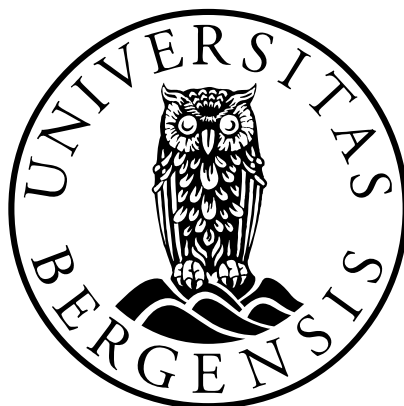


Den rettskildemessige vekten av EFTA- domstolens rådgivende uttalelser i norsk rett

I lys av kravet om vesentlig vekt

Kandidatnummer: 190

Antall ord: 13 526



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

08.06.2020

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Problemstilling, aktualitet, hypotese og avgrensninger	1
1.1.1	Problemstilling og tema.....	1
1.1.2	Temaets aktualitet.....	1
1.1.3	Hypotese og underproblemstillinger	2
1.1.4	Avgrensninger	2
1.2	Rettskilder og oppgavemetodiske utfordringer.....	3
1.2.1	Analyse av rettspraksis	3
1.2.2	Opgavemetodiske utfordringer	4
1.3	Videre fremstilling	4
2	EØS-AVTALEN OG EU	5
2.1	EU: utgangspunktet for EØS-avtalen.....	5
2.2	Institusjoner i EU, EØS og EFTA.....	5
2.2.1	To-pilar-systemet.....	5
2.2.2	EU-domstolens hovedoppgaver.....	6
2.2.3	Foreleggelsessaker til EU-domstolen og EFTA-domstolen	6
2.2.4	Acte clair-doktrinenes betydning for prejudisielle avgjørelser	7
2.3	EU- og EØS-rettslige prinsipper	7
2.3.1	Betydningen av «dynamisk og ensartet» tolkning og praksis	7
2.3.2	Homogenitetsmålsetningen	8
2.3.3	Presumsjonsprinsippet.....	9
2.3.4	Lojalitetsplikten	10
2.3.5	Prinsippet om EU-rettens forrang og direkte virkning.....	10
2.3.6	Statenes erstatningsansvar	11
2.3.7	Fremstillingen så langt.....	12
3	EFTA-DOMSTOLENS KOMPETANSE TIL Å AVGI RÅDGIVENDE UTTALELSER.....	13
3.1	EFTA-domstolens kompetanse	13
3.1.1	EØS-avtalen art. 108 nr. 2 og ODA-avtalen art. 34	13
3.1.2	Fremgangsmåten etter ODA-avtalen art. 34.....	14
3.1.3	Domstoloven § 51a: nasjonal hjemmel for henvendelser til EFTA-domstolen	14
3.2	Foreleggelser fra norske domstoler til EFTA-domstolen	16
3.2.1	Historikk og statistikk.....	16

3.2.2	Bakgrunnen for få foreleggelse til EFTA-domstolen.....	18
3.2.3	Reaksjoner på manglende henvendelser til EFTA-domstolen	18
3.2.4	Arbeidsfordelingen mellom norske domstoler og EFTA-domstolen	19
4	EFTA-DOMSTOLENS RÅDGIVENDE UTTALELSER I NORSK	
	RETTSPRAKSIS	20
4.1	Fremstillingen videre	20
4.2	Vekten av rådgivende uttalelser fra norsk Høyesterettspraksis	20
4.2.1	Opptakten til Finanger 1: Eidesund-saken.....	20
4.2.2	Finanger 1 og kravet om «vesentlig vekt».....	22
4.2.3	Utviklingen etter Finanger 1: Paranova og Thue.....	24
4.3	Materiell uenighet mellom domstoler	27
4.3.1	STX-saken	27
4.3.2	Fosen-Linjen-saken	31
4.3.3	Jabbi-saken og Campbell-saken	35
4.4	Feil faktum lagt til grunn	38
4.4.1	Holship-saken	38
4.4.2	Yara-saken	41
5	AVSLUTNING.....	43
5.1	Kort om oppgavens funn og egne refleksjoner	43
5.2	Oppgavens hypotese og problemstilling	44
	LITTERATURLISTE.....	45

1 Innledning

1.1 Problemstilling, aktualitet, hypotese og avgrensninger

1.1.1 Problemstilling og tema

Oppgavens tema er den rettskildemessige vekten av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser i norsk rett. Problemstillingen er hvilken rettskildemessig vekt EFTA-domstolens uttalelser har i lys av kravet om «vesentlig vekt».¹ Foreleggelsesordningen for EFTA-domstolen har to sider: Den første siden knytter seg til hvorvidt norske domstoler har en plikt til å forelegge et spørsmål for EFTA-domstolen. Den andre siden er hvordan norske domstoler forholder seg til den rådgivende uttalelsen som EFTA-domstolen har avsagt. Det er sistnevnte side ved foreleggelsesordningen til EFTA-domstolen som er tema for oppgaven. Litt kort og enkelt sagt er dette i stor grad et spørsmål om nasjonal suverenitet på den ene siden, og virkningen av et overnasjonalt organs innflytelse på den andre siden.

1.1.2 Temaets aktualitet

Gjennom EØS-avtalen har Norge påtatt seg forpliktelser om blant annet å opptre lojalt overfor avtalen, avtalepartene og de institusjonene som er opprettet i medhold av avtalen. Lojalitetsplikten gjelder både lovgivende og dømmende makt, særlig med hensyn til å komme til materielt riktige avgjørelser og å bidra til å sikre lik og ensartet praktisering i lys av homogenitetsprinsippet. Lojalitetsplikten og hensynet til rettsenhet er rettet mot domstolene som derfor har en viktig rolle gjennom EØS-avtalen.²

Etter at det ble slått fast i Finanger 1 at EFTA-domstolens rådgivende uttalelser skal tillegges «vesentlig vekt» har det kommet ny rettspraksis som går i samme retning og rettspraksis som går i en annen retning. Et eksempel er at Frostating lagmannsrett i Fosen-Linjen kom til at den rådgivende uttalelsen skulle fravikes.³ Da Fosen-Linjen-saken ble anket valgte Høyesterett å innhente en ny rådgivende uttalelse før det ble avsagt dom.⁴ Videre kom EFTA-domstolen nylig med en rådgivende uttalelse i Campbell-saken som underbygger EFTA-domstolens syn i Jabbi-

¹ I Finanger 1 (Rt. 2000 s. 1811) s. 1820 slo Høyesterett fast at EFTA-domstolens rådgivende uttalelser skal tillegges «vesentlig vekt». Den nærmere begrunnelsen til Høyesterett redegjøres for i punkt 4.2.2.

² Finanger 1 s. 1827.

³ LF-2015-187242 (Fosen-Linjen 1).

⁴ HR-2019-1801-A (Fosen-Linjen 2).

saken fra 2016.⁵ Også denne saken viser hvor aktuell den rettskildemessige vekten av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser er.⁶

I NAV-saken som ble offentlig kjent høsten 2019 ble manglende foreleggelse til EFTA-domstolen et tema.⁷ Trygderetten hadde ikke bedt EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse i noen av sakene. En av trygdesakene er per dags dato til behandling i Høyesterett, som har valgt å forelegge saken for EFTA-domstolen og avventer for tiden svar derfra.⁸ NAV-saken belyser hvilken sentral rolle EFTA-domstolens rådgivende uttalelser har i norsk rett og at temaet stadig er aktuelt. EFTA-domstolen har en viktig rolle som ledd i å unngå feiltolkning og misforståelser av regelverket. Den er opprettet med formål om å sikre lik praktisering og forståelse av EØS-retten i EFTA-statene.⁹ En foreleggelse for EFTA-domstolen er derfor viktig for å sikre et riktig utgangspunkt før domsavsigelse i norsk rett.

1.1.3 Hypotese og underproblemstillinger

Uttalelsen fra Finanger 1 om at EFTA-domstolens rådgivende uttalelser skal tillegges «vesentlig vekt» har blitt fulgt opp i senere saker i norsk rett i tillegg til at «vesentlig vekt»-kravet har blitt supplert eller fraveket.¹⁰ Oppgavens hypotese er at Høyesterett går langt i å tillegge EFTA-domstolens rådgivende uttalelser «vesentlig vekt» og at det derfor skal mye til for å fravike. En sentral underproblemstilling for oppgaven er å finne ut av hva som ligger i kravet om «vesentlig vekt». En annen aktuell underproblemstilling er hva som begrunner en fravikelse av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse.

1.1.4 Avgrensninger

Oppgaven skal primært analysere hvordan Høyesterett forholder seg til EFTA-domstolens rådgivende uttalelser. Det avgrenses i hovedsak mot underrettspraksis fordi Høyesteretts praksis

⁵ Sak E-28/15 og E-4/19.

⁶ Sak E-4/19 hvor den rådgivende uttalelsen fra EFTA-domstolen ble avsagt 13. mai 2020.

⁷ Nav-saken fra høsten 2019 handlet om at NAV har anklaget 78 trygdemottakere som trolig er feil dømt for i alt å ha svindlet til seg 24,7 millioner kroner. Det antas at flere tusen saker er feilbehandlet av NAV. ESA mener at NAV brøt EØS-retten. <https://www.nrk.no/nyheter/trygdeskandalen-1.14759909>. (Lest 26. mars 2020).

⁸ Kolsrud (2020d).

⁹ St.prp.nr. 100 (1991-1992) s. 330.

¹⁰ Finanger 1 s. 1820. Se bl.a. Rt. 2004 s. 904 (Paranova), Rt. 2013 s. 258 (STX), HR-2016-2554-P (Holship).

veier tyngst. To saker fra underretten som likevel er verdt å nevne i denne oppgaven, er Jabbi-saken fra Oslo tingrett og Fosen-Linjen-saken fra Frostating lagmannsrett.¹¹ Jabbi-saken har nylig blitt fulgt opp av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i Campbell-saken.¹² Behandlingen av Fosen-Linjen-saken inntatt i punkt 4.3.2 tar for seg saken for Frostating lagmannsrett fordi saken senere ble behandlet av Høyesterett, og begge instansene ba EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse.

EU-domstolens praksis vies begrenset plass i denne oppgaven fordi hovedfokuset er hvordan norske domstoler forholder seg til EFTA-domstolens rådgivende uttalelser. Likevel er praksis fra EU-domstolen verdt å nevne i denne oppgaven der det enten foreligger motstrid med EFTA-domstolen, eller der EU-domstolen har gitt anvisning på vurderingskriterier som benyttes av EFTA-domstolen eller norske domstoler.

Videre avgrenses det mot en gjennomgang av samtlige EU- og EØS-rettslige prinsipper, slik at kun de prinsippene som er mest relevant for oppgaven behandles i punkt 2.3.

1.2 Rettskilder og oppgavemetodiske utfordringer

1.2.1 Analyse av rettspraksis

Helt siden EØS-avtalen ble inngått og EFTA-domstolen ble opprettet har det blitt produsert rettspraksis som angår forståelsen av EØS-retten gjennom rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen. Det foreligger også mye rettspraksis fra EU-domstolen. Som nevnt i punkt 1.1.4 tar denne oppgaven i hovedsak for seg norsk rettspraksis som angår EFTA-domstolens rådgivende uttalelser og hvilken vekt disse skal tillegges. I tillegg tar oppgaven for seg norsk rettspraksis som angår hva som skal til for å fravike EFTA-domstolens rådgivende uttalelser.

Analysen i oppgavens kapittel 4 tar i hovedsak for seg saker som har fått stor oppmerksomhet gjennom offentlig debatt og omtalt i juridisk litteratur. Likevel inneholder oppgaven saker som har fått mindre oppmerksomhet, men som bidrar til å forstå utviklingen, og som underbygger tidligere praksis. Analysen i kapittel 4 inneholder andre kilder enn rettspraksis som enten støtter, svekker eller begrunner domstolenes synspunkter om EFTA-domstolens rådgivende uttalelser.

¹¹ TOSLO-2015-52864 (Jabbi-saken) og LF-2015-187242 (Fosen-Linjen 1).

¹² E-4/19.

1.2.2 Oppgavemetodiske utfordringer

En metodisk utfordring er at det er relativt få saker fra EFTA-domstolen og Høyesterett som er relevante for spørsmålet om den rettskildemessige vekten av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser. Selv om Finanger 1 slo fast at EFTA-domstolens rådgivende uttalelser skal tillegges «vesentlig vekt», finnes det praksis som avviker fra dette utgangspunktet. Dette gjør det vanskelig å konkludere med hvilken rettskildemessig vekt EFTA-domstolens rådgivende uttalelser har. Få autoritative kilder gjør det derfor nødvendig å supplere analysen med andre kilder, herunder juridisk litteratur, formålsbetraktninger og prinsipper fra EU- og EØS-retten.

1.3 Videre fremstilling

Oppgaven vil først ta for seg sammenhengen mellom EØS-avtalen og EU i kapittel 2. I kapittel 3 redegjøres det for EFTA-domstolens kompetanse til å avgi rådgivende uttalelser, herunder nasjonal hjemmel for å be om rådgivende uttalelse. I tillegg behandles historikk og statistikk på antall foreleggelsessaker for EFTA-domstolen fra norske domstoler i punkt 3.2. I oppgavens kapittel 4 følger en nærmere analyse av norsk rettspraksis om den rettskildemessige vekten av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser. Analysen er delt inn i tre deler: rettspraksis som direkte sier noe om den rettskildemessige vekten til EFTA-domstolens rådgivende uttalelser, rettspraksis som angår materiell uenighet mellom to domstoler og rettspraksis hvor feil faktum ble lagt til grunn for EFTA-domstolens rådgivende uttalelser. I kapittel 5 gis en kort sammenfatning av funnene samt egne refleksjoner rundt disse.

2 EØS-avtalen og EU

2.1 EU: utgangspunktet for EØS-avtalen

EU hadde ved opprettelsen i 1951 seks medlemsland.¹³ EU har siden vokst betydelig og teller i dag 27 medlemsland.¹⁴ Formålet med EØS-avtalen er å gi EFTA-statene tilgang til EUs indre marked, uten å være medlem av EU. EU-retten har derfor fungert som en mal for EØS-avtalen. Derfor er det hensiktsmessig med en redegjørelse av hvordan EU-retten er bygd opp med fokus på domstolsordningen og tolkningsprinsippene da dette har høy relevans for oppgavens problemstilling og tema.

I kapittel 2 er formålet å gi en kort forklaring på hvordan EØS-avtalen og EU-retten henger sammen for å kunne gi en bedre oversikt til analysen av norsk rettspraksis i oppgavens kapittel 4. I punkt 2.2.1 redegjøres det for to-pilar-systemet, i punkt 2.2.2 gjennomgås EU-domstolens hovedoppgaver, i punkt 2.2.3 gis det en komparativ fremstilling av foreleggelsessaker for EU-domstolen og EFTA-domstolen og i punkt 2.2.4 pekes det på *acte clair*-doktrinens betydning for foreleggelsessaker. I punkt 2.4 behandles et kort utdrag av de viktigste EU- og EØS-rettslige prinsippene som jeg tar opp i løpet av oppgaven.

