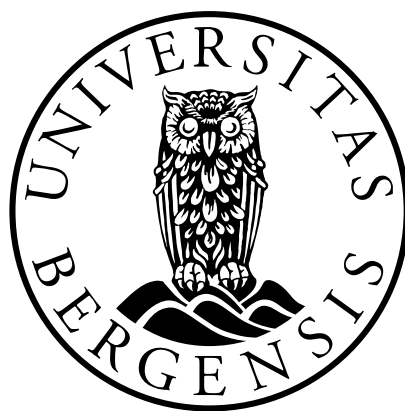


EFTA-domstolens rådgivende uttalelser etter ODA-avtalens artikkel 34:

En uforpliktende dialog eller frivillig tvang?

Kandidatnummer: 12

Antall ord: 14 435



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2016

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	3
2 Rådgivende uttalelser til besvær	4
2.1 Problemstilling.....	4
3 Reglene ved traktatbrudd.	6
4 Aktuelle grunnlag for traktatbrudd.....	8
4.1 Plikt til å anmode?	9
4.1.1 ODA-avtalen artikkel 34: domstolen kan anmode	10
4.1.2 Homogenitetsprinsippet	11
4.1.3 Lovgivers syn	15
4.1.4 Avtalepartenes intensjoner	16
4.1.5 Lojalitetsplikten.....	18
4.1.6 EMK artikkel 6.....	20
4.1.7 Delkonklusjon	23
4.2 Plikt til å følge?.....	24
4.2.1 STX-saken.....	25
4.2.2.1 EFTA-domstolen sak E-2/11 STX	26
4.2.2.2 Høyesterett sak Rt-2013-258 STX	27
4.2.2 Problematikken ved STX	28
4.2.3 ODA-avtalen artikkel 34: EFTA-domstolens rådgivende uttalelser	29
4.2.4 Høyesteretts vektlegging av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser	29
4.2.3 Lovgivers intensjon om vektning av en rådgivende uttalelse.	31
4.2.4 Homogenitetsprinsippet og lojalitet	33
4.2.5 Gjensidighetsprinsippet – den gylne regel	36
4.2.6 Delkonklusjon	38
5 Avsluttende tanker.....	39
Litteraturliste	45

1 Innledning

EØS-avtalen er uten sidestykke den største og mest omfattende folkerettslige forpliktelsen Norge er bundet av. Og selv om 75 % av norsk lov inneholder EØS-rett, er mye av tolkningen og anvendelsen av EØS-retten overlatt til nasjonale domstoler og myndigheter.¹ Dersom eksempelvis tingretten i Nesbyen får inn et EØS-rettslig spørsmål, må domstolen på egenhånd behandle og tolke EØS-retten for å komme frem til rett anvendelse. Samtidig som tingretten i Nesbyen står fritt til å behandle de EØS-rettslige spørsmål den mottar, må den forholde seg til EFTA-domstolens og dens tolkninger av EØS-retten. EFTA-domstolen forholder seg igjen til EU-domstolen.

For at et slikt system skal kunne fungere, må det eksistere en grad av samarbeid. Dette samarbeidet er der for å sikre at formålet bak EØS-avtalen blir oppnådd – nemlig å være en integrert og naturlig del av EUs indre marked. Helhetlig har dette samarbeidet medført overraskende få problemer.

I noen særtilfeller vil det derimot oppstå konflikt mellom institusjonene. Da har EØS-retten egne mekanismer som trer i kraft for å sikre at samarbeidet ikke går i revers. Disse mekanismene fungerer på forskjellig vis og med varierende grad av alvorlighet. Variasjonen i hvor inngripende disse mekanismene er, vil variere fra uformell dialog og helt opp til et traktatbrudd mot EØS-staten. Så hva skjer når den nasjonale domstolen velger å tolke EØS-retten på en måte som ikke er forenlig med EFTA-domstolen? Vil en slik disharmoni i verste tilfelle kunne medføre et traktatbrudd? Dette ønsker jeg å se nærmere på i denne masteroppgaven.

¹ Se NOU 2012: 2 kapittel 25.1 Hovedtrekk

2 Rådgivende uttalelser til besvær

2.1 Problemstilling

Denne masteroppgaven ønsker å problematisere muligheten for å kunne dømme Norge for brudd på ODA-avtalen² artikkel 31 dersom staten ikke anmoder eller ikke følger en rådgivende uttalelse etter ODA-avtalens artikkel 34 fra EFTA-domstolen. Dette spørsmålet akter jeg å behandle nærmere ved å se til blant annet Rt-2013-258 «STX» for å bruke saken som eksempel der det passer.

Lenge var den alminnelige oppfatningen at slike rådgivende uttalelser ikke ville medføre noen problemer. I de tilfellene hvor Høyesterett hadde mottatt en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen, var praksis klar på at Høyesterett fulgte disse. Dette var også den generelle oppfatning i teorien. Eksempelvis skriver Sejersted følgende om denne problematikken:

«I praksis er det imidlertid vanskelig å tenke seg at den nasjonale domstolen ikke følger EFTA-domstolens råd. Til nå har norske domstoler alltid gjort det [...]»³

Denne forståelsen av en rådgivende uttalelse var også lenge allment akseptert. Men nyere rettspraksis utfordrer denne oppfatningen i stadig større grad. Høyesterett har lenge hatt et rykte på seg for å være tilbakeholden med å anmode EFTA-domstolen om rådgivende uttalelser.⁴ I nyere avgjørelser har også Høyesterett valgt å se vekk fra rådgivende uttalelser som den mottar fra EFTA-domstolen. Det kan derfor stilles spørsmål om det ikke har foregått en rettsutvikling i den senere tid som utfordrer dette samspillet mellom nasjonale domstoler og EFTA-domstolen.

Problematikken gjeldende Høyesteretts håndtering ved behandlingen av EØS-rettslige spørsmål har, om noe, kun blitt mer aktuell den siste tiden. Etter at STX var avgjort i Høyesterett i 2013 ble temaet diskutert, og det ble publisert flere artikler.⁵ Senest i april 2016 kom EFTA-

² EØS-avtalens vedlegg «Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA-avtalen)»

³ Sejersted mfl. s 165

⁴ Se Fredriksen (2013) s. 199

⁵ Se bl.a. Fredriksen (2015), Stemsrud (2015). Se også artiklene til Barnard (2014), Bårdsen (2013) og Baudenbacher (2013). Videre har det vært flere foredrag om dette. Bl.a. hadde Fredriksen fokus på denne tematikken i et foredrag for NHO i 2015. Videre hadde også Baudenbacher dette som tema i Tromsø i 2013. Det ble også arrangert en konferanse sommeren 2014 i Luxembourg hvor både dommerne i EFTA-domstolen og i

domstolen med en rådgivende uttalelse i Holship-saken.⁶ Uttalelsen til EFTA-domstolen i denne saken er neppe i favør av de nasjonale fagforeningene, og det legges et klart politisk press fra denne siden på at Høyesterett skal se vekk fra EFTA-domstolens rådgivende uttalelse når endelig avgjørelse faller i Høyesterett.⁷ Dette viser at det fortsatt er langt fra oppklart om de rådgivende uttalelsene til EFTA-domstolen kun er rådgivende, eller om det eksisterer en plikt for Høyesterett til å følge disse. Og ikke minst hvor fritt Høyesterett egentlig står til å anmode EFTA-domstolen i utgangspunktet.

Videre må det understrekes at denne oppgaven ikke vil fokusere på de materielle grunnlagene for et traktatbrudd i STX-saken. Derimot vil det materielle ved STX bli trukket frem dersom det kan bidra til å belyse oppgavens problemstillinger bedre. Utfallet av en eventuell fremtidig sak for EFTA-domstolen om traktatbrudd i STX-saken basert på den materielle tolkningen gjort av Høyesterett er derfor klart spekulativt, og vil ikke bli behandlet i denne oppgaven.

Fremstillingen vil være som følger: Kapittel 3 går gjennom reglene som gjelder ved traktatbrudd. Denne delen vil også behandle konsekvenser, samt den prosessuelle fremgangen ved et traktatbrudd. Kapittel 4 behandler de aktuelle grunnlagene for traktatbrudd i sammenheng med ODA-avtalens artikkel 34. Det første delkapittelet ser på om det foreligger en plikt til å anmode en rådgivende uttalelse. Den andre delen vil se på om det eksisterer en plikt til å følge denne rådgivende uttalelsen. Til slutt, i kapittel 5, vil det være en oppsummering med flere avsluttende tanker rundt tematikken.

Høyesterett var samlet. I tillegg har det vært et felles seminar mellom de to domstolene i Oslo høsten 2014 hvor tematikken var rådgivende uttalelser

⁶ E-14/15 Holship

⁷ <http://www.lo.no/Brussel/Nyheter/Holshipsaken-Hoyesterett-har-det-siste-ordet/> (21.04.16)

3 Reglene ved traktatbrudd

Dersom en EØS-stat skal dømmes for traktatbrudd, må dette gjøres etter ODA-avtalens artikkel 31, som lyder som følger:

«Finner EFTAs overvåkingsorgan at en EFTA-stat har unnlatt å oppfylle en av sine forpliktelser etter EØS-avtalen eller denne avtale, skal den, med mindre annet er bestemt i denne avtale, avgi en grunnlagt uttalelse om dette etter å ha gitt vedkommende stat anledning til å uttale seg.

Dersom vedkommende stat ikke retter seg etter denne uttalelsen innen den frist EFTAs overvåkingsorgan har satt, kan EFTAs overvåkingsorgan bringe saken inn for EFTA-domstolen.»

Før en avgjørelse om å bringe inn en sak for EFTA-domstolen blir tatt vil en lengre dialog mellom ESA og EØS-staten foregå, hvor man prøver å komme til en løsning på lavest mulig konfliktnivå. Dette gjøres først gjennom en uformell dialog mellom ESA og de relevante myndighetene. Neste steg vil være at ESA åpner en formell saksbehandling gjennom et åpningsbrev. De fleste sakene løses på dette stadiet. Dette enten fordi den relevante myndigheten er enig i ESAs påstand, eller så blir ESA overbevist om at det ikke eksisterte et brudd i utgangspunktet.⁸ Skulle det derimot ikke være enighet på dette tidspunktet, er neste steg at ESA utsteder en grunnlagt uttalelse slik som ODA-avtalens artikkel 31 første avsnitt åpner for. Denne grunnlagte uttalelsen vil være en grundig utredning hvor ESA legger frem sitt endelige standpunkt i saken. Dersom myndighetene ikke følger dette opp innen tidsfristen, vil ESA anlegge et traktatbruddsøksmål mot EØS-staten etter ODA-avtalens artikkel 31, andre avsnitt.

Fasene av ODA-avtalens artikkel 31 er i stor grad en kopi av EU-rettens TEUV artikkel 258. Den store forskjellen er hvilke konsekvenser et traktatbrudd medfører. Etter EU-retten skal en stat som har blitt dømt for å ikke overholde en forpliktelse «gennemføre de til dommens oppfyldelse nødvendige foranstaltninger»⁹. Dersom den gjeldende staten ikke følger opp de plikter som er pålagt av EU-domstolens avgjørelse, vil staten kunne bli tatt inn for EU-domstolen, hvor det konstateres et traktatbrudd. I et slikt tilfelle vil også EU-domstolen kunne

⁸ Se Sejersted mfl. (2011). s. 150

⁹ TEUV artikkel 260, første avsnitt

pålegge den dømte stat «faste beløp eller den tvangsbøde, som den under omstendighetene finner det passende, at den pågældende medlemsstat betaler».¹⁰

Altså kan EU-domstolen ved dom om traktatbrudd pålegge den dømte EU-staten å betale bøter. En slik direkte virkning eksisterer ikke i EØS-retten. Men etter ODA-avtalens artikkel 33 er eksempelvis Norge pålagt en plikt til å følge EFTA-domstolens avgjørelser:

«Vedkommende EFTA-stater skal treffe de tiltak som er nødvendige for å oppfylle EFTA-domstolens avgjørelser.»

Dette tilsier at dersom Norge blir dømt for traktatbrudd etter ODA-avtalens artikkel 31, er staten forpliktet til å endre både lovverket, praksis eller begge deler slik at det ikke er strid med EØS-avtalen. Ut over dette kan ikke EFTA-domstolen pålegge EØS-statene noen form for dagsbøter eller faste beløp som skal betales slik som i EU-retten.

Selv om det ikke eksisterer noen direkte virkning i EØS-retten, vil private parter som opplever at deres rettsstilling blir forverret på grunn av brudd på EØS-retten kunne gå til søksmål mot staten. Dette følger av statens erstatningsansvar ved brudd på EØS-retten. Retten til erstatning ble konstatert i saken Sveinbjörnsdóttir, hvor EFTA-domstolen hjemlet retten til erstatning fra staten i homogenitetsprinsippet, målsetningen om effektiv rettsbeskyttelse av rettigheter som avtalen tillegger private, samt lojalitetsplikten slik den følger av EØS-avtalens artikkel 3.¹¹ Det eksisterer også etter EU-retten et erstatningsansvar ved brudd på EU-retten. Dette ble konstatert i saken Frankovich.¹² EFTA-domstolen valgte likevel å ikke se til denne saken da det ble hjemlet et likt erstatningsansvar i EØS-retten. Statens erstatningsansvar ble i stedet begrunnet i de overnevnte EØS-rettslige prinsippene.

Uansett om det ikke eksisterer noen direkte virkning i EØS-retten ved et traktatbrudd, vil staten fortsatt være erstatningsansvarlig overfor private parter som opplever at deres rettigheter etter EØS-avtalen ikke blir oppfylt. I tillegg er staten pliktig til å etterfølge de avgjørelser EFTA-domstolen fatter ved å treffe de tiltak som er nødvendige. Det eksisterer derfor klare standpunkter for at EØS-staten skal følge EFTA-domstolens avgjørelser dersom den kommer til at det foreligger et traktatbrudd.

