

BEVISSPØRSMÅL VED EU-DOMSTOLENS PRØVING AV PROPORSJONALITETSPRINSIPPET



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 222
Leveringsfrist: 15. januar 2012

Til sammen 34947 ord

12.01.2012

Innholdsfortegnelse

<u>DEL I. INNLEDNING</u>	1
1 Tema	1
2 Avgrensninger	3
2.1 Saklige avgrensninger	3
2.2 Institusjonelle avgrensninger	5
3 Metode og rettskilder	7
3.1 Forholdet mellom EU-retten og EØS-retten	7
3.2 Kulturelle og språklige forskjeller	8
3.3 Rettskilder	13
3.3.1 Traktater og tilhørende protokoller, veiledninger mv.	13
3.3.2 Rettspraksis	14
3.3.3 Generaladvokatens forslag til avgjørelse	15
3.3.4 Juridisk teori	15
4 Oversikt	16
<u>DEL II. BEGREPET "BEVIS"</u>	17
5 Det juridiske bevisbegrepet	17
6 Snarveier til bevis: indisiebevis og <i>prima facie</i> bevis	18
6.1 Innledning.....	18
6.2 Indisiebevis (indirekte bevis).....	19
6.3 <i>Prima facie</i> bevis.....	20
6.3.1 Generelt.....	20
6.3.2 Tillater domstolen <i>prima facie</i> bevis?.....	21
<u>DEL III. BEVISTEMA</u>	24
7 Bevisrettslige utfordringer ved proporsjonalitetsprinsippet som bevistema	24
7.1 Innledning.....	24
7.2 Betydningen av å utforme bevistema	24

7.3	Egnet.....	26
7.4	Nødvendig	29
7.5	Forholdsmessig i snever forstand	33
7.5.1	Eksisterer en slik test?.....	33
7.5.2	Bevissituasjonen	35
8	Proporsjonalt eller ikke uporsjonalt?	37
9	Proporsjonalitetsprinsippet – fakta eller juss?	38
9.1	Betydningen av å skille mellom fakta og juss	38
9.2	Proporsjonalitetsprinsippet som både-og, ikke enten-eller	39
<u>DEL IV. BEVISBYRDE.....</u>		43
10	Terminologi	43
11	Utgangspunkt: medlemsstaten har bevisbyrden.....	46
12	Prosessuelle nyanseringer: prosessformer og prosessregler	48
12.1	Innledning.....	48
12.2	Prosessformer	48
12.3	Prosessregler	50
13	Bevisbyrden i prejudisielle saker.....	52
13.1	Faktaspørsmål i prejudisielle saker	52
13.2	Forholdet mellom EU-domstolen og den nasjonale domstol	55
13.3	Rettspraksis om bevisføringsbyrden i prejudisielle saker	57
13.3.1	Innledning	57
13.3.2	Egnet	57
13.3.3	Nødvendig	61
13.3.4	Oppsummering.....	68
14	Bevisbyrden i traktatbruddsaker	69
14.1	Faktaspørsmål i traktatbruddsaker	69
14.2	Den subjektive bevisbyrden.....	71
14.2.1	Samarbeidsplikt eller bevisføringsbyrde?	71
14.2.2	Proporsjonalitetsvurderingen	76
14.2.2.1	Innledning.....	76
14.2.2.2	Egnet.....	76
14.2.2.3	Nødvendig	79

14.2.3	Oppsummering.....	86
14.3	Den objektive bevisbyrden	87
14.3.1	Forholdet mellom den objektive og den subjektive bevisbyrden	87
14.3.2	Objektiv bevisbyrde v snudd bevisføringsbyrde	89
15	Oppsummering.....	92

DEL V. BEVISKRAV **94**

16	Innledning.....	94
16.1	Rettslig plassering.....	94
16.2	Beviskravstyper	95
16.3	Betydningen av å utforme beviskrav	97

17	EU-domstolens beviskrav	99
17.1	Beviskravet <i>de lege lata</i>	99
17.2	Beviskravet <i>de lege ferenda</i> : grunn til å fravike overvektsprinsippet?.....	102
17.2.1	Komparativ analyse.....	102
17.2.2	Beviskravets forhold til bevismaet	105
17.2.3	Beviskravets forhold til bevisvurderingen	105

18	Oppsummering.....	107
-----------	--------------------------	------------

DEL VI. AVSLUTNING **108**

DEL VII. KILDER..... **109**

19	Litteratur	109
19.1	Regelverk.....	116
19.1.1	Traktater med tilhørende protokoller, veiledninger mv.....	116
19.1.2	Norske lover	117
19.2	Avgjørelser	117
19.2.1	Avgjørelser fra norske domstoler	117
19.2.2	Avgjørelser fra EFTA-domstolen.....	117
19.2.3	Avgjørelser fra EU-domstolen i kronologisk rekkefølge	118
19.2.4	Avgjørelser fra EU-domstolen etter kortnavn	125
19.2.5	Generaladvokatens forlag til avgjørelse i kronologisk rekkefølge	131
19.2.6	Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol	136
19.3	Netthenvvisninger.....	136

DEL I. INNLEDNING

1 Tema

Temaet for fremstillingen er de bevisrettslige utfordringer som oppstår når EU-domstolen skal ta stilling til om et nasjonalt tiltak er begrunnet i proporsjonalitetsprinsippet, og videre hvordan domstolen håndterer bevisspørsmålene i ulike sakstyper.

Reglene om de fire friheter; fri bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital, ligger i kjerneområdet for målet om et felles indre marked. Proporsjonalitetsprinsippet fungerer som et fleksibelt verktøy til å skille mellom tiltak som er i tråd med bevegelsesfrihetene og tiltak som ikke er det. Enkelte beskriver derfor proporsjonalitetsprinsippet som fellesskapsrettens viktigste rettsprinsipp:

”Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wurde anhand der Rechtsprechung des EuGH [EU-domstolen] deshalb so ausführlich geschildert, weil er, wie bereits angedeutet, nach meiner Auffassung *der wichtigste allgemeine Rechtsgrundsatz* im Bereich des Wirtschaftsrechts des Gemeinsamen Marktes ist.”¹

At prinsippet står sentralt, underbygges av et mangfold av rettsavgjørelser som nevner og/ eller anvender det. Proporsjonalitetsprinsippet innebærer i korthet at det må være et visst samsvar mellom det mål som settes og det tiltak som brukes for å oppnå dette målet. Den nærmere utformingen av prinsippet er noe forskjellig, alt etter hvilken funksjon prinsippet har og på hvilket område det anvendes.² I fremstillingen brukes prinsippet som begrunnelse for å gjøre unntak fra forbudet mot restriksjoner på de fire friheter. Den herskende oppfatningen – i alle fall i teorien – er at prinsippet består av tre

¹ Gündisch (1983) s.108 (min klamme og kursivering), gjentatt i Schwarze (2006) s.677.

² Det er altså et fleksibelt prinsipp vi har med å gjøre, se punkt 2.1 (fotnote 10).

elementer. Tiltaket som griper inn i bevegelsesfrihetene må for det første være egnet, for det andre må tiltaket være nødvendig, og for det tredje må det være forholdsmessighet mellom inngrepet og målet (forholdsmessighet i streng forstand, forholdsmessighet *stricto sensu*). Domstolens formulering av proporsjonalitetsprinsippet er noe forskjellig fra sak til sak, og, som vi skal se, er det slik at "[f]lertallet af Domstolens afgørelser vedrørende proportionalitet fokuserer [...] på den første og den anden prøve."³ Det er følgelig eksistensen og berettigelsen av den siste testen som er omdiskutert, se mer om dette under punkt 7.5.1.

For en part som vil påberope seg proporsjonalitetsprinsippet, holder det ikke med en ren henvisning til prinsippet; parten må fremlegge bevis for sin påstand. Ofte er det utslagsgivende for proporsjonalitetsvurderingen om parten greier å tilveiebringe tilstrekkelige bevis. I andre saker virker det derimot som om bevissituasjonen ikke har noen innvirkning på domstolens vurdering overhodet. På bakgrunn av dette er formålet med fremstillingen å analysere og vurdere hvilken rolle bevis *faktisk* har for proporsjonalitetsvurderingen, og da særlig hvordan dette stiller seg for ulike sakstyper.

På et overordnet plan kan vi grovt sett skissere to sentrale hensyn: for det første har vi hensynet til en materielt riktig avgjørelse, herunder ønsket om adekvate og noenlunde faste bevisregler. For det andre har vi hensynet til et fleksibelt og effektivt vern av fellesskapsretten. I noen situasjoner opptrer de som motstridende hensyn, se for eksempel punkt 16.3 om utforming av beviskrav.

³ Generaladvokat (heretter "GA") Maduro i sak C-434/04 Ahokainen, p.26 (mine klammer). Dette gjelder også EFTA-domstolen og Norges Høyesterett, jf. E-1/06 Spilleautomat og Rt 2007 1003 Spilleautomat, E-4/04 Pedicel, p.56 og Rt 2009 839 Pedicel samt E-16/10 Philip Morris. Norsk juridisk teori er sprikende, se for eksempel *EØS-rett* (2011) s. 295 (om at det siste kravet "har vært diskutert"), holdt opp mot s.388 og s.407.

2 Avgrensninger

2.1 Saklige avgrensninger

Med bevisspørsmål sikter jeg til problemstillinger knyttet til *bevistema*, *bevisbyrde* (herunder bevisvurderingen) og *beviskrav*. Spørsmål som for eksempel bevisavskjæring, faller dermed utenfor.

Videre er fremstillingen avgrenset til bevisspørsmål som vedrører *proporsjonalitetsprinsippet*. Det finnes mange interessante bevisrettslige problemstillinger rundt spørsmålet om det foreligger en restriksjon,⁴ og om denne forfølger et legitimt formål.⁵ Som vi skal se, er det også nære forbindelseslinjer mellom disse vurderingene. Hva gjelder forholdet mellom restriksjonsspørsmålet og proporsjonalitetsprinsippet, kan domstolens uttalelser om bevis kaste lys over begge vurderingene, selv om premissene normalt skiller klart mellom dem.⁶ Forholdet mellom proporsjonalitetsprinsippet og kravet til et legitimt formål har også en nær sammenheng, men da slik at det ikke alltid er lett å se om domstolen drøfter det ene eller andre.⁷ Dette kommer av at det påberopte hensyn er en sentral faktor i både

⁴ Om innholdet i Kommissjonens bevisbyrde for at det foreligger en restriksjon, se for eksempel sak C-400/08 Kjøpesenter, p.58. Restriksjon, handelshindring og tiltak brukes alle som synonyme begreper i det følgende.

⁵ For eksempel sak C-60/03 Wolff & Müller, p.38 om at den nasjonale domstol skal undersøke om restriksjonen ”objektivt set sikrer beskyttelsen af udstationerede arbeidstagere”, og at det i den forbindelse kan være at ”lovgivers erklærede hensigt føre[r] til en mere indgående undersøgelse” (min klamme). Uttalelsen viser at det objektive formålet må påvises, og at medlemsstaten kan få en tung bevisbyrde å løfte dersom tiltaket opprinnelig var begrunnet i et illegitimt formål.

⁶ For eksempel i Kjøpesenter, hvor p.58-72 tar for seg restriksjonsspørsmålet, og p.73 flg. tar for seg spørsmålet om restriksjonen er begrunnet (både i legitimt formål og proporsjonalitetsprinsippet). Sammenhengen mellom spørsmålene om restriksjon og proporsjonalitet, kan illustreres blant annet i punkt 6.3.2 om presumsjoner.

⁷ Om forholdet mellom saklighetskravet og kravet til et legitimt formål, se for eksempel fotnote 106 om ”the hypocrisy test”.

egnethets-, nødvendighets- og forholdsmessighetskravet, se punkt 7.3 til 7.5. Selv om vurderingene har en viss sammenheng – både slik at argumenter har overføringsverdi (restriksjonsspørsmålet), og slik at vurderingene kan gli over i hverandre (spørsmålet om det foreligger et legitimt formål) – tas det altså utgangspunkt i at det har blitt påvist en restriksjon, og at denne er begrunnet i et legitimt formål.

Proporsjonalitetsprinsippet er et generelt rettsprinsipp, og anvendes i en rekke sammenhenger.⁸ Som generaladvokat Jacobs så treffende uttalte: “[a]s for the principle of proportionality, there are few areas of Community law, if any at all, where that is not relevant.”⁹ Med mindre det fremgår eksplisitt, er det kun proporsjonalitetsprinsippet *på området for de fire friheter* som behandles her.¹⁰ Proporsjonalitetsprinsippet er her en mekanisme for markedsintegrasjon, hvor dets funksjon er å lette integreringen (fjerne hindringer, negativ integrasjon) og å fremme etableringen (positiv integrasjon) av et indre marked.¹¹ En konsekvens av denne avgrensningen er at jeg kun vil behandle prosessformene traktatbruddsøksmål og prejudisielle søksmål, se punkt 12.2.

En siste avgrensning for avhandlingens materielle rekkevidde er at kun *ikke-harmoniserte rettsområder* behandles. Utgangspunktet for ikke-harmoniserte

⁸ Se for eksempel sak C-221/09 Tuna, p.79: ”proportionalitetsprinsippet [...] hører til Unionens almindelige grundsætninger”(min klamme).

⁹ GA Jacobs i sak C-120/94 Kommisjonen mot Hellas, p.1533.

¹⁰ Proporsjonalitetsprinsippet omtales også undertiden som et *institusjonelt prinsipp*: Her utgjør prinsippet en sentral mekanisme i det stadige balansespillet mellom medlemsstatenes suverenitet på den ene side og fellesskapsorganenes kompetanse på den annen side, jf. Traktaten om den Europeiske Union (TEU) art. 5 nr.4. Proporsjonalitetsprinsippet setter her skranke for hvilket innhold en rettsakt kan ha, samt hvilke sanksjoner Kommisjonen kan ilegge en medlemsstat for brudd på konkurransereglene. Proporsjonalitetsprinsippet omtales også i en tredje sammenheng, nemlig som et *rettsstatsprinsipp*: her fungerer prinsippet som en rettssikkerhetsgaranti, ved å regulere forholdet mellom myndighetene – så vel i EU som i medlemsstatene – og individer, jf. TEU art. 6 jf. EU-charteret art. 49. Det er en nær sammenheng mellom proporsjonalitetsprinsippet som rettssikkerhetsgaranti og som mekanisme for markedsintegrasjon: for samtidig som prinsippet tilsidesetter unødvendige restriksjoner på samhandelen, er det også med på å skape forutberegnelighet for de partene som innretter seg etter traktatens bestemmelser.

¹¹ Tridimas (2006) s.7.

rettsområder er at medlemsstaten står fritt til å velge hvilket beskyttelsesnivå den vil etterstrebe, men da innenfor rammene av proporsjonalitetsprinsippet.¹² Dette innebærer at virkemidlene medlemsstaten velger, må være egnede og nødvendige for å nå målet. Unntaksvis er også medlemsstatens valg av beskyttelsesnivå gjenstand for prøving; dette er kravet til forholdsmessighet i snever forstand. På områder hvor det er foretatt harmoniseringslovgivning, gjelder proporsjonalitetsprinsippet i de tilfeller fellesskapslovgiver har overlatt skjønnsmargin til medlemsstatene.¹³

2.2 Institusjonelle avgrensninger

I tråd med oppgavetittelen er det *EU-domstolens* håndtering av bevisspørsmål ved anvendelsen av proporsjonalitetsprinsippet som skal behandles i det følgende.

I Traktaten om den Europeiske Union (heretter TEU) art. 19 brukes EU-domstolen som fellesbetegnelse for Domstolen, Retten og spesialdomstolene (herunder personalretten). Om kompetansefordelingen mellom de tre rettsinstansene er å si at Domstolen, som øverste dømmende organ, har kompetanse i alle saker som ikke er uttrykkelig unntatt den. Et slikt unntak har vi i TEUF¹⁴ art. 256, hvor Retten som førsteinstans er gitt kompetanse på nærmere angitte områder. Foruten å behandle ankesaker fra Personalretten, behandler den blant annet direkte søksmål fra fysiske eller juridiske personer om gyldigheten av fellesskapsinstitusjoners rettsakter og søksmål fra en medlemsstat mot Kommisjonen. Personalretten er et eksempel på en spesialdomstol opprettet i medhold av TEUF art. 257, og behandler saker mellom EU-institusjonene og personalet.¹⁵ De prosessformer som behandles i denne fremstillingen, jf. punkt 12.2, innebærer at det alene er Domstolens rettspraksis som blir gjenstand for analyse og drøftelse. Når jeg skriver ”EU-domstolen” eller ”domstolen”, er det altså Domstolen (i snever forstand) jeg viser til.¹⁶

¹² Sak C-400/96 Harpegnies, p.33-34.

¹³ Sak C-326/07 Kommisjonen mot Italia, p.43.

¹⁴ Se punkt 3.3.1.

¹⁵ For eksempel sak 18/70 Duraffour, omtalt under punkt 14.2.1.

¹⁶ Med Lisboa-traktaten, som trådte i kraft 1.desember 2009, skiftet domstolen navn fra EF-domstolen til EU-domstolen. Jeg nøyer meg med å vise til ”EU-domstolen” (eller ”domstolen”), uavhengig av om

EU-domstolen er ikke alene om å ta stilling til om et nasjonalt tiltak overholder proporsjonalitetsprinsippet. I medhold av lojalitetsprinsippet i TEU art. 4 nr.3 er medlemsstatene forpliktet til å påse at de traktatfestede forpliktelser overholdes, hvilket innebærer at også nasjonale domstoler må ta stilling til bevisspørsmål knyttet til proporsjonalitetsprinsippet. Det samme gjelder under EØS-avtalen, se EØS-avtalen art. 3 jf. homogenitetsmålsettingen i art. 1, og for EFTA-domstolens vedkommende, se ODA art. 3. Om forholdet mellom EU-retten og EØS-retten, se punkt 3.1 under. Hva gjelder anvendelsen av proporsjonalitetsprinsippet for de nasjonale domstoler, behandles ikke dette særskilt, men trekkes inn for så vidt det har betydning for vurderingen av EU-domstolens rettspraksis. Min begrunnelse for dette er todelt:

For det første tilkommer det EU-domstolen å tolke og utvikle fellesskapsretten, ikke de nasjonale domstolene. En studie viser at det er store variasjoner mellom måtene de ulike nasjonale domstoler håndterer proporsjonalitetsprinsippet på.¹⁷ Slike forskjeller kan innebære en trussel for målsettingen om ensartet fortolkning og anvendelse av EU-retten,¹⁸ samtidig som det vil komplisere omtalen her.

Min andre begrunnelse er at bevisregler et nasjonalt anliggende, medlemsstatene har såkalt prosessautonomi. Dette kommer av at EU-retten mangler alminnelige prosessregler.¹⁹ Det er dermed medlemsstaten selv som avgjør hvordan fellesskapsretten skal håndheves for nasjonale domstoler, med mindre det finnes harmonisert regelverk.²⁰ Utgangspunktet om nasjonal prosessautonomi hviler på den forutsetning at nasjonale rettssystemer er egnede til å ivareta de unionsbaserte rettigheter og derved sikre et rettsikkert og effektivt indre marked. Samtidig har prosessautonomien den konsekvens at rettssystemene blir forskjellige, og dermed at

avgjørelsene er avsagt før eller etter 1. desember 2009. Dette gjør også Høyesterett, for eksempel i Rt 2011 910 Tine, p.67 og 70.

¹⁷ Jarvis (1998) s.217 flg.

¹⁸ Et av formålene med prosedyren i art. 267 er nettopp å møte denne trusselen, se *EØS-rett* (2011) s.138.

¹⁹ Fredriksen (2011) s.60 flg. om norske domstolers håndtering av EØS-rettens føringer på prosessretten.

²⁰ Fenger (2004) mener at prinsippet om prosessautonomi er på vei til å bli uthulet, s.332.

fellesskapsretten har forskjellig gjennomslagskraft i de ulike medlemsstatene.²¹ Da prosessreglene kan variere fra land til land, er de ikke uten videre sammenlignbare med prosessreglene EU-domstolen opererer med.²²

3 Metode og rettskilder

3.1 Forholdet mellom EU-retten og EØS-retten

Formålet med EØS-avtalen var å gjøre EFTA-landene Norge, Island og Liechtenstein til en del av EUs indre marked. Samarbeidet skulle gi EFTA-landene rett til markedsadgang – med blant annet fri flyt av varer, tjenester, personer og kapital – samtidig som det skulle pålegge plikt til å overta og gjennomføre store deler av EU-retten til intern rett, samt opprette håndhevelsesorganer. Opprettelsen av EFTA-domstolen innebærer at vi har to uavhengige internasjonale domstoler som begge skal ta stilling til det fellesskapsrettslige proporsjonalitetsprinsippet. Som nevnt fokuserer fremstillingen på *EU-domstolens* rettspraksis, og vil i mindre grad behandle rettspraksis fra EFTA-domstolen.

Min begrunnelse for dette er først og fremst at rettspraksis fra EFTA-domstolen naturligvis er mindre omfattende. I den grad avgjørelser fra EFTA-domstolen kan kaste lys over problemstillingen her, vil de like fullt være en viktig rettskilde her.²³ Det samme gjelder rettspraksis fra Norges Høyesterett om fortolkningen av EU/EØS-retten. Særlige EØS-rettslige problemstillinger vil imidlertid ikke følges i detalj.²⁴

²¹ Sak C-343/96 Dilexport, p.25.

²² Riktignok imøtekommer prinsippene om effektivitet og ekvivalens (likebehandling) langt på vei den potensielle trusselen dette (ulike prosessregler) medfører for fellesskapet. For definisjonene av disse prinsippene, se sak C-429/09 Günter, p.62. Følgelig vil det være i strid med ekvivalensprinsippet kun å tillate skriftlige bevis i en sak som vedrører EU-retten, dersom de nasjonale prosessregler for andre typer søksmål også tillater vitneførsel. Sak 199/82 San Giorgio er et eksempel på at EU-domstolen fant en medlemsstats bevisbyrdefordeling i strid med effektivitetsprinsippet, p.13 og 14.

²³ Se for eksempel punkt 9.2 og 13.3.3.

²⁴ *EØS-rett* (2011) s.287-289 gir eksempler på slike utfordringer.