2.2 Institusjoner i EU, EØS og EFTA

2.2.1 To-pilar-systemet

EFTA/EØS-statene har ikke avgitt en formell lovgivningskompetanse til EU. Det ble derfor opprettet en parallell struktur for EFTA/EØS-statene som skal speile EU: to-pilar-strukturen.¹⁵ Strukturen innebærer at det finnes tre sett av institusjoner: EU-institusjoner, EFTA-institusjoner og felles EØS-institusjoner.¹⁶ Gjennom to-pilar-strukturen blir EU enige på sin side og EFTA enige på sin side før det treffes vedtak på folkerettslig nivå i EØS-organene hvor de to pilarene møtes.¹⁷ Denne to-pilar-strukturen kan gi et inntrykk av at EFTA er uavhengig, men EØS-avtalen er i realiteten en enveisavtale hvor EFTA/ EØS-statene overtar EUs regelverk gjennom vedtak som fattes i EØS-komiteen.¹⁸ At avtalen i realiteten er en enveisavtale innebærer at EFTA gjennom EØS-avtalen er forpliktet til å følge de vedtakene som fattes i EU.

¹³ Stemsrud (2015) s. 18.

¹⁴ https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_en. (Lest 1. april 2020).

¹⁵ Stemsrud (2015). s. 46.

¹⁶ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 138. Se også Stemsrud (2015) s. 46–47.

¹⁷ Stemsrud (2015) s. 47.

¹⁸ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 237. Se også Stemsrud (2015) s. 48.

2.2.2 EU-domstolens hovedoppgaver

EU-domstolen har tre hovedoppgaver; legalitetskontroll med rettsakter vedtatt av EUs øvrige institusjoner, kontroll med at medlemslandene oppfyller sine forpliktelser etter traktatene og sekundærretten og fortolkning av EU-retten, herunder EØS-retten, etter anmodning fra nasjonale domstoler.¹⁹ Den vanligste sakstypen for EU-domstolen er prejudisielle avgjørelser som er en viktig funksjon for å sikre homogenitet, se punkt 2.4.2.²⁰

2.2.3 Foreleggelsessaker til EU-domstolen og EFTA-domstolen

EFTA-domstolen er EFTA-pilarens svar på EU-domstolen og ble opprettet etter at planen om en felles EØS-domstol møtte motstand i EU-domstolen.²¹ For at ordningen med EFTA-domstolen skulle være forenlig med EU-retten var det en forutsetning at EFTA-domstolens kompetanse ble avgrenset til EFTA-pilaren.²² EFTA-domstolen har derfor ikke kompetanse til å behandle søksmål anlagt av eller mot en av EUs institusjoner eller medlemsstater. Domstolen kan heller ikke svare på tolknings spørsmål fra EUs medlemsstater.²³

Etter TEUV art. 267 første ledd har EU-domstolen kompetanse til å avgi «preliminary ruling» (prejudisiell avgjørelse), mens EFTA-domstolen har kompetanse til å avgi «advisory opinion» (rådgivende uttalelse) etter ODA-avtalen art. 34. Rent språklig betyr dette at EU-domstolen har en større kompetanse enn EFTA-domstolen ved at EFTA-domstolen bare avgir «rådgivende» tilsagn til den nasjonale domstolen. EU-domstolen avgir en avgjørelse som den nasjonale domstolen plikter å følge.²⁴ For EFTA-statene er EFTA-domstolens uttalelse rådgivende og ikke formelt bindende. Ordlyden «rådgivende» tilsier som utgangspunkt at EFTA-statene ikke har en plikt til å følge EFTA-domstolens uttalelse. Hvorvidt det faktisk foreligger en plikt for nasjonale domstoler i EFTA-statene å følge EFTA-domstolens rådgivende uttalelse behandles som nevnt nærmere i punkt 3.3.1 og kapittel 4. Norberg har uttalt at «[t]his difference in terms

¹⁹ Stemsrud (2015) s. 42–43.

²⁰ Stemsrud (2015) s. 45.

²¹ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 170.

²² Stemsrud (2015) s. 55. Se også Fredriksen og Mathisen (2018) s. 170.

²³ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 170.

²⁴ Stemsrud (2015) s. 45.

(preliminary ruling vs. advisory opinion) would at the end of the day seem to be of minor importance as to the effects of non-compliance». ²⁵ I følge Norberg har ulikheten i terminologi mellom EU- og EFTA-domstolen mindre betydning for hvorvidt den nasjonale domstolen følger opp eller ikke.

Enda en ulikhet mellom EU-domstolen og EFTA-domstolen er at den høyeste rettsinstansen i EUs medlemsstater etter TEUV art. 267 tredje ledd har en plikt til å be om prejudisielle avgjørelser fra EU-domstolen. ²⁶ Dette i motsetning til hva som gjelder for EFTA-statenes nasjonale domstoler hvor det formelt er frivillig å be om rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen, jf. ODA-avtalen art. 34. ²⁷ Formålet med EFTA-domstolens kompetanse til å avgi rådgivende uttalelser er i likhet med EU-domstolen å sikre homogenitet og ensartet praksis ved at nasjonale domstoler håndhever regelverket korrekt.

2.2.4 Acte clair-doktrinen betydning for prejudisielle avgjørelser

Acte clair-doktrinen gjør unntak fra TEUV art. 267 tredje ledd om foreleggelsesplikten til nasjonale domstoler i EU. Acte clair-doktrinen går ut på at dersom det ikke foreligger noen *rimelig tvil* om tolkningsspørsmålet, er ikke øverste domstol forpliktet til å forelegge saken for EU-domstolen likevel. ²⁸ Som utgangspunkt er det opp til den øverste nasjonale domstolen å foreta vurderingen av om EU-retten er så klar at det ikke foreligger rimelig tvil og dermed ikke er behov for noen foreleggelse. ²⁹ Doktrinen praktiseres slik at det avgjørende er om det foreligger en reell risiko for avvikende rettspraksis mellom de ulike EU-statene. ³⁰

2.3 EU- og EØS-rettslige prinsipper

2.3.1 Betydningen av «dynamisk og ensartet» tolkning og praksis

På grunn av forpliktelsen om målsetningen om «dynamisk og ensartet» tolkning og praksis er det etablert flere prinsipper for å sikre dette. ³¹ Prinsippene har stor betydning for rettsanvendelsesprosessen i norske domstoler og det er derfor hensiktsmessig med en kort redegjørelse av et

²⁵ Norberg (2012) s. 29.

²⁶ Lie (2007) s. 40.

²⁷ ODA-avtalen art. 34 og TEUV art. 267. Se også Lie (2007) s. 40.

²⁸ Se sak C-283/81, CILFIT v Ministero della Sanità (CILFIT). Se også Fredriksen og Mathisen (2018) s. 260–261.

²⁹ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 260–261.

³⁰ Sejersted mfl. (2011) s. 156. Se også Fredriksen og Mathisen (2018) s. 260–261.

³¹ Sejersted mfl. (2011) s. 108.

begrenset utvalg av disse her. Fremstillingen videre vil ha fokus på homogenitetsmålsetningen, presumsjonsprinsippet, lojalitetsplikten, statenes erstatningsansvar og prinsippet om EU-rettenes forrang og direkte virkning.

2.3.2 Homogenitetsmålsetningen

EU- og EØS-retten bygger på særlig et overordnet mål: homogenitetsmålsetningen. Når det gjelder EØS-avtalen tilsier målet at både EU-domstolen, EFTA-domstolen og nasjonale domstoler benytter samme metode ved tolkningen av EØS-retten og legger til grunn de samme tolkningsresultatene.³² Dette skal bidra til å sikre lik praktisering av lovverket i alle EUs medlemsland og stater som har tilsluttet seg til EØS-avtalen.

Prinsippet fastslår målet om en ensartet EU- og EØS-rettslig fortolkning og rettsanvendelse.³³ Som nevnt i punkt 2.2.1 skal EU-domstolen gjennom sine prejudisielle avgjørelser bidra til å sikre homogenitet. Homogenitetsmålsetningen handler videre om at EØS-retten skal være lik EU-retten, bortsett fra på de områder hvor EØS-avtalens særpreg gir åpning for avvikende løsninger.³⁴ Homogenitetsprinsippet er forankret i fortalens femtende ledd, og ligger til grunn for EØS-avtalen art. 6 og ODA-avtalen art. 3 om plikt til å legge vekt på EU-domstolens praksis ved tolkningen av tilsvarende bestemmelser i EØS-avtalen, og slik sett danner EU-domstolens praksis prejudikat for tolkningen av EØS-avtalen.³⁵ Plikten til å vektlegge EU-domstolens praksis var særlig viktig like etter opprettelsen av EØS-avtalen da det ikke forelå egen praksis fra EFTA-domstolen. EU-domstolens praksis er fremdeles viktig og flere ganger står striden mellom norske domstoler og EFTA-domstolen om hvem som har tolket EU-domstolens praksis riktig.³⁶ At EU-domstolens praksis blir tolket og forstått på riktig måte er viktig for å sikre homogenitet mellom EØS- og EU-retten.

³² Arnesen og Stenvik (2015) s. 25–26.

³³ Stemsrud (2015) s. 79.

³⁴ Arnesen og Stenvik (2015) s. 24.

³⁵ Ot.prp.nr.79 (1991-1992) s. 1–2. Se også Arnesen og Stenvik (2015) s. 27.

³⁶ Se nærmere i punkt 4.3.

2.3.3 Presumsjonsprinsippet

Presumsjonsprinsippet er et viktig prinsipp for å sikre lik praktisering av EØS-lovgivningen. Prinsippet går ut på at nasjonale bestemmelser bør tolkes på en måte som stemmer overens med landets folkerettslige forpliktelser og forutsetter at folkerettens regler er kjent, slik at den kan anvendes som korrektiv og rettesnor for de rettskildefaktorene som springer ut av det nasjonale rettssystemet.³⁷ Presumsjonsprinsippet fikk stor betydning i Finanger 1 og Høyesterett uttalte at prinsippets gjennomslagskraft avhenger av karakteren av de aktuelle folkerettslige forpliktelsene og av hvilket rettsområde den nasjonale rettsregelen er tilknyttet.³⁸ En norsk rettsregel vil i følge Høyesterett yte liten motstand dersom det er konflikt med en folkerettslig forpliktelse som gir borgerne beskyttelse mot inngrep fra det offentlige, mens motstanden vil være større der en slik forpliktelse griper inn i private rettsforhold.³⁹

I forlengelsen av presumsjonsprinsippet går ekvivalensprinsippet ut på at krav som bygger på EØS-retten, materielt og prosessuelt, skal stilles minst like godt som krav som bygger på norsk rett. Dette for å sikre at folkerettens regler får effektivt gjennomslag i nasjonal rett. Effektivitetsprinsippet supplerer effektivitetsprinsippet og har en materiell og en prosessuell side.⁴⁰ Den materielle siden går ut på at materielle nasjonale regler bør tolkes slik at formålet med og virkningen av de internasjonale reglene oppnås på et nasjonalt nivå. Den prosessuelle siden stiller krav om at borgerne skal ha tilgang til de rettslige virkemidlene som er nødvendige for å få prøvd, og eventuelt gjennomført sine rettsposisjoner etter folkeretten.⁴¹ Det er viktig å påpeke at presumsjonsprinsippet, ekvivalensprinsippet og effektivitetsprinsippet ikke er kollisjonsnormer, men vektingsprinsipper som skal bidra til at nasjonal lovgivning tolkes i tråd med EØS-retten.⁴²

³⁷ St.prp.nr.100 (1991-1992) s. 330. Se også Arnesen og Stenvik (2015) s. 64.

³⁸ Finanger 1 s. 1830.

³⁹ Finanger 1 s. 1830.

⁴⁰ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 258.

⁴¹ Arnesen og Stenvik (2015) s. 58–59.

⁴² Arnesen og Stenvik (2015) s. 50 og 58–60.

2.3.4 Lojalitetsplikten

Lojalitetsplikten følger av EØS-avtalen art. 3 som gjelder for medlemsstatene. Av artikkel 3 nr. 1 fremgår det at «[a]vtalepartene skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelsene som følger av avtalen». Lojalitetsplikten status i EØS-retten er mer uklar enn det som gjelder i EU-retten etter TEU art. 4 (3).⁴³ I EU-retten har prinsippet fått et mer konkret innhold enn i EØS-retten og er dessuten brukt aktivt av EU-domstolen i flere saker for å fastslå EU-rettens forrang.⁴⁴ Lojalitetsplikten i EØS-avtalen kan i større grad benyttes som støtteargument enten ved tolkningen av om norske myndigheters etterlevelse av forpliktelsene er korrekt, eller ved å fastsette de overnasjonale trekkene ved avtalen nærmere.⁴⁵ Lojalitetsplikten har imidlertid blitt vist til i Finanger 1, blant annet i forbindelse med den rettskildemessige vekten av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser.⁴⁶

2.3.5 Prinsippet om EU-rettens forrang og direkte virkning

I EU-retten gjelder prinsippet om EU-rettens forrang og direkte virkning, i motsetning til i EØS-retten. Begrunnelsen for å nevne disse prinsippene i denne oppgaven er fordi de illustrerer en viktig forskjell mellom EU-retten og EØS-retten. I EØS-retten gjelder ikke disse prinsippene, men EØS-lovens § 2 fastsetter at lover som gjennomfører EØS-rett i norsk rett skal gå foran annen norsk lovgivning ved motstrid. I tillegg skal EU-retten og EØS-retten eksistere ved siden av hverandre og praktiseres så likt som mulig.

Prinsippet om EU-rettens forrang ble slått fast av EU-domstolen allerede i 1964 i saken *Costa v E.N.E.L.*⁴⁷ EU-rettens forrang innebærer at EU-retten skal gå foran nasjonal rett ved motstrid og medlemslandene kan ikke anvende nasjonal rett når den nasjonale rettsregelen er i strid med EU-retten.⁴⁸ At EU-retten har forrang er i prinsippet absolutt og innebærer at det gjelder alle rettslig bindende EU-regler uavhengig av om de er på traktatnivå eller sekundærrettsnivå.⁴⁹

⁴³ Sejersted mfl. (2011) s. 104.

⁴⁴ Sejersted mfl. (2011) s. 104. Se også sak E-9/97 Sveinbjörnsdóttir.

⁴⁵ Arnesen, og Stenvik (2015) s. 54. Sejersted mfl. (2011) s. 104.

⁴⁶ Finanger 1 s. 1827.

⁴⁷ Sak C-6/64 Flaminio Costa v E.N.E.L.

⁴⁸ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 392. Se også Stemsrud (2015) s. 113.

⁴⁹ Stemsrud (2015) s. 113.