¹⁰ TEUV artikkel 260, andre avsnitt

¹¹ E-9/97, Sveinbjörnsdóttir, EFTA-domstolens uttalelse pkt. 2

¹² Samlede saker C-6 og 9/90 Frankovich

4 Aktuelle grunnlag for traktatbrudd

EØS-retten er i sin natur en særegen avtale. Slik EFTA-domstolen selv uttalte i Sveinbjörnsdóttir, så er avtalen *sui generis*. Og selv om avtalen ikke er like vidtrekkende som EU-avtalen, er den fortsatt «beyond what is usual for an agreement under public international law».¹³ Et av momentene som gjør EØS-avtalen så unik er implementeringen av en egen overnasjonal domstol som har som mål å bidra til å sikre at formålet bak avtalen blir oppnådd. Dersom en nasjonal domstol får et EØS-rettslig spørsmål til behandling, vil den nasjonale domstolen kunne be om hjelp fra EFTA-domstolen.

Måten bidraget fra EFTA-domstolen er hjemlet og iverksatt er gjennom ODA-avtalens artikkel 34. Ordlyden i artikkel 34 i sin helhet er som følger:

«Det hører under EFTA-domstolen å gi *rådgivende uttalelser* om fortolkningen av EØS-avtalen.

Når et slikt spørsmål blir reist ved en domstol i en EFTA-stat, og domstolen finner at en uttalelse er nødvendig før den avsier sin dom, *kan den anmode* EFTA-domstolen om å gi en slik uttalelse.

En EFTA-stat kan i sin interne lovgivning begrense retten til å anmode om en rådgivende uttalelse til domstoler som etter den nasjonale lovgivning dømmer i siste instans.» (egen kursivering)

Det er særlig to momenter her som trenger en nærmere behandling. For det første er det slik at ODA-avtalens artikkel 34 kun sier at den nasjonale domstol *kan* anmode EFTA-domstolen. Dette punktet er klart annerledes fra EU-retten, hvor EU-statenes domstoler har en rett, mens siste instans har en plikt til å anmode EU-domstolen.¹⁴ Og for det andre er uttalelsene til EFTA-domstolen av en *rådgivende* karakter.

Noe som gjør artikkel 34 så prekær er at det ikke eksisterer noen klar plikt eller tvang til hverken å anmode eller følge EFTA-domstolens uttalelser. Selv om dette vil være utgangspunktet, må det fortsatt være mulig å stille spørsmål om hvordan situasjonen rent faktisk *er*. Denne oppgaven vil gå nærmere inn på dette. De to premissene i ODA-avtalens artikkel 34 vil bli behandlet hver for seg – jeg starter med å se til anmodningsretten, for deretter å se på hvilken

¹³ E-9/97 Sveinbjörnsdóttir avsnitt 59

¹⁴ Jf. TEUV artikkel 267

plikt det eventuelt måtte være til å følge disse uttalelsene når det faktisk foreligger en rådgivende uttalelse.

4.1 Plikt til å anmode?

Domstolene kan som nevnt anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse dersom det foreligger et EØS-rettslig spørsmål hvor svaret er uopklart. I utgangspunktet tenkte partene at dette ikke skulle medføre store problemer. Empirien tilsier at Norge oftere velger ikke å sende inn slike anmodninger enn det motsatte.¹⁵ Og EFTA-domstolen har antydnet ved flere anledninger at de ønsker å ha en mer fremtredende rolle hva gjelder løsningen av EØS-spørsmål.¹⁶ Denne frustrasjonen eksisterer ikke uten grunn. Hvis EFTA-domstolen ikke får inn tilstrekkelig med saker, vil dette gå ut over domstolens funksjon. For få saker betyr for det første at EFTA-domstolen ikke kan behandle alle de relevante rettsområdene som er påvirket av EØS-retten. Og for det andre vil en mangel på saker bety at det vil være vanskeligere å kunne tilpasse EØS-retten den meget dynamiske rettsutviklingen som hører til EU-retten. Ved mangel på saker kan dermed ikke EFTA-domstolen utfylle sin oppgave om å bidra til å skape en ensartet tolkning av EØS-retten.

EFTA-domstolens bekymring er genuin. Det gjelder særlig frykten for at den nasjonale domstolen skal gjennomføre en tolkning av EØS-retten som er feil. Dette er en risiko som er uunngåelig i EØS-retten ettersom foreleggelsesprosedyren gir så stort spillerom for de nasjonale domstolene.

I tidligere praksis fra EFTA-domstolen var fremtoningen at forholdet mellom EFTA-domstolen og de nasjonale sisteinstanser var av en mer partner-aktig karakter enn det som er tilfellet med EU-statenes sisteinstanser og EU-domstolen.¹⁷ Av nyere praksis har derimot EFTA-domstolen valgt å uttale seg på et vis som utfordrer denne maktbalansen. I saken Jonsson¹⁸ uttalte EFTA-domstolen gjennom et obiter at dersom «the legal situation lacks clarity» var det viktig at den nasjonale sisteinstansen sender saken til EFTA-domstolen:

¹⁵ Se NOU 2012: 2, Rapport # 3, punkt 12.4

¹⁶ Senest under en tale av Carl Baudenbacher for ESA den 13/05/16:

<http://www.eftasurv.int/press--publications/press-releases/other/visit-by-carl-baudenbacher-president-of-the-efta-court> (27.05.16)

¹⁷ E-18/11 Irish Bank avsnitt 57

¹⁸ E-3/12 Jonsson

«Thereby unnecessary mistakes in the interpretation and application of EEA law are avoided and the coherence and reciprocity in relation to rights of EEA citizens, including EFTA nationals, in the EU are ensured»¹⁹

Her velger altså EFTA-domstolen å understreke at EFTA-domstolen skal kunne uttale seg dersom det oppstår uklarhet rundt tolkningen av EØS-retten. Dette tilsier at sisteinstans i større grad har en plikt fremfor en rett til å sende over saker til EFTA-domstolen ved tolkning av EØS-retten dersom tolkningen av EØS-retten er uklar. Høyesterett vil derfor eksempelvis måtte tolke ODA-avtalen artikkel 34 i samsvar med homogenitetsprinsippet for å sikre at det ikke eksisterer usikkerhet før de velger å ikke anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse.

Hva som er grunnen til at domstolene velger å ikke anmode EFTA-domstolen er sammensatt. En stor del av begrunnelsen vil være i de mer praktiske, økonomiske og tidsmessige aspektene ved foreleggelsesretten.²⁰ Men ettersom slike spørsmål og påfølgende tolkning vil ha stor innflytelse på hvordan EØS-retten blir anvendt i praksis, vil denne graden av alvorlighet kunne tilsa at det ligger noe mer til grunn enn bare en uforpliktende oppfordring fra EFTA-domstolene om å sende inn anmodninger.

Den følgende delen vil derfor gå gjennom de forskjellige momentene som kan hjelpe til med å belyse i hvilken grad domstolen eventuelt skal anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse etter ODA-avtalens artikkel 34. Dette gjøres ved å starte med selve ordlyden. Dernest ses det til homogenitetsprinsippet og hvor langt dette vil kunne anvendes. Videre vil praksis fra domstolene bli behandlet, lojalitetsplikten, og mulige restriksjoner som følger av EMK artikkel 6. Det hele vil oppsummeres i en delkonklusjon.

4.1.1 ODA-avtalen artikkel 34: domstolen kan anmode

Utgangspunktet for vurderingen er i selve ordlyden av ODA-avtalens artikkel 34. Det følger av denne at dersom domstolen finner at en uttalelse er nødvendig for å avsi en dom som er i tråd med EØS-retten, har den ingen plikt, men heller en rett til å spørre EFTA-domstolen om en tolkning av EØS-retten.

Ordlyden skaper liten tvil. Derimot betyr ikke dette at andre relevante momenter *ikke* må trekkes inn for å kunne forstå hvordan ODA-avtalens artikkel 34 faktisk vil måtte anvendes i

¹⁹ E-3/12 Jonsson avsnitt 60

²⁰ Bårdsen (2013) eller for EFTAs standpunkt til dette, se Baudenbacher (2012)

praksis. Eksempelvis vil flere EØS-rettslige prinsipper samt uttalelser fra EFTA-domstolen kunne utdype noe om hva som ligger i retten til å anmode domstolen om en rådgivende uttalelse. Det samme gjelder for intensjonene til partene bak inngåelse av EØS-avtalen.

4.1.2 Homogenitetsprinsippet

I den første saken til EFTA-domstolen, Restamark, uttalte domstolen følgende om homogenitetsprinsippetts plass i ODA-avtalens artikkel 34:

«The purpose of Article 34 of the Surveillance and Court Agreement is to establish co-operation between the EFTA Court and the courts and tribunals in the EFTA States. It is intended as a means of ensuring *a uniform interpretation* of the EEA Agreement and to provide assistance to the courts and tribunals in the EEA States in cases in which they have to apply provisions of the EEA Agreement» (egen kursivering)²¹

Altså var EFTA-domstolen fra første dag klar på at EFTA-domstolens funksjon skal være å sikre en ensartet tolkning av EØS-retten. Beste vis å gjøre dette på vil være ved å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse dersom det oppstår uklarheter ved tolkningen av EØS-retten.

Overordnet eksisterer EØS-avtalen med den målsetning om å integrere EFTA-statene i EUs indre marked.²² For at dette skal være mulig, er en stor del av den materielle EØS-retten en tilnærmet ordrett kopi av blant annet EU-rettens direktiver og forordninger. Videre må denne materielle retten tolkes og anvendes på en slik måte at rettstilstanden er lik i EØS og i EU. EØS-statene må dermed sikres først å ha en lik forståelse av EØS-retten. Dette må gjøres for å sikre EØS-samarbeidet. Deretter må denne ensartede forståelsen blant EØS-statene være lik tolkningen av de samme reglene som eksisterer i EU-retten.

Dette er kjent som homogenitetsprinsippet. I korte trekk handler dette om at avgjørelser fra EU-domstolen vil ha virkning på EØS-retten dersom EU-domstolen behandler de samme materielle reglene som eksisterer i EØS-retten.

²¹ E-1/94 avsnitt 25

²² EØS-avtalens artikkel 1 nr. 1 setter som mål å sikre «en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler, med sikte på å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde»

Homogenitetsprinsippet kommer frem av både EØS-avtalen og av praksis. I fortalen til EØS-avtalen er det særlig avsnitt fire og femten som brukes som utgangspunkt. Eksempelvis sier avsnitt femten i fortalen at

«avtalepartenes formål, med full respekt for domstolenes uavhengighet, er å nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av denne avtale og de bestemmelser i Fellesskapets regelverk som i den vesentlige er gjengitt i denne avtale, og å nå frem til lik behandling av enkeltpersoner og markedsdeltagere med hensyn til de fire friheter og konkurransevilkårene».

Videre kan man også se til formålsbestemmelsen i artikkel 1 nr. 1 av samme avtale, eller den lignende bestemmelsen i ODA-avtalens artikkel 3 nr. 2.²³ Men formålsbestemmelsen i artikkel 1 nr. 1 må ses i sammenheng med artikkel 6 som konstaterer at

«bestemmelsene, så langt de i sitt materielle innhold er identiske med de tilsvarende regler i Traktaten [...] fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som De europeiske felleskaps domstol har truffet før undertegningen av denne avtale.»

Homogenitetsprinsippet er der for å løse den opprinnelige planen om at EØS og EU skulle ha en og samme domstol. Opprinnelig var det tenkt at EU-domstolen skulle gi veiledende uttalelser overfor EFTA-statene, og fungere som den gjør i dag overfor EU-statene. Dette ble det derimot ikke noe av ettersom EU-domstolen klart ga beskjed om at dette ville være i strid med EU-domstolens funksjon som siste instans.²⁴ For å sikre en ensartet praksis i EU og EØS anvendes derfor i stedet for homogenitetsprinsippet. Dette har i praksis vært en god løsning på problemene som oppstår ved å ha to sidestilte domstoler. Generelt kan det sies å ha medført få problemer gjennom EFTA-domstolens over 20 år lange liv.²⁵

Selv om homogenitetsprinsippet har fungert godt, oppstår det til tider spørsmål som det er vanskelig å finne gode svar på.

Homogenitetsprinsippet anvendes ved tolkningen av de materielle reglene i EØS-retten. Typiske eksempler vil her være ved tolkningen av de fire friheter og konkurransereglene. Derimot må følgende spørsmål stilles: Kommer homogenitetsprinsippet til anvendelse også ved anvendelsen av de institusjonelle reglene?

²³ Lojalitetsprinsippet etter EØS-avtalens artikkel 3 blir behandlet under punkt 4.1.5

²⁴ Se Opinion 1/91 avsnitt 61 og 62

²⁵ Se bl.a. Baudenbacher 2008 s. 31

I saken CILFIT konkretiserte EU-domstolen når en nasjonal domstol i siste instans er pliktig til å anmode EU-domstolen om en rådgivende uttalelse.²⁶ Etter spørsmål fra den italienske høyesteretten, Corte suprema di Cassazione, konstaterte EU-domstolen at siste instans i EU-statene ikke alltid er pliktige til å sende uavklarte EU-rettslige spørsmål til EU-domstolen:

«Endelig kan den korrekte anvendelse af EF-retten fremgå med en sådan klarhed, at der ikke foreligger nogen rimelig tvivl om afgørelsen af det rejste spørgsmål. Inden den nationale ret statuerer, at dette er tilfældet, må den være overbevist om, at hverken de øvrige medlemsstaters retter eller Domstolen vil være i tvivl om afgørelsen.»²⁷

Kun dersom disse betingelsene er oppfylt, kan den nasjonale domstolen velge å ikke anmode et spørsmål overfor EU-domstolen. Unntaket fra å anmode for EU-domstolen om en rådgivende uttalelse vil derfor gjelde i ytterst få tilfeller – ikke bare skal løsningen virke klar for den nasjonale domstolen, men forståelsen av EU-retten skal også være like utvilsom i alle de andre EU-statenes domstoler, samt for EU-domstolen selv. Den klare hovedregel fra EU-praksis er dermed at domstolene skal anmode EU-retten om den korrekte tolkningen av et EU-rettslig spørsmål.