Videre forutsetter jeg at EØS-avtalens bestemmelser om de fire friheter er i samsvar med tilsvarende bestemmelser i EU, herunder også proporsjonalitetsprinsippet. Denne forutsetningen følger av homogenitetsmålsettingen i EØS-avtalens art. 1, jf. ”et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde” og fortalens punkt 16 om at samarbeidsområdet skal skje ”dynamisk og ensartet”. Et slikt samarbeid forutsetter ensartet tolkning av bestemmelsene, jf. art. 6 og ODA art. 3. Med andre ord kan EU-domstolens rettspraksis også bli avgjørende for innholdet i EØS-avtalen. *Fredriksen* mener til og med at EFTA-domstolen går lenger enn EU-domstolen i noen saker, slik at dét å utelukkende støtte seg på EFTA-domstolens avgjørelser vil kunne gi et unyansert bilde av gjeldende EØS-rett.²⁵

3.2 Kulturelle og språklige forskjeller

Et særtrekk ved EU-retten er at den er autonom; den fungerer som et uavhengig rettssystem, og utleder sin gyldighet fra traktatene. Dette innebærer at EU-domstolen ikke vil se seg bundet av løsninger i medlemsstatenes rettssystemer når den skal ta stilling til tvilsomme rettsspørsmål.²⁶

For å forstå og vurdere EU-retten er det likevel viktig å ha en viss kjennskap til hvordan rettssystemene i ulike medlemsstater fungerer. Dette kommer av at store deler av EU-retten – og kanskje i særlig grad bevisretten – på en eller annen måte kan spores tilbake til, eller i alle fall ha likhetstrekk med, nasjonale ordninger.²⁷ Dette er ikke overraskende, all den tid EU-domstolen består av en dommer fra hvert enkelt medlemsland, og hver av dem med sine rettslige tradisjoner. EU-domstolen er med andre ord preget av et *rettskulturelt mangfold*. Om dette har *Kutscher*, tidligere president i EU-domstolen, uttalt at:

”[i]t can be assumed that in a court composed of judges from all the Member States, important strands of all the national legal systems are woven into its judgments”.²⁸

²⁵ Fredriksen (2009) s.508.

²⁶ *EØS-rett* (2011) s.44 og 67-68.

²⁷ Særlig tysk og fransk rett, se Emiliou (1996) s.126 flg., Tridimas (2006) s.23-25, Schwarze (2006) s.680 flg. og *EØS-rett* (2011) s.46.

²⁸ *Kutscher* (1976) s.28 (min klamme).

Ikke uventet oppstår terminologiske utfordringer når 27 ulike rettstradisjoner møter hverandre, og dommerne skal samles om en avgjørelse. Kanskje spesielt gjelder dette bevisretten, som ofte er like gammel som et rettssystem selv, og som har en side til både materiell og prosessuell rett. Det er derfor treffende når *Strandberg* skriver at ”[b]evisretten er et villnis av lik og ulik terminologi”.²⁹ Når EU-domstolen bruker et begrep som for eksempel ”*prima facie* bevis” eller ”bevisbyrde”, er det altså ikke gitt at begrepet skal forstås på samme måte som det forstås i medlemsstatenes rettsordener. Domstolen plikter ikke å finne fellesnevnerne i så måte.³⁰

At bevisretten byr på metodiske utfordringer, kan illustreres med punkt 10 om begrepet ”bevisbyrde”. Som det fremgår der, har begrepet mange navn og kan deles inn i ulike grupper og undergrupper. Sentralt står skillet mellom objektiv og subjektiv bevisbyrde, som stammer fra *common law* landene og deres juryordning.³¹ Også mange *civil law* land – både med og uten juryordninger – har gjennomført en slik sontring. Tilpasningen har ikke vært problemfri, og ikke sjelden oppstår misforståelser rundt begrepets ulike betydninger.³² Dette skyldes dels at forfattere typisk bare uttaler at ”X har bevisbyrden”, uten å spesifisere hvilke byrde det dreier seg om, og dels at behovet for å skille mellom byrdene ikke er like stort i saker som behandles uten jury. I jurysaker er det nemlig juryens overbevisning som løfter den subjektive bevisbyrden og dommerens overbevisning som løfter den objektive bevisbyrden, mens det i saker som behandles uten jury, er dommerens overbevisning som skal løfte begge byrdene.³³ Punkt 14.3.1 vil vise at de to byrdene lett kan gli over i hverandre.

²⁹ *Strandberg* (2005) s.56 (min klamme).

³⁰ Sak 283/81 CILFIT, p.19 og GA Lagrange i sak 14/61 Hoogovens, p.283-284. Dette gjelder internasjonale domstoler generelt, se *Kazazi* (1996) s.21 flg.

³¹ *Kazazi* (1996) s.24-30 og *Kokott* (1998) s.9 flg.

³² Se punkt 14.3.2.

³³ *Kokott* (1998) s.9 og 10 om amerikansk og tysk rett.

Ikke bare bevisretten er metodisk krevende; også domstolens bruk av prinsipper, herunder deres terminologi, kan skape hodebry. For selv om EU-domstolen kopierer et prinsipp – for eksempel proporsjonalitetsprinsippet – er det et kjennetegn at prinsipper gradvis endrer karakter etter hvert som domstolen anvender dem, og at

”the Court can end up applying a principle in a manner which is different from the laws of all the Member States.”³⁴

I tysk rett, for eksempel, har det forfatningsrettslige proporsjonalitetsprinsippet (”das Verhältnismäßigkeitsprinzip”) lenge hatt en sentral betydning som skranke for hvilke tiltak myndighetene kan iverksette overfor enkeltindivider og foretak.³⁵ Den tyske forfatningsdomstolen bruker hovedsaklig ”Verhältnismäßigkeit” som et samlebegrep for ”geeignetheit” (egnethet, hensiktsmessighet), ”erforderlichkeit” (nødvendighet, behovet for) og ”angemessenheit”, ”proportionalität” eller ”verhältnismäßigkeit im engeren Sinne” (forholdsmessighet i snever forstand).³⁶ Det er nærliggende å tenke at EU-domstolen har hentet begrepsapparatet sitt herfra. Det betyr likevel ikke at innholdet nødvendigvis blir det samme. For, som *Schwarze* skriver, er det ikke opplagt at vurderinger knyttet til proporsjonalitetsprinsippet som rettssikkerhetsgaranti – slik det brukes i den tyske grunnloven – har overføringsverdi for proporsjonalitetsprinsippet som mekanisme for markedsintegrasjon.³⁷ Det som er sagt her, viser at nasjonal rett kan være en viktig kilde – men langt ifra den eneste – til å fastlegge innholdet i EU-domstolens begreper.

³⁴ Emiliou (1996) s.130. Se også Schwarze (2006) s.855. Dette henger sammen med at EU-retten er dynamisk, jf. *EØS-rett* (2011) s.45.

³⁵ Se Emiliou (1996) s.25 og Tridimas (2006) s.24.

³⁶ Se for eksempel das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE) 1 BvL 8/07, p.62 og 94:

http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20100721_1bv1000807.html (sist besøkt 4. januar 2012).

³⁷ Schwarze (2006) s.678.

I tillegg til de komplikasjoner som ligger i domstolens rettskulturelle mangfold, kommer utfordringene ved *EU-rettens flerspråklighet*. Ifølge PR³⁸ art. 29 nr.1 er det 23 prosessspråk i EU, og alle er rettsgyldige, jf. art. 31. Dette kan tale for at rettsanvenderen skal legge mindre vekt på ordlyden enn det som ellers er vanlig juridisk metode. På den annen side er det bare versjonen av dommen på prosessspråket som er den autentiske/originalen, og som man i tvilstilfelle må støtte seg til. De andre versjonene er strengt tatt bare oversettelser, jf. art. 29 nr.3 og 30. I de fleste sammenhenger har det nok mindre betydning å skille mellom den originale versjonen og oversettelsene. Ambisjonen er at tekstene skal ha samme meningsinnhold. Skillet blir også mindre av den grunn at noen språk i praksis brukes oftere enn andre. I EU-domstolens daglige virke skjer nemlig kommunikasjonen på fransk, som er arbeidsspråket.³⁹ I tillegg til dette kommer at generaladvokaten normalt formulerer sitt forslag til avgjørelse på sitt eget språk, jf. under.

Selv om originalversjonen og oversettelsene er ment å ha samme meningsinnhold, hender det fra tid til annen at det dukker opp nyanseforskjeller. For de fleste praktiske formål kan potensielle forskjeller elimineres ved tolkning. I noen sammenhenger blir det likevel feil med slik harmoniserende tolkning, da viktige nyanser kan gå tapt. Som vi skal se i for eksempel punkt 8, er språklige nyanser viktige for de problemstillinger som behandles her, fordi de kan gi uttrykk for en endret bevisføringsituasjon for partene og/ eller prøvingsintensitet for domstolen. På bakgrunn av dette vil jeg – så langt jeg behersker – vise til eller sitere fra originalspråket til en avgjørelse. For øvrig vil jeg holde meg til den danske versjonen, men med unntak for at eldre avgjørelser siteres på engelsk.⁴⁰

Som nevnt er ambisjonen at originalteksten og oversettelsen skal ha samme meningsinnhold, men at det fra tid til annen kan forekomme nyanseforskjeller. Noen

³⁸ Se oppgavens punkt 3.3.1.

³⁹ *EØS-rett* (2011) s.236.

⁴⁰ Det vil si avgjørelser frem til 1980 (med unntak fra sak 40/72 Schroeder og 44/79 Hauer, som siteres på originalspråket tysk). Begrunnelsen for dette er at den danske versjonen iblant begrenser seg til å være et sammendrag, jf. for eksempel sak 10/55 Miroseovich.

eksempler kan illustrere dette: En av problemstillingene i *Schroeder*⁴¹ var om Kommisjonen hadde noen form for skjønnsmargin ved vurderingen av om en rettsakt var u/egnet, og dermed u/gyldig. I originalversjonen står det at vurderingen forutsetter “einen weiten Beurteilungsspielraum”, altså at Kommisjonen har et *vidt* spillerom. I den danske oversettelsen synes Kommisjonen å ha fått redusert sin skjønnsmargin, da det i dommen står at den har ”et *vist* spillerum”.⁴²

Heller ikke kan man uten videre gå ut ifra at ”apparent” er synonymt med ”åpenbart” i alle sammenhenger, jf. EFTA-domstolens avgjørelse i *Pedice*.⁴³ Ifølge *Kirkeby* kan ”apparent” bety enten ”tydelig”, ”klar” eller ”åpenbar” på den ene side, men også ”tilsynelatende” i noen sammenhenger.⁴⁴ Da dette var en sak på EØS-området, har (den potensielle) nyanseskjellen likevel ingen betydning: for EFTA-domstolens rådgivende uttalelser er både engelsk og norsk autentiske språk.⁴⁵ Eksemplene viser likevel at man, ved kun å holde seg til oversettelser, kan miste mer eller mindre viktige språklige nyanser.⁴⁶

Nyanseskjeller kan også forekomme når generaladvokatens forslag til avgjørelser blir oversatt fra generaladvokatens språk, som er det autentiske. Et eksempel har vi med generaladvokat Jacobs sin originaltekst om at det er “few areas of Community law, if any at all”⁴⁷ hvor proporsjonalitetsprinsippet ikke får anvendelse. Oversatt til dansk, har teksten blitt til “meget få områder”; altså savner den danske versjonen motsvar til reservasjonen ”if any at all”. Et stort poeng er det kanskje ikke, men det er viktig å være klar over at slike forskjeller kan forekomme, og at man er på den sikreste siden ved å holde seg til originalteksten. Også her vil jeg derfor – så langt jeg behersker – vise til eller sitere fra originalspråket.⁴⁸

⁴¹ Sak 40/72 *Schroeder*.

⁴² *ibid.* p.14 (min kursivering).

⁴³ E-4/04 *Pedice* p.61.

⁴⁴ *Kirkeby* (1996) s.49.

⁴⁵ Innledningen til EFTA-veiledningen, omtalt i punkt 3.3.1 under.

⁴⁶ I samme retning, *EØS-rett* (2011) s.45 og 236.

⁴⁷ GA Jacobs i sak C-120/94 *Kommisjonen mot Hellas*, p.70.

⁴⁸ Hovedsakelig hvor originalspråket er engelsk eller tysk. For øvrig vil jeg sitere på dansk.

3.3 Rettskilder

3.3.1 Traktater og tilhørende protokoller, veiledninger mv.

Traktaten om den Europeiske Unions Funksjonsmåte (heretter TEUF) står sentralt ved vurderingen av om begrensninger i bevegelsesfrihetene lar seg opprettholde. Traktaten avløste den tidligere Traktat om opprettelse av det europeiske fellesskap (heretter EFT), men uten å gjøre materielle endringer i reglene om bevegelsesfrihetene. En rekke av artiklene i TEUF har formuleringer som kan, og har blitt,⁴⁹ oppfattet som uttrykk for proporsjonalitetsprinsippet. For varer, etableringsretten og tjenester gjelder dette uttrykket ”begrunnet” i art. 36 og art. 52 jf. 62, for arbeidskraft gjelder dette uttrykket ”rettfærdiggøres” i art. 45 nr.3 og for kapital gjelder dette uttrykket ”nødvendige” i art. 65 nr.1 bokstav b.

I medhold av TEUF art. 281 er det fastsatt en Statutt for domstolen (heretter Statutten).⁵⁰ Statutten gir et rammeverk for domstolen, retten og spesialdomstolene, med både organisatoriske og prosessuelle bestemmelser. Statutten suppleres av ”Domstolens procesreglement” (heretter PR), jf. Statutten art. 63 og TEUF art. 253 siste ledd.⁵¹ Prosessreglementet har detaljerte bestemmelser om hvordan bevisføringen for domstolen skal skje, og de viktigste bestemmelsene vil jeg gjennomgå i punkt 12.3. Statutten og PR er også viktige utgangspunkt for andre drøftelser, slik som for eksempel drøftelsen av bevistema (jf. punkt 7.1).

⁴⁹ Harpegnies, p.34 om at proporsjonalitetsprinsippet ”er baseret på” art. 36. Riktignok viser domstolen til art. 36 *siste setning*, om at restriksjonen verken må utgjøre ”et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrensning af samhandelen.” GA Rozés skriver at ”[u]dtrykket «begrunnet i» betyder, at disse foranstaltninger skal være *nødvendige* for at beskytte sundheden og også, at der ikke findes midler, som hindrer samhandelen mindre”, jf. hennes forslag til avgjørelse i sak 155/82 Kommissjonen mot Belgia, p.550 punkt 1 (min klamme). Schwarze (2006) s.715 viser til en uttalelse av tidligere EU-president Hans Kutscher, som legger til grunn at traktaten er grunnlaget for prinsippet.

⁵⁰ ”Protokol nr.3 Vedrørende Statutten for den Europæiske Unions Domstol”. Tilsvarende har EFTA-domstolen egne vedtekter, jf. ”Protokoll 5 om vedtektene for EFTA-domstolen”, men disse vil jeg ikke benytte.

⁵¹ Retten har også et eget prosessreglement, men dette vil jeg ikke benytte.

I tillegg til TEUF, Statutten og PR vil jeg vise til en veiledning fra EU-domstolen til nasjonale domstoler om prejudisielle saker (heretter EU-veiledningen).⁵² Som det fremgår av tittelen, er det ikke tale om bindende bestemmelser. Formålet med ordningen er å gi praktiske opplysninger for å sikre en effektiv prosedyre og et effektivt samarbeid mellom nasjonale domstoler og EU-domstolen, jf. EU-veiledningens punkt 6. Tilsvarende har EFTA-domstolen utarbeidet en veiledning for nasjonale domstoler (heretter EFTA-veiledningen).⁵³ Veiledningene gir nyttige bidrag for å forstå hvordan denne prosessformen legger føringer for bevissituasjonen, se punkt 12.2 og 13.2.

3.3.2 Rettspraksis

Fremstillingens viktigste rettskilde er rettspraksis. Dette er naturlig, all den tid det er gjennom rettspraksis at proporsjonalitetsprinsippet har utviklet seg, og at det er her bevisføringen skjer.

EU-domstolen uttaler seg ofte om forholdsmessigheten av et tiltak. Derimot er det sjelden at den uttaler seg om eller begrunner bevisrettslige grep.⁵⁴ Dette gjør at “the case law of the Court contains very few statements on questions of evidence.”⁵⁵

Opgaven blir derfor å analysere domstolens avgjørelser for å avdekke hvilke bevisrettslige grep den foretar. På grunnlag av sammenligninger av avgjørelser vil jeg forsøke å finne en rød tråd – eller i alle fall begrunnelse for – hvorfor domstolen gjør som den gjør. I motsetning til hvordan situasjonen er for traktatbruddsaker og prejudisielle saker, uttaler domstolen eller retten seg noe oftere om bevisrettslige forhold i konkurranseretten. Slike uttalelser vil inkluderes i drøftelsen for så vidt de er av generell karakter.⁵⁶ Dette gjelder også generelle bevisrettslige uttalelser i andre sakstyper.

⁵² ”Orientering om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål fra de nationale retter”.

⁵³ ”Veiledning i forbindelse med anmodninger om rådgivende uttalelser fra nasjonale domstoler”.

⁵⁴ For eksempel forente saker C-171/07 og C-172/07 Apothekerkammer, hvor domstolen snur bevisføringsbyrden uten nærmere spesifisering.

⁵⁵ Lasok (1994) s.420.

⁵⁶ Se punkt 17.2.1 om beviskrav i konkurranseretten.

Når jeg viser til en avgjørelse for første gang, viser jeg både til saksnummer og kortnavn. Ved senere henvisninger vil jeg bare vise til kortnavnet. Den alfabetiske oversikten over avgjørelsenes kortnavn finnes i litteraturlisten. Forkortelsen ”p.” står for premiss, og ”s.” står for sidetall. Dette gjelder også for henvisninger til generaladvokatens forslag til avgjørelse.

3.3.3 Generaladvokatens forslag til avgjørelse

Generaladvokatens forslag til avgjørelse kan til en viss grad bøte på domstolens manglende stillingtaken til bevisrettslige problemstillinger. Uttalelsene kan for eksempel gi oversikt over bevissituasjonen i saken, redegjøre for gjeldende terminologi og/eller redegjøre for grensen mellom fakta og tolkning i en foreleggelsessak.⁵⁷ Redegjørelsene kan med andre ord gi atskillig veiledning for å forstå EU-domstolens håndtering av bevis. Ved henvisninger til generaladvokatens forslag til avgjørelse, bruker jeg forkortelsen ”GA”.

3.3.4 Juridisk teori

Juridiske fremstillinger om proporsjonalitetsprinsippet er omfattende, og det samme gjelder teorien om bevisretten generelt. Derimot er proporsjonalitetsprinsippets bevisrettslige sider i liten grad berørt. Forfattere nøyer seg normalt med å konstatere at medlemsstaten har bevisbyrden, men uten å spesifisere om det er en bevisføringsbyrde eller en tvilsrisiko det er tale om, eller hva som kreves for at bevisbyrden snus eller er oppfylt.⁵⁸ Og for fremstillinger som er tro mot terminologien, er det helst denne forfatteren ender opp med å drøfte, og ikke den konkrete bevisvurderingen for domstolen.⁵⁹

⁵⁷ Se for eksempel fotnote 247 om hvilke bevis partene har fremlagt, punkt 10 om GA Kokott sin redegjørelse for bevisbyrdeterminologi i sak C-8/08 T-Mobile og punkt 13.1 om GA Warner sitt skille mellom fakta og tolkning i prejudisielle saker i sak 51/75 EMI Records.

⁵⁸ Se for eksempel Oliver (2010) s.221-222, som drøftes i punkt 14.3.2.

⁵⁹ For eksempel Nordback (2007) s.421-443 og til en viss grad Fenger (2004) s.816-820.

4 Oversikt

Temaet som behandles i det følgende er, som tidligere nevnt, hvilke bevisrettslige utfordringer som oppstår når EU-domstolen skal anvende proporsjonalitetsprinsippet. Drøftelsen nødvendiggjør noen presiseringer. For det første har vi sontringen mellom bevistema (del III), bevisbyrde/ bevisvurdering (del IV) og beviskrav (del V). Selv om problemstillingene kan overlape hverandre, er det prinsipielt viktig å skille mellom disse tre spørsmålene.

En ytterligere presisering ligger i at proporsjonalitetsprinsippet består av tre elementer; kravet til egnethet, nødvendighet og forholdsmessighet i snever forstand. Elementene er selvstendige, men samtidig tett sammenvevde. Da hvert enkelt element reiser særskilte bevisrettslige problemstillinger, vil jeg forsøke å dele drøftelsen opp deretter. Derfor introduserer jeg i punkt 7 ulike bevisrettslige utfordringer knyttet til hvert av de tre elementene. Fremstillingen her tjener som et bakgrunnstykke, både ved å definere det nærmere innholdet i kravene, men også ved å legge tilrette for videre drøftelser av bevissituasjonen. På grunnlag av dette drøfter jeg videre i punkt 13.3 og 14.2.2 hvilke betydning disse utfordringene har for bevisbyrdefordelingen. For drøftelsen av beviskravet har det derimot ikke betydning å skille mellom de tre elementene.

Et tredje skille har vi med prosessformene traktatbruddsøksmål og prejudisielle saker. Utforming av bevistema forutsettes uberørt av prosessform, følgelig vil dette ikke være et relevant skille her. Det samme gjelder spørsmål om beviskrav. Derimot skal vi se at prosessformene kan legge viktige føringer for fordelingen av bevisbyrde, jf. punkt 13 og 14.

DEL II. BEGREPET "BEVIS"

5 Det juridiske bevisbegrepet

Før vi går inn på de egentlige bevissspørsmålene, er det nødvendig først å si noe om hva som menes med bevis.⁶⁰ Det juridiske bevis stiller krav til en viss sannsynlighet for at et faktum skal kunne legges til grunn, og konklusjonen er normalt at noe "anses bevist", "er i tilstrekkelig grad bevist" eller lignende. I *Chiquita Bananas* uttaler domstolen følgelig at det må være "adequate legal proof".⁶¹ Det som skjer, er at domstolen skiller mellom "alleging or reasonably suspecting that something is going to happen and actually proving that, *as a matter of law*, it will happen."⁶² Et faktum løftes med andre ord fra det faktiske planet og til det rettslige, og hvor et faktum regnes for rettslig sett bevist (uten at det nødvendigvis er tilstrekkelig bevist vitenskapelig, i etterforskningsøyemed eller i andre sammenhenger).