Prinsippet om EU-rettens direkte virkning muliggjør påberopelse av en EU-lovregel direkte uavhengig av nasjonal implementering, og sammen med prinsippet om forrang sikres EU-rettens anvendelse i medlemsstatene på denne måten.⁵⁰ Prinsippet om direkte virkning er ikke traktatfestet, men stadfestet av EU-domstolens sak Van Gend og Loos fra 1963.⁵¹ I saken uttalte EU-domstolen at EU-retten ikke bare pålegger medlemsstatene forpliktelser, men også gir privatpersoner rettigheter. Det kan her trekkes et skille mellom direkte vertikal virkning og direkte horisontal virkning.⁵²

Direkte vertikal virkning vedrører forholdet mellom borgerne og staten og innebærer at borgerne kan påberope en EU-bestemmelse direkte overfor staten, uavhengig av nasjonal implementering.⁵³ Direkte horisontal virkning vedrører forholdet mellom borgerne uavhengig av nasjonal implementering.⁵⁴ Prinsippet direkte virkning skal legge et press på staten som er pliktsubjektet for å gjennomføre EU-lovgivningen. Derfor faller horisontal direkte virkning bort fordi dette prinsippet gjelder private parter og pressmiddelet gjør seg derfor ikke gjeldende. For EU-retten er prinsippet om EU-rettens forrang og EU-rettens direkte virkning viktige som ledd i å sikre homogenitet.⁵⁵ I norsk rett gjelder ikke prinsippet om direkte virkning for forordninger og direktiver, men de har likevel betydning som tolkningsmomenter og dette følger av presumsjonsprinsippet.⁵⁶

2.3.6 Statenes erstatningsansvar

Prinsippet om statenes erstatningsansvar for brudd på EU-rettslige forpliktelser ble fastslått i Franchovich-saken.⁵⁷ EU-domstolen svarte bekræftende på spørsmålet om unnlatt gjennomføring av et direktiv kan medføre erstatningsansvar for staten for det tap private lider som følge

⁵⁰ Stemsrud (2015) s. 114.

⁵¹ Sak C-26/62 Van Gend og Loos. Se også Sejersted mfl. (2011) s. 77–78 og Stemsrud (2015) s. 114

⁵² Stemsrud (2015) s. 115.

⁵³ Stemsrud (2015) s. 115.

⁵⁴ Sejersted mfl. (2011) s. 52. Se også Stemsrud (2015) s. 115.

⁵⁵ Stemsrud (2015) s. 113.

⁵⁶ Finanger 1 s. 1826.

⁵⁷ C-6/90 Francovich.

av den manglende gjennomføringen og at dette følger av selve Traktatens system.⁵⁸ At erstatningsansvaret følger av Traktatens system har sammenheng med prinsippet om direkte virkning.⁵⁹ Prinsippet om statens erstatningsansvar ble senere fastslått av EFTA-domstolen i saken Sveinbjörnsdóttir som et gjeldende EØS-rettslig prinsipp gjennom en isolert tolkning av EØS-avtalen.⁶⁰ Det må likevel antas at EFTA-domstolens etablering av statenes erstatningsansvar ble inspirert av EU-domstolens praksis.⁶¹

Prinsippet om statenes erstatningsansvar går ut på at statene kan holdes erstatningsansvarlig for tap private påføres som følge av det offentliges brudd på EØS-rettslige prinsipper.⁶² Prinsippet fikk gjennomslag i intern norsk rett ved dommen i Finanger 2. Saken gjaldt Veronika Finanger som ble tilkjent erstatning for det økonomiske tapet hun led som følge av feilaktig gjennomføring av motorvognforsikringsdirektivene i norsk rett som ble fastslått i Finanger 1.

2.3.7 Fremstillingen så langt

I kapittel 2 har det blitt pekt på hvordan EU-retten fungerer som mal for EØS-avtalen, likheter og ulikheter mellom EFTA-domstolen og EU-domstolen samt EU- og EØS-rettslige prinsipper som er sentrale for oppgavens problemstilling. I kapittel 3 følger en nærmere gjennomgang av EFTA-domstolens kompetanse til å avgi rådgivende uttalelser.

⁵⁸ C-6/90 Francovich.

⁵⁹ Se punkt 2.4.3 og Arnesen (1997) s. 643.

⁶⁰ Sejersted mfl. (2011) s. 255.

⁶¹ Sejersted mfl. (2011) s. 255.

⁶² Sak E-9/97 Sveinbjörnsdóttir.

3 EFTA-domstolens kompetanse til å avgi rådgivende uttalelser

3.1 EFTA-domstolens kompetanse

3.1.1 EØS-avtalen art. 108 nr. 2 og ODA-avtalen art. 34

EØS-avtalen artikkel 108 nr. 2 fastlegger EFTA-domstolens myndighet. Bestemmelsen angir en særlig myndighet for EFTA-domstolen til å behandle saker som angår overvåkningsbestemmelsene overfor EFTA-statene, behandle klager over vedtak av EFTAs overvåkingsorgan i konkurransesaker og avgjøre tvister mellom to eller flere EFTA-stater. EFTA-domstolens kompetanse til å avgi rådgivende uttalelser følger imidlertid av ODA-avtalen art. 34. Av ODA-avtalen art. 34 første ledd fremgår at «[d]et hører under EFTA-domstolen å gi rådgivende uttalelser om fortolkningen av EØS-avtalen». Bestemmelsen angir EFTA-domstolens særskilte kompetanse til å avgi rådgivende uttalelser om hvordan EØS-avtalen skal forstås. Videre fremgår det av bestemmelsens annet ledd at «[n]år et slikt spørsmål blir reist ved en domstol i en EFTA-stat, og domstolen finner at en uttalelse er nødvendig før den avsier dom, kan den anmode EFTA-domstolen om å gi en slik uttalelse».

Ordlyden «et slikt spørsmål blir reist» tilsier ut fra sammenhengen med første ledd at det må gjelde et spørsmål om «fortolkningen av EØS-avtalen». Ved tvil om fortolkning av EØS-avtalen kan den nasjonale domstolen anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. Den aktuelle domstolen må etter ordlyden tilhøre en EFTA-stat.

Med ordlyden «domstolen finner at en uttalelse er nødvendig før den avsier dom» menes at det er domstolen selv som må foreta en vurdering av om en foreleggelse til EFTA-domstolen skal skje. Dersom den aktuelle domstolen finner en foreleggelse «nødvendig» før domsavgivelse «kan» den anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. Ordlyden «kan» peker på at det er opp til den nasjonale domstolen selv å velge og forelegge spørsmålet eller ikke. Selv om den aktuelle domstolen mener at det er «nødvendig» å forelegge saken for EFTA-domstolen oppstiller ikke bestemmelsen en plikt til dette, jf. ordlyden «kan».

Av ODA-avtalen art. 34 tredje ledd fremgår det at «[e]n 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». I norsk rett er ikke foreleggelsesadgangen begrenset til

Høyesterett som dømmer i siste instans i motsetning til ordningen i EU-retten hvor bare sisteinstansdomstolen kan anmode EU-domstolen om prejudisiell avgjørelse etter TEUV art. 267 tredje ledd. Som nevnt i punkt 2.2 har sisteinstansdomstolen også en *plikt* til å forelegge spørsmål for EU-domstolen med mindre *acte clair*-doktrinen kommer til anvendelse.

3.1.2 Fremgangsmåten etter ODA-avtalen art. 34

Redegjørelsen i punkt 3.1.1 viser at ODA-avtalen art. 34 fastsetter systemet for rådgivende uttalelser, og angir den folkerettslige adgangen nasjonale domstoler har til å forelegge spørsmål for EFTA-domstolen.⁶³ Det er ikke bare ordinære domstoler som har adgang til å forelegge et tolkningsspørsmål for EFTA-domstolen. Også domstollignende tvisteløsningsorganer som etter EU/ EØS-rettslig forstand anses som «domstoler» kan forelegge et spørsmål for EFTA-domstolen.⁶⁴

Prosessen etter ODA-avtalen art. 34 starter med at en nasjonal domstol utformer et spørsmålskrift til EFTA-domstolen som setter rammene for den rådgivende uttalelsen fra EFTA-domstolen. EFTA-domstolen kommer deretter med en rådgivende uttalelse som angir hvordan det EØS-rettslige spørsmålet skal løses. Hvor presist den rådgivende uttalelsen angis, kan variere. Noen ganger vil den være så presis og entydig at den løser det underliggende spørsmålet. Andre ganger kan uttalelsen være mer generelt utformet og gir for eksempel anvisning på hvilke rettslige kriterier som må legges til grunn for den nasjonale domstolens endelige vurdering.⁶⁵

3.1.3 Domstolloven § 51a: nasjonal hjemmel for henvendelser til EFTA-domstolen

I tillegg til den folkerettslige hjemmelen i ODA-avtalen art. 34 angir dl. § 51a den nasjonale hjemmelen for foreleggelsessaker til EFTA-domstolen.⁶⁶

Av dl. § 51a første ledd fremgår at

⁶³ Tilsvarende syn: Sejersted mfl. (2011) s. 167. Se også Fredriksen og Mathisen (2018) s. 266.

⁶⁴ Sejersted mfl. (2011) s. 167. Vurderingen etter EU-domstolens mal er om organet er opprettet ved lov, er av permanent karakter, utgjør en obligatorisk rettsinstans, praktiserer kontradiktorisk saksbehandling og treffer avgjørelser på grunnlag av rettsregler og er uavhengig. Se EU-domstolens praksis, sak C-138/80 Borker, avsnitt 4 og sak C-318/85 Greis Unterweger, avsnitt 4.

⁶⁵ Sejersted mfl. (2011) s. 165.

⁶⁶ Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (dl.).

«[n]år 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. Rettens beslutning om at et tolkningsspørsmål skal eller ikke skal forelegges for EFTA-domstolen, kan ikke angripes ved anke.»

For det første gjelder bestemmelsen for «norsk domstol» som inkluderer de alminnelige domstolene som er nevnt i dl. §§ 1 og 2. Av forarbeidene fremgår at også arbeidsretten og andre særdomstoler som ikke er nevnt i dl. §§ 1 og 2 første ledd kan forelegge tolkningsspørsmål for EFTA-domstolen.⁶⁷

Etter ordlyden må tolkningsspørsmålet oppstå i en sak som skal behandles av den aktuelle domstolen.⁶⁸ Bestemmelsen angir de tilfeller hvor man skal ta «stilling til tolkningen» av EØS-avtalen, med tilhørende protokoller, vedlegg og rettsakter som vedleggende omhandler. Foreleggelse for EFTA-domstolen skal gjøres i «samsvar» med ODA art. 34. Dette innebærer at det må dreie seg om fortolkningen av EØS-avtalen, jf. ODA-avtalen art. 34 første ledd.

Dl. § 51a første ledd setter ingen begrensning for hvem i domstolen som avgjør om saken skal forelegges EFTA-domstolen. Foreleggelse kan derfor gjøres av forberedende dommer eller rettsadministratoren. I Høyesterett kan ankeutvalget ta avgjørelsen om at foreleggelse skal skje. Henvendelsen til EFTA-domstolen skjer skriftlig og sendes direkte fra den nasjonale domstolen til EFTA-domstolen.⁶⁹

Ordlyden «kan ikke angripes ved anke» viser i følge forarbeidene til at rettens avgjørelse av foreleggelsesspørsmålet ikke kan være selvstendig gjenstand for prøving ved anke. Det samme

⁶⁷ Ot.prp. nr. 72 (1991-1992) s. 75. Se også Bøhn (2013) s. 175.

⁶⁸ Til støtte for dette se Bøhn (2013) s. 176.

⁶⁹ <https://eftacourt.int/the-court/guidance-for-advisory-opinion/>. (Lest 2. april 2020). Se også Bøhn (2013) s. 178.

gjelder rettens utforming av foreleggesspørsmålet som ikke er selvstendig gjenstand for prøving i ankesaken.⁷⁰ Selv om partene kan anmode domstolen om at dette gjøres, har ikke partene formelle krav på at anmodningen tas til følge av den aktuelle domstolen.⁷¹ Ordlyden stenger imidlertid ikke for at to ulike instanser kan forelegge et spørsmål for EFTA-domstolen i samme sak.⁷²

Det følger av forarbeidene at rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen ikke er formelt bindende for den domstolen som har bedt om en slik uttalelse.⁷³ At norske domstoler ikke har en plikt til å følge EFTA-domstolens rådgivende uttalelse skyldes også EØS-avtalens manglende overnasjonalitet og Grl. § 88 om at Høyesterett dømmer i siste instans.⁷⁴

I Finanger 1 viste førstvoterende til at uttalelsen fra EFTA-domstolen bare er rådgivende etter ODA art. 34 og at 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».⁷⁵ I følge det siterte fra plenumsdommen var det altså opp til Høyesterett i den konkrete saken å ta en egen vurdering på hvor stor vekt uttalelsen fra EFTA-domstolen skulle ha. Høyesteretts praksis samsvarer her med lov og forarbeider.⁷⁶

3.2 Foreleggelser fra norske domstoler til EFTA-domstolen

3.2.1 Historikk og statistikk

I løpet av de første 17 årene etter at EFTA-domstolen ble opprettet var det bare 30 henvendelser fra norske domstoler til EFTA-domstolen.⁷⁷ Høyesterett hadde i denne perioden bare forelagt to saker til EFTA-domstolen, i Finanger 1 og Paranova. I de fleste av de 30 sakene som ble forelagt for EFTA-domstolen hadde svarene fra EFTA-domstolen en slik karakter at kravet ble

⁷⁰ Ot.prp. nr. 77 (1992-1993) s. 38.

⁷¹ Sejersted mfl. (2011) s. 167.

⁷² Fosen-Linjen 1 og Fosen-Linjen 2 hvor både lagmannsretten og Høyesterett i samme sak ba EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse. Se også Bøhn (2013) s. 178.

⁷³ St.prp. nr. 100 (1991-1992) s. 339.

⁷⁴ Kongeriket Norges Grunnlov gitt i riksforsamlingen på Eidsvoll den 17. mai 1814 (Grl.). Rognstad (2001) s. 453.

⁷⁵ Rt. 2000 s. 1811 (Finanger 1) på s. 1820.

⁷⁶ St.prp. nr. 100 (1991-1992) s. 339.

⁷⁷ Sejersted mfl. (2011) s. 169.

frafalt i hovedsaken i den nasjonale domstolen. De rådgivende uttalelsene fikk derfor ingen vekt i nasjonal domstols avgjørelse.⁷⁸ Statistikken fra de 17 første årene viser at særlig Høyesterett har vært tilbakeholden med å innhente rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen.

Nyere statistikk viser at Høyesterett har totalt sett i løpet av de første 24 årene forelagt syv saker for EFTA-domstolen.⁷⁹ Høyesterett intensiverte antall foreleggelsessaker for EFTA-domstolen etter den første 17-års perioden. Intensiveringene innebærer fem foreleggelsessaker fra Høyesterett til EFTA-domstolen i en periode på syv år.

Ifølge Fredriksen er det rettslig sett lite å innvende mot at det var få henvendelser til EFTA-domstolen i de første årene, selv om det kan hevdes at lojalitetsplikten som er nedfelt i EØS-avtalen artikkel 3 generelt sett tilsier at norske domstoler bør bidra til at EFTA-domstolen får et tilstrekkelig sakstilfang til å kunne utvikle EØS-retten på forsvarlig måte.⁸⁰

Etter domsavsigelsen i Finanger 1 gikk det lang tid før Høyesterett avsa en ny dom der det ble innhentet rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen. STX-saken fra 2013 var den første saken fra Høyesterett som videreførte uttalelsene fra Finanger 1.⁸¹ STX-saken behandles nærmere i punkt 4.3.1. Antall foreleggelsessaker for EFTA-domstolen ble intensivert fra 2013 og frem til i dag. I Europautredningen fra 2010 som ble lagt frem januar 2011 pekes det særlig på manglende foreleggelsessaker for EFTA-domstolen og hvilke betenkeligheter som knytter seg til dette på tross av at norske domstoler ikke har noen plikt til slik foreleggelse.⁸² Det er ikke utenkelig at Europautredningen er en av årsakene til intensiveringene. En annen forklaring på «oppblomstringen» i antall foreleggelsessaker til EFTA-domstolen kan være en økning av nye direktiver samt mer kompliserte rettslige problemstillinger. Dette gir et økt behov for rettslig avklaring fra EFTA-domstolen som skal kobles inn der det foreligger usikkerhet om tolkningen.