Unntaksregelen fra å anmode EU-domstolen om en uttalelse gjennom denne *act claire*-doktrinen, vil derfor kun bli anvendt i særtilfeller.²⁸ Denne regelen eksisterer derimot ikke i EØS-retten. Om noe vil det heller være aktuelt å påstå at den motsatte regelen har oppstått – nemlig at anmodninger til EFTA-domstolen bare vil bli anvendt helt unntaksvis. Om tilfellet er slik at domstolene anmoder EFTA-domstolen unntaksvis, kan dette fort kunne påvirke homogenitet. Derimot vil det også kunne være et grunnlag for å forsvare Høyesteretts holdning om å holde igjen anmodninger: At domstolene skal legge frem en anmodning kun helt unntaksvis og kun dersom saken sår stor tvil om hvordan EØS-retten skal tolkes. Men det er vanskelig å kunne hevde at en slik regel eksisterer, siden Høyesterett aldri uttrykkelig har satt en terskel for når de vil anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse.²⁹

Hensikten bak ODA-avtalens artikkel 34 er at de nasjonale domstolene skal kunne anmode EFTA-domstolen om bistand dersom det er uklarheter om hvordan EØS-retten skal tolkes. Dette tilsier i utgangspunktet at de nasjonale domstolene er tjent med å kunne sikre homogenitet

²⁶ C-283/81 CILFIT

²⁷ C-283/81 CILFIT avsnitt 16

²⁸ Se også til Weatherill (2014) s.173-176 for mer om CILFIT

²⁹ Se Fredriksen (2006)

gjennom en anmodning fra EFTA-domstolen. Men ordlyden sier klart at det i utgangspunktet ikke er noen plikt til å gjøre dette.

Problemet med å overføre homogenitetsprinsippet til hvordan både de nasjonale og overnasjonale domstolene skal fungere på et institusjonelt plan er at det ikke er mulig å si at det foreligger identisk innhold. Ser man til TEUV artikkel 267 er innholdet i artikkelen ikke lik ODA-avtalens artikkel 34. Derimot har begge reglene samme funksjon, som er å sikre en homogen tolkning og forståelse av EU- og EØS-retten. Den store forskjellen mellom artikkel 267 og ODA-avtalens artikkel 34 er først og fremst hvilken plikt siste instans er underlagt til å sende saker til domstolene.

Dermed oppstår følgende spørsmål: Er det i det hele tatt mulig på bakgrunn av homogenitetsprinsippet å anvende praksis fra bruken av TEUV artikkel 267 når man skal tolke ODA-avtalens artikkel 34?

Dette er et kontroversielt spørsmål uten noen klare svar.³⁰ Men EFTA-domstolen har flere ganger trukket inn homogenitetsprinsippet i løsningen av institusjonelle problemstillinger i ODA-avtalen. Hjemmelen for dette har etter EFTA-domstolens praksis vært omtalt som «procedural homogeneity».³¹ Det er viktig å merke at dette har blitt trukket frem av EFTA-domstolen innen konkurranseretten, med den påstand om at vilkårene i konkurranseretten ikke vil være like mellom EU- og EØS-retten dersom det er forskjell på domstolsprøvingen i EU og EØS.³²

I spørsmålet om homogenitetsprinsippet kan anvendes i en institusjonell kontekst er det særlig to saker som er relevante. I sakene Schenker I³³ og Irish Bank³⁴ mente EFTA-domstolen i begge tilfeller at homogenitetsprinsippet strekker seg lenger enn til kun å omfatte de situasjoner hvor det foreligger materielt identisk innhold.³⁵ Derimot er det fortsatt uklart hvor langt homogenitetsprinsippet kan strekkes i sammenheng med om det eksisterer en plikt til å anmode eller ikke.

³⁰ Se til Fredriksen (2014) s. 42

³¹ Se E-13/10 Aleris Ungplan AS v ESA avsnitt 24

³² E-15/10 Posten Norge avsnitt 109, E-18/10 ESA v Norge avsnitt 26 og E-14/11 Schenker I avsnitt 77

³³ E-14/11

³⁴ E-18/11

³⁵ Avsnitt 78 i Schenker I og avsnittene 88 til 90 i Irish Bank

Homogenitet vil i seg selv gå langt i å oppfordre en EØS-stat til å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. Men unnlatelse vil ikke i seg selv de facto resultere i et traktatbrudd. Og selv om EØS-retten i større grad baserer seg på generelle prinsipper, må det uansett fastholdes at homogenitetsprinsippet ikke er mer enn et prinsipp. Det kan derfor ikke trekkes for mye ut av dette.³⁶

Derimot kan det være praktisk, i tråd med homogenitetsprinsippet, å anvende en lignende protokoll i EØS-retten – altså at den nasjonale domstolen bør være rimelig sikker i at tolkningen de kommer til medfører like liten tvil for andre domstoler i de andre EØS-statene samt for EFTA-domstolen. Dette er det derimot ikke noe endelig svar på.

4.1.3 Lovgivers perspektiv

Et relevant moment ved tolkningen av ODA-avtalens artikkel 34 er hva som var intensjonen til lovgiveren ved inngåelse av EØS-avtalen. Dette vil kunne si noe om hvilke formeninger den norske regjeringen hadde i sammenheng med avtalen og den omtvistede artikkelen.

Det viktigste utgangspunktet vil i denne sammenheng være å se til St.prp. nr. 100 (1991–1992) Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS). Det omfattende dokumentet på totalt 420 sider, som er utredet av Utenriksdepartementet, behandler de forskjellige aspektene ved inngåelsen av avtalen. Et av disse momentene er nettopp hvordan ODA-avtalens artikkel 34 skal forstås.

På side 99 av nevnte dokument understreker departementet følgende:

«De nasjonale domstoler i EFTA-landene vil allerede etter EFTA-avtalen om Overvåkningsorganet og Domstolen ha *mulighet* til å forelegge slike tolknings spørsmål for EFTA-domstolen til ikke-bindende uttalelse» (egen kursivering)

Her understrekes det at de tilfellene hvor ODA-avtalens artikkel 34 og anmodningsretten blir vurdert av domstolene, er det å anmode ikke noe domstolen er pliktig til å gjøre. Anmodningsretten er kun et tilbud som eksisterer for domstolen – ikke en plikt. Dette vil kunne

³⁶ Fredriksen sier følgende om temaet i Fredriksen (2014) s. 44: «[Homogenitetsprinsippet] er ingen absolutt regel, og det er ikke slik at 'homogenitet' er noen trylleformel som gjør at man uten videre må legge til grunn samme løsning på et rettsspørsmål i EØS som i EU»

tilsi at intensjonen var at domstolene kan få bistand fra EFTA-domstolen, men at det vil være domstolen som selv avgjør om det skal fattes en anmodning eller ikke.

Denne forståelsen forsterkes også i delkapittelet «Tolkingsuttalelser fra EFTA-domstolen og EF-domstolen» fra samme dokument i følgende avsnitt:

«I motsetning til hva som gjelder overfor EF-domstolene i EF [...] vil aldri nasjonale domstoler, heller ikke sisteinstans-domstoler, ha *plikt* til å spørre, og EFTA-domstolens uttalelse vil ikke være formelt bindende for domstolen som har spurt»³⁷

Sitatet fokuserer på den klare forskjellen i hvor inngripende EU- og EØS er i sine respektive systemer. At EFTA-statene ikke er underlagt en foreleggelsesplikt slik som i EU-retten er en av de grunnleggende forskjellen på de to avtalene. Dette er også et moment som vektes i utredningen i en slik grad at det er lite tvilsomt om hvordan lovgiver forstod EØS-avtalen.

Fokus fra lovgivers side er altså at det ikke skal være noen form for underliggende forståelse eller en «gentleman's agreement» om at saker skal sendes til EFTA-domstolen. Dette harmoniserer også med ordlyden av ODA-avtalens artikkel 34.³⁸

4.1.4 Avtalepartenes intensjoner

Neste moment som kan være relevant er hvordan selve EØS-avtalen er satt sammen. Ettersom det var flere parter med forskjellige forståelser og intensjoner bak stiftelsen av EØS-avtalen kan denne eventuelt indikere flere sider.

I EØS-avtalens del VII, kapittel 3, avsnitt 1 finnes flere regler under tittelen «*Ensartethet*». Formålet bak hele avtalen var ved unnfangelsen å sikre en dynamisk og samtidig homogen tolkning og anvendelse av de reglene som er opprettet for å sikre et felles indre marked.³⁹ Denne delen av avtalen har derfor satt opp flere administrative verktøy som skal anvendes for å sikre homogenitet. Et av disse verktøyene er eksempelvis EØS-komiteen, som har som hovedmål å få til en løpende dialog mellom de forskjellige institusjonene slik at alle partene er innforstått med den samme tolkningen av EØS-retten.

³⁷ S. 339. Kursiveringen følger av dokumentet

³⁸ Situasjonen hva gjelder i tilfeller hvor domstolen har mottatt en rådgivende uttalelse er derimot annerledes. Se punkt «Lovgivers intensjon om vektning av en rådgivende uttalelse»

³⁹ Norberg mfl. (1993) s. 85

I tillegg åpner artikkel 107 av EØS-avtalen for at en EFTA-stat ved samtykke kan be EU-domstolen om å avgjøre en bindende tolkning av EØS-retten:

«Bestemmelser *om muligheten* for en EFTA-stat til å samtykke i at en domstol ber De europeiske felleskaps domstol om å avgjøre fortolkningen av en EØS-regel, er fastsatt i protokoll 34» (egen kursivering)

Protokoll 34 angir videre at en slik foreleggelse kan gjøres dersom domstolen finner det nødvendig. EØS-avtalens artikkel 107 åpner altså kun for muligheten til å anmode EU-domstolen om å komme med en avgjørelse i et EØS-rettslig spørsmål. Det eksisterer altså ikke en foreleggelsesplikt etter artikkel 107 av EØS-avtalen heller. Altså var partene innforstått med at det etter EØS-avtalens artikkel 107 ikke skulle eksistere noen foreleggelsesplikt, selv overfor EU-domstolen.⁴⁰

Ser en videre også til EØS-avtalens artikkel 108 kan denne bidra med å belyse hvilke intensjoner partene hadde ved inngåelsen av avtalen. Det følger av artikkel 108 nr. 2 at EFTA-domstolen skal ha særskilt kompetanse til å behandle saker etter ODA-avtalens artikler 31, 32 og 35–37. At det eksisterer noen form for foreleggelsesplikt følger derimot ikke.

Det har også blitt hevdet at EØS-avtalens fortale, og den generelle henvisningen til gjensidighet, tilsier at partene var innforståtte med at det skulle eksistere en foreleggelsesplikt.⁴¹ Derimot vil denne generelle henvisningen til gjensidighet som følger av fortalen vanskelig kunne sies å gi opphav til en uskreven foreleggelsesplikt.⁴²

Overordnet gikk altså partene for en løsning om en egen EØS-avtale. Grunnlaget var å sikre lik tolkning og anvendelse av EØS-retten. Slik avtalen var tenkt, skulle EFTA-domstolen i praksis sikre lik tolkning av EØS-retten. I stor grad har dette også blitt gjennomført uten veldig store problemer. Men ved inngåelsen av EØS-avtalen var det også en klar formening om at domstolene skulle sikres uavhengighet. Selv om målet om ensartet tolkning av EØS-retten var, og fortsatt er, et meget viktig moment ved EØS-avtalen, kommer det ikke direkte frem noe sted

⁴⁰ Det fremgår uansett klart for Norges del av St.prp.nr. 100 (1991-1992) s 340 at det av politiske grunner vil være utelukket å anvende EØS-avtalens artikkel 107. Det er derfor tvilsomt om artikkel 107 EØS har noen reell betydning

⁴¹ Se punkt 4.2.5 «Gjensidighet» for en videre drøftelse av dette momentet

⁴² Se Fredriksen (2014) s. 198

at EØS-statene er underlagt en form for foreleggelsesplikt til EFTA-domstolen. Dette stemmer også overens med de intensjonene som avtalepartene hadde ved inngåelsen av EØS-avtalen.

4.1.5 Lojalitetsplikten

Lojalitetsplikten eksisterer først og fremst som det generelle prinsippet *pacta sunt servanda*, som tilsier at avtaler skal holdes og videre bli gjennomført etter beste evne. I folkeretten eksisterer prinsippet gjennom Wien-konvensjonen, hvor artikkel 26 konstaterer at enhver traktat er bindende og må følges «in good faith».⁴³ Om den generelle folkeretten er anvendelig ved tolkningen av EØS-avtalen er det uenighet om. Eksempelvis hevder Fredriksen at konvensjonen ikke kommer til anvendelse direkte i EØS-retten. Begrunnelsen for dette standpunktet er at flere av EØS-statene ikke har ratifisert konvensjonen. Dette er tilfellet for Frankrike, Island, Romania og Norge. Videre gjelder traktaten kun mellom de partene som har inngått avtalen. Dette vil kunne være problematisk ettersom EU også er part i EØS-avtalen.⁴⁴

I EØS-retten er det derimot en mer inngripende lojalitetsplikt enn den som følger av den generelle lojalitetsplikten som eksisterer i folkeretten. Dette følger blant annet av avtalens omfattende og inngripende karakter. For å sikre en ensartet tolkning og forståelse av EØS-retten følger det av EØS-avtalen artikkel 3 at

«[a]vtalepartene skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale.

De skal avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av denne avtalens mål i fare.

De skal videre lette samarbeidet innen rammen av denne avtale».

Denne plikten er delt opp i to positive forpliktelser og en negativ forpliktelse. For det første sikrer artikkel 3 at EØS-statene aktivt skal sikre at EØS-avtalen og dens forpliktelser er en del av den nasjonale rett. Videre skal ikke EØS-statene unnlate, endre eller på annet vis implementere nasjonalt lovverk som utgjør en risiko for gjennomføring av avtalen.⁴⁵ Til slutt

⁴³ «Vienna Convention on the law of treaties (with annex). Concluded at Vienna on 23 May 1969»

⁴⁴ Fredriksen (2014) s. 215 flg. Denne tematikken er det derimot uenighet rundt. Forfatteren av denne oppgaven er derimot enig med Fredriksen i hans vurdering av denne tematikken. Dette vil uansett ikke bli problematisert videre i denne oppgaven ettersom det eksisterer et strengere krav til lojalitet etter EØS-avtalen enn av den generelle plikten som følger av Wien-konvensjonen

⁴⁵ Se Nordberg mfl. s. 99

skal også EØS-statene sikre, gjennom et godt samarbeid med de forskjellige EØS-rettslige institusjonene, at EØS-avtalen blir gjennomført på en lojal måte.

