring og EØS-rettslige skranker*, Oslo 1996 s. 59 flg.

246 Kristiansand byretts dom 18. juni 2001 (sak 01-176 M/01).

247 Agder lagmannsretts dom 10. desember 2001 (LA-2001-1152).

for den tradisjonelle territorialgrense og de produktene fisket frembringer faktisk både kan ildandføres og omsettes innen EØS-området." Lagmannsretten konkluderte imidlertid med at eksemplene på EØS-regler som er gitt anvendelse ut over norsk territorium i tradisjonell, folkerettslig forstand, ikke gav grunnlag for "en alminnelig utvidende tolkning av artikkel 126", men snarere måtte sees som "kasuistiske eksempler på at det er inngått særlige avtaler om bestemte forhold som ellers ville falt utenfor avtalen". I følge lagmannsretten kunne man ikke "ut fra hensiktsmessighetsbetraktninger utvide EØS-avtalens virkeområde til å gjelde i andre spesielle forhold selv om man måtte mene at det, det lege ferenda, ligger til rette for dette."

Rederiet anket ikke Agder lagmannsretts fellende dom, men valgte likevel å gjøre ESA oppmerksom på det man mente var et brudd på prinsippet om fri bevegelse av arbeidstakere i henhold til EØS-avtalens artikkel 28. Henvendelsen ledet til en brevveksling mellom ESA og norske myndigheter, hvor ESA gjorde gjeldende at EØS-avtalens virkeområde må defineres på en "funksjonell måte" og i lys av EØS-avtalens formål og hensikt, mens norske myndigheter fastholdt at EØS-avtalen ikke kommer til anvendelse utenfor territorialgrensen.<sup>248</sup> ESA innledet deretter prosedyren som i siste instans kan lede til traktatbruddsspørsmål for EFTA-domstolen og fastholdt sitt syn både i et formelt åpningsbrev og en etterfølgende grunnitt uttalelse etter ODA artikkel 31. I et norsk svar, som kom kort tid etter den grunnitte uttalelsen, ble det bebudet en lovendring der nasjonalitetskravet i fiskeriforbudsloven § 3 ville bli fjernet, men bostedskravet opprettholdt. Norske myndigheter fastholdt at man fremdeles mener at EØS-avtalen ikke kommer til anvendelse i norsk økonomisk sone, men lovendringen ble begrunnet i usikkerhet i forhold til om Norge oppfyller de forpliktelse som følger av EØS-avtalen i forhold til regelverket om fri bevegelse for arbeidstakere og tjenester.<sup>249</sup>

Parallelt med diskusjonen mellom ESA og norske myndigheter, dukket spørsmålet opp på ny i straffesaken mot rederiet Leinebris AS. Autonlinebåten Leinebris var 100 % norskeid og med norsk mannskap, men fartøysførereren var dansk/færøysk borger bosatt på Færøyene. På tilsvarende vis som i Kvitsjøen-saken hadde båten fisket i norsk økonomisk sone utenfor territorialgrensen. Tiltalen var begrunnet i overtredelse av kravet i fiskeriforbudsloven § 3 om at fartøysførereren måtte være norsk borger eller bosatt i Norge. I tingretten ble rederiet domfelt under henvisning til lagmannsrettens dom i Kvitsjøen-saken.<sup>250</sup> Tingretten viste til ESAs begrunnede uttalelse, men tilføyde at denne foreløpig ikke hadde ledet til noen endring av det norske regelverket og at den heller ikke var fulgt opp med søksmål for EFTA-domstolen.

248 Se nærmere om brevvekslingen mellom ESA og norske myndigheter i Frostating lagmannsretts dom 21. september 2006 i Leinebris-saken (LF-2006-24118). Korrespondansen i sin helhet er inntatt som vedlegg til Ot.prp. nr. 99 (2005-2006).

249 Jf. Ot.prp. nr. 99 (2005-2006), s. 6.

250 Søre Sunnmøre tingretts dom 4. november 2005 (sak 05-121865MED-SOSU).

I anken ble lagmannsretten bedt om å forelegge de EØS-rettslige spørsmål for EFTA-domstolen, men denne begjæringen ble ikke tatt til følge. Lagmannsretten redegjorde utførlig for brevvekslingen mellom ESA og norske myndigheter. For så vidt gjelder spørsmålet om EØS-avtalens geografiske virkeområde uttalte retten deretter følgende:

"Selv om EØS-avtalens artikkel 126 første ledd omtaler anvendelse av avtalen på de aktuelle lands territorier, er lagmannsretten kommet til at det vil være en for formalistisk fortolkning å legge til grunn at EØS-avtalen ikke får virkning utenfor territorialgrensen.

ESA hadde i brev av 16. august 2002 uttalt at EØS-avtalens virkeområde skal defineres på en funksjonell måte og i lys av EØS-avtalens formål og hensikt. I åpningsbrevet av 16. juli 2003 fremhevet ESA sin grunnitte uttalelse fra 1999 om personer som arbeider på norsk kontinentalsokkel, og det ble videre vist til et utsagn fra EF-domstolen i 1974 om at regelen om likebehandling gjelder ved bedømmelsen av alle rettsforhold i den utstrekning slike forhold kan stedfestes til fellesskapets territorium fordi de er inngått der eller får virkning der. I Prodestsaken fra 1984 ble det lagt vekt på om ansettelsesforholdet var tilstrekkelig nært knyttet til fellesskapet.

Hva angår geografisk virkeområde for EØS-avtalen slutter lagmannsretten seg til ESAs konklusjon i åpningsbrevet om at fiskernes ansettelsesforhold er tilstrekkelig nært knyttet til EØS-territoriet til at EØS-reglene om fri bevegelse av arbeidstakere gjelder for arbeidstakere om bord på norske fiskefartøyer, også i norsk økonomisk sone."<sup>251</sup>

Lagmannsretten fulgte opp med en lengre drøftelse av om nasjonalitets- og bosettingskravet i fiskeriforbudsloven § 3 var strid med EØS-avtalen artikkel 28, noe som til sist ble besvart bekræftende.

I lys av sakens prinsipielle karakter var det verken overraskende at påtalemyndigheten valgte å anke frifinnelsen til Høyesterett eller at kjæremålsutvalget besluttet å henvise saken til behandling i Høyesterett. Kort tid før forhandlingene i Høyesterett valgte imidlertid riksadvokaten å trekke anken, med den følge at Høyesterett ikke fikk muligheten til å gi uttrykk for sitt syn på spørsmålet om EØS-avtalens anvendelse i norsk økonomisk sone.<sup>252</sup>

Årsakene til riksadvokatens beslutning i Leinebris-saken er ikke kjent, men inntrykket av at norske myndigheter kanskje ikke ønsker å stille spørsmålet om EØS-avtalens anvendelse i norsk økonomisk sone på spissen styrkes av Oslo tingretts dom 18. mai 2009 (TOSLO-2008-177324 – Poseidon

251 Frostating lagmannsretts dom 21. september 2006 (LF-2006-24118). Det kan innvendes mot dommen at lagmannsretten synes å ha oversett at den utenlandske fartøysførereren på "Leinebris" var bosatt på Færøyene og derfor ikke i posisjon til å påberope seg EØS-avtalens artikkel 28, jf. EØS-avtalens artikkel 126 sammenholdt med den tidligere EF-traktaten artikkel 299 nr. 6 bokstav a (jf. nå EUF-traktaten artikkel 355 nr. 5 bokstav a). 252 Jf. hevingsskjennelse 18. april 2007 (HR-2007-707-F).

Personell Services). Det fremgår av denne avgjørelsen at staten ikke krever inn arbeidsgiveravgift for arbeid på norsk sokkel utført av personale bosatt i EU/EØS-området. I den aktuelle saken ble det forgjeves anført at det da heller ikke kunne være grunnlag for å kreve inn arbeidsgiveravgift for arbeid utført av personale bosatt utenfor EØS, men i herværende sammenheng er det av særlig interesse at saksøker i den forbindelse viste til en forliksavtale mellom Allseas-gruppen (inklusive bl.a. saksøker) og staten v/ Finansdepartementet av 4./5. desember 2006, inngått under rettssak for Stavanger tingrett, hvor partene ble enige om at staten skulle tilbakebetale større deler av det beløp som Allseasgruppen hadde innbetalt i arbeidsgiveravgift i perioden 1994-2005, samt rentekompensasjon, totalt ca kr 39,5 millioner. Tingretten påpekte at vurderingene som lå til grunn for at saken ble forlikt, ikke var kjent for retten, men at var "nærliggende å anta at forliket skyldtes usikkerhet med hensyn til anvendelsen av rådsforordningene i EØS-avtalen på norsk kontinentalsokkel."

Så lenge norske myndigheter synes å innrette seg som om EØS-avtalen gjelder også utenfor territorialgrensene, er det liten grunn for ESA til å stille spørsmålet på spissen for EFTA-domstolen. Rettslig sett må nok spørsmålet om EØS-avtalens geografiske virkeområde karakteriseres som uavklart, men dette synes langt på vei redusert til et teoretisk spørsmål uten særlig praktisk betydning.

## 10. EØS-rettens gjennomslag i norsk rett – direkte virkning, forrang, EØS-konform tolkning og statlig erstatningsansvar

### 10.1. Innledning

Under EØS-forhandlingene og i den første tiden etter avtalens ikrafttredelse var spørsmålene knyttet til EØS-rettens gjennomslag i intern norsk rett sterkt omdiskutert. I den overnasjonale EU-retten er traktatbestemmelser og forordninger direkte anvendelige i medlemsstatenes interne rett. I henhold til EU-domstolens praksis kan også direktiver som tillegger private rettigheter overfor det offentlige på nærmere vilkår måtte gis direkte virkning av nasjonale domstoler dersom medlemsstaten ikke har gjennomført dem som forutsatt.<sup>253</sup> Videre følger det av EU-domstolens utlegning av lojalitetsplikten nedfelt i Roma-traktaten artikkel 10 (nå: EU-traktaten artikkel 4 tredje ledd) at nasjonale domstoler plikter å utnytte et hvert tolkningsrom for å sikre at nasjonal rett fortolkes og anvendes i overensstemmelse med EU-retten.<sup>254</sup> Og endelig, som et ytterligere virkemiddel for å sikre EU-retten effektivt gjennomslag i medlemsstatene, har EU-domstolen utviklet en lære om statlig erstatningsansvar for brudd på EU-regler som tar sikte på å gi private rettigheter.<sup>255</sup>

Under EØS-forhandlingene bød spørsmålet om EØS-rettens gjennomslag i EFTA-statene på betydelige vanskeligheter.<sup>256</sup> Fra EU-siden ble det hevdet at det var uakseptabelt at de felles markedsreglene ikke skulle ha samme gjennomslag i EFTA-statene som i EU, mens det av de nordiske EFTA-statene av konstitusjonelle og politiske årsaker ble ansett svært viktig å unngå at EØS-avtalen rokket ved deres dualistiske tilnærming til forholdet mellom intern rett og folkerettslige forpliktelser. Det er på denne bakgrunn lite overraskende at avtalens ordlyd egentlig ikke er særlig klar om disse spørsmål.<sup>257</sup> Riktignok støtter både

<sup>253</sup> Utførlig til dette Sacha Prechal, *Directives in EC Law*, 2. utg., Oxford 2005, s. 216 flg.

<sup>254</sup> Se nærmere Paul Craig og Gráinne de Búrca, *EU Law*, 4. utg., Oxford 2008, s. 287 flg.

<sup>255</sup> Craig og de Búrca 2008 s. 328 flg.

<sup>256</sup> Jf. Henrik Bull, *Det indre marked for tjenester og kapital*, Oslo 2002, s. 78 (Bull deltok selv i forhandlingene om disse spørsmål).

<sup>257</sup> Jf. Bull 2002 s. 78, som medgir at bl.a. EØS-avtalen artikkel 6 kunne vært klarere om dette, men påpeker at det er snakk om "en kompromissformulering på et punkt som var svært vanskelig under forhandlingene".

EØS-avtalen artikkel 7 om plikten til gjennomføring av forordninger og direktivet og protokoll 35 om forrang for gjennomførte EØS-regler den offisielle norske oppfatningen, men resepsjonen av EU-domstolens praksis forut for undertegningstidspunktet (artikkel 6) og, særlig, avtalens overordnede målsetning om homogenitet og dens forutsetning om gjensidighet mellom avtalepartenes rettigheter og forpliktelser, trakk i motsatt retning.

Et interessant trekk ved den rettsvitenskapelige diskusjonen om disse spørsmål er en påfallende sammenheng mellom de ulike forfatternes standpunkt og deres rettskulturelle bakgrunn – blant norske jurister var det stort sett enighet om at EU-retten prinsipper om direkte virkning og forrang ikke var omfattet av EØS-avtalen, mens forfattere fra EØS-stater utenfra Norden var langt mer tilbøyelige til å konkludere i motsatt retning.<sup>258</sup>

De viktigste spørsmålene knyttet til EØS-retten gjennomslag i norsk rett synes nå å ha fått sin avklaring. Denne avklaringen har primært funnet sted gjennom EFTA-domstolens praksis. Siktemålet i det følgende er ikke å ta EFTA-domstolens tilnærming opp til kritisk vurdering, men snarere å undersøke hvordan norske domstoler har forholdt seg til de EØS-rettslige føringene for EØS-retten gjennomslag i norsk rett.

## 10.2. Direkte virkning og forrang

Allerede i Sveinbjörnsdóttir-saken fra 1998 antydte EFTA-domstolen at det EU-rettslige prinsippet om direkte virkning ikke er omfattet av EØS-avtalen.<sup>259</sup> Høyesterett fulgte dette opp i plenumsdommen i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I), hvor så vel flertall som mindretall la til grunn at EØS-retten ikke har direkte virkning i norsk rett.<sup>260</sup> EFTA-domstolen fjernet deretter eventuell tvil om spørsmålet i Karlsson-saken fra 2004 og i en straffesak fra 2007.<sup>261</sup> I den sistnevnte saken ble det også uttrykkelig fastslått at heller ikke prinsippet om forrang er omfattet av avtalen, men det er nokså selvsagt – uten direkte virkning gir prinsippet om forrang liten mening.<sup>262</sup>

Fra et praktisk perspektiv er imidlertid spørsmålet om det kan påvises saker for norske domstoler hvor fraværet av et EØS-rettslig prinsipp om direkte virkning har vært

258 Det får i denne sammenheng være tilstrekkelig å vise til den grundige drøftelsen av spørsmålet om direkte virkning hos Stephan L. Jervell, *Lovgivningen i EØS*, Oslo 2002, s. 173 flg., men videre henvisninger til andre forfattere. Som norske jurister flest avviste Jervell selv at prinsippet om direkte virkning var omfattet av EØS-avtalen.

259 Sak E-9/97, *Erla Maria Sveinbjörnsdóttir mot Island*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 95, jf. uttalelsen i avsnitt 59 om at "[t]he depth of integration of the EEA Agreement is less far-reaching than under the EC Treaty", samt uttalelsen i avsnitt 63 om at det følger av artikkel 7 og protokoll 35 at EØS-avtalen ikke medfører overføring av lovgivningskompetanse.

260 Rt. 2000 s. 1811 P, hhv. på s. 1826 (flertallet) og på s. 1837 (mindretallet).

261 Jf. sak E-4/01, *Karl K. Karlsson mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 248, avsnitt 28 og sak E-1/07, *Straffesak mot A*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 245, avsnitt 37 flg.

262 Treffende Henrik Bull, *Norsk Lovkommentar*, Oslo 2008, EØS-loven § 2, note 4.

avgjørende for utfallet. Umiddelbart skulle man kanskje tro at Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) er et slikt eksempel, men i den saken ville det eventuelt være spørsmål om direkte virkning av et mangelfullt gjennomført direktiv i et rettsforhold private imellom. Som Høyesterett korrekt påpekte i dommen kreves det heller ikke i EU-retten direkte virkning i slike tilfeller.<sup>263</sup>

Et eksempel på en sak hvor fraværet av direkte virkning ville kunne fått betydning, er den ovenfor omtalte straffesaken inntatt i RG 2003 s. 1268 (Borgarting). Nettopp fordi spørsmålet dukket opp i en straffesak fikk imidlertid den forsinkede gjennomføringen av e-handelsdirektivet ingen konsekvenser – EØS-bruddet ble "reparert" av straffeloven § 1 annet ledd som slår fast at straffelovgivningen i Norge med gjelder med "de begrensninger som følger av overenskomst med fremmed stat eller av folkeretten for øvrig". På strafferettens område er følgelig fraværet av et EØS-rettslig prinsipp om direkte virkning uten praktisk betydning.

Et eksempel på en sak hvor en norsk domstol tilsynelatende la avgjørende vekt på fraværet av direkte virkning er derimot Gulating lagmannsretts dom 10. juni 2009 i saken A mot Bergen kommune.<sup>264</sup> En mor som i mange år hadde mottatt omsorgslønn og stelt sin pleietrengende datter i hjemmet, anførte i dette tilfellet bl.a. at Norge var forpliktet til å gjøre arbeidsmiljøloven (1977) gjeldende for omsorgsarbeid i hjemmet etter EØS-avtalen og at det da måtte "foretas en harmoniserende tolkning, slik at gjeldende rett kommer i overensstemmelse med EU-retten." Saksøker hevdet at hun opprinnelig var midlertidig engasjert som arbeidstaker i kommunen. Dersom arbeidsmiljøloven kom til anvendelse, ville dens § 58 A med forbud mot midlertidige ansettelse ved arbeid i hjemmet (nå arbeidsmiljøloven 2005 § 14-9) lede til at hun var å anse som fast ansatt. Lagmannsretten innskrenket seg imidlertid til å konstatere at det fremgikk klart av ordlyden i arbeidsmiljøloven (1977) § 2 nr. 6 at loven ikke gjaldt for arbeid i hjemmet, og at det derfor ikke var rom for noen harmoniserende fortolkning. Retten tilføyde at det måtte være "en lovgiveroppgave å ta stilling til spørsmål som det aktuelle." Om dommen dermed er et (enestående) eksempel på at fraværet av direkte virkning faktisk var avgjørende for utfallet, beror imidlertid både på holdbarheten av de EØS-anførselene som ble gjort gjeldende og deres eventuelle betydning for utfallet. Anførselene var ikke underbygget med henvisninger til konkrete EU-regler eller praksis fra EU-domstolen. Og selv om det skulle foreligge en EØS-rettslig forpliktelse til å gi arbeidsmiljøloven anvendelse for omsorgsarbeid i hjemmet, så ville dette først være avgjørende for utfallet av saken dersom retten fant at saksøker var å anse som midlertidig ansatt (og ikke, som kommunen hevdet, engasjert som oppdragstaker). Som en følge av oppfatningen av at arbeidsmiljølovens forbud mot

263 Rt. 2000 s. 1811 P, på s. 1828 og 1831-32 (flertallet). Spørsmålet om såkalt horisontal direkte virkning av direktiver i EU-retten er noe omstridt, men i et tilfelle som i Finanger-saken synes det klart at det ikke kreves at nasjonale domstoler gir et direktiv anvendelse, jf. nærmere Prechal 2005, s. 253 flg.

264 LG-2008-146069.

midlertidig ansettelse ikke kom til anvendelse i saken, fant lagmannsretten det nødvendig å ta endelig stilling til om det i den aktuelle perioden forelå et arbeidsforhold eller et oppdragsforhold.

En annet tilfelle hvor en norsk domstol selv synes å mene at fraværet av direkte virkning var avgjørende, er tingrettens dom i den ovenfor omtalte KLM-saken. Etter å ha konkludert med at Stortingets plenarvedtak i skattesaker ikke er omfattet av EØS-loven § 2 annet punktum, uttalte tingretten følgende:

”Retten legger videre til grunn at hvor norsk rett strider mot folkeretten, gjelder som utgangspunkt det dualistiske prinsipp. Prinsippet innebærer at dersom det er en klar motstrid mellom folkerettslige bestemmelser og norsk rett, vil utgangspunktet være at den interne rett går foran, jf Hr 1997 s. 580. Skattevedtakene var klare og entydige og det kan neppe innfortolkes noe annet enn hva de språklig uttaler. Det er derfor ikke mulig ved fortolkning ut fra anerkjente tolkningsprinsipper å komme til et resultat som ikke står i motstrid til restriksjonsforbudet i forordningen. I den grad det foreligger motstrid, må derfor forskriften vike for plenarvedtaket (sml Finanger I, Rt 2000 s. 1811).”

Som henvisningen til ”forskriften” i sitatets siste setning viser, så beror imidlertid tingrettens henvisning til det dualistiske prinsipp i dette tilfellet på en misforståelse – luftfartsforordningen var gjennomført i norsk rett ved en egen forskrift 15. juli 1994 (noe som presiseres annetsteds i dommen). Problemet var imidlertid at denne forskriften, som følge av tingrettens tolkning av EØS-loven § 2 annet punktum, måtte stå tilbake for Stortingets etterfølgende plenarvedtak om differensiert passasjeravgift. Slik sett var det først og fremst fraværet av EU-rettens forrangsprinsipp som var utslagsgivende i denne saken. Gitt den nære sammenhengen mellom direkte virkning og forrang så kan det like fullt hevdes at dommen er et eksempel på en sak hvor fraværet av kombinasjonen direkte virkning og forrang var avgjørende for utfallet. Som nevnt tidligere frafalt imidlertid staten innsigelsene knyttet til EØS-loven § 2 i ankeinstansene, slik at spørsmålet om forordningens gjennomslag i norsk rett uansett ikke fikk betydningen for det endelige utfall i saken.

Et ytterligere eksempel på en sak hvor en norsk domstol selv synes å mene at fraværet av direkte virkning var avgjørende, er Borgarting lagmannsretts dom 13. januar 2010 i Edquist-saken, hvor det under henvisning til Finanger I-dommen ble uttalt ”at selv om EØS-rettens minimumskrav til prosessen skulle være krenket, kan ikke lagmannsretten sette skattebetalingsloven § 48. nr. 5 til side som ikke gjeldende”.<sup>265</sup> Lagmannsretten overså i dette tilfellet at det som retten karakteriserte som ”EØS-rettens minimumskrav til prosessen” er utledet av lojalitetsplikten nedfelt i EØS-avtalen artikkel 3 og denne bestemmelsen har helt siden EØS-avtalens ikrafttredelse i 1994 vært en del av norsk rett, jf. EØS-loven

§ 1. Dommen ble imidlertid anket til Høyesterett, slik at misforståelsen på dette punkt må anses reparert ved Høyesteretts dom i saken 7. desember 2010.

Den praktiske betydningen av fraværet av direkte virkning og forrang i EØS-rettslig sammenheng beror naturlig nok på statens vilje til å påberope seg dette i konkrete saker. Ut over den alt omtalte KLM-saken, er det betegnende nok ytterst få eksempler på dette i praksis. Et interessant eksempel er likevel statens anførsler i Borgarting lagmannsretts dom 15. desember 2009 i saken Norsk Tipping mot staten.<sup>266</sup> Saken gjaldt gyldigheten av Patentstyrets beslutning om å nekte registrering av ordmerket ”TIPPINGA”. For lagmannsretten gjorde Norsk Tipping bl.a. gjeldende at Patentstyret skulle ha underrettet selskapet om at ordmerket var registrerbart for enkelte tjenester omfattet av søknaden før nektingsvedtak ble truffet, slik at Norsk Tipping fikk anledning til å rette søknaden, eventuelt dele den opp. Det ble i denne sammenheng vist til at det følger av varemerkedirektivet artikkel 13 at dersom det foreligger grunn for registreringsnektelse for bare en del av de varer og tjenester søknaden omfatter, skal registreringsnektelsen ikke omfatte annet enn disse varene eller tjenestene. I lagmannsrettens dom er statens innsigelser mot denne anførselen gjengitt som følger:

”Varemerkedirektivet er ikke gjennomført i norsk rett utover det som følger av endringsloven av den 27. november 1992 nr 113. Det følger ingen særlige forpliktelser om delregistrering av endringsloven, og det dualistiske prinsipp må legges til grunn av retten.”

Til dette bemerket lagmannsretten følgende:

”Det er riktig som fremhevet av staten, at endringsloven den 27. november 1992 nr 113 som tok sikte på å implementere direktivet, ikke førte til at det ble inntatt en uttrykkelig bestemmelse i varemerkeloven tilsvarende art 13 i direktivet. Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at dette innebærer at innholdet av varemerkedirektivet art 13 ikke er gjeldende norsk rett som følge av det dualistiske prinsipp. Varemerkeloven inneholder ingen uttømmende regulering av hvordan varemerkesøknader skal behandles. Loven inneholder heller ikke noen bestemmelse som kan ses å stå i motstrid til art 13 i direktivet. Som følge av implementeringen av direktivet og varemerkelovens egne regler om underretning i tilfelle av at noe er til hinder for registrering, må det legges til grunn at varemerkeloven ikke er til hinder for å gi varemerkedirektivet art 13 anvendelse.”

Lagmannsretten fant deretter at den manglende underretningen fra Patentstyret om at ordmerket var registrerbart for flere tjenester omfattet av søknaden, måtte lede til at vedtaket ble kjent ugyldig.

Lagmannsrettens tolkning av varemerkeloven i denne saken fortjener tilslutning som et skoleeksempel på EØS-konform

<sup>265</sup> Dom og kjennelse 13. januar 2010 (LB-2007-151609).

<sup>266</sup> LB-2009-99914.

fortolkning av norsk rett. Det er imidlertid en viss grunn til å undres over statens prosessstandpunkt i dette tilfellet, som altså, om det hadde ført frem, ville ledet til en dom som slo fast at Norge hadde brutt EØS-avtalen som følge av mangelfull gjennomføring av varemerkedirektivet i norsk rett. Det er mulig dette kunne ledet til frifinnelse i den konkrete saken, men det er vanskelig å se at det i et større perspektiv er i statens interesse å legge så vidt snevre rammer for domstolens adgang til å forhindre EØS-brudd ad tolkningsvei.

I denne sammenheng er det interessant at Frostating lagmannsretts dom 25. juni 2010 i saken *Wullum Amcar* mot staten, synes å gi et eksempel i helt motsatt retning.<sup>267</sup> Saken gjaldt gyldigheten av flere forvaltningsvedtak hvor tre semitrailere ikke var blitt godkjent for ønsket totalvekt. Sak-søker anførte bl.a. at dersom et kjøretøy oppfyller kravene i direktiv 97/27/EF (vektdirektivet), kan ikke et EØS-land nekte å gi godkjenning og tildele vektmasse til kjøretøyet i samsvar med direktivet og vedleggene. Et sentralt spørsmål i saken var om en trekkvogn med vekt på 3500 kilo kunne godkjennes med hengervekt som er høyere enn trekkvognens vekt. Vektdirektivet tilsier at dette skal være mulig, men i kjøretøyforskriften § 10-1 nr. 3 slås det kategorisk fast at for motorvogn med tillatt totalvekt til og med 3.500 kg "kan ikke tillatt tilhengervekt for tilhenger med brems settes høyere enn motorvognens tillatte totalvekt." For lagmannsretten anførte imidlertid staten at det likevel ikke var motstrid mellom direktivet og forskriften under henvisning til en bestemmelse i forskriftens § 10-1 nr 2 fjerde ledd om anerkjennelse av vektgarantier fastsatt i henhold til direktivet. Denne oppfatningen av at bestemmelsen om anerkjennelse av vektgarantier utgjør et unntak fra vektregelen i forskriften § 10-1 nr. 3 fremstod som nokså anstrengt, men lagmannsretten la den til grunn for sin avgjørelse:

"Lagmannsretten legger til grunn for sin avgjørelse partenes enighet om at Kjøretøyforskriften, sammenholdt med Vektdirektivet (direktiv 97/27/EF) skal forstås og praktiseres slik at de aktuelle kjøretøy kan registres med høyere vekt enn angitt i Kjøretøyforskriften § 10-1 nr. 3. Dette følger av den fortolkning som er gjort av Kjøretøyforskriften § 10-1 nr 2 fjerde ledd."

Dette innebar i praksis at de aktuelle kjøretøy kunne godkjennes med høyere totalvekt enn 7000 kilo, det vil si høyere tilhengervekt enn 3500 kilo, dersom de oppfylte de tekniske krav og forutsetninger som følger av kjøretøyforskriften og vektdirektivet. Lagmannsretten kom imidlertid til at det ikke var fremlagt tilstrekkelig dokumentasjon for at de tekniske kravene var innfridd og staten ble følgelig frifunnet. Den omstendighet at staten (og lagmannsretten) i dette tilfellet fant grunnlag i forskriftens § 10-1 nr. 2 fjerde ledd for å bortfortolke den direktivstridige bestemmelsen i nr. 3, innebærer at det prinsipielt sett er snakk om EØS-konform tolkning av intern norsk rett. I praksis synes man likevel i dette tilfellet svært nær en situasjon hvor vektdirektivet ble gitt direkte virkning.

<sup>267</sup> LF-2010-21736.

Flere eksempler enn de nevnte synes det ikke å være i det materiale som ligger til grunn for denne studien, noe som tilsier at spørsmålet om EØS-rettens direkte virkning og forrang i norsk rett klart må kunne sies å ha større prinsipiell enn praktisk interesse.

Det betyr likevel ikke at det ikke finnes saker hvor norske domstoler roter med forståelsen av EØS-loven §§ 1 og 2 og spørsmålet om når en EØS-regel kan anses som gjennomført i norsk rett, men det synes ikke å være noen saker hvor dette har vært avgjørende for utfallet. Ut over den alt omtalte tingrettsdommen i KLM-saken kan det her for eksempel vises til lagmannsrettens dommer i *Finanger I*-saken (LF-1998-998) og *Edquist*-saken (LB-2007-151609) – i førstnevnte la Frostating lagmannsrett uriktig til grunn at motorvognforsikringsdirektivene måtte gå foran bilansvarsloven som følge av EØS-loven § 2, mens det i sistnevnte var Borgarting lagmannsrett som omvendt (men like uriktig) la til grunn at motstrid mellom skattelovgivningen og EØS-avtalen artikkel 40 var et spørsmål om manglende gjennomføring av EØS-forpliktelser i norsk rett. Heller ikke Høyesterett treffer alltid like godt på dette punkt – i Rt. 2004 s. 122 legges det uriktig til grunn at produktansvarsdirektivet ble gjennomført i norsk rett ved EØS-loven § 1 (avsnitt 31), mens det i Rt. 2006 s. 179 (via en henvisning til juridisk litteratur) uriktig legges til grunn at EØS-loven § 2 innebærer at forbrukerkjøpsdirektivet må gis fortrinn ved en eventuell konflikt med forbrukerkjøpsloven. Et siste eksempel gir dommen 7. desember 2010 i *Edquist*-saken (HR-2010-2082-A), hvor bruken av betegnelsen "implementering" i beste fall er uheldig (avsnitt 1 og 89, jf. nærmere nedenfor under punkt 10.4).

### 10.3. EØS-konform fortolkning (les: presumsjonsprinsippet)<sup>268</sup>

For så vidt gjelder norske domstolers plikt til såkalt direktivkonform (eller bedre: EØS-konform) fortolkning av norsk rett, så ble denne slått fast av EFTA-domstolen i *Karlsson*-saken i 2002.<sup>269</sup> Fra et norsk perspektiv fremstår dette umiddelbart som lite kontroversielt, all den tid liknende forpliktelser allerede følger av vårt hjemlige presumsjonsprinsipp. Dette er trolig noe av forklaringen på hvorfor en samlet Høyesterett allerede i Rt. 2000 s. 1811 (*Finanger I*) uten videre aksepterte lojalitetsprinsippet nedfelt i EØS-avtalen artikkel 3 som grunnlag for en plikt til EØS-konform tolkning av norsk rett.<sup>270</sup> Prinsipielt er det likevel av betydelig interesse at man dermed aksepterte at *EØS-avtalen som sådan* forplikter nasjonale domstoler til også å ta hensyn til EØS-regler som ikke er operative i nasjonal rett og som derfor, ut fra dualismegrunnsetningen, ikke er en del av det Finn Arnesen har karakterisert som "norsk rettskildefaktorsfære".<sup>271</sup> Nettopp av denne grunn påpeker

<sup>268</sup> Se utførlig til det følgende Arnesen og Stenvik 2009, særlig s. 59 flg. og s. 96 flg.

<sup>269</sup> Sak E-4/01, *Karl K. Karlsson mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 248, avsnitt 28.

<sup>270</sup> Rt. 2000 s. 1811 P, på s. 1827.

<sup>271</sup> Finn Arnesen, "Om statens erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1997 s. s. 633-685, på s. 679.

Hans Petter Graver at EØS-avtalen på dette punkt kan karakteriseres som overnasjonal.<sup>272</sup> Det hører med at plikten til EØS-konform tolkning av nasjonal rett begrenses av "the interpretative methods recognised by national law",<sup>273</sup> men dette gjelder tilsvarende for plikten til EF-konform tolkning av nasjonal rett i EU.<sup>274</sup>

Ut over Høyesteretts drøftelser i Finanger I-saken finnes det imidlertid knapt en eneste henvisning til plikten til direktivkonform/EØS-konform fortolkning i praksis fra norske domstoler. Forklaringen er nok flertallets klare utsagn i Finanger I-dommen om at "det ikke er holdepunkter for at prinsippet om direktivkonform fortolkning slik det er utviklet i EU-retten, går lenger enn presumsjonsprinsippet i norsk rett" (s. 1829).

Mindretallet gikk noe lenger i å fremheve prinsippet om direktivkonform fortolkning av nasjonal rett som en selvstendig EØS-rettslig forpliktelse rettet mot norske domstoler: "At norske lovregler i videst mulig omfang skal tolkes i overensstemmelse med de direktiver vi er bundet av, må således – etter EØS-loven § 1 – anses som et lovkrav direkte rettet til norske domstoler, som dermed får en viktig rolle ved tilpasningen av norsk rett til EØS-retten" (s. 1837). Også mindretallet synes imidlertid i neste setning å forutsette at prinsippet "konsumeres" av presumsjonsprinsippet: "Spørsmålet er etter dette hvor langt det norske presumsjonsprinsippet – på bakgrunn av EØS-avtalen og EØS-loven – rekker."

I tråd med Høyesteretts oppfatning av at presumsjonsprinsippet "konsumerer" plikten til EØS-konform fortolkning av norsk rett, synes norske domstoler å ha slått seg til ro med at de EØS-rettslige føringer for tolkningen av norsk rett er uten selvstendig betydning.<sup>275</sup>

Av flertallsvotumet i Finanger I-saken fremgår det at de resultater som det er mulig å oppnå under henvisning til presumsjonsprinsippet vil "bero på en anvendelse av anerkjente tolkningsprinsipper" (s. 1831). Prinsippet gjennomslagskraft vil gjøre seg gjeldende med særlig styrke når lovgiver har gått ut fra at norsk lov er i samsvar med EØS-retten og det vil rekke lenger hvis det er tale om konflikt med en EØS-forpliktelse som gir borgerne beskyttelse mot inngrep fra det offentlige, enn i tilfeller hvor forpliktelsen griper inn i private rettsforhold. Rekkevidden begrenses imidlertid av så vel Stortingets forutsetning om at EØS-avtalen ikke skulle innebære noen overføring av myndighet fra nasjonale organer til EØS-organer, av forutberegnelighetshensyn og

272 Graver 2002, s. 103.

273 Jf. sak E-1/07, *Straffesak mot A*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 245, avsnitt 39. Tilsvarende Høyesterett i *Finanger I*, jf. Rt. 2000 s. 1811 (P) på s. 1829.

274 Se de grunnleggende avgjørelsene 14/83, *von Colson og Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen*, Sml. 1984 s. 1891, avsnitt 26 og C-106/89, *Marleasing SA mot La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, Sml. 1990 s. I-4135, avsnitt 8.

275 Det kan hevdes at denne oppfatningen bygger på en manglende forståelse av hvilke forpliktelser som ligger i EU/EØS-rettens prinsipp om direktivkonform fortolkning, jf. nærmere Christian N. K. Franklin, "Om innholdet og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning" (manuskript under ferdigstilling).

av hensyn til at det er lovgiver som har til oppgave å gjennomføre direktivene i norsk rett (s. 1830-32). Under særskilt henvisning til at Finanger I-saken nettopp handlet om et privat rettsforhold, konkluderte flertallet med at ordlyden i bilansvarsloven § 7 tredje ledd bokstav b satt en grense for anvendelsen av presumsjonsprinsippet:

"Vi er utenfor de tilfeller hvor en bestemmelse «lar seg ... forstå på flere alternative måter», jf. det jeg foran har sitert fra Ot.prp.nr.79 (1991-1992), og vi er dermed også utenfor det som med rimelighet kan anses som tolkning av bestemmelsen" (s. 1831).