⁷⁸ Fredriksen (2011) s. 89.

⁷⁹ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 268.

⁸⁰ Fredriksen (2011), s. 92.

⁸¹ STX avsnitt 93.

⁸² Europautredningen er skrevet på oppdrag for Europautredningen av Halvard Haukeland Fredriksen. Formålet var å kartlegge og analysere hvordan EU/EØS-retten har kommet opp for norske domstoler i perioden fra EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994 og frem til tidspunkt for publisering. Fredriksen (2011) s. 90.

3.2.2 Bakgrunnen for få foreleggelse til EFTA-domstolen

Som nevnt i punkt 3.1.4 er det opp til dommeren i hver enkelt sak å selv ta stilling til om en tolkningstvill som gjelder EØS-retten skal forelegges EFTA-domstolen. Her kan det ha stor betydning hvor stor tolkningstvill som foreligger og hvilken terskel den enkelte dommer opererer med for å spørre EFTA-domstolen. Normalt kreves det ingen begrunnelse for å forelegge et spørsmål for EFTA-domstolen, og heller ikke en begrunnelse for å la være og forelegge et spørsmål for EFTA-domstolen.

En mulig forklaring er jo at norske domstoler ikke har noen plikt til å be EFTA-domstolen om rådgivende uttalelser til forskjell fra i EU-retten, jf. TEUV art. 267. Statistikken viser videre at underinstansene oftere har forelagt tolkningsspørsmål for EFTA-domstolen enn Høyesterett. Dette viser at underinstansene bruker EFTA-domstolen mer aktivt enn Høyesterett. En annen forklaring er at dommerne i underinstansene har mindre kunnskap om EØS-rett enn dommerne i Høyesterett. Det må imidlertid presiseres at sakstilfanget i underinstansene er vesentlig større enn hos Høyesterett.⁸³ Dette kan også være en mulig forklaring på at det er skjev fordeling av antall foreleggelse for EFTA-domstolen fra de ulike instansene i Norge.

En annen faktor er partenes opptreden i saken. I følge praksis kan det se ut til at norske domstoler ikke vurderer å forelegge saken for EFTA-domstolen, med mindre en av partene i saken ber om det.⁸⁴ I saker hvor staten har vært motpart antas det at regjeringsadvokatens motvilje til at EFTA-domstolen blir forelagt tolkningsspørsmålet, er en medvirkende faktor til at den nasjonale domstol har latt være å be om rådgivende uttalelse.⁸⁵

3.2.3 Reaksjoner på manglende henvendelser til EFTA-domstolen

Nasjonale domstoler har ingen plikt til å be EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse og kan derfor ikke ilegges sanksjoner for å la være å be om rådgivende uttalelse. Likevel kan det være grunn til å reagere mot manglende henvendelser til EFTA-domstolen dersom dette skulle lede til et materielt uriktig resultat og være i strid med homogenitetsmålsetningen.⁸⁶ En manglende henvendelse til EFTA-domstolen kan føre til brudd på EØS-retten og dermed være grunnlag

⁸³ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvl.) §§ 30-3 første og andre ledd og 30-4 første ledd.

⁸⁴ Fredriksen (2006) s. 389.

⁸⁵ Se særlig LB-2005-5287 (Spillautomat) og Finanger 2. Se også Fredriksen (2006) s. 390.

⁸⁶ Se punkt 2.3.2. Til støtte for dette Fredriksen (2006) s. 397.

for traktatbruddssøksmål etter ODA art. 31. Etter domsavsigelsen i STX-saken, som behandles nærmere i punkt 4.3.1, valgte ESA å åpne sak mot Norge på grunn av uenighet om Høyesteretts avgjørelse i saken.

Gjennom Finanger 2 ble det som nevnt i punkt 2.3.6 etablert erstatningsansvar for staten overfor parten som led et økonomisk tap som følge av manglende eller uriktig gjennomføring av EØS-retten i norsk rett. I Finanger 2 var en samlet Høyesterett av den oppfatningen at EØS-avtalens homogenitetsmålsetning tilsier at erstatningsansvaret innen EØS har «samme omfang og ligger på samme nivå som innen EF». ⁸⁷ Innen EU omfatter medlemsstatens ansvar også tap borgerne påføres på grunn av nasjonale rettsavgjørelser som er i strid med EU-retten, og dette tilsier at tilsvarende gjelder i EØS. ⁸⁸

3.2.4 Arbeidsfordelingen mellom norske domstoler og EFTA-domstolen

Den generelle arbeidsfordelingen mellom norske domstoler og EFTA-domstolen er at norske domstoler forelegger en sak for rådgivende uttalelse til EFTA-domstolen. På bakgrunn av foreleggelsen fra den norske domstolen uttaler EFTA-domstolen seg om tolkningen av relevante EØS-bestemmelser. Den norske domstolens oppgave er subsumsjonen og er derfor nærmest til å forstå faktum i saken.

⁸⁷ Finanger 2 avsnitt 58.

⁸⁸ Fredriksen (2006) s. 399. Se også punkt 2.4.2 og 2.4.6.

4 EFTA-domstolens rådgivende uttalelser i norsk rettspraksis

4.1 Fremstillingen videre

Høyesterett satt et viktig utgangspunkt for den rettskildemessige vekten EFTA-domstolens rådgivende uttalelser har i norsk rett gjennom Finanger 1 og kravet om «vesentlig vekt». ⁸⁹ Den nærmere begrunnelsen for Høyesteretts standpunkt i Finanger 1 analyseres nærmere i punkt 4.2.2. Kapittel 4 er oppgavens hoveddel hvor norsk rettspraksis skal analyseres og undersøkes nærmere. Fremstillingen i kapittel 4 tar for seg kravet om «vesentlig vekt» og hva som skal til for å fravike EFTA-domstolens rådgivende uttalelser i lys av nettopp dette kravet. I punkt 4.2 behandles rettspraksis hvor Høyesterett eksplisitt tar stilling til den rettskildemessige vekten av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser og hva som ligger i kravet «vesentlig vekt». Punkt 4.3 tar for seg rettspraksis som omhandler en materiell uenighet mellom EFTA-domstolen og Høyesterett og EFTA-domstolen og EU-domstolen og hvordan dette påvirker den rettskildemessige vekten til EFTA-domstolens rådgivende uttalelser i norsk rett. I punkt 4.4 tar oppgaven for seg saker hvor det ble lagt til grunn feil faktum for EFTA-domstolen og hvordan dette påvirket vektleggingen i norsk rett. Gjennom analysen av rettspraksis vises det til andre kilder som underbygger eller svekker standpunktene fra rettspraksis.

4.2 Vekten av rådgivende uttalelser fra norsk Høyesterettspraksis

4.2.1 Opptakten til Finanger 1: Eidesund-saken

Finanger 1 fra 2000 var som nevnt den første gangen Høyesterett ba EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse etter ODA-avtalen art. 34 under saksforberedelsen. Dommen inntatt i Rt. 1997 s. 1965 (Eidesund) er det eneste eksempelet fra før Finanger 1 hvor Høyesterett tok stilling til den rettskildemessige vekten av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse. ⁹⁰ Lagmannsretten innhentet den rådgivende uttalelsen, men denne ble behandlet i saken for Høyesterett.

Saken den gang gjaldt en arbeidstaker som ikke fikk medhold i et krav om at ny arbeidsgiver skulle opprettholde innbetalingen av premie til arbeidstakerens tjenestepensjonsforsikring på grunnlag av reglene i arbeidsmiljøloven om virksomhetsoverdragelse. Førstvoterende viste til at EF-domstolen (nå EU-domstolen) i en rekke saker har tatt nærmere stilling til det direktivet

⁸⁹ Finanger 1 s. 1820.

⁹⁰ Fredriksen (2016) s. 443.

som var gjenstand for tolkning i saken for Høyesterett.⁹¹ I tillegg forelå det flere uttalelser fra EFTA-domstolen. Førstvoterende pekte så på at når det

«gjelder den rettskildemessige betydning av avgjørelsene, nevner jeg at det følger av EØS-avtalen artikkel 6 at direktivet skal tolkes «i samsvar med» EF-domstolens avgjørelser fra før avtalen ble undertegnet. (...) EFTA-domstolens uttalelser er rådgitende, jf. artikkel 34 i [ODA]».⁹²

Førstvoterende viste her til at EU-domstolens praksis fra før EØS-avtalen ble inngått har betydning også for norsk rett. Dette gjelder selv om ikke Norge er medlem av EU. Videre viste altså førstvoterende til at EFTA-domstolens uttalelser er rådgitende og at dette følger av ODA-avtalen art. 34.

Førstvoterende uttalte videre i dommen at

«[j]eg er enig i den forståelsen av direktivet som EFTA-domstolen har gitt uttrykk for her (...). Dette innebærer at det ikke foreligger omstendigheter som direkte utelukker anvendelsen av direktivet, men det blir – som ellers – opp til nasjonale domstoler å foreta den helhetsvurderingen som EF-domstolen har gitt anvisning på».⁹³

Førstvoterende pekte her på at Høyesterett skulle foreta vurderingen som EF-domstolen hadde gitt anvisning på. I denne saken var EF-domstolens praksis aktuell fordi avtalepartene gjennom EØS-avtalen har forpliktet seg til å følge rettspraksis fra EU-domstolen fra før inngåelsen av EØS-avtalen. Dette skal sikre lik praktisering av lovverket innenfor hele EØS-området. Høyesterett ga i saken ikke anvisning på hvilken vekt EFTA-domstolens rådgitende uttalelser skal ha, men at nasjonale domstoler selv må anvende EF-domstolens tolkning av direktivet på faktum i en selvstendig vurdering.

⁹¹ Eidesund s. 1971.

⁹² Eidesund s. 1971.

⁹³ Eidesund s. 1973.

Det må påpekes at EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994 og at på det tidspunktet dommen ble avsagt på i 1997 var begrenset med rettspraksis fra EFTA-domstolen.⁹⁴ På bakgrunn av dette var derfor rettspraksisen fra EU-domstolen særlig aktuell for EFTA-statene, i lys av homogenitetsmålsetningen.⁹⁵ Riktignok er det fremdeles aktuelt å se til EU-domstolens rettspraksis.⁹⁶ Det må presiseres at det i saken var et spørsmål om vektleggingen av en konkret rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen, ikke en generell praksis fra EFTA-domstolen. Det kan også ha hatt betydning at det var lagmannsretten som ba EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse, ikke Høyesterett.

4.2.2 Finanger 1 og kravet om «vesentlig vekt»

Finanger 1 gjaldt krav om erstatning etter bilansvarsloven og oppgjør under ulykkesforsikring fra passasjer som ble varig skadet da en personbil med alkoholpåvirket fører kjørte utfor veien. Det sentrale i saken var om det var motstrid mellom bilansvarsloven § 7 tredje ledd bokstav b og tre direktiver om motorvognforsikring i EØS-retten.⁹⁷ Videre var spørsmålet hvor langt en norsk lovbestemmelse kan tolkes innskrenkende for å unngå motstrid med EØS-retten dersom lovgiveren uriktig har forutsatt at lovbestemmelsen er i samsvar med et EØS-direktiv. Høyesterett innhentet rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen under sin saksforberedelse.⁹⁸

Selv om utgangspunktet er at uttalelsen fra EFTA-domstolen er rådgivende og ikke formelt bindende, slo Høyesterett fast i Finanger 1 at den må tillegges «vesentlig vekt».⁹⁹ En av begrunnelsene for Høyesteretts syn var at EFTA-statene 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». Det viktigste formålet bak opprettelsen av EFTA-domstolen var å ha en domstol som skulle spesialisere seg på EØS-retten og bidra til at denne blir praktisert likt i de ulike medlemsstatene. Dette pekes det også på i dommen ved at «...EFTA-domstolen med sin særlige kunnskap bør kunne uttale seg med betydelige autoritet». At EFTA-domstolen behandler mange saker om hvordan tolkningen av EØS-retten skal gjøres gir EFTA-domstolen en bedre innsikt i

⁹⁴ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) som trådte i kraft 01.01.1994.

⁹⁵ Se punkt 2.4.2.

⁹⁶ Ot.prp.nr.79 (1991-1992) s. 1–2.

⁹⁷ Lov 3 juni 1961 om ansvar for skade som motorvogn fører (bilansvarsloven).

⁹⁸ E-1/99.

⁹⁹ Finanger 1 s. 1820.

regelverket enn nasjonale domstoler. Førstvoterende viste i denne sammenheng også til at EFTA-domstolen «gjennomfører en saksbehandling som blant annet gir andre medlemsland og organer innen EFTA og EF (EU) anledning til å uttale seg om de spørsmål som reises, jf. artikkel 20 i protokoll 5 til ODA-avtalen». Ut ifra dette mener altså Høyesterett at EFTA-domstolens uttalelser skal tillegges stor rettskildemessig vekt.

Førstvoterende viste videre til forarbeidene hvor det fremgår at man i praksis må «regne med at den nasjonale domstol legger EFTA-domstolens uttalelse til grunn, når den anvender norske rettsregler på rettsforhold som er dekket av EØS-avtalens bestemmelser».¹⁰⁰ I utgangspunktet kan det se ut til at Høyesterett følger lovgivers forutsetninger ved tiltredelsen av EØS-avtalen – at EFTA-domstolens rådgivende uttalelser skal tillegges «vesentlig vekt». Derfor er det ikke uventet at Høyesterett presiserer at EFTA-domstolens rådgivende uttalelse skal tillegges «vesentlig vekt».

Selv om Høyesterett i plenum slo fast at EFTA-domstolens rådgivende uttalelse skal tillegges «vesentlig vekt», må det presiseres at EFTA-domstolens oppfatning av hvordan spørsmålet i saken skulle løses ikke ble tillagt selvstendig rettskildemessig vekt under den konkrete rettsanvendelsen ved tolkningen av motorvognforsikringsdirektivene.¹⁰¹ Høyesterett la til grunn at bilansvarsloven § 7 var uforenlig med EØS-retten, men kom likevel til at bilansvarsloven § 7 måtte følges.

Det påpekes imidlertid i dommen at Høyesterett har «myndighet og plikt» til å selvstendig ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad uttalelsen skal legges til grunn for avgjørelsen i Høyesterett, i lys av at uttalelsen er rådgivende.¹⁰² Ifølge Fredriksen leder dette til at det prinsipielt er utelukket å anse EFTA-domstolens praksis som det autoritative uttrykk for innholdet av EFTA-statenes EØS-rettslige forpliktelser.¹⁰³ Dette bør imidlertid sees i sammenheng med at Høyesterett dømmer i siste instans, jf. Grl. § 88 og som dermed avgjør sakens utfall.

¹⁰⁰ St.prp. nr. 100 (1991-1992) s. 330.

¹⁰¹ Finanger 1 s. 1823-1826. Til støtte for dette se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 346.

¹⁰² Finanger 1 s. 1820.

¹⁰³ Fredriksen (2010) s. 271.