EØS-avtalens artikkel 3 blir sjeldent anvendt alene som grunnlag for traktatbruddsøksmål, ettersom den ikke konkretiserer hva som faller utenfor lojalitetsplikten. Derimot anvendes ofte prinsippet i sammenheng med de materielle reglene i EØS-retten. Ettersom lojalitetsprinsippet fungerer som et støttemoment ved tolkning og anvendelse av de materielle reglene, er det mer uklart hvor langt prinsippet kan anvendes ved tolkning av de institusjonelle reglene i EØS-retten.

Dette kommer særlig på spissen i sammenheng med spørsmålet om det foreligger en plikt til å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. Og videre, vil en avgjørelse om å ikke anmode EFTA-domstolen være å anse som et brudd på EØS-avtalens artikkel 3?

Etter EØS-avtalens artikkel 3 er EØS-statene pliktig til å lette samarbeid med EØS-institusjonene for å sikre samarbeid innen rammen av EØS-avtalen. Dette tilsier at EØS-statene skal være aktivt engasjerte i at EØS-avtalens hoveddel blir gjennomført på en måte som fremmer samarbeid med EØS-institusjonene. Etter denne forståelsen vil det kunne hevdes at EØS-statens sisteinstans oppfordres på det sterkeste til å ha en dialog med EFTA-domstolen, hvor anmodninger vil være ønskelig.

Det må merkes at reglene om anmodninger også følger av ODA-avtalen – ikke EØS-avtalen. Grunnen til at dette er viktig å merke seg er fordi kun hoveddelen av EØS-avtalen gjelder som norsk lov.⁴⁶ ODA-avtalen er dermed ikke omfattet av hoveddelen av EØS-avtalen. EFTA-domstolen er derfor primært gjennomført i norsk rett gjennom EØS-avtalens artikkel 108 nr. 2, som plikter EØS-statene å opprette en egen domstol med gitt kompetanse.

Ved å betrakte at kun EØS-loven er ment som gjeldende norsk rett, kan det ses videre til ODA-avtalens artikkel 2, som i første og andre avsnitt er identisk med EØS-avtalens artikkel 3. Derimot er ikke den siste positive forpliktelsen om å «lette samarbeidet innen rammen av denne avtale» til stede.

Det kan derfor stilles spørsmål om ODA-avtalen ikke i samme grad som EØS-avtalen plikter et lojalt samarbeid. Svaret på dette vil fort være nei. For det følger fortsatt av ODA-avtalens

⁴⁶ Se EØS-loven § 1

artikkel 2, andre avsnitt, at EØS-statene fortsatt har en negativt avgrenset forpliktelse. Derimot kan mangelen på noe lignende EØS-avtalens artikkel 3, tredje avsnitt i ODA-avtalens artikkel 2 forstås som at de nasjonale domstolene i større grad tillates å forholde seg passive overfor de andre EØS-institusjonene. Dette vil også stemme overens med forståelsen av at domstolen ikke er pliktig til å aktivt anmode domstolen om en rådgivende uttalelse.⁴⁷

Handlingen i seg selv, hvor sisteinstans velger å ikke anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse, vil vanskelig kunne tenkes å bli betraktet som en handling hvor virkeliggjøringen av EØS-avtalens mål blir satt i fare. For at avtalens formål skal settes i fare, må avtalen rent faktisk blir anvendt eller tolket i strid med målet om ensartethet. Å ikke anmode domstolen vil dermed i seg selv vanskelig kunne sies å være et slik tiltak som setter avtalens formål i fare. Derimot kan den påfølgende tolkningen av EØS-retten som blir gjort av den nasjonale domstolen kunne sette EØS-avtalens formål i fare. Men et brudd på lojalitetsplikten i en slik sammenheng vil basere seg på tolkningen av den materielle EØS-retten med følgende gjennomføring. En avgjørelse om å unnlate å anmode EFTA-domstolen vil i seg selv trolig ikke være traktatstridig etter lojalitetsplikten.

4.1.6 EMK artikkel 6

Norge forpliktes etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 6 at enhver skal ha tilgang til domstolene for å få prøvd sin rettslige stilling. I denne sammenheng uttalte EFTA-domstolen i saken *Irish Bank* at

«it must be kept in mind that when a court or tribunal against whose decisions there is no judicial remedy under national law refuses a motion to refer a case to another court, it cannot be excluded that such a decision may fall foul of the standards of Article 6 (1) ECHR».⁴⁸

Her sier EFTA-domstolen at dersom en nasjonal domstol velger å ikke sende en sak videre til EFTA-domstolen, vil dette kunne være i strid med EMK artikkel 6 og retten enhver har til «access to court». Spørsmålet er derfor om unnlattelse av anmodning til EFTA-domstolen kan være i strid med EMK artikkel 6.

⁴⁷ Fortsatt følger det av domstoloven § 51a at de nasjonale domstoler kan anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse etter ODA-avtalens artikkel 34. Det følger derfor av norsk rett at domstolene kan anmode EFTA-domstolen. Derimot følger det ikke en lojalitetsplikt etter domstoloven § 51a

⁴⁸ E-18/11 avsnitt 64

Tidligere har EMD i saken *Ullens de Schooten et Rezabek*⁴⁹ uttalt at EMK artikkel 6 (1) pålegger statene å gi en begrunnelse dersom en sak ikke får tilgang til videre domstolsprøving. Begrunnelsen for dette er å forhindre at prosessen enten oppfattes, eller faktisk er, «arbitrary».⁵⁰ En slik begrunnelsesplikt er særlig tungtveiende dersom rett til domstolsprøving kun kan fravikes helt unntaksvis eller ikke i det hele tatt.

Som tidligere nevnt er det i tilfellet med EU-rettens TEUV artikkel 267 slik at den nasjonale sisteinstans er pliktig til å oversende uavklarte spørsmål til EU-domstolen for å få saken avklart. Unntaket er kun dersom løsningen på saken vil være åpenbar, ikke bare for den enkelte domstol, men også for alle andre domstoler.⁵¹ Dette tilsier i praksis at EU-borgere kun helt unntaksvis ikke vil være sikret en rett til å kunne legge frem en sak for EU-domstolen dersom en sak først ender i sisteinstans.

I lys av denne retten, vil det kunne sies at dersom en EU-stat velger å ikke forelegge en sak overfor EU-domstolen, og i tillegg ikke gir noen begrunnelse, kan det oppstå tilfeller hvor en slik unnløstelse vil være et brudd etter EMK art. 6 (1).

Spørsmålet om når det kan oppstå brudd på EMK art 6 (1) grunnet unnløstelse fra å anmode EU-retten har allerede blitt besvart av EMD i saken *John v Germany*. I saken ble det konstatert at dersom Tyskland unnløst å sende en sak videre til EU-domstolen, vil dette ikke automatisk medføre et traktatbrudd etter EMK artikkel 6 (1). Dersom avgjørelsen fra den nasjonale domstolen er «sufficiently substantiated» og «the matter raises no fundamentally important issue» ville avgjørelsen om å unnløst å anmode ikke automatisk medføre et brudd på EMK artikkel 6 (1).⁵²

For at det skal kunne konstateres brudd på EMK artikkel 6 (1) i EU-retten må en EU-borger først gått gjennom alle de nasjonale rettslige instansene. Deretter, hvis sisteinstans velger å ikke anmode EU-domstolen om en tolkningsuttalelse etter TEUV artikkel 267, må denne avgjørelsen være «sufficiently substantiated» og «the matter raises no fundamentally important issue». Skulle ett eller begge av disse to momentene ikke være oppfylt må det også vurderes om det for borgeren eksisterer en rett til å kunne anvende domstolen som blir påberopt. Dette er et spørsmål om personen som hevder å kunne få anvende EU-domstolen

⁴⁹ *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, sak 3989/07 og 38353/07

⁵⁰ Se eksempelvis *Canela Santiago v. Spain*, sak 60350/00

⁵¹ Se punkt 4.1.2 «Homogenitet» og *act claire*-doktrinen

⁵² *John v Germany*, Decision on admissibility No 15073/03 s. 7

eller EFTA-domstolen i det hele tatt har en rett til å kunne anvende domstolen som de ikke får tilgang til.

I sammenheng med EU-retten vil dette som oftest være tilfellet ettersom den nasjonale sisteinstansen i en EU-stat har en foreleggelsesplikt. Det er kun dersom act claire-doktrinen er oppfylt, at det ikke vil være i strid med EMK artikkel 6 (1) å ikke sende inn saken for EU-domstolen.⁵³

Med utgangspunkt i terskelen for å kunne konstatere brudd på EMK artikkel 6 (1) i EU-retten, kan det ses videre til EØS-statene og om det er mulig å konstatere traktatbrudd etter EMK artikkel 6 (1) dersom en sak ikke blir sendt videre til EFTA-domstolen.

Ettersom det ikke vil være noen forskjell på momentene om at saken er «sufficiently substantiated» eller «the matter raises no fundamentally important issue», vil denne vurderingen være lik.

Den store forskjellen er om det i det hele tatt eksisterer en rett til å anmode EFTA-domstolen om en tolkningsuttalelse.

Som tidligere behandlet eksisterer det ikke en act claire-doktrine i EØS-retten. Det eksisterer altså ikke en foreleggelsesplikt for en EØS-stat. Dermed har ikke EØS-borgere noen rett til å kunne direkte anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. I domstoloven § 51a første avsnitt står følgende:

«Når en norsk domstol i en sak må ta stilling til tolkningen av Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde med protokoller, vedlegg og de rettsakter vedleggene omhandler, *kan den* i samsvar med Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol artikkel 34 forelegge tolkningsspørsmålet for EFTA-domstolen. *Retten beslutning* om at et tolkningsspørsmål skal eller ikke skal forelegges for EFTA-domstolen, *kan ikke angripes ved anke.*» (egne kursiveringer)

Det er rettens egen beslutning som helt og holdent avgjør om det skal sendes en anmodning til EFTA-domstolen. Selv om begge parter i saken skulle anmode om at en slik tolkningsuttalelse skal bli avgitt, vil det være dommeren som fatter den endelige avgjørelsen.

⁵³ Rent praktisk vil det derimot vanskelig kunne tenkes en situasjon hvor saken både innfrir vilkåret om å være et «fundamental issue», men fortsatt også oppfyller act claire-doktrinen – særlig dersom saken gjelder rettigheter til en privatperson som ikke blir innfridd

Videre kan ikke denne avgjørelsen ankes. EØS-borgere har derfor meget liten innvirkning i avgjørelsesprosessen på om det skal sendes en anmodning til EFTA-domstolen.

Totalt tilsier dette at EØS-borgere ikke har noen direkte rett til å få sine EØS-saker behandlet av EFTA-domstolen. En påfølgende konsekvens av dette vil dermed være at et avslag på å kunne anmode EFTA-domstolen vanskelig vil kunne sies å være en hindring etter regelen om «access to court» etter EMK artikkel 6 (1).

Derimot vil hvor grensen går for tilfeller som er «fundamentally important» samt er «sufficiently substantiated» bero på en konkret vurdering som må tas i hvert enkelt tilfelle. Om ikke annet, vil særlig momentet «fundamentally important» sette en veldig høy terskel før det kan hevdes å foreligge brudd på EMK artikkel 6 (1).

Helhetlig vil det å si at en EU-borger eller EØS-borger som ikke opplever en «access to court» selv om parten skulle få prøvd saken sin helt opp til den nasjonale sisteinstans, ikke være helt forenlig med ordlyden av EMK artikkel 6.⁵⁴ Men det er ikke mulig å fullstendig utelukke dette resultatet. Det er tenkelig at slike tilfeller kan oppstå hvis domstolen fremstår som «arbitrary» og saken ikke er «sufficiently substantiated», og videre at saken er å anse som «fundamentally important». Uansett forstås terskelen for å oppnå dette som meget høy.

4.1.7 Delkonklusjon

Selv om ordlyden er klar på at det ikke foreligger noen plikt, er det ikke helt klart når alle momenter tas i betraktning. Derimot kan det sies å foreligge en sterk oppfordring til å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. Oppfordringen er ikke direkte politisk eller rettslig, men heller for å sikre en indre logisk sammenheng i dette overnasjonale rettssystemet. Dette hører sammen med hele formålet om et felles indre marked gjennom anvendelse av lojalitet- og homogenitetsprinsippet.

Det er på bakgrunn av dette målet om et ensartet indre marked at EU-retten har en foreleggelsesplikt i nasjonale sisteinstanser. Kun i noen få unntak vil det være mulig for EU-stater å anvende act claire-doktrinen og dermed unnlate å anmode EU-domstolen. I EØS-retten er det derimot ingen slik foreleggelsesplikt og heller ingen act claire-doktrine.

⁵⁴ Se til Baudenbacher (2013) eller Fredriksen (2014) s. 198–199 sin behandling av tematikken, eller Broberg mfl. (2014) s. 11 fotnote 40 eller kapittel 6, punkt 5.5 av samme bok

Den nasjonale domstolen i en EØS-stat vil ta en risiko dersom den velger å ikke anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. I realiteten vil derfor domstolen gjennom sin avgjørelse om å ikke anmode EFTA-domstolen kunne bli tiltalt av ESA for å handle traktatstridig etter ODA-avtalens artikkel 31. Skulle en EØS-stat velge å ikke anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse kan dette resultere i et påfølgende traktatbrudd. Den påfølgende konsekvensen av dette vil være at EFTA-staten må endre praksis. I tillegg vil EØS-staten være erstatningsansvarlig overfor private parter dersom brudd blir konstatert.⁵⁵ Dette må kunne sies å være et argument i favør av en foreleggelsesorden hvor den nasjonale sisteinstans er pliktet til å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse.

Ved å se til den generelle lojalitetsplikten som foreligger og behandles i tråd med EØS-avtalens artikkel 3 samt fortalens avsnitt femten, vil det kanskje være mulig å konstatere at dersom den nasjonale sisteinstans velger å ikke anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse, vil dette kunne være i strid med EMK artikkel 6 nr. 1. Men ettersom det ikke eksisterer noen rett for EØS-borgere til å anmode EFTA-domstolen, vil terskelen være meget høy. Skulle det konstateres brudd på EMK artikkel 6 (1), vil situasjonen være helt særegen.