To illustrerende eksempler på EØS-konform fortolkning i norske domstoler i tiden etter Finanger I-dommen er allerede omtalt i punkt 10.2 ovenfor ("Tippinga" og Wullum Amcar). Som et ytterligere eksempel fortjener fortolkningen av varemerkeloven § 25a i RG 2005 s. 597 (Oslo) særskilt oppmerksomhet. Saken gjaldt sletting av et varemerke som følge av ikke-bruk. Et helt avgjørende spørsmål i saken var knyttet til fortolkningen av ordet "registreringsdagen" i varemerkeloven § 25a – dersom dette var dagen for innføring i varemerkeregisteret så måtte varemerket slettes som følge av ikke-bruk i en periode på fem år, men ikke dersom fristen først løp fra endelig vedtak i klagesaken. Tingretten påpekte at den norske lovens ordlyd var uklar: «Registreringsdagen» kan rent umiddelbart forstås som dagen for innføring i varemerkeregisteret, men gir ikke noe svar på om dagen for endelig avgjørelse i innsigelsessak også omfattes." Etter varmerkeregisteret artikkel 10 første ledd var det imidlertid utvilsomt at femårsfristen skal regnes fra den dag det forelå endelig vedtak i en eventuell innsigelsesprosedyre. Av forarbeidene til varemerkeloven § 25a fremgikk det nokså klart at man med registreringsdagen mente den dagen det ble truffet endelig avgjørelse om registrering, men forarbeidene til en senere lovendring trakk like klart i motsatt retning: Under henvisning til varemerkeloven § 20, som fastslår at dersom en søknad er i foreskrevet stand, og det for øvrig ikke er funnet noe til hinder for registrering, skal merket registreres og registreringsbrev sendes søkeren, uttalte departementet at "det antas ikke nødvendig å presisere i lovteksten at registreringsdagen er den dagen merket er innført i varemerkeregisteret § 20".<sup>276</sup> Tingretten avveide rettskildene som følger:

"Sett på bakgrunn av ordlyden og vml. § 20 skulle dette bety at fristen for å ta merket i bruk skulle begynne å løpe fra innføringen i registeret selv om det for tilfelle av innsigelse ennå ikke var truffet endelig avgjørelse om registrering. Det vises til NOU 1998 nr 8, Motiver for ny lov om varemerkekjennetegn, der dette da også påpekes i omtalen av den någjeldende § 25a. Videre sies det at en slik forståelse av § 25a ville gi bestemmelsen et innhold som er vanskelig å forene med Varemerke-direktivets artikkel 10.1.

Retten finner at det må være klart at det ved lovendringen i 1992 var lovgivers mening at bestemmelsen i § 25 skulle forstås slik at «registreringsdagen» betyr den dagen da endelig

276 Ot.prp. nr. 59 (1994-1995), s. 25.



avgjørelse ble truffet. Man kan ikke se at det ved lovendringen i 1995 ble tilsiktet noen endring i dette. Det må imidlertid erkjennes at denne lovendring bidro til å gjøre forståelsen av «registreringsdagen» i 25a uklar og vanskelig tilgjengelig.»

Under henvisning til dansk og svensk rett, juridisk litteratur og reelle hensyn, konkluderte tingretten med at "registreringsdagen" i varemerkeloven § 25a må forstås som den dag da endelig vedtak i registreringsprosessen er truffet. Selv om tolkningen ikke knyttes verken til presumsjonsprinsippet eller EØS-forpliktelsene til direktivkonform fortolkning, er dommen innholdsmessig et skoleeksempel på en sak hvor en norsk domstol fraviker det som umiddelbart fremstod som den mest naturlige språklige fortolkning av ordlyden, til fordel for en alternativ fortolkning som brakte norsk rett i overensstemmelse med den EØS-rettslige bakgrunnsretten.

Ikke like eksplisitt, men kanskje nettopp av den grunn enn mer illustrerende, er Høyesteretts dommer i Rt. 2004 s. 122 (Norsk Dental Depot) og Rt. 2006 s. 1473 (Livbøye-saken).

Dommen i Rt. 2004 s. 122 er allerede omtalt ovenfor, men i herværende sammenheng er poenget at Høyesterett i dette tilfellet helt uten videre aksepterte at EU-domstolens fortolkning av produktansvarsdirektivet måtte legges til grunn som uttrykk for gjeldende norsk rett – ettersom EU-domstolen var kommet til at direktivet innebærer en fullstendig harmonisering av produktansvaret, så innebar dette "at tidligere norsk praksis vedrørende ulovfestet objektivt ansvar ikke kan påberopes hvis ansvaret etter denne praksis går lenger enn etter direktivets artikkel 6."<sup>277</sup> Verken den omstendighet at det var snakk om et privat rettsforhold eller det forhold at lovgiver ved gjennomføringen av direktivet klart nok hadde forutsatt at direktivet kunne suppleres med andre ansvarsregler, ble tillagt noen vekt.<sup>278</sup>

Dommen i Rt. 2006 s. 1473 illustrerer noe av det samme. Saken reiste bl.a. spørsmål om registrering av varemerke var ugyldig som følge av brudd på varemerkeloven § 14 første ledd nr 7, jf. varemerkeloven § 25 første ledd. Høyesterett fant at registreringen av varemerket ikke kunne kjennes ugyldig da registreringen med søkers kunnskap om den annens bruk ikke ble ansett illojal eller i strid med god forretningsskikk. Denne konklusjonen forutsatte en innskrenkende fortolkning av uttrykket "var vitende om denne bruk" i den norske loven, noe Høyesterett fant EØS-rettslig påkrevd som følge av EU-praksis knyttet til uttrykket "bad faith" i EUs varemerkeforordning:

"Jeg er på denne bakgrunn kommet til at det i dag må være riktig å tolke lovteksten i lys av den forståelse som kommer til uttrykk i praksisen fra OHIM. Dette innebærer at det ikke er tilstrekkelig for registreringshindring utelukkende å konstatere at registreringssøker har hatt kunnskap om den andres bruk. I tråd med den forståelse som har utviklet seg i EU-praksis, må også vår bestemmelse leses med den presisering at dens anv-

endelse forutsetter at registreringen med søkers kunnskap om den andres bruk, vil representere et brudd på den alminnelige standard for god forretningsskikk."<sup>279</sup>

Dommen innebar ikke bare en innskrenkende fortolkning av lovteksten, den var også direkte i strid med den fortolkning som Høyesterett tidligere hadde lagt til grunn i Rt. 1998 s. 1809 (BUD-dommen).

De to dommene i Rt. 2004 s. 122 og Rt. 2006 s. 1473, som altså begge gjaldt private rettsforhold, viser at det skal mye til før målsetningen om regelharmonisk ikke lar seg realisere. Verken en nokså klar lovtekst (Rt. 2006 s. 1473), lovgivers opprinnelige forutsetninger ved gjennomføringen (Rt. 2004 s. 122) eller tidligere høyesterettspraksis (Rt. 2006 s. 1473) er til hinder for at norsk rett tolkes i samsvar med den underliggende EØS-retten slik den til enhver tid fortolkes av EU-domstolen og EFTA-domstolen. Den omstendighet at Høyesterett verken i Rt. 2004 s. 122 eller i Rt. 2006 s. 1473 fant grunn til å gjenta eller vise til de bredt anlagte drøftelsene av presumsjonsprinsippet grenser i Finanger I-dommen, er trolig illustrerende i seg selv.

Høyesteretts uttalelser i Rt. 2004 s. 122 om at produktansvarsdirektivet er til hinder for videre anvendelse av det ulovfestede objektive produktansvaret som var utviklet i norsk rett, er kraftig imøtegått av Asbjørn Kjønsdal.<sup>280</sup> Kritikken synes ikke å rette seg mot tolkningen av direktivet *qua EØS-rett*, men mot oppfatningen av at direktivet som en del av norsk rett må gis fortrinn fremfor lovgivers klare forutsetninger om at direktivet kunne suppleres med andre ansvarsregler. En slik innvending kan ha noe for seg dersom den knyttes til personer som er påført skade forut for Høyesteretts avklaring og som med en viss rett kan bygge en forventning om erstatning på den tidligere rettstilstanden. For Kjønsdal synes imidlertid hovedpoenget å være at man etter hans oppfatning ikke bør oppgi det domstolsskapte objektive erstatningsansvaret i norsk rett. Da må imidlertid skytset rettes mot EU-domstolen og ikke mot Høyesterett – dersom Høyesterett i Rt. 2004 s. 122 skulle fulgt Kjønsdals oppfatning og gitt uttrykk for at det fremdeles var rom for et mer omfattende produktansvar i norsk rett, så ville dette innebære en åpen erkjennelse av mangelfull gjennomføring av produktansvarsdirektivet. Tilsvarende som i Finanger I-dommen ville dette tvunget lovgiver på banen for å bringe loven i samsvar med direktivet. Konsekvensene for den fremtidige rettstilstanden ville slik uansett blitt de samme.

#### 10.4. Statlig erstatningsansvar

Det var utvilsomt kontroversielt da EFTA-domstolen i Sveinbjörnsdóttir-saken fra 1998 slo fast at EØS-avtalen rommer et prinsipp om statlig erstatningsansvar for tap private påføres som følge av det offentliges brudd på EØS-

<sup>279</sup> Rt. 2006 s. 1473 A, avsnitt 61. Merkevareforordningen er for øvrig ikke omfattet av EØS-avtalen, men Høyesterett la til grunn at tolkningen av den også er gyldig for det tilsvarende vilkåret i EUs varemerkedirektiv (som er en del av EØS-avtalen), jf. avsnitt 45 flg.

<sup>280</sup> Asbjørn Kjønsdal, "Det nyeste rettskildematerialet om det ulovfestede objektive erstatningsansvaret", *Lov og Rett* 2004 s. 579-605.

<sup>277</sup> Rt. 2004 s. 122 A, avsnitt 31.

<sup>278</sup> Jf. nærmere Arnesen og Stenvik 2009 s. 103-104.

rettslige forpliktelser.<sup>281</sup> Grunnlaget for EØS-ansvaret mente EFTA-domstolen å finne i homogenitetsmåling, målsettingen om effektiv rettsbeskyttelse av rettigheter som avtalen tillegger private og lojalitetsplikten etter avtalens artikkel 3. Det er delte oppfatninger av hvor overbevisende EFTA-domstolens argumentasjon var på dette punkt,<sup>282</sup> men det var lite overraskende at domstolen bekreftet ansvarets eksistens da spørsmålet kom opp på ny i Karlsson-saken i 2002.<sup>283</sup>

For norsk retts vedkommende ble EØS-ansvaret uttrykkelig anerkjent ved plenumsdommen i Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II). Sakens konstitusjonelle side er alt omtalt ovenfor i kapittel 7 (punkt 7.2). Det synes i denne sammenheng tilstrekkelig å kort minne om at en samlet Høyesterett aksepterte at det ligger en forutsetning om erstatningsansvar i EØS-avtalen, og at dette ansvaret er gjennomført i norsk rett ved EØS-loven § 1.<sup>284</sup>

Med tanke på ansvarets nærmere innhold, sluttet Høyesterett seg til EFTA-domstolens utlegning av de tre vilkår som må være oppfylt for at staten skal pådra seg erstatningsansvar – den overtrådte EØS-regel må ha til formål å tillegge private rettigheter, overtredelsen må være "tilstrekkelig kvalifisert" og det må være direkte årsakssammenheng mellom bruddet på statens forpliktelse og den skade som var påført skadelidte. Staten argumenterte for at det måtte gjelde et lempeligere erstatningsansvar for uriktig direktivgjennomføring innen EØS enn i EU ved å vise til at ansvaret særlig er begrunnet i effektivitetshensyn, et hensyn som etter statens oppfatning måtte ha en mer begrenset rekkevidde i EØS-rettslig sammenheng. En samlet Høyesterett avviste imidlertid dette og uttalte at det burde legges "avgjørende vekt på homogenitetshensynet": Det ville virke "lite rimelig" om borgerne i EØS og EU skulle ha en ulik rettsstilling når det gjaldt vernet for deres rettigheter. Etter Høyesteretts

281 Sak E-9/97, *Erla Maria Sveinbjörnsdóttir mot Island*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 95. I kjølvannet av statens erkjennelse omkring årsskiftet 1995/1996 av at Vinmonopolets import- og engrosmonopol var uforenlig med EØS-avtalen, verserte det for øvrig flere EØS-relaterte erstatningssøksmål i norske domstoler forut for EFTA-domstolens avklaring i Sveinbjörnsdóttir-saken. Klækken hotell-saken gjaldt et omfattende søksmål fra en rekke hoteller som krevde erstatning for den overpris de mente å ha betalt som følge av importmonopolet, men dette kravet ble avvist som foreldet, se Borgarting lagmannsretts dom 25. februar 2002 i ankesak LB-2001-271. Av lagmannsrettens dom fremgår det at et lignende søksmål mot staten ble anlagt av Bolkesjø Hotell allerede 19. september 1995, men at det i den saken ble inngått forlik mellom staten og hotellet høsten 1998. Lagmannsrettens bemerkning om at forliksbeløpet størrelse ikke er offentlig kjent, indikerer at det faktisk ble utbetalt i hvert fall en viss erstatning, noe som gjør saken til den første hvor staten i hvert fall rent faktisk har erkjent erstatningsansvar for lovgivning i strid med EØS-forpliktelser. Det var i dette tilfellet snakk om overtredelse av EØS-regler som er gjennomført i norsk rett (EØS-avtalens hoveddel), og erstatningskravene var basert på en oppfatning av at slike tilfeller omfattes av etablert norsk erstatningsrett, jf. det offentlige arbeidsgiveransvar etter den alminnelige bestemmelsen i skadeserstatningsloven § 2-1 (sml. Høyesteretts avvikende oppfatning på dette punkt i Edquist-saken, jf. straks nedenfor).

282 Se nærmere om dette Jervell 2002 s. 130 flg.

283 Sak E-4/01, *Karl K. Karlsson mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 248, avsnitt 28.

284 Rt. 2005 s. 1365 P, avsnitt 52, med tilslutning fra mindretallet i avsnitt 111.

syn måtte derfor erstatningsansvaret innen EØS ha samme omfang og ligge på samme nivå som ansvaret innen EU.<sup>285</sup>

Når det gjaldt vilkåret om en tilstrekkelig kvalifisert overtredelse, var det imidlertid dissen i Høyesterett. Et flertall på ni dommere forstod EU-domstolens praksis dit hen at det går et skille av betydning for statens erstatningsrettslige stilling mellom på den ene side brudd på direktiver som gir staten skjønnsmyndighet av politisk eller økonomisk karakter, og på den annen side brudd på direktiver som ikke eller i ubetydelig grad åpner for dette: "I den første situasjonen legges det stor vekt på hensynet til den frihet staten har ved utforming av rettsakter som forutsetter skjønnsutøvelse, mens det i den andre situasjonen legges større vekt på effektiv gjennomføring og hensynet til de som er berørt av direktivbrudd, noe som tilsier en lavere terskel for ansvar" (avsnitt 63). Et mindretall på fire dommere fant imidlertid at "det er den samme ansvarsterskel som gjelder ved gjennomføringen av en uklar eller upresis direktivbestemmelse, som det er en plikt for staten å rette seg etter, som når selve gjennomføringen beror på et skjønn med politiske og/eller økonomiske elementer" (avsnitt 117). Mindretallet påpekte også at etter deres oppfatning fulgte av EU-domstolens praksis "alltid kreves at bruddet må være «åpenbart og grovt» for at ansvar for uriktig eller unnlatt gjennomføring skal inntre" (avsnitt 112).

Dissensen knyttet til ansvarsterskelen fikk følger for de to fraksjonenes vurdering av den konkrete saken – flertallet fant staten erstatningsansvarlig, mindretallet stemte for frifinnelse.

I kjølvannet av Finanger II-saken har det etter hvert kommet til en hel liten rekke saker knyttet til statens erstatningsansvar for brudd på EØS-retten. Kort tid etter at Finanger II-saken var avgjort i tingretten, dukket spørsmålet om statlig ansvar opp for Oslo tingrett i den ovenfor omtalte KLM-saken. Tingretten viste til at det var enighet mellom partene om at det eksisterer et særlig EØS-erstatningsansvar for mangelfull gjennomføring av EØS forpliktelser, men fant at den differensierte passasjeravgiften ikke kunne karakteriseres som noe kvalifisert brudd på EØS-retten på det aktuelle tidspunkt:

"Spørsmålet for retten er om det fremsto så klart at forordningen gjaldt på lufttransportens område før Italiadommen (EF-dom av 18. januar 2001) at staten kan klandres, og eventuelt i hvilken grad, for ikke å ha fjernet den differensierte avgiften tidligere. Hadde staten noen rimelig unnskyldning for sin rettsvillfarelse? Avgiften ble harmonisert 1. april

285 Rt. 2005 s. 1365 P, avsnitt 58, med tilslutning fra mindretallet i avsnitt 111. Interessant nok gjentok staten sin argumentasjon for forskjeller mellom det EU-rettslige og det EØS-rettslige erstatningsansvaret i den senere Kolbeinsson-saken for EFTA-domstolen, se Report for the Hearing i sak E-2/10, *Tor Kolbeinsson mot Island* (ennå ikke i EFTA Ct. Rep.), avsnitt 94. Sett i sammenheng med at staten i andre sammenhengene har opptrådt for Høyesterett og EU-domstolen for å få disse domstolene til å fravike uønsket praksis fra EFTA-domstolen, er dette et interessant eksempel på hvordan det uklare domstolhierarkiet i EØS gir staten flere strenger å spille på – siste ord er ikke sagt før samtlige tre domstoler har avgjort spørsmålet!

2001. Etter det anførte kan ikke retten se at det under noen omstendigheter har vært åpenbart at forordningen også skulle gjelde på lufttransportområde før Italiadommen av 18. januar 2001 eksplisitt uttalte dette. Retten viser herunder til Generaladvokatens uttalelser, som vedrørende dette spørsmålet viste til Italiadommen. Det er ubestridt at stortingsvedtakene (avgiftsvedtakene) ble fattet på tross av fast praksis fra EF-domstolen på sjørettsområdet, og at prinsippet om fri flyt inneholder et restriksjonsforbud, slik anført fra saksøker. Etter rettens syn burde dette, samlet sett, vært et varsko for Norge. Spørsmålet er om dette er nok til å betegne bruddet som kvalifisert alvorlig. Sett hen til uttalelsen og det faktum at fortolkningen av forordningen og dets virkeområde rettslig sett ikke ble klargjort før tidligst i Italiadommen av 18. januar 2001, finner retten at det kan forsvares at Norge, i alle fall ikke før ESAs brev i 1998, ikke så at forordningen også kunne gjelde på flytransportens område. Det er videre ubestridt at ESA etter flere skriv konkluderte med motstrid og ba Norge fjerne ordningen (19 desember 1999) og at Norge den 28.04 2000 foreslo å fjerne ordningen, men i samme brev til ESA pekte på det u hensiktsmessige ved å endre avgiftene midt i året (se herværende dom s. 3). I Stortingsvedtak av 28.11.00 ble det vedtatt å fjerne den differensierte avgiften med virkning fra 1. april 2001. Retten kan derfor ikke se at Norge i forhold til ESA reagerte så sent at vilkåret om kvalifisert brudd av den grunn er tilstede.<sup>286</sup>

Som nevnt tidligere frafalt staten innsigelsene knyttet til EØS-loven § 2 i ankeinstansene, slik at spørsmålet om erstatningsansvar for manglende gjennomslag for EØS-retten ikke ble berørt verken av lagmannsretten eller Høyesterett.

Etter at EFTA-domstolen i Fokus Bank-saken slo fast at de tidligere norske reglene om kildeskatt var i strid med EØS-avtalen artikkel 40 om fri flyt av kapital, ble det anlagt en hel rekke søksmål mot staten med krav om erstatning for skatt innkrevd i strid med EØS-retten. Noen av søksmålene ble forent til felles behandling som "pilotsaker", Edquist m.fl. mot staten, mens de øvrige sakene ble stanset i påvente av en rettsavklaring.<sup>287</sup> Det var forholdsvis klart i dette tilfellet at statens brudd på EØS-retten vanskelig kunne betegnes som "tilstrekkelig kvalifisert" ettersom EU-domstolen i en liknende engelsk erstatningssak fra 2006 hadde uttalt at "de konsekvenser, der på et område som direkte beskatning følger af den frie bevægelighed, der er sikret ved traktaten, kun gradvis er blevet klarlagt".<sup>288</sup> Dette ble da også utfallet i

286 Oslo tingretts dom 2. juli 2004 (04-000806TVI-OTIR/07). En del rene skrivefeil i sitatet er rettet opp.

287 Dette gjaldt likevel ikke for saker som reiser særegne problemer, jf. f.eks. Oslo tingretts dom 4. februar 2009 (TOSLO-2007-81322) i saken General Motors mot Staten v/finansdepartementet. Staten hadde i dette tilfellet tilbakebetalt innkrevd kildeskatt inklusive renter ettersom ligningsvedtaket lå innenfor den treårige omgjøringsfristen i ligningsloven § 9-6 nr. 2. General Motors mente imidlertid at rentekompensasjonen ikke var tilstrekkelig til å dekke selskapets økonomiske tap. Saken reiser interessante spørsmål knyttet til erstatningsutmålingen i saker som dette, men i det konkrete tilfellet fant tingretten at selskapet ikke hadde dokumentert kapitalkostnader som oversteg den utbetalte rentekompensasjonen. 288 Sak C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Sml. 2006 s. I-11753, avsnitt 215.

samtlig instanser i Edquist-saken. Saken skilte seg imidlertid fra Finanger II-saken ved at den tilsidesatte EØS-regelen i dette tilfellet var (korrekt) gjennomført i norsk rett – EØS-avtalen artikkel 40 har helt siden EØS-avtalens ikrafttredelse i 1994 vært en del av norsk rett, jf. EØS-loven § 1. Dermed oppstod det interessante tilleggsspørsmålet om krav på erstatning som følge av EØS-stridige skattelovgivning måtte likestilles med tilfeller hvor det kreves erstatning for tap påført som følge av grunnlovsstridig lovgivning, jf. det EØS-rettslige ekvivalensprinsippet.<sup>289</sup> Tingretten avviste dette ut fra en oppfatning av at det ville være "tilfeldig" og "urimelig" dersom statens erstatningsansvar for brudd på gjennomførte EØS-regler skulle være strengere enn ansvaret for brudd på EØS-regler som ikke er gjennomført i norsk rett (Finanger II-tilfellene),<sup>290</sup> mens lagmannsretten avskar hele problemstillingen med en nokså selvsagt, men like fullt i denne sammenheng heller misforstått henvisning til at EØS-avtalen ikke har grunnlovs rang i norsk rett.<sup>291</sup>

Endelig dom i Edquist-saken falt i Høyesterett 7. desember 2010.<sup>292</sup> På samme vis som lagmannsretten kan det imidlertid hevdes at Høyesterett kom nokså skjevt ut ved å uttale at sakene handlet om mangelfull "implementering" av EØS-avtalen (avsnitt 1 og 89). Rent språklig kan man selvsagt si at EØS-avtalen artikkel 40 ikke var ordentlig "implementert" (lagmannsretten brukte den synonyme betegnelsen "gjennomført") i norsk rett så lenge norsk skattelovgivning ikke var tilpasset de krav som følger av denne bestemmelsen. I et land som opererer med en dualistisk tilnærming til folkerettslige forpliktelser, er det imidlertid nokså klart at spørsmålet om "implementering"/"gjennomføring" i en EØS-rettslig sammenheng relaterer seg til *den aktuelle EØS-regelen*. Dersom en EØS-regel er gjort til en del av norsk rett, så er regelen *som sådan* "implementert" selv om det i et tertid skulle vise seg at dette ikke er fulgt opp med påkrevde endringer i annen norsk lovgivning.

Høyesterett viste riktignok til at problemstillingen i Edquist-saken "systematisk sett" var en annen enn i Finanger II-saken "idet spørsmålet her er om EØS-avtalen, som etter EØS-loven skal gjelde som norsk lov, er forstått på riktig måte" (avsnitt 62). Høyesterett tilføyde imidlertid at "[d]e reelle hensyn som begrunnet denne avgjørelsen, gjør seg ... med samme styrke gjeldende i den situasjon at staten ikke har lagt til grunn en riktig forståelse av EØS-avtalen, og jeg kan heller ikke i denne sammenheng se at det er rom for et «internt» erstatningsgrunnlag som skal supplere det EØS-rettslige grunnlag" (avsnitt 62). Det er ikke helt lett å følge Høyesteretts resonnering på dette punkt og det synes tvilsomt om standpunktet er forenlig med det EØS-rettslige

289 Se nærmere om problemstillingen Halvard Haukeland Fredriksen, "Rettslige følger av statlige brudd på EØS-regler som er operative i norsk rett", *Lov og Rett* 2010 s. 192-209, på s. 203 flg. (med videre henvisninger til Arnesen 1997 s. 663 flg. og Jervell 2002 s. 150 flg.).

290 Oslo tingretts dom og kjennelse 11. juli 2007 (TOSLO-2005-61707). 291 Borgarting lagmannsretts dom og kjennelse 13. januar 2010 (LB-2007-151609).

292 HR-2010-2082-A (ennå ikke publisert i Rt.).

ekvivalensprinsippet.<sup>293</sup>

Foruten opprydningen etter Fokus Bank-saken er det særlig motorvognforsikringsdirektivene som fortsetter å volde staten besvær i form av erstatningssøksmål. Etter foreleggelse fra Oslo tingrett slo EFTA-domstolen i Nguyen-saken i 2008 fast at det ikke var forenlig med motorvognforsikringsdirektivene å unnta oppreisning etter skadeserstatningsloven § 3-5 fra dekningsområdet for den obligatoriske bilansvarsforsikring, jf. bilansvarsloven dagjeldende § 6 annet ledd, og at denne feilen var et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EØS-retten til å kunne utløse erstatningsansvar for staten.<sup>294</sup> Etter Nguyen-saken har staten erkjent erstatningsansvar for personer som er tilkjent oppreisning etter trafikku-lykker inntruffet etter 1. januar 2001, som en konsekvens av at EU-domstolen høsten 2000 klargjorde tolkningen av direktivet i Ferreira-saken.<sup>295</sup> Spørsmålet om rettsbruddet var tilstrekkelig klart også før Ferreira-dommen verserer for tiden for norske domstoler i et gruppesøksmål som Landsforeningen for Trafikkskadde har anlagt mot staten. Oslo tingrett gav saksøkerne medhold i dom 30. november 2010,<sup>296</sup> men dommen er anket til lagmannsretten.

Tingrettens vurdering av ansvarsspørsmålet er dessverre preget av en klart feilaktig oppfatning av at den avklaring som Ferreira-dommen utvilsomt innebar må gis virkning tilbake til dommens skadetidspunkt (visstnok 12. februar 1995) og ikke først rimelig tid etter dommens avsigsedstidspunkt (14. september 2000). Det er klart nok at EU-domstolen gjennom Ferreira-dommen klargjorde hvordan motorvognforsikringsdirektivet var å forstå helt siden deres ikrafttredelse (ikke bare siden skadetidspunktet i den konkrete saken), men det relevante for vurderingen av statens erstatningsansvar er jo på hvilket tidspunkt tolkningen av direktivet fremstod som så klar at manglende tilpasning av nasjonal rett vil være erstatningsbetingende. For den sistnevnte vurderingen er det klart nok at en avklarende dom ikke kan tillegges virkning for tidsrommet forut for domsavsigelsen!

En oppsummering av de sakene om statlig erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen som hittil er avgjort av norske domstoler, viser at domstolene har dømt i statens disfavør i tre av i alt åtte tilfeller hvor det er tatt stilling til om et konstatert brudd er "tilstrekkelig kvalifisert" (tingretten

293 Det er grunn til å merke seg at det i sitatene fra Finanger II-dommen i Edquist-dommens avsnitt 61 er utelatt en setning hvor det påpekes at Finanger, nettopp som følge av den manglende gjennomføringen av direktivet i den saken, ikke kunne gjøre gjeldende at det forelå noe brudd på "en materiell internrettslig rettsnorm". Faktisk fremstår dette som en grunnleggende forutsetning for avvisningen av synspunktet "rettsstridig myndighetshandling etter intern norsk rett" i Finanger II-saken og det er da svært vanskelig å se hvordan resonnetet kan overføres til Edquist-saken. Høyesterett problematiserte heller ikke at standpunktet i Edquist-saken klart er i strid med den etablerte oppfatning i juridisk teori, jf. Arnesen 1997 s. 663 flg. og Jervell 2002 s. 150 flg.

294 Sak E-8/07, *Celina Nguyen mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 226.

295 Sak C-348/98, *Mendes Ferreira og Delgado Correia Ferreira*, Sml. 2000 s. I-6711. Skjæringstidspunktet er begrunnet med at EØS-statene etter en slik avklaring i rettspraksis må ha rimelig tid på seg til å bringe nasjonal rett i overensstemmelse med de EU/EØS-rettslige krav.

296 Sak 09-204651TVI-OTIR/03.

og Høyesterett i Finanger II-saken og tingretten i gruppesøksmålet anlagt av Landsforeningen for Trafikkskadde). Etter hvert som enda flere saker kommer til, vil erstatningsansvaret utgjøre kanskje det beste grunnlag for den som måtte sette seg fore å undersøke om norske domstoler er statsvennlige i sin håndtering av EØS-rettslige spørsmål – ansvarsterskelen er jo forutsetningsvis den samme i hele EØS-området (jf. Finanger II-dommen) og norske domstolers tilnærming vil således være fullt sammenlignbare med praksis fra andre EØS-stater. Et foreløpig inntrykk er at utfallet i Finanger II-saken er noe av en sjeldenhet – erfaringer fra EUs medlemsstater viser selv om de nasjonale domstolene etter hvert anerkjenner prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på EU-retten, så ender sakene påfallende ofte med en konklusjon om at bruddet i den aktuelle sak ikke er tilstrekkelig kvalifisert til å pådra staten ansvar.<sup>297</sup>

297 Se nærmere Baudenbacher 2005 s. 407-410, som omtaler en rekke saker hvor EU-domstolen overlot den endelige vurdering av rettsbruddet til nasjonale domstoler og hvor dette resulterte i at den aktuelle medlemsstaten deretter ble frifunnet.

## 11. Nærmere om norske domstolars metodiske tilnærming til EU/EØS-retten

### 11.1. Innledning

En realistisk beskrivelse av norske domstoler metodiske tilnærming til EU/EØS-retten må ta utgangspunkt i hvordan domstolene rent faktisk håndterer EU/EØS-rettslige problemstillinger heller enn kun å redegjøre for de ulike "programerklæringer" om metodiske spørsmål som man tidvis støter på. Satt på spissen er det av begrenset interesse at Høyesterett innledningsvis i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) uttaler prinsipielt at norske domstoler må legge "vesentlig vekt" på EFTA-domstolens rådgivende uttalelser, når den etterfølgende vurdering av Ferreira-dommen etterlater inntrykk av at retten ville fulgt EU-domstolen dersom man hadde kommet til at det i dette tilfellet var motstrid mellom EFTA-domstolens og EU-domstolens tolkning av direktivene.<sup>298</sup> Dette betyr selvsagt ikke at prinsipielt anlagt uttalelser om metodiske spørsmål er uten interesse, men de må leses i lys av domstolenes faktiske omgang med EU/EØS-rettslige spørsmål.

Norske domstoler metodiske tilnærming til EU/EØS-retten på en rekke ulike rettsområder og i en rekke ulike typetilfeller er alt til dels utførlig omtalt ovenfor. I det følgende er siktemålet kun å redegjøre for enkelte mer overordnede metodespørsmål. Det er grunn til å understreke at det følgende kapittel er begrenset til en omtale norske domstoler metodiske tilnærming til EU/EØS-retten *som sådan*, i motsetning til domstolenes tolkning av *norsk rett* på EØS-retten område.<sup>299</sup> For sistnevnte vises det særlig til omtalen av presumsjonsprinsippet ovenfor i kapittel 10 (punkt 10.3).

### 11.2. Finnes det spor av et "forsiktighetsprinsipp"?

En første problemstilling som fortjener oppmerksomhet er spørsmålet om det i praksis finnes spor av et "forsiktighetsprinsipp" knyttet til norske domstolars fortolkning av EU/EØS-retten. Grunnlaget for en antakelse om at et

<sup>298</sup> Jf. også Høyesteretts dom 7. desember 2010 i Edquist-saken (HR-2010-2082-A), hvor det under henvisning til etterfølgende rettspraksis fra EU-domstolen uttales det må forventes "at EFTA-domstolen ikke ville kunne opprettholde synspunktene fra Fokus Bank-saken om en tilsvarende problemstilling skulle komme opp for domstolen på ny" (avsnitt 113).  
<sup>299</sup> Jf. nærmere om denne helt sentrale sonderingen Arnesen og Stenvik 2009 s. 15-16.

slikt kanskje finnes, ligger dels i det "klarhetsprinsipp" som tidligere var styrende for norske domstoler tolkning av Norges folkerettslige forpliktelser<sup>300</sup> og dels i Høyesteretts programerklæring om tolkningen av EMK, hvor det bl.a. er uttalt at det i første rekke er EMD som har til oppgave å utvikle konvensjonen og at norske domstoler i tilfeller hvor det er tvil om hvordan EMK skal forstås, ikke bør anlegge en for dynamisk tolking.<sup>301</sup> I EØS-rettslig sammenheng er det imidlertid to forhold som tilsier at det er lite rom for noe slikt "forsiktighetsprinsipp". For det første er nasjonal tilbakeholdenhet i tolkningen av EØS-retten vanskelig å forene med lojalitetsplikten nedfelt i EØS-avtalen artikkel 3. For det annet innebærer muligheten for å legge uklare tolkningsspørsmål frem for EFTA-domstolen at norske domstoler ikke godt kan bruke som begrunnelse for ikke å gi EØS-avtalen forrang at løsningen er for uklar.<sup>302</sup> Særlig sistnevnte er et argument som det er svært vanskelig å imøtegå, noe som innebærer at den blotte eksistens av foreleggelsesadgangen (ODA artikkel 34, jf. domstoloven § 51a) spiller en viktig rolle for norske domstoler metodiske tilnærming til EØS-retten – helt uavhengig av hvor ofte den faktisk blir brukt.

Det er på denne bakgrunn lite overraskende at det finnes få spor etter noe forsiktighetsprinsipp i norske domstolars håndtering av EU/EØS-retten. Det er imidlertid ett unntak – Borgarting lagmannsretts kjennelse 22. april i saken Star Forsikring mot European Navigation.<sup>303</sup> Spørsmålet i kjæremålet var om det var i strid med diskrimineringsforbudet i EØS-avtalen artikkel 4 å pålegge et gresk selskap å stille sikkerhet for saksomkostninger i henhold til den daværende bestemmelsen om dette i tvistemålsloven § 182. I herværende sammenheng er det imidlertid følgende prinsipputtalelse av størst interesse:

"I dette tilfellet ser lagmannsretten det altså slik at det er spørsmål om å sette regelen i tvistemålsloven § 182 første ledd til side på grunn av motstrid med EØS-avtalens artikkel 4. *Det må da kreves at det fremstår som tilstrekkelig klart at et pålegg om sikkerhetsstillelse vil være i strid med artikkel 4, sml avgjørelsen i Rt. 1994 s. 610, særlig s 616 flg., som riktignok gjaldt forholdet mellom prosessreglene på strafferettens område og bestemmelser i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon og i FN-konvensjonen. Lagmannsretten kan ikke se at det er klart at et pålegg om å stille sikkerhet i forbindelse med ENIs saksanlegg vil være i strid med EØS-avtalens artikkel 4*" (min

<sup>300</sup> Jf. særlig Rt. 1994 s. 610 A (Bølgepapp-kjennelsen). Systematisk er det en viktig forskjell mellom klarhetsprinsippet og det her antydte "forsiktighetsprinsippet" i det førstnevnte ikke egentlig var styrende for tolkningen av Norges folkerettslige forpliktelser, kun for spørsmålet om forpliktelsene skulle gå foran annen norsk rett. Etter klarhetsprinsippet var det ikke nødvendig for norske domstoler å ta endelig stilling til tolkningen av folkeretten – det var nok å påpeke at den folkerettslige regelen ikke var "tilstrekkelig klar og entydig" til å anvendes.

<sup>301</sup> Jf. særlig Rt. 2000 s. 996 P (Bøhler-dommen), på s. 1007-1008. Det faller klart utenfor rammene for fremstillingen her å gå inn på det omstridte spørsmålet om Høyesterett rent faktisk etterlever (og eventuelt bør etterleve) denne programerklæringen i sin tolkning av EMK.  
<sup>302</sup> Treffende hertil Graver 2006 s. 206 og Arnesen og Stenvik 2009 s. 26.  
<sup>303</sup> LB-1997-1.

kursivering).

Henvisningen til klarhetsprinsippet i denne kjennelsen er nokså paradoksal om man tar med i betraktningen at lagmannsretten senere i avgjørelsen uttaler at man har vurdert, men ikke funnet det nødvendig å legge spørsmålet frem for EFTA-domstolen!