For å forstå hva det juridiske bevisbegrepet går ut på, gir *Kolflaath* et nyttig bidrag ved å oppstille tre kunnskapsnivåer.⁶³ Det første nivået er det aletiske (ugjemte), det vil si det som virkelig har skjedd. Dette kalles den materielle sannhet (100prosent sannsynlighet), og er normalt noe domstolen ikke vil få direkte tilgang til.⁶⁴ Som en motsetning til det aletiske nivået står det psykologiske, og som tar utgangspunkter i

⁶⁰ Domstolen bruker uttrykkene bevis, godtgjøre og påvise, jf. for eksempel sak C-326/07 Kommissjonen mot Italia, p.49.

⁶¹ Sak 27/76 *Chiquita Bananas*, p.267. Tilsvarende skriver Lasok (2004) s.247 "there must be sufficient proof in law", under henvisning til sak 107/82 AEG, p.135 punkt a.

⁶² Bailey (2003) s.847 (min kursivering).

⁶³ Kolflaath (2004) s.281.

⁶⁴ Det høyeste beviskravet, kvalifisert sannsynlighet, forstås å ligge på en skala mellom 95-99prosent, jf. del V om beviskrav. Se også Stridbeck (2010) s.25 om beviskravet i nordiske land.

kognitive prosesser (erfaringsgrunnsetninger). Imellom disse ytterpunktene finner vi det epistemiske kunnskapsnivået, som tar utgangspunkt i bevismidlene som foreligger, altså bevisvurderingen. Det er i denne sammenheng jeg vil drøfte bevissspørsmålene. Dette innebærer at realiseringen av målet om å ”discover the truth”⁶⁵ vil begrenses til den sannhet som kan avdekkes gjennom bevisførselen, derav begrepet ”den formelle sannhet”. Domstolens kompetanse til å undersøke av eget tiltak, jf. punkt 14.1, er likevel et trekk som kan bringe prosessen nærmere målet om å avdekke ”den materielle sannhet”.⁶⁶ Tillatte bevismidler for EU-domstolen er oppramset i PR art. 45 nr.2, og de aktuelle i vår sammenheng er primært ”indhentelse af oplysninger og fremlæggelse af dokumenter”, jf. bokstav b. Også andre bevismidler kan være aktuelle, herunder blant annet sakkyndige erklæringer, bokstav d.

6 Snarveier til bevis: indisiebevis og *prima facie* bevis

6.1 Innledning

Med snarveier til bevis menes bevismidler som ikke kvalifiserer som bevis i henhold til det juridiske bevisbegrepet, men som domstolen likevel i noen saker har tillagt slik vekt at noen av de samme virkningene inntreffer. Indisiebevis og *prima facie* bevis er eksempler på slike snarveier, og de er begge nært forbundet med egentlige bevis. Indisiebevis er indirekte bevis, og gir indikasjon for at visse faktiske forhold foreligger. *Prima facie* bevis er formodninger, hvis legges til grunn i mangel av motforestillinger. Det nærmere innholdet i indisiebevis og *prima facie* bevis gjennomgås under.

Om slike snarveier tillates og anvendes av domstolen, avhenger av det enkelte saksforhold og det foreliggende bevismateriale. Noen ganger kan saken ligge slik an, at det ikke er bevis å innhente, og at indisier og/ eller *prima facie* bevis er det eneste domstolen har å holde seg til. Proporsjonalitetsprinsippet er et krevende bevistema, jf. punkt 7, og snarveiene nevnt over er derfor sentrale, jf. punkt 13.3 og 14.2.2.

⁶⁵ Se punkt 12.3 og 14.1 om rollefordelingen i traktatbruddsaker.

⁶⁶ Om begrepsparene materiell og formell sannhet, se Robberstad (2009) s.12 og Kokott (1998) s.154.

6.2 Indisiebevis (indirekte bevis)

Forskjellen mellom bevis og indisiebevis er at mens bevis har en direkte (så langt det epistemiske kunnskapsnivået tillater, jf. punkt 5) forbindelseslinje til de faktiske omstendigheter, har indisier en vagere og mer indirekte tilknytning, ved bare å indikere et bestemt faktisk forhold (et indirekte bevis). Bevis er, ifølge *Aristoteles*,⁶⁷ sikre indikasjoner, og følgelig er indirekte bevis mindre sikre, men har likevel en viss tilknytning til bevis. Et direkte bevis er for eksempel en persons vitneprov om at X slo Y, mens et indirekte bevis er et vitneprov om at X gikk inn i leiligheten til Y, og at Y kom ut med et blått øye.

I noen saker synes domstolen å akseptere indisiebevis. I *Kommisjonen mot Italia*⁶⁸ uttalte domstolen følgelig at medlemsstaten ikke hadde fremlagt ”noget bevis eller indicium for, at der foreligger en reel fare for den offentlige sundhed”, og konkluderte på grunnlag av dette med at bevisbyrden ikke var løftet.⁶⁹ At domstolen i noen saker synes å akseptere slike midler, eller i alle fall ikke tar avstand fra at de kan påberopes,⁷⁰ henger sammen med den nære tilknytningen de har til egentlige bevis. At domstolen velger å tillate indirekte bevis er likevel én ting, noe annet er om de er tilstrekkelige til å overbevise domstolen. Ettersom indisiebevis nettopp ikke er bevis i ordets strenge forstand, stiller domstolen normalt noe strengere krav til bevisverdien av slike. Strengere krav kan både knytte seg til kvaliteten av indisiene,⁷¹ og/ eller at det må være flere indisier som taler i samme retning (kvantitativt).⁷²

⁶⁷ *Retorikk* (2005) s.31-32.

⁶⁸ Sak 51/83 *Kommisjonen mot Italia*.

⁶⁹ *ibid.* p.17. Se også GA Kokott i sak C-8/08 *T-Mobile*, p.78 med videre henvisninger (konkurranserett).

⁷⁰ Jeg har ikke klart å finne eksempler på at indisiebevis har blitt brukt og akseptert (positivt); kun at domstolen uttaler at bevis eller indisier ikke har blitt fremlagt (negativt). Jeg legger derfor til grunn at den er åpen for å akseptere indisiebevis. Gomard (2007) s.564 mener indirekte bevis er tillatt av den grunn at bevisvurderingen er fri. Om mitt syn på forholdet mellom beviskrav og prinsippet om fri bevisvurdering, se oppgavens punkt 17.2.3.

⁷¹ GA Roemer i sak 18/70 *X mot Rådet* om krav til ”substantial indications” og at de må “give rise to a high degree of probability”, s.1213.

⁷² Forente saker 154, 205, 206, 226 til 228, 263 og 264/78, 39, 31, 83 og 85/79 *Valsabbia*, p.129 på s.1019 om krav til ”concordant evidence”.

6.3 *Prima facie* bevis

6.3.1 Generelt

En annen form for snarvei til bevis har vi med såkalte *prima facie* bevis (presumsjoner, formodninger, antakelser). Med dette menes at en påstand anses tilstrekkelig bevist i sin mangel av motbevis.⁷³ Betegnelsen ”prima facie” viser at slike bevis ikke kvalifiserer som endelige bevis, men at de kan aksepteres ved tilsynelatende å fremstå som det. Hva som berettiger bruken av slike bevis er, ifølge *Kokott*, at de baserer seg på erfaringer og typiske hendelsesforløp.⁷⁴ Med andre ord ligger bruken av slike midler nærmere det *Kolflaath* kalte det psykologiske kunnskapsnivået, se punkt 5. Det som skiller indisiebevis fra presumsjoner, er at mens indisiebevis har en – om enn indirekte – forbindelseslinje til det faktiske forhold, vil *prima facie* bevis kunne mangle dette helt, men likevel legges til grunn av domstolen.

I fremstillingen skiller jeg mellom to forståelser av *prima facie* bevis; som bevismiddel en part påberoper seg, og som beviskravsettelse for domstolen. For begge tilfeller er formålet å håndtere bevisbyrdeproblemer ved et krevende bevistema.⁷⁵ Når jeg her skriver bevisbyrdeproblemer, kan dette knytte seg til én av to situasjoner: problemer med å skaffe og/eller fremføre bevis for et faktisk forhold (bevisføringsbyrde, subjektiv bevisbyrde) eller problemer med å overbevise domstolen om sin sak (overbevisningsbyrden, objektiv bevisbyrde), se punkt 10. I tråd med dette skillet er formålet med *prima facie* bevis som bevismiddel for en part å lette bevisføringsbyrden – med den konsekvens at bevisføringsbyrden snus – mens formålet med *prima facie* bevis som beviskravsettelse er å lette overbevisningsbyrden – med den konsekvens at parten vinner saken (eller den del av saken som parten bærer bevisbyrden for). Dette vil jeg komme nærmere tilbake til. Men, akkurat som det ikke er noe vanntett skott mellom bevisvurdering og beviskrav, jf. punkt 16.1, er det heller ikke lett å skille mellom de to betydningene av *prima facie* bevis.

⁷³ Kazazi (1996) s.377. For eksempel sak E-16/10 Philip Morris, p.84 om at et tiltak synes egnet, ”[i] mangel av klare beviser for det motsatte” (min klamme).

⁷⁴ GA Kokott i sak C-8/08 T-Mobile, p.89.

⁷⁵ Proporsjonalitetsprinsippet er nettopp et eksempel på et krevende bevistema, se punkt 7.

6.3.2 Tillater domstolen *prima facie* bevis?

Den tradisjonelle oppfatningen i internasjonale domstoler er at *prima facie* bevis er et nedjustert beviskrav som domstolen anvender i visse tilfeller, og ikke et bevismiddel for å snu bevisføringsbyrden.⁷⁶ *Lasok* trekker frem flere eksempler på slike presumsjoner som domstolen anvender, herunder at ting presumeres å bli gjort riktig.⁷⁷ I *Klöckner-Werke* uttalte følgelig domstolen at det er formodning for at Kommissjonens beslutning er riktig, med mindre saksøkeren gir holdepunkter for å så tvil om dette.⁷⁸

Som vi skal se i punkt 13.3.3 (prejudisielle saker) og 14.2.2.3 (traktatbruddsaker), synes EU-domstolen å tillate *prima facie* bevis som beviskravsløstelse. Problemstillingen her er om medlemsstaten kan påberope seg *prima facie* bevis som bevismiddel (presumsjon) for at et tiltak er egnet og nødvendig, med den konsekvens at bevisføringsbyrden snur over til Kommissjonen.

Jeg har ikke funnet eksempler på at domstolen uttaler seg om u/rettmessigheten av presumsjoner i vår sammenheng. Derimot skjer det fra tid til annen at domstolen uttaler seg om dette spørsmålet i relasjon til Kommissjonens bevisbyrde etter TEUF art. 258.

Om dette har domstolen, blant annet i *Kjøpesenter*, uttalt:

”etter fast retspraksis påhviler [det] Kommissionen at godtgøre, at det påståede traktatbrud foreligger. Det er Kommissionen, som skal fremføre de faktiske omstændigheder, som er nødvendige for, at Domstolen kan etterprøve, om traktatbruddet foreligger, og Kommissionen kan heved ikke påberåbe sig nogen formodning herfor”.⁷⁹

Som det fremgår av sitatet, avviser domstolen at Kommissjonen kan bruke presumsjoner. For meg er det likevel noe uklart i hvilke sammenheng domstolen forbyr dette, for i saker etter TEUF art. 258 er det nemlig to bevisbyrder Kommissjonen må løfte. For det

⁷⁶ Kazazi (1996) s.377 om internasjonale domstoler generelt, Christoffersen (2009) s.176 om proporsjonalitetsvurderingen for EMD og Strandberg (2010) s.84 om tysk rett.

⁷⁷ Om denne presumsjonen, *omnia praesumuntur rite esse acta*, se *Lasok* (1994) s.437-438. *Barnard* (2010) s.136-137 gir et annet eksempel, nemlig domstolens presumsjon om at produktkrav hindrer markedsadgang.

⁷⁸ Sak 244/81 *Klöcker-Werke*, p.12.

⁷⁹ *Kjøpesenter*, p.58 (min klamme og kursivering). Avgjørelsen drøftes under punkt 14.2.2.3.

første har Kommisjonen en overbevisningsbyrde for at det foreligger et traktatbrudd i den administrative fasen, og for det andre har den en bevisføringsbyrde for at det foreligger en restriksjon på domstolsstadiet.⁸⁰ Skillet mellom disse byrdene har betydning ettersom det kun er uttalelser knyttet til restriksjonsspørsmålet som har overføringsverdi til vår problemstilling (proporsjonalitetsprinsippet vurderes på domstolsstadiet).

Rent ordlydsmessig ser det ut til at det er bevisbyrden i den administrative fasen domstolen drøfter, jf. ”påståede traktatbrud” (og ikke ”påståede restriksjon” eller lignende). Overskriften ”Eksistensen af restriksjoner for etableringsfriheten” og den påfølgende drøftelsen tyder likevel på at det er restriksjonsspørsmålet som drøftes. Ser vi på formålet med de to fasene, blir det klarere hvorfor det er restriksjonsspørsmålet domstolen drøfter, og at det er i denne relasjon – altså på domstolsstadiet – at presumsjoner ikke tillates:

Formålet med den administrative fasen er at Kommisjonen skal fremlegge den nødvendige dokumentasjon for å overbevise domstolen om at saken skal realitetsbehandles.⁸¹ Domstolen skal med andre ord ikke ta endelig stilling spørsmålet om traktatbrudd foreligger på dette tidspunkt (slik den gjør ved realitetsbehandlingen av saken), følgelig er det heller ikke nødvendig med ”full proof in advance”.⁸² At det ikke kreves mye for at Kommisjonen skal vinne frem her, kan tale for at domstolen anvender *prima facie* bevis som beviskravsløstelse. At det dreier seg om en beviskravsløstelse, understøttes av *La Cinq*.⁸³ Saken gjaldt Kommisjonens adgang til å treffe foreløpige foranstaltninger i konkurransesaker etter TEF art. 85 og 86 (nå TEUF art. 105 og 106),

⁸⁰ Se fotnote 176 og punkt 14.1 om skillet mellom den administrative (formaliteten) og den juridiske (realitetsbehandlingen) i TEUF art. 258. Som det vil fremgå, er det likevel ikke noe vanntett skott mellom disse fasene.

⁸¹ Kjøpesenter, p.45-47 (under ”Formaliteten”).

⁸² Sak 6/54 Nederland mot Den høye myndighet, s.115. Det var der tale om et ugyldighetssøksmål, men uttalelsen har interesse for så vidt gjelder hva som kan kreves av Kommisjonen i den administrative fasen. Domstolen uttaler videre at “the mere assertion [...] is not sufficient [...] It is necessary and it is sufficient that the objection is supported by appropriate evidence” (mine klammer).

⁸³ Sak T-44/90 *La Cinq*.

og hvor det er sikker rett at Kommisjonen har en *prima facie* bevisbyrde.⁸⁴ Om innholdet i denne byrden viste retten til skillet mellom ”the requirement of a finding of a prima facie infringement” på den ene siden og ”the requirement of certainty”⁸⁵ på den andre. Rettens uttalelse viser at det ikke kreves like mye for å imøtekomme *prima facie* bevisbyrden. Et forbud mot presumsjoner i slike situasjoner passer derfor ikke.

Etter dette synes domstolens uttalelse i *Kjøpesenter* å knytte seg til Kommisjonens bevisføringsbyrde for at det foreligger en restriksjon, og at hovedregelen der er at presumsjoner ikke er tillatt. Etter min mening må dette også gjelde generelt, slik at presumsjoner ikke tillates på domstolsstadiet overhodet. Dette får den konsekvens at medlemsstaten – i alle fall som hovedregel – ikke kan påberope seg presumsjoner for at proporsjonalitetsprinsippet er oppfylt. Det som er sagt her, stemmer overens med et usagn fra generaladvokat Van Gerven: ”en formodning [kan] som hovedregel ikke [...] udgøre et endeligt bevis”.⁸⁶ I noen saker synes domstolen likevel å ha akseptert at en formodning kan løfte bevisbyrden, såfremt den er vesentlig eller tilstrekkelig tungtveiende, eller at flere og klare formodninger trekker i samme retning.⁸⁷ I saker hvor slike tillates, støttes presumsjonen typisk av en eller annen form for bevis, og naturlig nok gjør dette at domstolen finner bruk av presumsjoner mindre betenkelig enn i saker hvor presumsjoner er det eneste en part har å vise til.⁸⁸

⁸⁴ *ibid.* p.41 om rettspraksis, og TEUF art. 105 nr.1 om ”formodet overtrædelse”. Dette følger for så vidt også av sakstypens karakter; det treffes et *foreløpig* eller *midlertidig* tiltak, og ikke en endelig beslutning.

⁸⁵ *Ibid.* p.61.

⁸⁶ GA Van Gerven i sak C-334/89 Kommisjonen mot Italia, p.7 (mine klammer). Se også Lasok (1994) s.437: ”As a general rule, a presumption cannot take the place of proof and must therefore be based on some evidence”.

⁸⁷ Mirossevich: ”strong presumption” side 333, punkt 4 og ”serious presumption” s.343, samt Duraffour: ”sufficiently weighty, clear and uncontradictory circumstantial evidence”, p.30 på s.525.

⁸⁸ I Mirossevich var det både dokumentbevis og vitneprov som understøttet presumsjonene. Tilsvarende i sak 6/54 Nederland mot Den høye myndighet, s.115. Kazazi (1996) s.377 om at *prima facie* bevis sjelden står seg alene, og normalt påkrever ”stronger proof”.

DEL III. BEVISTEMA

7 Bevisrettslige utfordringer ved proporsjonalitetsprinsippet som bevistema

7.1 Innledning

Med bevistema menes hva som skal bevises. Det som skal bevises, er ”faktiske omstendigheter”, altså fakta, jf. PR artiklene 45 nr.1 og 47 nr.1.⁸⁹ For en part som vil påberope seg proporsjonalitetsprinsippet, innebærer dette å tilveiebringe faktiske opplysninger til belysning av om et tiltak er egnet, nødvendig og forholdsmessig i snever forstand. Som vi skal se, knytter det seg bevisrettslige utfordringer til alle de tre (under)bevistemaene. I korthet går dette ut på at det for egnethetskravet normalt blir tale om å ta stilling til fremtidige forhold (prognoser), og ikke historiske forhold (bevis). Dette legger føringer på bevissituasjonen. For nødvendighetskravet blir det aktuelle og omstridte tiltaket sammenlignet med et potensielt tiltak, og vurderingen får et hypotetisk preg. Også dette får betydning for bevissituasjonen. Det siste kravet – forholdsmessighet i snever forstand – er en rettslig vurdering, og utgangspunktet for slike vurderinger er at de løses ved tolkning, og ikke bevisføring.

7.2 Betydningen av å utforme bevistema

Utformingen av bevistema er viktig, da det legger føringer både for valg av bevismidler, hvem som har bevisbyrden og for hvilke beviskrav som gjelder. Forholdet mellom bevistema og bevismidler er et spørsmål om relevans: dommeren vil kun ta i betraktning de bevis som er relevante for bevistemaet. Og videre: formulerer man bevistemaet ”ikke proporsjonalt” (negativt), påhviler bevisbyrden den part som

⁸⁹ Se for eksempel sak C-14/02 ATRAL om at ”[e]n sådan påvisning kan kun foretages konkret i forhold til den foreliggende sags faktiske omstendigheder”, p.67. Unntaksvis kan bevistema være et rettslig fenomen, for eksempel kan meningsinnholdet i en fellesskapsrettslig tekst bevises ved å henvise til den autentiske versjonen, eller en kan bevise gjeldende rett ved å finne eller gi en henvisning til en rettsavgjørelse.

argumenterer for dette, det vil si Kommisjonen,⁹⁰ mens bevistemaet ”proporsjonalt” (positivt) legger bevisbyrden på den part som argumenterer for dette, nemlig medlemsstaten. Valg av bevistema har som nevnt også betydning for hvor mye som kreves for at noe er sannsynliggjort, altså beviskravet. For eksempel vil noen mene at bevistemaet ”ikke uproporsjonalt”, ”ikke uegnet” osv. gir uttrykk for et beviskrav som er lettere å imøtekomme enn beviskravet ”proporsjonalt”, ”egnet” osv. Denne problemstillingen vil jeg komme tilbake til under punkt 8.

Tilsynelatende virker utformingen av bevistema som en grei affære: det som skal bevises, er faktiske omstendigheter. Bildet kompliseres likevel av at faktiske omstendigheter kan være enten rettsfakta eller bevisfakta, og at bevisbyrde og beviskrav kun knytter seg til rettsfakta.⁹¹ Rettsfakta er de faktiske omstendigheter en part gjør gjeldende til støtte for sitt krav (medlemsstaten vil typisk kreve frifinnelse, dvs. at det ikke foreligger traktatbrudd).⁹² Proporsjonalitetsprinsippet er et rettsfaktum. Før en kan konkludere med at et tiltak er u/proporsjonalt, er det imidlertid nødvendig å ta stilling til en rekke underspørsmål. De faktiske opplysninger som belyser slike spørsmål, kalles bevisfakta. Bevisfakta har altså ikke direkte relevans for proporsjonalitetsvurderingen, men utgjør ofte et nødvendig ledd (bevis for et bevis).⁹³ Et bevisfaktaspørsmål kan være om medlemsstaten i en traktatbruddprosedyre rakk å imøtekomme Kommisjonens påstand innen den gitte frist, ettersom tidspunktet for vurderingen av om traktatbrudd foreligger, knytter seg til denne fristen.⁹⁴ I svensk juridisk teori brukes skillet mellom rettsfakta og bevisfakta som argument for at EU-domstolens bevislære avviker fra det som gjelder i medlemsstatene, se under i punkt 9.

⁹⁰ Situasjonen er da at bevisføringsbyrden er snudd, jf. sak C-55/99 Kommisjonen mot Frankrike, p.25, 33 og 36. Se Robberstad (2011) s.76 om utforming av bevistema.

⁹¹ Se Nordback (2007) s.432-436 om skillet mellom ”rättsfaktum” og ”bevisfaktum”, Riano (2005) s.342-343 om skillet mellom ”ultimate facts” og ”evidentiary facts” og Strandberg (2010) s.27. Man spør altså hva som skal til for at proporsjonalitetsprinsippet er oppfylt, ikke hva som skal til for at et faktum kan legges til grunn for å begrunne proporsjonalitetsprinsippet.

⁹² Definisjonen av det tvisteloven § 11-2(1) kaller for påstandsgrunnlag, er ”de rettsstiftende faktiske forhold en part bygger sin påstand på.” Se også Hov (2010) s.58.

⁹³ Hov (2010) s.1065.