I praksis vil det være gode grunner for at den nasjonale sisteinstans bør velge å anmode EFTA-domstolen. Men den konkrete avgjørelsen om å ikke anmode, kan derimot vanskelig sies å være traktatstridig.

4.2 Plikt til å følge?

Dersom den nasjonale domstolen velger å anmode EFTA-domstolen, vil neste spørsmål være om domstolen er pliktig til å følge den rådgivende uttalelsen den mottar. En ting er, som tidligere behandlet, hva ordlyden i ODA-avtalens artikkel 34 sier. En annen ting er hvordan ODA-avtalens artikkel 34 faktisk skal tolkes. Derfor må en se til de andre tolkningsmomentene som eksisterer ved tolkningen av ODA-avtalens artikkel 34 for å avgjøre om disse kan tilsi et annet resultat.

For å belyse denne problematikken nærmere, ønsker jeg å starte i STX-dommen. Dette vil bli gjort fordi den viser hva som kan bli utfallet dersom en rådgivende uttalelse ikke blir fulgt. STX-sakens faktum vil kort gjenfortelles, deretter vil avgjørelsene tatt av EFTA-domstolen og

⁵⁵ Se sak E-9/97 Sveinbjörnsdóttir punkt 2 i avgjørelsen

Høyesterett behandles separat. Etter denne gjennomgangen vil selve ordlyden i artikkel 34 kort bli behandlet. Videre vil Høyesterett sin vektlegging av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser i tidligere saker ses nærmere på. Lovgivers intensjoner om hvilken vekt rådgivende uttalelser skal ha vil også behandles. Etter at dette er gjort vil homogenitetsprinsippet og lojalitetsprinsippet vurderes opp mot om det eksisterer en plikt til å følge en rådgivende uttalelse. Avslutningsvis vil gjensidighetsprinsippet vurderes opp mot hvilken vekt en rådgivende uttalelse skal tillegges. Det hele oppsummeres i en delkonklusjon

4.2.1 STX-saken

STX-saken gjaldt uenighet om gyldigheten av en forskrift fastsatt av Tariffnemnda om delvis allmenngjøring av Verkstedoverenskomsten innenfor skips- og verftsindustrien⁵⁶. De saksøkte, som i utgangspunktet bestod av ni norske skipsverft, hvor STX ORG AS var størst, gikk til sak mot Tariffnemndas vedtak om å delvis allmenngjøre den aktuelle tariffavtalen fordi de mente den var EØS-stridig. Disse ni firmaene hadde også med NHO og Norsk Industri som partshjelpere. Grunnlaget for påstanden om at Verkstedoverenskomsten var EØS-stridig var at tariffen ikke kunne forstås som å være forenlig med EØS-avtalens artikkel 36 og Direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere.

Direktivet skal sikre at vertslandet som arbeidstakeren oppholder seg i, skal påse at visse minimumsrettigheter er sikret. Inn under dette var det særlig spørsmål om ordlyden i begrepet «minstelønn» i artikkel 3 nr. 1 bokstav c), og hvilke rettigheter som ble omfattet av dette begrepet.

Verkstedoverenskomstens, som er regulert av nasjonal lovgivning, inneholder blant annet bestemmelser om minstelønn⁵⁷, utenbystillegg⁵⁸, arbeidstid⁵⁹, overtidstillegg⁶⁰ og dekning av utgifter til reise, kost og losji ved arbeidsoppdrag utenfor hjemmet⁶¹.

⁵⁶ Forskrift om delvis allmenngjøring av Industioverenskomsten/VO-delen for skips- og verftsindustien

⁵⁷ Verkstedoverenskomsten § 3, første avsnitt

⁵⁸ Verkstedoverenskomsten § 3, andre avsnitt

⁵⁹ Verkstedoverenskomsten § 5

⁶⁰ Verkstedoverenskomsten § 6

⁶¹ Verkstedoverenskomsten § 7

Det var disse utgiftene som arbeidstaker var sikret som medførte problemer, ettersom det var uklart om begrepet «minstelønn» i utsendingsdirektivet kunne tolkes dithen at de dekket disse tilleggsutgiftene.⁶²

Oslo tingrett dømte i favør av staten i STX 29. januar 2010. Dommen ble så anket til Borgarting lagmannsrett. Lagmannsretten fattet under saksforberedelsen beslutning om at det skulle innhentes en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen etter ODA-avtalen artikkel 34.

4.2.2.1 EFTA-domstolen sak E-2/11 STX

Lagmannsretten ønsket å få en rådgivende uttalelse om hvordan utsendingsdirektivets bestemmelser om blant annet minste timelønn, utenbystillegg, arbeidstid, overtidstillegg og dekning av utgifter til reise, kost og losji ved arbeidsoppdrag utenfor hjemmet skulle tolkes. Under behandlingen i EFTA-domstolen var det tre spørsmål som ble problematisert og svart på.

Kort oppsummert tolket EFTA-domstolen utsendingsdirektivet i sin helhet på en slik måte at Verkstedoverenskomsten ikke kunne bli tolket som å være forenlig med direktivet.

EFTA-domstolens uttalelse var at det materielle innholdet i begrepet «minstelønn» måtte defineres etter nasjonal rett i vertslandet. Dette skulle gjøres på en slik måte at det ikke ville medføre et innhugg i tjenestefriheten.

Videre uttalte EFTA-domstolen at tilleggsvederlag for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig ikke skal betraktes å falle under begrepet «minstelønn» slik det står i direktivet.⁶³ Begrunnelsen var at tilleggsvederlag som i denne saken medfører at en arbeidsgiver fra en annen EØS-stat vil kunne ende opp med å ikke utøve sin frihet til å yte tjenester i Norge på grunn av de aktuelle kostnadene. Dersom slike utgifter skulle være i samsvar med utsendingsdirektivet må den nasjonale regelen i vesentlig grad øke arbeidstakernes sosiale trygghet.⁶⁴ I tillegg skulle også den økonomiske og administrative byrden disse reglene påførte tjenesteyteren veies mot den økte sosiale beskyttelsen arbeidstakeren opplever sammenlignet med den sikkerheten de opplever i lovgivningen på det stedet der arbeidsgiveren er etablert.⁶⁵

⁶² Direktiv 96/71/EF

⁶³ E-2/11 avsnitt 71

⁶⁴ Ibid. 84

⁶⁵ Ibid. 87

EFTA-domstolen kom til en lignende løsning også på det tredje punktet om kompensasjon for utgifter til reise, kost og losji for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig. Begrunnelsen var at slike betalinger ikke kan omfattes da de utgjør kompensasjon for nødvendige utgifter som er påløpt på grunn av utsendingen.⁶⁶ Dersom slike betalinger skulle være i samsvar med Utsendingsdirektivet, måtte det rettferdiggjøres på grunnlag av bestemmelser om offentlig orden.⁶⁷

4.2.2.2 Høyesterett sak Rt-2013-258 STX

Borgarting lagmannsrett fikk svar på sin forespørsel fra EFTA-domstolen og avsa dom i favør av Tariffnemnda. Saken ble deretter anket til Høyesterett, hvor dom ble avsagt 3. mai 2013.

Høyesterett fastslo i sin avgjørelse at utsendingsdirektivet ikke var i veien for å kunne implementere Verkstedoverenskomsten. Direktivet var ikke til hinder for å sikre gunstigere arbeids- og ansettelsesvilkår for arbeidstakerne.⁶⁸ Dermed sa Høyesterett seg uenig med EFTA-domstolen i hvordan direktivet skulle forstås.

Høyesterett konkluderte i sin avgjørelse at utsendingsdirektivet primært fungerer som et direktiv ment å sikre et minimum av beskyttelse overfor utenlandske arbeidere. Direktivet er dermed ikke til hinder for å sikre gunstigere arbeids- og ansettelsesvilkår for arbeidstakerne. På bakgrunn av denne tolkningen av utsendingsdirektivet, insinuerte Høyesterett i stor grad at løsningen på spørsmålene ville være annerledes enn det EFTA-domstolen mente. Særlig på to punkter var tolkningen til Høyesterett og EFTA-domstolen ikke nødvendigvis forenlige.

For det første mente Høyesterett at utenbystillegget var forenlig med begrepet minstelønn i utsendingsdirektivet. Begrunnelsen for dette var at ettersom direktivet kun er et minimumsdirektiv, er det opp til den nasjonale domstolen å avgjøre hva som skal omfattes av begrepet minstelønn.⁶⁹ Begrunnelsen for disse tilleggsbetalingene var «tvingende allmenne hensyn» samt at «anvendelsen av dem ikke er uforholdsmessig».⁷⁰ I tilfellet med de utsendte arbeidstakerne var denne betalingen en sum som var ment å fungere som kompensasjon for «ulempe ved å bo borte fra hjemmet», og var objektivt sett et tiltak som fremmer beskyttelse

⁶⁶ E-2/11 avsnitt 97

⁶⁷ Ibid. 102

⁶⁸ Rt-2013-258 avsnitt 85

⁶⁹ Ibid. 91–99

⁷⁰ Ibid. 105

av den utsendte arbeidstakeren.⁷¹ Betalingen er ment å «gi økt sosial beskyttelse» for den utsendte arbeidstakeren og vil derfor være en «objektiv fordel».⁷² Den var dermed ikke uforholdsmessig.⁷³

For det andre mente Høyesterett at utgifter som oppstår i sammenheng med reise, kost og losji også ville være i tråd med begrepet minstelønn slik det følger av utsendingsdirektivet.⁷⁴ Utgiftene som er relatert til reise, kost og losji var etter Høyesterett sin mening tett knyttet opp mot det å jobbe utenfor hjemstedet. I sin begrunnelse sier Høyesterett følgende:

«Dersom den type kompensasjonsbestemmelser vi her står overfor ikke kan allmenngjøres og den utsendte arbeidstakeren derfor må betale kostnadene selv, er resultatet de facto – slik jeg har vist – at arbeidstakeren ikke oppnår minstelønnen.»⁷⁵

Høyesterett tok derimot ikke endelig avgjørelse på om reise, kost og losji var forenlig med direktivets begrep «minstelønn» ved tolkningen av Verkstedoverenskomsten. Begrunnelsen var at tilleggsutgiften uansett ble omfattet av utsendingsdirektivets artikkel 3 nr. 10.

Utsendingsdirektivets artikkel 3 nr. 10 skal sikre at visse utgifter dekkes uansett om det er forenlig med begrepet minstelønn eller ikke. Denne sikkerhetsventilen kan kun anvendes dersom utgiften er ment å brukes til å sikre den sosiale beskyttelse av utsendte arbeidstakere etter regelen om offentlig orden.⁷⁶

4.2.2 Problematikken ved STX

Det STX illustrerer godt er først og fremst hvor skjørt systemet er dersom en part først velger å ikke anvende regelverket på en måte som sikrer ensartethet.

Det som også er problematisk er hvilke konsekvenser tilfeller slik som i STX faktisk medfører. Et spørsmål som oppstår både generelt, men også konkret for STX-dommen, er dermed som følger: Om Høyesterett ikke følger en rådgivende uttalelse, men velger å tolke EØS-retten på

⁷¹ Ibid. 109

⁷² Rt-2013-258 avsnitt 115

⁷³ Ibid. 116

⁷⁴ Ibid. 154

⁷⁵ Ibid. 154

⁷⁶ Ibid. 170–175

et annet vis, slik at utfallet bli annerledes, er det mulig å konstatere at en slik handling er traktatstridig?

Dette vil bli behandlet videre. Og ved å se på det mer generelt, vil dette også kunne hjelpe med å belyse hvilke konsekvenser som kan oppstå i ettertid av STX.⁷⁷

4.2.3 ODA-avtalen artikkel 34: EFTA-domstolens rådgivende uttalelser

Ordlyden i ODA-avtalens artikkel 34 er utvetydig i at uttalelsene til EFTA-domstolen skal være rådgivende. I dette ligger det at domstolen ikke er underlagt noen plikt til å tolke EØS-retten i samsvar med EFTA-domstolen sin løsning. Derimot vil en rådgivende uttalelse ha mye for seg hva gjelder å sikre en ensartet tolkning av EØS-retten. Konsekvensene av å ikke følge en slik rådgivende uttalelse vil derfor fort kunne bli meget omfattende.

4.2.4 Høyesteretts vektlegging av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser

Høyesterett har ved flere anledninger behandlet hvilken tyngde rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen skal tillegges.

I saken Rt-1997-1965, som gjaldt virksomhetsoverdragelse, ble problematikken så vidt nevnt. Her anmodet Gulating lagmannsrett EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse om det relevante direktivet. Høyesterett var gjennom hele dommen klare på at EFTA-domstolens tolkning kun var av en rådgivende karakter. Men dette ble ikke problematisert noe videre, og førstvoterende konstaterte at hun var «enig i den forståelsen av direktivet som EFTA-domstolen har gitt uttrykk for»⁷⁸. Høyesterett går ikke inn i detalj i hvordan en slik uttalelse skal vektes, bortsett fra at det er tilstrekkelig for Høyesterett å eventuelt si seg enig med EFTA-domstolens tolkning av et EØS-rettslig spørsmål.

⁷⁷ For flere standpunkter vises det til ESAs *Pre-article 31 letter* i STX og svar på brevet fra Arbeids- og sosialdepartementet. Kort gjenfortalt mener ESA at Norge handlet traktatstridig, mens Arbeids- og sosialdepartementet mener at Høyesterett handlet innenfor de rammene som EØS-avtalen setter. Da denne oppgaven ble levert inn, hadde ikke ESA valgt å enten henlegge saken, eller følge opp med et «Letter of Formal Notice»

⁷⁸ Rt-1997-1965 s. 1972

Videre, i saken Rt-2000-1811 Finanger I, setter Høyesterett opp en standard for hvilken vekt rådgivende uttalelser etter ODA-avtalen artikkel 34 skal ha:

«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 inngåelse 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 [...].»⁷⁹

I denne uttalelsen fra Finanger I gjør Høyesterett to ting: For det første konstaterer Høyesterett at de selv er pliktig til å foreta en selvstendig vurdering etter at de har mottatt en rådgivende uttalelse. Uttalelsen forstås slik at Høyesterett pålegger seg en plikt til å ta en endelig avgjørelse i alle EØS-rettslige temaer, slik at det til slutt er en nasjonal avgjørelse som blir tatt, og ikke en avgjørelse av en ekstern domstol.