Selv om lagmannsrettens kjennelse i European Navigation-saken fremstår som et enslig eksempel på bruk av klarhetsprinsippet i EØS-rettslig sammenheng, er det av interesse at staten i en del andre sammenhenger forgyves har fremført liknende argumenter. Et illustrerende eksempel er statens anførsler for tingretten i den ovenfor omtalte Nordea Bank-saken:

”Det foreligger ingen dommer fra EFTA- eller EF-domstolen som legger til grunn at kildeskatt, etter de prinsipper som norsk skattelovgivning bygger på, er i strid med EF-traktaten art. 56 eller EØS-avtalens art. 40. Det vises i den anledning til at EU-stater som Finland, Italia og Tyskland har kildeskatteregler som medfører ulik grad av forskjellsbehandling, uten at det er reist sak om dette. *Gode grunner taler for at nasjonale domstoler ikke bør være spydspisser i en dynamisk utvikling på området.* En eventuell utvikling bør derimot finne sted ved EU-initiert lovgivningsarbeid.”<sup>304</sup>

Til dette svarte imidlertid tingrettens følgende:

”Spørsmålet om kildeskatt strider mot retten til fri bevegelse av kapital har ikke vært prøvd av EF- eller EFTA-domstolen, til tross for at flere EU- og EFTA-land har skattesystemer med tilsvarende virkninger som det norske. Etter rettens syn kan ikke dette i seg selv tjene som et argument for å oppebære et traktatstridig skattesystem – det vil åpenbart være å trekke status quo hensynet for langt. Det vises i den anledning til at EØS- og EU-retten er dynamiske rettsområder, og at EF-domstolen med økende intensitet har slått ned på nasjonale skatteregler.”

Et liknende eksempel gir påtalemyndighetens anførsler knyttet til e-handelsdirektivet i den ovenfor omtalte straffesaken som endte med frifinnelse i RG 2003 s. 1268 (Borgarting). For tingretten argumenterte påtalemyndigheten med at retten først kunne bygge på direktivet dersom det fremstod som ”tilstrekkelig klart”, noe som ble avvist under henvisning til dets generelle karakter.<sup>305</sup> Tingretten forkastet ikke denne anførelsen uttrykkelig, men rettens svært grundige vurdering av direktivet viser klart at den ikke delte påtalemyndighetens oppfatning av klarhetsprinsippets relevans for saken.

Fra den senere tid kan det også være grunn til å nevne Gjøvik tingretts dom 6. april 2010 i saken Kistefos Træs-

liberi mot staten.<sup>306</sup> Saken reiste bl.a. spørsmål om avslag på søknad om konsesjon for erverv av to skogeiendommer var i strid med EØS-avtalen artikkel 40. Staten viste til Høyesteretts uttalelser (om EMK) i Rt. 2000 s. 996 (Bøhler-dommen) og anførte at det ”ikke i første rekke [er] norske domstoler som har til oppgave å utvikle EØS-retten”. Tingretten nøyde seg med å vise til at saken ikke hadde noe grenseoverskridende element som kunne bringe EØS-avtalen artikkel 40 til anvendelse, slik at det ikke var nødvendig å gå nærmere inn på tolkningen av bestemmelsen.

Listen med eksempler kunne nok vært gjort noe lengre, men sett i forhold til det totale antall EU/EØS-relaterede saker i norske domstoler er det likevel forsvinnende få tilfeller hvor et klarhets- eller forsiktighetsprinsipp er anført som en skranke for tolkningen av EU/EØS-retten. Og, viktigere, ut over lagmannsrettens kjennelse i European Navigation-saken tilbake i 1997, er det ingen eksempler i det materielle som ligger til grunn for denne studien som indikerer at norske domstoler har sluttet seg til noe slikt prinsipp.

Nå kan det selvsagt reises spørsmål ved om ikke norske domstoler i praksis tidvis likevel tenderer til å falle ned på statens foretrukne tolkningsalternativ i saker hvor det synes svært uklart hvordan EØS-retten er å forstå, men altså uten at dette åpent knyttes til noen ”klarhetsdoktriner”, ”norske verdiprioriteringer” eller lignende. En slik hypotese er imidlertid svært vanskelig å verifisere og den foreliggende studie gir intet grunnlag for å trekke en slik konklusjon. Det nærmeste man kommer er enkelte saker hvor fremsatte henvisninger til ”EØS-retten” i liten grad er utdypet eller underbygget med rettskildemateriale og hvor dette tidvis synes å resultere i at domstolene ikke finner grunn til selv å foreta noen særlig inngående vurdering. Et eksempel fra høyesterettspraksis kan kanskje være den ovenfor omtalte skattesaken i Rt. 2006 s. 404 (Invensys), hvor Høyesterett fant grunn til å påpeke særskilt at de EØS-rettslige spørsmålene ”ikke var særlig utdypende prosedert” (avsnitt 50) og hvor staten deretter ble frifunnet etter en EØS-rettslig drøftelse på kun ett avsnitt. I underinstanspraksis finnes det en del liknende tilfeller. Selv om domstolenes tilnærming i slike tilfeller kan kritiseres under henvisning til lojalitetsprinsippet i EØS-avtalen artikkel 3 og prinsippet i tvisteloven § 11-3 om rettens ansvar for rettsanvendelsen, så er de praktiske følgene kun at en part som påberoper seg EØS-rettslige anførsler i hvert fall et stykke på vei må sørge for å underbygge anførelsene dersom det skal være særlig håp om å vinne frem.

### 11.3. Bekjennelser til EØS-rettslig metode

For så vidt gjelder tolkningen av EMK, har Høyesterett ved flere anledninger kommet med prinsipielle uttalelser om at norske domstoler i sin tolkning av konvensjonen skal benytte samme metode som EMD.<sup>307</sup> Noen tilsvarende prinsipperklæring finnes ikke på EU/EØS-rettens område, men det er liten tvil om at norske domstoler legger til grunn at det er EU-domstolens og EFTA-domstolens metode som skal

304 Jf. gjengivelsen av statens anførsler i Oslo tingretts dom 14. november 2003 (TOSLO-2002-8443). Min kursivering.  
305 Oslo tingretts dom 5. juni 2002 (TOSLO-2001-5479).

306 TGJOV-2009-33502.

307 Jf. bl.a. Rt. 2005 s. 833 P, avsnitt 45.

følges.<sup>308</sup> Dette er da også den eneste tilnærmingen som er i samsvar med lojalitetsplikten etter EØS-avtalen artikkel 3 og den overordnede målsetningen om rettsenhet på et felles marked nedfelt i avtalens artikkel 1.

Den hittil klareste henvisning til EU-domstolen som metodisk forbilde er trolig førstvoterendes uttalelser i Rt. 2010 s. 202 (Nye Kystlink) om at norske domstoler må tolke og anvende direktiv 2000/78/EF om diskriminering i arbeidslivet "på bakgrunn av de samme rettskilder som ville gjelde dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EF-domstolen" (avsnitt 56). Dette er likevel ikke noe helt godt eksempel både fordi dette direktivet, som påpekt ovenfor i kapittel 6, ikke er omfattet av EØS-avtalen og fordi førstvoterende i denne sammenheng kun fikk uttrykkelig tilslutning fra én av de øvrige dommere.

Spørsmålet er imidlertid hva det mer konkret innebærer at norske domstoler skal benytte samme metode som EU-domstolen og EFTA-domstolen. Et interessant uttrykk for norske domstolers oppfatning av EU/EØS-rettslig metode er følgende uttalelse fra Frostating lagmannsrett i Fokus Bank-saken (RG 2005 s. 1542):

"Lagmannsretten vil også peke på at rettskildebruken innen EF/EØS-retten avviker fra den norske. EØS-avtalen er svært skjønsmessig i sin utforming og det er sparsomt med forarbeider. Derimot legges det betydelig vekt på rettspraksis og bruk av formålsbetraktninger i forhold til overordnede prinsipper. Et slikt rettskildebilde legger opp til en mer utviklingsorientert tolkning og vil i hvert fall på noe sikt kunne føre til tolkningsresultater som ikke alltid er like forutsigbare."

Noe av det samme kommer til uttrykk i Høyesteretts dom 7. desember 2010 i Edquist-saken, hvor det bl.a. vises til EU-domstolens "dynamiske tilnærming" knyttet til EU-rettens føringer på skatterettens område (avsnitt 81), mens det i Rt. 2010 s. 330 (Bardufoss Flyservice) påpekes at konklusjonen er bygget på praksis, særlig fra EU-domstolen, "hvor reglene om virksomhetsovertagelse er gitt et noe videre omfang enn det som naturlig følger av en rent språklig forståelse av begrepet" (avsnitt 81). Liknende karakteristikker påtreffes også i underinstanspraksis. Det synes slik å være alminnelig enighet blant norske dommere om at EU-domstolens metodebruk er "dynamisk" og "formålsorientert" og at norske domstolers tolkning av EØS-retten bør være likedan. Spørsmålet er imidlertid hva dette mer konkret innebærer, samt i hvilken grad norske domstoler faktisk har lyktes ikke bare med å gjenkjenne EU-domstolens "dynamiske" tolkningsstil når de ser den, men også å anvende den selv i situasjoner hvor det (ennå) ikke er veiledning å hente i EU-domstolens praksis, jf. noe nærmere i punkt 11.7 og 11.8 nedenfor.

308 Fraværet av en prinsipperklæring på dette punkt kan kanskje skyldes de særlige utfordringer som forholdet mellom EU-retten og EØS-retten generelt, og EØS-avtalens domstolsordning spesielt, byr på, jf. nærmere Halvard Haukeland Fredriksen, "Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen?", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2010 s. 247-287, hvor det bl.a. påpekes at det i prinsippet er forskjell på EU-domstolens metodiske tilnærming til EU-traktatene og domstolens tilnærming til EØS-avtalen (s. 274).

I norsk litteratur støter man tidvis på den oppfatning at rettsanvendelsen i EU-domstolen kjennetegnes av en pragmatisme som ikke er vesensforskjellig fra etablert norsk rettskildelære<sup>309</sup> eller at EU-domstolens metodebruk er løsere knyttet til de positive rettskilder enn den norske tradisjonen,<sup>310</sup> med den følge at en eventuell europaretslig påvirkning av norsk rettskildelære ikke vil gå i tekstlojal retning.<sup>311</sup> Her er det imidlertid grunn til å nyansere. For så vidt gjelder EU-domstolens tolkning og utvikling av *primærretten* (traktatene, grunnleggende rettigheter og andre ulovfestede prinsipper), så er det riktig at denne kjennetegnes av en utpreget dynamisk metode, hvor formåls- og effektivitetsbetraktninger står sentralt. Den altoverveiende del av EU-domstolens praksis er imidlertid knyttet til tolkningen av *sekundærretten* (direktiver, forordninger m.v.). Her synes EU-domstolens metodebruk tidvis preget av *større* tekstlojalitet enn "alminnelig" norsk juridisk metode.<sup>312</sup> Det er derfor tvilsomt om det egentlig finnes noe slikt som en helhetlig EU/EØS-rettslig metode – EU-domstolens metodiske tilnærming varierer avhengig av hvilke regler som er gjenstand for fortolkning. Det faller imidlertid utenfor rammene for denne fremstillingen og forfølge disse spørsmål videre.

#### 11.4. Betydningen av EU-domstolens praksis

Prinsipielt er den en viktig forskjell på det å følge EU-domstolens metodebruk og det å anse EU-domstolen som en prejudikatdomstol.<sup>313</sup> Av konstitusjonelle og politiske årsaker var det uakseptabelt for EFTA-statene å underkaste seg EU-domstolens jurisdiksjon, noe som er selve årsaken til opprettelsen av EFTA-domstolen. Opprinnelig var riktignok EFTA-statene villige til å akseptere at deres nasjonale domstoler kunne sende spørsmål om tolkningen av EØS-avtalen til EU-domstolen, men kun så lenge EU-domstolens svar ikke var formelt bindende. Da EU-domstolen forkastet denne løsningen i sin uttalelse 1/91,<sup>314</sup> ble resultatet i stedet ODA artikkel 34 som åpner for innhenting av rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen. Av samme grunn er domstolens plikt til å følge EU-domstolens praksis i henhold til EØS-avtalen artikkel 6 formelt sett begrenset til relevante rettsavgjørelser truffet før undertegningen av avtalen (2. mai 1992). ODA artikkel 3 nr. 2 statuerer en plikt til å ta "tilbørlig hensyn" til "de prinsipper" som følger av senere praksis,

309 Sverre Blandhol, "Er rettsanvendelsen i EU-domstolen og Menneskerettsdomstolen vesensforskjellig fra norsk rettskildelære?", *Lov og Rett* 2005 s. 316-327.

310 Jf. Hans Petter Graver, "Nyere utviklingslinjer i norsk rettsvitenskap", *Lov og Rett* 1998 s. 579-603 (s. 593).

311 Jf. Bjarte Askeland, "Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning", *Jussens Venner* 2003 s. 8-23 (s. 21).

312 Se nærmere Allan Rosas, "Tolknings- og tillämpningsproblem i mötet mellan nordisk och international juridisk metod", i: *Forhandlingene ved det 37. nordiske juristmøte*, Reykjavik 2005, Bind I, s. 319-345. Rosas, som siden 2002 har vært dommer ved EU-domstolen og slik kjenner den fra innsiden, påpeker at man i vurderingen av EU-domstolens påståtte "aktivisme" må skille mellom utviklingen av "konstitusjonelle prinsipper" og den daglige tolkningen av sekundærretten som "ter sig till övervägande delar rutinmässigt och odramatisk" (s. 338-339).

313 Faktisk er det vel slik at det foreligger et visst spenningsforhold her ettersom EU-domstolen selv ikke alltid synes å legge særlig mye vekt på tidligere praksis.

314 EU-domstolens uttalelse 1/91, *EØS (I)*, Sml. 1991 s. I-6079, avsnitt 61 flg.

men denne plikten retter seg formelt kun mot EFTA-domstolen (og ESA). Av femtende ledd i EØS-avtalens fortale (og fjerde ledd i fortalen til ODA) fremgår det for øvrig at rettsenhet i EØS tilstrebes "med full respekt for domstolens uavhengighet".<sup>315</sup> Selv om EØS-avtalens grunnleggende målsetting om et ensartet EØS tilsier at EU-domstolens syn på tolkningen av avtalen må tillegges betydelig vekt, så er det klart nok at EU-domstolens praksis ikke formelt sett kan anses som bindende for norske domstoler.

Fra et konstitusjonelt perspektiv er det på denne bakgrunn kanskje noe paradoksalt at det ikke finnes noen eksempler i det innsamlete materiale på at norske domstoler har avvist EU-domstolens praksis som autoritativt uttrykk for hvordan EØS-retten skal fortolkes. Samtidig er det imidlertid klart at norske domstoler kun kan hevde sin formelle uavhengighet fra EU-domstolen på bekostning av EØS-avtalens overordnede målsetning om rettsenhet på et felles marked nedfelt i avtalens artikkel 1. På samme vis som EFTA-domstolen har norske domstoler i praksis løst det prinsipielt uløselige motsetningsforholdet mellom forutsetningen om deres uavhengighet og målsetningen om ensartet fortolkning av EØS-reglene til fordel for sistnevnte. Norske domstoler stilltiende aksept av EU-domstolen som prejudikatdomstol er slik et slående eksempel på forskjellene mellom formaliteter og realiteter på EØS-rettens område.

Særlig illustrerende for norske domstolers forhold til praksis fra EU-domstolen er håndteringen av skjæringstidspunktet i EØS-avtalen artikkel 6, som formelt sett begrenser bindingen til EU-domstolen praksis til "relevante" avgjørelser avsagt før 1. mai 1992. Om denne begrensningen uttalte Høyesterett følgende i Rt. 1997 s. 1954 (Løten kommune):

"Det følger av EØS-avtalens artikkel 6 at bestemmelsen i direktivet skal fortolkes i overensstemmelse med de rettsavgjørelser som EF-domstolen har truffet før avtalen ble undertegnet, altså før 2 mai 1992. Men også senere avgjørelser vil være sentrale rettskilder for forståelsen av direktivet. I og med at arbeidsmiljøloven kap XII A er utformet med sikte på å implementere direktivet i norsk rett, vil disse rettsavgjørelser få direkte betydning for hva som er norsk rett på dette området" (s. 1960, min kursivering).

Også i Rt. 1997 s. 1965 (Eidesund) ble det vist til skjæringstidspunktet i EØS-avtalen artikkel 6, men kort uttalt at:

"Sondringen mellom tidligere og senere avgjørelser fra EF-domstolen får neppe betydning for vår sak" (s. 1970).

<sup>315</sup> Også EØS-avtalens bestemmelser om tvisteløsning ved eventuelle divergenser mellom EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis (eller annen uenighet mellom EFTA-siden og EU om tolkningen av avtalen) forutsetter klart nok at EFTA-statene ikke uten videre må akseptere EU-domstolens tolkning, jf. EØS-avtalen artikkel 105 tredje ledd, jf. artikkel 111. I henhold til sistnevnte artikkels tredje ledd kan avtalepartene i EØS-komiteen bli enige om å be EU-domstolen om å avgjøre tolkningen av de relevante EØS-reglene, men dette forutsetter altså at EFTA-statene samtykker.

Et noe senere eksempel på det samme er Rt. 2002 s. 391 ("God Morgon"), hvor det ble påpekt at:

"Relevant praksis fra EF-domstolen er yngre enn 2. mai 1992 og [...] derfor ikke formelt bindende for Norge i henhold til EØS-avtalen art. 6, men det er på det rene at slik senere praksis uansett skal tillegges stor vekt ved tolkningen av norsk lov, se Rt. 1997 side 1954" (s. 395-396)

Også i underinstanspraksis finnes det en del eksempler på henvisninger til EØS-avtalen artikkel 6, særlig i saker fra 1990-tallet, men ingen hvor skillet tillegges noe betydning.<sup>316</sup> I det store flertall av saker benyttes yngre rettspraksis fra EU-domstolen uten at forholdet til EØS-avtalen artikkel 6 problematiseres overhodet.

Betydningen av EU-domstolens praksis synes å være den samme ved tolkningen av Luganokonvensjonen, jf. for eksempel Rt. 2004 s. 981 A (Agrimann). Av konstitusjonelle og politiske årsaker pålegger heller ikke Luganokonvensjonen de nasjonale domstolene noen plikt til å følge EU-domstolens tolkning av tilsvarende bestemmelser i Brusselkonvensjonen (eller nå Brusselordningen), men ved undertegningen av den tidligere konvensjonen (1988) avga EFTA-statene en erklæring om at deres domstoler ved tolkningen av konvensjonen skulle ta "tilbørlig hensyn" til praksis fra EU-domstolen (og EU-statenes nasjonale domstoler). I den nye konvensjonen (2007) fremgår det av protokoll 2 artikkel 1 at "enhver domstol" som anvender og tolker konvensjonen, skal ta "tilbørlig hensyn" til de "prinsipper" som følger av "enhver relevant avgjørelse" truffet av "domstolene i konvensjonsstatene og De europeiske fellesskaps domstol". Formelt sett står EU-domstolen og de nasjonale domstolene på like fot (strengt tatt pålegges protokollen også EU-domstolen en plikt til å ta hensyn til nasjonal rettspraksis!), men realitetene er selvsagt at EU-domstolens praksis blir avgjørende (noe som egentlig også fremgår av protokollens fortale).

Et slående eksempel på den betydning EU-domstolens praksis tillegges også utenfor EØS-rettens anvendelsesområde, er Høyesteretts ankeutvalgskjennelse inntatt i Rt. 2010 s. 944 F i CHC Norway-saken. Saken reiser spørsmål om en tariffestet aldersgrense for helikopterpiloter på 60 år innebærer aldersdiskriminering i strid med arbeidsmiljøloven § 13-1, jf. § 13-3, jf. EUs direktiv 2000/78/EF (som nevnt i kapittel 6 er dette direktivet ikke en del av EØS-avtalen). Ankeforhandling i Høyesterett var berammet til høsten 2010, men saken ble deretter besluttet stanset i påvente av en dom fra EU-domstolen i en sak som reiser liknende spørsmål og som i følge saksforberedende dommer ville kunne ha "sentral betydning for avgjørelsen av herværende sak". Etter tvisteloven § 16-18 annet ledd forutsetter stansing i det tilfelle som dette at "tungtveiende grunner" taler for

<sup>316</sup> Et eksempel av nyere dato er Oslo tingretts dom i "Tippinga"-saken 17. april 2009 (TOSLO-2008-171495): "Relevant praksis fra EF-domstolen yngre enn 02.05.1992 er derfor ikke formelt bindende for Norge i henhold til EØS-avtalen art. 6, men det er på det rene at slik senere praksis uansett skal tillegges stor vekt ved tolkningen av norsk lov. Se bl.a. Rt-2002-391 (God Morgon)."



dette, noe som i seg selv er illustrerende for den betydning Høyesterett synes å tillegge EU-domstolens praksis.

Avslutningsvis, som et enslig eksempel fra norsk rettspraksis på et forsøk på å begrense EU-domstolens betydning på EØS-rettens område, fortjener statens anførsler for tingretten i den ovenfor omtalte Nordea Bank-saken en viss oppmerksomhet:

”Det er bred enighet om at EF-domstolen med økende intensitet i den senere tiden har slått ned på nasjonale skatteregler. Dog taler de særlige hensyn som gjør seg gjeldende på skatterettens område for at rettspraksis fra EF-domstolen ikke bør tillegges like stor vekt i foreliggende sak som i saker på andre rettsområder.”<sup>317</sup>

Det er betegnende for EU-domstolens betydning for norske domstoler tolkning av EØS-retten at tingretten ikke en gang fant grunn til å kommentere denne anførselen i dommen.

### 11.5. Betydningen av EFTA-domstolens praksis

Av ODA artikkel 34 fremgår det at EFTA-domstolens svar på tolknings spørsmål forelagt av nasjonale domstoler, kun er rådgivende. Fra norsk side ble det hevdet at det ville stride mot grunnloven § 88 dersom EFTA-domstolen (eller, som nevnt ovenfor, EU-domstolen) fikk kompetanse til å avsi bindende tolkningsuttalelser til norske domstoler. I stortingsproposisjonen i anledning ratifikasjon av avtalen er uttalelsenes rådgivende karakter og norske domstolers uavhengighet understreket.<sup>318</sup> Samtidig ble det imidlertid samme sted uttalt at man i praksis måtte ”regne med at den nasjonale domstol legger EFTA-domstolens uttalelse til grunn, når den anvender norske rettsregler på rettsforhold som er dekket av EØS-avtalens bestemmelser.”<sup>319</sup>

Den første sak for Høyesterett hvor det var innhentet en tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen, var Eidesund-saken (Rt. 1997 s. 1965). Uttalelsen var i dette tilfellet innhentet av Gulating lagmannsrett, som imidlertid i sin etterfølgende dom i saken hadde viet den påfallende liten oppmerksomhet – etter å ha fremhevet at praksis fra EU-domstolen måtte tillegges vekt, nøyde lagmannsretten seg med å påpeke at ”også EFTA-domstolens uttalelse i forbindelse med nærværende sak, vil i utgangspunktet ha betydning for tolkingen”.<sup>320</sup> Også Høyesterett synes noe tilbakeholden overfor EFTA-domstolens uttalelse i dette tilfellet. Det ble innledningsvis påpekt at ”EFTA-domstolens uttalelser er rådgivende” (s. 1970) og det er iøynefallende hvordan utgangspunkt tas i EU-domstolens praksis. På punkter hvor det ikke forelå avklaring i EU-domstolens praksis ble det imidlertid vist utførlig til EFTA-domstolens praksis, både uttalelse innhentet i anledning saken og EFTA-domstolens etterfølgende uttalelse i Ask-saken. Høyesterett sluttet seg til EFTA-domstolens oppfatning under henvisning til at ”[t]olkningen er godt forenlig med ordlyden i bestemmelsen [...]

og de reelle hensyn som domstolen har anført i premissene, er tungtveiende” (s. 1974).

Et liknende eksempel er Frostating lagmannsretts dom i Ulstein og Røiseng-saken (RG 2000 s. 833). Inderøy herredrett hadde i dette tilfellet innhentet en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen, også denne knyttet til tolkningen av direktiv 77/187/EF om vern av arbeidstakeres rettigheter ved virksomhetsoverdragelser. Under henvisning til Høyesteretts uttalelser i Rt. 1997 s. 1954 (Løten kommune), uttalte lagmannsrettens at EU-domstolens rettsavgjørelser vil få ”direkte betydning for hva som er norsk rett på dette område”, samtidig som det ble påpekt av EFTA-domstolens uttalelse var ”rådgivende”. I drøftelsene tok lagmannsretten utgangspunkt i EU-domstolens praksis, for først deretter å trekke inn EFTA-domstolens uttalelse. Lest i sammenheng etterlater dommen et klart inntrykk av at lagmannsretten fant EU-domstolens praksis av langt større rettskildemessig interesse enn EFTA-domstolens uttalelse, selv om sistnevnte var innhentet i sakens anledning.

I plenumsdommen i Finanger I-saken (Rt. 2000 s. 1811) synes imidlertid Høyesterett å ha satt seg fore å avklare spørsmålet om rettskildevekten av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser mer prinsipielt:

”Jeg finner det først riktig å gi uttrykk for min oppfatning om hvilken betydning EFTA-domstolens uttalelse bør tillegges.

Uttalelsen fra EFTA-domstolen er rådgivende, jf. artikkel 34 i Overvåknings- og domstolsavtalen (ODA-avtalen) mellom EFTA-statene. Dette innebærer at Høyesterett har myndighet og plikt til selvstendig å ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad uttalelsen skal legges til grunn for Høyesteretts avgjørelse.

Men jeg finner samtidig at uttalelsen må tillegges vesentlig vekt. Dette følger etter min mening allerede av den omstendighet at EFTA-statene i samsvar med EØS-avtalen artikkel 108 nr. 2 ved inngåelsen av ODA-avtalen har funnet grunn til å opprette denne domstolen, blant annet for å nå frem til og å opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen. Også reelle grunner taler for dette. Rettskildebruken innen EØS-retten kan avvike fra den nasjonale. Dette gjør at EFTA-domstolen med sin særlige kunnskap bør kunne uttale seg med betydelig autoritet. I denne sammenheng finner jeg grunn til å nevne at EFTA-domstolen gjennomfører en saksbehandling som blant annet gir andre medlemsland og organer innen EFTA og EF anledning til å uttale seg om de spørsmål som reises, jf. artikkel 20 i protokoll 5 til ODA-avtalen. At EFTA-domstolens rådgivende uttalelse skal tillegges vesentlig vekt, er også forutsatt fra Stortingets side. Jeg viser til St.prp.nr.100 (1991-1992) om samtykke til ratifikasjon av EØS-avtalen, hvor det på side 330 uttales at man i praksis må «regne med at den nasjonale domstol legger EFTA-domstolens uttalelse til grunn, når den anvender norske rettsregler på rettsforhold som er dekket av EØS-avtalens bestemmelser» (s. 1820, kursivering i original).

317 Tingrettens gjengivelse av statens anførsler i dom 14. november 2003 (TOSLO-2002-8443), min kursivering.

318 St.prp. nr. 100 (1991-1992), s. 330.

319 Ibid.

320 Gulating lagmannsretts dom 20. desember 1996 (LG-1995-672).

Høyesterett har i ettertid bekreftet denne oppfatningen av at EFTA-domstolens uttalelser må tillegges "vesentlig vekt" ved flere anledninger. I Rt. 2004 s. 904 (Paranova) ble det under henvisning til uttalelsene i Finanger I-saken lagt til grunn at det skal

"meget til for at Høyesterett skal fravike det domstolen uttaler om forståelsen av de EØS-rettslige bestemmelsene, og ganske særlig på et område som det foreliggende, hvor EU/EØS-retten er spesialisert og utviklet" (avsnitt 67).

Også i plenumsdommen i Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II), Rt. 2007 s. 1003 (Spilleautomatdommen) og Rt. 2009 s. 839 (Vinforum) slutter Høyesterett seg til uttalelsene fra Finanger I-dommen. Av størst interesser er Spilleautomatdommen, hvor det ikke forelå noen rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen, men derimot en dom i traktatbrudds-saken som ESA hadde anlagt mot Norge. Etter å ha vist til uttalelsene fra Finanger I-dommen, uttalte førstvoterende:

"Det er innlysende at EFTA-domstolens generelle forståelse av EØS-retten må ha stor gjennomslagskraft i norske domstoler. Det samme gjelder EFTA-domstolens konkrete rettsanvendelse i et traktatbruddssøksmål. Det er ikke den samme grunn til å tillegge EFTA-domstolens bevisbedømmelse selvstendig betydning." (avsnitt 81)

Ut over de prinsipielle uttalelsene om rettskildevekten av EFTA-domstolens praksis, er det ytterligere to avgjørelser fra Høyesterett kjæremålsutvalg som bør nevnes i denne sammenheng – en kjennelse 15. juni 2004 i saken Bernsen mot HydroTexaco (HR-2004-01051) og kjennelsen i Rt. 2005 s. 1598 om utsettelse av behandlingen av Spilleautomatsaken.

I HydroTexaco-saken var det spørsmål om en klausul i en avtale mellom HydroTexaco og eier av en bensinstasjon som etablerte en eksklusiv leveringsrett i en periode på 5 + 5 år var i strid med EØS-avtalens artikkel 53. Sentralt i saken stod EFTA-domstolens uttalelse i Hegelstad-saken. Under henvisning til EFTA-domstolens uttalelse hadde lagmannsretten kommet til at den avtalte leveringsrett ikke ble rammet av EØS-avtalens artikkel 53. Både for lagmannsretten og i kjæremålet til Høyesterett anførte imidlertid bensinstasjonseieren at EFTA-domstolens forståelse av EØS-avtalen artikkel 53 var i strid med praksis fra EU-domstolen. Lagmannsretten hadde avvist angrepet på EFTA-domstolens uttalelse bl.a. under henvisning til at de anførte dommene fra EU-domstolen alle var vurdert av EFTA-domstolen.<sup>321</sup> Kjæremålsutvalgets kortfattede begrunnelse for å forkaste kjæremålet er imidlertid nokså oppsiktsvekkende:

"Høyesteretts kjæremålsutvalg finner det enstemmig klart at de anførsler i kjæremålet som gjelder lagmannsrettens lovtolkning og saksbehandling, ikke kan føre frem. Kjæremålsutvalget tilføyer at *en eventuell fravikelse av EFTA-domstolens*

*rådgivende uttalelse 18. oktober 2002 i saken mellom Hegelstad og Hydro Texaco AS (E-7/01) forutsetter at det blir innhentet en ny tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen, og siden denne saken er begrenset til midlertidig forføyning, har utvalget ikke funnet grunn til det.*" (min kursivering)

Strengt tatt uttales det her at kjæremålsutvalget anser seg *bundet* av den rettsoppfatning som EFTA-domstolen har gitt uttrykk for, og at en fravikelse først er mulig dersom EFTA-domstolen selv åpner for dette i en ny tolkningsuttalelse. Et slikt syn er ikke lett å forene med de ovenfor gjengitte uttalelsene i Finanger I-dommen om "myndighet og plikt" til selvstendig å ta stilling til "hvorvidt og i hvilken grad en uttalelse fra EFTA-domstolen skal legges til grunn for Høyesteretts avgjørelse". Slik kan uttalelsen ganske sikkert heller ikke være ment. Som et uttrykk for kjæremålsutvalgets oppfatning av rettskildevekten av EFTA-domstolens uttalelser er den likevel av interesse.

Enn mer interessant er kjæremålsutvalgets begrunnelse i Rt. 2005 s. 1598 U for å utsette behandlingen av Spilleautomatsaken som følge av at ESA i sakens anledning hadde varslet at man ville anlegge et traktatbruddssøksmål mot Norge for EFTA-domstolen. Etter å ha drøftet saken i møte med Høyesteretts øvrige dommere, besluttet kjæremålsutvalget å utsette den alt berammede plenumsbehandlingen. Flertallet gav følgende begrunnelse:

"EFTA-domstolen, som i et traktatbruddssøksmål kan prøve både bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen fullt ut, er *den instans som med endelig virkning avgjør om de omtvistede norske lovregler er i strid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen*. Når spørsmålet nå er besluttet innbrakt for EFTA-domstolen, hører det under den å gi *det autoritative svar på det EØS-rettslige spørsmål som foreligger i plenumssaken*. Flertallet anser det under disse omstendigheter best forenlig med håndhevningssystemet innenfor EØS at prøvingen i Høyesterett må vike" (avsnitt 7, mine kursiveringer).

Når det likevel, alle disse prinsipielt anlagte og nokså entydige uttalelsene til tross, kan være grunn til å stille spørsmål ved hvilken rettskildevekt norske domstoler rent faktisk tillegger EFTA-domstolen, så skyldes det motsetningsforholdet som eksisterer mellom EØS-avtalens grunnleggende målsetning om rettsenhet i hele EØS og vektlegging av EFTA-domstolens praksis.<sup>322</sup> Selv om det kan hevdes at også EU-domstolen anerkjenner EFTA-domstolens praksis som en relevant rettskilde,<sup>323</sup> så er det klart nok at den ikke vurderer EFTA-domstolens oppfatning som så tungtveiende som det Høyesterett synes å mene at norske rettsanvendere skal gjøre. Det er heller ingenting som tilsier at EFTA-domstolen selv tillegger egen tidligere praksis "vesentlig vekt" dersom det i en ny sak skulle fremstå som sannsynlig at EU-domstolen nå ville komme til en annen

<sup>322</sup> Jf. Kai Krüger, "Finanger-dommen og den nye rettskildefaktor: frykten", *Jussens Venner* 2001 s. 89-104 (s. 103).

<sup>323</sup> Se for en nærmere redegjørelse for denne oppfatning Fredriksen 2009 s. 559-560.

løsning.<sup>324</sup> I denne sammenheng er det interessant hvordan Høyesterett i Finanger I-dommen utførlig drøftet om EU-domstolens avgjørelse i Ferreira-saken gav grunn til å fravike EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i saken. Til tross for de generelle betraktningene innledningsvis i dommen om rettskildevekten av EFTA-domstolens uttalelser, er det lite som tyder på at EFTA-domstolens oppfatning faktisk ble tillagt selvstendig rettskildevekt i den etterfølgende tolkningen av motorvognforsikringsdirektivene.<sup>325</sup> I samme retning trekker de avsluttende bemerkningene knyttet til tolkningen av EØS-avtalen artikkel 40 i dom 7. desember 2010 i Edquist-saken (HR-2010-2082-A). Under henvisning til etterfølgende rettspraksis fra EU-domstolen uttales det at det må forventes "at EFTA-domstolen ikke ville kunne opprettholde synspunktene fra Fokus Bank-saken om en tilsvarende problemstilling skulle komme opp for domstolen på ny" (avsnitt 113). Implisitt gis det vel her uttrykk for at heller ikke Høyesterett ville føle seg forpliktet til å følge EFTA-domstolens standpunkt i Fokus Bank-uttalelsen dersom spørsmålet om betydningen av skattekreditt innrømmet i hjemlandet for vurderingen av en restriksjon på den frie kapitalflyten nedfelt i EØS-avtalen artikkel 40 skulle dukke opp på ny.

Et enlig tilfelle hvor en norsk domstol uttrykkelig fraviker en uttalelse fra EFTA-domstolen er Oslo tingretts dom 2. juli 2004 i KLM-saken (04-000806TVI-OTIR/07), hvor det var spørsmål om forholdet mellom luftfartsforordningen og EØS-avtalen artikkel 36. Dette er så vidt enestående at tingrettens resonnement fortjener å gjengis i sin helhet:

"I Stylianakis (EF-dom av 6. februar 2003) dom, som begge parter har vist til, sier domstolen i avsnitt 23: *Selv om art 59 (dvs 36) under hensyn til traktatens art 61 (dvs 38) ikke finner anvendelse som sådan på transportydelse – da transportydelser er regulert av bestemmelsene i afsnittet om transport – er prinsippet om fri utveksling av tjenesteytelser ikke desto mindre anvendelig på område.* Med andre ord ble Romatraktatens bestemmelser av EF-domstolen tolket dit hen at art 36 ikke var anvendbar, noe saksøker ikke bestrider. I "Esa mot Island" i EFTA-dom av 12. des. 2003, som saksøker viser til, hvor Island hadde anvendt differensiert avgift, uttales det i avsnitt 37: *The court therefore holds that by maintaining in force the contested legislation the Defendant is restricting the freedom to provide services in a manner that is incompatible with its obligations under Article 36 EEA and Art. 3 (1) of Council Regulation (EEC) No 2408/92 of 23 July 1992 on Access for Community carriers to intra-Community air routes.* Det ble m.a.o. fastslått motstrid både mellom art. 36 og forordningen art. 3 (1). Dette er ikke nærmere utdypet. Retten finner derfor at den klare uttalelse som EF-domstolen ga må veie tyngre. (Gjennom ODA art. 3 er EF-domstolen gitt en viss lederstilling fremfor EFTA-domstolen ved tolkningen av EØS-avtalen). Når det gjelder

324 Jf. særlig forente saker E-9/07 og E-10/07, *L'Oréal Norge AS and L'Oréal SA mot Per Aarskog AS, Nille AS and Smart Club AS*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 258, hvor EFTA-domstolen fravek sin tidligere tolkning av varemerkedirektivet uten at det på noen måte fremgår av premissene at tidligere praksis ble tillagt selvstendig rettskildevekt i vurderingen.  
325 Se Rt. 2000 s. 1811 P (på s. 1823-1826).

avgjørelser i EF-domstolen etter inngåelsen av EØS-avtalen, er disse ikke forpliktende for EFTA landene på grunn av fraværet av overnasjonalitet, men avgjørelsene vil ha stor betydning som tolkningsmomenter knyttet til EØS-avtalens prinsipp om rettsenhet og ODA-avtalens bestemmelser om at EFTA-domstolen skal ta tilbørlig hensyn til fremtidige avgjørelser i EF-domstolen" (kursiveringer i original, enkelte skrivefeil er rettet opp).