I Finanger 1 fulgte Høyesterett opp med en inngående drøftelse av om den rådgivende uttalelsen fra EFTA-domstolen var i tråd med EU-domstolens dom i Ferreira-saken, som ble avsagt etter at EFTA-domstolen hadde avgitt sin rådgivende uttalelse.¹⁰⁴ Høyesterett konkluderte med at EFTA-domstolens rådgivende uttalelse var forenlig Ferreira-saken, men Høyesteretts tilnærming etterlot inntrykk av at retten ville fulgt EU-domstolen fremfor EFTA-domstolen om man hadde konkludert med motstridende syn på tolkningen av direktivene.¹⁰⁵ Dette kan sees som et uttrykk for at Høyesterett følger EU-domstolens syn på tolkning fremfor EFTA-domstolen dersom det foreligger motstrid fordi EU-domstolen danner prejudikat for EFTA-domstolen.¹⁰⁶

Selv om uttalelsene fra EFTA-domstolen omtales som rådgivende så vil i følge Bull en domstol som anmoder om en rådgivende uttalelse tendere til å følge EFTA-domstolens rådgivende uttalelse.¹⁰⁷ I følge Bull ville det satt det berørte EØS/ EFTA-landet i en situasjon hvor det foreligger brudd på EØS-avtalen dersom den nasjonale domstolen skulle unnlate å følge EFTA-domstolens rådgivende uttalelse.¹⁰⁸ Brudd på EØS-retten kan lede til erstatningsansvar for det offentlige eller traktatbruddssøksmål.¹⁰⁹ Risikoen for et eventuelt traktatbruddssøksmål vil etter min mening antakelig gjøre norske domstoler varsomme med å fravike EFTA-domstolens rådgivende uttalelser.

4.2.3 Utviklingen etter Finanger 1: Paranova og Thue

Paranova-saken gjaldt en parallellimportør av legemidler og deres adgang til å bruke sin egen pakkingsutforming på emballasjen for ompakkede legemidler påført legemiddelprodusentens produktvaremerke. Saken reiste særlig spørsmål om varemerkedirektivet, og av den grunn innhentet Høyesterett en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen.

Førstvoterende redegjorde først for hvilken betydning EFTA-domstolens rådgivende uttalelser har i norsk rett og viste til Finanger 1 og kravet «vesentlig vekt».¹¹⁰ Førstvoterende gikk så over

¹⁰⁴ Finanger 1 s. 1823–1826.

¹⁰⁵ Se Fredriksen (2016) s. 444 og Bull (2004) s. 111.

¹⁰⁶ Arnesen og Stenvik (2015) s. 27.

¹⁰⁷ Bull (1994) s. 291 og 296.

¹⁰⁸ Bull (1994) s. 291 og 296.

¹⁰⁹ Finanger 2 og Fredriksen og Mathisen (2018) s. 233.

¹¹⁰ Rt. 2004 s. 904 avsnitt 67.

til å påpeke at «[e]tter min mening skal det meget til for at Høyesterett skal fravike det domstolen uttaler om forståelsen av de EØS-rettslige bestemmelsene, og ganske særlig på et område som det foreliggende, hvor EU/EØS-retten er spesialisert og utviklet». Førstvoterende viste her til at EFTA-domstolen har særlig kunnskap om saker som gjelder import fordi dette utgjør kjernen av EU/ EØS-retten – de fire frihetene.¹¹¹ I Finanger 1 ble også EFTA-domstolens særlige kunnskap trukket frem og det ble pekt på at den særlige kunnskapen til EFTA-domstolen gjør at den kan uttale seg med «betydelig autoritet».

Videre påpekte førstvoterende at EFTA-domstolens oppgave er å tolke EØS-retten, ikke «å vurdere bevis og foreta konkret subsumsjon».¹¹² I følge EFTA-domstolen er det «den nasjonale domstolens oppgave å vurdere og bedømme bevis og klargjøre faktum, for så å anvende den relevante EØS-retten på sakens faktum».¹¹³ Det er opp til Høyesterett å vurdere og bedømme bevis samt klargjøre faktum i saken. I Paranova støtter Høyesterett seg til EFTA-domstolens rådgivende uttalelse, selv om det også foretas en løpende selvstendig vurdering av de rettsspørsmålene saken reiser. Dette er den samme arbeidsdeling som gjelder mellom EU-domstolen og medlemslandenes domstoler i tilsvarende saker.¹¹⁴

Førstvoterende støttet seg til EFTA-domstolens rådgivende uttalelse og tok tak i det vurderingstemaet som EFTA-domstolen ga anvisning på.¹¹⁵ Om den ankende parts uenighet til dette vurderingstemaet uttalte førstvoterende «... etter min mening gir EFTA-domstolen her uttrykk for en riktig tolkning av bestemmelsen.» Uttalelsen viser at førstvoterende har tatt en selvstendig vurdering og kom til at EFTA-domstolens uttalelse var riktig og derfor måtte følges.

I dommen ble det vist til at den ankende part generelt gjorde gjeldende at motparten ikke hadde ført bevis for at selskapets konsekvente bruk av emballasje med fargestriper har skadet Mercks varemerker.¹¹⁶ Førstvoterende anser det tilstrekkelig at det kan konstateres at det foreligger en

¹¹¹ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 66.

¹¹² Paranova avsnitt 67.

¹¹³ E-3/02 avsnitt 34.

¹¹⁴ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 262–263.

¹¹⁵ Paranova avsnitt 71 og E-3/02 avsnitt 47.

¹¹⁶ Paranova avsnitt 72.

reell mulighet for skade på varemerket og viser til EFTA-domstolens uttrykksmåte som er «egnet til å skade» i sitt svar på Høyesteretts spørsmål til EFTA-domstolen.

Avslutningsvis i saken ble det uttalt at Paranovas anke til Høyesterett har ført frem og at «[e]tter at EFTA-domstolens rådgivende uttalelse forelå, kan jeg ikke se at det var grunnlag for særlig tvil om resultatet.»¹¹⁷ Alt tyder på at Høyesterett har tillagt EFTA-domstolens rådgivende uttalelse stor vekt i sin rettsanvendelse og at den rådgivende uttalelsen bidro til å oppklare tolkningstvilen ved EØS-retten som forelå. Det er imidlertid vanskelig å se at Høyesterett har hatt en annen oppfatning enn EFTA-domstolen på de enkelte punktene i saken fordi et motstrids-spørsmål ikke ble satt på spissen. Høyesterett tok derfor ikke eksplisitt stilling til den rettskillemessige vekten til EFTA-domstolens rådgivende uttalelse.

I Thue-saken fra 2018 var spørsmålet om tiden en polititjenestemann hadde brukt på reiser til og fra et annet arbeidssted enn hans vanlige og utenom alminnelig arbeidstid, var å anse som arbeidstid etter vernebestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 10.¹¹⁸ Videre var spørsmålet for Høyesterett om tjenestemannen bare hadde krav på reisegodtgjørelse, eller om reisetiden skulle godtgjøres som arbeidstid med overtidstillegg. Under saksforberedelsen for Høyesterett ble det besluttet å innhente rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen om forståelsen av arbeidstidsbegrepet i Europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/88/EF om beskyttelse av arbeidstakeres helse og sikkerhet.

I dommen viste førstvoterende til Holship-sakens uttalelser om at EFTA-domstolens tolkningsuttalelser er rådgivende og ikke formelt bindende.¹¹⁹ Videre ble det påpekt at for å sikre den tilsiktede rettsenheten innenfor EØS-området, må domstolene likevel normalt følge EFTA-domstolens forståelse av EØS-retten, fravikelse er aktuelt dersom det foreligger «særlige grunner». Førstvoterende kom til at det ikke forelå noen «særlige grunner» til å fravike EFTA-domstolens forståelse av direktivet om at arbeidstakeren må utføre sine arbeidsoppgaver eller plikter innenfor rammen av sitt arbeidsforhold og at arbeidstakeren må «arbeide».¹²⁰

¹¹⁷ Paranova avsnitt 99.

¹¹⁸ HR-2018-1036-A (Thue).

¹¹⁹ Thue avsnitt 63.

¹²⁰ Thue avsnitt 64.

Førstvoterende viste til at EFTA-domstolen ble gjort oppmerksom på uenighet mellom sakens parter om Thue var forpliktet til å kontakte operasjonssentralen ved avreise.¹²¹ EFTA-domstolen tok ikke noe forbehold om denne uklarheten og førstvoterende så dette slik at EFTA-domstolen mente at reisene uansett var nødvendige for å løse de aktuelle oppdragene. Selv om det ikke pekes på hva som menes med «særlige grunner» til å fravike EFTA-domstolen, underbygger saken at Høyesterett følger EFTA-domstolens rådgivende uttalelse og er derfor tatt med i denne oppgaven.

I punkt 4.2 er det redegjort for rettspraksis som sier noe om hva som ligger i kravet om «vesentlig vekt» og at det må vises til «særlige grunner» for å fravike EFTA-domstolens rådgivende uttalelser. Begrunnelsen for at EFTA-domstolens rådgivende uttalelser skal tillegges «vesentlig vekt» er for det første homogenitetsmålsetningen, bakgrunnen for opprettelsen av EFTA-domstolen og dens spesialisering på EØS-retten. I punkt 4.3 skal det sees nærmere på hvordan materiell uenighet mellom Høyesterett og EFTA-domstolen, samt EFTA-domstolen og EU-domstolen påvirker kravet om «vesentlig vekt».

4.3 Materiell uenighet mellom domstoler

4.3.1 STX-saken

STX-saken gjaldt gyldigheten av bestemmelser i forskrift om delvis allmenngjøring av Verktstedsoverenskomsten for skips- og verftsindustrien.¹²² Det ble anført at det ikke ble dokumentert at lovens vilkår for allmenngjøring var oppfylt og at forskriften var i strid med EØS-retten. Sakens parter var STX OSV AS mfl. mot Staten v/ tariffnemnda. Lagmannsretten innhentet den rådgivende uttalelsen fra EFTA-domstolen som ble behandlet av Høyesterett.

Førstvoterende tok utgangspunkt i Finanger 1 og kravet om «vesentlig vekt».¹²³ Det ble påpekt av førstvoterende at Høyesterett «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.»¹²⁴ At Høyesterett har myndighet og plikt til selvstendig å ta stilling til hvilken

¹²¹ Thue avsnitt 64.

¹²² Rt. 2013 s. 258 (STX).

¹²³ STX avsnitt 93.

¹²⁴ STX avsnitt 94.

betydning EFTA-domstolens rådgivende uttalelse har, henger sammen med at det er Høyesterett som dømmer i siste instans, jf. GrL. § 88.

Førstvoterende viste til at fordi Høyesterett har myndighet og plikt til selvstendig å ta stilling til den rettskildemessige betydningen av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse, er de formelt ikke avskåret fra å bygge på et avvikende syn.¹²⁵ Utgangspunktet er at Høyesterett kan bygge på et annet syn enn hva EFTA-domstolen har gitt uttrykk for. Imidlertid viste førstvoterende tilbake til at det kreves det «særlige grunner» til å fravike denne på grunn av kravet om «vesentlig vekt». Kravet om «vesentlig vekt» er et vektungskriterium som er et prinsipp for avveining mellom ulike motstridstilfeller. Kravet om «særlige grunner» for å fravike kan anses som et tilleggskrav da dette supplerer kravet om «vesentlig vekt». Tilleggskravet innebærer en skjerping av normen om «vesentlig vekt», snarere enn en lemping da det åpner opp for å fravike EFTA-domstolens rådgivende uttalelse.

Hva som menes med «særlige grunner» gir ikke Høyesterett noen anvisning på i dommen. Som et utgangspunkt tilsier ordlyden «særlige grunner» at det må kunne vises til spesielle omstendigheter eller gode grunner som kan legitimere et avvikende syn på saken enn hva EFTA-domstolen har angitt. Dette må ses i lys av den lojalitetsplikten som følger av EØS-avtalen og den homogenitetsmålsetningen som er en viktig tolkningsfaktor på EØS-rettens område og en bakgrunn for opprettelsen av EFTA-domstolen.¹²⁶ Samlet sett tilsier dette at det foreligger en høy terskel for å fravike EFTA-domstolens rådgivende uttalelse.

EFTA-domstolen ga i sin rådgivende uttalelse uttrykk for at spørsmålet om utenbystillegget var forenlig med EØS-avtalen også måtte vurderes opp mot EØS-avtalen artikkel 36.¹²⁷ Staten bestred at EFTA-domstolens rådgivende uttalelse kunne legges til grunn på dette punktet fordi uttalelsen bygde på en uriktig oppfatning av EU-domstolens praksis rundt utsendingsdirektivet.¹²⁸ Høyesterett kom til at ytelser som er minstelønn i direktivets forstand, ikke skal prøves etter EØS-avtalens artikkel 36. Førstvoterende uttalte at «[j]eg finner imidlertid ikke grunn til

¹²⁵ STX avsnitt 94.

¹²⁶ Se punkt 2.4.2.

¹²⁷ STX avsnitt 92.

¹²⁸ STX avsnitt 92.

å ta endelig stilling til spørsmålet idet jeg under enhver omstendighet finner det klart at utenbys-tillegget er forenlig med denne bestemmelsen». ¹²⁹ Fordi direktivet var et minimumsdirektiv er det opp til domstolen selv å avgjøre hva som omfattes av begrepet minstelønn. Høyesterett kom videre til at utgifter som oppstår i sammenheng med reise, kost og losji vil være i tråd med begrepet minstelønn slik det følger av utsendingsdirektivet. ¹³⁰

Høyesterett slo imidlertid fast at utsendingsdirektivet ikke var til hinder for å sikre mer gunstige arbeids- og ansettelsesvilkår for arbeidstakerne. ¹³¹ Dette måtte ifølge førstvoterende ses i sammenheng med at de ufravikelige reglene om minimumsvern som gjelder vertsstaten, ikke må være til hinder for at det anvendes arbeids- og ansettelsesvilkår som er mer gunstige for arbeidstakerne ifølge fortalens punkt 17.

Selv om Høyesterett innledningsvis i dommen presiserte at EFTA-domstolens rådgivende uttalelse måtte tillegges «vesentlig vekt» og derfor kreves «særlige grunner» for å fravike uttalelsen, fulgte Høyesterett opp med en kritisk prøving av EFTA-domstolens uttalelse. Høyesterett pekte på at EFTA-domstolens syn var «vanskelig å forene... med EU-domstolens praksis og direktivets formål». ¹³² Videre ga Høyesterett uttrykk for at EFTA-domstolen bygget på en betraktningssmåte som tidligere var tilbakevist av EU-domstolen og som ifølge Høyesterett ikke var holdbar. ¹³³ Det ble også påpekt at EFTA-domstolen ikke bygget på det rettsgrunnlaget som direktivet ga anvisning på i følge Høyesterett, samt at EFTA-domstolen hadde oversett en bestemmelse i direktivet som Høyesterett selv mente var høyst relevant. ¹³⁴ Det er dermed grunn til å forstå Høyesterett slik at de mente at EFTA-domstolens tolkningsuttalelse ikke var i tråd med gjeldende EU-rett og dermed kunne den ikke legges til grunn. Dersom Høyesterett ikke hadde valgt å se hen til EU-domstolens praksis, men forholdt seg til EFTA-domstolens syn i saken ville trolig resultatet i Høyesterett blitt annerledes.

¹²⁹ STX avsnitt 103.

¹³⁰ STX avsnitt 154.

¹³¹ STX avsnitt 85.

¹³² STX avsnitt 100.

¹³³ STX avsnitt 113 og 115 sammenholdt med avsnitt 110.

¹³⁴ STX avsnitt 144 og 152–154.