For det andre får førstvoterende frem at uttalelser fra EFTA-domstolen skal vektlegges i stor grad. Finanger I sier noe om hvor tungtveiende slike rådgivende uttalelser skal være. Høyesterett setter her et utgangspunkt for hvor langt presumsjonsprinsippet faktisk strekker seg. Eller som det blir sagt i dommen: De resultater det er mulig å oppnå under henvisning til presumsjonsprinsippet vil være av en slik karakter at de vil «bero på en anvendelse av anerkjente tolkningsprinsipper»⁸⁰. At uttalelser fra EFTA-domstolen skal vektlegges i stor grad har også kommet frem av senere rettspraksis.

I Spilleautomatsaken gikk også Høyesterett inn på hvordan EFTA-domstolens rådgivende uttalelser skulle vektlegges.⁸¹ Førstvoterende finner det i saken «klart at en dom av EFTA-domstolen må tillegges betydelig vekt».⁸² Dette ble også understreket ved å vise til Finanger I-

⁷⁹ Rt-2000-1811 Finanger I s. 1820

⁸⁰ Ibid s. 1831

⁸¹ Rt-2007-1003 Spillautomat, avsnitt 78–81

⁸² Ibid 79. Merk derimot at denne saken handlet om et traktatbruddsøksmål, ikke en foreleggelsessak

dommen. Videre understreket en samlet Høyesterett at «EFTA-domstolens generelle forståelse av EØS-retten må ha stor gjennomslagskraft i norske domstoler».⁸³

Holdningen om at uttalelser fra EFTA-domstolen er tungtveiende ble også videreført i STX. I saken uttaler Høyesterett at det er to momenter ved en rådgivende uttalelse som er relevante. Høyesterett konstaterte at de ikke skal

«legge EFTA-domstolens uttalelse opprøvet til grunn, men har både *myndighet og plikt til selvstendig å ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad* dette skal gjøres. [...] Men i og med at uttalelsene naturlig nok skal tillegges vesentlig vekt, kreves særlig grunner for at Høyesterett skal kunne fravike den»⁸⁴ (egen kursivering).

Her sier først Høyesterett i tråd med tidligere at uttalelser fra EFTA-domstolen vil veie tungt. Men i tillegg konstaterer Høyesterett at det vil være en mulighet for å fravike en rådgivende uttalelse dersom det foreligger særlige grunner.

Det som helt klart går igjen som en rød tråd i alle avgjørelsene til Høyesterett hvor det foreligger en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen er dermed følgende to ting:

For det første vil Høyesterett se grundig gjennom den rådgivende uttalelsen som foreligger. Dette medfører at Høyesterett ikke vilkårlig kan velge å ikke følge en rådgivende uttalelse – dersom domstolen skulle bestemme seg for å ikke følge en rådgivende uttalelsen fra EFTA-domstolen, må det foreligge særlig grunner for dette.

For det andre vil Høyesterett til slutt være pliktig til å ta en selvstendig avgjørelse om hvordan den konkrete saken skal løses, og dermed også hvordan EØS-retten skal tolkes. Høyesterett konstaterer at uttalelsene til EFTA-domstolen vil være av tungtveiende karakter. Men dette endrer fortsatt ikke på det faktum at uttalelsene ikke er bindende. Dette siste punktet kommer da særlig klart frem i STX, hvor Høyesterett etter en egen vurdering endte opp med å tolke EØS-retten annerledes.

4.2.3 Lovgivers intensjon om vekting av en rådgivende uttalelse

Som tidligere nevnt vil den intensjon og forståelse av avtalen, slik lovgiver oppfattet det da avtalen ble inngått, kunne ha betydning for tolkning av ODA-avtalen artikkel 34. I St.prp. nr.

⁸³ Rt-2007-1003 avsnitt 81

⁸⁴ Rt-2013-256 STX avsnitt 94

100 (1991–1992) er Utenriksdepartementet rimelig klare i sin tale hva gjelder foreleggelsesordningen, og at det ikke eksisterer noen plikt til å oversende saker til EFTA-domstolen for å anmode om en rådgivende uttalelse.⁸⁵ Det som blir spørsmålet videre, er hvilken vekt en slik rådgivende uttalelse vil ha dersom det faktisk anmodes, og EFTA-domstolen gir svar.

På side 41 av St.prp.nr. 100 presiseres følgende:

«I henhold til samme avtales artikkel 34 vil EFTA-domstolen dessuten ha myndighet til å avgi *ikke-bindende* tolkningsuttalelser til EFTA-landenes domstoler» (egen kursivering)

Videre på side 99 understrekes det igjen at

«[d]e nasjonale domstoler i EFTA-landene vil allerede etter EFTA-avtalen om Overvåkningsorganet og Domstolen ha mulighet til å forelegge slike tolknings spørsmål for EFTA-domstolen til *ikke-bindende* uttalelse» (egen kursivering).

St.prp. nr. 100 er her klar på at når ODA-avtalens artikkel 34 blir anvendt og EFTA-domstolen kommer med en rådgivende uttalelse, er det ikke bindende for den nasjonale domstolen å følge denne. Domstolene skal altså ikke være forpliktet eller på noen annen måte bundet av EFTA-domstolens uttalelser. Dette forstås som at det var lovgivers intensjon at domstolene skal kunne få bistand fra EFTA-domstolen, men til slutt vil det være domstolen som selv har siste ord i tolkning og anvendelse av EØS-retten.

På den annen side er følgende sitat fra samme dokument viktig å bemerke:

«Det er lite trolig at den nasjonale domstol ville legge til grunn en annen tolkning enn EFTA-domstolen av vedkommende EØS-regel, selv om EFTA-domstolens uttalelse ikke er formelt bindende»⁸⁶

En naturlig forståelse av denne uttalelsen er at departementet mener det formelt ikke er slik at domstolene har noen plikt til å følge en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen dersom dette skulle bli lagt frem. Men samtidig bærer også uttalelsen tydelig preg av at det eksisterer en underliggende anerkjennelse om at en rådgivende uttalelse har mye for seg hva gjelder korrekt tolkning på det EØS-rettslige spørsmålet. Men denne oppfordringen om å følge EFTA-

⁸⁵ Se punkt 4.1.3 «Lovgivers syn»

⁸⁶ St.prp. nr. 100 s. 339–340

domstolens uttalelse vil i denne sammenheng heller forstås som en politisk oppfordring – ikke en rettslig bindende en.

Det virker altså som om det menes at dersom en domstol først ber om en rådgivende uttalelse, bør denne følges. En slik løsning vil i utgangspunktet kunne virke motsigende til ordlyden. En avgjørelse fra den nasjonale domstolen om å ikke følge en rådgivende uttalelse kan sette store deler av avtalen på spill. Dette gjelder særlig hvis en ser på formålsbetraktningen etter EØS-avtalens artikkel 1 opp mot homogenitetsprinsippet i samspill med lojalitet.

Dersom domstolen først velger å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse, er det naturlig å forstå situasjonen slik at det vil være i lovgivers intensjon å anvende denne uttalelsen for å sikre at Norges folkerettslige forpliktelser blir gjennomført på en forsvarlig måte.

4.2.4 Homogenitetsprinsippet og lojalitet

Som tidligere nevnt skal lik anvendelse og tolkning av EØS-retten mellom EØS-statene sikres gjennom homogenitetsprinsippet. Også lojalitetsplikten fungerer som en plikt til å tolke EØS-retten likt for å sikre en ensartet tolkning og forståelse av EØS-retten.⁸⁷ Det følger av EØS-avtalen artikkel 3 at

«[a]vtalepartene skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale.

De skal avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av denne avtalens mål i fare.

De skal videre lette samarbeidet innen rammen av denne avtale».

Dersom en nasjonal domstol først har anmodet EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse, for deretter å bestemme seg for ikke å følge denne, vil det være særlig avsnitt to som kan medføre problemer. Vil det da være slik at den nasjonale domstolen setter virkeliggjøringen av avtalens mål i fare?

For å svare på dette må artikkel 3 av ODA-avtalen betraktes nærmere i sammenheng med den foreliggende rådgivende uttalelsen.

⁸⁷ Se punkt 4.1.2 om «Homogenitetsprinsippet» og punkt 4.1.3 om «Lojalitetsplikten»

Ethvert tiltak som ikke følger en rådgivende uttalelse og den løsningen tolkningen medfører, vil nok vanskelig kunne sies å være i strid med ODA-avtalens artikkel 34 i seg selv. Derimot vil det kunne medføre konsekvenser etter artikkel 3 av EØS-avtalen.

Ordlyden i EØS-avtalens artikkel 3 andre avsnitt tilsier at dersom en nasjonal domstol kan tolke et EØS-rettslig spørsmål på flere vis, og de ulike tolkningsalternativene vil gi ulike konsekvenser, skal den nasjonale domstolen tolke EØS-avtalen på slikt vis at det stemmer best overens med eksisterende rett. Dette kan i utgangspunktet forstås som at ethvert tiltak som svekker ett eller flere av formålene bak avtalen skal anses å være i strid med EØS-avtalens lojalitetsplikt.

I tilfellet med STX startet Høyesterett først med å se til tidligere rettspraksis hvor det ble klargjort at en uttalelse fra EFTA-domstolen vil ha tung vekt, men ikke bindende virkning. Når Høyesterett fatter en avgjørelse, vil de rådgivende uttalelsene etter ODA-avtalen artikkel 34 vektes tungt, men Høyesterett må ta en selvstendig avgjørelse og anvende den tolkningen de mener er korrekt selv.

I sammenheng med lojalitetsprinsippet kan dette være problematisk. I lys av EØS-avtalens artikkel 3 kan en avgjørelse om å ikke følge en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen utgjøre en risiko for homogenitetsprinsippet.

Et av de grunnleggende formålene bak EØS-avtalen er å sikre at EØS-statene er en del av EUs indre marked. Dette kommer eksempelvis frem i fortalens avsnitt fire:

«formålet er å opprette et *dynamisk og ensartet* Europeisk Økonomisk samarbeidsområde, som er grunnlagt på *felles regler* og like konkurransevilkår, som har tilstrekkelige håndhevelsesmidler, også på domstolplan, og som er oppnådd på grunnlag av likhet og gjensidighet og en samlet balanse av fordeler, rettigheter og forpliktelser for avtalepartene»
(egne kursiveringer)

Igjen understrekes dette i fortalens avsnitt femten, som trekker frem at

«i betraktning at avtalepartenes formål, med full respekt for domstolenes uavhengighet, er å nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av denne avtale og de bestemmelser i Fellesskapets regelverk som i det vesentlige er gjengitt i denne avtale, og å nå frem til lik behandling av enkeltpersoner og markedsdeltagere med hensyn til de fire friheter og konkurransevilkårene».

Målet om å ha en ensartet fortolkning og anvendelse av avtalen vil på mange måter være det mest grunnleggende ved avtalen. Punktet om homogenitet er helt i kjernen av hele tanken bak EØS-avtalen. Eksempelvis ble homogenitet på tidspunktet avtalen ble ratifisert sett på som «the basic aim of the EEA agreement».⁸⁸

For at det skal være mulig å kunne ha et ensartet indre marked, må alle EU- og EØS-statene kunne forventes å ha de samme spillereglene. I det øyeblikket en nasjonal domstol gjør tolkningen av et EØS-spørsmål om til en nasjonal oppgave, kan resultatet domstolen kommer til sette målet om en felles ensartet indre marked i fare.

Sammenhengen mellom homogenitetsprinsippet og en rådgivende uttalelse er at en rådgivende uttalelse vil sikre ensartethet ved tolkningen av hva som vil være den korrekte måte å behandle et EØS-rettslig spørsmål.

Når en sak skal bli behandlet av EFTA-domstolen, vil målet om å komme frem til en ensartet tolkning bli sikret på flere vis. Ett av de kanskje viktigste momentene i denne sammenheng er at det i saker om rådgivende uttalelser foreligger en mulighet for blant annet ESA, Kommisjonen og de andre EØS- og EU-statene til å uttale seg.⁸⁹ Gjennom å tillate et bredt spekter av synspunkter på hva som vil være korrekt tolkning av EØS-retten, vil det også kunne sikres en bredere enighet om hva som vil være den korrekte tolkningen av et EØS-rettslig spørsmål – og dermed i større grad sikre ensartethet. Dette er også klart formålet bak den brede intervensjonsretten.⁹⁰

Ser man kun på ODA-avtalens artikkel 34 isolert vil det sannsynligvis ikke være mulig å konstatere traktatbrudd dersom en stat ikke følger denne. Konsekvensene tilsier derimot at det faktisk kan oppstå et traktatbrudd på bakgrunn av brudd på lojalitetsplikten som følger av EØS-avtalens artikkel 3. Dersom en nasjonal domstol tolker EØS-avtalen på annet vis enn den rådgivende uttalelsen, kan dette resultere i en situasjon hvor det ikke lenger er en ensartet tolkning av EØS-retten. Et av formålene bak hele EØS-avtalen er å sikre homogenitet. Dette betyr at en handling som setter dette formålet i fare, kan være i strid med EØS-avtalens artikkel 3. Dette vil derfor kunne resultere i et brudd etter ODA-avtalens artikkel 31.

⁸⁸ Norberg mfl. (1993) s. 182

⁸⁹ Se artikkel 36 av Protokoll 5 til Overvåknings- og domstolsavtalen om vedtektene for EFTA-domstolen

⁹⁰ Norberg mfl. (1993) s. 197

Totalt vil dette kunne tilsi at dersom en EØS-stat handler på en måte som utsetter homogeniteten ved avtalen for risiko, vil dette kunne være i strid med lojalitetsplikten etter EØS-avtalens artikkel 3 annet avsnitt.