## 11.6. Betydningen av høyesterettspraksis

I utgangspunktet kan det kanskje synes noe overraskende å reise spørsmål om betydningen av høyesterettspraksis ved fortolkningen av EU/EØS-retten, all den tid verken EU-domstolen eller EFTA-domstolen er nevneverdig interessert i hva nasjonale domstoler måtte mene.<sup>326</sup> Målsetningen om rettsenhet i hele EØS tilsier klart nok at det er lite rom for å tillegge Høyesteretts fortolkning av EU/EØS-retten selvstendig rettskildevekt. Samtidig er det nok mulig at Høyesterett selv ønsker at de øvrige norske domstoler skal innordne seg etter Høyesteretts tolkning av EU/EØS-retten og overlate eventuelle endringer til Høyesterett selv.<sup>327</sup> I lys av den vekt som høyesterettspraksis tradisjonelt tillegges ved tolkning av norsk rett, kan det være grunn til å undersøke hvordan norske domstoler, og da i første rekke underinstansdomstolene, håndterer dette i praksis.

For Høyesteretts vedkommende er det lite som tilsier at retten tillegger egen praksis selvstendig rettskildevekt ved tolkningen av EU/EØS-regler. Et særlig klart eksempel er Rt. 2006 s. 1473 (Livbøye-saken), hvor Høyesterett uttrykkelig fravek avgjørelsen i Rt. 1998 s. 1809 (BUD) under henvisning til nyere praksis fra EUs kontor for harmonisering av det indre marked. Det er intet i dommen som indikerer at den tidligere dommen ble tillagt noen vekt ved tolkingen av varemerkedirektivet. Et annet eksempel er Rt. 2005 s. 1601 ("Gule sider"), hvor Høyesterett, bl.a. under henvisning til senere praksis fra EU-domstolen, stiller seg nokså fritt i forhold til den rettsoppfatning som var lagt til grunn i Rt. 2002 s. 391 ("God Morgon").<sup>328</sup>

For underinstansenes vedkommende avtegner det seg imidlertid et nokså annerledes bilde. Illustrerende for et ytterpunkt i tilnærmingen til høyesterettspraksis på EU/EØS-rettens område er Oslo tingretts dom 30. november 2010 i gruppesøksmålet anlagt av Landsforeningen for trafikkskadde.<sup>329</sup> Under henvisning til praksis fra EU-domstolen avsagt både før og etter Høyesteretts dom i Finanger II-saken (Rt. 2005 s. 1365), argumenterte staten for at det er mindretallets utlegning av ansvarsterskelen i den dommen som må legges til grunn. Til dette uttalte tingretten:

326 Helt utelukket er en viss påvirkningsmulighet likevel ikke – i EU-retten finnes det eksempler på at innspill og innvendinger fra nasjonale domstoler har påvirket EU-domstolens praksis. I EFTA-statenes domstoler reduseres imidlertid påvirkningsmulighetene av at man ikke har adgang til å henvende seg direkte til EU-domstolen.

327 Jf. Hans Petter Graver, "Dømmer Høyesterett i siste instans?", *Jussens Venner* 2002 s. 263-281 (bl.a. på s. 267).

328 Slik Arnesen og Stenvik 2009 s. 105.

329 09-204651TVI-OTIR/03.

”Dette fører isolert sett ikke frem for tingretten. Til anførselens juridisk-metodiske implikasjoner bemerkes at Høyesterett etter Grunnlovens § 88 dømmer i siste instans. I dette ligger også at Høyesteretts avveining av rettskildet bildet nær uten unntak oppfattes som normerende av de øvrige nasjonale domstoler, især når avveiningen foretas i plenum. Samtidig slår flertallet i Finanger II avsnitt 68 fast, at terskelen for ansvar for mangelfull gjennomføring av direktiver ”... må bli opp til domstolene å vurdere (i) den enkelte sak på bakgrunn av den praksis som til enhver tid foreligger.” I dette ligger at tingretten både kan og skal anvende en annen vurderingsnorm enn det Høyesteretts flertall gjorde i Finanger II, såfremt – men bare såfremt – det har oppstått endringer av betydning i rettskildet bildet etter avsigelsen av Finanger II den 28. oktober 2005.” (kursivering i original, skrivefeil rettet)

Et annet, om enn ikke like klart og kanskje endog noe urettferdig eksempel er Senja tingretts dom i Bardufoss Flyservice-saken.<sup>330</sup> Tingretten uttalte innledningsvis i dommen at ”Høyesteretts praksis på området vil være av vesentlig betydning” og først deretter at også praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen ”har stor rettskildemessig vekt”. Årsaken til at det likevel kanskje er noe urettferdig å løfte frem akkurat denne dommen, er at tingretten deretter klart viet EU-domstolens praksis mest oppmerksomhet. Dette fremgår også av rettens oppsummering: ”Etter en helhetsvurdering av forholdet mellom SGS og saksøkte sammenholdt med EF-domstolens praksis, har retten kommet til at foreligger en kontraktsmessig overdragelse i direktivets forstand”.

Et liknende eksempel er RG 2007 s. 513 (Oslo), som gjaldt sletting av et varemerket på grunn av manglende bruk, jf. varemerkeloven § 25a. Tingretten bemerket da det ikke forelå høyesterettspraksis på området, blir EU-organenes avgjørelser ”en vesentlig kilde for hvilke krav som skal stilles, jf. Rt. 2002 side 391”. Uttalelsen antyder vel at det er fraværet av høyesterettspraksis som gjør at EU-organenes praksis er viktig.

Et helt omvendt eksempel på forholdet mellom innledende rettskildemessige betraktninger og rettskildebruken i saken er Borgarting lagmannsrett dom 9. desember 2010 i saken A mot Tide Sjø.<sup>331</sup> Lagmannsretten fant i dette tilfellet at det ikke kunne anses som virksomhetsoverdragelse i forhold til en ansatt med arbeidsoppgaver på land at et rutesamband (båtforbindelsen Oslo-Nesodden) i 2009 ble overtatt av et annet rederi som følge av anbudskonkurranse. Innledningsvis fant retten grunn til å bemerke at kapittel 16 i arbeidsmiljøloven er en gjennomføring i norsk rett av EF-/EU-direktiver, som får virkning i Norge i henhold til EØS-avtalen: ”EF- og EFTA-domstolens avgjørelser er dermed rettskilder av stor vekt på det aktuelle området.” Dette fremstår imidlertid som noe av en standardfrase – videre i dommen vises det utelukkende til Høyesteretts utlegning av vilkårene for hva som utgjør en virksomhetsoverdragelse i Bardufoss Flyservice- og SAS/Braathens-dommene.

Oslo tingretts dom i samme sak illustrerer hvordan underinstansenes tilnærming synes å variere på dette punkt: Tingrettens dom inneholder utførlige henvisninger til praksis fra EU-domstolen og er et interessant eksempel på at denne gis langt mer plass enn en kort henvisning til Rt. 2006 s. 71 (SAS/Braatens) avslutningsvis.<sup>332</sup> Tilsvarende gjelder RG 2001 s. 1438 (Hålogaland). Også denne saken gjaldt vern av arbeidstageres rettigheter ved virksomhetsoverdragelser, og også i dette tilfellet er de mange selvstendige henvisningene til EU-domstolens praksis mer fremtredende enn henvisningene til Høyesterett nylig avsagte dom om de samme spørsmål i Rt. 2001 s. 248 (Olderdalen ambulansse).

Ytterligere to eksempler er Borgarting lagmannsretts ferske dom 13. desember 2010 i Gjensidige-saken<sup>333</sup> og RG 2000 s. 799 (Trondheim). I lagmannsrettens dom i Gjensidige-saken er det påfallende hvor mye større oppmerksom EU-domstolens praksis vies enn Høyesteretts dom i Rt. 2010 s. 202 (Nye Kystlink), mens det i RG 2000 s. 799 er tilsvarende påfallende at byretten tok utgangspunkt i EU-domstolens praksis knyttet til virksomhetsoverdragelser heller enn foreliggende praksis fra Høyesterett (og EFTA-domstolen).

Samlet sett etterlater en gjennomgang av underinstanspraksis et bestemt inntrykk av at det ikke eksisterer noen felles oppfatning om hvilken betydning høyesterettspraksis skal tillegges ved tolkningen av EU/EØS-retten – mens enkelte dommere synes å tillegge høyesterettspraksis samme prejudikatverdi på EU/EØS-rettens område som ved tolkningen av norsk rett, retter andre i større eller mindre grad oppmerksomheten direkte mot EU-domstolens praksis.

Det faller utenfor rammene for denne studien å gå nærmere inn på hva som bør gjøres for å oppnå en mer ensartet praksis på dette punkt, men noe av problemet ligger trolig i den ikke alltid like avklarte kompetansefordelingen mellom europeisk og nasjonalt domstolsnivå. For så vidt gjelder den abstrakte tolkningen av EU/EØS-retten er det, i hvert fall fra et EU/EØS-rettslig perspektiv, vanskelig å se at nasjonal høyesterettspraksis kan tillegges nevneverdig rettskildevikt. Så lenge høyesterettspraksis ligger innenfor de rammer som trekkes opp av EU-domstolen og EFTA-domstolen, kan det imidlertid hevdes at den konkrete rettsanvendelsen som finner sted i Høyesterett også på EU/EØS-rettens område både kan og bør være normerende for underordnede domstoler.<sup>334</sup>

Samtidig, og kanskje vel så interessant, kan det konstateres at det 17 år etter EØS-avtalens ikrafttredelse ikke synes å foreligge et eneste tilfelle hvor en norsk underinstansdomstol åpent har tatt avstand for Høyesteretts forståelse av EU/EØS-retten, verken på egenhånd eller ved å forelegge EFTA-domstolen spørsmål om Høyesteretts tolkning kan være riktig. Illustrerende på dette punkt er de spørsmål som

<sup>332</sup> Oslo tingretts dom 21. januar 2010 (TOSLO-2009-107903).

<sup>333</sup> LB-2010-99479.

<sup>334</sup> En slik tilnærming vanskeliggjøres imidlertid av at det synes å være delte oppfatning om den nærmere grensedragning mellom tolkning og konkret rettsanvendelse, jf. noe nærmere nedenfor under punkt 12.7.

<sup>330</sup> Dom 2. januar 2009 (TSENJ-2008-90372).

<sup>331</sup> LB-2010-31001.

i litteraturen ble stilt ved om Høyesterett i Rt. 2001 s. 1062 (Nucleusdommen) hadde lagt listen for ansvar er for høyt i forhold til de underliggende EU/EØS-rettslige krav til anskaffelsesmyndighetenes erstatningsansvar for anbudsfeil – anførsler i denne retning ble fremsatt i lavere rettsinstanser i flere tilfeller, men underinstansene valgte uten unntak å holde seg til Høyesteretts standpunkt uten engang å vurdere om den etablerte praksis var i samsvar med de EØS-rettslige krav.<sup>335</sup> Om dette skyldes at det ikke har vært noe å utsette på Høyesteretts tolkning av EU/EØS-retten eller om det skyldes norske underinstansdommers tiltro til, og lojalitet overfor rikets øverste dommere, får stå åpent i denne sammenheng.

I enkelte EU-stater er det ikke uvanlig at underordnede domstoler benytter muligheten til å innhente prejudisielle avgjørelser fra EU-domstolen for å kunne sette til side nasjonale prejudikater de er uenige i.<sup>336</sup> Særlig utbredt synes denne praksisen i Tyskland og Østerrike, noe som trolig er en medvirkende årsak til det betydelige antall saker fra nettopp disse to EU-statene. To eksempler gir sakene C-350/03, *Schulte*, Sml. 2005 s. I-9215 (se premiss 35) og C-229/04, *Crailsheimer Volksbank*, Sml. 2005 s. I-9273 (se premiss 35). Et mye omtalt østerriksk eksempel finnes i sak C-224/01, *Köbler*, Sml. 2003 s. I-10239, hvor en førsteinstansdomstol i Wien forela EU-domstolen spørsmålet om en avgjørelse fra Østerrikes øverste forvaltningsdomstol var i strid med EU-retten, og om dette i tilfellet kunne utløse et erstatningsansvar for den østerrikske stat.

## 11.7. Har norske domstolars tilnærming til EU/EØS-retten endret seg over tid?

Det er knapt noen overraskelse at en gjennomgang av norske domstolars håndtering av EU/EØS-rettslige spørsmål i perioden 1994–2010 etterlater inntrykk av at domstolene gradvis har blitt mer fortrolig med rettskildebruken innen EU/EØS-retten. Et illustrerende eksempel på det som i ettertid viste seg å være en for konservativ tolkning av EØS-rettslige regler i de første årene etter avtalens ikrafttredelse, gir kjennelsen i Rt. 1996 s. 433. Saken gjaldt spørsmål om midlertidig forføyning i forbindelse med parallellimport av legemidler fra Spania og kjæremålet rettet seg mot lagmannsrettens tolking av artikkel 47 i traktaten om Spanias tiltredelse til EU. I henhold til dennes bestemmelsens annet ledd gjaldt det unntak for adgangen til parallellimport fra Spania ”indtil udgangen af det tredje år, efter at Spanien har indført adgang til patentering af disse produkter”. Adgang til patentering av legemidler var innført i Spania 7. oktober 1992, men merkevarereinnehaveren gjorde gjeldende at spanske myndigheter hadde tolket overgangsreglene slik at det reelt sett ikke var mulig å patentere de aktuelle legemidlene før 7. oktober 1993. Merkevarereinnehaveren hevdet

derfor at overgangsregelen først ville utløpe 7. oktober 1996, mens parallellimportøren anførte at overgangsregelen utløp allerede 7. oktober 1995. Lagmannsretten gav parallellimportøren medhold i at det avgjørende måtte være når det ble adgang til patentering av legemidler, ikke om og i tilfelle når det kunne oppnås patent på det enkelte produkt, men retten tolket samtidig ”udgangen af det tredje år” slik at det var snakk om uløpet av tredje kalenderår, med den følge at overgangsregelen utløp 31. desember 1995. Lagmannsretten begrunnet dette som følger:

”Ordlyden støtter dette tolkningsalternativ. Det ville etter rettens mening ikke ha vært naturlig å tale om ”utgangen av” det tredje år dersom hensikten var å la overgangsordningen vare i tre år (36 måneder) etter at adgang til patentering var innført. Man må kunne anta at avtalepartene ønsket en utløpsdato som var lett å forholde seg til. Det var i avtalen satt en frist (7. oktober 1992) innen hvilken ny patentlovgivning måtte være innført i Spania. Når det ville skje innenfor fristen visste man ikke, bortsett fra at det var sannsynlig med ikrafttreden i 1992. Ved å fastsette overgangsordningens utløp til ”utgangen av” det tredje året – i betydningen 31. desember – fikk man en retts teknisk bedre regel ved at usikkerheten med hensyn til overgangsordningens opphørsdato ble redusert.”<sup>337</sup>

Kjæremålsutvalget sluttet seg til lagmannsrettens oppfatning og nøyde seg i det vesentligste med å vise til dennes begrunnelse. Trekvart år senere slo imidlertid EU-domstolen fast at artikkel 47 i den spanske tiltredelsestraktaten måtte tolkes slik at overgangsregelen utløp tre år fra Spania hadde innført adgang til patentering av de aktuelle produktene, altså ikke først ved utløpet av det tredje kalenderåret.<sup>338</sup> Fra et EU-rettslig perspektiv var dette ikke egentlig særlig overraskende – ordlyden åpnet for begge tolkningsalternativer og EU-domstolen viste til at overgangsregelen representerte et unntak fra hovedreglene om fri vareflyt som av den grunn måtte fortolkes innskrenkende. Nå var den praktiske forskjellen på de to tolkningsalternativene kun knappe tre måneder, slik at diskrepansen knapt kan ha fått noen særlige konsekvenser, men saken er likevel illustrerende på et tilfelle hvor en noe ulik metodisk tilnærming gav seg utslag i avvikende standpunkt til ett og samme rettsspørsmål.

De sakene som kanskje best viser at norske domstoler trengte noe tid på å bli fortrolig med rettskildebruken innen EU/EØS-retten er imidlertid enkelte tidlige avgjørelser knyttet til EØS-avtalens hovedregler om de fire friheter. EU-domstolen følger et nokså fast argumentasjonsmønster for vurderingen av om det foreligger en restriksjon på en eller flere grunnfriheter og om denne eventuelt kan rettfærdiggjøres fordi den er egnet og nødvendig for å ivareta hensyn som EU/EØS-retten anerkjenner som legitime.<sup>339</sup> Tilegnelse av EU-domstolens strukturelle tilnærming er en forutsetning for å stille de rette spørsmål i vurderingen av

<sup>335</sup> Jf. eksempelvis RG 2007 s. 1390 (Hålogaland) – Rødne & Sønner; RG 2005 s. 469 (Hålogaland) – A3-Arkitektkontor; Borgarting lagmannsretts dom 4. juni 2003 (LB-2002-1293) – Bragernes-saken og Oslo tingretts dom 17. november 2010 (TOSLO-2009-188440) – Taxi 2 Dør til Dør. <sup>336</sup> Se Graver, ”Dømmer Høyesterett i siste instans?”, s. 267 (med videre henvisninger).

<sup>337</sup> Borgarting lagmannsretts kjennelse 15. januar 1996 (LB-1995-2005). <sup>338</sup> Forente saker C-267-268/95, *Merck & Co mot Primecrown Ltd*, Sml. 1996 s. I-6285.

<sup>339</sup> Jf. nærmere ovenfor i kapittel 7 (særlig punkt 7.2).

statlig regulering som griper inn i de fire friheter. Tidlige avgjørelser som Rt. 1995 s. 1789 U (Kiddie Rides) og Rt. 2000 s. 46 A (Ølreklamesaken) er begge eksempler på at det ikke ble foretatt en adekvat etterprøving av om lovgivning som utgjorde en restriksjon på EØS-avtalens fire friheter forfulgte legitime hensyn og var i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet.<sup>340</sup> Fra underinstanspraksis kan eksempelvis nevnes Oslo byretts dom i Kiddie Rides-saken,<sup>341</sup> Frostating lagmannsretts dom i Vannscooter-saken<sup>342</sup> og Borgarting lagmannsretts to kjennelser om tvistemålslovens tidligere bestemmelse om utlendingers plikt til å stille sikkerhet for et eventuelt ansvar for motpartens saksomkostninger.<sup>343</sup> Senere praksis indikerer imidlertid at disse sakene helst bør sees som utslag av at norske domstoler trengte noe tid på å gjøre seg kjent med den særegne EU/EØS-rettslige tilnærmingen til disse spørsmål. Gjennom håndteringen av "store" saker som Vinforumsaken, Nordea Bank, Gerevan Trading, Ladbrokes og den verserende Verftssaken har domstolene i de senere år vist at usikkerheten den første tid etter EØS-avtalens ikrafttredelse synes å være et tilbakelagt stadium.<sup>344</sup>

Også utenfor grunnfrihetenes område er det eksempler på avgjørelser som etterlater inntrykk av at ikke alle norske dommere er like fortrolige med EU/EØS-retten, men her er det ikke like lett å påvise noen utvikling fra 1994 og frem til i dag – i de fleste tilfellene er det snakk om mindre skjønnsfeil uten betydning for resultatet og disse synes nokså jevnt spredt ut over perioden. Fra høyesterettspraksis kan det nevnes at retten i Rt. 2002 s. 391 (God Morgon-saken) uriktig omtalte den norske versjonen av varemerkedirektivet som "uoffisiell" (s. 395), at det i Rt. 2005 s. 1365 P (Finanger II) siteres fra en uoffisiell dansk oversettelse av EFTA-domstolens dom i Sveinbjörnsdóttir-saken (avsnitt 48 og 49) og at Rt. 2008 s. 982 (Catch-saken) inneholder en pussig henvisning til at "EØS-loven del IV om EFTA-domstolen artikkel 41" gir EFTA-domstolen adgang til i nødvendig utstrekning å treffe midlertidig forføyning i saker som er innbrakt for den (avsnitt 53).<sup>345</sup> Mer bekymringsfullt er det at i Rt. 2004 s. 122 (Norsk Dental Depot) uriktig ble lagt til grunn at produktansvarsdirektivet ble gjennomført i norsk rett ved EØS-loven § 1 (avsnitt 31), mens det i Rt. 2006 s. 179 (støvlethælsaken), via

340 Dommene er nærmere omtalt ovenfor i punkt 7.2. Det må understrekes at kritikken her gjelder tilnærmingen til EØS-retten, ikke utfallet.

341 Dom 30. november 2001 i sak 95-1629 A/20. Dommen er nærmere omtalt ovenfor i punkt 7.2.

342 LF-2003-86. Dommen omtales noe nærmere nedenfor under punkt 12.5.

343 LB-1997-1 og RG 2000 s. 1214. Avgjørelsene er nærmere omtalt ovenfor i punkt 8.4.

344 Jf. hhv. Rt. 2009 s. 839 A; TOSLO-2002-8443; TSTAV-2006-167488; TOSLO-2004-91873 og Oslo tingretts dom 29. januar 2010 i sak 09-050176TVI-OTIR/06. Som den nærmere omtalen av dommene ovenfor i kapittel 7 viser, så betyr ikke dette at det ikke kan reises visse innvendinger også mot domstolenes håndtering av EØS-retten i disse sakene, men poenget i herværende sammenheng er at domstolene synes å ha tilegnet seg EU-domstolens strukturelle tilnærming og som en følge av dette stiller de rette spørsmål i vurderingen av statlig regulering som griper inn i de fire friheter.

345 Det siktes nok her til ODA artikkel 41. En mulig forklaring på henvisningen til ODA som "EØS-loven del IV" er kanskje at ODA er inn tatt som tredje vedlegg til EØS-loven i Norsk lovkommentar (www.rettssystem.no)!

en henvisning til juridisk litteratur, uriktig legges til grunn at EØS-loven § 2 innebærer at forbrukerkjøpsdirektivet må gis fortrinn ved en eventuell konflikt med forbrukerkjøpsloven. Disse glippene synes imidlertid ikke å ha fått noen konsekvenser for utfallet av sakene.

## 11.8. Anvender egentlig norske domstoler EU-domstolens metode?

For alle som beskjeftiger seg med EU/EØS-rett er det klart nok at det er lettere å gjenkjenne EU-domstolens "dynamiske" tolkningsstil når man ser den, enn det er å anvende den selv i situasjoner hvor det (ennå) ikke er veiledning å hente i domstolens praksis. Viktigere enn å fremheve enkelttilfeller hvor norske domstoler ikke har lyktes fullt ut med å forutse EU-domstolens standpunkt til et spørsmål, er det imidlertid å påpeke at praksis etterlater et bestemt inntrykk av at det er nettopp dette norske domstoler prøver på. Særlig illustrerende er kanskje følgende uttalelse fra Rt. 2002 s. 391 A ("God Morgon"-saken):

"Det følger av det som her er sagt at varemerkeloven § 13 første ledd første punktum må tolkes i lys av varemerkedirektivets og forordningens bestemmelser om det tilsvarende registreringsvilkår i EF-retten og praksis i EF-organene omkring vilkårene for registrering. Som jeg skal komme tilbake til, foreligger det i EF en omfattende praksis om vilkårene for registrering av varemerker, men det foreligger ingen avgjørelse fra EF-domstolen som direkte gjelder det tolkningsspørsmål som foreligger til avgjørelse i vår sak. *Det blir derfor et spørsmål hva man kan slutte seg til ut fra avgjørelser og premisser i saker som gjelder mer eller mindre likeartede spørsmål*" (s. 396, min kursivering).

Det er derfor ikke egentlig helt treffende å si at norske domstoler anvender EU-domstolens metode, i hvert fall ikke hvis man med det mener at norske domstoler etterstreber en rettskildebud som er mest mulig lik EU-domstolens. Tvert i mot viser det innsamlede materiale at norske domstoler i sine bestrebelser på å forutse hvordan EU-domstolen ville løst et foreliggende tolkningsspørsmål, trekker inn en rekke kilder som man ikke vil gjenfinne i EU-domstolens egne avgjørelser. Noen eksempler fra høyesterettspraksis kan være Rt. 2006 s. 1473 (Livbøye-saken), hvor retten la avgjørende vekt på praksis fra EUs kontor for harmonisering av det indre marked; Rt. 1999 s. 569 (Spets), hvor det legges vekt på en rapport fra EU-kommisjonen og Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II), hvor både flertall og mindretall viser til uttalelser fra EU-domstolens generaladvokater.<sup>346</sup> Illustrerende er også det som tidvis fremstår som en nokså utstrakt bruk av juridisk litteratur, nettopp med det formål å avdekke hva som må antas å være EU-domstolens tilnærming til det ak-

346 Et interessant eksempel på hvordan høyesteretts tilnærming til EU/EØS-rettslige kilder er styrende for de underordnede domstoler er Oslo tingretts dom 25. mai 2005 (TOSLO-2008-156741): "Under henvisning til Høyesteretts vektleggelse av Generaladvokatens prejudisielle avgjørelser i Finnangerdommen (Rt. 2005 side 1365), finner retten at det i denne sammenheng bør ses hen til Generaladvokatens prejudisielle avgjørelse (forslag til dom) av 12. februar 2009 (Case C-5/08) i den såkalte «Infopagsaken»."

tuelle tolknings spørsmål.<sup>347</sup> Også henvisningene til EFTA-domstolens avgjørelser kan sees i et slikt perspektiv – den anses som en relevant kilde til forståelsen av EU-domstolens sannsynlige oppfatning, men viker av nettopp denne grunn for EU-domstolens praksis (eller andre kilder som tilser at EU-domstolen vil komme til et annet standpunkt). Kort oppsummert synes Høyesterett å anvende alle de kilder som man antar kan si noe om hvordan EU-domstolen ville løst det foreliggende rettsspørsmål, uavhengig av om EU-domstolen selv vil anerkjenne disse kildene som rettskilder. Satt på spissen anvender ikke egentlig Høyesterett EU-domstolens metode fullt ut, men snarere metoden til en underordnet domstol i et føderalt domstolshierarki hvor det primært er overlatt til den øverste føderale domstol å utvikle retten videre.

## 12. Samarbeidet med EFTA-domstolen<sup>348</sup>

### 12.1. Innledning

Det er alt antydning ved flere anledninger at forholdet til EFTA-domstolen er et av de spørsmål som synes å volde norske domstoler, og da i første rekke Høyesterett, en del hodebry. Siktemålet i dette kapitlet er å undersøke noe nærmere hvordan det samarbeid som foreleggelsesordningen nedfelt i ODA artikkel 34 legger opp til, har fungert i praksis.

Innledningsvis skal det kort minnes om at det av konstitusjonelle og politiske årsaker er to viktige forskjeller mellom foreleggelsesordningen etter ODA artikkel 34 og den forbildede i det som nå er EUF-traktaten artikkel 267: I motsetning til etter EUF-traktaten artikkel 267 tredje ledd foreligger det etter ODA artikkel 34 aldri noen plikt for norske domstoler til å forelegge tolknings spørsmål for EFTA-domstolen, og EFTA-domstolens svar er heller ikke formelt bindende.

I norsk rett er domstolenes adgang til å forelegge tolknings spørsmål for EFTA-domstolen gjennomført ved domstoloven § 51a.

### 12.2. Norske foreleggelses for EFTA-domstolen

En samlet oversikt over anmodninger fra norske domstoler til EFTA-domstolen om tolkning av EØS-rett i perioden 1994-2010 ser ut som følger:

<sup>347</sup> Se til illustrasjon Rt. 2009 s. 839 A (Vinforum); Rt. 2006 s. 1473 A (Livbøye); Rt. 2006 s. 404 A (Invensys); Rt. 2006 s. 179 (Støletthæl); Rt. 2005 s. 597 A (Allseas); Rt. 2001 s. 1390 A (Hunter Textile) og Rt. 1997 s. 1859 U (MAN). Foruten eksemplene her kan nevnes en rekke saker vedrørende Luganokonvensjonen, hvor henvisninger til juridisk litteratur synes å være regelen heller enn unntaket.

<sup>348</sup> Det følgende kapittel er i hovedsak basert på en oppdatering av artikkelen "Om mangelen på tolknings spørsmål fra norske domstoler til EFTA-domstolen", *Jussens Venner* 2006 s. 372-402.

.....

Norske foreleggelsler for EFTA-domstolen 1994–2010

År	Antall	Sak (saknummer for EFTA-domstolen)	Foreleggende domstol
1994	2	E-8/94 Forbrukerombudet mot Mattel Scandinavia AS E-9/94 Forbrukerombudet mot Lego Norge AS	Markedsrådet Markedsrådet
1995	2	E-2/95 Eilert Eidesund mot Stavanger Catering AS E-3/95 Torgeir Langeland mot Norske Fabricom AS	Gulating lagmannsrett Stavanger byrett
1996	5	E-2/96 Jørn Ulstein og Per Otto Røiseng mot Asbjørn Møller E-3/96 Tor Angeir Ask m.fl. mot ABB Offshore Technology AS og Aker Offshore Partner AS E-4/96 Fridtjof Frank Gundersen mot Oslo kommune E-5/96 Ullensaker kommune m.fl. mot Nille AS E-6/96 Tore Wilhelmsen AS mot Oslo kommune	Inderøy herredsrett Gulating lagmannsrett  Oslo byrett Borgating lagmannsrett Oslo byrett
1997	5	E-1/97 Fridtjof Frank Gundersen mot Oslo kommune E-2/97 Mag Instrument Inc mot California Trading Company Norway (Maglite-saken) E-3/97 Jan og Kristian Jæger mot Opel Norge AS E-5/97 European Navigation Inc mot Star Forsikring AS E-8/97 TV 1000 Sverige AB mot Norge	Oslo byrett Fredrikstad byrett  Nedre Romerike herredsrett Kjæremålsutvalget Oslo byrett
1998	2	E-1/98 Den norske stat mot Astra Norge AS E-4/98 Blyth Software Ltd. mot AlphaBit AS	Borgating lagmannsrett Oslo byrett
1999	1	E-1/99 Storebrand Skadeforsikring AS mot Veronika Finanger	Høyesterett
2000	2	E-2/00 Allied Colloids m.fl. mot Norge E-8/00 LO mot KS m.fl. (KLP-saken)	Oslo byrett Arbeidsretten
2001	3	E-6/01 CIBA m.fl. mot Norge E-7/01 Hegelstad m.fl. mot Hydro Texaco AS E-8/01 Gunnar Amundsen AS m.fl. mot Vectura AS	Oslo byrett Gulating lagmannsrett Borgating lagmannsrett
2002	1	E-3/02 Paranova AS mot Merck & Co Inc. m.fl.	Høyesterett
2003	-		
2004	4	E-1/04 Fokus Bank ASA mot Norge E-2/04 Reidar Rasmussen m.fl. mot Total E&P Norge AS E-3/04 Tsomakas Athanasios m.fl. mot Norge E-4/04 Pedicel AS mot Norge	Frostating lagmannsrett Gulating lagmannsrett Gulating lagmannsrett Markedsrådet
2005	-		
2006	2	E-3/06 Ladbrokes Ltd. mot Norge E-4/06 KLM Royal Dutch Airlines mot Norge	Oslo tingrett Borgating lagmannsrett
2007	5	E-7/07 Seabrokers AS mot Norge E-8/07 Celina Nguyen mot Norge E-9/07 L'Oréal Norge AS mot Per Aarskog AS E-10/07 L'Oréal Norge AS mot Nille AS og Smart Club AS E-11/07 Olga Rindal mot Norge	Stavanger tingrett Oslo tingrett Follo tingrett Oslo tingrett Borgating lagmannsrett
2008	1	E-1/09 Therese Slinning mot Norge	Oslo tingrett
2009	-		
2010	2	E-1/10 Periscopus mot Oslo Børs og Erik Must AS E-16/10 Philip Morris Norway AS mot Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet	Oslo tingrett Oslo tingrett

.....

Samlet sett har norske domstoler i løpet av 17 år forelagt tolkningsspørsmål for EFTA-domstolen i 37 tilfeller, noe som gir et snitt på 2,2 saker pr. år. Av de 37 forespørslene stammer tre fra Markedsrådet og en fra Arbeidsretten, slik at gjennomsnittet for de alminnelige domstoler bare er 1,9 tilfeller pr. år. Forespørslene fra de ordinære domstoler fordeler seg på tre fra Høyesterett (inkludert en fra kjæremålsutvalget), 11 fra lagmannsrettene og 19 fra domstoler i første instans. Den domstol som har sendt flest forespørsler til EFTA-domstolen er Oslo tingrett (12 saker), noe som ikke er særlig overraskende tatt i betraktning at staten har hjemting i Oslo. Av samme grunn er det ganske naturlig at nest flest forespørsler er kommet fra Borgating lagmannsrett (fem saker). I forhold til EØS-rettslig sakstilfang er likevel trolig Gulating lagmannsrett den norske domstolen som relativt sett hyppigst har henvendt seg til EFTA-domstolen (fem saker).

Spørsmålet om det grunnlag for å hevde at antall norske foreleggelsler er lavt, og hva som eventuelt kan være forklaringen på dette, omtales nærmere nedenfor under punkt 12.4.

### 12.3. Norske domstolers håndtering av EFTA-domstolens tolkningsuttalelser

Vel så interessant som en oversikt over antall foreleggelsler, er det å se nærmere på hvordan samarbeidet med EFTA-domstolen har fungert i de tilfellene hvor norske domstoler har sendt tolkningsspørsmål til Luxembourg.



.....  
 Endelig utfall av saker hvor EFTA-domstolen har avgitt rådgivende uttalelser til norske domstoler 1994-2010<sup>349</sup>

E-8/94 Forbrukerombudet mot Mattel Scandinavia AS	Saken trukket av Forbrukerombudet
E-9/94 Forbrukerombudet mot Lego Norge AS	Saken trukket av Forbrukerombudet
E-2/95 Eilert Eidesund mot Stavanger Catering AS	Rt. 1997 s. 1965 A (Stavanger Catering frifunnet)
E-3/95 Torgeir Langeland mot Norske Fabricom AS	Stavanger byretts dom 14.5.1997 (Fabricom frifunnet, anke til lagmannsretten trukket)
E-2/96 Jørn Ulstein og Per O. Røiseng mot Asbjørn Møller	RG 2000 s. 833 (Frostating) (saken i det vesentligste vunnet av Ulstein og Røiseng)
E-3/96 Tor Angeir Ask m.fl. mot ABB Offshore Technology AS og Aker Offshore Partner AS	Forlikt (se RG 1998 s. 345 (Stavanger))
E-5/96 Ullensaker kommune m.fl. mot Nille AS	RG 2000 s. 385 (Borgarting) (kommunene frifunnet)
E-6/96 Tore Wilhelmsen AS mot Oslo kommune	Oslo byretts dom 2.1.1998 (kommunen frifunnet)
E-1/97 Fridtjof Frank Gundersen mot Oslo kommune	Forlikt (kravet oppgitt)
E-2/97 Mag Instrument Inc mot California Trading Company Norway (Maglite-saken)	Forlikt
E-3/97 Jan og Kristian Jæger mot Opel Norge AS	Eidsivating lagmannsretts dom 20.10.2000 (LE-1999-156) (Opel Norge frifunnet, anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2001-134)
E-8/97 TV 1000 Sverige AB mot Norge	Forlikt (kravet oppgitt)
E-1/98 Den norske stat mot Astra Norge AS	Opprinnelig krav frafalt, nytt krav avvist, jf. LB-1997-1581
E-1/99 Storebrand Skadeforsikring AS mot Veronika Finanger	Rt. 2000 s. 1811 (Storebrand frifunnet – staten deretter holdt ansvarlig for skadelidtes tap i Rt. 2005 s. 1365)
E-2/00 Allied Colloids m.fl. mot Norge	Søksmålet oppgitt, jf. Rt. 2003 s. 866 U
E-8/00 LO mot KS m.fl. (KLP-saken)	ARD 2002 s. 90 (saken vunnet av LO m.fl.)
E-6/01 CIBA m.fl. mot Norge	Søksmålet oppgitt, jf. Rt. 2003 s. 866 U
E-7/01 Hegelstad m.fl. mot Hydro Texaco AS	Forlikt
E-3/02 Paranova AS mot Merck & Co Inc. m.fl.	Rt. 2004 s. 904 A (Paranova frifunnet)
E-1/04 Fokus Bank ASA mot Norge	RG 2005 s. 1542 (Frostating) (saken vunnet av Fokus Bank, statens anke til Høyesterett trukket)
E-2/04 Reidar Rasmussen m.fl. mot Total E&P Norge	LG-2002-7413 (Total E&P Norge frifunnet)
E-3/04 Tsomakas Athanasios m.fl. mot Norge	Forlikt
E-4/04 Pedicel AS mot Norge (Vinform-saken)	Rt. 2009 s. 839 A (staten frifunnet)
E-3/06 Ladbroses Ltd. mot Norge	TOSLO-2004-91873 (staten frifunnet, anke til lagmannsretten trukket)
E-7/07 Seabrokers AS mot Norge	Forlikt (kravet erkjent av staten)
E-8/07 Celina Nguyen mot Norge	Forlikt (kravet erkjent av staten)
E-9/07 L'Oréal Norge AS mot Per Aarskog AS	Forlikt
E-10/07 L'Oréal Norge AS mot Nille AS og Smart Club AS	Forlikt
E-11/07 Olga Rindal mot Norge	Forlikt (kravet oppgitt)
E-1/09 Therese Slinning mot Norge	Forlikt (kravet oppgitt)
E-1/10 Periscopos mot Oslo Børs og Erik Must AS	-
E-16/10 Philip Morris Norway AS mot Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet	-

.....  
 349 Merk at foreleggelsener som ble trukket tilbake før EFTA-domstolen rakk å avgi noen uttalelse ikke er med i oversikten her.