Den materielle uenigheten mellom Høyesterett og EFTA-domstolen viser at nettopp dette gir Høyesterett en «særlig grunn» til å fravike EFTA-domstolens rådgivende uttalelse, ifølge Høyesterett selv. Begrunnelsen for dette er ganske enkel: EFTA-domstolens rådgivende uttalelse fraviker EU-domstolens praksis som danner prejudikat for EFTA-statene. Som nevnt i punkt 2.1.1 fungerer EU-retten som en mal for EØS-retten og EFTA-statene er gjennom EØS-avtalen pliktet til å følge EU-domstolens praksis. I de tilfellene hvor EFTA-domstolen fraviker EU-domstolens praksis, gir dette norske domstoler anledning til å fravike EFTA-domstolens rådgivende uttalelser, ifølge Høyesterett i STX-saken.

Baudenbacher har forsvart EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i STX-saken.¹³⁵ Baudenbacher pekte blant annet på at det fremkom nye fakta for Høyesterett som EFTA-domstolen ikke hadde kjennskap til da rådgivende uttalelse ble gitt til Borgarting lagmannsrett. Arbeidsgiverne hadde forsøkt å unnsnippe anvendelsen av bestemmelsene i tariffavtalen ved å etablere en enhet i Norge for å rekruttere de samme arbeidstakerne lokalt og da ville det ikke lenger være tale om utsending av arbeidstakere. Baudenbacher pekte også på at EØS-avtalens artikkel 36 om tjenestefriheten ikke fikk anvendelse og at dette ikke var i samsvar med EFTA-domstolens avgjørelse.

ESA var etter domsavsigelsen i 2013 uenig i at reglene om dekning av utgifter til reise, kost og losji i allmenngjøringsforskriften for skips- og verftsindustrien er i tråd med EØS-retten og mente at det norske systemet med allmenngjøring av tariffavtalenes bestemmelser på dette punkt var i strid med reglene om tjenestefriheten i EØS-avtalen.¹³⁶ ESA kan forfølge saken i tilfeller hvor en nasjonal rettsavgjørelse faktisk bygger på en feilaktig forståelse av EØS-retten slik at den påvirker EØS-rettens gjennomslag i vedkommende EFTA-stat.¹³⁷ I STX-saken tok norske myndigheter til motmæle etter å ha mottatt formelt åpningsbrev fra ESA 25. oktober 2016, men har ikke mottatt noen grunnlagt uttalelse fra ESA.¹³⁸

¹³⁵ Baudenbacher (2013) s. 525.

¹³⁶ Letter of formal notice to Norway 25. oktober 2016 i sak 74557. Se også <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/esa-uenig-med-hoyesterett-om-allmenngjoring-av-reise-kost-og-losji/id2517181/> (Lest 19. februar 2020).

¹³⁷ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 272.

¹³⁸ Letter of formal notice 25. oktober 2016 i sak 74557. Se også Fredriksen og Mathisen (2018) s. 272.

4.3.2 Fosen-Linjen-saken

Fosen-Linjen-saken handlet om en avlyst anbudskonkurranse som var underlagt regelverket for offentlige anskaffelser.¹³⁹ Fosen-Linjen innga et tilbud til den offentlige oppdragsgiveren AtB. Konkurransen ble avlyst og fergeselskapet Fosen-Linjen krevde erstatning for sitt fortjenestetap fra AtB fordi avlysningen av konkurransen var urettmessig. Et sentralt spørsmål i saken, var om Fosen-Linjen hadde krav på erstatning for positiv og negativ kontraktsinteresse. Det ble innhentet rådgivende uttalelse i Fosen-Linjen-saken, både i lagmannsretten og i Høyesterett. Saken er så langt den eneste i norsk rett hvor to instanser har bedt EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse. I det følgende skal oppgaven først ta for seg saksbehandlingen i lagmannsretten (Fosen-Linjen 1). Deretter skal oppgaven ta for seg saksbehandlingen i Høyesterett (Fosen-Linjen 2) hvor det ble innhentet en ny rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen.

Saken ble som nevnt først forelagt EFTA-domstolen ved behandlingen i Frostating lagmannsrett. I sin rådgivende uttalelse la EFTA-domstolen til grunn at et enkelt brudd på regelverket på offentlige anskaffelser er i seg selv nok til å utløse erstatningsansvar, forutsatt at de andre vilkårene for å tilkjenne erstatning er oppfylt.¹⁴⁰ Lagmannsretten la til grunn at ansvaret for oppdragsgiveren var betinget av «alvorlig feil» hos oppdragsgiveren og lagmannsretten fravek EFTA-domstolens rådgivende uttalelse om at ett enkelt brudd på regelverket kunne være nok til å utløse erstatningsansvar. Selv om lagmannsrettens konklusjon og rettsanvendelse ikke var i tråd med EFTA-domstolens rådgivende uttalelse, var den i tråd med EU-domstolens avgjørelser i sakene *Franchovich*, *Brasserie du Pêcheur* og *Factorame* som ble vist til i *Combinatie*.¹⁴¹

Da saken ble anket til Høyesterett ble ny rådgivende uttalelse innhentet fra EFTA-domstolen for å klargjøre og utdype saken klargjøring og utdypning av saken.¹⁴² Høyesterett hadde da ikke anledning til å stille identiske spørsmål som lagmannsretten tidligere hadde bedt EFTA-domstolen ta stilling til. I EFTA-domstolens rådgivende uttalelse til Høyesterett ble det lagt til grunn at «det er klart at Norges Høyesterett ikke søker å bestride gyldigheten av Fosen-Linjen I»¹⁴³.

¹³⁹ Fosen-Linjen 1 og Fosen-Linjen 2.

¹⁴⁰ Sak E-16/16.

¹⁴¹ *Francovich* C-6/90, *Brasserie du Pêcheur* og *Factorame* (C-46/93 og C-48/93).

¹⁴² Sak E-7/18.

¹⁴³ Sak E-7/18.

På grunn av at tidligere spørsmål i Fosen I og nye spørsmål i Fosen II ikke var «åpenbart identiske», tillot EFTA-domstolen å behandle spørsmålene i samme sak i en ny rådgivende uttalelse.

I dommen fra Høyesterett ble det uttalt at nasjonal rett må «oppfylle de minstekravene som følger av EØS-retten».¹⁴⁴ Når det gjaldt innholdet i den EØS-rettslige ansvarsnormen, fremstod det i følge Høyesterett som om EFTA-domstolen i uttalelsen til Fosen I oppstilte et objektivt ansvar, slik at ett enkelt brudd på regelverket om offentlige anskaffelser i seg selv er nok til å utløse oppdragsgivers erstatningsansvar.¹⁴⁵ Dette synet fra Fosen-Linjen 1 ble imidlertid nyanisert av EFTA-domstolen i uttalelsen til Fosen-Linjen 2.¹⁴⁶ I Høyesteretts dom fremgår det at EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i Fosen-Linjen 2 ikke endret på ansvarsnormen for erstatning for tilbudskostnadene. Det ble vist til at i spørsmålsskriftet fra Høyesterett til EFTA-domstolen var spørsmålet knyttet til erstatningsgrunnlaget for fortjenestetap.

Høyesterett viste videre til at i EFTA-domstolens drøftelse av ansvarsgrunnlaget er «redegjørelsen generell og knytter seg til de samme kildene som EFTA-domstolen viste til i Fosen I».¹⁴⁷ Altså knytter EFTA-domstolen sin uttalelse i Fosen I seg til de samme kildene som i Fosen II. Førstvoterende konkluderte med at ansvarsnormen som kan utledes av Fosen II gjelder som en generell minimumsnorm også for ansvarsnormen ved krav om erstatning av tilbudskostnader.¹⁴⁸ Høyesterett kom til at oppdragsgiveren hadde en saklig grunn til å avlyse konkurransen og derfor kunne ingen av tilbyderne kreve erstatning for tapt fortjeneste. Feilen i konkurransegrunnlaget var likevel «tilstrekkelig kvalifisert brudd» på regelverket. Kriteriet trer i stedet for den tradisjonelle aktsomhetsnormen i EØS-retten og oppdragsgiveren AtB måtte derfor dekke Fosen-Linjens tilbudskostnader.

Fosen-Linjen-saken har fått stor oppmerksomhet på grunn av at to instanser har forelagt spørsmål til EFTA-domstolen i samme sak. Ifølge Arnesen og Fredriksen var EFTA-domstolens uttalelse i saken til lagmannsretten (Fosen-Linjen 1) preget av mangel på indre konsistens og et

¹⁴⁴ Fosen-Linjen 2 avsnitt 110.

¹⁴⁵ Sak E-16/16 avsnitt 82.

¹⁴⁶ Sak E-7/18 avsnitt 120.

¹⁴⁷ Fosen-Linjen 2 avsnitt 113.

¹⁴⁸ Fosen-Linjen 2 avsnitt 114.

uavklart forhold til EU-domstolens praksis.¹⁴⁹ Begge deler kunne tilså at norske domstoler burde benyttet seg av første og beste anledning til å be EFTA-domstolen klargjøre om den virkelige mente at ethvert brudd på anskaffelsesregelverket skal utløse erstatningsansvar, særlig for Høyesterett.¹⁵⁰ Artikkelforfatterne trekker frem at en ny foreleggelse fra Høyesterett til EFTA-domstolen fremstår som det minste av tre onder. De to andre «ondene» er enten å distansere seg fra EFTA-domstolens uttalelse eller å tillegge uttalelsen så stor selvstendig rettskildevekt at man følger den uten å synes den er overbevisende. Videre påpekte de at selv om EFTA-domstolens konklusjoner i Fosen-Linjen I er klare, kan det ikke utelukkes at en ny forespørsel til EFTA-domstolen kan bringe noe nytt i saken. Det bemerkes at disse uttalelsene ble gitt før saken ble anket til Høyesterett.

Før Høyesterett tok stilling til saken uttalte Fredriksen at saken burde sendes tilbake til EFTA-domstolen for en vurdering av de innvendingene som fremkom i dommen fra Frostating lagmannsrett.¹⁵¹ Høyesterett burde ifølge Fredriksen vise til alle innvendingene som ble reist mot EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i Fosen I, samt å få avklart om innvendingene gjorde at EFTA-domstolen revurderte sitt standpunkt.

En som var tydelig uenig i Fredriksens synspunkt om ny foreleggelse for EFTA-domstolen dersom saken ble anket til Høyesterett, var tidligere president i EFTA-domstolen Carl Baudenbacher. Han ga tydelig uttrykk for dette på NHOs anskaffelseskonferanse.¹⁵² Baudenbacher uttalte at man må spørre seg «hva kan den virkelige motivasjonen bak forslaget være?». I følge Baudenbacher var det åpenbart at den virkelige bakgrunnen for ny foreleggelse for EFTA-domstolen var at en ny sammensetning av EFTA-domstolen ville gi et annet resultat. Baudenbacher uttrykte at det ville være «the end of the rule of law» dersom man skulle be om ny vurdering hver gang retten skifter sammensetning.

¹⁴⁹ Arnesen og Fredriksen (2018) s. 194. Det forutsettes at artikkelen ble skrevet i etterkant av første foreleggelsessak i Fosen-Linjen fra Frostating lagmannsrett og før Høyesterett avsa dom.

¹⁵⁰ Arnesen og Fredriksen (2018) s. 194.

¹⁵¹ Kolsrud (2020a).

¹⁵² Kolsrud (2020c).

På spørsmålet fra nettavisen rett24 om Fredriksens plan var å få saken behandlet på nytt for å få et nytt resultat med nye dommere, svarte Fredriksen nei. Fredriksens forslag om ny foreleggelse hadde som formål å hindre den uheldige situasjonen som oppstår dersom Høyesterett følger lagmannsretten og bare setter avgjørelsen til side, uten å gi EFTA-domstolen anledning til å svare på innvendingene som er reist mot dens standpunkt.¹⁵³

Arnesen tok også til motmæle mot Baudenbachers syn på ny foreleggelse i Fosen-Linjen-saken.¹⁵⁴ Han viste blant annet til at EFTA-domstolen i 2008 i forente saker E-9 og E-10/07 uttalte at EØS-retten bør tolkes i samsvar med nyere praksis fra EU-domstolen også der EFTA-domstolen tidligere har uttalt seg om det aktuelle tolkningsspørsmålet. I 2012 uttalte EFTA-domstolen at nasjonale domstoler som dømmer i siste instans har «noe nær en plikt til å innhente tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen i de tilfeller domstolen er i tvil om forståelsen av EØS-retten», jf. sak E-18/11.

Arnesen viste til at i tolkningsanmodningen fra Høyesterett ble det påpekt at det har kommet avgjørelser fra EU-domstolen etter EFTA-domstolen avga sin tolkningsuttalelse som kan tilsi at EFTA-domstolen bør gis mulighet til å avklare ytterligere. At Høyesterett velger å henvende seg til EFTA-domstolen for uttalelse om et tolkningsspørsmål som domstolen ikke har tatt uttrykkelig stilling til, bør ifølge Arnesen derfor ikke være grunnlag for kritikk. Videre gir det etter Arnesens syn heller ikke grunnlag for særlig kritikk at en dommer i EFTA-domstolen, formodentlig foranlediget av Baudenbachers uttalelse, lar falle noen ord om at EFTA-domstolen ikke tar det ille opp om det kommer en ny anmodning om tolkningsuttalelse i en sak der EFTA-domstolen tidligere har avgitt tolkningsuttalelse.

En måte å se dette på er at Høyesterett under sin saksforberedelse mente at den rådgivende uttalelsen fra EFTA-domstolen i Fosen I var feil. På bakgrunn av ny praksis fra EU-domstolen ville Høyesterett gi EFTA-domstolen en mulighet til å rette opp i dette. Det forelå altså en materiell uenighet mellom Høyesterett og EFTA-domstolen på bakgrunn av Fosen I. Fosen-Linjen-saken viser at to instanser kan be EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse i samme sak

¹⁵³ Bakgrunnen for Baudenbachers syn var at EFTA-domstolens dommer Per Christiansen som er norsk representant ble sykemeldt etter avsigelsen av Fosen I og det ble derfor besluttet å tilkalle Ola Mestad som ad hoc-dommer for Norge ved annengangs behandling i Fosen-Linjen-saken etter foreleggelse fra Høyesterett. Se også Kolsrud (2019).

¹⁵⁴ Arnesen (2019).

og at det kan bidra til rettslig avklaring for den nasjonale domstolen. Fosen-Linjen-saken viser også at Høyesterett ikke legger den rådgivende uttalelsen fra EFTA-domstolen ubetinget til grunn ved å be om ny uttalelse. Dette kan etter min mening bidra til å svekke den rettskildemessige vekten til EFTA-domstolens rådgivende uttalelser.

4.3.3 Jabbi-saken og Campbell-saken

Jabbi-saken er inntatt i oppgaven fordi den illustrerer en materiell uenighet mellom EFTA-domstolen og EU-domstolen, selv om dette ikke kom på spissen da tingretten behandlet saken.¹⁵⁵ I tillegg har EFTA-domstolen nylig avgitt rådgivende uttalelse til Høyesterett i Campbell-saken om unionsborgerdirektivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b jf. 7 nr. 2 kan påberopes mot Norge som grunnlag for oppholdstillatelse.¹⁵⁶ I det følgende behandles først Jabbi-saken, deretter Campbell-saken.