4.2.5 Gjensidighetsprinsippet – den gylne regel

Gjensidighetsprinsippet er ikke fullt så synlig direkte gjennom EØS-avtalen. Derimot har dette prinsippet kommet frem bl.a. gjennom praksis fra EFTA-domstolen samt at «the principle of reciprocity» er anerkjent og går igjen flere steder i EØS-litteraturen. Prinsippet om gjensidighet følger også av EØS-avtalens fortale avsnitt fire:

«formålet er å opprette et dynamisk og ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde, som er grunnlagt på felles regler og like konkurransevilkår [...] og som er oppnådd på grunnlag av likhet og *gjensidighet* og en samlet balanse av fordeler, rettigheter og forpliktelser for avtalepartene» (egen kursivering)

Slik gjensidighetsprinsippet fungerer, er det anvendelig på to måter: For det første gjennom den materielle delen,⁹¹ og for det andre gjennom en prosessuell gjensidighet⁹². I sammenheng med denne oppgaven kan det være relevant å se til den prosessuelle gjensidigheten for å avgjøre om den har noe påvirkning på hvordan en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen skal tolkes.

Barnard definerer gjensidighetsprinsippet på følgende måte:

«to ensure that the protection enjoyed by EEA citizens in EU states applies equally to EU nationals in EEA states»⁹³

I en materiell sammenheng vil dette typisk problematiseres gjennom de vern av EØS- og EU-borgere som ønsker å nyte friheten av det indre marked gjennom de fire frihetene. I en prosessuell sammenheng vil det derimot være annerledes. Her vil spørsmålet fort være om en EU-borger har samme vern i en EØS-stat som en EØS-borger vil ha i et EU-stat.

Eksempelvis om en EU-borger ønsker å tilby en tjeneste i en EØS-stat og dette blir ikke tillatt. Skulle en slik sak gå helt til EØS-statens sisteinstans, vil det ikke eksistere noen foreleggelsesplikt for sisteinstans hva gjelder å få en tolkning etter ODA-avtalen artikkel 34. I

⁹¹ Fredriksen (2013) s. 79, eller den grunnleggende dommen C-120/78, Rewe-Zentral («Cassis de Dijon»), avsnitt 14–15 om gjensidig anerkjennelse av varefrihet

⁹² Barnard mfl. (2014) s. 155

⁹³ Barnard mfl. (2014) s. 152

det motsatte tilfellet, hvor en EØS-borger ønsker å tilby en tjeneste i en EU-stat, vil utfallet bli annerledes – etter TEUV artikkel 267 er sisteinstans i en EU-stat underlagt en foreleggelsesplikt. Dette medfører dermed at EØS-borgeren i et slikt tilfelle er garantert å få sin EØS-rettslige stilling vurdert av EU-domstolen, mens EU-borgeren ikke er garantert å få sin sak vurdert av EFTA-domstolen.

EFTA-domstolen har selv uttalt at gjensidighet er helt grunnleggende for å sikre ensartethet mellom EØS og EU:

«The Court has repeatedly held that the objective of establishing a dynamic and homogenous European Economic Area can only be achieved if EEA/EFTA and EU nationals and economic operators enjoy, relying upon the same rights in both the EU and EFTA pillars of the EEA[...].

Access to justice and effective judicial protection are essential elements in the EEA legal framework. This can only be achieved if EEA/EFTA and EU nationals and economic operators enjoy equal access to the courts in both the EU and EFTA pillars of the EEA to ensure their rights which they derive from the EEA Agreement.»⁹⁴

I dette sitatet er EFTA-domstolen veldig klar på at det må eksistere fullstendig gjensidighet for å kunne oppnå et ensartet indre marked. Om dette er helt realistisk, eller i det hele tatt korrekt, er derimot en annen sak.

Slik EFTA-domstolen mener, kan det ikke foreligge en forskjell i rettighetene til borgere, siden det ikke vil være i tråd med gjensidighetsprinsippet. Men for at gjensidighetsprinsippet skal kunne gjelde, må den samme rettigheten ikke blir anvendt på en enstemmig måte. Dette vil kunne være tvilsomt i et tilfelle hvor TEUV artikkel 267 blir sammenlignet med ODA-avtalens artikkel 34.

Opprinnelig var gjensidighetsprinsippet å finne i EC-traktatens artikkel 310.⁹⁵ I sammenheng med EC-traktatens artikkel 310 har EU-domstolen uttalt at det «ikke i sig selv og uden videre er en mangel på gensidighed i gennemførelsen af traktaten» dersom det eksisterer forskjellig oppfatning av de plikter domstolene er underlagt.⁹⁶ Altså kan gjensidighet eksistere selv om det ikke er helt identisk oppfattelse og anvendelse av gjensidighetsprinsippet.

⁹⁴ E-11/12 Koch, avsnitt 116 og 117

⁹⁵ Dagens TEUV artikkel 217

⁹⁶ C-104/81 Hauptzollamt Mainz v C.A. Kupferberg & Cie KG a.A. avsnitt 18

Det vil nok ikke kunne hevdes at det eksisterer en plikt til å sikre de samme rettighetene til EU-borgere i EØS-stater etter ODA-avtalens artikkel 34 som for EØS-borgere under TEUV artikkel 267. At EØS-statene fortsatt vil kunne bli erstatningsansvarlige overfor private parter som opplever et tap dersom det konstateres traktatbrudd grunnet feil nasjonal tolkning av EØS-retten, er derimot fortsatt en mulighet.

4.2.6 Delkonklusjon

Oppsummert er det klart at flere momenter går igjen ved vurderingen av hvor bindende en rådgivende uttalelse er. Det viktigste vil være at alle parter er enige om at slike uttalelser vil være særlig tungtveiende. Dette vil også være i tråd med ønsket om å ha et koherent overnasjonalt system hvor homogenitet er sikret. Derimot var også partene helt klare på at EFTA-domstolen ikke skulle ha noen bindende funksjon.

Noe som tilsier at Norge mente at rådgivende uttalelser skulle følges er sitatet fra St.prp. nr. 100 på s 339–340. Der står følgende:

«Det er lite trolig at den nasjonale domstol ville legge til grunn en annen tolkning enn EFTA-domstolen»

Tanken bak denne uttalelsen forstås som at departementet i realiteten mente at det kun var en formell mulighet til å kunne fravike en rådgivende uttalelse. Men selv om det skulle stemme at partene var innforstått med at det skal eksistere en slik «gentleman's agreement», er det andre momenter som ikke er helt i tråd med denne tolkningen.

I alle tilfeller vil det materielle utfallet dersom Høyesterett tolker EØS-retten annerledes enn EFTA-domstolen, kunne medføre et traktatbruddsøksmål. I så fall er staten pålagt å endre reglene jf. EØS-avtalens artikkel 33. Dette tilsier at det vil være til EØS-statens eget beste å følge en rådgivende uttalelse. Og ettersom konsekvensene av å ikke følge en rådgivende uttalelse er så store, bør de særlige grunnene som blir anvendt være av en meget universalt anerkjent karakter.

5 Avsluttende tanker

I et av de første og mest omfattende litterære verkene som kom ut om EØS-avtalen allerede i 1993, blir følgende skrevet om EØS-avtalens mål om å sikre homogenitet:

«The whole project of one market with common rules would risk being jeopardized if the application and interpretation of those rules were to develop along different lines in the various Contracting Parties. Thus, the importance of the aim of creating a homogenous European Economic Area *cannot be sufficiently underlined* for a correct and complete understanding of the EEA Agreement»⁹⁷ (egen kursivering)

Det er over 23 år siden dette ble skrevet, men sannheten har ikke endret seg. Dersom det ikke eksisterer ensartethet i EØS- og EU-retten vil det ikke være mulig å oppnå et internt indre marked. Imidlertid har det også fra første dag vært underforstått av alle parter at EØS-samarbeidet skal ha respekt for de nasjonale domstolars uavhengighet. Domstolene skal dermed ikke være forpliktet til å anmode eller følge en rådgivende uttalelse. Disse to formålene, uavhengighet og overnasjonalt ensartethet, vil være to formål som vil gå på bekostning av hverandre. Det er derfor viktig å finne korrekt balanse.

Som denne oppgaven har belyst, er det mange momenter som trekker i forskjellige retninger hva gjelder forståelsen av ODA-avtalens artikkel 34 – og spørsmålet om hvor stor innflytelse nasjonale domstoler skal ha sammenlignet med EFTA-domstolen er både et rettslig og politisk betent spørsmål.

Utgangspunktet i ODA-avtalens artikkel 34 er klart at det ikke foreligger noen plikt, hverken direkte eller underforstått, om at sisteinstans i EØS-statene skal anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. Å sammenligne EØS-rettens situasjon med foreleggelsesplikten som eksisterer i EU-retten er derfor ikke mulig.

Særlig vil det være problematisk dersom en EØS-stats domstol først anmoder EFTA-domstolen, for deretter velge å ikke følge denne tolkningen av EØS-retten – i et slikt tilfelle vil det foreligge meget sterke grunner for at eksempelvis Høyesterett skal følge denne. Men selv om denne klare oppfordringen til å følge tolkningen til EFTA-domstolen eksisterer, finnes det ikke en rettslig plikt til å gjøre dette.

⁹⁷ Norberg mfl. s 182

Skulle praksis derimot utvikle seg slik at en rådgivende uttalelse i realiteten er en uttalelse Høyesterett er pliktig til å følge, kan dette i lengden virke mot sin hensikt. Dersom dette skulle skje, ville det fortsatt ikke eksistere noen plikt til å anmode. Resultatet av en slik situasjon, hvor den nasjonale domstolen er fri til å tolke EØS-retten selv hvis den *ikke* spør, men er bundet dersom den spør, blir fort at enda færre saker vil bli oversendt til EFTA-domstolen. Og sannsynligvis ville underinstansene tenkt seg grundig om før de hadde valgt å anmode. Det vil for underinstansene være mye enklere å heller tillate partene å anke saken nasjonalt slik at avgjørelsen i saken blir avgjort av en nasjonal domstol. Den samme tankegangen vil fort kunne oppstå også mellom partene som prosederer saken.

Det eksisterer ikke direkte noen rettslig plikt til å følge en rådgivende uttalelse. Skulle domstolen derimot bestemme seg for å se vekk fra en rådgivende uttalelse for så å tolke EØS-retten på et annet vis, vil dette kunne medføre store konsekvenser. En avgjørelser fra domstolen om å ikke følge EFTA-domstolens rådgivende uttalelse kan medføre at Norge bryter sine forpliktelser etter EØS-avtalens artikkel 3. Et slikt brudd kan videre være et traktatbrudd etter ODA-avtalen artikkel 31. Om ikke annet vil det derfor eksistere en sterk anmodning overfor domstolene om å følge en rådgivende uttalelse når dette først blir etterspurt.

I tillegg er det slik at domstolen, dersom den fortsatt er usikker på tolkningen av EØS-retten, kan anmode EFTA-domstolen på nytt om en rådgivende uttalelse. Dette vil i veldig stor grad kunne sikre at det ikke oppstår noen misforståelser eller tvetydige tolkninger av EØS-retten. Men i praksis vil dette fort være veldig vanskelig. Norske domstoler har allerede et rykte på seg for å holde igjen saker fra EFTA-domstolen.⁹⁸ Om dette er korrekt vil ikke bli behandlet i denne oppgaven. Derimot er det nok ikke fullt så kontroversielt å påstå at en ny runde med anmodninger ofte vil være i strid med partenes ønsker, ettersom dette kan fort føre til at saksbehandlingen blir utsatt med omtrent ett år. I tillegg kan dette medføre at store saksomkostninger blir enda større. Det er derfor tvilsomt hvor realistisk en slik løsning faktisk er.⁹⁹

I tiden etter STX har EU-domstolen behandlet en lignende sak.¹⁰⁰ I saken *Elektrobudowa* endte EU-domstolen med en annen løsning enn både EFTA-domstolen og Høyesterett. Dette viser at

⁹⁸ Baudenbacher (2013) s. 518–519

⁹⁹ Til slutt kan det også stilles spørsmål om ikke en slik dobbel anmodning i realiteten vil tilsi at Høyesterett ikke vil kunne se vekk fra en slik rådgivende uttalelse. Det vil i så fall være en meget kontroversiell avgjørelse fra Høyesterett dersom de velger å ikke følge en rådgivende uttalelse etter to runder med anmodninger

¹⁰⁰ C-396/13 *Elektrobudowa*

rettsbildet blir veldig uoversiktlig, og ikke minst utgjør en risiko mot ensartethet dersom det ikke eksisterer samarbeid. EFTA-domstolen vil kunne innrette seg etter EU-domstolens nye avgjørelser uten store problemer ved neste korsvei selv om det var EFTA-domstolen som «tråkket opp»¹⁰¹ veien først. Denne problematikken behandlet EFTA-domstolen i L'Oreal-saken, hvor EFTA-domstolen uttalte følgende:

«However, the consequences for the internal market within the EEA are the same in that situation as in a situation where the ECJ has ruled on an issue first and the EFTA Court subsequently were to come to a different conclusion. This calls for an interpretation of EEA law in lie with the new case law of the ECJ regardless of whether the EFTA Court has previously ruled on the question»¹⁰²

Noe lignende kan bli tilfellet hvis EFTA-domstolen mottar et traktatbruddsøksmål fra ESA i STX-saken – løsningen vil fort kunne bli at EFTA-domstolen innretter seg etter den nye praksisen fra EU-domstolen. Men samtidig fastslår de også et traktatbrudd mot Norge, ettersom avgjørelsen til Høyesterett i STX fortsatt ikke er forenlig med Elektrobudowa.

Interessant er det også at dersom Høyesterett sin tolkning av Verkstedoverenskomsten ikke er forenlig med utsendingsdirektivet og dermed traktatstridig, vil dette kunne ha vidtrekkende konsekvenser. Eksempelvis har den allmenngjorte tariffavtalen for de som arbeider på byggeplasser en regel identisk med den i Verkstedoverenskomsten om reise, kost og losji som alle arbeidstakere i disse bransjene uansett er omfattet av.¹⁰³ Det samme gjelder også for renhold,¹⁰⁴ samt persontransport med turbil.¹⁰⁵ Skulle det bli slik at Norge dømmes for traktatbrudd, kan dette få konsekvenser for disse andre allmenngjorte tariffenene også.

Til slutt er det viktig å få frem at problemene som oppstår i drakampen mellom Høyesterett og EFTA-domstolen om de institusjonelle aspektene ved forståelsen av EØS-avtalen ikke kan sies å være en gjenspeiling av hvor godt samarbeidet egentlig har fungert. Og det vil være helt feil å antagonisere EFTA-domstolen, slik det til tider blir gjort i media og av politikere.¹⁰⁶

¹⁰¹ Se Fredriksen (2014) s. 259–260 og henvisning til Henrik Bull i fotnote 801 i samme bok på s. 260.