Av i alt 29 saker<sup>350</sup> hvor EFTA-domstolen har avgitt rådgivende uttalelser til norske domstoler, er det hele 15 hvor EFTA-domstolens svar synes å ha vært siste ord i saken. I de fleste av disse tilfellene synes det klart at EFTA-domstolens svar har vært av en slik karakter at kravet i hovedsaken for norske domstoler deretter er oppgitt av saksøker eller erkjent av saksøkte. Til denne listen kan også tilføyes Astra Norge-saken, hvor Astra informerte lagmannsretten om at man tok "EFTA-domstolens rådgivende uttalelse til etterretning" og var "innforstått med at påstanden for lagmannsretten ikke kan opprettholdes for så vidt gjelder preparatomtale for parallellimporterte legemiddel."<sup>351</sup> I realiteten var derfor

350 De to uttalelsene i *Allied Colloids/CIBA* kom i samme sak for Oslo tingrett. I tillegg kommer imidlertid uttalelsen 10. desember 2010 i sak E-1/10, *Periscopos mot Oslo Børs og Erik Must AS*, men så vidt vites står denne saken fremdeles for Oslo tingrett.

351 Jf. Borgarting lagmannsretts kjennelse 27. september 1999 (LB-1997-1581).

EFTA-domstolens uttalelse avgjørende for utfallet av saken slik den opprinnelig var anlagt, noe også lagmannsretten klart gav uttrykk for: "Etter at EFTA-domstolen avga sin rådgivende uttalelse, er det opphavsrettslige spørsmålet knyttet til omtale av importerte parallellpreparater, slik det forelå for byrett og lagmannsrett, løst." Saken fortsatte kun for lagmannsretten fordi Astra nedla en ny påstand. Denne ble imidlertid av lagmannsretten ansett som et nytt krav og avvist.

Dersom Astra-saken holdes utenfor, er det kun tretten saker som har fortsatt for norske domstoler etter at EFTA-domstolens uttalelse forelå. Av disse er det imidlertid minst to hvor EFTA-domstolens uttalelse i realiteten var avgjørende for de EØS-rettslige spørsmål – Rt. 2004 s. 904 (Paranova) og RG 2005 s. 1452 (Fokus Bank). I Fokus Bank-saken aksepterte staten EFTA-domstolens tolkning av EØS-avtalen artikkel 40, slik at saken deretter kom til å handle

om forholdet til grunnloven og Stortingets forutsetninger (jf. kapittel 7, punkt 7.2). I Paranova-saken fortsatte saken for Høyesterett, men i dommen uttalte førstvoterende meget sigende at hun ikke kunne se at det var grunnlag for særlig tvil om resultatet etter at EFTA-domstolens rådgivende uttalelse forelå (avsnitt 99).

Av de elleve resterende sakene, er det ingen hvor EFTA-domstolens uttalelse fravikes av den norske domstolen som har innhentet den.<sup>352</sup> I fem av sakene ble endelig dom avsagt av en høyere instans enn dem som forela spørsmål for EFTA-domstolen (Eidesund, Ulstein og Røiseng, Nille, Jæger og Pedicel (Vinform-saken)), men ikke i noen av disse synes anken begrunnet med at EFTA-domstolens uttalelse ikke er lojalt etterlevd. I flere saker er det gjort gjeldende at EFTA-domstolens uttalelse på et eller flere punkt er uriktig og ikke bør legges til grunn (Eidesund, Langeland, Nille, Ulstein og Røiseng, Finanger, Paranova), men ikke i noen tilfeller er slike anførsler tatt til følge verken av den domstol som innhentet uttalelsen eller eventuelt ankeinstansen(e). Det nærmes man kanskje kommer en sak hvor det kan stilles visse spørsmål ved etterlevelsen av EFTA-domstolens direktiver, er Oslo tingretts dom i Ladbroskes-saken. En slik oppfatning forutsetter imidlertid at man forstår EFTA-domstolens uttalelse i saken dit hen at den gav anvisning på en mer inngående prøving av spillmonopolene enn det tidligere praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen gav anvisning på og da også mer inngående enn det EU-domstolen la til grunn i den etterfølgende saken *Liga Portuguesa*.<sup>353</sup>

Samlet sett må det kunne konkluderes med at i de tilfeller hvor norske domstoler henvender seg til EFTA-domstolen, så fungerer samarbeidet tilnærmet knirkefritt.

#### 12.4. Er antallet norske foreleggelse lavt?

Helt siden starten i 1994 har antallet forespørsler fra norske domstoler til EFTA-domstolen vært bekymringsfullt lavt. De første årene etter opprettelsen av EFTA-domstolen ble det lave antall forespørsler ofte forklart med at ordningen var ny. Det ble samtidig uttrykt en forventning om at antallet ville øke etter hvert som norske domstoler ble fortrolig med adgangen til å innhente tolkningsuttalelser fra EFTA-domstolen.<sup>354</sup> Oversikten over antall forespørsler viser imidlertid tydelig at denne antakelsen ikke har slått til, snarere tvert i mot. Etter bestenoteringer på fem forespørsler både i 1996 og 1997, var tendensen negativ fremt til en ny topp på fem forespørsler i 2007. I løpet av de siste fem år har norske domstoler bare anmodet EFTA-domstolen om tolkningsuttalelser i ti tilfeller, noe som tilsier at gjennomsnittet på om-

kring to anmodninger pr år er nokså stabilt over tid (selv om det varierer betydelig fra år til år). I 2003, 2005 og 2009 kom ikke en eneste forespørsel fra Norge. Totalen i 2002 og 2008 var en enslig foreleggelse, mens EFTA-domstolen i 2010 mottok to forespørsler. Gjennomsnittet på to foreleggelse pr år kan da sammenholdes med det ovenfor i kapittel 4 (punkt 4.6) antydete gjennomsnitt på omkring 26 årlige saker i norske domstoler hvor materielle EØS-rettslige spørsmål kan hevdes å stå relativt sentralt.<sup>355</sup>

Til forsvar for norske domstoler vises det gjerne til at heller ikke i EU er antallet forespørsler til EU-domstolen fra land på Norges størrelse særlig stort.<sup>356</sup> Nå er det store variasjoner i antall forespørsler til EU-domstolen fra de ulike medlemsstatene,<sup>357</sup> men særlig relevant for Norges vedkommende er en sammenligning med våre nordiske naboer, EU-medlemmene Danmark, Finland og Sverige samt EFTA-partner Island. For 10-årsperioden 2000-2009 ser tallene slik ut:

.....  
Forleggelse for EU-domstolen og EFTA-domstolen  
2000-2009

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	Totalt
Norge	2	3	1	-	4	-	2	5	1	-	18
Island	2	3	-	1	-	1	-	2	-	-	9
Danmark	3	5	8	3	4	4	3	5	6	3	44
Finland	5	3	7	4	4	4	5	5	4	2	43
Sverige	4	4	5	4	5	11	2	6	7	5	53

.....  
Oversikten viser at danske, finske og svenske dommere i gjennomsnitt årlig bidrar hver med mer enn dobbelt så mange forespørsler til EU-domstolen som det deres norske kolleger sender til EFTA-domstolen. Om man tar i betraktning at Islands befolkning bare utgjør omkring 300.000, viser også islandske dommere relativt sett større vilje til å innhente tolkningsuttalelser fra Luxemburg. At forskjellene til våre nordiske naboland ikke er større, er dessuten en heller mager trøst for EFTA-domstolen – i europeisk sammenheng er nordiske dommere langt i fra EU-domstolens ivrigste samtalepartnere. Til sammenligning bidro den tidligere EFTA-staten Østerrike (med omlag 8 mill. innbyggere) i samme tiårsperiode med hele 233 forespørsler. Eksempelet Østerrike viser at det lave antall nordiske forespørsler ikke har særlig store konsekvenser for EU-domstolen – spørsmål fra andre medlemsland sørger uansett for at domstolen på de

352 Et enslig tilfelle hvor en norsk domstol uttrykkelig fraviker en uttalelse fra EFTA-domstolen er tilsynelatende Oslo tingretts dom 2. juli 2004 i KLM-saken, jf. ovenfor i kapittel 11 (punkt 11.5 i.f.).

353 Sak C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional og Bwin International Ltd mot Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, Sml. 2009 s. I-7633.

354 Slik f.eks. Stephan L. Jervell, "Utformingen av spørsmålsskrift til EFTA-domstolen", *Lov og Rett* 1996 s. 435-451 (s. 436) og Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett*, 1. utg. Oslo 1995, s. 109.

355 Det er ikke dermed sagt at alle disse sakene er kandidater for en foreleggelse for EFTA-domstolen, men på den annen side bør man også ta med i betraktningen at tallet på 26 saker pr. år kun omfatter saker med materielle EØS-spørsmål – som oversiktene ovenfor vil ha vist, finnes det i tillegg et betydelig antall prosessuelle spørsmål med en EØS-rettslig side og også slike kan selvsagt forelegges for EFTA-domstolen.

356 Se Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett*, 2. utg. Oslo 2004, s. 165 og Hans Petter Graver, "The Effects of EFTA Court Jurisprudence on the Legal Orders of the EFTA States", i: Carl Baudenbacher, Per Tresselt og Torgeir Örlygsson (red.), *The EFTA Court – Ten Years On*, Oxford 2005, s. 79-99 (s. 83 flg.).

357 En oversikt over antall forespørsler fra de ulike EU-statene finnes i EU-domstolens årsrapporter, tilgjengelig fra domstolens hjemmeside <http://curia.europa.eu>. Statistikken for 2010 er ennå ikke tilgjengelig.

fleste områder har et mer enn stort nok sakstiltfang til å styre utviklingen av EU-retten. For EFTA-domstolen stiller dette seg ganske annerledes.

Nå er det grunn til å presisere at statistikken fra de ulike EU-statene ikke fullt ut er sammenlignbar med antall norske foreleggelse for EFTA-domstolen, ganske enkelt fordi EU-retten er mer omfattende enn EØS-avtalen. Helt dekkende blir sammenligningen ovenfor derfor først om man frasorterer de danske, finske og svenske (og østerrikske) foreleggelsene som gjelder tolknings spørsmål som faller utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde.<sup>358</sup> Selv med dette forbehold synes det imidlertid å være grunnlag for å konkludere med at et gjennomsnitt på to foreleggelse fra norske domstoler pr. år er bekymringsfullt lavt i en EU- og EØS-rettslig sammenheng.

### 12.5. Tilfeller hvor uavklarte spørsmål ikke forelegges

Som en forklaring på det lave antall spørsmål til EFTA-domstolen er det vist til at EØS-rettslige spørsmål ikke er kommet opp i rettsapparatet like hyppig som mange antok at de ville gjøre.<sup>359</sup> Som herværende kartlegging av EØS-relaterte saker for norske domstoler har vist, er det imidlertid ikke vanskelig å finne eksempler på at norske domstoler har måttet ta stilling til uavklarte EØS-spørsmål, uten at de har funnet det nødvendig å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. For å kunne lete etter mulige årsaker til det lave antall forespørsler til EFTA-domstolen, er det nødvendig å se noe nærmere på enkelte av disse sakene.

Et naturlig sted å begynne er saker hvor norske domstoler avviser begjæringer fra en eller begge parter om foreleggelse for EFTA-domstolen. I det innsamlete materiale synes det å være 21 tilfeller av dette:

1. Rt. 2008 s. 453 A (Otterstad-saken)
2. Rt. 2007 s. 1003 A (Spilleautomatsaken)
3. Rt. 2005 s. 1365 P (Finanger II)
4. Rt. 1996 s. 1569 U (VinCompagniet)
5. Rt. 1996 s. 282 U (Wilhelmsen)
6. Rt. 1995 s. 1789 U (Kiddie Rides)
7. Frostating lagmannsretts dom 21. september 2006 (LF-2006-24118 – Leinebris)
8. Borgarting lagmannsretts dom 26. august 2005 (LB-2005-5287 – Spilleautomatsaken)
9. Borgarting lagmannsretts dom 14. januar 2005 (LB-2003-11705 – Finanger II)
10. Gulating lagmannsretts kjennelse 9. september 2004 (LG-2004-37048 – Allseas)
11. Frostating lagmannsretts dom 10. juni 2003 (LF-2003-86 – Vannscooter I)
12. Agder lagmannsretts dom 6. desember 2001 (LA-2001-

799)

13. Frostating lagmannsretts kjennelse 4. august 1997 (LF-1997-473 – MAN)
14. Borgarting lagmannsretts kjennelse 22. april 1997 (LB-1997-1 – European Navigation)
15. Borgarting lagmannsretts kjennelse 9. oktober 1995 (LB-1995-1972 – Wilhelmsen)
16. Gulating lagmannsretts dom 2. oktober 1995 (LG-1995-469)
17. Borgarting lagmannsretts kjennelse 30. august 1995 (LB-1995-1403 – Kiddie Rides)
18. Kristiansand tingsretts dom 8. mars 2010 (TKISA-2009-137542 – Fjordline)
19. Oslo tingsretts dom 14. november 2007 (TOSLO-2007-3094 – Stolt Nielsen)
20. Oslo tingretts dom 22. mars 2007 (TOSLO-2003-20481)
21. Oslo byretts dom 30. november 2001 (sak 95-1629 A/20 – Kiddie Rides)

Denne listen er ganske sikkert alt for kort – det er eksempelvis liten grunn til å tro at det kun er fire tilfeller hvor domstoler i første instans har avvist begjæringer om foreleggelse for EFTA-domstolen (og ingen før 2001). Listen byr likevel på flere interessante eksempler. Særlig påfallende er kanskje Borgarting lagmannsretts kjennelse 22. april 1997 i European Navigation-saken (LB-1997-1), hvor man under henvisning til "klarhetsdoktrinen" avviste å sette tvistemålsloven § 182 til side, men samtidig avviste foreleggelse for EFTA-domstolen! Et annet eksempel er Frostating lagmannsretts dom i Vannscooter-saken, hvor premissene etterlater inntrykk av at retten ikke fullt ut behersker den EU/EØS-rettslige tilnærming til spørsmålet om det foreligger en restriksjon på de fire friheter og om en slik eventuelt kan rettferdiggjøres. Lagmannsrettens avvisning av de tiltalte begjæring om foreleggelse for EFTA-domstolen og rettens heller skråsikre uttalelser om at forbudet mot bruk av vannscooter med "overveidende sannsynlighet" ikke utgjør et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon, og at det uansett ikke var noen tvil ("ingen tvil") om allmenne hensyn slår gjennom og gjør forbudet berettiget, fremstår unektelig i et noe underlig lys lest i sammenheng med EU-domstolens etterfølgende dom over det svenske vannscooterforbudet i saken Mickelsson og Roos.<sup>360</sup> Det er også illustrerende at Høyesterett besluttet å anmode EFTA-domstolen om en tolkningsuttalelse i ankesaken (selv om denne ble trukket tilbake da det viste seg at vannscooterne ikke stammet fra EØS-området). Et annet spesielt tilfelle er Borgarting lagmannsretts avgjørelse i Spilleautomatsaken, fordi dette synes å være det eneste tilfellet hvor begge parter i en sak var enige om at de EØS-rettslige spørsmål burde forelegges EFTA-domstolen, men hvor lagmannsretten ved saksforberedende dommer ikke fant "tilstrekkelig grunn" for dette. Noen nærmere begrunnelse ble ikke gitt, og en anmodning om å omgjøre beslutningen ble ikke tatt til følge.

Fra Høyesteretts praksis er det nok særlig avvisningen av

<sup>358</sup> Det er ganske store variasjoner mellom de ulike EU-statene ikke bare knytte til antall foreleggelse for EU-domstolen, men også knyttet til hvilke rettsområder disse stammer fra. Av de deler av EU-retten som ikke omfattes av EØS-avtalen er det særlig EUs felles landsbrukspolitikk, tollunionen og merverdiavgiftsreglene som synes å generere en del foreleggelse.  
<sup>359</sup> Sejersted m.fl. 2004 s. 165.

<sup>360</sup> Sak C-142/05, *Åklagaren mot Percy Mickelsson og Joakim Roos*, Sml. 2009 s. I-4273.

begjæringene om foreleggelse i Spilleautomatsaken og Finanger II-saken som påkaller oppmerksomhet. I Finanger II-saken viste det seg å være betydelig uenighet i Høyesterett ikke bare knyttet til anvendelsen av de vilkår EFTA-domstolen har stilt opp for statenes erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen, men også knyttet til spørsmålet om innholdet av ansvarsterskelen avhenger av om statene er gitt skjønnsfrihet ved gjennomføringen eller ikke (jf. ovenfor i kapittel 10, punkt 10.4), men altså uten at Høyesterett fant grunn til å be EFTA-domstolen om en avklaring.

I Spilleautomatsaken avviste kjæremålsutvalget en anmodning om foreleggelse under henvisning til at "[d]e rettslige grenser for adgangen til å regulere spillemarkedet ... langt på vei [må] anses avklart gjennom en ganske omfattende praksis fra EF-domstolen."<sup>361</sup> Under behandlingen av traktatbruddssøksmålet som ESA anla mot Norge i sakens anledning valgte imidlertid en lang rekke EØS-stater å avgi innlegg til domstolen, noe som unektelig synes noe pussig dersom kjæremålsutvalget skulle ha rett i at de rettslige grenser for adgangen til å regulere spillemarkedet allerede måtte anses avklart. I Høyesterett besluttet dessuten justitiarius å henvise saken til behandling i plenum og i en dissens i den etterfølgende avgjørelsen om å utsette ankebehandlingen i påvente av EFTA-domstolens dom, uttalte mindretallet at Høyesterett burde avsi dom først fordi dette ville "gi Høyesterett en anledning til å påvirke utviklingen av EØS-retten".<sup>362</sup> Til alt overmål uttalte kjæremålsutvalget i en særskilt hevingskjennelse i sakskomplekset at saken reiste "vanskelige rettsspørsmål av stor prinsipiell betydning".<sup>363</sup> Også flere etterfølgende saker knyttet til nasjonale spillmonopol som EU-domstolen har valgt å avgjøre i storkammer,<sup>364</sup> tilsier at kjæremålsutvalget begrunnelse i Spilleautomatsaken var lite treffende.

Også ut over de tilfeller hvor en eller begge parter har begjært foreleggelse for EFTA-domstolen, finnes det en rekke avgjørelser hvor norske domstoler åpent eller mer indirekte tilkjenner at de EØS-rettslige spørsmål i saken er uavklarte og tvilsomme, men uten at man finner grunn til å be EFTA-domstolen om noen avklaring. Særlig påfallende er kanskje Oslo tingretts dom i KLM-saken, hvor domstolen mente å påvise en diskrepans mellom EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis og åpent valgte å fravike sistnevnte.

Som eksempel fra Høyesteretts praksis kan nevnes Rt. 1999 s. 393, hvor førstvoterende uttalte at "[d]et kan være noe uklart hvor langt bestemmelsene om kjøre- og hviletid i rådsforordning nr. 3820/85 kommer til anvendelse i tilfeller hvor kjøretøy som normalt blir brukt til person- eller godstransport, blir brukt til andre formål", men uten at spørsmålet om foreleggelse for EFTA-domstolen av den

grunn synes vurdert.

Flere eksempler gir avgjørelsene i Rt. 2002 s. 391 ("God Morgon") og Rt. 2005 s. 1601 ("Gule sider"). I God Morgon-saken uttalte Høyesterett at "det foreligger ingen avgjørelse fra EF-domstolen som direkte gjelder det tolknings spørsmål som foreligger til avgjørelse i vår sak", men uten at retten av den grunn synes å ha vurdert å innhente noen rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen. Av dommen i Gule sider-saken fremgår det at det forelå det flere retningsgivende avgjørelser fra EU-domstolen. I Høyesterett var det imidlertid dissens 4-1 om forståelsen av EU-domstolens praksis, men heller ikke her synes retten å ha vurdert å innhente EFTA-domstolens syn på saken

Ytterligere to eksempler gir Rt. 1999 s. 569 (Spets) og Rt. 2001 s. 1390 (Hunter). I Spets-dommen kommer det kun indirekte frem at Høyesterett ikke kunne finne veiledning i praksis fra EU-domstolen, mens retten i Hunter-dommen åpent konstaterte at det ikke var framlagt noen avgjørelse fra EFTA-domstolen eller EU-domstolen om forståelsen av handelsagentdirektivets artikkel 17 nr. 2. Ikke i noen av tilfellene synes retten å ha vurdert selv å legge spørsmålet frem for EFTA-domstolen. I stedet tolket Høyesterett direktivet på egenhånd, bl.a. ved hjelp av en uttalelse fra kommisjonen, og andre heller perifere kilder (som dansk teori og rettspraksis).

## 12.6. Mulige forklaringer

Listen over saker som nok med fordel kunne vært forelagt EFTA-domstolen er på ingen måte uttømmende. Oversikten er imidlertid mer enn tilstrekkelig til å konstatere at norske domstoler på ingen måte føler seg forpliktet til å legge uavklarte tolknings spørsmål frem for EFTA-domstolen. Rettslig sett er det lite å innvende mot dette – selv om det kan hevdes at lojalitetsplikten nedfelt i EØS-avtalen artikkel 3 generelt sett tilsier at norske domstoler bør bidra til at EFTA-domstolen får et tilstrekkelig sakstilfang til å kunne utvikle EØS-retten på forsvarlig måte, så synes det klart nok at det i hvert enkelt tilfelle ikke foreligger noen plikt til foreleggelse, jf. ordlyden i ODA artikkel 34.<sup>365</sup> Spørsmålet er imidlertid da hvorfor norske domstoler i så liten grad finner det hensiktsmessig å anmode EFTA-domstolen om tolkningsuttalelser.

Selv om det ikke kommer eksplisitt til uttrykk i praksis må det antas at norske domstoler avveier nytten av en uttalelse fra EFTA-domstolen mot de omkostninger en foreleggelse innebærer for domstolen og partene i form av ekstra tidsbruk, arbeid og kostnader.<sup>366</sup>

361 Kjæremålsutvalgets beslutning 17. oktober 2005 (HR-2005-01630-U). 362 Rt. 2005 s. 1598 U, avsnitt 19.

363 Hevingskjennelse 18. mai 2007 (HR-2007-926-U), avsnitt 16.

364 Jf. bl.a. sak C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional og Bwin International Ltd mot Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, Sml. 2009 s. I-7633.

365 I enkelte senere arbeider har det vært reist spørsmål ved om en foreleggelsesplikt i visse tilfeller kan utledes av lojalitetsplikten i EØS-avtalen artikkel 3, jf. særlig Carl Baudenbacher, *The EFTA Court in Action*, Stuttgart 2010, s. 21-22 og Skuli Magnusson, "On the Authority of Advisory Opinions – Reflections on the Functions and the Normativity of Advisory Opinions of the EFTA Court", *Europarättslig tidskrift* 2010 s. 528-551. Standpunktet er imidlertid vanskelig forenlig med den klare ordlyden i ODA artikkel 34.

366 Slik Sejersted mfl 2004, s. 165.

Det er en kjensgjerning at det krever en viss tålmodighet å vente på en tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen. Kanskje noe overraskende er det likevel ikke saksbehandlingstiden for EFTA-domstolen som utgjør brorparten av forsinkelsene knyttet til en foreleggelse, men (ofte) tvert i mot norske domstolars utforming av spørsmålsskriftet til EFTA-domstolen og etterfølgende forsinkelser knyttet til igangsetting av hovedsaken etter at EFTA-domstolens svar foreligger. Dette kommer klart fram av følgende oversikt:

.....  
Tidsbruk knyttet til norske foreleggelse for EFTA-domstolen 1994-2010

År	Sak /saksnummer for EFTA-domstolen	Forut for foreleggelsen <sup>367</sup>	I EFTA-domstolen <sup>368</sup>	Etter mottatt svar <sup>369</sup>
1994	E-8/94 Forbrukerombudet mot Mattel	x	7,5	-
	E-9/94 Forbrukerombudet mot Lego Norge	x	7,5	-
1995	E-2/95 Eidesund mot Stavanger Catering	6 (5)	10	3
	E-3/95 Langeland mot Norske Fabricom	11 (2)	10	19,5
1996	E-2/96 Ulstein og Røiseng mot Møller	4,5	9	5
	E-3/96 Ask m.fl. mot ABB m.fl.	x	10	-
	E-4/96 Gundersen mot Oslo kommune	x	-	-
	E-5/96 Ullensaker kommune m.fl. mot Nille	7	9,5	26,5
	E-6/96 Tore Wilhelmsen mot Oslo kommune	11 (8)	11	6
1997	E-1/97 Gundersen mot Oslo kommune	x	7	-
	E-2/97 Mag Instrument mot California Trading Company Norway	2	6,5	-
	E-3/97 Jæger mot Opel Norge	8,5	7	6
	E-5/97 European Navigation mot Star Forsikring	4	-	-
	E-8/97 TV 1000 mot Norge	x	7,5	-
1998	E-1/98 Den norske stat mot Astra Norge	11	9,5	10
	E-4/98 Blyth Software mot AlphaBit	x	-	-
1999	E-1/99 Storebrand mot Finanger	7	5	12
2000	E-2/00 Allied Colloids m.fl. mot Norge	17,5	4,5	-
	E-8/00 LO mot KS m.fl.	18 (11)	18	5,5
2001	E-6/01 CIBA m.fl. mot Norge	12	13,5	-
	E-7/01 Hegelstad m.fl. mot Hydro Texaco AS	30	12,5	-
	E-8/01 Gunnar Amundsen m.fl. mot Vectura AS	x	-	-
2002	E-3/02 Paranova mot Merck & Co m.fl.	10	6,5	11
2004	E-1/04 Fokus Bank mot Norge	3,5	7	13
	E-2/04 Rasmussen m.fl. mot Total E&P Norge	17	7	13
	E-3/04 Athanasios m.fl. mot Norge	7,5	6,5	-
	E-4/04 Pedicel mot Norge	5,5	8	4
2006	E-3/06 Ladbrokes mot Norge	7	9	16
	E-4/06 KLM mot Norge	10	-	-
2007	E-7/07 Seabrokers mot Norge	28	11,5	-
	E-8/07 Nguyen mot Norge	12	9	-
	E-9/07 L'Oréal Norge mot Per Aarskog	x	8	-
	E-10/07 L'Oréal Norge mot Nille m.fl.	x	7	-
	E-11/07 Rindal mot Norge	22 (10)	12	-
2008	E-1/09 Slinning mot Norge	x	11	-
2010	E-1/10 Periscopos mot Oslo Børs og Erik Must	x	8	-
	E-16/10 Philip Morris mot Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet	7,5		

367 Tidsbruken fra søksmål anlegges eller en sak bringes inn for en høyere rettsinstans og til spørsmålsskriftet sendes EFTA-domstolen (regnet i antall måneder). I saker hvor det også fremgår hvor lang tid som er gått med til utforming av spørsmålsskriftet til EFTA-domstolen, er dette angitt i parentes. Saker hvor det ikke har lyktes å bringe tidsbruken på det rene er merket "x".

368 Saksbehandlingstiden for EFTA-domstolen regnet i antall måneder fra forespørselen om en tolkningsuttalelse innkommer til EFTA-domstolens avgjørelse foreligger. I sakene E-4/96, E-5/97, E-4/98, E-8/01 og E-4/06 ble forespørslene trukket tilbake før EFTA-domstolen hadde rukket av avgi noen uttalelse. Sak E-16/10 er ennå ikke avgjort.

369 Tidsbruken fra EFTA-domstolens svar mottas og til dom i saken (regnet i antall måneder). Saker som er forlikt etter at EFTA-domstolens uttalelse forelå, er merket "–".

.....

Oversikten over saksbehandlingstiden i de saker norske domstoler har sendt til EFTA-domstolen viser betydelige variasjoner. For EFTA-domstolens vedkommende synes imidlertid gjennomsnittet å ligge omkring åtte måneder. Sammenliknet med EU-domstolens gjennomsnittlige saks-

behandlingstid, som for tiden er om lag 17 måneder, burde ikke dette være avskrekkende.<sup>370</sup> I et europeisk perspektiv er imidlertid norske (og nordiske) domstoler svært effektive, og

<sup>370</sup> Jf. EU-domstolens årsrapport 2009.

det er vel da ikke utenkelig at norske (og nordiske) dommere legger større vekt på saksbehandlingstiden i Luxemburg enn deres kolleger i enkelte land lenger syd i Europa, hvor man synes å ha et noe mer avslappet forhold til slikt.<sup>371</sup> Uansett viser statistikken at norske domstoler selv har betydelig forbedringspotensial for å få ned egen tidsbruk knyttet til foreleggelsene.

Selv om det må antas at tidsbruk, arbeid og kostnader forbundet med foreleggelse av tolkningsspørsmål er faktorer som holder antall norske henvendelser til EFTA-domstolen nede, så er ikke dette forhold som kan forklare hvorfor det er langt færre norske foreleggelse til EFTA-domstolen enn antall foreleggelse for EU-domstolen fra sammenlignbare EU-stater.

At antall foreleggelse fra samtlige nordiske land synes relativt lavt, kan imidlertid trolig delvis forklares med "social and institutional characteristics of the Nordic states".<sup>372</sup> Statistikk fra Kommisjonen og ESA viser at de nordiske landene er blant de flinkeste til å gjennomføre ny EU/EØS-lovgivning. Dermed dannes det ikke grobunn for like mange rettstvister om forholdet mellom nasjonal rett og EU-/EØS-forpliktelser som i enkelte andre land, noe som igjen leder til mindre behov for å sende tolkningsspørsmål til Luxemburg.

Henvisninger til nordisk rettskultur kan imidlertid ikke forklare hvorfor norske dommere sender enda færre spørsmål til Luxemburg enn deres nordiske kolleger. Det er derfor nærliggende å tilføye domstolsstrukturen under EØS-avtalen som en særskilt EØS-rettslig årsaksfaktor. Som følge av målsettingen om ensartet utvikling av EU- og EØS-retten i hele EØS-området er i praksis EFTA-domstolen i alle saker som gjelder den materielle EØS-retten henvist til etter beste evne å forutse hvordan EU-domstolen ville løst en tilsvarende sak.<sup>373</sup> Gjennom ODA artikkel 34 er derfor ikke norske dommere gitt mulighet til å henvende seg til den av domstolene i Luxemburg som reelt sett fastsetter EØS-rettens innhold.

Som vist fremgår det av Finanger I-dommen at norske dommere har plikt til selvstendig å ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad en uttalelse fra EFTA-domstolen skal legges til grunn i en sak.<sup>374</sup> Om en norsk domstol etter å ha innhentet en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen skulle bli konfrontert med det en part hevder er avvikende praksis fra EU-domstolen, er spørsmålet hvor mye som egentlig er vunnet gjennom foreleggelsen.<sup>375</sup> Riktignok må EFTA-

domstolens uttalelse, i følge Høyesterett, tillegges "vesentlig vekt", men norske domstoler må like fullt selvstendig ta stilling til om uttalelsen er i samsvar med EU-domstolens praksis. Skulle domstolen bli overbevist om at så ikke er tilfellet, tilsier EØS-avtalens homogenitetsmålsetting at det er EU-domstolens løsning som legges til grunn, jf. ovenfor i kapittel 10 (punktene 10.4 og 10.5).

På denne bakgrunn er det ikke til å undres over dersom norske domstoler i slike tilfeller spør seg om EFTA-domstolen nødvendigvis har bedre forutsetninger for å forutse EU-domstolens oppfatning enn det de selv har.<sup>376</sup> EFTA-domstolens særlige kjennskap til EØS-retten, saksbehandlingsreglene som åpner for at ESA, Kommisjonen og andre medlemsland bidrar til opplysningen av en sak og den kollegiale kontakt som synes å eksistere mellom de to domstolene i Luxemburg kan nok tilsi at dette bør besvares bekrefte.<sup>377</sup> Det er likevel neppe utenkelig at norske dommere i noen tilfeller anser seg like godt kvalifisert til å tolke en direktivtekst eller å analysere EU-domstolens praksis som EFTA-domstolen.<sup>378</sup>

Dette gjelder kanskje i særdeleshet for Høyesteretts vedkommende. Det er, som påpekt av Hans Petter Graver, i og for seg ikke overraskende om Høyesterett ser EFTA-domstolen som en trussel mot egen autoritet.<sup>379</sup> En total på kun fire beslutninger om å forelegge tolkningsspørsmål for EFTA-domstolen i løpet av 17 år bidrar i hvert fall ikke til å svekke en slik antagelse. Det påkaller særlig interesse i denne sammenheng at en av Høyesteretts medlemmer, dommer Skoghøy, i sin omtale av avgjørelsen om å utsette plenumsbehandlingen av Spilleautomatsaken (Rt. 2005 s. 1598), uttaler følgende:

"Som det fremgår av Høyesteretts kjæremålsutvalgs avgjørelse i Rt. 2005 s. 1598, eksisterer det innenfor Høyesterett forskjellig syn på hvor langt norske domstoler skal "abdisere" i EØS-rettslige spørsmål og overlate arenaen til EFTA-domstolen. *Etter min oppfatning kan Høyesteretts holdning til dette spørsmål på ingen måte anses endelig avklart ved denne avgjørelsen.*"<sup>380</sup>

Det kan tilføyes at det nasjonale domstolshierarkiet synes å føre til at Høyesterett nok får et noe skjevt inntrykk av kvaliteten og nytten av EFTA-domstolens tolkningsuttalelser. I tilfeller hvor en uttalelse fra EFTA-domstolen er innhentet av en lavere instans, vil saken i praksis kun havne i Høyesterett dersom det enten er omtvistet mellom partene

371 Saksbehandlingstiden trekkes frem som forklaring på det lave antall spørsmål fra danske og finske dommere av hhv. Peter Biering, "The Application of EU Law in Denmark", *Common Market Law Review* 2000 s. 925-969 (s. 948-949) og Niilo Jääskinen, "The Application of Community Law in Finland 1995-1998", *Common Market Law Review* 1999 s. 407-441 (s. 428).

372 Graver 2005, s. 85.

373 Se nærmere Halvard Haukeland Fredriksen, "One Market, Two Courts: Legal Pluralism vs Homogeneity in the European Economic Area", *Nordic Journal of International Law* 2010 s. 481-499.

374 Rt. 2000 s. 1811 P (s. 1820).

375 Illustrerende er Finanger I-dommen, hvor Høyesterett som vist måtte

ta stilling til om EU-domstolens etterfølgende avgjørelse i sak C-348/98, *Ferreira*, Sml. 2000 s. I-6711 gav grunn til å fravike EFTA-domstolens rådgivende uttalelse.

376 Dette er kjernen i kritikken fra Kai Krüger, "Finanger-dommen og den nye rettskildefaktor: frykten", *Jussens Venner* 2001 s. 89-104 (s. 103-104).

377 Slik Graver 2001 s. 279-280.

378 I denne retning Henrik Bull 2004, s. 95-114, som i omtalen av God morgon-saken uttaler (s. 112) at "it could be that the Supreme Court felt that the EFTA Court had no advantageous expertise on trademark law".