⁹⁴ Se sak C-254/05 Kommisjonen mot Belgia, p.39.

7.3 Eget

Proporsjonalitetsprinsippets første underbevisstema er kravet til egnethet. Det man spør om, er om den part som har bevisbyrden for at egnethetskravet er oppfylt (typisk medlemsstaten), kan fremskaffe overbevisende faktiske opplysninger som underbygger påstanden om at tiltaket har en *saklig sammenheng* med målsettingen som ønskes oppnådd. Svaret på dette blir enten ja eller nei, altså dreier det seg om det *Strandberg* kaller et ”enten-eller tema”.⁹⁵

Som det fremgår, knytter egnethetstesten seg til forholdet mellom tiltaket og dets målsetting. Jeg legger til grunn at dette innebærer to vurderinger; for det første må det være en *sammenheng* mellom tiltaket og målet som ønskes oppnådd (den tradisjonelle egnethetsvurderingen), og for det andre består egnethetsvilkåret av et *saklighetskrav*.

Med et krav til sammenheng menes her at det må være en eller annen forbindelse mellom tiltaket og målet; tiltaket må være ”egnede til at nå det tilsigtede mål”,⁹⁶ eller at det må være en grad av ”fornuftig sammenheng”⁹⁷ mellom tiltaket som velges og den virkning tiltaket er ment å ha. Dette er den tradisjonelle oppfatningen av egnethetstesten. Hva gjelder det nærmere innholdet, kreves det ikke at tiltaket er påkrevet (nødvendig) for å nå målet, heller ikke at det mest egnede tiltaket må velges.⁹⁸ På den annen side kreves mer enn en rent teoretisk mulighet for at tiltaket er tjenelig.⁹⁹ Generaladvokat Van Gerven karakteriserer et tiltak for er egnet dersom det er ”nyttig (eller relevant)”.¹⁰⁰ Et krav om formålstjenelighet virker tilsynelatende noe mildere enn et krav til egnethet, men praksis synes ikke å skille mellom dem.¹⁰¹ I *Ahokainen* godtok

⁹⁵ Strandberg (2005) s.76, og Jans (2000) s.245: ”[a] measure is either suitable or it is not”.

⁹⁶ Tuna, p.79.

⁹⁷ Sak 132/80 United foods, p.28. Se også sak C-326/07 Kommisjonen mot Italia, p.47.

⁹⁸ GA Sharpston i sak C-400/08 Kjøpesenter, p.89.

⁹⁹ Sak C-366/04 Schwarz, p.35-36.

¹⁰⁰ GA Van Gerven i sak C-159/90 SPUC mot Grogan, p.27.

¹⁰¹ Se for eksempel *Ahokainen*, p.36 og sak C-124/97 Läärä, p.40.

domstolen et tiltak som kun delvis var egnet,¹⁰² og i *Alpine Investments* uttalte domstolen at egnethetskravet var oppfylt ettersom det aktuelle tiltaket ”ikke [kunne] betraktes som uegnet”.¹⁰³ Ved første øyekast synes den språklige variasjonen som ligger i et krav om egnethet og et krav om ikke uegnethet, bare å ligne et ordspill uten innholdsmessig betydning. På den annen side synes det lettere å argumentere for at noe ikke er uegnet, enn at det positivt er egnet. Stemmer dette, kan vi oppstille en slik gradering av egnethetskravet: et krav er enten uegnet, ikke uegnet (mer nøytralt) eller egnet. Problemstillingen drøftes nærmere under punkt 8.

I senere tid har det blitt normalt å operere med enda et krav, nemlig kravet til saklighet. For at et tiltak skal oppfylle egnethetskravet, holder det ikke at det isolert sett fremstår som egnet; tiltaket må i tillegg ikke motvirkes av andre reguleringer. Sagt på en annen måte: for at et tiltak skal være egnet, kreves at tiltaket skal tilgodese formålet på en ”systematisk måte”.¹⁰⁴ Med systematisk menes her konsistent, altså at politikken må være fri fra motsetninger.¹⁰⁵ I en prejudisiell sak må altså den nasjonale domstol vurdere om medlemsstaten snakker sant, og tilsvarende må EU-domstolen vurdere dette i et traktatbruddsøksmål. Enkelte kaller av denne grunn testen for ”the hypocrisy test”.¹⁰⁶ *Mathiesen* reiser spørsmålet om domstolen med dette har introdusert et nytt

¹⁰² Sak C-434/04 *Ahokainen*, p.39 (reservasjonen ”om end kun delvis”).

¹⁰³ Sak C-384/93 *Alpine Investments*, p.49 (min klamme). Dobbelt nektelse finner vi også i originalspråket (nederlandsk): ”niet ongeschikt worden” (”ikke upassende/uegnet”), i den franske versjonen: ”ne saurait être considérée comme inapte”, og den engelske: ”cannot be considered to be inappropriate”. Et eksempel fra juridisk teori har vi med Fenger (2010) s.46: ”retsakten ikke må anses for klart uegnet”.

¹⁰⁴ Sak C-137/09 *Josemans*, p.70. I sitatet står det ”sammenhengende og systematisk måte”. Innholdet i kravet til sammenheng er gjennomgått over. Tilsvarende formuleringer har vi fra EFTA-domstolen, se for eksempel E-3/06 *Landbroses*, p.53 og E-1/06 *Spilleautomat*, p.43.

¹⁰⁵ Jf. den engelske versjonen av *Josemans*, ”in a consistent and systematic manner”, p.70.

¹⁰⁶ Kallenavnet brukes normalt under henvisning til sak C-243/01 *Gambelli*, jf. særlig dommens p.69, se *Mathisen* (2010) nederst på s.1034 med videre henvisninger. Spapens (2008) s.86 uttaler at den nasjonale domstolen i en foreleggelsessak må foreta ”a policy check, as a hypocrisy test”. Vel og merke er det en nær sammenheng mellom spørsmålet om et tiltak oppfyller et saklighetskrav og spørsmålet om et tiltak forfølger et legitimt formål. Lest i sammenheng kan det se ut til at Spapens bruker kallenavnet i sistnevnte betydning.

prinsipp; ”a «principle of consistency and coherence».”¹⁰⁷ Problemstillingen han reiser er altså om prinsippet utgjør en selvstendig begrunnelse for å gjøre inngrep i bevegelsesfrihetene, og ikke som del av et proporsjonalitetsprinsipp.¹⁰⁸ For min del velger jeg å se dette som en del av egnethetsvilkåret, og da formulert som et krav til saklighet: valget av virkemiddel skal være basert på objektive kriterier.¹⁰⁹ Med mindre det fremkommer eksplisitt, er det den tradisjonelle oppfatningen av egnethetsvilkåret som drøftes i det følgende, nemlig at det må være en sammenheng mellom tiltaket og målet som ønskes oppnådd. Når det vises til ”egnhetskravet” eller lignende formuleringer, er det altså kravet til sammenheng det siktes til.

Når medlemsstaten skal vurdere om et tiltak er egnet til å nå et mål, ligger i dette at det dreier seg om fremtidsrettet vurdering. Problemstillingen for medlemsstaten er om tiltaket *vil kunne nå målet*. Et nærliggende spørsmål er om det overhodet er riktig å tale om bevis for slike forhold, all den tid bevis knytter seg til fortidige hendelser.¹¹⁰ Strengt tatt er det ikke mulig å bevise fremtiden, man må nøye seg med å stille prognoser. Som *Strandberg* påpeker, er det noen forfattere som bruker begrepet ”bevis” og ”bevisbyrde” kun om det han kaller faktisk-historiske forhold.¹¹¹ *Kokott* skiller også mellom “future facts” og “historic or present facts”,¹¹² og argumenterer for at skillet har betydning for

¹⁰⁷ Mathiesen (2010) s.1021-1022.

¹⁰⁸ I artikkelen drøfter han behovet for et slikt prinsipp i relasjon til proporsjonalitetsprinsippets tre vilkår. For egnethetsvilkåret skriver han på s.1037 at kravet til sammenheng er helt sentralt, men at kravet til konsekvens spiller en mer pedagogisk rolle, s.1042. For nødvendighetskravet avviser han på s.1043 behovet for et krav til sammenheng, mens han virker mer åpen for konsekvenskravet, s.1046. For forholdsmessighet i snever forstand avviser han både kravet til ”coherent” og ”consistent”, s.1047.

¹⁰⁹ Se Kommisjonens argumenter i Josemans, p.72.

¹¹⁰ Vel og merke er problemstillingen teoretisk, da det ikke er noen tvil om at domstolen faktisk benytter uttrykket ”bevis” for slike forhold.

¹¹¹ Strandberg (2005) s.52 om bevis for faktum (bevisbyrde), underbygging av hypoteser (tvilsrisiko) og stipulering av fremtid (tvilsrisiko). Videre viser Strandberg til en forfatter som kun taler om prognose, prognosevurderinger, prognosetema og prognosekrav for fremtidige forhold.

¹¹² Kokott (1998) s.23.

bevisskravet. Som vi skal se i punkt 13.3.2 og 14.2.2.2, synes domstolen til en viss grad å ta høyde for de komplikasjoner som ligger i at det dreier seg om fremtidige forhold.¹¹³

Etter min mening avhenger bevissituasjonen mer av hvilke opplysninger som foreligger, enn hvorvidt det dreier seg om et fortidig eller fremtidig forhold. For, som vi så i punkt 5, er det juridiske bevis relativt, i den forstand at å si at noe anses bevist (juridisk sett), ikke nødvendigvis innebærer at det er bevist med 100prosent sannsynlighet (matematisk bevist).¹¹⁴ Som *Graver* sier, er det ”[p]rinsipielt sett [...] snakk om samme type vurderinger, nemlig hva vi har grunn til å tro ut fra den tilgjengelige kunnskap om konkrete omstendigheter, og ut fra teorier om årsakssammenhenger og motivasjonsstrukturer.”¹¹⁵ Det er ikke gitt at historiske forhold alltid er enklere å konstatere enn fremtidige forhold er å prognostisere. Det som er sagt her, innebærer ikke annet enn at begrepet ”bevis” må tas med en klype salt (slik man for øvrig må gjøre for det juridiske bevisbegrepet). Som *Strandberg* påpeker, blir det kun tale om indirekte bevis (indisiebevis) i slike situasjoner, det vil si bevis som kun indirekte knytter seg til å belyse rettsfakta.¹¹⁶

7.4 Nødvendig

Dersom domstolen finner at tiltaket er egnet, må den også ta stilling til om tiltaket er nødvendig. Et tiltak er ikke nødvendig dersom mindre inngripende tiltak ville gjort samme nytten. Graden av inngrep i de fire friheter er altså sentralt for nødvendighetsvurderingen.¹¹⁷ Regelen er begrunnet i hensynene som ligger til grunn for bevegelsesfrihetene; for at det indre marked skal fungere, bør det ikke gjøres større inngrep i de fire friheter enn det som strengt tatt er nødvendig for å ivareta hensyn som har tyngre vekt enn hensynet til bevegelsesfriheten.¹¹⁸ Det følger av rettspraksis at

¹¹³ Tilvarende resonnerer Høyesterett i Rt 1982 241 Altasaken: ”I og med at det her dreier seg om prognoser som etter sin art vil være forbundet med usikkerhet, må saksbehandlingen være i orden dersom prognosene er forsvarlige på den tid de må foretas”, s.266.

¹¹⁴ Som *Strandberg* (2005) s.53.

¹¹⁵ *Graver* (2009) s.201 (mine klammer).

¹¹⁶ *Strandberg* (2005) s.52-53. Se punkt 6.2 om forholdet mellom direkte og indirekte bevis.

¹¹⁷ Se rettspraksis om dette i punkt 14.2.2.3.

¹¹⁸ Sak 124/81 UTH-melk, p.13.

vurderingen skal skje konkret; at en medlemsstat har valgt en ordning for sin måloppnåelse, kan ikke i seg selv begrunne at et mer tyngende tiltak valgt av en annen medlemsstat for å nå samme mål, er uproporsjonalt. Noe annet er at det kan være et relevant moment i vurderingen.¹¹⁹

Det er ikke slik at nødvendighetsvurderingen forutsetter at det foreligger alternative sammenlignbare tiltak. Dersom det ikke finnes, er temaet for vurderingen om målet kan nås uavhengig av tiltaket. Denne vurderingen har likhetstrekk med egnethetsvurderingen, ettersom en kun spør om tiltaket er nødvendig.¹²⁰ Foreligger alternative tiltak, holder det imidlertid ikke å konstatere at tiltaket har vært nødvendig. For, dersom et alternativt/potensielt tiltak er *like godt eller bedre* egnet, er proporsjonalitetsprinsippet ikke oppfylt.¹²¹ Forskjellen mellom den første og den andre testen er altså at man for nødvendighetskravet foretar en viss gradering, på linje med en effektivitetstest.¹²² Ettersom tiltaket er gjenstand for effektivitetsvurdering, og dermed vurderes opp mot alternative tiltak, kalles nødvendighetsvurderingen gjerne for "the less restrictive alternative test".¹²³ Det som kreves, er tilgjengelige og realistiske alternativer, ikke alternativer som er teoretiske eller som ikke med rimelighet kan realiseres.¹²⁴

Det forhold at nødvendighetskravet forutsetter en sammenligning mellom effekten av det aktuelle og ett eller flere potensielle virkemidler, gjør at vurderingen kan bli vanskelig og skjønnspreget. For, som vi så over, holder det nemlig ikke for

¹¹⁹ Sak C-141/07 Kommisjonen mot Tyskland, p.51, Alpine Investments, p.51, sak C-67/98 Zenatti, p.34 og GA Stix-Hackls i sak C-322/01 Deutscher Apothekerverband, p.113.

¹²⁰ Ettersom den typiske nødvendighetsvurdering fokuserer på en sammenligning av virkningene til sammenlignbare tiltak, er det i denne sammenheng jeg vil drøfte nødvendighetskravet.

¹²¹ Jf. for eksempel sak 104/75 Peijper, p.27, hvor domstolen konkluderer med at målet om å ivareta den offentlige sunnhet kunne ivaretas ved mindre restriktive midler, nemlig et samarbeid mellom myndighetene i import- og eksportmedlemsstaten.

¹²² Se sak C-394/97 Heinonen, p.44, Mathisen (2007) s.83 og Jans (2000) s.240 om nødvendighetskravet som et effektivitetskrav.

¹²³ Se Emiliou (1996) s.250-251, Jans (2000) s.240 og Tridimas (2006) s.209.

¹²⁴ GA Maduro i Ahokainen, p.25.

nødvendighetsvurderingen å bevise at tiltak X er nødvendig, tiltaket må være *like godt eller bedre egnet* enn det mindre inngripende tiltak Y (og/ eller Z osv.). Riktignok blir konklusjonen på bevisspørsmålet enten ja eller nei, men graderingen (jf. bedre egnet, effektivitetstesten) gjør at vi står overfor det som *Strandberg* kaller for et omfangstema.¹²⁵ Slike bevistema kjennetegnes av at rettsanvenderen må velge mellom mange alternative rettsfakta: for å kunne gi et tilfredsstillende svar på om tiltak X er bedre egnet enn tiltak Y, må medlemsstaten nemlig først kartlegge skadevirkninger for tiltak X, deretter det samme for tiltak Y (evt. tiltak Z osv.), og til slutt sammenligne tiltakenes virkninger og konkludere ut ifra det. Det at ulike størrelser holdes opp mot hverandre på denne måten, gjør at bevisvurderingen kan bli svært skjønnsmessig, samtidig som den kan bli svært vanskelig. En slik vurdering forutsetter nemlig ”tillgang till empiriske fakta (om effekter av lagstiftning, om effekter av andre medel etc.) som vi för praktiske syften kan utgå från att ingen har tillgång till.”¹²⁶

Bevistemaet ”nødvendig” byr altså på komplekse problemstillinger, ved at ulike virkninger må kartlegges og holdes opp mot hverandre. Et annet aspekt ved bevistemaet, og som gjør bevisvurderingen ytterligere komplisert, er at den får et hypotetisk preg over seg. Vurderingen fokuserer nemlig på et hendelsesforløp uten rot i virkeligheten, og som er basert på et ”hvis–så” resonnement.¹²⁷ Mens vi under drøftelsen av egnethetskravet spurte om det er riktig å tale om bevis for fremtidige hendelsesforløp, spør vi nå om det samme for hypotetiske hendelsesforløp.¹²⁸ Heller ikke for hypotetiske forhold er det mulig å fremlegge bevis. Det en kan gjøre, er å få underbygget eventuelle hypoteser, hvor en blir nødt til å trekke slutninger fra hvordan situasjonen ville vært under gitte forutsetninger. Dette innebærer at en ikke med like stor grad av sikkerhet kan fastslå de faktiske forhold, slik man kan for historiske

¹²⁵ Strandberg (2005) s.76.

¹²⁶ Asp (2002) s.172, gjengitt i Nordback (2007) s.436. Bildet kompliseres ytterligere ved at ikke alle virkninger er kommensurable.

¹²⁷ Nordback (2007) s.433. Strandberg (2005) kaller dette kontrafaktisk historie, s.13.

¹²⁸ En innvending mot skillet mellom fremtidige og hypotetiske vurderinger er at også fremtidige vurderinger til en viss grad kan være hypotetiske. Poenget her er at de fremtidige vurderingene forsøkes basert på prognoser av hva som skal eller vil skje, mens hypotetiske vurderinger ikke trenger å ha rot i virkeligheten overhodet.

forhold. Som *Nordback* skriver, det ”säger sig självt” at domstolen med uttrykkene ”visa” og ”styrka”, ikke kan kreve bevis utover enhver rimelig tvil for at et tiltak er nødvendig, slik den kan kreve for å bevise ”att Liisa slagit Lasse med knuten näven i ansiktet.”¹²⁹ Også her, som for fremtidige forhold, kan det kun bli tale om å kreve indirekte bevis.

At domstolen krever bevis for at et tiltak er nødvendig – på samme måte som at den krever bevis for at et tiltak er egnet – innebærer ikke at bevisbyrden *de facto* er umulig å oppfylle, slik at (typisk) medlemsstaten alltid vil tape. En måte å håndtere komplikasjonene på er, som nevnt, å tillate indirekte bevis. En annen mulighet er å justere kravet til innholdet av bevisbyrden, altså at domstolen tar hensyn til dette i bevisvurderingen. Et eksempel på det er domstolens uttalelse om at medlemsstaten ikke ”positivt skal bevise, at ingen anden tænkelig foranstaltning kan gøre det mulig at nå det nævnte formål på de samme vilkår”.¹³⁰ Videre kan domstolen lempe på beviskravet, ved å anvende *prima facie* bevis som beviskravslettelse, se punkt 6.3 og 17.2.3.

Også ved vurderingen av nødvendighetskravet er det relevant å ta stilling til om det er en objektiv vurdering, eller om det også er rom for subjektive innslag og dermed feilmargen hos medlemsstatene. Både i EU- og EØS-retten er ordningen at medlemsstatene er innrømmet skjønnsmargin ved fastsettelsen av beskyttelsesnivå,¹³¹ men i noe varierende grad av skjønnsmarginen med hensyn til valg av virkemiddel.¹³²

¹²⁹ Nordback (2007) s.440.

¹³⁰ Kjøpesenter, p.75.

¹³¹ Läärä, p.35.

¹³² Se punkt 13.3.3 og 14.2.2.3. Se også Jans (2000) s.245-247.

7.5 Forholdsmessig i snever forstand

7.5.1 Eksisterer en slik test?

Som nevnt i punkt 1, pågår en debatt omkring eksistensen av det siste elementet av proporsjonalitetsvurderingen. Ser vi gjennom EU-domstolens rettspraksis, er det flere spor av den siste testen.¹³³ Om dette kun er en formalitet, eller om domstolen også faktisk gjennomfører en slik tretrinns-test, er likevel ikke lett å se.¹³⁴ Oftere er det at generaladvokatene følger tretrinns-testen. Et eksempel på det er Van Gerven, som definerer proporsjonalitetsprinsippet som at et krav til at restriksjonen må være ”objektivt nødvendig til opnåelsen af det formål, som forfølges [...]”; dette betyder, at den [restriksjonen] på én gang skal være *nyttig* (eller relevant) og *uomgængelig nødvendig*”, og for det andre må hindringene ikke være ”*uforholdsmæssige*, dvs. når den således opståede hindring står i misforhold til det formål, der søges opnået, eller det resultat, som den nationale forskrift medfører.”¹³⁵

Det kan være flere grunner til at EU-domstolen ikke nevner den tredje testen.¹³⁶ En mulighet er at domstolen ikke anerkjenner den som et selvstendig krav. Etter min mening er det heller tvilsomt, da domstolen ved flere anledninger har nevnt og anvendt testen, jf. over. En andre mulighet er at testen anerkjennes, men at den inngår i en av de

¹³³ Senest sak C-326/07 Kommissjonen mot Italia, p.52 siste setning, om at ”[e]n sådan bedømmelsesmargin står ikke i et rimelig forhold til de tilstræbte mål” (min klamme). Uttalelsen kan også forstås som en del av egnethetsvurderingen, se drøftelsen under punkt 14.2.2.3. Se også C-331/88 Fedesa, p.13, C-169/91 Stroke-on-Trent, p.15 og T-13/99 Pfizer, p.411. Fredriksen (2007) hevder på side 299 at det ”klart nok [...] gjelder et slikt generelt krav om forholdsmessighet i snever forstand” (min klamme).

¹³⁴ Bildet kompliseres ytterligere av at betegnelsene noen ganger går om hverandre, jf. for eksempel Läärä, p.39, hvor domstolen bruker begrepet ”uforholdsmæssigt” om nødvendighetsvurderingen (jf. at den taler om valg av virkemiddel, altså enten egnethets- eller nødvendighetsvurderingen, og ikke valg av beskyttelsesnivå, som er forholdsmessighet i snever forstand). Tilsvarende beskriver Fredriksen (2007) s.298 Høyesterett sin uttalelse i Rt 2007 1003 Spilleautomat, p.91 som ”en glipp”.

¹³⁵ GA Van Gerven i sak C-159/90 SPUC mot Grogan, p.27 (mine klammer).