Jabbi-saken gjaldt en gambisk statsborger ved navn Jabbi som giftet seg med en norsk statsborger i Spania i februar 2012. Begge oppholdt seg i Spania frem til oktober 2012 og 20. november 2012 søkte Jabbi om oppholdstillatelse i Norge som ektefelle til en EØS-borger. Søknaden ble avslått og saken brakt til Oslo tingrett som ba EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse.

Spørsmålet for EFTA-domstolen var om unionsborgerdirektivets artikkel 7 nr. 1 bokstav b) jf. 7 nr. 2 kunne påberopes mot Norge som grunnlag for oppholdstillatelse. EFTA-domstolen omformulerte dette spørsmålet til et mer generelt spørsmål om hvorvidt EØS-retten ga et slikt grunnlag.¹⁵⁷ Bakgrunnen for EFTA-domstolens omformulering var at EU-domstolens dom i det parallelle saksforholdet i saken O. og B hadde fastslått at bestemmelsen ikke ga noen rett til opphold i en unionsborgers hjemstat for en ektefelle fra et tredjeland.¹⁵⁸ Imidlertid viste EU-domstolen til at direktivreglene kunne få analogisk anvendelse på grunnlag av traktatreglene om unionsborgerskap. For EFTA-domstolen ble derfor spørsmålet i realiteten om det kunne etableres analogi på et annet EØS-rettslig grunnlag.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Sak E-28/15 (Jabbi).

¹⁵⁶ Sak E-4/19 (Campbell).

¹⁵⁷ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 85.

¹⁵⁸ Sak E-28/15 og C-456/12. Se også Fredriksen og Mathisen (2018) s. 86.

¹⁵⁹ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 86.

EFTA-domstolen kom frem til at det kunne etableres en analogi. Grunnlaget for analogisk anvendelse bestod av fire elementer: domstolens resultatorienterte forståelse av homogenitetsprinsippet, at unionsborgerdirektivet må tolkes vidt og kunne påberopes av hjemstaten, forordning (EØF) nr. 1612/68 om fri bevegelse for arbeidstakere og direktiv 90/364/EØF om oppholdsrett og henvisning til sak E-4/11 Clauder og EMK artikkel 8 (1) om retten til respekt for privatliv og familieliv.¹⁶⁰

Ifølge Fredriksen og Mathisen fremstår EFTA-domstolens analogi som lite solid og kontroversiell.¹⁶¹ Den rådgivende uttalelsen i Jabbi-saken viser at det kan oppstå materiell uenighet mellom EFTA-domstolen og EU-domstolen. Krüger har tidligere stilt spørsmålsteget ved om EFTA-domstolens rådgivende uttalelse skal tillegges vesentlig vekt også i de situasjoner der EFTA-domstolens syn avviker fra EU-domstolen.¹⁶² Krüger tok i 2001 til orde for at det kanskje ville være mest ryddig og best i samsvar med homogenitetsmålsetningen å tillegge EU-domstolens avgjørelser større vekt enn EFTA-domstolens avgjørelser om de samme tolkningsproblemer.¹⁶³ I Jabbi-saken kom ikke den materielle uenigheten mellom EFTA-domstolen og EU-domstolen på spissen fordi Oslo tingrett konkluderte med at Jabbi sin norske kone ikke var bosatt i Spania. Retten til fri bevegelse for Jabbi kom derfor ikke til anvendelse. Jabbi-saken er et eksempel på at EFTA-domstolen undergraver sin autoritet ved å fravike EU-domstolens praksis. Dette medfører at norske domstoler vil være mer på vakt og gjerne kritiske overfor de rådgivende uttalelsene fra EFTA-domstolen.

Jabbi-saken ble anket til lagmannsretten som slo fast at det er et «visst spenningsforhold mellom EU-domstolens dom i saken O. og B. og EFTA-domstolens uttalelse i saken her».¹⁶⁴ De to domstolene kom til to ulike konklusjoner og lagmannsretten påpekte i sin dom at det skal under

¹⁶⁰ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 87.

¹⁶¹ <https://www.stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/EU-EOS-informasjon/EU-EOS-nytt/2020/eueos-nytt--22.-januar-2020/eu-domstolen-efta-domstolen-og-unionsborgerdirektivets-rekkevidde/>. Se også Fredriksen og Mathisen (2018) s. 87.

¹⁶² Krüger (2001) s. 102.

¹⁶³ Krüger (2001) s. 102.

¹⁶⁴ LB-2017-98329-2.

enhver omstendighet mye til for å fravike en uttalelse fra EFTA-domstolen, jf. Holship. Lagmannsretten kom i likhet med tingretten til at vilkårene etter direktivet ikke var oppfylt.

Jabbi-saken fikk ny oppmerksomhet gjennom Campbell-saken. Høyesterett ba EFTA-domstolen svare på om direktiv 2004/38/EF artikkel 7 nr. 1 bokstav b) jf. artikkel 7 nr. 2 ved analogi kommer til anvendelse i tilfeller hvor en EØS-borger returnerer til hjemstaten sammen med sitt familiemedlem. Høyesterett ba også om en uttalelse om hva som ligger i kravet til «sammenhengende» opphold i direktivet og hva som ligger i vilkåret om at EØS-borgerens opphold i vertsstaten må ha vært «reelt, slik at det ble lagt til rette for et familieliv i vertsstaten». ¹⁶⁵

EFTA-domstolen besvarte første spørsmål med at direktivets artikkel 7 nr. 1 bokstav b og nr. 2 gjelder for en EØS-borger som ikke har utøvd økonomisk virksomhet i tilfeller hvor EØS-borgere returnerer til hjemstaten sammen med et familiemedlem, slik som en ektefelle som er borger av et tredjeland. Svaret på spørsmål 2 og 3 var at ethvert opphold etter og i samsvar med direktivet artikkel 7 nr. 1 og nr. 2 for en EØS-borger i en annen EØS-stat enn opprinnelsesstaten, der EØS-borgeren har etablert eller styrket familielivet med en tredjelandsborger, skaper en avledet rett til opphold for tredjelandsborgeren når EØS-borgeren vender tilbake til opprinnelsesstaten.

Uttalelsen fra EFTA-domstolen i Campbell-saken innebærer at traktatbestemmelser fra EU-retten som ikke er inntatt i EØS-avtalen likevel gjelder i norsk rett fordi de innfortolkes i Unionsborgerdirektivet. Ifølge Fredriksen er det nå lettere å følge den metodiske tilnærmingen til EFTA-domstolen sammenlignet med tilfellet i Jabbi-saken. ¹⁶⁶ Foreløpig har ikke Høyesterett behandlet saken. Ifølge Fredriksen vil en eventuell konflikt mellom Høyesterett og EFTA-domstolen i Campbell-saken komme på et dårlig tidspunkt, både i lys av den omstridte Fosen-Linjen-saken og at EU har problemer med at nasjonale domstoler ikke etterlever dommer fra EU-domstolen. ¹⁶⁷ Kommisjonen i EU har nå varslet en mulig traktatbruddssak for den tyske forfatningsdomstolen på grunn av manglende etterfølgelse av EU-domstolen og undergraving av EU-

¹⁶⁵ Sak E-4/19.

¹⁶⁶ Kolsrud (2020b).

¹⁶⁷ Kolsrud (2020b).

domstolens autoritet.¹⁶⁸ Dersom Høyesterett nå velger å ikke følger EFTA-domstolens rådgi- vende uttalelse i Campbell-saken vil dette innebære en undergraving av EFTA-domstolens au- toritet, særlig fordi samme tema ble behandlet i Jabbi-saken.

Gjennomgangen i punkt 4.3 viser at det kan oppstå materiell uenighet mellom Høyesterett og EFTA-domstolen og EFTA-domstolen og EU-domstolen. Den materielle uenigheten kan lede til at Høyesterett eller underinstansene fraviker EFTA-domstolens rådgivende uttalelse. I tillegg kan en materiell uenighet lede til ny henvendelse til EFTA-domstolen som avgir ny rådgivende uttalelse om samme tema.

4.4 Feil faktum lagt til grunn

4.4.1 Holship-saken

Holship-saken fra 2016 gjaldt forhåndsprøving av lovligheten av en boikott som Norsk Trans- portarbeiderforbund (NTF) hadde varslet overfor Holship Norge AS etter boikottloven § 3 første ledd.¹⁶⁹ Sakens parter var Holship Norge AS mot Staten v/ Justis- og beredskapsdeparte- mentet (Regjeringsadvokaten). Under saksforberedelsen innhentet Høyesterett rådgivende ut- talelse fra EFTA-domstolen.

I Holship-saken fortsatte Høyesterett på samme kurs som i STX-saken.¹⁷⁰ Førstvoterende viste til ODAs fortale hvor det fremgår at formålet med EFTA-domstolen er «å nå frem til og opp- rettholde en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen og de bestemmelser fra Fellesskapets regelverk som i det vesentlige er gjengitt i nevnte avtale (...)».¹⁷¹ Høyesterett pekte på EFTA- domstolens rolle som er å opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen. For at EFTA-domstolen skal fylle denne tiltenkte rollen «kan domstolenes forståelse av EØS-retten følgelig ikke fravikes uten at det foreligger gode og tungtveiende grunner for det». Etter først- voterendes mening må det altså foreligge «gode og tungtveiende grunner» for å fravike EFTA- domstolens rådgivende uttalelse på grunn av dens rolle.

¹⁶⁸ Kolsrud (2020b).

¹⁶⁹ HR-2016-2554-P (Holship).

¹⁷⁰ Se nærmere omtale av STX i punkt 4.3.1.

¹⁷¹ Holship avsnitt 77.

Flertallet av dommerne kom til at formålet med boikotten var å hindre Holship i å etablere seg innen laste- og lossevirksomhet i Drammen Havn. Dette formålet kunne ikke rettferdiggjøre restriksjonene på den frie bevegelsen i EØS-området. Flertallet med ni av dommerne støttet seg til førstvoterende som fulgte EFTA-domstolens uttalelse. Mindretallet på seks dommere støttet seg til annenvoterende og kom til at boikotten var lovlig.

Førstvoterende pekte ikke på hva som menes med «gode og tungtveiende grunner». Annenvoterende ga imidlertid en utdypning av dette.¹⁷² Annenvoterende viste til at ordningen med rådgivende uttalelser skal være et middel for samarbeid mellom EFTA-domstolen og nasjonale domstoler. Videre er det EFTA-domstolens oppgave å gi veiledning til den nasjonale domstolen om tolkningen av de EØS-bestemmelser som er relevante for avgjørelsen i den verserende saken. Det er den nasjonale domstolen som skal bedømme sakens beviser og avgjøre hvilke faktiske omstendigheter som skal legges til grunn for å kunne anvende EØS-retten på sakens faktum.¹⁷³

Annenvoterende utleder av det som er nevnt ovenfor at dersom den nasjonale domstolen finner at de faktiske omstendigheter på relevante måter avviker fra de EFTA-domstolen legger til grunn for sine vurderinger, vil den nasjonale domstolen kunne komme til et annet resultat enn EFTA-domstolen. Dette gir en anvisning på at dersom den nasjonale domstolen legger til grunn andre faktiske omstendigheter i den verserende saken enn det som er lagt til grunn for EFTA-domstolens rådgivende uttalelse, så er dette en «tungtveiende grunn» til å fravike den rådgivende uttalelsen.

Utgangspunktet etter ODA art. 34 første ledd er at EFTA-domstolens rådgivende uttalelse skal inneholde veiledning om fortolkningen av EØS-retten. EFTA-domstolen skal ikke subsumere. Ifølge annenvoterende i Holship foreligger det en «tungtveiende grunn» til å fravike EFTA-domstolens uttalelse dersom den rådgivende uttalelsen bygger på feil faktum eller opplysninger fra den nasjonale domstolen. Etter min mening vil imidlertid ikke feilaktig faktum innebære en fravikelse av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse. I tilfeller hvor EFTA-domstolen bygger på feil faktum vil ikke den rådgivende uttalelsen løse fortolkningen av EØS-retten slik hensikten med foreleggelsen var. Selv om den rådgivende uttalelsen fra EFTA-domstolen avhenger

¹⁷² Holship avsnitt 142–143.

¹⁷³ Holship avsnitt 142–143.

av hvordan spørsmålet fra den nasjonale domstolen blir utformet, vil det mest nærliggende alternativet være at den nasjonale domstolen klargjør faktum i saken overfor EFTA-domstolen og ber om ny uttalelse derfra.

Ryssdal har påpekt at dersom EFTA-domstolen hadde misforstått ordningen med «Administrasjonskontor» burde EFTA-domstolen blitt forelagt spørsmålet på nytt med utgangspunkt i det rette faktum i saken.¹⁷⁴ Videre mener Ryssdal at statens anførsler i saken synes å legge opp til at norske domstoler inngående og selvstendig må vurdere holdbarheten av EFTA-domstolens tolkning av EØS-avtalen og at dette er egnet til å forundre.¹⁷⁵

Ryssdals synspunkter rundt Holship-saken fremstår velbegrunnet. EFTA-domstolen er opprettet for å sikre ensartet praktisering i lys av homogenitetsprinsippet, som flere ganger er pekt på av Høyesterett hva angår den rettskildemessige vekten av rådgivende uttalelser. Selv om EFTA-domstolens uttalelser bare formelt er rådgivende og ikke bindende slik som i EU-retten, kan det vises til lojalitetsprinsippet nedfelt i EØS-avtalen art. 3 som likevel binder Norge i større grad til å følge EFTA-domstolens uttalelser enn det ordlyden i ODA art. 34 gir uttrykk for. Det kan se ut til at norske domstoler i stor grad følger EFTA-domstolens rådgivende uttalelser. Likevel kan det, som Ryssdal påpeker, anses betenkelig at staten anfører at den norske domstolen må ta en inngående og selvstendig vurdering av den rådgivende uttalelsens holdbarhet. Da Holship-saken ble behandlet i Høyesterett hadde det allerede blitt fastslått at EFTA-domstolens rådgivende uttalelser skal tillegges «vesentlig vekt» gjennom Finanger 1 som også ble fulgt opp av STX-saken. I Holship-saken var problemet at EFTA-domstolen misforstod deler av faktum som var sentral for den rådgivende uttalelsen. Dette svekket EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i den forstand at feil faktum ble lagt til grunn og den rådgivende uttalelsen stemte ikke på saksforholdet. Den generelle rettskildemessige vekten til EFTA-domstolens rådgivende uttalelse ble derimot ikke svekket.

¹⁷⁴ Ryssdal (2017) s. 67–68.

¹⁷⁵ Ryssdal (2017) s. 67–68.

4.4.2 Yara-saken

Yara-saken fra 2019 gjaldt gyldigheten av Skatteklagenemndas vedtak 27. november 2013 om å nekte Yara International ASA skattefradrag for konsernbidrag ytt til det litauiske datterselskapet UAB Yara Lietuva ved ligningen for 2009.¹⁷⁶ Spørsmålet for Høyesterett var om Yara hadde dokumentert at UAB hadde lidt et «endelig tap» i Litauen, slik at skattefradrag måtte innrømmes etter EØS-avtalen artikkel 3, sak C-446/03 Marks og Spencer i avsnitt 55 og senere rettspraksis.¹⁷⁷ Under saksforberedelsen for lagmannsretten ble det innhentet en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen. Bakgrunnen for henvendelsen var at sakens parter var uenige om betydningen av to tidligere avgjørelser fra EU-domstolen i henholdsvis Marks og Spencer-saken og A Oy-saken.