379 Slik Graver, *Jussens Venner* 2002 s. 267.

380 Jens E. A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, Oslo 2010, s. 134 (fotnote utelatt, min kursivering). Det høres med at dommer Skoghøy utgjorde mindretallet i Rt. 2005 s. 1598 U.

om EFTA-domstolens avgjørelse bør legges til grunn, eller dersom rettsspørsmålets karakter innebærer at EFTA-domstolen kun har angitt visse retningslinjer for de nasjonale domstolens vurdering (typisk i tilfeller hvor det er spørsmål om en restriksjon på de fire friheter kan anses rettfærdiggjort). Eidesund- og Vinforum-sakene er illustrerende for sistnevnte, Eidesund-saken kanskje delvis også for førstnevnte. Poenget er uansett at alle de saker hvor EFTA-domstolens svar er avklarende og uten videre kan legges til grunn, aldri havner på Høyesteretts bord. Edquist-dommen 7. desember 2010 illustrerer noe av det samme – oppfatningen av at EFTA-domstolens tolkningsuttalelse i Fokus Bank-saken ikke uten videre kan anses som uttrykk for gjeldende EØS-rett må anses som noe av årsaken til at spørsmålet om statlig erstatningsansvar i dette tilfellet til sist måtte avgjøres av Høyesterett.<sup>381</sup>

Det er vel heller ikke utenkelig at de nokså spesielle omstendighetene i Finanger I-saken fikk Høyesterett til å spørre seg hvor mye hjelp det egentlig var i å samarbeide med EFTA-domstolen – i dette tilfellet, som jo var første gang Høyesterett innhentet en uttalelse fra EFTA-domstolen, kom EU-domstolens dom i Ferreira-saken til før Høyesterett rakk å avgjøre saken, noe som nødvendiggjorde en omfattende vurdering av om sistnevnte var forenlig med EFTA-domstolens standpunkt.

Det må imidlertid minnes om at EU-domstolens etterfølgende dom i Candolin-saken viser at EFTA-domstolens uttalelse i Finanger-saken var riktig, jf. ovenfor i kapittel 7 (punkt 7.7). I lys av statens utlegning av Ferreira-dommen for Høyesterett, kan det derfor neppe utelukkes at det nettopp var EFTA-domstolens uttalelse i saken som sørget for at Finanger-saken fikk et utfall som i ettertid fremstår som EØS-rettslig korrekt.

Den særegne domstolsstrukturen under EØS-avtalen kan kanskje også forklare hvorfor antall begjæringer til norske domstoler om foreleggelse for EFTA-domstolen synes forholdsvis lavt – særlig for parter som søker en prinsipiell avklaring av EØS-rettslige spørsmål ville nok interessen for å begjære foreleggelse vært større dersom norske domstoler kunne henvende seg til den domstol som reelt sett avgjør slike spørsmål, i stedet for en domstol som i realiteten kun er henvist til å prøve å forutse hva EU-domstolen ville kommet til.

I saker mot staten må trolig statens motvilje mot at EFTA-domstolen kobles inn, anses som en medvirkende faktor.<sup>382</sup>

381 HR-2010-2082-A, avsnitt 113.

382 Illustrerende for statens holdning er de overfor omtalte spilleautomat- og Finanger II-sakene. Også i de tilfeller hvor det i saker mot staten blir innhentet uttalelser fra EFTA-domstolen, synes dette i de fleste tilfeller å skje mot statens vilje, se som eksempler fra de seneste år sak E-3/06 Ladbroses, sak E-4/04 Pedicel og sak E-3/04 Athanasios. Unntakene som synes å bekrefte regelen er statens oppfordring for lagmannsretten om foreleggelse i spilleautomatsaken, samt anmodningen som førte til foreleggelse i Fokus Bank-saken, se RG 2005 s. 1542 (Frostating). Det er betegnende at anmodningen i Spilleautomatsaken kom etter nederlaget i tingretten, mens anmodningen i Fokus Bank-saken kom etter nederlaget i tingretten i den

I hvert fall i saker hvor den private part ønsker foreleggelse vil statens holdning i praksis ofte være avgjørende – dersom begge parter er enige om foreleggelse, skal det tungtveiende grunner til for at domstolen skal motsette seg dette.<sup>383</sup> Illustrerende for statens holdning er kjæremålet i RG 2004 s. 1163 (Borgarting) mot tingrettens beslutning om å legge spilleautomatsaken frem for EFTA-domstolen. I kjæremålet argumenterte staten – på tvers av ordlyden i domstoloven § 51a – for at lagmannsretten måtte kunne overprøve tingrettens vurdering av om foreleggelsen var ”nødvendig”. Dette standpunktet ville, om det hadde fått gjennomslag, bidratt til å undergrave den rett de underordnede domstoler er gitt i domstoloven § 51a til å samhandle med EFTA-domstolen. Statens argumentasjon ble imidlertid avvist av lagmannsretten.

Det er vanskelig å se noen annen forklaring på statens motvilje mot EFTA-domstolen enn at man anser det lettere å vinne frem med egne synspunkter i norske domstoler, enn i Luxembourg.<sup>384</sup> I den grad det er snakk om en bevisst strategi, står den i et tvilsomt forhold til statens lojalitetsplikter etter EØS-avtalen artikkel 3 – et håp om å oppnå avgjørelser i norske domstoler som man ikke tror man ville oppnå i EFTA-domstolen, er neppe den tilnærming som er best egnet til å oppfylle EØS-avtalens homogenitetsmålsetting. Samtidig viser EFTA-domstolens praksis at statens tilsynelatende skepsis ikke er helt ubegrunnet – den særegne domstolsstrukturen i EØS synes å ha som en noe paradoksal konsekvens at det vil være vanskeligere å vinne frem med argumenter for en ”statsvennlig” tolkning av EØS-retten i EFTA-domstolen enn i EU-domstolen.<sup>385</sup>

## 12.7. Litt om kompetansefordelingen mellom EFTA-domstolen og norske domstoler

I den grad det foregår en strid mellom Høyesterett og EFTA-domstolen om rang og innflytelse på EØS-rettens område, så står forståelsen av sondringen mellom tolkning og konkret rettsanvendelse (subsumsjon) sentralt på slagmarken. Etter ODA artikkel 34 hører det under EFTA-domstolen å gi rådgivende uttalelser om ”fortolkningen” av EØS-avtalen. Det følger motsetningsvis at den konkrete rettsanvendelsen er de nasjonale domstolens domene. Det følger av dette at en snever forståelse for hva som er abstrakt fortolkning og en tilsvarende vid forståelse av hva som bør anses som konkret rettsanvendelse, vil gi norske domstoler økt handlingsrom. Motsatt vil en forståelse av ”fortolkning” som går ut over det å trekke opp mer generelle retningslinjer, gi EFTA-domstolen større innflytelse. På denne bakgrunn er det kanskje ikke overraskende at det synes å herske uenighet i Høyesterett og EFTA-domstolen om denne

parallele Nordea Bank-saken.

383 Tilsvarende Magnussen 1999 s. 204.

384 Tilsvarende Bull 2004 s. 113: “It is tempting to speculate that the Solicitor General’s Office [...] hopes that their arguments in favour of the Government’s position would be more persuasive in the ears of Norwegian judges who are not themselves experts in EEA law, than in the ears of judges in Luxembourg.”

385 Jf. Fredriksen 2009, s. 561-562.

grensedragningen. Illustrerende for Høyesteretts holdning er trolig kjæremålsutvalgets begrunnelse for ikke å forelegges EFTA-domstolens tolkningsspørsmål i Spilleautomatsaken:

”Kjæremålsutvalget finner ikke grunn til å be om tolkningssuttalelse fra EFTA-domstolen, jf. domstoloven § 51a. De rettslige grenser for adgangen til å regulere spillemarkedet må langt på vei anses avklart gjennom en ganske omfattende praksis fra EF-domstolen. Anvendelsen av de kriterier som er oppstilt – bevisbedømmelsen og subsumsjonen – hører under de nasjonale domstoler.”<sup>386</sup>

Oppfatningen av at ”de rettslige grenser” (les: fortolkningen) på pengespillfeltet måtte ”anses avklart” anno 2005, kan kun forsvares dersom den er basert på en forståelse av at EU-domstolens og EFTA-domstolens rolle er begrenset til å angi nokså generelle retningslinjer, som det deretter er opp til de nasjonale domstoler å presisere og anvende. EFTA-domstolens praksis viser imidlertid at domstolen ikke uten videre synes å dele Høyesteretts forståelse på dette punkt. Særlig illustrerende er sakene knyttet til statenes erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen. Ut fra Høyesteretts forståelse av sontringen mellom tolkning og konkret rettsanvendelse, synes det rimelig klart at EFTA-domstolen i disse sakene måtte ha begrenset seg til å angi hvilke kriterier de nasjonale domstolene skulle ta i betraktning for å avgjøre om et eventuelt rettsbrudd fremstår som ”tilstrekkelig kvalifisert”. EFTA-domstolen fulgte en slik tilnærming i Sveinbjörnsdóttir-saken fra 1998, men i de senere erstatningssakene Karlsson (2002), Nguyen (2008) og Kolbeinsson (2010) har domstolen gått til dels betydelig mye lenger. I Karlsson og Nguyen konkluderte EFTA-domstolene like godt med at rettsbruddene var tilstrekkelig kvalifiserte til å utløse erstatningsansvar, mens man gikk nokså langt i å antyde at så ikke var tilfelle i Kolbeinsson-saken.<sup>387</sup>

Staten er, ikke overraskende, på linje med Høyesterett i dette spørsmålet, jf. følgende illustrerende anførsler for EFTA-domstolen i Kolbeinsson-saken:

“The Norwegian Government finds that the questions referred to the EFTA Court by Héraðsdómur Reykjavíkur are in part framed as if the EFTA Court should assess concretely whether the relevant Icelandic legislation is compatible with EEA law. The Norwegian Government argues that such a concrete application of EEA law falls outside the authority of the Court under the Advisory Opinion procedure. It is for the national court to assess the facts of the case and to determine whether

<sup>386</sup> Kjæremålsutvalgets beslutning 17. oktober 2005 (HR-2005-1630-U). Se også de lignende uttalelsene fra mindretallet i Rt. 1998 s. 1372 A (Nille).

<sup>387</sup> Se hhv. sak E-4/01, *Karl K. Karlsson mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 248, avsnitt 40 flg.; sak E-8/07, *Celina Nguyen mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 226, avsnitt 34-35 og sak E-2/10, *Tor Kolbeinsson mot Island*, dom 7. desember 2010, avsnitt 81-85. Også EU-domstolen går i enkelte tilfeller langt i å antyde om et rettsbrudd er tilstrekkelig kvalifisert til å påføre en medlemsstat erstatningsansvar, noe som kanskje kan tilskrives dårlige erfaringer med utfallet av slike saker dersom den endelige vurdering overlates til nasjonale domstoler, se nærmere Carl Baudenbacher, ”The implementation of decisions of the ECJ and of the EFTA Court in the Member States’ domestic legal systems”, *Texas International Law Journal* 2005 s. 383-416.

the conditions for State liability are met. The Court must confine itself to indicating the relevant circumstances and considerations that the national court may take into account.”<sup>388</sup>

Rettslig sett beror spørsmålet på tolkningen av ODA artikkel 34 og EFTA-domstolens tilnærming kan da i alle tilfelle ikke avvises ut fra en tradisjonell norsk forståelse av sontringen mellom tolkning og konkret rettsanvendelse.<sup>389</sup> I praksis er imidlertid situasjonen den at det står Høyesterett fritt å avvise begjæringer om å anmode EFTA-domstolen om tolkningssuttalelser ut fra Høyesteretts egen forståelse av kompetansefordelingen mellom europeisk og nasjonalt domstolsnivå, samtidig som det i saker hvor foreleggelse faktisk skjer, står EFTA-domstolen fritt å besvare de forelagte spørsmål ut fra EFTA-domstolens forståelse av samme spørsmål.

<sup>388</sup> Report for the Hearing i sak E-2/10, *Tor Kolbeinsson mot Island* (ennå ikke i EFTA Ct. Rep.), avsnitt 75 (fotnote utelatt).

<sup>389</sup> Skoghøy 2010 s. 135 synes å overse dette.



### 13. Avsluttende betraktninger

EØS-rettens inntog i norske domstoler er med rette karakterisert som en "stille revolusjon".<sup>390</sup> Revolusjon fordi store deler av det norske rettssystemet i dag er gjennomsyret av EØS-retten, stille fordi EØS-rettens inntog har gått for seg i bemerkelsesverdig ordentlige former, uten de tendenser til "sivil ulydighet" som man har sett visse utslag av knyttet til anvendelsen av EU-retten i enkelte medlemsstater. Riktignok har det dukket opp en del kontroversielle saker for norske domstoler hvor private aktører har anført at norsk lovgivning på sensitive områder som alkoholpolitikk og pengespill er i strid med EØS-avtalen, men til syvende og sist har staten vunnet så godt som samtlige av disse. I en mediestyrt offentlighet er det kanskje en tendens til at slike EØS-rettslige "angrep" på norsk lovgivning vies betydelig oppmerksomhet når søksmålene anlegges, mens det har mindre nyhetsinteresse at staten, kanskje først flere år senere, til sist får medhold i domstolene.

Den omstendighet at staten har vunnet langt de fleste av de store og kontroversielle EØS-sakene i norske domstoler, kan kanskje bringe opp spørsmålet om norske domstoler er statsvennlige i sin tilnærming til EØS-retten. En slik påstand er imidlertid svært vanskelig å underbygge. En ren opplisting av hvor mange saker staten har vunnet og tapt i norske domstoler, sier i seg selv lite. Flere av søksmålene som ikke har ført frem fremstår som nokså optimistiske. Motsatt viser studien at staten i flere tilfeller har valgt å kast inn håndkleet underveis i saker hvor utsiktene til å vinne frem ikke var synderlig store, noe som leder til at det ikke ble avsagt noen endelig dom. Denne selekteringen må dessuten antas å finne sted enn mer forut for beslutningen om rettslig prøving av en tvist, med den følge at den som vil kartlegge EØS-rettens reelle innflytelse på norsk rett i full bredde, nok bør lete vel så mye i brevvekslinger mellom ESA og norske myndigheter som i rettspraksis. Om noe, så etterlater studien på dette punkt et interessant inntrykk av at det er visse EØS-rettslige spørsmål som staten ikke ønsker å stille på spissen for norske domstoler – beslutningene om å trekke ankene i Fokus Bank-saken og Leinebris-saken innebar i alle tilfelle at Høyesterett ikke fikk mulighet til å gi uttrykk for sitt syn på prinsipielle spørsmål knyttet til hhv. grunnlovens eventuelle skranker for anvendelsen av EØS-retten og EØS-avtalens anvendelse i norsk økonomisk sone.

<sup>390</sup> Arnesen og Stenvik 2009 s. 11.

Om man forkaster statistikken som en brukbar indikator på norske domstolars eventuelle statsvennlighet, er man henvist til å undersøke om en analyse av enkeltavgjørelser etterlater noe slikt mønster. Særlig en dom som Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II) er imidlertid svært vanskelig å forene med en hypotese om statsvennlighet – ikke bare avviste en samlet Høyesterett statens anførsler for et lempeligere erstatningsansvar i EØS enn i EU, et klart flertall på ni dommere konkluderte med at statens brudd på EØS-retten i dette tilfellet måtte karakteriseres som "tilstrekkelig kvalifisert" til å utløse ansvar. Erfaringer fra EUs medlemsstater viser at dette er noe av en sjeldenhet – selv om de nasjonale domstolene etter hvert anerkjenner prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på EU-retten, så ender sakene påfallende ofte med en konklusjon om at bruddet i den aktuelle sak ikke er tilstrekkelig kvalifisert til å pådra staten ansvar.<sup>391</sup> Heller ikke Frostating lagmannsretts kontante avvisning av statens konstitusjonelle innvendinger i RG 2005 s. 1542 (Fokus Bank) og av påtalemyndighetens anførsler knyttet til EØS-avtalens anvendelsesområde i Leinebris-saken er lett å forene med en hypotese om statsvennlighet.

Nå har riktignok studien påvist enkelte eksempler som indikerer at norske domstoler, særlig i den første tiden etter EØS-avtalens ikrafttredelse, ikke alltid har foretatt en adekvat etterprøving av om lovgivning som utgjør en restriksjon på EØS-avtalens grunnfriheter forfølger legitime hensyn og er i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet.<sup>392</sup> Senere praksis indikerer imidlertid at disse sakene helst bør sees som utslag av at norske domstoler, naturlig nok, trengte noe tid på å gjøre seg kjent med den særegne EU/EØS-rettslige tilnærmingen til disse spørsmål. Gjennom håndteringen av "store" saker som Vinforum-saken, Nordea Bank, Gerevan Trading, Ladbrokes og den verserende Verftssaken har domstolene i de senere år vist at usikkerheten den første tid etter EØS-avtalens ikrafttredelse synes å være et tilbakelagt stadium.<sup>393</sup>

Det er likevel nokså klart at noe av årsaken til at staten har vunnet de fleste av disse sakene, ligger i den moderate prøvingsintensitet som Høyesterett la til grunn i Rt. 2007 s. 1003 (Spilleautomatdommen) og Rt. 2009 s. 839 (Vinforum). Lest i sammenheng kan disse to dommene oppfattes dit hen at domstolene skal være tilbakeholdne med å prøve nødvendigheten av restriksjoner på de fire friheter (Spilleautomatdommen) og helt avstå fra å prøve om en restriksjon som fremstår som egnet og nødvendig for å ivareta legitime forhold, likevel innebærer et uforholdsmessig inngrep i grunnfrihetene (Vinforumdommen). I en situasjon hvor norske myndigheter etter hvert har lært seg hvilke hensyn som er EØS-rettslig gangbare og hvilke som ikke er det, og hvordan restriksjoner dermed kan rettferdiggjøres i EØS-rettslig sammenheng, vil spørsmålet om domstolenes prøvingsintensitet i praksis kunne være helt

<sup>391</sup> Jf. Baudenbacher 2005 s. 407-410.

<sup>392</sup> Se eksemplene omtalt ovenfor i punkt 11.7.

<sup>393</sup> Jf. hhv. Rt. 2009 s. 839 A; TOSLO-2002-8443; TSTAV-2006-167488; TOSLO-2004-91873 og Oslo tingretts dom 29. januar 2010 i sak 09-050176TVI-OTIR/06.

avgjørende for utfallet av domstolsprøvingen. Spørsmålet om det er grunnlag for å generalisere Høyesteretts uttalelser om prøvingsintensitet ut over de særegne saksområdene pengespill og alkoholpolitikk vil derfor både prinsipielt og praktisk være et av de absolutt viktigste for den rettslige vurderingen av det som, alt avhengig av perspektivet, enten kan formuleres som EØS-rettslige skranker for lovgivers handlefrihet eller privates beskyttelse mot statlige inngrep i deres EØS-rettigheter. Et særlig interessant spørsmål er om EU-domstolen og EFTA-domstolen vil engasjere seg mer prinsipielt i denne problematikken i fremtiden.

Også utenfor grunnfrihetenes område viser gjennomgangen av rettspraksis at norske domstoler gradvis har vendt seg til å håndtere EU/EØS-rettslige kilder og argumentasjonsmønstre. Generelt etterlater studien et inntrykk av utpreget lojale domstoler som gjør sitt ytterste for å håndheve EØS-rettslige rettigheter og plikter. I langt de fleste tilfellene synes domstolene å lykkes godt med dette forsettet, selv om det også finnes enkelte eksempler på det motsatte. Dette er imidlertid neppe særlig annerledes i EU-landene – som påpekt av dommer Oftedal Broch i Rt. 1998 s. 1372 (Nillesaken) er EØS-retten tidvis "vanskelig tilgjengelig" (s. 1380) og det er intet grunnlag for å anta at norske domstoler gjør seg skyldig i flere feil og misforståelser enn domstolene i en hvilken som helst annen EØS-stat. Alle som beskjefter seg med EU/EØS-rett vet at det langt i fra alltid er like lett å forutse utviklingen i EU-domstolens praksis.

For så vidt gjelder EØS-rettens gjennomslag i norsk rett, har tidligere undersøkelser konkludert med at det er vanskelig å identifisere noen materielle ulikheter mellom rettstilstanden i Norge og i EU-landene.<sup>394</sup> Selv om studien har påvist noen få tilfeller hvor norske domstoler synes å ha lagt avgjørende vekt på at EØS-retten ikke har direkte virkning i norsk rett, så er dette en konklusjon som herværende studie støtter opp under – i de aller fleste tilfeller vil presumsjonsprinsippet være tilstrekkelig til at norske domstoler unngår å måtte konstatere at det foreligger brudd på EØS-rettslige forpliktelser, og i unntakstilfeller som Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) vil det særegne EØS-erstatningsansvaret kunne komme til anvendelse, jf. Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II).

Ved siden av de muligheter som presumsjonsprinsippet og en fleksibel norsk metodelære gir domstolene til å reparere mangelfull gjennomføring av EØS-retten, er trolig statens prosessstandpunkt en viktig årsak til at spørsmålet om direkte virkning og forrang har vist seg å ha langt større prinsipiell enn praktisk betydning – den prinsipielle anerkjennelsen av EØS-ansvaret i Finanger II-saken, frafallet av anken i Fokus Bank-saken, endringene av prosessopplegget ved ankebehandling av KLM-saken og anførselene i saken Wullum Amcar er fire illustrerende eksempler på hvordan statens prosessstandpunkt leder til at spørsmål som kunne komme til å begrense EØS-rettens gjennomslag i norsk rett, ikke settes på spissen. Dette er ikke særlig overraskende – i et mer overordnet perspektiv er det sjeldent i statens interesse

å argumentere for at det foreligger skår i EØS-rettens effektive gjennomslag i norsk rett.<sup>395</sup> Samtidig fremstår ikke statens tilnærming alltid som like konsekvent, jf. eksempelvis henvisningene til det dualistiske prinsipp i "Tippinga"-saken, argumentasjonen for et lempeligere erstatningsansvar i Finanger II-saken, henvisningene til grunnlovens grenser for EØS-rettens anvendelse i Fokus Bank-saken (for lagmannsretten) og i KLM-saken (for tingretten), oppfordringene om tilbakeholdenhet i saker som Nordea Bank og Kistefos Træsliberi og henvisningen til klarhetsprinsippet i straffesaken mot Tele2.<sup>396</sup> Det er imidlertid grunn til å merke seg at det først og fremst er i underinstansene at det tidvis fremsettes argumenter som kanskje kan lede til ønsket resultat i den konkrete saken, men som neppe er standpunkt som staten ønsker å assosieres med mer prinsipielt. Statens prosessstandpunkt i Høyesterett synes i større grad innrettet i samsvar med Norges mer overordnede interesser i å fremstå som en avtalepart som lojalt etterlever våre EØS-rettslige forpliktelser. En sammenligning av statens prosessstandpunkt for Høyesterett og for EFTA-domstolen gir for øvrig her et interessant funn – mens staten for EFTA-domstolen nok så ofte argumenterer for særegne EØS-rettslige løsninger som vil gi EFTA-statene større handlingsrom enn det EU-retten gir EUs medlemsstater,<sup>397</sup> er slike argumenter så godt som fraværende i Høyesterett.<sup>398</sup> Forklaringen er trolig at det fort vil skape problemer i forhold til ESA og EFTA-domstolen dersom staten skulle lykkes med å overbevise norske domstoler om å legge seg på en statsvennlig linje på EØS-rettens område. EØS-rettens innhold fastlegges i realiteten av EFTA-domstolen og EU-domstolen. For de to domstolene i Luxembourg kan man derfor argumentere for en utvikling av EØS-retten i den retning som staten finner ønskelig, mens gjennomslag for tilsvarende argumentasjon for norske domstoler fort vil kunne komme til å koste mer enn den smaker.

Mer overraskende enn inntrykket av utpreget lojal etterlevelse av EØS-forpliktelsene fra så vel norske domstoler som myndigheter, er kanskje omfanget av den frivillige resepsjonen av EU/EØS-regler i norsk rett. Det må kunne karakteriseres som interessant at norske domstoler i betydelig omfang beskjefter seg med EU/EØS-rettslige spørsmål på rettsområder som ligger klart utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde. Som oversikten i kapittel 6 har vist, må dette i langt de fleste tilfeller tilskrives at lovgiver har valgt å tilpasse norsk lovgivning til EU-retten i langt større omfang enn EØS-rettslig påkrevd. En dom som Rt.

395 Jf. hhv. Rt. 2005 s. 1365 P; HR-2006-369-F; Rt. 2008 s. 738 A og LF-2010-21736.

396 Jf. hhv. LB-2009-99914; Rt. 2005 s. 1365 P; RG 2005 s. 1542 (Frosta-ting); TOSLO-2002-8443; TGJOV-2009-33502 og TOSLO-2001-5479.

397 Se nærmere til dette Fredriksen 2009 s. 571, jf. s. 525 flg. Det kan diskuteres om det er særlig godt samsvar mellom statens argumentasjon for en mer tradisjonell folkerettslig tilnærming i en rekke saker for EFTA-domstolen og UD's overordnede målsetting om "å arbeide systematisk for å ivareta EØS-avtalens virkemåte og integritet", men det faller utenfor rammene for herværende fremstilling å forfølge dette nærmere.

398 Et unntak er argumentasjonen for et lempeligere erstatningsansvar i Finanger II-saken, men denne anførselen hadde sitt grunnlag i EFTA-domstolens dom i Karlsson-saken.

2010 s. 202 (Nye Kystlink) viser at norske domstoler i slike tilfeller følger opp med EU-konform fortolkning, selv om dette eventuelt skulle lede til resultater som lovgiver nok ikke så for seg da regelverket ble besluttet tatt inn i norsk rett. En sak som Rt. 2009 s. 1537 (Bokhandleren i Kabul) viser dessuten at resepsjonen av EU/EØS-rettslige løsninger tidvis også skjer på domstolenes eget initiativ.

Selv om studien etterlater et inntrykk av lojale domstoler som gjør sitt ytterste for å håndheve EØS-rettslige rettigheter og plikter, må det konstateres at forholdet mellom Høyesterett og EFTA-domstolen, selv 17 år etter EØS-avtalens ikrafttredelse, ennå ikke helt har funnet sin form. Som påpekt av dommer Skoghøy eksisterer det nok innenfor Høyesterett forskjellig syn på hvor langt norske domstoler skal "abdisere" i EØS-rettslige spørsmål og overlate arenaen til EFTA-domstolen.<sup>399</sup> De høyst ulike reaksjonene på beslutningen om å utsette behandlingen av Spilleautomatsaken i påvente av en avklaring fra EFTA-domstolen viser tydelig at tilsvarende meningsforskjeller gjenfinnes utenfor Høyesterett.<sup>400</sup> Selv om Høyesterett lojalt har fulgt EFTA-domstolens tolkningsuttalelser i de tilfeller hvor slike er innhentet, etterlater ikke en total på kun fire foreleggelsesbeslutninger i løpet av 17 år akkurat inntrykk av en domstol som tilstreber konstruktivt samarbeid med EFTA-domstolen.

Spørsmålet om forholdet mellom Høyesterett og EFTA-domstolen er av betydelig prinsipiell interesse og det vil bli interessant å se hvordan samarbeidet utvikler seg i årene som kommer. Særlig stor praktisk betydning har dette likevel neppe all den tid alt tyder på at Høyesterett og EFTA-domstolen begge har "abdisert" til fordel for EU-domstolen – helt uavhengig av det innbyrdes forhold mellom Høyesterett og EFTA-domstolen har utviklingen siden 1994 vist at det for alle praktiske formål er EU-domstolen som avgjør tolkningen av EØS-retten. Dette kan nok umiddelbart synes nokså paradoksalt – for EFTA-statene var det jo av konstitusjonelle og politiske årsaker maktpåliggende under EØS-forhandlingene å unngå at man måtte underkaste seg EU-domstolens jurisdiksjon. Ved nærmere ettertanke er det imidlertid klart at både norske domstoler og EFTA-domstolen kun kan hevde sin formelle uavhengighet fra EU-domstolen på bekostning av EØS-avtalens overordnede målsetning om rettsenhet på det felles marked. På samme vis som EFTA-domstolen har norske domstoler i praksis løst det prinsipielt uløselige motsetningsforholdet mellom forutsetningen om deres uavhengighet og målsetningen om

ensartet fortolkning av EØS-reglene til fordel for sistnevnte. Norske domstolers aksept av EU-domstolen som prejudikatomstol er slik et slående eksempel på forskjellene mellom formaliteter og realiteter på EØS-rettens område.

Dersom man først erkjenner at aksept av EU-domstolen som prejudikatomstol og autoritativ fortolker av EØS-retten er prisen man må betale for fullverdig deltakelse i EUs indre marked, så er det paradoksalt at norske myndigheter av politiske og konstitusjonelle årsaker ikke ønsker å gjøre bruk av den mulighet som EØS-avtalen artikkel 107, jf. protokoll 34 vitterlig gir nasjonale domstoler i en EFTA-stat til å stille prejudisielle tolkningsspørsmål direkte til EU-domstolen. For norske domstoler ville en slik løsning gi direkte tilgang til den domstol som reelt sett fastsetter innholdet av den materielle EØS-retten. Særlig for Høyesterett ville dette gi mulighet for fullverdig deltakelse i den dommerdialog som driver rettsutviklingen i EU (og dermed EØS). I andre sammenhenger er jo norske myndigheter svært opptatt av å utnytte de muligheter for deltakelse som EØS-avtalen tross alt gir, men det kan kun konstateres at dette tydeligvis ikke gjelder på domstolenes område.

<sup>399</sup> Skoghøy 2010 s. 134.

<sup>400</sup> Kjæremålsutvalgets beslutning ble kritisert i sterke ordelag av den ansvarlige statsråd for pengespillfeltet, kulturminister Trond Giske, som en utiløselig abdikasjon overfor ESA og EFTA-domstolen (blant annet i Dagens Næringsliv 7. desember 2005, samt i flere nyhetssendinger på TV og radio). Også daværende ekspedisjonssjef i Justisdepartementets lovavdeling, Inge Lorange Backer, kritiserte beslutningen som et eksempel på Høyesteretts "innordning" under EFTA-domstolen, jf. artikkelen "Lovgivere og domstoler ved begynnelsen av det 21. århundre", *Jussens Venner* 2006 s. 248-266 (s. 260, i og ved note 47). Ut fra den vanskelige situasjon Høyesterett hadde havnet i, har imidlertid andre karakterisert kjæremålsutvalgets avgjørelse som "klok", jf. Hans Petter Graver, "Domstolene og EØS", *Lov og Rett* 2005 s. 577-578 (på s. 578), med tilslutning fra Fredriksen 2006 s. 379.

## Vedlegg I

### Høyesterettspraksis

#### Publiserte avgjørelser av EU/EØS-rettslig relevans (1994-2010)

1. Rt. 2010 s. 1197 A – Baasland
2. Rt. 2010 s. 944 F – CHC Norway
3. Rt. 2010 s. 858 A
4. Rt. 2010 s. 774 A – ”Max Manus”
5. Rt. 2010 s. 376 A
6. Rt. 2010 s. 330 – Bardufoss Flyservice
7. Rt. 2010 s. 202 A – Nye Kystlink
8. Rt. 2010 s. 72 A
9. Rt. 2009 s. 1632 A – ABG Sundal Collier
10. Rt. 2009 s. 1537 A – Bokhandler-saken
11. Rt. 2009 s. 1389 U
12. Rt. 2009 s. 1164 U
13. Rt. 2009 s. 1103 U
14. Rt. 2009 s. 839 A – Vinforum
15. Rt. 2009 s. 705 A
16. Rt. 2009 s. 661 A – Husebyskogen
17. Rt. 2009 s. 572 U
18. Rt. 2008 s. 1789 A – Giettåditdommen
19. Rt. 2008 s. 1705 A – Trafikk & Anlegg
20. Rt. 2008 s. 1409 S
21. Rt. 2008 s. 1268 A – Søtt + Salt
22. Rt. 2008 s. 1207 U
23. Rt. 2008 s. 1201 A – Lemminkäinen
24. Rt. 2008 s. 982 A – Catch
25. Rt. 2008 s. 738 A – KLM
26. Rt. 2008 s. 727 A
27. Rt. 2008 s. 478
28. Rt. 2008 s. 453 A – Otterstad
29. Rt. 2007 s. 1783 A – NIDA Entreprenør
30. Rt. 2007 s. 1759 U
31. Rt. 2007 s. 1646 U
32. Rt. 2007 s. 1401 A
33. Rt. 2007 s. 1003 A – Spilleautomatene
34. Rt. 2007 s. 983 A – Reno Vest
35. Rt. 2007 s. 140 A – Debito
36. Rt. 2007 s. 129 A
37. Rt. 2006 s. 1473 A – Livbøye-saken
38. Rt. 2006 s. 1281 A – Canica
39. Rt. 2006 s. 1265 A – Edquist
40. Rt. 2006 s. 1190 A
41. Rt. 2006 s. 1089 U
42. Rt. 2006 s. 404 A – Invensys
43. Rt. 2006 s. 391 U

44. Rt. 2006 s. 179 A – Støvlethæl
45. Rt. 2006 s. 71 A – SAS/Braathens
46. Rt. 2005 s. 1638 A – Verneponchosaken
47. Rt. 2005 s. 1601 A – ”Gule sider”-saken
48. Rt. 2005 s. 1598 U – Spilleautomatsaken
49. Rt. 2005 s. 1365 P – Finanger II
50. Rt. 2005 s. 607 A – Samuelson
51. Rt. 2005 s. 597 A – Allseas
52. Rt. 2004 s. 1474 A – ”Volvoimport.no”.
53. Rt. 2004 s. 981 A – Agrimann
54. Rt. 2004 s. 904 A – Paranova II
55. Rt. 2004 s. 834 A – Vannscooter I
56. Rt. 2004 s. 754 A – Paranova II
57. Rt. 2004 s. 351 U
58. Rt. 2004 s. 122 A – Norsk Dental Depot.
59. Rt. 2003 s. 1501 A – Winge Reisebureau
60. Rt. 2003 s. 866 U – CIBA
61. Rt. 2003 s. 359 P
62. Rt. 2003 s. 223 U – West Fish
63. Rt. 2002 s. 1312 A
64. Rt. 2002 s. 807 U
65. Rt. 2002 s. 618 A
66. Rt. 2002 s. 404 U
67. Rt. 2002 s. 391 A – ”God morgon”
68. Rt. 2002 s. 180 A
69. Rt. 2001 s. 1570 U
70. Rt. 2001 s. 1505 A – Veivesenets Arbeiderforening
71. Rt. 2001 s. 1390 A – Hunter Textile
72. Rt. 2001 s. 1322 A – Sveriges Television
73. Rt. 2001 s. 1062 A – Nucleus
74. Rt. 2001 s. 473 U – Concord II
75. Rt. 2001 s. 450 A
76. Rt. 2001 s. 418 A
77. Rt. 2001 s. 248 A – Olderdalen Ambulanse
78. Rt. 2001 s. 71 A – Rasmussen Offshore
79. Rt. 2000 s. 2167 U
80. Rt. 2000 s. 1811 P – Finanger I
81. Rt. 2000 s. 1706 U – Concord I
82. Rt. 2000 s. 1451 A
83. Rt. 2000 s. 1332 P – Finanger I
84. Rt. 2000 s. 654 A
85. Rt. 2000 s. 46 A – Ølreklamesaken
86. Rt. 1999 s. 1725 A – ”Lundetangen”
87. Rt. 1999 s. 1626 U
88. Rt. 1999 s. 1206 U
89. Rt. 1999 s. 1025 U
90. Rt. 1999 s. 989 A
91. Rt. 1999 s. 977 A – Nemko

92. Rt. 1999 s. 569 A – Spets
93. Rt. 1999 s. 393 A
94. Rt. 1998 s. 1372 A – Nille
95. Rt. 1998 s. 136 U
96. Rt. 1997 s. 1965 A – Eidesund
97. Rt. 1997 s. 1954 A – Løten kommune
98. Rt. 1997 s. 1859 U – MAN
99. Rt. 1997 s. 390 A – Jørgensen
100. Rt. 1997 s. 334 A – Stavanger Havnelager
101. Rt. 1996 s. 1569 U – VinCompagniet
102. Rt. 1996 s. 875 A
103. Rt. 1996 s. 822 U
104. Rt. 1996 s. 433 U – Paranova I
105. Rt. 1996 s. 282 U – Wilhelmssen
106. Rt. 1996 s. 25 A
107. Rt. 1995 s. 1922 A
108. Rt. 1995 s. 1789 U – Kiddie Rides
109. Rt. 1995 s. 1625 A
110. Rt. 1995 s. 1244 U
111. Rt. 1995 s. 758 U – Gundersen
112. Rt. 1995 s. 738 U
113. Rt. 1995 s. 270 A
114. Rt. 1994 s. 610 A – Bølgepapp