¹⁰² Samlede saker E-9 og 10/07 L'Oreal avsnitt 29

¹⁰³ Se «Forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge» § 6

¹⁰⁴ Se «Forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for renholdsbedrifter» § 5

¹⁰⁵ Se «Forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for persontransport med turbil» § 5

¹⁰⁶ Eksempelvis:

<http://www.nrk.no/norge/staten-og-lo-vant-verftssaken-1.10936323> (18.05.16)

<http://xn--rdt-0na.no/nyheter/2013/03/%E2%80%93-verftssaken-viser-hvorfor-e-C3%B8s-m%C3%A5-vekk/> (01.06.16)

I perioden etter STX var klimaet mellom EFTA-domstolen og Høyesterett dårligere enn på lenge.¹⁰⁷ Men etter en liten stund valgte institusjonene å gjøre nettopp det som var formålet med EFTA-domstolens funksjon fra dag én: nemlig å forsøke å få til et godt samarbeid. Sommeren 2014 feiret EFTA-domstolen sitt 20-årsjubileum. I denne sammenheng ble Høyesterett invitert til Luxembourg for å delta på en konferanse. I Høyesteretts egen årsrapport fra 2014 skriver de følgende:

«Sommeren 2014 feiret EFTA-domstolen 20 år. Høyesterett deltok da på en konferanse i Luxembourg, hvor det blant annet var paneldebatt om rådgivende uttalelser med tittelen: ‘To refer or not to refer’. Noe av bakgrunnen for debatten var en kritikk fra EFTA-domstolens president mot Norge for i for få tilfeller å ha bedt om rådgivende uttalelser fra domstolen. Justitiarius Schei redegjorde for den praksis Høyesterett hadde fulgt og bakgrunnen for den, men sa også at vi vil se på vår praksis på nytt i lys av den debatt som er reist. På EFTA-domstolens hjemmeside refereres avslutningen av debatten slik: ‘At the end Chief Justice Schei invited the EFTA-Court to a round table with the Supreme Court of Norway on the matter’. Invitasjonen ble fulgt opp med et felles seminar i Oslo i oktober 2014 for alle dommere og juridiske medarbeidere i de to domstolene.»¹⁰⁸

I 2015 sendte også Høyesterett for første gang på over ti år en sak til EFTA-domstolen hvor de ba om en rådgivende uttalelse etter ODA-avtalens artikkel 34. EFTA-domstolen kom med sin rådgivende uttalelse i april 2016.¹⁰⁹ Tar man i betraktning at Høyesterett i løpet av EFTA-domstolens første 20 år kun sendte inn fire saker¹¹⁰, er dette et tegn på at dialogen har utviklet seg til det bedre.¹¹¹

På mange måter er dette et godt eksempel på at EØS-avtalen fungerer som den skal. Det kan sies at alle sunne forhold mellom mennesker som lever tett på hverandre også innebærer en til tider mer heftig krangel. I tilfellet med STX har den fungert som et naturlig skritt videre i modningen av samarbeidet mellom den norske stat og resten av Europa. STX har på flere måter fungert som en katalysator – spørsmålene STX har tatt opp er spørsmål som det til slutt ville

<http://www.aftenposten.no/meninger/kommentarer/EOS-og-det-politiske-Hoyesterett-7115755.html> (18.05.16)

¹⁰⁷ Baudenbacher (2013), Bårdsen (2013), Fredriksen (2014) s. 199 og Barnard (2014)

¹⁰⁸ <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/armelding/armelding-2014.pdf> s. 26 (18.05.16)

¹⁰⁹ Se E-14/15. Saken handler om rettighetene til havnearbeidere som blir utkonkurrert av utenlandske arbeidstakere. EFTA-domstolen mente i denne saken at rammeavtalen for havnene er i strid med EØS-avtalens artikkel 31. Derimot har EFTA-domstolen overlatt mye rom til hvordan Høyesterett ønsker selv å gå frem i saken. Dette stemmer dermed godt overens med Irish Bank sin uttalelse om domstolenes «partner-like» forhold

¹¹⁰ NOU 2012: 2 Vedlegg 6

¹¹¹ Dette er også inntrykket til forfatteren av denne oppgaven etter å ha vært i uformell dialog med bl.a. Sejersted og Arnesen

måtte svares på. Og i enden av denne prosessen vil det forhåpentligvis være mulig å svare på noen av spørsmålene som i dag er åpne for tolkning. Likevel er det ofte slik at for hvert svar man får, vil det fort oppstå to nye spørsmål. Om STX er et slikt tilfelle vil kun den videre dialogen og samarbeidet mellom institusjonene kunne avgjøre.

Som alle mennesker kjenner, vil det i ethvert partnerlignende forhold fra tid til annen oppstå uenigheter. Det vil være situasjoner, enten med en samboer, en kollega eller en god kamerat hvor det oppstår uenighet. Men i disse tilfellene klarer man nesten alltid å komme til enighet og finne løsninger på de uenigheter som måtte oppstå. Hele STX-sagaen viser oss akkurat dette: Uten å muligens være klar over det selv, traff EFTA-domstolen sannsynligvis enda bedre enn de trodde da de beskrev forholdet mellom Høyesterett og EFTA-domstolen som partner-aktig i Irish Bank-saken. I de første skjelvene etter STX-saken var det en klar uenighet mellom domstolene som resulterte i en til tider ganske opphetet debatt. Men nå har domstolene klart å jobbe sammen igjen, finne ut hva som var deres forskjeller for deretter å løse opp i disse uenighetene. Spørsmålene denne oppgaven har behandlet er vanskelige spørsmål både politisk og rettslig. Men det er spørsmål som må oppklares på et eller annet tidspunkt. At Høyesterett gjennom sin avgjørelse i STX gikk mot EFTA-domstolen var deres måte å stille et spørsmål til EFTA-domstolen om når det er mulig å se vekk fra en rådgivende uttalelse. Om Høyesterett vil få svar på spørsmålet sitt er for øyeblikket opp til ESA å avgjøre dersom de legger frem et traktatbruddsøksmål mot Norge. Dersom ESA velger å gjøre dette, vil EFTA-domstolen kunne gi et endelig svar på hvordan en rådgivende uttalelse skal forstås.¹¹² Selv om dette er et vanskelig spørsmål, må det på ett tidspunkt bli besvart. Er svaret av god kvalitet, kan dette hjelpe med styrke samarbeidet mellom Norge og EØS. Men er svaret mindre treffende, kan det også skape et enda uklarere rettsbilde.

I disse dager hvor hele EU-samarbeidet opplever utfordringer på en måte som ikke kunne vært forutsett bare for ett år siden, er det viktig at samarbeidet mellom Norge, de andre EØS-statene og EFTA-domstolen er av en stabil karakter. Dersom EØS-samarbeidet skal bli enda sterkere, må forståelsen av ODA-avtalens artikkel 34 bli avklart. I tillegg må både de nasjonale domstolene og EFTA-domstolen være enige i den samme forståelsen. Dette kan STX hjelpe til med å svare på dersom ESA går til EFTA-domstolen med påstand om brudd på ODA-avtalens artikkel 34.

¹¹² Se fotnote 77

En ting er sikkert, og det er at siste ord om ODA-avtalens artikkel 34 enda ikke er sagt.

Litteraturliste

Lover, forskrifter, direktiv og traktater

Domstolloven (1915)	Lov 13. mai 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)
EØS-loven (1992)	Lov 27. november 1992 nr. 23 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)
EØS-avtalen (1992)	Lov 27. november 1992 nr. 23 om Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen)
ODA-avtalen (1992)	Lov 27. november 1992 nr. 23 om Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA-avtalen)
ODA-avtalen, Protokoll 5	Protokoll 5 til Overvåknings- og domstolsavtalen om vedtektene for EFTA-domstolen
Tariff for byggeplass	Forskrift 27. november 2014 nr. 1482 om allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge
Tariff for renholdsbedrifter	Forskrift 27. november 2014 nr. 1483 om allmenngjøring av tariffavtale for renholdsbedrifter
Verkstedoverenskomsten	Forskrift 27. november 2014 nr. 1829 om delvis allmenngjøring av Industioverenskomsten/VO-delen for skips- og verftsindustien
Tariff for persontransport	Forskrift 27. mai 2015 nr. 815 om allmenngjøring av tariffavtale for persontransport med turbil
TEU	Traktat om Den europeiske union (TEU)
TEUV	Traktat om Den europeiske unions virkeområde (TEUV)
Utsendingsdirektivet	Direktiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting (Utseningsdirektivet)
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950
Wien-konvensjonen	Vienna Convention on the law of treaties (with annex). Concluded at Vienna on 23 May 1969

Avgjørelser fra Høyesterett

Rt. 1997 s. 1965

Rt. 2000 s. 1811	<i>Finanger I</i>
Rt. 2007 s. 1003	<i>Spillautomat</i>
Rt. 2011 s. 258	<i>STX</i>

Avgjørelser fra EFTA-domstolen

Sak E-1/94	<i>Restamark</i>
Sak E-9/97	<i>Sveinbjörnsdóttir</i>
Samlede saker E-9 og 10/07	<i>L'Oreal</i>
Sak E-13/10	<i>ESA mot Aleris Ungplan AS</i>
Sak E-15/10	<i>ESA mot Posten Norge</i>
Sak E-18/10	<i>ESA mot Norge</i>
Sak E-2/11	<i>STX</i>
Sak E-14/11	<i>Schenker I</i>
Sak E-18/11	<i>Irish Bank</i>
Sak E-3/12	<i>Jonsson</i>
Sak E-11/12	<i>Koch</i>
Sak E-14/15	<i>Holship</i>

Avgjørelser fra EU-domstolen

Sak C-104/81	<i>Hauptzollamt Mainz v C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.</i>
Sak C-283/81	<i>CILFIT</i>
Samlede saker C-6 og 9/90	<i>Frankovich</i>
Sak C-396/13	<i>Elektrobudowa</i>
Sak C-120/78	<i>Rewe-Zentral («Cassis de Dijon»)</i>

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol

Sak 60350/00	<i>Canela Santiago v. Spain</i>
Sak 15073/03	<i>John v Germany (Decision on admissibility)</i>

Forarbeider og offentlige dokumenter

- St.prp.nr. 100 (1991-1992) Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS)
- NOU 2012: 2 Europautredningen: Utenfor og innenfor – Norges avtaler med EU
- NOU 2012: 2 Rapport # 3 NOU 2012: 2 - Europautredningen: Utenfor og innenfor – Norges avtaler med EU, Rapport # 3 EU/EØS-rett i Norske domstoler av Halvard Haukeland Fredriksen
- Pre-article 31 letter i STX Complaint against Norway concerning posting of workers, doc no. 762926:
http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/Pre-Article_31_letter_-_Complaint_against_Norway_concerning_posting_of_workers.pdf (31.05. 16)
- Arbeids- og sosialdep, Complaint against Norway concerning posting of workers – reply form the Norwegian Government, doc no. 774351
<http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/774351.pdf> (31.05.16)

Bokinnførsler

- Barnard mfl. (2014): Bok publisert i sammenheng med 20-års jubileet til EFTA-domstolen med 43 individuelle bidragsyttere. *The EEA And the EFTA Court, Decentred Integration*, 1. Utg. (Oxford og Portland, Oregon 2014)
- Broberg mfl. (2014): Morten Broberg og Niels Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, 2. utg. (Oxford og New York 2014)

- Fredriksen (2014): Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 2. utg. (Bergen 2014).
- Norberg mfl. (1993): Sven Norberg, Karin Hökborg, Martin Johansson, Dan Eliasson, Lucien Dedichen, *EEA Law – A Commentary on the EEA Agreement*, 1. utg. (Stockholm 1993)
- Sejersted mfl. (2011): Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. utg (Oslo 2011)
- Stemsrud (2015): Odd Stemsrud, *EØS-rett I et nøtteskall*, 1. utg. (Opolgraf 2015)
- Weatherill (2014): Stephen Weatherill, *Cases & Materials on EU Law*, 11. utg. (Oxford 2014)

Tidsskriftsartikler

- Barnard (2014): Catherine Barnard, «Posting matters», *Arbeidsrett*, 01/2014 s. 1-28
- Baudenbacher (2008): Carl Baudenbacher, «The Goal of Homogenous Interpretation of the Law in the EEA» *The European Legal Forum*, 2008 Litterature Doc. 881
- Baudenbacher (2012): Carl Baudenbacher, «The EFTA Judicial System Reaches the Age of Majority – Accomplishments and Problems», Tale gitt under et EØS-seminar 19.01.12 i Brussel for EFTA-sekretariatet (http://www.eftacourt.int/fileadmin/user_upload/Files/News/2012/CB_The_EFTA_Judicial_System_reaches_the_Age_of_Majority_final.pdf) (29.05.16)
- Baudenbacher (2013): Carl Baudenbacher, «EFTA-domstolene og dens samhandling med de norske domstolene» *Lov og Rett*, 2013 s. 515-534
- Bårdsen (2013): Arnfinn Bårdsen, «Noen refleksjoner om Norges Høyesterett og EFTA-domstolen», *Lov og Rett*, 2013 s. 535-546

- Fredriksen (2006): Halvar Haukeland Fredriksen, «Om mangelen på tolkningsspørsmål fra norske domstoler til EFTA-domstolen» *Jussens Venner*, 2006 s. 372-402
- Fredriksen (2010): Halvard Haukeland Fredriksen, «Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen? – noen betraktninger om størrelsen ‘gjeldende EØS-rett’» *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2010 s. 247-287
- Fredriksen (2012): Halvard Haukeland Fredriksen, «Prinsipper, praksis og prognoser ved tolkning av EØS-avtalen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2012 s. 333-341
- Fredriksen (2015): Halvard Haukeland Fredriksen, «Best i klassen? EØS-Norge sett utenfra» *Nytt norsk tidsskrift* 2015 s. 147-162

Avhandlinger

- Vaitkevičiūtė 2014: Agnė Vaitkevičiūtė, «The Posting of Workers Directive in the Context of the Baltic States» LLM International and European Public Law, Tilburg University
(<https://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=134409>) (16.05.16)