Høyesterett uttalte seg ikke om hvilken vekt EFTA-domstolens rådgivende uttalelse har generelt eller i saken spesielt. Førstvoterende ga imidlertid en anvisning på at EFTA-domstolens uttalelse må leses «i lys av den relativt korte redegjørelsen som ble gitt for de faktiske omstendigheter i saken, og som naturlig nok la føringer for domstolens svar».¹⁷⁸

Det førstvoterende pekte på var de faktiske omstendighetene i saken og at EFTA-domstolen fikk en kort redegjørelse for disse i foreleggelsessaken fra lagmannsretten. Det må her presiseres at EFTA-domstolen ikke skal uttale seg om sakens faktum, men kun om tolkningsspørsmålet. Formålet med å forelegge spørsmål for EFTA-domstolen til rådgivende uttalelser er å bidra til ensartethet og homogenitet i EØS-retten. Det er så opp til nasjonale domstoler å ta selvstendig stilling til uttalelsen fra EFTA-domstolen og anvende denne på sakens faktum.

Uttalelsen i Yara-saken har paralleller til Holship-saken hvor annenvoterende viste til at dersom den nasjonale domstolen finner at de faktiske omstendigheter avviker fra de EFTA-domstolen har lagt til grunn for sin vurdering, vil den nasjonale domstolen kunne komme til et annet resultat enn EFTA-domstolen. Yara-saken viser at det er av stor betydning hvilke opplysninger som gis og at opplysningene som gis er korrekte slik at EFTA-domstolen bygger sin rådgivende uttalelse på riktig faktum. Yara-saken viser også at EU-domstolens praksis har stor betydning

¹⁷⁶ HR-2019-140-A (Yara).

¹⁷⁷ Sakene C-28/17 NN, C-123/11 A Oy, C-650/16 Bevola, C-322/11 K og Rt. 2006 s. 404.

¹⁷⁸ Yara avsnitt 87.

for norsk rett.¹⁷⁹ At EU-domstolens praksis har stor betydning også for norsk rett skyldes at EU-retten fungerer som en mal for EØS-retten og målet om lik og ensartet praktisering av regelverket.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Yara avsnitt 72 og 122.

¹⁸⁰ Arnesen og Stenvik (2015) s. 27.

5 Avslutning

5.1 Kort om oppgavens funn og egne refleksjoner

Den nærmere analysen av rettspraksis i kapittel 4 viser for det første at Høyesteretts standpunkt i Finanger 1 om «vesentlig vekt» har vært retningslinjen også for senere saker behandlet av Høyesterett. Analysen viser videre at der det foreligger materiell uenighet mellom EFTA-domstolen og EU-domstolen velger Høyesterett å følge EU-domstolens praksis. Til sist viser analysen at Høyesterett mente at der hvor EFTA-domstolen har bygget sin rådgivende uttalelse på feil faktum, gir dette en «særlig grunn» til å fravike den rådgivende uttalelsen.

Standpunktet om at de rådgivende uttalelsene skal tillegges «vesentlig vekt» begrunnes med at EFTA-domstolen ble opprettet, at EØS-avtalen skal gi EFTA-statene tilgang til EU-rettens indre marked, homogenitetsmålsetningen som gjelder EØS- og EU-retten, forutsetninger i forarbeidene, lojalitetsplikten og at EFTA-domstolen er spesialisert på EØS-rett. Begrunnelsen for «vesentlig vekt»-kravet fremstår som solid.

Det påpekes likevel av Høyesterett i Finanger 1 at domstolen likevel har plikt til å selvstendig ta stilling til EFTA-domstolens rådgivende uttalelse og hvorvidt denne skal legges til grunn. Høyesterett oppstiller her en begrensning for den rettskildemessige vekten av en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen, som etter mitt syn har gode grunner for seg. Dette henger sammen med at Norge valgte å ikke avgi lovgivende og dømmende myndighet til overnasjonale organer. Imidlertid kan Norge risikere traktatbruddssøksmål i de saker hvor feil tolkning har ledet til et materielt uriktig resultat, som ikke er i tråd med EØS-retten. Dette innebærer at Høyesterett og underinstansene må være varsomme i sin selvstendige vurdering av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser og innebærer en innskrenkning av nasjonale domstolers handlingsrom.

At Høyesterett velger å følge EU-domstolens praksis der de mener EFTA-domstolen har tolket EU-domstolen feil er etter mitt syn fornuftig ut fra homogenitetsmålsetningen som gjelder EU-retten og EØS-retten. For å oppnå homogenitet innenfor EU- og EØS-retten kreves det at EU-domstolen og EFTA-domstolen er samstemte.

Høyesteretts standpunkt om at tilfeller der EFTA-domstolen har bygget sin rådgivende uttalelse på feil faktum også gir «særlig grunn» til å fravike uttalelsen, er etter mitt syn mer overraskende.

Etter min mening innebærer ikke dette en fravikelse, men heller feilaktige premisser som gjør at tolkningen ikke kommer til anvendelse på den bestemte saken. I slike tilfeller bør nasjonale domstoler gis mulighet til å rette opp misforståelsen ved å innhente ny rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen, slik som Høyesterett valgte å gjøre i sin behandling av Fosen-Linjen. For at EFTA-domstolen skal få den rollen den er tiltenkt bør det være god dialog mellom nasjonale domstoler og EFTA-domstolen, særlig i saker hvor det oppstår misforståelser eller er fare for dette.

5.2 Oppgavens hypotese og problemstilling

Utgangspunktet er at EFTA-domstolens rådgivende uttalelser skal tillegges «vesentlig vekt» i norsk rett og har følgelig stor rettskildemessig vekt, jf. Finanger 1. Imidlertid danner EU-domstolens praksis prejudikat også for norsk rett og gir dermed grunn til å fravike EFTA-domstolens rådgivende uttalelser ved motstrid, jf. STX og Fosen-Linjen 1. Prejudikatsverdien til EU-domstolens praksis svekker følgelig den rettskildemessige vekten til EFTA-domstolens rådgivende uttalelser. Motstrid mellom EU-domstolen og EFTA-domstolen anses som en «særlig grunn» til å fravike EFTA-domstolens rådgivende uttalelse. En fravikelse av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser kan også begrunnes med at EFTA-domstolen har bygget på feil faktum, jf. Holship.

Litteraturliste

Litteratur

- Arnesen (2019) Arnesen, Finn, «Fuzzet om Fosen», Rett24, 15. mai 2019, <https://rett24.no/articles/fuzzet-om-fosen>. (Lest 9. mars 2020).
- Arnesen (1997) Arnesen, Finn. «*Om statenes erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*» Tidsskrift for Rettsvitenskap 1997, s. 633–685.
- Arnesen og Fredriksen (2018) Arnesen, Finn og Halvard Haukeland Fredriksen. «*Erstatningsansvar ved brudd på anskaffelsesreglene – etter EFTA-domstolens tolkningsuttalelse i Fosen-Linjen*» Tidsskrift for forretningsjus 2018, s. 169–195.
- Arnesen og Stenvik (2015) Arnesen, Finn og Are Stenvik. *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2015.
- Baudenbacher (2013) Baudenbacher, Carl. «*EFTA-domstolen og dens samhandling med de norske domstolene*». Lov og Rett 2013, s. 515–534.
- Bull (2004) Bull, Henrik. *European Law and Norwegian Courts*, i; Müller-Graff og Selvig (red) *The Approach to European Law in Germany and Norway*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin 2004 s. 95–114.
- Bull (1994) Bull, Henrik. *The EEA Agreement and Norwegian Law*, E.B.L.Rev., 1994.
- Bøhn (2013) Bøhn, Anders. *Domstolloven kommentarutgave*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2013.
- Fredriksen (2006) Fredriksen, Halvard Haukeland. «*Om mangelen på tolkningsspørsmål fra norske domstoler til EFTA-domstolen*» Jussens venner 2006, s. 372–402.
- Fredriksen (2010) Fredriksen, Halvard Haukeland. «*Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen? – noen betraktninger om størrelsen «gjeldende EØS-rett»*» Tidsskrift for Rettsvitenskap 2010, s. 247–287.
- Fredriksen (2011) Fredriksen, Halvard Haukeland. *EU/ EØS-rett i norske domstoler*, Europautredningen, 2011.

- Fredriksen (2016) Fredriksen, Halvard Haukeland. «Høyesterett som EØS-domstol» Rettsavklaring og rettsutvikling: Festskrift til Tore Schei 2016, s. 438–464.
- Fredriksen og Mathisen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*, 3. utgave, Fagbokforlaget 2018.
- Kolsrud (2020a) Kolsrud, Kjetil, «– Bør sendes tilbake til EFTA», *Rett24*, 5. mars 2020, <https://rett24.no/articles/-bor-sendes-tilbake-til-efta>. (lest 9. mars 2020).
- Kolsrud (2020b) Kolsrud, Kjetil, «Advarer mot å gå i klinsj med EFTA-domstolen», *Rett24*, 14. mai 2020, <https://rett24.no/articles/advarer-mot-a-ga-i-klinsj-med-efta-domstolen>. (Lest 15. mai 2020).
- Kolsrud (2020c) Kolsrud, Kjetil, «Baudenbacher langer ut mot norsk professor», *Rett24*, 30. mai 2020, <https://rett24.no/articles/baudenbacher-langer-ut-mot-norsk-professor>. (Lest 9. mars 2020).
- Kolsrud (2020d) Kolsrud, Kjetil, «Høyesterett: Nav-saken skal til EFTA-domstolen», *Rett24*, 20. april 2020, <https://rett24.no/articles/hoyesterett-nav-saken-skal-til-efta-domstolen>. (Lest 13. mai 2020).
- Kolsrud (2019) Kolsrud, Kjetil, «Norges EFTA-dommer ute av intensiven», *Rett24*, 14. mai 2019, <https://rett24.no/articles/norges-efta-dommer-ute-av-intensiven>. (Lest 9. mars 2020).
- Krüger (2001) Krüger, Kai. «Finanger-dommen og den nye rettskildefaktoren: Frykten» *Jussens venner* 2001 s. 89–104.
- Lie (2007) Lie, Ragnar. *EU-leksikon*, Kunnskapsforlaget, 2007.
- Norberg (2012) Norberg, Sven. «Justice in the European Economic Area – The Role of the EFTA-Court», i: EFTA-domstolen (red.), *Judicial Protection in the European Economic Area*, Stuttgart 2012 s. 29-52.
- Rognstad (2001) Rognstad, Ole-Andreas. «EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis om rettskilder ved tolkningen av EØS-avtalen» *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2001, s. 435–463.
- Ryssdal (2017) Ryssdal, Anders. «Holship: Høyesterett om håndhevelse av internasjonale forpliktelser» *Lov og rett* 2017, s. 67–68.
- Sejersted mfl. (2011) Sejersted, Fredrik mfl., *EØS-rett*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2011.

Stemsrud (2015)

Stemsrud, Odd. *EØS-rett i et nøtteskall*, Gyldendal norsk Forlag AS 2015.

Norske lover

Kongeriket Norges Grunnlov gitt i riksforsamlingen på Eidsvoll den 17. mai 1814 (Grl.).

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (dl.).

Lov 3. juni 1961 om ansvar for skade som motorvogner gjer (bilansvarsloven).

Lov 27. november 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) som trådte i kraft 01.01.1994.

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.

Lovforarbeider og offentlige publikasjoner

St.prp.nr.100 (1991-1992)

Samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS), undertegnet i Oporto 2. mai 1992.

Ot.prp.nr.72 (1991-1992)

Om lov om lovvalg i forsikring, lov om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalens vedlegg V punkt 2 om fri bevegelighet for arbeidstakere m.v. innenfor EØS og lov om endringer i enkelte lover som følge av EØS-avtalen.

Ot.prp.nr.77 (1992-1993)

Om lov om endringer i rettergangslovgivningen.

Letter of formal notice to Norway 25. oktober 2016 i sak 74557.

Høyesterettspraksis

Rt. 1997 s. 1965 A (Eidesund).

Rt. 2000 s. 1811 P (Finanger 1).

Rt. 2004 s. 904 A (Paranova).

Rt. 2005 s. 1365 P (Finanger 2).

Rt. 2006 s. 404 A.

Rt. 2013 s. 258 A (STX).

HR-2016-2554-P (Holship).

HR-2018-1036-A (Thue).

HR-2019-140-A (Yara).

HR-2019-1801-A (Fosen-Linjen 2).

Konvensjoner og utenlandske lover

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950. (EMK)

Rådsforordning (EØF) nr. 1612/68 av 15. oktober 1968 om fri bevegelighet for arbeidstakere innen fellesskapet.

Rådskonklusjon 90/364/EØF av 28. juni 1990 om oppholdsrett.

Avtale av 2. mai 1992 nr. 1 om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen).

Avtale av 2. mai 1992 nr. 2 mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA-avtalen).

Europaparlaments- og rådskonklusjon 2003/88/EF av 4. november 2003 om visse aspekter ved organisering av arbeidstida (Arbeidskonklusjonen).

Europaparlaments- og rådskonklusjon 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatens territorium (Unionsborgerkonklusjonen).

Consolidated version of the Treaty on European Union, OJ C 202, 07.06.2007, p. 1-388. (TEU).

Consolidated version of the Treaty on the Functioning of European Union, OJ C 202, 07.06.2016, p. 1-308. (TEUV).

EU-domstolens praksis

Sak C-26/62	Van Gend & Loos
Sak C-6/64	Flaminio Costa v E.N.E.L
Sak C-138/80	Borker
Sak C-283/81	CILFIT v. Ministero della Sanità
Sak C-318/85	Greis Unterweger
Forente saker C-6/90	Francovich
Sak C-46/93	Brasserie du Pêcheur
Sak C-48/93	Factorame
Sak C-446/03	Marks og Spencer
Sak C-123/11	A Oy
Sak C-322/11	K
Sak C-456/12	O. og B.
Sak C-650/16	Bevola

Sak C-28/17

NN

EFTA-domstolens praksis

Sak E-9/97

Erla María Sveinbörnsdóttir v. Island
(Sveinbjörnsdóttir).

Sak E-1/99

Finanger 1

Sak E-4/01

Karl K. Karlsson hf. v Island (Karlsson)

Sak E-3/02

Paranova

Sak E-10/07

L Oréal

Sak E-4/11

Clauder

Sak E-18/11

Irish Bank

Sak E-28/15

Jabbi

Sak E-16/16

Fosen-Linjen 1

Sak E-7/18

Fosen-Linjen 2

Sak E-4/19

Campbell

Forente saker E-9

Norsk underrettspraksis

LB-2005-5287

Spillautomatsak

LF-2015-187242 Fosen-Linjen 1

LB-2017-98329-2 Jabbi

TOSLO-2015-52864 Jabbi

Nettsider og artikler uten forfatter

<https://www.nrk.no/nyheter/trygdeskandalen-1.14759909>. (Lest 26. mars 2020.)

https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_en. (Lest 1. april 2020.)

<https://eftacourt.int/the-court/guidance-for-advisory-opinion/>. (Lest 2. april 2020.)

<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/esa-uenig-med-hoyesterett-om-allmenngjoring-av-reise-kost-og-losji/id2517181/>. (Lest 19. februar 2020.)

<https://www.stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/EU-EOS-informasjon/EU-EOS-nytt/2020/eueos-nytt---22.-januar-2020/eu-domstolen-efta-domstolen-og-unionsborgerdirektivets-rekkevidde/>. (Lest 10. april 2020.)