¹³⁶ Se Mathisen (2007) s.90-91 om forholdet mellom de tre testene.

andre testene, som et eget underprinsipp.¹³⁷ En tredje mulighet er at testen anerkjennes, men at det ikke er aktuelt å ta stilling til den i den konkrete saken. Det kan være enten fordi de øvrige vilkårene uansett ikke er oppfylt, fordi vilkårene er oppfylt, men det må være opplagt at dette også gjelder forholdsmessighetskravet i snever forstand eller av den grunn at den konkrete sak ligger slik an, at EU-domstolen viker tilbake for å gå nærmere inn på slike avveininger som den tredje testen forutsetter.¹³⁸ I denne retning argumenterer *Jans*, når han uttaler at:

“the Court is apparently extremely cautious about applying the proportionality principle in this way and that it will take exceptional circumstances to justify it.”¹³⁹

Vi kan heller ikke se bort ifra at utformingen av generaladvokatens forslag til avgjørelse kan ha betydning for hvordan EU-domstolen velger å gå frem. Partenes argumentasjon kan også være en medvirkende faktor. I *Kjøpesenter*, for å ta et eksempel, var det siste vilkåret ikke anført, og heller ikke drøftet av EU-domstolen.¹⁴⁰

Det er ikke bare forholdsmessighet i snever forstand EU-domstolen til tider utelater å ta stilling til; i det hele tatt stiller EU-domstolen seg nokså fritt i formuleringen av proporsjonalitetsprinsippet.¹⁴¹ Uansett hvor mange elementer av

¹³⁷ *EØS-rett* (2011) s.407 om at proporsjonalitetsprinsippet splittes i to, nemlig krav til nødvendighet (“midler som griper mindre inn i den frie bevegelse”) og forholdsmessighet (formodentlig i snever forstand), se Tridimas (2006) s.139. Rt 2009 839 Pedicel, p.41 kan også oppfattes slik (jf. ”alternativ uttrykksmåte”).

¹³⁸ Det som gjør denne testen spesiell, er at domstolen potensielt må begi seg ut på skjønnspregede og politisk sensitive vurderinger; vurderinger som er mindre egnet for domstolsprøving. I EMD kalles argumentet for ”the better placed argument”, jf. Gerards (2011) s.85 og 110-111.

¹³⁹ *Jans* (2000) s.248. Uttalelsen er fra 2000, men er like aktuell i dag. For eksempel sluttet Høyesterett seg langt på vei til dette i Rt. 2009 s. 839 Pedicel, ved å reservere seg for ”ekstraordinære tilfeller”, p.41 og ”den aktuelle sak”, p.48.

¹⁴⁰ *Kjøpesenter*, p.56. Craig (2011) s.526: “[t]he reality is that the ECJ will consider part three when an applicant addresses an argument concerning this stage of the inquiry.”

¹⁴¹ Sak 44/79 Hauer, p.23 er et eksempel hvor EU-domstolen gikk rett til den tredje testen (“unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff”), etter implisitt å ha lagt til grunn at de øvrige vilkår forelå. Saken gjaldt prøving av EU-lovgivning, men har likevel interesse ved å illustrere EU-domstolens frie tilnærming til prinsippet.

proporsjonalitetsprinsippet man mener domstolen opererer med, mener jeg, som *Mathiesen*, at en juridisk fremstilling bør omfatte alle tre. Min begrunnelse for dette er først og fremst det siste vilkårets spor i rettspraksis, og at det på grunnlag av dette har vært den tradisjonelle oppfatningen i teorien er at proporsjonalitetsprinsippet består av tre elementer.¹⁴² Gitt at domstolens rettspraksis er den viktigste kilden i fremstillingen, og det siste elementet kun unntaksvis omtales, vil likevel den siste testen få mindre omtale. Som vi skal se i punktet under, er det også bevismessige implikasjoner som gjør at den siste testen har begrenset betydning.

7.5.2 Bevissituasjonen

Ved vurderingen av egnethets- og nødvendighetskravet så vi at tiltaket stod sentralt, og spørsmålet var for det første om tiltaket var egnet, og for det andre om det var like bra eller bedre egnet (enn et annet tiltak) til å nå en gitt målsetting. Det tredje kravet er av en noe annen karakter. Vi fokuserer her ikke på tiltaket i seg selv, men på hvilke skadevirkninger tiltaket har på de fire friheter, og spør hvorvidt inngrepet står i et urimelig forhold til den målsetting som er satt. Jo større skadevirkningene er, dess større må betydningen av interessen som medlemsstaten støtter seg til, være. Det legges altså opp til en interesseavveining, altså en ”afvejning af den nationale interesse i, at målet realiseres, over for fællesskabsinteressen i at sikre frie varebevægelser.”¹⁴³

Mathiesen kaller testen for en urimelighetssensur av statens beskyttelsesnivå, en karakteristikk som på mange måter er treffende.¹⁴⁴ Navnet viser både at det er tale om en form for rimelighetsvurdering og interesseavveining, samt at testen refererer til det beskyttelsesnivået som medlemsstaten har valgt. Utgangspunktet på ikke-harmoniserte rettsområder, som fremstillingen er avgrenset til, er at medlemsstaten står fritt til å velge

¹⁴² Mathisen (2007) s.90 har en annen begrunnelse for sitt metodevalg, nemlig at vilkårene er kumulative. Etter min mening blir dette et sirkelresonnement, altså at vilkåret eksisterer fordi det er et kumulativt vilkår. Både Fredriksen (2007) s.296, Jans (2000) s.240, Harbo (2010) s.165 og Gerards (2011) s.89 beskriver tretrinns-testen som den tradisjonelle måten å forstå proporsjonalitetsprinsippet på. Tridimas (2006) hevder på sin side at denne forståelsen ”has received some judicial support”, men at EU-domstolen selv ikke skiller mellom den andre og tredje testen, s.139.

¹⁴³ Stoke-on-Trent, p.15.

¹⁴⁴ Mathisen (2007) s.88.

hvilket beskyttelsesnivå den vil etterstrebe. Forholdsmessighet i snever forstand innebærer at medlemsstaten kan bli tvunget til å bruke mindre inngripende tiltak, ”selv om dette ville medføre et lavere niveau for beskyttelse af medlemsstatens berettigede interesser.”¹⁴⁵ Det er her forskjellen fra egnethets- og nødvendighetstesten kommer frem: mens vi tidligere drøftet proporsjonaliteten av medlemsstatenes valg av virkemidler (tiltaket må være egnet og nødvendig), er det nå vurderingen av medlemsstatenes valg av beskyttelsesnivå som er gjenstand for prøving.

Vilkårets karakter av å være en interesseavveining har flere konsekvenser for bevissituasjonen. For det første vil vurderingen være skjønnsmessig, og dermed komplisert. For det andre, og viktigere, er at det er normer som veies mot hverandre, og ifølge Nordback er normkonflikter ”en rettsfråga som inte kräver bevisning av fakta.”¹⁴⁶ Det som kan dokumenteres, er tiltakets skadevirkninger for fellesskapet, og på grunnlag av dette kan en argumentere for at skadevirkningene står i et urimelig forhold til målsettingen. Det lar seg derimot ikke gjøre å bevise at utfallet er urimelig; dette er en rettslig vurdering. Dette er Fenger enig i, når han skriver at

”om det pågående hensyn i givet fald må tillægges en større vægt i afvejningen over for hensynet til fri bevægelighed – er ikke et spørgsmål om bevisførelse vedrørende faktum. Det er udelukkende tale om at foretage en retlig afvejning mellem modstridende kriterier efter en vag og elastisk fællesskabsbestemmelse.”¹⁴⁷

På bakgrunn av dette, nemlig at det ikke lar seg gjøre å bevise u/forholdsmessighet, og i tillegg at domstolen rent unntaksvis tar stilling til forholdsmessighet i snever forstand, vil jeg heretter konsentrere meg om de to første testene.

¹⁴⁵ GA Maduro i Ahokainen, p.26. Om forholdet mellom nødvendighetsvurderingen og beskyttelsesnivå, se *EØS-rett* (2011) s. 408.

¹⁴⁶ Nordback (2007) s.434.

¹⁴⁷ Fenger (2004) s.818.

8 Proporsjonalt eller ikke uproporsjonalt?

Som jurist kommer en neppe utenom sammensetningene vesentlig, uvesentlig og ikke uvesentlig eller betydelig, ubetydelig og ikke ubetydelig. Tilsvarende finner vi formuleringer som at et tiltak må være proporsjonalt, uproporsjonalt eller ikke uproporsjonalt.¹⁴⁸ Problemstillingen her er hva som er det riktige bevistemået.

Noen vil mene at slike variabler ”tilfører lite eller ingenting [...] [men bare] blæs opp teksten og gjer han tyngre og meir utilgjengeleg”.¹⁴⁹ Å si at begrepene ikke tilfører noe, er etter min mening ikke riktig: om ordvalget er tilsiktet eller ikke, finner vi først ut etter å ha tolket ordlyden i riktig kontekst. Følgelig kan vi fra tid til annen se at forfattere bruker dobbel nektelse (”ikke uproporsjonalt”) i en sammenheng hvor det ville vært like naturlig å uttrykke ordet positivt (”proporsjonalt”), altså at ordvalget fremstår som tilfeldig.¹⁵⁰ I andre sammenhenger leder tolkningen til den konklusjon at forfatteren har valgt formuleringen med omhu, og at uttrykket tilfører setningen en nyanse. Særlig gjelder dette ved gjennomlesning av dommer, hvor ordvalget (formodentlig) er et resultat av veloverveide valg. På den annen side har vi det kompliserende faktum at EU-retten er flerspråklig, hvilket innebærer at rettsanvenderen må sammenligne ulike språkversjoner og holde disse opp mot den autentiske versjonen, jf. punkt 3.2.

Hvis vi tallfester nyansen i vårt tilfelle, på en skala fra 0 til 100, vil det si at 0 er uproporsjonalt (uegnet, unødvendig eller uforholdsmessig), 100 er proporsjonalt (egnet, nødvendig eller forholdsmessig) og 50 pluss/minus er ikke uproporsjonalt (ikke uegnet, ikke unødvendig eller ikke uforholdsmessig). Ikke uproporsjonalt ligger altså et sted imellom, og er verken det ene eller det andre. Dersom nyansen fjernes, ville en måtte

¹⁴⁸ Hauer, p.23, sak C-312/89 Conforama, p.12 og sak C-316/95 Generics, p.33 ”ikke [...] uforholdsmessig” (min klamme), Alpine Investments, p.48 ”ikke [...] uegnet” (min klamme) og ”ikke [...] i et urimeligt forhold” (min klamme), p. 55, Läära p.39 og Zenatti, p.37 ”ikke [...] uforholdsmessige” (min klamme). GA Mancini skriver i sak 15/83 Denkavit på s.2193 at det aktuelle tiltaket var ”non [...] sproporzionato”, altså ikke uproporsjonalt (min klamme).

¹⁴⁹ Giertsen (2010) s.59-60 (mine klammer).

¹⁵⁰ *EØS-rett* (2011) s.387 og 388 og Lasok (2004) s.339. Lest i kontekst ser vi at forfatterne bruker ”ikke uforholdsmessig” i samme betydning som ”forholdsmessig”.

kompensere nyansen på annen måte, for eksempel ved justert beviskrav i visse tilfelle. Etter min mening ville det ikke gjort teksten mer tilgjengelig.

På bakgrunn av det nevnte er det grunn til å tro at variablene er her for å bli, og at det kan ligge viktige nyanser i bruken av dem. Neste spørsmål blir da hva som er det riktige bevisetemaet ved prøvingen av proporsjonalitetsprinsippet. Svaret på dette er verken u/proporsjonalt eller ikke uproporsjonalt, men ”tja”. Svaret kan nemlig ikke besvares generelt, men forutsetter en analyse av EU-domstolens praksis i søken etter røde tråder. Etter å ha foretatt en slik analyse, konkluderte *Jans* med at variasjonen gir uttrykk for varierende grad av prøvingsintensitet, og at kriteriet ”ikke uproporsjonalt” anvendes der domstolen ønsker å overlate medlemsstaten større grad av skjønnsmargin enn ellers.¹⁵¹ Problemstillingen illustrerer med andre ord at det er en klar sammenheng mellom prosessuelle reguleringer og en saks materielle forhold.

9 Proporsjonalitetsprinsippet – fakta eller juss?

9.1 Betydningen av å skille mellom fakta og juss

Spørsmålet om proporsjonalitetsvurderingen regnes for å være en faktisk eller rettslig øvelse, har betydning i flere relasjoner: for det første oppstår bevisrettslige problemstillinger kun for faktiske spørsmål, jf. punkt 7.1. For jussen er utgangspunktet det motsatte; domstolen kjent med denne (*jura novit curia*). Dersom proporsjonalitetsvurderingen er en rent juridisk øvelse, blir det strengt tatt ikke riktig å tale om bevis, da rettslig tvil løses ved tolkning og ikke bevis, jf. punkt 7.5.2.

Forutsatt at bevisspørsmål hører hjemme i proporsjonalitetsvurderingen (og tatt i betraktning at domstolen *faktisk* anvender dem), blir spørsmålet om dette gjelder ubetinget i alle søksmålsformer. For prejudisielle saker er jo domstolens kompetanse etter TEUF art. 267 å tolke traktatene, ikke løse den enkelte sak.¹⁵² Det er dette

¹⁵¹ *Jans* (2000) s.261.

¹⁵² Se forente saker C-428/06 og C-434/06 UGT-Rioja, p.77 og punkt 13.1.

generaladvokat Rozés mener når hun viser til ”Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens”¹⁵³ som begrunnelse for at domstolen ikke kan ta stilling til bevisspørsmål. Ifølge henne, legger altså foreleggelsesprosedyrens art begrensninger for domstolen, slik at domstolen er forhindret i å vurdere bevisspørsmål i slike saker.¹⁵⁴

Å skille mellom fakta og juss har betydning ikke bare bevisrettslig, men også for et beslektet emne, nemlig domstolens prøvingsintensitet.¹⁵⁵ For, dersom proporsjonalitetsvurderingen er faktisk, kan domstolsprøvingen i praksis bli nokså dyptgående, i og med den krever konkrete bevis for faktiske forhold, jf. punkt 13.3 og 14.2.2. Dette står i kontrast til læren om forvaltningsmyndighetenes diskresjonære myndighet ved skjønnsmessige vurderinger. Proporsjonalitetsvurderingen er jo nettopp et eksempel på en slik skjønnsmessig vurdering.¹⁵⁶ Konsekvensen av at proporsjonalitetsvurderingen regnes for å være et rent rettslig anliggende, vil være at prøvingsdomstolen har full kompetanse, og at medlemsstatene ikke vil råde over noe skjønnsmargin.

9.2 Proporsjonalitetsprinsippet som både-og, ikke enten-eller

Skillet mellom fakta og juss er like viktig som det er vanskelig. Viktig, ikke bare av grunnene nevnt over, men for all rettsanvendelse og for de fleste rettssystemer.¹⁵⁷ Skillet er også vanskelig, da jussen anvendes på fakta (subsumsjon) og fakta samtidig former jussen.¹⁵⁸ En ytterligere kompliserende faktor er EU-domstolens begrepsapparat, da dens klassifiseringer (av fakta, juss og subsumsjon) ikke nødvendigvis følger samme mønster som fra medlemsstatene, jf. punkt 3.2.

¹⁵³ GA Rozés i sak 345/82 *Wünsche Handelsgesellschaft*, s.2026.

¹⁵⁴ Tilsvarende GA Reischl i sak 36/79 *Denkavit* s.3463 punkt bb) om at det er ”grundsätzlich kein Raum” for ”Beweiserhebungen [...] in einem *Interpretationsverfahren*” (min klamme).

¹⁵⁵ At det er en nær sammenheng mellom disse spørsmålene, se Fenger (2004) s.816 flg.

¹⁵⁶ Forholdet mellom de fire bevegelsesfriheter og forvaltningens frie skjønn er behandlet i nyere litteratur, jf. Eriksen (2012) s.111-115 og 174-177.

¹⁵⁷ For eksempel er skillet mellom fakta og juss sentralt i ankesaker, da ”[a]ppel til Domstolen er begrenset til retsspørsmål”, jf. Statuttens art. 58 (min klamme) jf. TEUF art. 256 nr.1.

¹⁵⁸ Mathiesen (2005) s.103 flg. om samfunnets innvirkning på retten. Se også Ress (1992) s.181-182.

For å begynne med to utgangspunkter, er fakta en del av den fysiske verden som underkastes naturvitenskapelige og sosiale analyser, mens jussen er et psykisk fenomen som underkastes hermeneutiske metoder. At et produkt selges under navnet ”Clinique”, er altså fakta, men det er jussen som forteller oss om dette er villedende reklame og dermed i strid med fellesskapsretten. Anvendt på proporsjonalitetsprinsippet er det fakta som forteller oss hvilke virkninger tiltaket har, mens jussen gir oss svaret på om dette kvalifiserer som egnet, nødvendig og forholdsmessig i snever forstand (jussen i betydningen tolkning og subsumsjon). Problemstillingen her er altså om subsumsjon behandles som fakta, juss eller som en egen kategori.

I eksemplet over brukte jeg begrepet ”juss” som fellesbetegnelse for tolkning og subsumsjon. I noen sammenhenger er det likevel viktig å skille mellom dem. I prejudisielle saker går det et skille mellom tolkning og subsumsjon, og hvor domstolens kompetanse er begrenset til tolkning, jf. punkt 13.1. Dette gir grunn til å reise spørsmålet om domstolen behandler subsumsjoner som et faktisk spørsmål. Domstolens uttalelse i *Torfaen* har blitt tatt til inntekt for et slikt syn:

”Spørsmålet, om virkningerne af en konkret national regulering faktisk holder sig inden for disse rammer [proporsjonalitetsprinsippet], henhører under de faktiske omstændigheder, som det tilkommer den nationale domstol at tage stilling til.”¹⁵⁹

Ifølge *Jarvis*, sier domstolen med dette at proporsjonalitetsvurderingen behandles som fakta, jf. sitatet som viser til ”faktiske omstændigheder”, og at det som følge av dette vil oppstå bevisspørsmål.¹⁶⁰ *Harbo* gjør et lignende syn gjeldende når han fremholder at

”[t]he decision as to whether the concrete measure is proportionate or not – *ie the question of facts* – the court will in many cases leave to the referring court pursuant to the principle of subsidiarity or federalism.”¹⁶¹

Videre kan det være et argument for å anse vurderingen som et faktisk spørsmål, at domstolen på andre områder opererer med et vidt faktabegrep, jf. punkt 13.1 om fastleggingen av nasjonal rett.

¹⁵⁹ Sak C-145/88 *Torfaen*, p.16.

¹⁶⁰ *Jarvis* (1998) s.217-219 med overskriften ”Proportionality as a question of fact”.

¹⁶¹ *Harbo* (2010) s.177 (min kursivering).

Etter min mening er det ingen automatikk i at domstolens uttalelse i en prejudisiell sak (som *Torfaen*) – hvor situasjonen som nevnt er at den kun kan tolke jussen, men ikke subsumere den – gir grunnlag for å si noe om forholdet mellom juss og fakta generelt. Det er nærliggende å tolke uttalelsen slik at det er kompetansefordelingen domstolen uttaler seg om, og ikke hvilken kategori vurderingen skal plasseres i. Dette kommer klarere frem av EFTA-domstolens uttalelse i *Philip Morris*:

”Undersøkelsen av forholdsmessigheten og virkningene av tiltakene som er iverksatt, bygger på faktiske forhold som den anmodende domstol har bedre forutsetninger for å foreta.”¹⁶²

I traktatbruddsaker kan lignende uttalelser komme av at domstolen for eksempel mangler de faktiske opplysninger for å kunne avgjøre saken. Argumentene over taler i retning av at proporsjonalitetsvurderingen (subsumsjonen) ikke er et rent faktisk spørsmål.

Mens noen argumenterer for at proporsjonalitetsprinsippet er av faktisk art, fremholder andre at det er et rettslig anliggende. I denne retning argumenterer *Nordback*.¹⁶³ Med utgangspunkt i maksimen om at domstolen kjenner jussen (*jura novit curia*), argumenterer han for at det er i strid med tradisjonell bevislære at EU-domstolen krever bevis for at et tiltak er begrunnet i proporsjonalitetsprinsippet. Det han gjør, er å skille mellom konkrete og abstrakte bevisfakta, hvor kun konkrete bevisfakta er gjenstand for bevis.¹⁶⁴ Jeg finner det vanskelig å akseptere at proporsjonalitetsprinsippet (subsumsjonen) behandles som et rent rettslig spørsmål. En konsekvens av dette vil som

¹⁶² E-16/10 Philip Morris, p.86 (min kursivering). Tilsvarende i Ahokainen, p.38. Etter min mening sier uttalelsen både noe om ”the better placed argument”, nemlig at den nasjonale domstol har bedre forutsetninger, men også noe om kompetansefordelingen, altså at EU-domstolen ikke har kompetanse til å avgjøre saken. Så langt jeg kan forstå, er dette to sider av samme sak (kompetansefordelingen er, blant annet, begrunnet i ”the better placed argument”). Det samme synes domstolen å forutsette i sak C-421/01 Traunfellner, p.21.

¹⁶³ Nordback (2007) punkt 4 ”Terminologisk krock”.

¹⁶⁴ Og da formodentlig at proporsjonalitetsprinsippet er et abstrakt rettsfaktum (slik vi så i oppgavens punkt 7.1), ettersom han mener at bevissspørsmål ikke hører hjemme der, Nordback (2007) s.434 med videre henvisninger.

nevnt være at medlemsstatene ikke råder over noe skjønn ved proporsjonalitetsvurderingen, noe domstolen ved flere anledninger uttrykkelig har konstatert at den gjør.¹⁶⁵

For å oppsummere: Det hefter ingen tvil ved at domstolen faktisk krever bevis for at et tiltak er begrunnet i proporsjonalitetsprinsippet, både i traktatbruddsaker og prejudisielle spørsmål, se punkt 13.3 og 14.2.2. Dette taler i retning av at domstolen behandler subsumsjon på linje med faktaspørsmål, og med de konsekvenser det har (både bevisrettslig og med hensyn til prøvingsintensitet). At domstolen krever bevis også i prejudisielle saker, taler i motsatt retning. Slik jeg ser det, er det mest nærliggende å behandle proporsjonalitetsprinsippet som både fakta og juss, altså både-og, ikke enten-eller. På samme måte hevder *Christoffersen* at proporsjonalitetsprinsippet i EMK består av ”a normative and a factual limb”.¹⁶⁶

Det kan nok være slik, at de fleste nasjonale rettssystemer behandler subsumsjon som noe rettslig – slik jeg gjorde i ”Clinique”-eksemplet mitt i tidligere – og at det av den grunn oppstår debatt. *Fenger* kritiserer domstolens begrepsbruk på dette punkt:

”Den korrekte subsumption er ikke et spørsmål om bevis, og en part kan ikke bære en bevisbyrde for, hvordan faktum skal subsumeres under en rettsregel.”¹⁶⁷

Etter mitt syn må det være slik at domstolen skal kunne kreve bevis for den faktiske siden, det vil si hvilken virkning et (evt. flere) tiltak vil ha. Det må jo nødvendigvis være et bevist faktum som skal subsumeres; subsumsjon forutsetter med andre ord bevisføring på forhånd. Vurderingen av om de beviste fakta tilfredsstillende kravet til egnethet og nødvendighet, er derimot et spørsmål for domstolen. Dette spørsmålet er ikke gjenstand for bevis, men løses ved tolkning.