#### Upubliserte avgjørelser av EU/EØS-rettslig relevans (1994-2010)

1. Høyesteretts dom 21. desember 2010 (HR-2010-02191-A) – FINN Bil.no
2. Høyesteretts kjennelse, 14. desember 2010 (HR-2010-02138-A) – Compania la Gomera
3. Høyesteretts dom 7. desember 2010 (HR-2010-2082-A) – Edquist
4. Ankeutvalgets kjennelse 28. oktober 2008 (HR-2008-1875-U)
5. Kjæremålsutvalgets beslutning 7. november 2007 (HR-2007-1855-U)
6. Kjæremålsutvalgets beslutning 17. oktober 2005 (HR-2005-1630-U)
7. Kjæremålsutvalgets beslutning 30. mars 2005 (HR-2005-485-U) – Finanger II
8. Kjæremålsutvalgets kjennelse 15. juni 2004 (HR-2004-1051-U) – HydroTexaco
9. Høyesteretts beslutning 5. desember 2003 (HR-2003-1094-a) – Vannscooter I

## Vedlegg II

### Lagmannsrettspraksis

#### Publiserte avgjørelser av EU/EØS-rettslig relevans (1994-2010)

1. RG 2010 s. 171 (Borgarting) – Pirate Bay
2. RG 2010 s. 78 (Borgarting) – A mot Trafikkforsikringsforeningen
3. RG 2009 s. 769 (Borgarting) – ”Royal Umbrella”
4. RG 2009 s. 188 (Eidsivating) – Benair
5. RG 2008 s. 1095 (Borgarting) – Vesta Forsikring
6. RG 2008 s. 981 (Agder) – Vannscooter II
7. RG 2008 s. 961 (Borgarting)
8. RG 2008 s. 577 (Borgarting)
9. RG 2008 s. 358 (Borgarting)
10. RG 2008 s. 161 (Borgarting) – ”Mango”
11. RG 2007 s. 1489 (Agder)
12. RG 2007 s. 1390 (Hålogaland) – Rødne & Sønner
13. RG 2007 s. 1002 (Borgarting) – ISS-saken
14. RG 2007 s. 769 (Borgarting) – World Nordic ApS
15. RG 2007 756 (Gulating)
16. RG 2007 s. 387 (Gulating)
17. RG 2006 s. 1217 (Borgarting) – Sense Communications
18. RG 2006 s. 1046 (Borgarting) – SmithKline Beecham
19. RG 2005 s. 1555 (Frostating)
20. RG 2005 s. 1542 (Frostating) – Fokus Bank
21. RG 2005 s. 469 (Hålogaland) – A3-Arkitektkontor
22. RG 2004 s. 1302 (Borgarting)
23. RG 2004 s. 1163 (Borgarting) – Spilleautomatsaken
24. RG 2004 s. 974 (Hålogaland) – Vadsø svømmehall
25. RG 2004 s. 904 (Gulating) – HydroTexaco
26. RG 2004 s. 799 (Borgarting) – Norsk Medisinaldepot
27. RG 2004 s. 187 (Borgarting) – ”Tripp Trapp”
28. RG 2003 s. 1393 (Borgarting) – MBT Holding
29. RG 2003 s. 1268 – Tele 2 Norge

30. RG 2003 s. 1222 (Borgarting) – Kolberg Motors
31. RG 2003 s. 1110 (Agder) – DeLaval-saken
32. RG 2003 s. 997 (Borgarting) – ”hpshop.no”
33. RG 2002 s. 1529 (Borgarting)
34. RG 2002 s. 1132 (Borgarting) – Stavanger Kretsfengsel
35. RG 2002 s. 943 (Borgarting)
36. RG 2002 s. 592 (Borgarting) – Boneloc
37. RG 2001 s. 1438 (Hålogaland)
38. RG 2001 s. 374 (Borgarting)
39. RG 2000 s. 1572 (Hålogaland) – Olderdalen Ambulanse
40. RG 2000 s. 1269 (Agder) – Tor Entreprenør
41. RG 2000 s. 1214 (Borgarting) – Iverans Rederi
42. RG 2000 s. 385 (Borgarting) – Nille
43. RG 2000 s. 152 (Agder) – Stub Båtservice
44. RG 1999 s. 854 (Borgarting)
45. RG 1999 s. 378 (Gulating) – Husbyggeren Egersund
46. RG 1998 s. 178 (Eidsivating) – Nes kommune
47. RG 2000 s. 833 (Frostating) – Ulstein og Røiseng
48. RG 1996 s. 859 (Gulating)
49. RG 1996 s. 463 (Gulating)
50. RG 1994 s. 1258 (Agder)

#### Upubliserte avgjørelser av EU/EØS-rettslig relevans (1994-2010)

1. Borgarting lagmannsrett dom og kjennelse 2010-12-13 (LB-2010-99479) – Gjensidige-saken
2. Borgarting lagmannsrett dom 2010-12-09 (LB-2010-31001) – Tide Sjø
3. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2010-11-26 (LB-2010-115884)
4. Borgarting lagmannsrett dom 2010-09-14 (LB-2009-189646) – Electrolux Home Products
5. Borgarting lagmannsrett dom 2010-09-07 (LB-2009-89085) – Tine-saken
6. Borgarting lagmannsrett dom 2010-09-06 (LB-2010-17768)
7. Gulating lagmannsrett dom 2010-09-03 (LG-2009-200923)
8. Borgarting lagmannsrett dom 2010-08-17 (LB-2009-165616) –

- SAS-pilotene
9. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2010-06-30 (LB-2010-69897) – Fjellkraft
10. Gulating lagmannsrett kjennelse 2010-07-26 (LG-2010-76323)
11. Frostating lagmannsrett dom 2010-06-25 (LF-2010-21736) – Wullum Amcar
12. Hålogaland lagmannsrett kjennelse 2010-06-14 (LH-2010-60812)
13. Borgarting lagmannsrett dom 2010-04-27 (LB-2009-174551) – ”Companys”
14. Borgarting lagmannsrett dom 2010-04-12 (LB-2009-57764)
15. Borgarting lagmannsrett dom 2010-04-08 (LB-2009-136211) – ISO+-saken
16. Borgarting lagmannsrett dom 2010-03-23 (LB-2009-57018) – Oslo sentralarrest
17. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2010-03-22 (LB-2010-11009)
18. Agder lagmannsrett kjennelse 2010-03-18 (LA-2010-21099)
19. Frostating lagmannsrett kjennelse 2010-03-16 (LF-2010-37631)
20. Borgarting lagmannsrett dom og kjennelse 2010-02-26 (LB-2009-143086)
21. Borgarting lagmannsrett dom og kjennelse 2010-01-13 (LB-2007-151609) – Edquist-saken.
22. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2010-01-11 (LB-2009-180119) – ”Abercrombie & Fitch”.
23. Frostating lagmannsrett dom 2010-01-08 (LF-2009-25488)
24. Borgarting lagmannsrett dom 2010-05-10 (LB-2009-75798)
25. Borgarting lagmannsrett dom 2009-12-15 (LB-2009-99914) – ”Tippinga”-saken
26. Gulating lagmannsrett kjennelse og beslutning 2009-12-09 (LG-2009-105319-1) – ”Max Manus”
27. Borgarting lagmannsrett dom 2009-11-16 (LB-2009-36418) – Isqueen
28. Gulating lagmannsrett dom og kjennelse 2009-11-06 (LG-2009-41184) – CHC Norway
29. Borgarting lagmannsrett dom 2009-10-19 (LB-2008-184780) – Grieg Investor
30. Hålogaland lagmannsrett dom 2009-08-03 (LH-2009-47629) – Bardufoss Flyservice

- |   |   |  |
|---|---|--|
| <p>31. Borgarting lagmannsrett dom 2009-07-08 (LB-2008-187928)</p> <p>32. Borgarting lagmannsrett dom 2009-07-03 (LB-2008-66692)</p> <p>33. Agder lagmannsrett dom 2009-06-24 (LA-2008-196596) – Nye Kystlink-saken</p> <p>34. Borgarting lagmannsrett dom 2009-06-23 (LB-2009-3572).</p> <p>35. Frostating lagmannsrett dom 2009-06-12 (LF-2008-132510)</p> <p>36. Gulating lagmannsrett dom 2009-06-10 (LG-2008-146069)</p> <p>37. Gulating lagmannsrett dom 2009-06-02 (LG-2008-160518) – Erstad &amp; Lekven Utbygging.</p> <p>38. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2009-05-28 (LB-2009-40722) – Cybergun-saken</p> <p>39. Borgarting lagmannsrett dom 2009-05-04 (LB-2008-97733) – ABG Sundal Collier</p> <p>40. Borgarting lagmannsrett dom 2009-04-27 (LB-2008-117063) – Champagneria</p> <p>41. Borgarting lagmannsrett dom 2009-04-27 (LB-2008-80778)</p> <p>42. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2009-04-02 (LB-2009-44076) – Landsbanki Islands I</p> <p>43. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2009-04-02 (LB-2009-42414) – Landsbanki Islands II</p> <p>44. Borgarting lagmannsrett dom 2009-03-30 (LB-2008-135286) – Georg Andresen &amp; Sønner</p> <p>45. Eidsivating lagmannsrett dom 2009-03-24 (LE-2008-76592) – Kabinansatte i SAS</p> <p>46. Borgarting lagmannsrett dom 2009-02-23 (LB-2008-74693) – Mester Yrkesbygg Bergen</p> <p>47. Hålogaland lagmannsrett dom 2009-03-17 (LH-2008-144454) – Lødingen Steinindustri</p> <p>48. Gulating lagmannsrett overskjønn 2009-02-10 (LG-2007-176723) – Saudefaldene</p> <p>49. Borgarting lagmannsrett dom 2009-01-27 (LB-2008-78905) – ”Le Meridien”-saken</p> <p>50. Hålogaland lagmannsrett dom 2009-01-21 (LH-2008-99829)</p> <p>51. Borgarting lagmannsrett dom 2009-01-20 (LB-2008-4122) – Stolt Nielsen</p> <p>52. Agder lagmannsrett dom 2009-01-09 (LA-2008-80575)</p> <p>53. Borgarting lagmannsrett dom</p> | <p>2008-12-15 (LB-2008-37948)</p> <p>54. Borgarting lagmannsrett dom 2008-12-08 (LB-2008-65676)</p> <p>55. Hålogaland lagmannsrett kjennelse 2008-11-05 (LH-2008-134402) – Helseforetakenes Innkjøpsservice</p> <p>56. Borgarting lagmannsrett dom 2008-11-03 (LB-2007-6180) – Vinforum-saken</p> <p>57. Borgarting lagmannsrett dom 2008-10-03 (LB-2007-174951) – Husebyskogen</p> <p>58. Frostating lagmannsrett kjennelse 2008-09-19 (LF-2008-82111)</p> <p>59. Eidsivating lagmannsrett kjennelse 2008-09-08 (LE-2008-124410)</p> <p>60. Agder lagmannsrett dom 2008-08-19 (LA-2007-175365)</p> <p>61. Eidsivating lagmannsrett kjennelse 2008-06-20 (LE-2008-93944)</p> <p>62. Borgarting lagmannsrett dom 2008-05-20 (LB-2007-102916)</p> <p>63. Borgarting lagmannsrett dom 2008-05-05 (LB-2007-100623) – Norstraal</p> <p>64. Eidsivating lagmannsrett kjennelse 2008-05-05 (LE-2008-43768)</p> <p>65. Borgarting lagmannsrett dom 2008-04-28 (LB-2007-4676) – Trafikk &amp; Anlegg</p> <p>66. Borgarting lagmannsrett dom 2008-04-15 (LB-2007-66694) – Redcats</p> <p>67. Borgarting lagmannsrett dom 2008-03-31 (LB-2007-57596) – IT Fornebu Eiendom</p> <p>68. Borgarting lagmannsrett dom 2008-03-10 (LB-2007-142284) – Lemminkäinen</p> <p>69. Gulating lagmannsrett kjennelse 2008-02-21 (LG-2008-16104) – Gauselparken</p> <p>70. Borgarting lagmannsrett dom 2008-02-13 (LB-2007-20607) – Ryanair</p> <p>71. Borgarting lagmannsrett dom 2008-02-11 (LB-2006-118637). EØS-trykgetid</p> <p>72. Borgarting lagmannsrett dom 2008-02-06 (LB-2006-18354) – Nissan Nordic Europe</p> <p>73. Borgarting lagmannsrett dom 2008-02-04 (LB-2007-81052)</p> <p>74. Borgarting lagmannsrett dom 2008-01-17 (LB-2007-52992)</p> <p>75. Borgarting lagmannsrett dom 2008-01-15 (LB-2008-17559)</p> <p>76. Borgarting lagmannsrett dom 2007-12-21 (LB-2006-134203)</p> | <p>77. Frostating lagmannsrett dom 2007-11-23 (LF-2007-51156) – Kleven Verft</p> <p>78. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2007-11-21 (LB-2007-170983)</p> <p>79. Gulating lagmannsrett dom 2007-11-21 (LG-2007-94712)</p> <p>80. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2007-11-08 (LB-2007-150205) – Sparebanken Vest</p> <p>81. Borgarting lagmannsrett dom 2007-10-29 (LB-2006-125875) – Catch-saken</p> <p>82. Borgarting lagmannsrett dom 2007-10-17 (LB-2005-172949) – Regatta-saken</p> <p>83. Eidsivating lagmannsrett dom 2007-09-26 (LE-2006-180819)</p> <p>84. Borgarting lagmannsrett dom 2007-09-26 (LB-2004-59978) – KLM</p> <p>85. Borgarting lagmannsrett dom 2007-08-15 (LB-2006-25275) – Recip</p> <p>86. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2007-07-02 (LB-2006-152152-1)</p> <p>87. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2007-06-12 (LB-2007-54369) – ”Trådløs Bedrift”</p> <p>88. Agder lagmannsrett dom 2007-06-06 (LA-2007-8969) – Otterstad-saken</p> <p>89. Gulating lagmannsrett kjennelse 2007-03-23 (LG-2006-164847)</p> <p>90. Hålogaland lagmannsrett dom 2007-02-22 (LH-2006-160351) – NIDA Entreprenør</p> <p>91. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2007-02-22 (LB-2006-164606)</p> <p>92. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2007-02-15 (LB-2007-7111)</p> <p>93. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2007-02-15 (LB-2006-175412)</p> <p>94. Borgarting lagmannsrett dom 2007-01-15 (LB-2005-166645)</p> <p>95. Hålogaland lagmannsrett dom 2006-11-30 (LH-2006-80023)</p> <p>96. Borgarting lagmannsrett dom 2006-11-06 (LB-2005-92803) – BMW Norge</p> <p>97. Agder lagmannsrett dom 2006-10-18 (LA-2006-87704)</p> <p>98. Agder lagmannsrett dom 2006-09-26 (LA-2004-60570)</p> <p>99. Frostating lagmannsrett dom 2006-09-21 (LF-2006-24118) – Leinebris</p> <p>100. Borgarting lagmannsrett dom 2006-09-15 (LB-2004-67545) –</p> |
|---|---|--|

- Møller US Import
101. Gulating lagmannsrett kjennelse 2006-08-24 (LG-2006-83798)
102. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2006-06-30 (LB-2006-55914)
103. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2006-06-28 (LB-2006-44069)
104. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2006-06-23 (LB-2006-59524)
105. Borgarting lagmannsrett dom 2006-06-16 (LB-2004-17738) – Debito
106. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2006-06-15 (LB-2006-25376) – Canica
107. Borgarting lagmannsrett dom 2006-03-06 (LB-2003-10693)
108. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2006-02-07 (LB-2005-183316) – Edquist
109. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2006-01-23 (LB-2005-176172)
110. Gulating lagmannsrett dom 2006-01-20 (LG-2004-10668) – Total Waste Management Alliance
111. Borgarting lagmannsrett dom 2006-01-16 (LB-2004-15595) – Livbøyesaken
112. Gulating lagmannsrett kjennelse 2006-01-06 (LG-2005-139341) – Rocknes-saken
113. Gulating lagmannsrett dom 2006-01-04 (LG-2002-7413) – Total E&P Norge
114. Borgarting lagmannsrett dom 2005-12-15 (LB-2004-45797)
115. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2005-11-17 (LB-2005-125794) – Wien Air Alaska
116. Eidsivating lagmannsrett dom 2005-11-14 (LE-2004-102930) – Rendalen
117. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2005-10-26 (LB-2005-103038) – World Games Inc.
118. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2005-10-12 (LB-2005-51076) – Lamisil-saken
119. Borgarting lagmannsrett dom og kjennelse 2005-08-26 (LB-2005-5287) – Spilleautomatsaken
120. Borgarting lagmannsrett dom 2005-06-28 (LB-2004-45766)
121. Borgarting lagmannsrett dom 2005-06-17 (LB-2004-4113) – Arves trafikkskole
122. Gulating lagmannsrett dom 2005-06-03 (LG-2004-5524) – Torget i Bergen
123. Gulating lagmannsrett kjennelse 2005-04-15 (LG-2004-80183) – O J Miljeteig AS
124. Borgarting lagmannsrett dom 2005-04-07 (LB-2004-10818) – Verneponcho-saken
125. Eidsivating lagmannsrett dom 2005-03-31 (LE-2004-27856) – Støvletthælsaken
126. Borgarting lagmannsrett dom 2005-03-18 (LB-2004-3561) – SAS/Braathens
127. Borgarting lagmannsrett dom 2005-01-14 (LB-2003-11705) – Finanger II
128. Borgarting lagmannsrett dom 2005-01-04 (LB-2003-9931) – ”Gule Sider”
129. Gulating lagmannsrett kjennelse 2004-12-09 (LG-2004-66451)
130. Eidsivating lagmannsrett dom 2004-12-09 (LE-2004-5411) – Nor Cargo Thermo
131. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2004-11-30 (LB-2004-76379) – Spilleautomatsaken
132. Borgarting lagmannsrett dom 2004-10-26 (LB-2003-9824) – Scandinavian Pharmaceutical
133. Gulating lagmannsrett dom 2004-09-22 (LG-2003-4386) – Maschinenfabrik J. Diffenbacher
134. Gulating lagmannsrett kjennelse 2004-09-09 (LG-2004-37048) – Allseas.
135. Borgarting lagmannsrett dom 2004-06-24 (LB-2004-9512) – Modern Kjolestoffer
136. Eidsivating lagmannsrett dom 2004-06-24 (LE-2004-3198) – Ryfoss Trafikksenter
137. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2004-05-11 (LB-2003-20532) – BMW Norge
138. Frostating lagmannsrett dom 2004-04-19 (LF-2003-6633)
139. Agder lagmannsrett dom 2004-02-13 (LA-2003-17564) – Herredshuset i Hof
140. Borgarting lagmannsrett dom 2004-02-02 (LB-2001-2378) – Teletopia
141. Gulating lagmannsrett kjennelse 2003-12-09 (LG-2003-5463) – Mediteam
142. Agder lagmannsrett dom 2003-11-26 (LA-2002-1945) – ”volvoimport.no”
143. Borgarting lagmannsrett dom 2003-09-18 (LB-2002-3791) – Star Tour
144. Gulating lagmannsrett kjennelse 2003-09-15 (LG-2003-5015)
145. Agder lagmannsrett overskjønn 2003-07-02 (LA-2002-1927) – Samuelsen
146. Borgarting lagmannsrett dom 2003-06-13 (LB-2002-2780-1) – Kruise Norge
147. Frostating lagmannsrett kjennelse 2003-06-10 (LF-2003-86) – Vannscooter I
148. Borgarting lagmannsrett dom 2003-06-04 (LB-2002-1293) – Bragernes-saken
149. Borgarting lagmannsrett dom 2003-03-10 (LB-2002-615) – Norsk Dental Depot
150. Eidsivating lagmannsrett kjennelse 2003-02-17 (LE-2002-971)
151. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2003-01-24 (LB-2003-210) – CIBA-saken
152. Gulating lagmannsrett dom 2002-11-08 (LG-2001-676) – Winge Reisebureau
153. Borgarting lagmannsrett dom 2002-11-07 (LB-2001-3102) – Selected Brands Shoes & Clothes
154. Borgarting lagmannsrett dom 2002-10-28 (LB-2001-2004)
155. Borgarting lagmannsrett dom 2002-10-18 (LB-2001-3746) – Høysæter AS
156. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2002-10-01 (LB-2002-2475) – West Fish
157. Agder lagmannsrett kjennelse 2002-09-02 (LA-2002-902)
158. Borgarting lagmannsrett dom 2002-06-28 (LB-2001-3675) – Viken Skogeierforening.
159. Gulating lagmannsrett kjennelse 2002-06-13 (LG-2002-714)
160. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2002-06-11 (LB-2002-1200) – ”Opplysningen 180”
161. Borgarting lagmannsrett dom 2002-05-31 (LB-2001-3062) – Pentex. Produktansvar
162. Borgarting lagmannsrett dom 2002-05-13 (LB-2001-2641) – ”Metozoc/Selo-zok”
163. Borgarting lagmannsrett dom 2002-04-15 (LB-2001-711)
164. Gulating lagmannsrett dom 2002-03-22 (LG-2001-635) – Mjellem & Karlsen Verft

165. Borgarting lagmannsrett dom 2002-03-12 (LB-2001-1742-1)
166. Borgarting lagmannsrett dom 2002-02-25 (LB-2001-271) – Klækken Hotell
167. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2002-02-22 (LB-2002-7) – NorCopter
168. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2002-01-28 (LB-2001-3298) – Finanger II
169. Gulating lagmannsrett kjennelse 2002-01-23 (LG-2001-1945) – Ålgård Trafikksenter
170. Borgarting lagmannsrett dom og kjennelse 2002-01-21 (LB-2001-1965) – Fontana
171. Borgarting lagmannsrett dom 2002-01-14 (LB-1999-2085) – Paranova II
172. Agder lagmannsrett dom 2001-12-10 (LA-2001-1152) – Fisketråleren Kvitsjøen
173. Eidsivating lagmannsrett dom 2001-12-07 (LE-2001-107)
174. Agder lagmannsrett dom 2001-12-06 (LA-2001-799) – Rasmussen Maritime Services
175. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2001-12-03 (LB-2001-1521)
176. Frostating lagmannsrett dom 2001-12-03 (LF-2001-366)
177. Eidsivating lagmannsrett kjennelse 2001-08-03 (LE-2001-427)
178. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2001-07-27 (LB-2001-2162)
179. Borgarting lagmannsrett dom 2001-06-20 (LB-2000-2229) – "God morgon"
180. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2001-06-01 (LB-2001-1307) – Audiotron
181. Borgarting lagmannsrett dom 2001-01-19 (LB-1999-3675)
182. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2000-12-20 (LB-2000-3269) – Concord-saken
183. Borgarting lagmannsrett dom 2000-11-10 (LB-2000-699) – Topp Radio
184. Borgarting lagmannsrett dom 2000-10-23 (LB-2000-423) – Hunter Textile
185. Eidsivating lagmannsretts dom 20.10.2000 (LE-1999-156) – Jan og Kristian Jæger
186. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2000-08-28 (LB-2000-1545) – Concord-saken
187. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2000-06-09 (LB-2000-806) – Atlantis Medisinske Høgskole
188. Gulating lagmannsrett dom 2000-05-02 (LG-1999-1023) – Sandnes Sparebank
189. Agder lagmannsrett kjennelse 2000-04-13 (LA-2000-314). Strafferett
190. Frostating lagmannsrett dom 2000-04-10 (LF-1999-942) – Nucleus-saken
191. Borgarting lagmannsrett dom 2000-02-28 (LB-1999-956)
192. Borgarting lagmannsrett kjennelse 2000-01-27 (LB-2000-249) – Teletopia AS
193. Borgarting lagmannsrett kjennelse 1999-12-15 (LB-1999-1808) – The Water Boy-saken
194. Frostating lagmannsrett dom 1999-12-03 (LF-1999-808)
195. Borgarting lagmannsrett kjennelse 1999-10-22 (LB-1999-2086) – Paranova II
196. Borgarting lagmannsrett kjennelse 1999-09-30 (LB-1999-2537)
197. Borgarting lagmannsrett kjennelse 1999-09-27 (LB-1997-1581) – Astra-saken
198. Borgarting lagmannsrett dom 1999-06-07 (LB-1998-3016)
199. Eidsivating lagmannsrett kjennelse 1999-05-28 (LE-1999-290)
200. Borgarting lagmannsrett dom 1999-05-20 (LB-1998-1805)
201. Borgarting lagmannsrett kjennelse 1999-03-25 (LB-1999-219) – Allied Colloids
202. Borgarting lagmannsrett kjennelse 1999-03-17 (LB-1998-2993) – Lorentzen Skibs
203. Borgarting lagmannsrett kjennelse 1999-02-12 (LB-1998-3009)
204. Hålogaland lagmannsrett dom 1998-12-18 (LH-1998-358) – Kautokeino helse- og sosialsenter
205. Borgarting lagmannsrett dom 1998-11-16 (LB-1998-1037) – Lundetangen Pilsnerøl
206. Agder lagmannsrett kjennelse 1998-10-20 (LA-1998-817)
207. Gulating lagmannsrett kjennelse og dom 1998-10-05 (LG-1997-2151) – Vest-Ro Slakteri
208. Frostating lagmannsrett dom 1998-09-21 (LF-1998-997) – Finanger I
209. Borgarting lagmannsrett dom 1998-09-04 (LB-1998-326)
210. Borgarting lagmannsrett dom 1998-09-04 (LB-1998-279)
211. Borgarting lagmannsrett dom 1998-06-24 (LB-1997-3223) – Skedsmovollen Bensinstasjoner
212. Borgarting lagmannsrett kjennelse 1998-04-29 (LB-1998-1011)
213. Hålogaland lagmannsrett dom 1998-04-16 (LH-1997-326) – Bardu Best Western
214. Frostating lagmannsrett kjennelse 1997-08-04 (LF-1997-473) – MAN
215. Eidsivating lagmannsrett dom 1997-06-20 (LE-1997-233)
216. Borgarting lagmannsrett dom 1997-05-29 (LB-1996-355) – H & M
217. Frostating lagmannsrett dom 1997-04-22 (LF-1996-733) – Torghatten
218. Borgarting lagmannsrett kjennelse 1997-04-22 (LB-1997-1) – European Navigation
219. Borgarting lagmannsrett kjennelse 1997-04-16 (LB-1997-726) – AS Pengeautomater
220. Borgarting lagmannsrett kjennelse 1997-03-20 (LB-1997-359)
221. Borgarting lagmannsrett kjennelse 1997-02-12 (LB-1997-275)
222. Gulating lagmannsrett dom 1997-01-27 (LG-1995-1362) – Stavanger Catering
223. Borgarting lagmannsrett kjennelse 1997-01-14 (LB-1996-3359) – Axel Kolle
224. Borgarting lagmannsrett kjennelse 1996-12-23 (LB-1996-711) – Selfangersaken
225. Gulating lagmannsrett dom 1996-12-20 (LG-1995-672) – Eidesund
226. Eidsivating lagmannsrett dom 1996-12-16 (LE-1996-225) – Løten kommune
227. Gulating lagmannsrett dom 1996-11-07 (LG-1996-304) – Perla AS
228. Borgarting lagmannsrett kjennelse 1996-09-23 (LB-1995-1911) – VinCompagniet
229. Borgarting lagmannsrett kjennelse 1996-08-22 (LB-1995-2372)
230. Borgarting lagmannsrett kjennelse 1996-07-04 (LB-1996-922) – Wilhelmssen
231. Eidsivating lagmannsrett dom 1996-04-19 (LE-1996-244)
232. Eidsivating lagmannsrett kjennelse 1996-04-17 (LE-1996-224)
233. Frostating lagmannsrett kjennelse



- 1996-04-15 (LF-1996-131)
234. Borgarting lagmannsrett kjennelse 1996-03-11 (LB-1996-159)
235. Borgarting lagmannsrett kjennelse 1996-01-15 (LB-1995-2005) – Paranova
236. Borgarting lagmannsrett kjennelse 1995-10-09 (LB-1995-1972) – Wilhelmsen
237. Gulating lagmannsrett dom 1995-10-02 (LG-1995-469) – Stavanger Havnelager
238. Borgarting lagmannsrett kjennelse 1995-08-30 (LB-1995-1403) – Kiddie Rides
239. Frostating lagmannsrett kjennelse 1995-03-17 (LF-1995-91)
240. Eidsivating lagmannsrett kjennelse 1995-03-08 (LE-1995-261)
241. Eidsivating lagmannsrett kjennelse 1995-02-01 (LE-1995-265)
242. Eidsivating lagmannsrett kjennelse 1995-01-31 (LE-1995-268) – Gundersen
243. Eidsivating lagmannsrett kjennelse 1994-03-11 (LE-1993-2862)
244. Agder lagmannsrett dom 1994-03-18 (LA-1993-776)
245. Eidsivating lagmannsrett dom 1994-03-02 (LE-1993-712)

### Vedlegg III

## Rettspraksis fra domstolene i første instans

### Publiserte avgjørelser av EU/EØS-rettslig relevans (1994-2010)

1. RG 2007 s. 513 (Oslo)
2. RG 2005 s. 1627 (Oslo)
3. RG 2005 s. 904 (Oslo)
4. RG 2005 s. 897 (Tønsberg)
5. RG 2005 s. 597 (Oslo)
6. RG 2004 s. 1501 (Oslo)
7. RG 2003 s. 1342 (Oslo)
8. RG 2000 s. 1342 (Indre Follo)
9. RG 2000 s. 799 (Trondheim)
10. RG 1999 s. 1205 (Oslo)
11. RG 1998 s. 345 (Stavanger) – Ask-saken
12. RG 1997 s. 911 (Trondheim)
13. RG 1996 s. 913 (Indre Follo)

### Upubliserte avgjørelser av EU/EØS-rettslig relevans (1994-2010)<sup>401</sup>

1. Oslo tingrett dom: 2010-11-30. TOSLO-2009-204651-2 – Landsforeningen for Trafikkskadde
2. Oslo tingrett dom: 2010-11-17 (TOSLO-2009-188440) – Taxi 2 Dør til Dør
3. Oslo tingrett dom 2010-10-29 (TOSLO-2009-181049) – ”Kvikk Lunsj”
4. Oslo tingrett dom 2010-09-21 (TOSLO-2009-182595) – Statoil Holding
5. Oslo byfogdembete kjennelse 2010-07-15 (TOBYF-2010-105403) – Nortura
6. Indre Finnmark tingrett dom 2010-06-30 (TINFI-2009-200057)
7. Oslo byfogdembete kjennelse 2010-06-22 (TOBYF-2010-90098) – EDB Business Partner
8. Oslo tingrett dom 2010-05-31 (TOSLO-2009-191453)
9. Oslo tingrett dom og kjennelse 2010-05-18 (TOSLO-2010-48861) – Nor Supply Offshore
10. Sør-Trøndelag tingrett kjennelse 2010-05-14 (TSTRO-2010-61378) – Norsk Verktøyteknikk
11. Oslo tingrett dom og kjennelse 2010-04-16 (TOSLO-2009-143503) – Gjensidige-saken
12. Gjøvik tingrett dom 2010-04-06 (TGJOV-2009-33502)
13. Stavanger tingrett kjennelse 2010-03-31 (TSTAV-2010-52519) – Hero Norge
14. Oslo tingrett dom 2010-03-29 (TOSLO-2009-110838)
15. Stavanger tingrett dom 2010-03-15 (TSTAV-2009-106754) – Statoil
16. Kristiansand tingrett dom 2010-03-08 (TKISA-2009-137542) – Fjord Line-saken
17. Øvre Romerike tingrett dom 2010-02-25 (TOVRO-2009-85847) – Gate Gourmet-saken
18. Ofoten tingrett kjennelse 2010-02-22 (TOFOT-2010-10310)
19. Oslo byfogdembete kjennelse 2010-02-18 (TOBYF-2010-20411) – Oslo Taxi
20. Oslo tingrett kjennelse 2009-02-11 (TOSLO-2009-189569) – Fjellkraft
21. Oslo tingrett dom 2010-01-29 (09-050176TVI-OTIR/06) – Stx Norway Offshore m.fl.
22. Oslo tingrett dom 2010-01-21 (TOSLO-2009-107903) – Tide Sjø
23. Glåmdal tingrett dom 2009-12-07 (TGLOM-2008-161480)
24. Sør-Trøndelag tingrett dom 2009-12-03 (TSTRO-2009-49172) – Wullum Amcar
25. Oslo tingrett dom 2009-12-01 (TOSLO-2009-91625) – Invex
26. Oslo tingrett kjennelse 2009-11-25 (TOSLO-2009-76835) – Baasland-kjennelsen
27. Oslo tingrett dom 2009-11-09 (TOSLO-2008-155642)
28. Asker og Bærum tingrett kjennelse 2009-11-06 (TAHER-2009-96202) – Pirate Bay-saken
29. Inderøy Tingrett dom 2009-11-02 (TINDE-2009-83614) – Lucas Bols
30. Oslo tingrett kjennelse 2009-10-29 (TOSLO-2007-164379)
31. Oslo byfogdembete kjennelse 2009-10-09 (TOBYF-2009-142625) – ”Superba Krill”
32. Oslo tingrett dom 2009-09-30 (09-046672TVI-OTIR/03) – Norwegian Service Team Baltija
33. Asker og Bærum tingrett kjennelse 2009-09-28 (TAHER-2009-137565) – ”Abercrombie & Fitch”
34. Indre Finnmark tingrett dom 2009-08-31 (TINFI-2009-39572) – Tana Scooter & ATV
35. Oslo tingrett dom 2009-08-28 (TOSLO-2009-43802) – ”Company’s”
36. Asker og Bærum tingrett dom og kjennelse: 2009-07-15 (TAHER-2008-195258) – SAS-

<sup>401</sup> I de fleste tilfeller har det lyktes å spore opp førsteinstansavgjørelsene, men i noen tilfeller er avgjørelser inkludert i oversikten basert kun på ankeinstansenes redegjørelse for førsteinstansenes avgjørelser (altså som sekundærkilder). Dette gjelder likevel kun tilfeller hvor det klart fremgår av ankeinstansenes avgjørelse at førsteinstansen har drøftet EU/EØS-relaterte spørsmål.