¹⁶⁵ For eksempel Apothekerkammer, p.19 og 54.

¹⁶⁶ Christoffersen (2009) s.164.

¹⁶⁷ Fenger (2004) s.819.

DEL IV. BEVISBYRDE

10 Terminologi

Som vi har sett, gjelder bevistema *hva* som skal bevises. Tradisjonelt brukes begrepet bevisbyrde om *hvem* som skal godtgjøre bevistemaet. En juridisk fremstilling vil imidlertid ikke nøye seg med å konstatere dette, men vil også vurdere bevisbyrdens generelle innhold og omfang. Dette gjør at bevisbyrdevurderingen lett glir over i vurderingen av beviskravet, hvilket også gjør at begrepet bevisbyrde brukes i begge betydninger.¹⁶⁸ Jeg har valgt å holde ved det tradisjonelle skillet mellom bevisbyrde og beviskrav. Noe annet er at problemstillingene kan overlape hverandre. Domstolens vurdering av om bevisbyrden er oppfylt i den konkrete sak – bevisvurderingen – faller imidlertid sammen med bevisbyrdevurderingen. Om denne har generaladvokat Fennelly så treffende uttalt at “[t]he evidence required to justify a restriction will depend on the nature of the claim made”.¹⁶⁹

Et stikkord for å forstå hva bevisbyrdebegrepet går ut på, er altså *hvem* som skal bevise et faktum, og ikke hvor mye som generelt kreves. Videre er det nødvendig å presisere begrepet tidsmessig (*når*), all den tid begrepet brukes i ulike tidsmessige sammenhenger, og da typisk uten at forfatteren annonserer det. På den ene siden har vi den objektive bevisbyrden, som hviler kun på én part og gjennom hele prosessen. Parten som har den objektive bevisbyrden, må argumentere og overbevise domstolen om sin sak (her: tiltaket er begrunnet i proporsjonalitetsprinsippet), ellers risikerer han å tape saken (her: traktatbrudd eller prejudisiell sak som slår fast at tiltaket er i strid med fellesskapsretten).

¹⁶⁸ Eckhoff (1943) s.16 introduserer ”tvilsrisiko” som samlebegrep for bevisbyrde og beviskrav, ettersom han mente det ”overholdet ikke [er] grunn til å betrakte dem som to selvstendige problemer”(min klamme). Hov (2010) s.1065-1066 og s.1148 flg. mener også at bevisbyrde og beviskrav er to sider av samme sak. Se mer om dette under punkt 16.1, hvor jeg skiller mellom hva som *generelt* kreves (beviskrav) og hva domstolen krever *i den enkelte sak* (bevisbyrden/ bevisvurderingen).

¹⁶⁹ GA Fennelly i de forente saker C-376/98 og C-74/99 Imperial Tobacco, p.160 og 161(min klamme).

På den annen side har vi den subjektive bevisbyrden, som veksler frem og tilbake mellom partene underveis i prosessen. Her må parten bevise et faktum, som ledd i saken (her: for eksempel statistikk som viser at tiltaket har bidratt til å redusere skadevirkningene av alkohol), ellers risikerer parten at anførselen ikke fører frem.

Krämer beskriver den subjektive bevisbyrden slik:

”There is a lot of discussion on questions of the burden of proof or the burden of evidence. However, this rule of procedure simply means that in a dispute attempts must be made from the Commission, other parties, private bodies and Member States to clarify the facts as far as possible. The more substantiated the arguments from one side are, the more detailed those from the other side have to be. Only at the end of this process, where a factual aspect remain open, can there be a question of who is to have the charge that a factual aspect has not been clarified.”¹⁷⁰

Spørsmålet om hvem som har den subjektive bevisbyrden på et gitt tidspunkt, avhenger av de til enhver tid førte bevis. Siden den objektive bevisbyrden ikke rører seg, kalles den også for ”falsk” bevisbyrde, hvor motsvaret, den subjektive bevisbyrden, kalles for den ”ekte” bevisbyrde.¹⁷¹ Den subjektive bevisbyrden kalles også bevisføringsbyrde,¹⁷² mens den objektive bevisbyrde brukes synonymt med overbevisningsbyrde, argumentasjonsbyrde, utredningsbyrde, tvilsrisiko og lignende.¹⁷³ For å oppfylle den objektive bevisbyrden er det ofte nødvendig å løfte begge, dvs. fremlegge bevis for et faktum som underbygger argumentene for sin sak.

¹⁷⁰ Krämer (2007) s.114. Sitert av Høyesterett i Rt 2009 839 Pedicel, p.51.

¹⁷¹ Om uttrykksparene objektiv og subjektiv bevisbyrde, se GA Kokott i sak C-8/08 T-Mobile, p.89 med fotnoter, Eckhoff (1943) s.17-21, Kazazi (1996) s.24-25, Hov (2010) s.1148-1149, Strandberg (2010) s.216-224 og Robberstad (2011) s.68 og 85. Det er den subjektive bevisbyrde Høyesterett uttaler seg om i Rt 2009 839 Pedicel, p.50-58 med videre henvisninger.

¹⁷² Merk at det dreier seg om en bevisføringsbyrde, og ikke plikt: parten plikter ikke å føre bevis, men unnlattelse kan føre til at anførselen forkastes, jf. Hov (2010) s.1090 og Lasok (2004) s.246.

¹⁷³ GA Trstenjak i sak C-319/05 Kommisjonen mot Tyskland, p.75 bruker uttrykket ”begrundelsesbyrde”. Brealey (1985) s.255 om ”burden of persuasion”, Nordback (2007) s.422 og 436 om ”utredningsbörda”, ”argumentationsbörda” og ”motiveringsbörda/ skyldighet”. Lasok (1994) s.420 skiller mellom ”burden of adducting evidence” på den ene side og ”legal burden of proof” på den andre. Brealey (1985) s.250-257 deler igjen bevisføringsbyrden inn i ”evidential burden” og ”tactical burden”.

Avsnittene over viser at det er mange måter å beskrive bevisbyrdebegrepet på, og at begrepet kan deles inn i ulike grupper og undergrupper. Ved gjennomlesning av dommer er det ikke alltid lett å se om det er den ene eller andre varianten av bevisbyrde det siktes til; svaret på dette forutsetter normalt tolkning. Og hvor domstolen tillater indisiebevis og presumsjoner, jf. punkt 6, kompliseres dette ytterligere, ettersom det ikke er et skarpt skille mellom indisier, presumsjoner (bevisføringsbyrden) og argumenter (overbevisningsbyrden). I punkt 13.3 vil jeg ta for meg et utvalg av prejudisielle avgjørelser med henblikk på dette spørsmålet, og punkt 14.2.2 det samme for traktatbruddsaker. Som det vil fremgå, har det noen ganger betydning å skille mellom bevisbyrdeformene, andre ganger ikke. Uavhengig av hvilken bevisbyrde vi snakker om, er hovedregelen at den som krever eller påstår noe, må bevise at så er tilfelle, jf. for eksempel *Enderby*:

”[i]t is normally for the person alleging facts in support of a claim to adduce proof of such facts.”¹⁷⁴

¹⁷⁴ Sak C-127/92 *Enderby*, p.13. Det latinske uttrykket for maksimen er *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, jf. Lasok (1994) s.420. Se også *PLEU* (2006) s.556.

11 Utgangspunkt: medlemsstaten har bevisbyrden

I traktatbruddsaker følger det av fast rettspraksis at ”de nationale myndigheter godtgør, at denne undtagelse [...] er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet”.¹⁷⁵ På samme måte er det Kommisjonen som har bevisbyrden for at det foreligger en restriksjon.¹⁷⁶ I traktatbruddsaker har altså medlemsstaten bevisbyrden – både den objektive og den subjektive – for at et tiltak er begrunnet i proporsjonalitetsprinsippet. Også i prejudisielle saker har domstolen uttalt at ettersom det er tale om å gjøre et unntak fra de fire friheter, påhviler det ”de nationale myndigheter at godtgøre, at de af dem fastsatte bestemmelser opfylder proportionalitetsprincippet”.¹⁷⁷

Det som er sagt her, følger allerede av maksimen nevnt over, nemlig at den som påberoper eller krever noe, må bevise riktigheten av påstanden eller kravet. Selv om utgangspunktet er det samme for begge prosessformene, er det likevel en forskjell mellom dem. Den objektive bevisbyrden forutsetter at det finnes en part, og at parten kan bevise sin sak for domstolen. I prejudisielle saker eksisterer det ikke noe formelt partsbegrep; det er ingen av partene som vinner eller taper saken, det tas bare

¹⁷⁵ Sak C-254/05 Kommisjonen mot Belgia, p.35 og Kjøpesenter, p.75.

¹⁷⁶ Ikke sjelden kommer man over uttalelser om at det ”påhviler Kommissionen at godtgøre, at det påståede traktatbrudd foreligger”, for eksempel Kjøpesenter, p.58. Det er ikke slik å forstå, at Kommisjonen har bevisbyrden for at proporsjonalitetsprinsippet er oppfylt, selv om dette er et sentralt moment for vurderingen av om traktatbrudd foreligger. Slike uttalelser kan relatere seg til én av to situasjoner: For det første kan det være at domstolen med dette mener at Kommisjonen har bevisbyrden for at det foreligger en *restriksjon*, jf. for eksempel den nevnte Kjøpesenter-avgjørelsen, punkt 2 a og Brealey (1985) s.256 og Lasok (1994) s.426. Den andre mulige situasjonen er at domstolen vurderer Kommisjonens plikt under den administrative (formelle) fasen av art. 258, nemlig hvor den *prima facie* skal ta stilling til og påvise grunnlaget for traktatbruddsøksmålet, jf. *PLEU* (2006) s.162-164. Med *prima facie* bevis menes her beviskravsløstelse, jf. punkt 6.3.

¹⁷⁷ Ahokainen, p.31. Se også ATRAL, p.67-68 og GA Stix-Hackl i sak C-322/01 Deutscher Apothekerverband, p.155.

prejudisielt stilling til spørsmålet.¹⁷⁸ Som vi skal se i punkt 13.1, er det videre slik at domstolen vier liten eller ingen interesse for faktiske spørsmål i slike saker. En konsekvens av dette er at det i prinsippet ikke kan bli tale om objektiv bevisbyrde i prejudisielle saker.¹⁷⁹ Når PR art. 38 nr.1 bokstav e) taler om ”angivelse af de beviser, der påberopes”, gjelder dette altså kun bevisføringsbyrden for slike saker, se punkt 13.

At medlemsstaten har bevisbyrden – både den objektive og subjektive i traktatbruddsaker og den subjektive i prejudisielle saker – er kun angitt som et utgangspunkt. Avsnittene under tar for seg prosessuelle faktorer som kan endre på bevisbyrdesituasjonen. At fremstillingen fokuserer på prosessuelle nyanseringer, innebærer ikke at materielle faktorer er uten betydning. Som vi så i punkt 8, er det en nær sammenheng mellom dem.¹⁸⁰ Materielle nyanseringer – herunder hvilke grad av inngrep som gjøres i den aktuelle frihet, hvilke hensyn medlemsstaten påberoper seg og hvilke skjønnsmargin medlemsstaten har på området – spiller en viktig rolle for innholdet av en parts påhvilende bevisføringsbyrde og bevissituasjonen generelt. Slike forhold vil likevel bare inngå som ledd i vurderingen av de prosessuelle nyanseringene, se for eksempel punkt 14.2.2.3.

Jeg forbeholder begrepet ”omvendt bevisbyrde” for situasjoner hvor den objektive bevisbyrden snus, nemlig hvor situasjonen blir den motsatte av hva bevistemmet forutsetter. For den subjektive bevisbyrde skriver jeg at bevisføringsbyrden snus, løftes, flyttes eller lignende.¹⁸¹

¹⁷⁸ *PLEU* (2006) s.611.

¹⁷⁹ GA Stix-Hackl i sak C-322/01 *Deutscher Apothekerverband*, taler således om ”[d]arlegungslast” (engelsk ”must show”) i p.155 og at dette er en ”nachweispflicht” (engelsk: ”obligation to present evidence”) i p.156. Se også Brealey (1985) s.253 om at det kun kan bli tale om ”tactical burden of proof” i slike saker, og Lasok (1994) s.421 om at ”[t]he evidential burden [...] can be said to exist wherever there are facts to be proven and whatever the nature of the proceedings” (mine klammer), men at ”the legal burden has, in principle, no place in non-contentious proceedings.” I punktene 13.3, 14.2 og 14.3 drøfter jeg om domstolen opprettholder dette skillet.

¹⁸⁰ Ett av hensynene bak utformingen av prosessreglene – herunder bevisreglene – er jo å realisere den materielle retten, jf. for eksempel Strandberg (2010) s.61.

¹⁸¹ Tilsvarende GA Kokott i sak C-105/04 P *Nederlandse Federatieve Vereniging*, p.74, siste setning.

12 Prosessuelle nyanseringer: prosessformer og prosessregler

12.1 Innledning

Prosessformer og prosessregler, herunder bevisregler, kan legge viktige føringer for bevisbyrdefordelingen i en sak. Som det har fremgått, fokuserer fremstillingen på traktatbruddsmål (TEUF art. 258 og ODA art. 31) og prejudisielle avgjørelser (TEUF art. 267 og ODA art. 34). Prosessformene gjennomgås i neste punkt. Hva gjelder bevisregler for EU-domstolen, har generaladvokat Warner uttalt at "[t]here are, as far as I can discern, no rules of evidence".¹⁸² Det fremgår av sammenhengen at han siktet til prinsippet om den frie bevisbedømmelse, nemlig at domstolen vurderer bevisverdien basert på sunn fornuft og livserfaring, og ikke på skrevne regler. Noe annet gjelder for den del av prosessen som angår bevisføring, herunder hvilke bevismidler som tillates ført; her finnes nokså detaljerte regler. Prosessreglene gjelder i utgangspunktet for begge prosessformene, og gjennomgås i punkt 12.3.

12.2 Prosessformer

Problemstillingen her er om og i tilfelle hvordan prosessformene kan påvirke bevisbyrdefordelingen. I traktatbruddsaker er det slik at EU-domstolen avgjør tvisten i saken, og dens funksjon ligner den vi er vant til i norske domstoler.¹⁸³ Ordningen med prejudisielle saker er derimot mer spesiell, og foranlediger noen innledende merknader:

Formålet bak ordningen med å forelegge spørsmål for EU-domstolen er å sikre effektivt samarbeid mellom nasjonale domstoler og EU-domstolen med sikte på "ensartet fortolkning og anvendelse" av unionsretten, jf. EU-veiledningens punkt 1. Ordningen finner sted på et stadium før den endelige beslutning treffes i den nasjonale domstol, og

¹⁸² Warner (1976) s.25. Uttalelsen er fra 1976, men er like aktuell i dag, se for eksempel GA Vesterdorf uttale seg på generelt grunnlag i sak T-1/89 Rhône-Poulenc, s.953-954 og 956. Se også Lasok (1994) s.420.

¹⁸³ *EØS-rett* (2011) s.235.

avgjørelsen kalles derfor ofte for en *forhåndsavgjørelse*. Er et spørsmål forelagt EU-domstolen, plikter den nasjonale domstol å utsette den verserende sak på dette punkt, jf. EU-veiledningens punkt 26, men likevel slik at den nasjonale domstol kan treffe foreløpige foranstaltninger.¹⁸⁴ Dette har sammenheng med at EU-domstolens uttalelser er bindende. I EØS-retten er det også vanlig at saken utsettes, uten at dette er noe vilkår, jf. EFTA-veiledningens punkt 3. Siden det er den nasjonale domstol som skal treffe avgjørelse med rettskraftig virkning, er avgjørelsen fra EU-domstolen en foreløpig avgjørelse, derav termen *prejudisiell avgjørelse*. Et annet særtrekk ved denne ordningen er at EU-domstolen ikke på eget initiativ kan gi en uttalelse om en hvilken som helst sak; saken må være forelagt den, jf. termen *foreleggelsesavgjørelse*. For EFTA-statene er foreleggelsesprosedyren en rett som tilkommer de nasjonale domstoler, mens det for medlemsstatene i EU i visse tilfeller kan være en plikt, jf. EU-veiledningens punkt 12 og 16. Innholdet i avgjørelsen fra domstolen angår ”fortolkningen” av EU-retten, jf. TEUF art. 267, og kalles også ofte for en *tolkningsavgjørelse*.

Jeg bruker uttrykkene forhåndsavgjørelse, prejudisiell avgjørelse, foreleggelsesavgjørelse og tolkningsavgjørelse som synonyme begreper. I EØS-retten brukes i tillegg begrepet ”rådgivende uttalelse”, jf. ODA art. 34. Her er nemlig svaret den nasjonale domstol får, kun veiledende. Da EU-domstolens uttalelser er bindende, bruker jeg ikke denne betegnelsen.

¹⁸⁴ Sak C-213/89 Factortame, p.22.

12.3 Prosessregler

EU-retten mangler alminnelige prosessregler. Derimot har både EU-domstolen og EFTA-domstolen prosessregler for rettergangen der, jf. Statutten og PR for EU-domstolen og RO for EFTA-domstolen.¹⁸⁵ I utgangspunktet gjelder PR for alle rettergangsformer, men med de tilpasninger som er nødvendige ut fra sakens karakter, jf. art. 103 for prejudisielle saker.¹⁸⁶ Det samme gjelder rettergangsordningen for EFTA-domstolen, RO art. 96.

Det følger av Statuttens art. 20 at rettsforhandlingene består av to deler: en skriftlig og en muntlig del. Formålet med den skriftlige delen er å gi domstolen uttømmende fremstilling av sakens faktiske omstendigheter, partenes argumenter samt deres påstander.

For prejudisielle saker består den skriftlige fasen i at den nasjonale domstol forelegger spørsmål for EU-domstolen. Foreleggelsesdokumentet utgjør grunnlaget og rammen for saken, ved å angi alle faktiske omstendigheter av betydning. Alle de berørte ”parter” i saken får mulighet til å inngi skriftlige innlegg på forhånd og/eller muntlige innlegg i selve høringen, jf. Statutten art. 23. Dette inkluderer også bevisføringen; altså er det skriftlig bevisføring. For innlevering av innlegg er det felles frister, og det skjer følgelig ikke kontradiksjon på dette stadium, jf. Statuttens art. 23 annet ledd. Dette henger sammen med at det strengt tatt ikke er noen parter i en foreleggelsessak, slik som i direkte søksmål.¹⁸⁷

For direkte søksmål, herunder traktatbruddsøksmål, består den skriftlige delen av stevning, tilsvarende replikk og duplikk, jf. PR art. 38 nr.1 litra e, 40 nr.1 litra d og 42. Det er her bevisføringen skjer. Bevisføringen er altså skriftlig,¹⁸⁸ i motsetning til hovedregelen om bevismiddelbarhet i tvisteloven, jf. dens § 21-9.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Om disse, se oppgavens punkt 3.3.1.

¹⁸⁶ Brown (2000) s.293.

¹⁸⁷ PLEU (2006) s.611.

¹⁸⁸ Jf. Brown (2000) s.279 om at det frem til 1989 kun skjedde vitneavhør i 44 saker, og EØS-rett (2011) s.135 om at det ikke gjelder noe muntlighetsprinsipp.

For direkte søksmål er det altså partene som fremlegger bevis, og det skjer i den skriftlige fasen. Unntaksvis skjer det at domstolen selv innhenter bevis, som en del av forberedelsen til muntlig forhandling.¹⁹⁰ I tilfelle er det domstolen, ikke partene, som avgjør hvilke faktiske omstendigheter som skal bevises, og på hvilken måte dette skal skje, PR art. 45 og 47.¹⁹¹ Domstolen kan i medhold av dette for eksempel foreta granskning, vitneavhør eller avhør av sakkyndige. Dette omtales som det mest inkvisitoriske innslaget i rettergangen for EU-domstolen.¹⁹² Er domstolen i tvil, er det normale likevel at det er dialog mellom domstolen og partene, for eksempel ved at domstolen stiller spørsmål (enten skriftlig eller i høringen).¹⁹³ Rettergangen er altså verken rent inkvisitorisk eller akkusatorisk: ”a mixture of both is the underlying principle.”¹⁹⁴ En tilsvarende ordning med bevisinnsamling finnes naturlig nok ikke i foreleggelsessaker, da domstolen verken skal innhente eller vurdere fakta. Før den muntlige forhandlingen (eventuelt) finner sted, utarbeides en rettsmøterapport, bestående av sammendrag fra påberopte faktiske omstendigheter og partenes argumenter.

Formålet med den muntlige forhandlingen er å presisere sakens tvistepunkter, herunder svare på spørsmål fra domstolen.¹⁹⁵ For ”partene” i en prejudisiell sak innebærer det en første mulighet til å imøtekomme motpartenes argumentasjon, da den skriftlige forhandlingen som nevnt kun består i at ”partene” gir ett innlegg hver (og ingen replikk og duplikk, slik som for direkte søksmål).

¹⁸⁹ Riktignok med unntak for bevisføringen i Høyesterett, jf. § 30-11(1) annet punktum.

¹⁹⁰ Dette omtales som ”fact finding” i Ress (1992) s.182 flg. og ”investigation or preparatory inquiry” i Brown (2000) s.276 flg.

¹⁹¹ Warner (1976) s.25 (punkt 2) og Usher (1983) s.190.

¹⁹² Usher (1983) s.190 og *PLEU* (2006) s. 556-558.

¹⁹³ Brown (2000) s.279.

¹⁹⁴ Ress (1992) s.183.

¹⁹⁵ *EØS-rett* (2011) s.135.

13 Bevisbyrden i prejudisielle saker

13.1 Faktaspørsmål i prejudisielle saker

For å kunne ta stilling til bevisbyrdefordelingen i prejudisielle saker, må vi først undersøke om, og i tilfelle hvilke, faktiske spørsmål som kan oppstå. Som vi har sett, er domstolens kompetanse etter TEUF art. 267 begrenset til ”fortolkningen af traktaterne”. Dette innebærer at domstolen ikke skal ta stilling til sakens faktiske omstendigheter, og heller ikke anvende fellelesskapsretten på disse (subsumere).¹⁹⁶ EU-veiledninger utdyper dette noe:

”Det tilkommer hverken Domstolen at uttale sig om faktiske spørsmål, der rejses i tvisten i hovedsagen, eller at tage stilling til forskellige opfattelser om fortolkningen eller anvendelsen af nationale retsregler.”¹⁹⁷

For EU-domstolen er også fastleggelsen av innholdet i nasjonal rett et faktisk spørsmål, i motsetning til hva situasjonen er i medlemsstatene. Det forhold at domstolen ikke skal ta stilling til nasjonal rett, rent faktiske spørsmål eller den konkrete subsumsjon, samt det forhold at bevis hovedsakelig angår faktiske spørsmål, gjør det plausibelt å konkludere med at bevisspørsmål faller utenfor en drøftelse etter art. 267. Det er formodentlig dette generaladvokat Rozés mener når hun skriver at det ikke tilkommer EU-domstolen:

”im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens [...] über eine Frage [dvs. bevisbyrden] zu entscheiden, die ausschließlich gehört und daher in die Zuständigkeit des vorlegenden Gerichts fällt.”¹⁹⁸

Tilsvarende skriver *Emiliou* at det ”of course”¹⁹⁹ er den nasjonale domstol som skal avgjøre om bevisbyrden er oppfylt i slike saker, nettopp fordi dette er et faktisk spørsmål som er EU-domstolen uvedkommende.

¹⁹⁶ Traunfellner, p.21 og UGT-Rioja, p.77.

¹⁹⁷ EU-veiledningens punkt 7.

¹⁹⁸ GA Rozés i sak 345/82 Wünsche Handelsgesellschaft, s.2026 (mine klammer). Tilsvarende GA Reischl i sak 36/79 Denkavit, punkt bb) på side 3463 og *EØS-rett* (2011) s.138.

¹⁹⁹ *Emiliou* (1996) s.255.

Fullt så svart/ hvitt er det imidlertid ikke, slik at bevisspørsmål er utelukket i prejudisielle saker. For det første kan domstolen gi generelle retningslinjer om hvordan bevisretten, herunder bevisbyrdereglene, er å forstå; dette er juss.²⁰⁰ For det andre så vi i punkt 9 at grensen mellom fakta og juss kan være hårfin: jo mer detaljert tolkningen er, jo mer nærmer det seg subsumsjon. Svaret fra domstolen kan derfor iblant være ”så presist og entydig at det i realiteten løser den underliggende saken”,²⁰¹ eller, som *Jarvis* skriver:

”the national court [...] is very often left with little else to do than to rubber-stamp the judgment.”²⁰²

Clinique er et eksempel på at domstolen kan gå langt i å løse saken for den nasjonale domstol.²⁰³ Spørsmålet der var om Tyskland kunne forby bruken av betegnelsen ”Clinique” på kosmetiske varer, da den mente dette ville innebære villedende reklame for forbrukere. Etter å ha gjennomgått sakens faktiske omstendigheter, konkluderte EU-domstolen med at tiltaket ikke var nødvendig. Generaladvokaten i samme sak mente, på sin side, at det ville være ”forkert”,²⁰⁴ altså feil, dersom domstolen besvarer spørsmålet på denne måten. Ifølge han skal domstolen ikke knytte tolkningen av art. 30 (nå art. 34) for nøye til sakens konkrete omstendigheter. Personlig er jeg tilhenger av generaladvokatens løsning og begrunnelse,²⁰⁵ da det er vanskelig å se at den nasjonale domstol har noe handlingsrom ved løsningen av den konkrete saken.

For det tredje kan det oppstå faktaspørsmål vedrørende EU-domstolens kompetanse til å behandle foreleggelsen. Slike spørsmål kan være av formell karakter (foreleggelsens innhold, avsender, mottaker mv.) eller mer materiell karakter (faktaspørsmål i tvistesaken). Jeg skal nå kort redegjøre for hver av kategoriene:

²⁰⁰ For eksempel sak C-262/09 Meilicke, p.45-46.

²⁰¹ *EØS-rett* (2011) s.165. Se også Craig (2006) s.711.

²⁰² Jarvis (1998) s.437 (min klamme).

²⁰³ Sak C-315/92 Clinique.

²⁰⁴ GA Gulmann i samme sak, p.9, på s.321.

²⁰⁵ Gulmann begrunnet sin løsning med at domstolen, for det første, kunne risikere å tolke traktaten på et utilstrekkelig faktisk grunnlag, og for det andre at det av kapasitetsmessige årsaker ikke var hensiktsmessig at domstolen skulle påta seg en slik rolle.

Den første kategorien er som nevnt faktspørsmål knyttet til selve foreleggelsen.²⁰⁶ Det kan for eksempel være at det oppstår tvil om det spørrende organ er kompetent ”ret” i TEUF art. 267 sin forstand, og at EU-domstolen må undersøke dette, herunder kreve bevisførsel. Forutsatt at dette er tilfelle, er dessuten EU-domstolen ”i særlige tilfælde [...] beføjet til at undersøge de omstændigheder, hvorunder den nationale domstol har forelagt saken”.²⁰⁷ Når dette er sagt, er hovedregelen likevel at det er den nasjonale domstol som avgjør nødvendigheten og relevansen av spørsmålet som forelegges. For å kunne avvise spørsmålet, må det være ”klart” at spørsmålet enten savner forbindelse med realiteten i saken, problemet er av hypotetisk karakter eller at EU-domstolen savner de nødvendige rettslige og faktiske opplysninger for å kunne gi et tilfredsstillende svar.²⁰⁸

Den andre kategorien er faktspørsmål som relaterer seg til tvisten mellom partene, og som er nødvendig for å kunne gi et korrekt juridisk svar.²⁰⁹ Selv om det er jussen som skal tolkes, er det de faktiske omstendigheter som avgjør hvilke rettsregler som skal benyttes. Ettersom spørsmålet knytter seg til en sak som verserer for den nasjonale domstol, må det altså skje en konkret, ikke abstrakt, tolkning. Nøyaktig hvor grensen mellom konkret tolkning og subsumsjon går, er svært vanskelig, noe *Clinique*²¹⁰ over også illustrerer. Generaladvokat Warner har forsøkt å definere grensen slik:

”the Court cannot determine issues of fact that are relevant, not to the ascertainment of that law, but to its application.”²¹¹

Rent umiddelbart er det ikke lett å se forskjellene mellom disse øvelsene; enklere blir det dersom man – som Warner også gjør – ser setningen i sammenheng med stikkordet relevans: EU-domstolen kan avgjøre hvilke faktiske omstendigheter som er relevante for løsningen av spørsmålet som forelegges. Det kan nemlig ikke være slik, at

²⁰⁶ Ress (1992) s.195-196 og Lasok (1994) s.346-348.

²⁰⁷ Sak C-390/99 Canal Satélite Digital, p.19 (min klamme).

²⁰⁸ *ibid.*

²⁰⁹ Ress (1992) s.197 og Lasok (1994) s.348-350.

²¹⁰ Sak C-315/92 *Clinique*.

²¹¹ GA Warner i sak 51/75 EMI Records, s.854 (mine klammer).

domstolen er bundet til å anvende alle fakta som legges frem.²¹² Og videre: dersom domstolen finner at det ikke er tilstrekkelige opplysninger, er utgangspunktet at PR art. 45-53 om bevisføring også gjelder i foreleggelsessaker, jf. art. 103.²¹³ Er partene uenige om hvilke slutninger som kan trekkes fra de ulike bevis, kan dessuten domstolen undersøke bevisene for å få oppklart dette.²¹⁴ Har domstolen først konkludert med at spørsmålet er relevant, tilkommer det imidlertid den nasjonale domstol å foreta den konkrete subsumsjon.

Som drøftelsen har vist, kan det altså dukke opp faktaspørsmål i vurderinger som i utgangspunktet er av rettslig art. Bevisspørsmål oppstår derfor også i prejudisielle saker, jf. punkt 13.3 under.

13.2 Forholdet mellom EU-domstolen og den nasjonale domstol

Når EU-domstolen skal vurdere proporsjonaliteten av et tiltak i en prejudisiell sak, har den fire alternativer: domstolen kan enten konkludere med at tiltaket er proporsjonalt eller ikke, eller den kan nøye seg med å gi den nasjonale domstol veiledning, enten detaljert eller generelt. For det tilfellet den velger å gi detaljert veiledning, har den foreleggende rett naturligvis mindre handlingsrom enn hvor domstolen velger kun å gi generelle retningslinjer for vurderingen.²¹⁵ Domstolen kan likevel ikke gi så generelle retningslinjer at foreleggelsen kun får rent akademisk verdi for den nasjonale

²¹² Lasok (1994) s.350 om skillet mellom fakta som "relate to the question of Community law" og fakta som relaterer seg til "the context in which it [fellesskapsretten] was to be applied", hvorav domstolen kun kan ta stilling til førstnevnte (min klamme).

²¹³ GA Warner i sak 51/75 EMI Records, s.854. Motsatt GA Reischl, sak 36/79 Denkavit, pkt. bb) s.3463.

²¹⁴ GA Warner i sak 51/75 EMI Records, s.855. I sak 48/75 Jean Noël Royer, p.10-12, valgte domstolen en annen tilnærming. Etter å ha konstatert at den foreleggende rett ikke hadde tatt stilling til alle faktiske omstendigheter – som i denne saken var hvilke stillingstittel tiltalte hadde i henhold til nasjonale regler – uttalte domstolen at de anførte faktiske omstendigheter og fellesskapsrettslige regler ga grunnlag for domstolen til å oppstille alternative hypoteser/ fremgangsmåter. Se også Usher (1983) s.189.

²¹⁵ Det er ikke alltid enkelt å se om domstolen konkluderer, eller om den kun gir detaljert veiledning som i realiteten løser den konkrete sak, jf. for eksempel Clinique.

domstol.²¹⁶ Hvorvidt domstolen velger det ene eller andre alternativet, avhenger av det konkrete saksforhold.

Et viktig trekk ved prosedyren etter TEUF art. 267, er at den forutsetter en ”samarbejdsånd”²¹⁷ mellom de nasjonale domstoler og EU-domstolen. Dette er et samarbeid som innebærer

”en plikt for Domstolen til at respektere de nationale domstoles eneansvarsområde, men innebærer samtidig, at de nationale domstole ved brugen af de muligheder, artikel 177 [nå 267] giver, tager hensyn til den opgave, som Domstolen alene varetager på området.”²¹⁸

Domstolens oppgave i en foreleggelsesprosedyre er, som tidligere nevnt, å tolke fellesskapsretten, ikke å ta stilling til nasjonal rett, rent faktiske spørsmål eller den konkrete subsumsjon. Denne avgrensningen innebærer at domstolen må forholde seg til det faktum som er lagt til grunn av den foreleggende rett.²¹⁹ Dette påkaller en særlig innsats fra den nasjonale domstolens side, ettersom foreleggelsesdokumentet blir grunnlaget og rammen for saken. I EU-veiledningen heter det derfor at anmodningen skal omfatte en redegjørelse for ”de relevante faktiske omstendigheter, som de er blevet fastlagt, eller i det mindste forklare de faktiske antagelser, som det præjudisielle spørsmål er baseret på”.²²⁰ Finner domstolen at den ikke har de nødvendige faktiske og rettslige opplysninger, kan den avvise forespørselen.²²¹ Alternativt kan domstolen kreve bevisførsel i henhold til PR art. 45-53 jf. art. 103, jf. over.²²²

²¹⁶ På dette grunnlag argumenterer GA Van Gerven for at ”proportionalitetsprincippet [...] skal relateres så konkret som mulig”(min klamme), i hans forslag til avgjørelse i sak C-159/90 SPUC mot Grogan, p.28 på s.4720. Motsatt skriver GA Stix-Hackl at ”[d]ie Prüfung der Verhältnismäßigkeit hat nicht anhand konkreter Einzelfälle, sondern generell zu erfolgen”(min klamme), i hennes forslag til avgjørelse i C-322/01 Deutscher Apothekerverband, p.108 på s.14921.

²¹⁷ Sak 244/80 Foglia, p.20.

²¹⁸ I.c.

²¹⁹ Generelt om forholdet mellom den nasjonale domstol og EU-domstolen, se Usher (1983) s.188-189, Ress (1992) s.196 og Craig (2006) s.711.

²²⁰ EFTA-veiledningen går – i alle fall tilsynelatende – noe hardere ut, og ber om en redegjørelse for ”alle faktiske forhold som er viktige for en fullgod forståelse av hovedsakens juridiske betydning”, jf. punkt 6.

²²¹ Slik som for eksempel i Foglia, p.17 og 18.

²²² Brown (2000) s.292.

13.3 Rettspraksis om bevisføringsbyrden i prejudisielle saker

13.3.1 Innledning

Som vi har sett, oppstår noen faktaspørsmål – og dermed bevisspørsmål – også i prejudisielle saker. Spørsmål om fordelingen av bevisføringsbyrde kan oppstå både for egnethets- og nødvendighetsvurderingen. Det er ikke alltid lett å se hvilket av de to elementene domstolen drøfter, og iblant foretas bevisvurderingen samlet. Jeg vil, så godt det lar seg gjøre, forsøke å skille mellom de to drøftelsene. Som det vil fremgå, fokuserer de fleste avgjørelsene på bevisføringsbyrden knyttet til nødvendigheten av et tiltak. Formålet med analysen av rettspraksis er å avdekke om det er bevisføringsbyrde eller argumentasjonsbyrde domstolen pålegger medlemsstaten, samt hvilke betydning fordelingen av bevisføringsbyrden har for utfallet av proporsjonalitetsvurderingen.

13.3.2 Egnethet

I dette punktet er problemstillingen om medlemsstaten greier å fremskaffe tilstrekkelige bevis for at tiltaket har en saklig sammenheng med målet, med andre ord at tiltaket er egnet. Som vi så i punkt 7.3, har også bevistemaket i noen saker blitt utformet som et krav til at tiltaket ikke skal være uegnet.

*Delhaize*²²³ er et eksempel på at domstolen ikke fant et tiltak for å være egnet.

Spørsmålet i den saken var om spanske regler om krav til at vin skulle tappes i et gitt vindistrikt for å kunne benevnes ”denominación de origen calificada”, var i strid med reglene om fri varebevegelse. I dette lå flere vurderinger: For det første måtte den spanske regjeringen påvise en sammenheng mellom tiltaket og formålet med å bevare opprinnelsesnavnets kjennetegn. Til dette sa domstolen at det ”ikke [er] godtgjort, at aftapning af den pågældende vin i dyrkningsområdet er en arbejdsproces, der giver denne vin særlige kendetegn”.²²⁴ Videre måtte den spanske regjeringen dokumentere at tiltaket var et ledd i en politikk som hadde til formål å bedre vinens kvalitet. Om dette uttalte domstolen at det ”ikke [er] godtgjort, at aftapningsstedets beliggenhed på nogen

²²³ Sak C-47/90 *Delhaize*.

²²⁴ *ibid.* p.19.

måde påvirker vinens kvalitet.”²²⁵ På grunnlag av dette konkluderte domstolen med at de spanske reglene ikke var egnet til å nå det angitte formål.

Derimot kom domstolen til det motsatte resultat når saken kom opp på ny, men som et traktatbruddsøksmål, jf. *Rioja*.²²⁶ Domstolen mente at det nå hadde kommet ”nye argumenter til godtgørelse af, at de hensyn, der ligger til grund for den omtvistede betingelse, også kan berettigede denne.”²²⁷ Argumentene gjaldt dels generelle tendenser i fellesskapets lovgivning, dels argumenter fremført av partene.²²⁸ Domstolen kom her til at den aktuelle vinen var en ”kvalitetsvin [...] af en særlig beskaffenhed”, ved at den knyttet seg til et bestemt geografisk område, og at den kun kan opprettholde sine egenskaper ved ”stor påpasselighed og indsats.”²²⁹ På grunnlag av stikk motsatte argumenter av hva domstolen fremmet i *Delhaize*, konkluderte domstolen nå med at tiltaket både var nødvendig og adekvat.²³⁰ Slik jeg ser det, illustrerer avgjørelsene minst to ting: for det første illustrerer de at et tiltak som på et gitt tidspunkt ikke er egnet, i neste omgang kan vise seg å være det, altså at egnethetsvurderingen må skje konkret. Videre viser avgjørelsene hvor viktig dokumentasjon kan være for sakens utfall, da det nettopp var den nye dokumentasjonen som bidro til å endre domstolens konklusjon.

Klart nok vil domstolen komme til at egnethetskravet er oppfylt dersom medlemsstaten kan dokumentere at tiltaket *faktisk* er formålstjenelig. Et annet spørsmål er om dette er nødvendig for å bestå den første testen. Omformulert blir dette et spørsmål om hvilket tidspunkt egnethetstesten relaterer seg til: er det avgjørende tidspunktet når medlemsstaten vurderer og iverksetter tiltaket – med den konsekvens at medlemsstaten har rom for en viss feilmargin – eller er vurderingen strengere, i den forstand at det avgjørende er hvordan virkningene objektivt slår ut i ettertid, dvs. om tiltaket faktisk er formålstjenelig på det tidspunktet domstolen vurderer saken?

²²⁵ *ibid.* p.23 (min klamme).

²²⁶ Sak C-388/95 *Rioja*.

²²⁷ *ibid.* p.52.

²²⁸ *ibid.* p.53 og blant annet p.64.

²²⁹ *ibid.* p.57.

²³⁰ *ibid.* p.59 og 76.

Hva gjelder det siste spørsmålet, nemlig tidspunktet domstolen skal ta stilling til proporsjonalitetsprinsippet, vil dette variere ettersom vi har med et traktatbruddsøksmål eller en prejudisiell sak å gjøre.²³¹ Hva gjelder prejudisielle saker, er det i lys av formålet med slike saker – nemlig sikre ensartet fortolkning og anvendelse av unionsretten – i et nåtidsperspektiv (foreleggelsestidspunktet) at EU-domstolen veileder om rettstilstanden. Spørsmålet blir følgelig om omstendigheter som inntreffer mellom iverksettelsestidspunktet og foreleggelsestidspunktet røkkes ved tiltakets egnethet. Slik jeg ser det, kan vi oppstille tre situasjoner: a) tiltaket er egnet, både faktisk og tilsynelatende, b) tiltaket er egnet, kun tilsynelatende, men ikke faktisk eller c) tiltaket er ikke egnet, verken tilsynelatende eller faktisk. Spørsmålet her er altså om egnethetsvilkåret er oppfylt i situasjon b).

Som vi så i punkt 7.3, følger det av egnethetsvilkårets natur at det nesten alltid vil dreie seg om en fremtidsrettet vurdering. En nærliggende tanke er da at det er iverksettelsestidspunktet som blir avgjørende for bevisvurderingen. I enkelte saker kan det nettopp være vanskelig, om ikke umulig, å kartlegge hvilke virkninger et tiltak har eller har hatt.²³² Det kan være at virkningene er vanskelige å påvise, enten alene eller fordi det er i samvirke med flere faktorer, eller det kan være at virkningene endrer seg over tid, både slik at et opprinnelig uegnet tiltak viser seg å være egnet, og motsatt, jf. for eksempel *Delhaize* og *Rioja*.

I *Heinonen*,²³³ som gjaldt området for offentlig orden og indre sikkerhet, bekrefter domstolen dette synspunktet, når den der uttaler at medlemsstatene ”råder over et skøn med hensyn til vurderingen af [...] hvilke foranstaltninger der er egnet til at nå konkrete resultater.”²³⁴ Også *Mathiesen* argumenterer i denne retning, ved å påpeke at det nettopp er her forskjellen fra nødvendighetstesten ligger, ved at det ikke oppstilles noe

²³¹ Se punkt 14.2.2.2 for traktatbruddsøksmål.

²³² Se Rt 2009 839 *Pedicel*, p.34 flg. og E-16/10 *Philip Morris*, p.83-84.

²³³ Sak C-394/97 *Heinonen*.

²³⁴ *ibid.* p.43 (min klamme). Saken gjaldt riktignok varetakelse av hensynene offentlig orden og sikkerhet, og hvor medlemsstatene er ”enekompetente”. Om disse hensynene, se *Tridimas* (2006) s.225-226.

effektivitetskrav.²³⁵ Det kan da ikke være riktig, som *Jans* hevder, at medlemsstaten ikke har noen ”autonomous discretion”²³⁶ ved vurderingen av et tiltaks egnethet. Tilsvarende hevder generaladvokat Maduro i en sak at ”[f]oranstaltningen skal *faktisk* bidrage til at nå det forfulgte mål.”²³⁷ Begge disse uttalelsene taler for at medlemsstaten ikke har noe rom for feilmargin, altså at tiltaket må dokumenteres som egnet på foreleggelsestidspunktet. Jeg er tilbøyelig til å følge resonnementene i saker hvor det fullt ut lar seg gjøre å dokumentere at et tiltak faktisk er egnet på foreleggelsestidspunktet, men etter min mening følger det av egnethetsvurderingens natur at det kun unntaksvis vil være tilfelle. Etter mitt syn følger det av dette at egnethetskravet oppfylt i situasjon a) og b) for prejudisielle saker.

Det neste spørsmålet blir da hva som kreves på dette tidspunktet, altså hvor sikker medlemsstaten må være. Om dette har generaladvokat Tizzano uttalt at et tiltak er egnet, dersom det

”med rimelighed [kan] antages, at disse foranstaltninger [...] kan nedbringe antallet af tilfælde, hvor seere indtager alkoholholdige drikkevarer som reaktion på relkamebudskaberne.”²³⁸

Sitatet viser at det ikke kreves at tiltaket har påvist effekt; det er tilstrekkelig at det med rimelighet kan antas å ville ha det.²³⁹ Bevisrettslig innebærer dette at medlemsstaten ikke må bevise at tiltaket faktisk er eller har vært egnet, men at den må dokumentere at det var rimelig grunn til å regne med at tiltaket var egnet på tidspunktet det ble vurdert og iverksatt.

I en nyere EØS-avgjørelse, *Philip Morris*,²⁴⁰ følger EFTA-domstolen denne linjen, når den både for egnethets- og nødvendighetsvurderingen uttaler at det er tilstrekkelig at

²³⁵ Mathiesen (2007) s.83. Tilsvarende Fenger (2010) s.46.