- pilotene
37. Oslo tingrett dom 2009-06-29 (TOSLO-2009-17738)
  38. Oslo tingrett dom 2009-06-23 (TOSLO-2008-186261) – ISO+-saken
  39. Oslo tingrett dom 2009-05-25 (TOSLO-2008-156741) – Melwater News
  40. Oslo tingrett dom 2009-05-18 (TOSLO-2008-177324) - UTV-2009-1038 – Poseidon Personell Services
  41. Stavanger tingrett kjennelse og beslutning 2009-05-04 – ”Max Manus”-saken
  42. Oslo tingrett dom 2009-04-29 (TOSLO-2008-167943) – A mot Trafikksforsikringsforeningen
  43. Oslo tingrett dom 2009-04-17 (TOSLO-2008-171495) – ”Tippinga”
  44. Oslo byfogdembete kjennelse 2009-03-30 (TOBYF-2009-35259) – ”Royal Umbrella”
  45. Oslo tingrett dom 2009-03-25 (TOSLO-2007-63120) – Tine-saken
  46. Oslo byfogdembete kjennelse: 2009-02-25 (TOBYF-2009-22695) – Landsbanki Islands
  47. Oslo tingrett dom 2009-02-04 (TOSLO-2007-104868) – Oslo sentralarrest
  48. Oslo tingrett dom 2009-02-04 (TOSLO-2007-81322) – General Motors Europe Holdings
  49. Oslo byfogdembete kjennelse 2009-01-22 (TOBYF-2009-3229) – Islandsbanki.
  50. Stavanger tingrett dom 2009-01-16 (TSTAV-2008-86377) – CHC Helikopter Service
  51. Follo tingrett kjennelse 2009-01-13 (TFOLL-2008-163220) – Cybergun-saken
  52. Senja tingrett dom 2009-01-02 (TSENJ-2008-90372) – Bardufoss Flyservice
  53. Oslo tingrett dom 2008-12-22 (TOSLO-2008-93481)
  54. Stjør- og Verdal tingrett dom 2008-11-07 (TVERD-2008-130347) – Vannscooter III
  55. Øvre Romerike tingrett kjennelse 2008-10-15 (TOVRO-2008-120096) – Benair
  56. Oslo tingrett dom 2008-10-03 (TOSLO-2004-91873) – Ladbrokes
  57. Oslo tingrett dom 2008-09-23 (TOSLO-2008-11711) - UTV-2008-1819 – Grieg Investor
  58. Sunnhordland tingrett dom og kjennelse 2008-09-12 (TSUHO-2007-48716) – Erstad & Lekven
  59. Nedre Telemark tingrett dom 2008-09-08 (TNETE-2008-71757) – Nye Kystlink
  60. Øst-Finnmark tingrett kjennelse 2008-07-10 (TOSFI-2008-99046) – Helseforetakenes Innkjøpsservice
  61. Oslo tingrett dom 2008-07-08 (TOSLO-2007-188318) – AstraZeneca
  62. Glåmdal tingrett kjennelse 2008-07-03 (TGLOM-2008-87431)
  63. Larvik tingrett dom 2008-06-10 (TLARV-2007-104035)
  64. Oslo tingrett dom 2008-05-26 (TOSLO-2008-16631) – ”Champagneria”
  65. Asker og Bærum tingrett dom 2008-05-22 (TAHER-2007-152570) – Georg Andresen & Sønner
  66. Oslo tingrett dom 2008-04-25 (TOSLO-2007-184384) – ”L&S”
  67. Hadeland og Land tingrett kjennelse 2008-04-07 (THADE-2008-40996)
  68. Alta tingrett dom 2008-04-07 (TALTA-2007-74733)
  69. Oslo tingrett dom 2008-03-25 (TOSLO-2007-160062) – ”Le Meridien”
  70. Øvre Romerike tingrett dom 2008-03-14 (TOVRO-2006-185853) – Kabinansatte i SAS
  71. Fredrikstad tingrett dom 2008-03-12 (TFRED-2006-161337) – Mester Yrkesbygg Bergen
  72. Oslo tingrett dom 2008-02-18 (TOSLO-2007-72070)
  73. Oslo tingrett dom 2008-01-28 (TOSLO-2007-69797)
  74. Glåmdal tingrett kjennelse 2008-01-18 (TGLOM-2007-85927)
  75. Stavanger tingrett kjennelse 2008-01-11 (TSTAV-2006-155740) – Gauselparken
  76. Oslo tingrett dom 2008-01-09 (TOSLO-2007-119875)
  77. Oslo tingrett dom 2007-12-11 (TOSLO-2007-23553) – ABG Sunndal Collier
  78. Oslo tingrett dom 2007-12-03 (TOSLO-2007-39572) – Eastern Drilling
  79. Oslo tingrett dom 2007-11-14 (TOSLO-2007-3094) – Stolt Nielsen
  80. Stavanger tingrett dom 2007-10-31 (TSTAV-2006-167488) – Gerevan Trading
  81. Oslo tingrett dom 2007-10-28 (TOSLO-2007-26145) – Lloyd Shoes
  82. Aust-Agder tingrett dom 2007-10-27 (TAUAG-2007-109154) – Vannscooter II
  83. Oslo tingrett dom 2007-10-12 (TOSLO-2007-10029) – ”Imperia”
  84. Kristiansand tingrett dom 2007-09-27 (TKISA-2007-24051)
  85. Asker og Bærum tingrett beslutning 2007-09-24 (TAHER-2007-108867)
  86. Kristiansand tingrett dom 2007-08-03 (TKISA-2006-93578) – Dyreparkdommen
  87. Larvik tingrett dom 2007-07-24 (TLARV-2006-33647)
  88. Oslo tingrett dom 2007-07-11 (TOSLO-2005-61707) – Edquist-saken
  89. Oslo tingrett dom 2007-06-25 (TOSLO-2006-150846)
  90. Oslo tingrett dom 2007-06-06 (TOSLO-2007-42217)
  91. Oslo tingrett dom 2007-04-04 (TOSLO-2006-40448) – Norstraal
  92. Oslo tingrett dom 2007-03-29 (TOSLO-2006-61083) – ”Solidox Syreblokk”
  93. Oslo tingrett dom 2007-03-22 (TOSLO-2006-76508) – ”Transcendental Meditasjon”
  94. Oslo tingrett dom 2007-03-22 (TOSLO-2003-20481)
  95. Oslo tingrett dom 2007-03-14 (TOSLO-2006-163243) – Redcats
  96. Oslo tingrett dom 2007-02-12 (TOSLO-2006-37319) – IT Fornebu Eiendom.
  97. Oslo tingrett dom 2007-02-09 (TOSLO-2006-103922) – ”FirstPrice”
  98. Oslo tingrett dom 2007-02-08 (TOSLO-2006-163367) – ”Norwegian Property”
  99. Oslo tingrett dom 2007-01-30 (TOSLO-2006-84593) – Vesta

- Forsikring
100. Tønsberg tingrett dom 2007-01-19 (TTONS-2006-57463)
101. Oslo tingrett dom 2007-01-02 (TOSLO-2005-153619) – Pitney Bowes Norge
102. Oslo tingrett dom 2006-12-08 (TOSLO-2006-56499) – Ryanair
103. Nord-Troms tingrett dom 2006-11-29 (TNHER-2006-3904) – Rødne & Sønner
104. Tønsberg tingrett dom 2006-11-28 (TTONS-2005-167306) – Otterstad
105. Oslo tingrett dom 2006-11-21 (TOSLO-2006-52607)
106. Oslo tingrett dom 2006-11-17 (TOSLO-2006-52718)
107. Oslo tingrett dom 2006-11-12 (TOSLO-2005-180302) – Tana bru-saken
108. Sunnmøre tingrett dom 2006-11-10 (TSUMO-2006-102539) – ”Borgstein”
109. Oslo tingrett dom 2006-11-08 (TOSLO-2005-18299)
110. Oslo tingrett dom 2006-10-27 (TOSLO-2006-86520) – ”Søtt + Salt”
111. Oslo tingrett dom 2006-10-16 (TOSLO-2005-142471) – Vinforum-saken
112. Oslo tingrett dom 2006-10-16 (TOSLO-2005-73329) – Trafikk & Anlegg-saken
113. Oslo tingrett dom 2006-10-05 (TOSLO-2006-96298)
114. Oslo tingrett dom 2006-10-03 (TOSLO-2006-44596)
115. Oslo tingrett kjennelse 2006-09-26 (TOSLO-2006-99711)
116. Oslo tingrett dom 2006-09-01 (TOSLO-2006-36593) – SSB Radio Norge
117. Oslo tingrett dom 2006-08-23 (TOSLO-2004-80084) – Kappahl
118. Oslo tingrett dom 2006-07-26 (TOSLO-2005-111347) – SAS/Coast Air
119. Oslo tingrett dom 2006-07-05 (TOSLO-2004-27)
120. Stavanger tingrett dom 2006-06-21 (TSTAV-2005-178340) – ”Skagenmeglerna”
121. Stavanger tingrett dom 2006-05-12 (TSTAV-2005-75777)
122. Oslo tingrett dom 2006-05-09 (TOSLO-2005-30621) – Catch-saken
123. Salten tingrett dom 2006-05-02 (TSALT-2006-53586)
124. Kristiansand tingrett dom 2006-04-10 (TKISA-2000-34328) – ”Note-it”
125. Bergen tingrett dom 2006-03-17 (TBERG-2005-46311).
126. Oslo tingrett dom 2006-03-07 (TOSLO-2005-26013) – ISS
127. Oslo tingrett dom 2006-02-29 (TOSLO-2006-49337)
128. Oslo tingrett dom 2006-02-22 (TOSLO-2004-101336) – Philipshave
129. Oslo tingrett dom 2006-02-20 (TOSLO-2005-3182)
130. Oslo tingrett dom 2006-02-17 (03-004820TVI-OTIR/05) – Rindal-saken
131. Asker og Bærum tingrett kjennelse 2006-02-14 (TAHER-2005-126252)
132. Oslo tingrett dom 2006-02-07 (TOSLO-2005-27875) – ”Mango”
133. Oslo tingrett dom 2005-12-27 (TOSLO-2003-20935) – Braathens
134. Oslo tingrett kjennelse 2005-12-22 (TOSLO-2004-70755) – Canica
135. Eiker, Modum og Sigdal tingrett dom 2005-12-16 (TEMSI-2005-88444) – Nissan Nordic Europe
136. Oslo tingrett dom 2005-11-30 (TOSLO-2005-130580) – Recip
137. Oslo tingrett dom 2005-11-21 (TOSLO-2003-6025) – Kronos-saken
138. Moss tingrett kjennelse 2005-11-18 (TMOSS-2005-166510)
139. Oslo tingrett dom 2005-11-18 (TOSLO-2004-99216) – ”Ez-syringe”
140. Oslo tingrett skjønn 2005-11-03 (TOSLO-2004-43552) – World Nordic ApS
141. Halden tingrett kjennelse 2005-10-18 (THALD-2005-61707) – Edquist
142. Søre Sunnmøre tingrett dom 2005-11-04 (TSOSU-2005-121865) – Leinebris
143. Asker og Bærum tingrett dom 2005-09-23 (TAHER-2004-31272) – Regatta-saken
144. Oslo tingrett kjennelse 2005-08-11 (TOSLO-2004-97620) – TopShop II-saken
145. Oslo tingrett dom 2005-07-04 (TOSLO-2004-7820)
146. Oslo tingrett kjennelse: 2005-06-14 – Wien Air Alaska
147. Oslo tingrett kjennelse 2005-04-26 – World Games Inc.
148. Oslo tingrett dom 2005-04-12 (TOSLO-2004-16054) – BMW Norge
149. Asker og Bærum tingrett dom 2005-03-14 (TAHER-2003-18607) – Enitel
150. Oslo tingrett dom 2005-02-04 (TOSLO-2004-34974) – Sverre Myhrvolds Eftf.
151. Oslo tingrett kjennelse 2005-01-04 – Lamisil-saken
152. Indre Finnmark tingrett dom 2004-12-06 (TINFI-2004-32231)
153. Oslo tingrett dom 2004-11-24 (TOSLO-2004-16346) – ”Rørleggervakta”
154. Nord-Østerdal tingrett dom 2004-11-16 (TOST-2004-61) – Rendalen-saken
155. Asker og Bærum tingrett dom 2004-11-02 (TAHER-2003-18274) – Sense Communications
156. Oslo tingrett dom og kjennelse 2004-10-27 (TOSLO-2003-5674) – Spilleautomatsaken
157. Oslo tingrett dom 2004-09-21 (TOSLO-2003-11999) – The Kilkenny Inn
158. Oslo byfogdembete kjennelse: 2004-09-20 (TOBYF-2004-990) – Plenteous Corporation
159. Oslo tingrett dom 2004-09-16 (TOSLO-2004-6545) – SmithKline Beecham
160. Haugesund tingrett dom 2004-09-16 – O J Miljeteig AS
161. Oslo tingrett dom 2004-07-02 (04-000806TVI-OTIR/07) – KLM
162. Asker og Bærum tingrett dom 2004-06-26 (TAHER-2004-1311) – Europark I
163. Stavanger tingrett kjennelse 2004-04-30 – Allseas
164. Oslo byfogdembete kjennelse 2004-04-19 (TOBYF-2004-580) – Trafikk & Anlegg
165. Hedemarken tingrett dom 2004-04-15 – Støvletthælsaken
166. Oslo tingrett beslutning 2004-02-25 – Spilleautomat-saken
167. Oslo tingrett kjennelse: 2004-

- 01-19 (sak 03-015676) – Norsk Medisinal Depot
168. Oslo tingrett dom 2004-02-24 (TOSLO-2002-13139) – Debito-saken
169. Oslo tingrett dom 2004-01-05 (TOSLO-2002-6062) – Livbøye-saken
170. Bergen tingrett dom 2003-12-22 – Torget i Bergen
171. Oslo tingrett dom 2003-12-16 – Verneponcho-saken
172. Senja tingrett dom 2003-12-11 – A3-Arkitektkontor
173. Fredrikstad tingrett kjennelse 2003-12-09 (sak 03-00982 A)
174. Oslo tingrett dom 2003-12-04 (TOSLO-2002-10326) – Arves Trafikkskole
175. Nedre Romerike tingrett kjennelse 2003-11-21 (TNERO-2003-1071) – Subaru Norge
176. Oslo tingrett dom 2003-11-14 (TOSLO-2002-8443) – UTV-2003-1458 – Nordea Bank
177. Oslo tingrett dom 2003-10-31 (TOSLO-2001-9289) – Legio Data
178. Asker og Bærum tingrett kjennelse: 2003-10-21 (sak 03-02452 D/02) – BMW Norge
179. Oslo tingrett dom 2003-10-17 (TOSLO-2001-11864) – Bakers-saken
180. Asker og Bærum tingrett dom 2003-10-15 – SAS/Braathens
181. Romsdal tingrett dom 2003-07-15 (nr. 03-50/51 M)
182. Bergen byfogdembete kjennelse: 2003-05-19 (03-00471 D) – HydroTexaco
183. Oslo tingrett dom 2003-04-27 (TOSLO-2003-7221) – ”First Mile/Last Mile”
184. Oslo tingrett dom 2003-04-11 (TOSLO-2002-5984) – ”Gule Sider”
185. Oslo tingrett dom 2003-04-03 (TOSLO-2001-12793) – Modern Kjolestoffer
186. Valdres tingrett dom 2003-03-14 – Ryfoss Trafikksenter
187. Oslo byfogdembete kjennelse: 2003-03-13 (sak 03-278 D) – MBT Holding.
188. Oslo tingrett dom 2003-03-13 (TOSLO-2000-10919) – Finanger II
189. Stavanger tingrett dom 2002-12-20 – Maschinenfabrik J. Diffenbacher
190. Trondheim tingrett dom 2002-12-13 (sak 02-1616 M/02-1617 M) – Vannscooter I
191. Oslo byrett kjennelse: 2002-12-12 (sak 98-07832 A/23) – CIBA
192. Oslo tingrett dom og kjennelse 2002-12-09 (TOSLO-2002-6357) – Mills
193. Skien og Porsgrunn tingrett dom 2002-10-29 (sak 02-01088) – ”volvoimport.no”
194. Stavanger tingrett dom 2002-10-08 – Total E&P Norge
195. Oslo tingrett dom 2002-10-02 (TOSLO-2001-11200) – ”Tripp Trapp”-saken
196. Nedre Romerike namsrett kjennelse 2002-09-18 (sak D 1620-2002)
197. Asker og Bærum tingrett dom 2002-09-11 (sak 02-258 A/01) – Star Tour
198. Oslo namsrett kjennelse: 2002-06-17 (sak 02-00869 D) – West Fish
199. Oslo tingrett dom 2002-06-05 (TOSLO-2001-5479) – Tele 2 Norge
200. Indre Follo tingrett dom 2002-05-23 (sak 00-00683 A/01) – ”hpshop.no”
201. Oslo namsrett kjennelse 2002-03-05 (sak 02-354 D) – ”Opplysningen 180”
202. Oslo tingrett dom 2002-01-18 (sak 00-04263 A/96) – Bragernes-saken
203. Oslo byrett dom 2001-12-04 (sak 00-1484 A/21) – Norsk Dental Depot
204. Oslo byrett dom 2001-11-30 (sak 95-1629 A/20) – Kiddie Rides
205. Oslo namsrett kjennelse 2001-11-06 (sak 01-1702 D) – NorCopter.
206. Oslo tingrett dom 2001-10-21 (sak 00-05454 A/50) – Scandinavian Pharmaceutical Generics.
207. Oslo byrett kjennelse 2001-09-26 (sak 00-10919 A/86) – Finanger II
208. Ringerike herredsrett dom 2001-09-21 (sak 00-00721 A) – Viken Skogeierforening
209. Jæren namsrett kjennelse 2001-09-14 (sak 2001-01945) – Ålgård Trafikksenter
210. Kristiansand byrett dom 2001-06-18 (sak 01-00176) – Kvitsjøen-saken
211. Oslo byrett dom 2001-06-09 (sak 00-06737 A/80) – Selected Brands Shoes & Clothes
212. Oslo tingrett dom 2001-04-25 (TOSLO-1997-10727) – Teletopia
213. Flekkefjord tingrett dom 2001-04-29 (sak 01-00245) – DeLaval-saken
214. Oslo byrett dom 2001-04-04 (sak 00-03560 A/23) – Fontana
215. Oslo byrett dom 2001-03-26 (sak 00-06331 A/31) – ”Metozoc/Selozok”
216. Oslo namsrett kjennelse 2001-03-14 (sak 01-412D) – Audiotron
217. Trondheim byrett dom 2001-02-22 (sak 00-00641 A)
218. Bergen byrett dom 2001-02-08 (sak 2000-00878) – Mjellem & Karlsen Verft
219. Sør-Østerdal herredsrett dom 2000-12-22 (sak 00-00219 A)
220. Oslo byrett dom 2000-11-01 (sak 99-6610 A/78) – Stavanger kretsfengsel
221. Oslo byrett dom 2000-10-13 (sak 99-6041 A/15) – Klækken hotel
222. Oslo byrett dom 2000-05-03 (sak 99-00017 A/25) – ”God Morgon”
223. Oslo byrett dom 2000-04-26 (sak 97-11026 A/59) – Boneloc
224. Oslo namsrett kjennelse 2000-04-10 (sak 00-00567 D) – Concord
225. Trondenes herredsrett dom 2000-04-10 (sak 99-00641)
226. Oslo namsrett kjennelse 2000-02-01 (sak 99-02228 D) – Atlantis Medisinske Høgskole
227. Nedenes herredsrett dom 2000-01-26 (sak 00-00030 M)
228. Oslo namsrett kjennelse 1999-12-15 (99-2086 D)
229. Oslo byrett kjennelse 1999-12-02 (sak 99-06103 A/50) – Iverans Rederi
230. Ytre Follo herredsrett dom 1999-12-01 (sak 98-00658 A) – Topp Radio
231. Oslo byrett dom 1999-11-23 (sak 97-5489 A/63) – Hunter Textile
232. Sunnmøre herredsrett dom 1999-07-09 (sak 99-00008)
233. Asker og Bærum herredsrett kjennelse 1999-06-03 (sak 95-01813 A) – Paranova
234. Nord-Troms herredsrett dom 1999-04-21 (nr. 98-1693) – Olderdalen Ambulanse.
235. Romsdal herredsrett dom 1999-04-16 (nr. 98-00364 A) – Nucleus-

- saken
236. Sandnes herredsrett dom 1999-02-23 (sak 98-682 A/04) – Sandnes Sparebank.
237. Sarpsborg byrett dom 1999-01-25 (sak 98-00809 A)
238. Asker og Bærum herredsrett dom 1999-01-21 (sak 95-1813 A) – Paranova
239. Oslo byrett kjennelse 1998-11-30 (sak 98-7832 A/23) – Allied Colloids
240. Nedre Romerike herredsrett dom 1998-10-02 – Jan og Kristian Jæger
241. Oslo byrett kjennelse 1998-09-15 (sak 98-4529 A) – Lorentzen Skibs
242. Sandefjord byrett dom 1998-04-23 (sak 97-00713 A) – Stub Båtservice
243. Skien og Porsgrunn byrett dom 1998-04-15 (sak 97-01133) – Tor Entreprenør
244. Fredrikstad byrett kjennelse 1998-03-11 (sak nr. 97-00405 A) – Maglite-saken
245. Alta herredsrett dom: 1998-02-13 (sak 97-239 A) – Kautokeino helse- og sosialsenter
246. Drammen byrett dom 1998-02-04 (sak A97-1104) – Lundetangen Pilsnerøl
247. Oslo byrett dom og kjennelse 1998-01-02 (sak 9506187) – Wilhelmsen-saken
248. Oslo byrett dom 1997-11-25 (sak 97-02246)
249. Stavanger byrett dom 1997-10-23 (sak 97-00322 A) – Vest-Ro Slakteri
250. Oslo byrett dom 1997-10-10 (sak 97-5367 A/83)
251. Oslo byrett dom 1997-09-27 (sak 97-3507 A/65) – Skedsmovollen Bensinstasjoner
252. Inderøy herredsrett dom 1997-09-15 – Finanger I-saken
253. Ytre Sogn herredsrett dom 1997-08-01 (TYSOG-1996-184) – Måløy Sildefabrikk
254. Inderøy herredsrett dom 1997-05-20 – Ulstein og Røiseng
255. Stavanger byrett dom 1997-05-14 (94-01433) – Langeland
256. Trondheim namsrett kjennelse 1997-05-09 (sak 541/1997D) – MAN-saken
257. Trondenes herredsrett dom 1997-03-12 (sak 96-535 A) – Bardu Best Western
258. Oslo byrett kjennelse 1997-01-31 (sak 96-08694 A/43) – AS Pengeautomater
259. Nord-Østerdal herredsrett dom 1997-01-30 (sak 96-00270 M)
260. Oslo byrett dom 1997-01-30 – Astra Norge
261. Dalane herredsrett dom 1996-11-15 (sak 96-00006 A) – Husbyggeren Egersund
262. Oslo skifterett kjennelse 1996-11-12 (sak 96-02246) – European Navigation
263. Nes herredsrett dom 1996-10-24 (sak 9600276) – Nes kommune
264. Oslo byrett kjennelse 1996-04-02 (sak 96-02542) – Axel Kolle
265. Oslo byrett beslutning: 1996-03-01 (sak 95-06187 A/56) – Wilhelmsen
266. Hedmarken herredsrett dom 1996-01-29 (sak 95-00648A) – Løten kommune
267. Jæren herredsrett dom 1995-12-13 – Perlå-saken
268. Indre Follo herredsrett dom 1995-10-17 (sak 95-00171 A) – Nille-saken
269. Stavanger byrett dom 1995-10-20 – Stavanger Catering
270. Oslo namsrett kjennelse 1995-07-04 (sak 95-1534) – VinCompagniet
271. Asker og Bærum namsrett kjennelse 1995-06-13 (sak 95-1286 D) – Paranova
272. Oslo byrett kjennelse 1995-06-06 (sak 94/1026 A/61) – Wilhelmsen
273. Stavanger byrett dom 1995-05-29 (sak 94-00339) – Eidesund
274. Jæren herredsrett dom 1995-02-04 (sak 95-00026) – Stavanger Havnelager
275. Oslo byrett kjennelse 1995-04-21 (sak 95-1629 A/20) – Kiddie Rides
276. Oslo byrett kjennelse 1994-12-07 (sak 94-05593 A/46) – Gundersen

## Litteratur

- Bjørnar Alterskjær og Niels Fenger, "EØS-rettens betydning for norsk forvaltningsrett", *Jussens Venner* 2006 s. 179-192
- Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode – Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, Oslo 2009
- Finn Arnesen og Hans Petter Graver, *Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler*, Rapportserien (Makt- og demokratiutredningen 1998-2003) Nr. 19, Oslo 2000.
- Finn Arnesen, "Om statens erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1997 s. s. 633-685
- Finn Arnesen, *Statlig styring og EØS-rettslige skranker*, Oslo 1996
- Bjarne Askeland, "Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning", *Jussens Venner* 2003 s. 8-23
- Inge Lorange Backer, "Lovgivere og domstoler ved begynnelsen av det 21. århundre", *Jussens Venner* 2006 s. 248-266
- Carl Baudenbacher, *The EFTA Court in Action*, Stuttgart 2010
- Carl Baudenbacher, "Zur Auslegung des EWR-Rechts durch den EFTA-Gerichtshof", i: Gerda Müller, Eilert Osterloh og Torsten Stein, *Festschrift für Günter Hirsch*, München 2008, s. 27-50
- Carl Baudenbacher, "The implementation of decisions of the ECJ and of the EFTA Court in the Member States' domestic legal systems", *Texas International Law Journal* 2005 s. 383-416
- Jan Fridthjof Bernt og Kai Krüger, "Hvor mye EØS-rett tåler norske kommuner? Om erstatningsansvar ved anbudsfeil i kommunal sektor", i: *Bonus Pater Familias. Festschrift til Peter Lødrup*, Oslo 2002, s. 121-156
- Peter Biering, "The Application of EU Law in Denmark", *Common Market Law Review* 2000 s. 925-969
- Sverre Blandhol, "Er rettsanvendelsen i EU-domstolen og Menneskerettsdomstolen vesensforskjellig fra norsk rettskildelære?", *Lov og Rett* 2005 s. 316-327
- Hans Chr. Bugge og Inge Lorange Backer, "Forsømt konsekvensutredning av alternativer", *Lov og Rett* 2010 s. 115-127
- Henrik Bull, *Norsk Lovkommentar*, Oslo 2008 (EØS-loven)
- Henrik Bull, "European Law and Norwegian Courts", i Müller-Graff og Selvig (red.), *The Approach to European Law in Germany and Norway*, Berlin 2004, s. 95-114
- Henrik Bull, *Det indre marked for tjenester og kapital*, Oslo 2002
- Andreas Bullen, *EU, EØS og skatt*, Oslo 2005
- Paul Craig og Gráinne de Burca, *EU Law*, 4. utgave, Oxford 2008
- Stein Evju, "Virksomhetsoverdragelse i utvikling – Høyesteretts dom 31. januar 2006", *Arbeidsrett* 2006 s. 52-64
- Christian N. K. Franklin, "Om innholdet og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning" (manuskript under ferdigstillelse)
- Halvard Haukeland Fredriksen, "One Market, Two Courts: Legal Pluralism vs Homogeneity in the European Economic Area", *Nordic Journal of International Law* 2010 s. 481-499
- Halvard Haukeland Fredriksen, "Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen?", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2010 s. 247-287
- Halvard Haukeland Fredriksen, "Rettslige følger av statlige brudd på EØS-regler som er operative i norsk rett", *Lov og Rett* 2010 s. 192-209
- Halvard Haukeland Fredriksen, "Er EFTA-domstolen mer katolsk enn paven? Noen betraktninger om EFTA-domstolens dynamiske utvikling av EØS-retten og streben etter dialog med EF-domstolen", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2009 s. 507-576.
- Halvard Haukeland Fredriksen, "Tvisteloven og EØS-avtalen", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2008 s. 289-359
- Halvard Haukeland Fredriksen, "Domstolenes prøving av EØS-avtalens proporsjonalitetsgrunnsetning", *Jussens Venner* 2007 s. 295-305
- Halvard Haukeland Fredriksen, "Om mangelen på tolkningsspørsmål fra norske domstoler til EFTA-domstolen", *Jussens Venner* 2006 s. 372-402
- Hans Petter Graver, "Juss, politikk og dommeraktivisme i en flytende europeisk rettsorden", i: *Festschrift til Carl August Fleischer*, Oslo 2006, s. 204-215
- Hans Petter Graver, "The Effects of EFTA Court Jurisprudence on the Legal Orders of the EFTA States", i: Carl Baudenbacher, Per Tresselt og Torgeir Örlygsson (red.), *The EFTA Court – Ten Years On*, Oxford 2005, s. 79-99
- Hans Petter Graver, "Domstolene og EØS", *Lov og Rett*

- 2005 s. 577-578
- Hans Petter Graver, "EØS, suverenitet og statens ansvar for manglende gjennomføring – kommentarer til Høyesteretts dom 28. oktober 2005, Finanger II", *Nytt i privatretten* nr. 4/2005, s. 1-7
- Hans Petter Graver, "Internasjonale konvensjoner som rettskilde", *Lov og Rett* 2003 s. 468-489
- Hans Petter Graver, *Forvaltningsrett i markedsstaten*, Bergen 2002
- Hans Petter Graver, "Dømmer Høyesterett i siste instans?", *Jussens Venner* 2002 s. 263-281
- Hans Petter Graver, "Nyere utviklingslinjer i norsk rettsvitenskap", *Lov og Rett* 1998 s. 579-603
- Erling Hjelmeng, "Avtalers ugyldighet og gruppefritak under EØS-avtalens artikkel 53", *Lov og Rett* 1998 s. 420-435
- Benedicte Moltumyr Høgberg, "EØS-rettens betydning for norsk statsrett", *Jussens Venner* 2008 s. 159-178
- Niilo Jääskinen, "The Application of Community Law in Finland 1995-1998", *Common Market Law Review* 1999 s. 407-441
- Stephan L. Jervell, *Lovgivningen i EØS*, Oslo 2002
- Stephan L. Jervell, "Utformingen av spørsmålsskrift til EFTA-domstolen", *Lov og Rett* 1996 s. 435-451
- Asbjørn Kjønsdal, "Det nyeste rettskildematerialet om det ulovfestede objektive erstatningsansvaret", *Lov og Rett* 2004 s. 579-605
- Olav Kolstad, "Avtaler om eksklusiv kjøpsplikt og nettverks-effekt etter EØS-avtalens artikkel 53", *Lov og Rett* 2003 s. 257-278
- Kai Krüger, "Finanger-dommen og den nye rettskildefaktor: frykten", *Jussens Venner* 2001 s. 89-104
- John Temple Lang, "The Duties of National Courts under Community Constitutional Law", *European Law Review* 1997 s. 3-18
- Mads Magnussen, "Norske domstolers foreleggelse av tolkningsspørsmål for EFTA-domstolen", *Tidsskrift for Forretningsjus* 1999 s. 196-216.
- Mads Magnussen og Katinka Mahieu, "Hva gikk galt i Shell-saken? En kommentar til anvendelsen av Art. 53 (EØS) i Rt. 1997/1859", *Tidsskrift for Forretningsjus* 1998 (hefte nr. 2) s. 120-128
- Skuli Magnusson, "On the Authority of Advisory Opinions – Reflections on the Functions and the Normativity of Advisory Opinions of the EFTA Court", *Europarättslig Tidsskrift* 2010 s. 528-551
- Gjermund Mathisen, "Om EFTA-domstolen", *Europarättslig Tidsskrift* 2010 s. 13-29
- Gjermund Mathisen, "Strafferetten og EØS: Ingen grunn til frifinnelse?", *Jussens Venner* 2009 s. 238-253
- Gjermund Mathisen, "Om proporsjonalitet som skranke for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter", *Jussens Venner* 2007, s. 80-92
- Gjermund Mathisen, "Internasjonalisering av norsk strafferett", *Tidsskrift for Strafferett* 2006 s. 3-6
- Erik Monsen, "EF-domstolens innvirkning på norsk erstatningsrett", *Tidsskrift for Erstatningsrett* 2006 s. 238-258
- Giuditta Cordero Moss, "En mer moderne og systematisk rettspraksis om lovvalg etter Bokhandleren fra Kabuldommen", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2010 s. 820-842
- Sacha Prechal, *Directives in EC Law*, 2. utg., Oxford 2005
- Allan Rosas, "Fundamental Rights in the Luxembourg and Strasbourg Courts", i: Carl Baudenbacher, Per Tresselt og Þorgeir Örlygsson (red.): *The EFTA Court Ten Years On*, Oxford 2005, s. 163-175
- Allan Rosas, "Tolknings- og tillämpningsproblem i mötet mellan nordisk och international juridisk metod", i: *Forhandlingene ved det 37. nordiske juristmøte*, Reykjavik 2005, Bind I, s. 319-345
- Fredrik Sejersted m.fl., *EØS-rett*, 1. utg. Oslo 1995/2. utg. Oslo 2004
- Jens E. A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, Oslo 2010
- Are Stenvik, "Erstatningsrettens internasjonalisering", *Tidsskrift for Erstatningsrett* 2005 s. 33-61
- Helge Syrstad, "EØS-avtalen og norsk forvaltningsrett – en oversikt", *Jussens Venner* 2003 s. 345-359
- Frederik Zimmer, *Internasjonal inntektsskatterett*, 4. utg., Oslo 2009







## MANDAT FOR DELRAPPORTEN

### Prosjektbeskrivelse

Arbeidstittel: «EU/EØS-retten for norske domstoler 1994-2010»

Formålet med studien er å kartlegge og analysere hvordan EU/EØS-retten har kommet opp for norske domstoler i perioden fra EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994 og frem til i dag. Herunder skal kartlegges hvordan EU/EØS-retten er påberopt av partene for retten, men først og fremst hvordan de norske domstolene har håndtert slike saker, hvordan de rettskildemessig har forholdt seg til EU/EØS-rettslige spørsmål, og hva utfallet har blitt.

Punkter som bør dekkes i studien omfatter bl.a.:

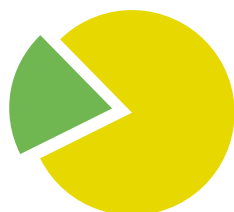
- En empirisk kartlegging av alle rettssaker for de ordinære domstolene (tingrett, lagmannsrett og Høyesterett) der EU/EØS-retten er anført.
- En skjønnsmessig vurdering og oppstilling av hvilke av disse sakene der det EU/EØS-rettslige elementet har vært av materiell betydning for vurderingen av saken, samt om dette har vært avgjørende, og hva utfallet har blitt.
- En hensiktsmessig kategorisering og oppstilling av hvilke saksområder der EU/EØS-retten har kommet opp for norske domstoler.
- En analyse av hvordan norske domstoler praktisk og rettskildemessig har håndtert EU/EØS-retten, herunder en analyse av eventuelle utviklingstrekk gjennom perioden.
- En redegjørelse for hvilke saker norske domstoler har forelagt for EFTA-domstolen til rådgivende uttalelse, og hvilken betydning uttalelsen har fått for sakens endelige utfall. Selve behandlingen av saken i EFTA-domstolen faller i utgangspunktet utenfor mandatet, med mindre det anses relevant å trekke dette inn.
- En avsluttende analyse av hvordan resepsjonen av EU/EØS-retten i norske domstoler har vært i perioden 1994-2010, og hva status kan sies å være i dag.
- I den grad det kan trekkes inn komparative sammenligninger med EU-rettens gjennomslag i nasjonale domstoler i andre land, vil dette være av stor interesse. Herunder vil utvalget undersøke om det er mulig å sette ut et lignende prosjekt i ett eller flere andre land, eksempelvis Danmark. Dersom dette realiseres, bør forfatterne innenfor rammene av prosjektet samarbeide, med sikte på en hensiktsmessig komparativ analyse.

Også saker der EU-retten er anført og/eller anvendt ut over EØS-avtalens rekkevidde bør med i analysen. Herunder kan det være naturlig å analysere særskilt saker der EU-retten er vist til av domstolene uten at det har foreligget en folkerettslig forpliktelse til å følge den.

Utover dette står forfatteren faglig fritt innenfor rammene av denne prosjektbeskrivelsen til å trekke frem de momenter som ut fra en vitenskaplig tilnærming fremstår som relevante.

## ANDRE RAPPORTER I SERIEN

- RAPPORT # 1: «Forvaltningsmessige konsekvenser av EØS/EU. Sentraladministrasjonen – norsk og europeisk.»**  
Av Morten Egeberg og Jarle Trondal
- RAPPORT # 2: «Norsk identitet og Europa»**  
Av Thomas Hylland Eriksen og Iver B. Neumann



# Europautredningen

Utvalget for utredning av Norges avtaler med EU

Den 7. januar 2010 besluttet Regjeringen å nedsette et forskningsbasert, bredt sammensatt offentlig utvalg som skal foreta en grundig og bredest mulig gjennomgang av EØS-avtalen og konsekvensene av avtalen på alle samfunnsområder.

## Utvalgets mandat er som følger:

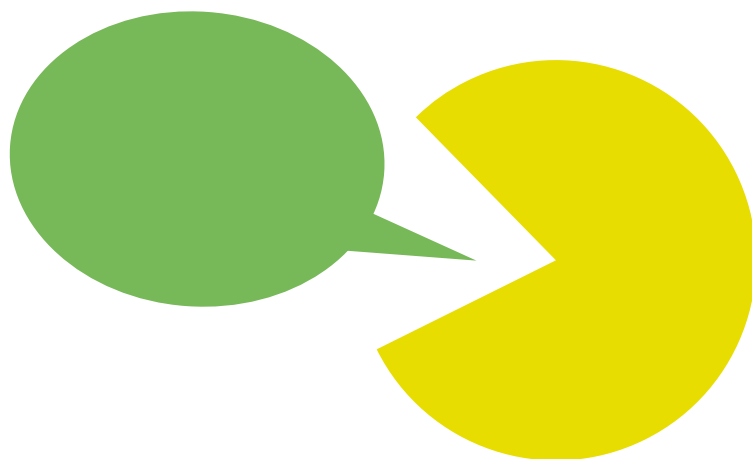
«Utvalget skal foreta en bred og grundig vurdering av politiske, rettslige, forvaltningsmessige, økonomiske og andre samfunnsmessige konsekvenser (herunder velferds- og distriktspolitiske) av EØS-avtalen.

Det skal legges særlig vekt på å vurdere betydningen av utviklingen i EU og EØS etter inngåelsen av EØS-avtalen for avtalens omfang- og virkemåte. Eksempler på områder det kan være naturlig å utrede er bl.a. distriktspolitikk, demokrati på alle styringsnivå, nærings- og arbeidsliv samt forvaltning av naturressurser og miljø. Utvalgets arbeid skal inkludere en gjennomgang av erfaringene med Schengen-avtalen og øvrige samarbeidsordninger med EU.

Utvalget skal ha vekt på beskrivelser og vurderinger av EØS-avtalens og øvrige avtaler/samarbeidsordningers betydning og virkemåte. Arbeidet i organene som ble opprettet for å overvåke EØS-avtalens funksjon, vurderes også.»

## Utvalgsmedlemmer:

Fredrik Sejersted (leder), Liv Monica Bargem Stubholt (nestleder), Frank Aarebrot, Lise Rye, Dag Seierstad, Helene Sjursen, Fredrik Bøckman Finstad, Kate Hansen Bundt, Karen Helene Ulltveit-Moe, Jonas Tallberg, Jon Erik Dølvik, Peter Arbo. Sekretariatet ledes av Ulf Sverdrup, og er lokalisert ved Senter for europarett (UiO). For mer informasjon se: [www.europautredningen.no](http://www.europautredningen.no)



# Europautredningen

Utvalget for utredning av Norges avtaler med EU

ISBN 978-82-93145-04-2 (trykt) • ISBN 978-82-93145-05-9 (nett)