²³⁶ Jans (2000) s.245. Hans vurdering skiller riktignok ikke mellom prosessformer.

²³⁷ GA Maduro i Ahokainen, p.24 (min klamme og kursivering).

²³⁸ GA Tizzano i sak C-262/02 *Loi Evin* (traktatbruddsak) og C-429/02 *Bacardi* (foreleggelsessak), p.81 og 98 (mine klammer).

²³⁹ Med dette menes naturligvis ikke at vurderingen er teoretisk, også ved nødvendighetsvurderingen holdes det *konkrete* tiltaket opp mot det *konkrete* målet som er valgt, *ibid.* p.80.

²⁴⁰ E-16/10 *Philip Morris*.

staten godtgjør at det var ”rimelig å tro”²⁴¹ at tiltaket ville kunne bidra til å nå det forfulgte mål. Videre konkluderte domstolen med at tiltaket ”synes egnet, i alle fall på lang sikt”.²⁴² Med andre ord følger den EU-domstolens tilnærming i *Heinonen*, jf. over.

Oppsummert kan vi si at EU-domstolens vurdering av om egnethetskravet er oppfylt, bygger på de opplysninger myndighetene hadde på iverksettelsestidspunktet, og at det på dette tidspunkt er avgjørende om medlemsstaten hadde rimelig grunn til å tro at tiltaket ville bli et egnet middel.

13.3.3 Nødvendig

Som vi skal se, er det nødvendighetskravet som dominerer i rettspraksis, herunder om det har blitt påvist mindre restriktive alternativer. En forutsetning for å løfte bevisføringsbyrden på dette punkt, er at medlemsstaten tilveiebringer tilstrekkelige bevis. Greier den ikke det, eller fremlegges ikke bevis i det hele tatt, vil domstolen følgelig komme til at tiltaket ikke er begrunnet, slik som i *Franzén*.²⁴³ Spørsmålet i den saken var om den svenske alkoholoven, som forbeholdt import av alkohol til en begrenset gruppe av næringsdrivende, kunne begrunnes i hensynet til den offentlige sunnhet. Ifølge domstolen holdt det ikke med en ren henvisning til dette hensynet, den svenske regjering måtte i tillegg godtgjøre at ordningen var nødvendig og at den stod i et rimelig forhold til målsettingen, med andre ord at ordningen var proporsjonal.²⁴⁴

²⁴¹ *ibid.* p.83.

²⁴² *ibid.* p.84. I premiss 82 uttaler EFTA-domstolen at det aktuelle tiltaket synes egnet i mangel av klare bevis, altså anlegger domstolen en *prima facie* bevisføringsbyrde på medlemsstaten i denne saken, jf. oppgavens punkt 6.3.

²⁴³ Sak C-189/95 *Franzén*.

²⁴⁴ *ibid.* p.76. Tilsvarende i sak C-358/95 *Morellato*, p.14-16.

*Toolex Alpha*²⁴⁵ er et eksempel på at medlemsstaten hadde oppfylt sin bevisføringsbyrde, og at manglende oppfyllelse fra ”motpartens” side gjorde at tiltaket ble ansett proporsjonalt.²⁴⁶ Spørsmålet i den saken var om svensk forbud mot bruk av kjemikaliet trichlorethylen var i strid med TEF art. 30 jf. art. 36 (nå TEUF art. 34 jf. art. 36) om fri bevegelighet av varer. Den svenske regjeringen la frem dokumentasjon utarbeidet fra International Agency for Research on Cancer, et organ opprettet av WHO, som bevis for at det omstridte kjemikaliet var kreftfremkallende. Selskapet Toolex Alpha anførte hovedsakelig økonomiske byrder som begrunnelse for at forbudet var uproporsjonalt, mens Kommisjonen fremhevet at forbudet var i strid med det såkalte klassifiseringsdirektivet.²⁴⁷ Domstolen gikk ikke engang inn på disse argumentene, og uttalte at forbudet – både på grunnlag av dokumentene som var fremlagt, og det forhold at det på daværende tidspunkt var vanskelig å forutsi virkningene av stoffet – var både ”adækvat og forholdsmessig”.²⁴⁸ Vi ser her konsekvensen av at medlemsstaten har løftet sin bevisføringsbyrde, og at det ikke holder at ”motparten” forsøker å argumentere seg ut av problemet: det kreves konkrete og dokumenterbare motforestillinger.

I *Van der Veldt*²⁴⁹ var også spørsmålet om hensynet til den offentlige sunnhet kunne begrunne et forbud, denne gang mot salg av bakverk med et saltinnhold over en viss grenseverdi. Etter å ha gjengitt hovedregelen, nemlig at de nasjonale myndigheter har bevisbyrden, gjennomgår domstolen argumentene til de belgiske myndigheter. Den belgiske helseministeren anførte at grenseverdiene i Nederland (eksportlandet) var for høye, og at et økt inntak av salt ville ha negativ virkning på helsen for gjennomsnittsbefolkningen i Belgia. Videre viste helseministeren til praksis fra EU-domstolen om at risiko for folkehelsen er tilstrekkelig for å oppfylle kravene i TEUF art. 36, jf. for eksempel domstolens begrunnelse i *Toolex Alpha*, over. Dette var ikke

²⁴⁵ Sak C-473/98 *Toolex Alpha*.

²⁴⁶ *ibid.* p.41-46

²⁴⁷ Dette fremkommer av GA Mischo sitt forslag til avgjørelse i samme sak, p.24-25 på s.5687.

²⁴⁸ *Toolex Alpha*, p.46. Når vi ser uttalelsen i sammenheng med de øvrige premissene, sikter domstolen formodentlig til egnethets- og nødvendighetsvilkåret.

²⁴⁹ Sak C-17/93 *Van der Veldt*.

domstolen enig i. For å begrunne et unntak etter art. 36, holder det ikke å vise til generelle risikobetraktninger. Det som kreves, er ”relevante vitenskapelige undersøgelser”, slik som den svenske regjeringen la frem i *Toolex Alpha*. På dette grunnlag, samt at det fantes mindre inngripende alternativer, konkluderte domstolen med at tiltaket ikke var begrunnet.²⁵⁰ Også denne saken illustrerer for så vidt at domstolen oppstiller en bevisføringsbyrde, og ikke en overbevisningsbyrde: det må fremlegges dokumentasjon for rettmessigheten av et tiltak; det holder ikke å argumentere i forsøk på å overbevise domstolen om sin sak.²⁵¹

Som det fremgår over, må myndighetene normalt fremlegge relevant vitenskapelig dokumentasjon for riktigheten av det påståtte faktum, jf. PR art. 45 nr.2 bokstav b. Den fremlagte dokumentasjon må likevel – og naturligvis – også faktisk underbygge myndighetenes argumenter (her: fare for folkehelsen). I *Debus*²⁵² la de italienske myndigheter frem dokumentasjon, utarbeidet av FAO/WHO, for at overdreven bruk av svoveldioksid kan være skadelig, og mente dette kunne begrunne et forbud mot import av øl med et innhold over 20 mg per liter. Riktignok viste rapporten fra FAO/WHO at overdreven bruk kunne være helseskadelig, men den maksimale tolerable dose svoveldioksid var der satt til 40mg per liter, mens den aktuelle ølsorten hadde et volum på 36,8 mg per liter.²⁵³ Ifølge rapporten innebar altså ikke konsum av den konkrete ølsorten en mer alvorlig risiko for menneskenes helse enn konsum av annet øl, og det aktuelle forbudet var derfor ikke nødvendig.

Nok et eksempel på at domstolen pålegger en bevisføringsbyrde, og ikke argumentasjonsbyrde, har vi med *Pall*.²⁵⁴ Spørsmålet i denne saken var om det var i strid med TEF art. 30 jf. art. 36 (nå TEUF art. 34 jf. art. 36) å forby omsetning av varer med betegnelsen ® (”registered”) etter varenavnet. Forbudet var forsøkt begrunnet i

²⁵⁰ *ibid.* p.15-19.

²⁵¹ Jf. punkt 10 om at objektiv bevisbyrde handler om å overbevise domstolen om sin *sak* (i sin helhet), mens subjektiv bevisbyrde handler om å overbevise, eller fremlegge beviser for *et bestemt faktum*.

²⁵² De forente saker C-13/91 og C-113/91 *Debus*.

²⁵³ *ibid.* p.20 og 24.

²⁵⁴ Sak C-238/89 *Pall*, p.15-18.

forbrukerhensyn. For domstolen var det ikke tilstrekkelig for å løfte bevisføringsbyrden, at medlemsstaten argumenterte for at dette innebar villedende reklame. Det var følgelig ”nicht erwiesen”,²⁵⁵ at symbolet i alminnelighet anvendes og forstås som en betegnelse for at varemerket er registrert i landet som det omsettes. Ifølge domstolen måtte den faktiske bruken av betegnelsen og forbrukernes faktiske oppfatning av den, dokumenteres, det holder ikke bare å argumentere for et slikt standpunkt.

Et eksempel i motsatt retning har vi med *Alpine Investments*,²⁵⁶ hvor det later til å være ”partenes” argumenter som til syvende og sist ble avgjørende for utfallet. Den nederlandske regjeringen argumenterte for at et forbud mot såkalt ”cold calling” ved markedsføring av finansielle tjenester, var nødvendig av hensyn til omdømmet til finanssektoren i Nederland og av hensyn til effektiv forbrukerbeskyttelse.²⁵⁷

Myndighetene viste til særtrekk ved denne type markedsføringsteknikker, nemlig at den potensielle investor (forbruker) er uforberedt, og at han verken får tid til å vurdere tilbudene opp mot konkurrenter eller de nødvendige opplysninger om risikoen som ligger i de ulike transaksjoner. *Alpine Investments* mente på sin side at den kontroll som ble utøvet i mottakerstaten (for telefonsalget), gjorde at det ikke var nødvendig med et så vidtrekkende tiltak. Videre argumenterte selskapet for at en obligatorisk registrering hos meglerselskapene ville være tilstrekkelig for å oppnå målet om effektiv forbruker/investorbeskyttelse. Endelig argumenterte selskapet for at det generelle forbudet ville pålegge virksomhetene en byrde, uten at det på forhånd ble foretatt en konkret vurdering av den enkelte virksomhets atferd.²⁵⁸

Domstolen forkastet selskapets tre argumenter, og konkluderte med at forbudet var begrunnet i proporsjonalitetsprinsippet. Avgjørelsen er bevisrettslig interessant av minst to grunner: for det første utformer domstolen et bevistema som er lettere å oppfylle, nemlig ”ikke [...] uegnet” og ”ikke [...] i et urimelig forhold”.²⁵⁹ For det andre er

²⁵⁵ *ibid.* p.18.

²⁵⁶ Sak C-384/93 *Alpine Investments*, p.46-55.

²⁵⁷ *ibid.* p.41. I p.50 brukes forbruker synonymt med investor.

²⁵⁸ *ibid.* p.46 og 47-53.

²⁵⁹ *ibid.* p.49 og 55 (mine klammer). Om dette, se punkt 8.

grunnlaget for domstolens konklusjon ikke vitenskapelige undersøkelser eller dokumentasjon av annen art, men argumentene fremført av den nederlandske regjering. Argumenter er ikke bevis, i alle fall ikke i ordets rette mening,²⁶⁰ og etter min mening er avgjørelsen et eksempel på at domstolen pålegger ”parten” en objektiv bevisbyrde (argumentasjonsbyrde) snarere enn en bevisføringsbyrde.²⁶¹

Et nærliggende spørsmål blir da hvorfor domstolen ikke krevde dokumentasjon for at forbrukerne (investorene) ble skadelidende av ”cold calling” som markedsføringsteknikk. Ett argument kan være at det vil være vanskelig eller umulig å innhente slik dokumentasjon.²⁶² Fra mitt ståsted er det vanskelig å se at det er umulig. Skulle det være vanskelig, viser rettspraksis at dette ikke har hindret domstolen fra å pålegge en bevisføringsbyrde, men finne denne oppfylt uten noen form for bevisføring, jf. *Apothekerammer* under.

Dersom det likevel skal ha noe for seg – altså at skjønnsmarginen er tilstrekkelig til å løfte argumentasjonsbyrden i noen tilfeller – må vi uansett legge til grunn at det er hensynet til finanssektorens omdømme som er aktuelt her, og ikke hensynet til forbrukerbeskyttelse. Domstolen uttaler nemlig at Nederland ikke er forpliktet til å tilgodese forbrukere i andre medlemsstater (mottakerstaten).²⁶³ Dessuten viser tidligere rettspraksis at domstolen ofte gir medlemsstatene mindre skjønnsmargin på området for forbrukervern.²⁶⁴ Legger vi til grunn at det er hensynet til finanssektoren som er avgjørende, og at det er skjønnsmarginen til Nederland på dette området som gjør at argumentasjonsbyrden anses oppfylt, er det merkelig at domstolen finner byrden løftet i kraft av et *økonomisk hensyn*.

²⁶⁰ Selv om det kan virke slik etter sak C-10/10 Kommissjonen mot Østerrike p.38.

²⁶¹ Et annet eksempel på at domstolen avgjør saken på grunnlag av en løftet argumentasjonsbyrde, snarere enn bevisføringsbyrde, har vi med sak 382/87 Buet, p.11-15, som gjaldt forbud mot dørsalg av hensyn til effektiv forbrukerbeskyttelse.

²⁶² Se for eksempel sak Melkunie, omtalt under.

²⁶³ Alpine Investments, p.43.

²⁶⁴ *EØS-rett* (2011) s.339 om at skjønnsmarginen i praksis kan være mindre på forbrukervernområdet.

For å oppsummere: Avgjørelsene over gir grunnlag for å si at det hovedsakelig er gjennom å fremlegge dokumentasjon at medlemsstaten oppfyller sin bevisbyrde, altså dreier det seg om en bevisføringsbyrde. Jeg har bare klart å finne to eksempler i motsatt retning, altså at domstolen ikke har krevet dokumentasjon, men løftet bevisbyrden på grunnlag av overbevisende argumentasjon.²⁶⁵

Det er ikke alltid lett å lese av dommene når bevisføringsbyrden er oppfylt, og noen ganger kan en med rette spørre om domstolen i det hele tatt har tatt stilling til det, eller om bevisføringsbyrden er snudd av andre grunner. Interessant i så måte er *Apothekerkammer*,²⁶⁶ som gjaldt ivaretagelse av den offentlige sunnhet. I stedet for å kreve medlemsstaten for dokumentasjon for tiltakets proporsjonalitet, slik den normalt gjør, gikk domstolen rett på Kommisjonens anførsler. Etter å ha gjennomgått disse, uttalte domstolen:

”[a]bgesehen von *allgemeinen Erwägungen* hat die Kommission nichts vorgetragen, woraus sich ergeben könnte, welches *konkrete System* geeignet wäre, ebenso wirksam wie die Regel des Ausschlusses von Nichtapothekern zu gewährleisten, dass trotz der in der vorstehenden Randnummer des vorliegenden Urteils angeführten Erwägungen in der Praxis nicht gegen die genannten Rechtsvorschriften verstoßen würde.”²⁶⁷

Etter domstolens oppfatning var altså ikke Kommisjonens *alminnelige* betraktninger tilstrekkelig for å godtgjøre at den *konkrete* ordningen var egnet og nødvendig. På dette grunnlag konkluderte domstolen med at mindre inngripende alternativ ikke var bevist – Kommisjonens bevisføringsbyrde var ikke løftet – og at tiltaket var begrunnet i proporsjonalitetsprinsippet.

Et nærliggende spørsmål etter å ha lest avgjørelsen, er hvorfor domstolen drøfter Kommisjonens bevisføringsbyrde, når utgangspunktet jo er at denne påhviler medlemsstaten. Og dersom bevisføringsbyrden ble snudd, er det vanskelig å se hvilke begrunnelse som ligger til grunn for dette. Formodentlig er det dette domstolen viser til med henvisningen ”de bemerkninger, der er fremført”. Disse bemerkningene gjaldt

²⁶⁵ Jf. *Alpine Investments og Buet*. For traktatbruddsøksmål, se fotnote 355.

²⁶⁶ De forente saker C-171/07 og C-172/07 *Apothekerkammer*.

²⁶⁷ *ibid.* p.55 (min klamme og mine kursivering).

medlemsstatens valg av beskyttelsesnivå og virkemiddel for å nå dette nivået for den offentlige sunnhet.²⁶⁸ Det domstolen altså gjør, er å vise til medlemsstatens valg av beskyttelsesnivå og virkemiddel som begrunnelse for at bevisføringsbyrden er oppfylt. Det samme gjorde Høyesterett i *Pedicel*.²⁶⁹ Hvilke bevisrettslige grep EU-domstolen og Høyesterett foretar, kommer klarere frem i *Philip Morris*. EFTA-domstolen uttaler der:

”[i] mangel av klare bevis for det motsatte, kan et tiltak av denne type således ses som egnet til å beskytte folkehelsen.”²⁷⁰

Med andre ord kan det se ut som at domstolene anvender *prima facie* bevis som beviskravslettelse for medlemsstatens bevisføringsbyrde, altså en presumsjon for at tiltaket er egnet og nødvendig i mangel av holdepunkter for det motsatte. Begrunnelsen for et lempet beviskrav kan være at hensynet til den offentlige sunnhet står øverst blant de goder som traktaten beskytter, og at EU- og EFTA-domstolen derfor ønsker å være tilbakeholden med å sette seg utover de vurderinger medlemsstaten har foretatt.²⁷¹

En annen grunn for at domstolen ikke krevde dokumentasjon, kan naturligvis være at det faktisk ikke forelå noe vitenskapelig dokumentasjon på dette tidspunkt. Dette var tilfellet i *Melkunie*,²⁷² som gjaldt nederlandsk lovgivning som satte grenseverdier for bakterieinnhold i meieriprodukter.²⁷³ At Nederland ikke hadde greid å fremskaffe dokumentasjon for den potensielle faren ved dette, hindret likevel ikke domstolen i å konkludere med at tiltaket var i tråd med TEUF art. 34 jf. art. 36, under henvisning til medlemsstatenes valg av beskyttelsesnivå. Det kan altså se ut til at domstolen anser

²⁶⁸ *ibid.* p.19 og 54.

²⁶⁹ Rt 2009 839 *Pedicel*, p.53. Tilsvarende *EØS-rett* (2011) s.341-342 om at hvilke konsekvenser det har at medlemsstaten har bevisbyrden, må ses i sammenheng med medlemsstatens frihet til å velge beskyttelsesnivå. Høyesteretts uttalelse er gjentatt i TOSLO-2009-50176, Verftsaken. I motsetning til Høyesterett, som brukte begrepet ”bevisføringsplikt”, brukte tingretten begrepet ”bevisbyrde” i punkt 4.3.2, altså uten å spesifisere hvilke byrde det var tale om. Avgjørelsen bekrefter for så vidt en tendens i bevisretten, nemlig mangel på konsekvent begrepsbruk, jf. oppgavens punkt 3.3.4.

²⁷⁰ E-16/10 *Philip Morris*, p.84.

²⁷¹ Apothekerkammer, p.19. Om *prima facie* bevis som beviskravslettelse, se punkt 6.3.

²⁷² Sak 97/83 *Melkunie*.

²⁷³ *ibid.* p.18. Denne saken skiller seg fra *Alpine Investments* ved at det her fremdeles er tale om en bevisføringsbyrde.

myndighetene for å ha *prima facie* oppfylt sin bevisbyrde, sett i lys av at medlemsstaten selv bestemmer beskyttelsesnivået, og at ordningen formodes å være proporsjonal i mangel av holdepunkter for det motsatte.²⁷⁴

Begrunnelsen for reglene om fordeling av bevisføringsbyrde er at den part som krever noe, normalt er den som står nærmest til å bevise riktigheten av dette. I noen saker er det likevel slik, at beviset kun er tilgjengelig hos en av partene, og at domstolen av den grunn må innta et annet standpunkt. Spørsmålet om bevis(førings)byrdefordelingen i en slik situasjon, kom opp i *Peijper*.²⁷⁵ Det domstolen gjorde, var først å konstatere at "[t]aking into account all these possible ways of obtaining information"²⁷⁶ tilligger det de nasjonale helsemyndigheter å undersøke om hensynet til den offentlige sunnhet tilsier at det ikke er overensstemmelse mellom innført parti av varer og varebeskrivelsen som ble gitt. Ifølge domstolen ville det nemlig ikke være i tråd med varebevegelighetene å pålegge en parallellimportør bevisbyrden for at det forelå slik samsvar, dersom dette var opplysninger han ikke hadde adgang til. Sentralt for domstolen var altså ikke hvem av "partene" som påsto at det forelå samsvar, men at det var myndighetene som hadde opplysningsmulighetene.²⁷⁷

13.3.4 Oppsummering

På grunnlag av rettspraksis som er gjennomgått over, synes det å være tre måter å løfte bevisføringsbyrden på: For det første har vi den klassiske situasjonen, hvor medlemsstaten løfter bevisføringsbyrden ved å fremlegge *dokumentasjon*. Unntaksvis skjer det likevel at bevisføringsbyrden løftes på grunnlag av overbevisende *argumentasjon*. Dette ligner mer en argumentasjonsbyrde (objektiv bevisbyrde) enn en bevisføringsbyrde. For det tredje har vi sett at bevisføringsbyrden kan bli løftet i mangel av både dokumentasjon og argumenter, men i medhold av medlemsstatenes skjønnsmargin. I slike situasjoner er det nærliggende å si at domstolen anvender *prima facie* bevis som beviskravsløstelse, jf. punkt 6.3.

²⁷⁴ Se punkt 6.3 om *prima facie* bevis som beviskravsløstelse.

²⁷⁵ Sak C-104/75 *Peijper*.

²⁷⁶ *ibid.* p.28 (min klamme).

²⁷⁷ *ibid.* p.29.

14 Bevisbyrden i traktatbruddsaker

14.1 Faktaspørsmål i traktatbruddsaker

I motsetning til prejudisielle saker, tar EU-domstolen stilling til både fakta og juss i traktatbruddsaker. Det er da i prinsippet ingen grenser for hvilke faktaspørsmål, og dermed bevisbyrdespørsmål, som kan oppstå.²⁷⁸ To begrensninger kan likevel skisseres, nemlig under domstolens undersøkelseskompetanse etter PR annet kapittel og av den administrative prosedyren i TEUF art. 258. Jeg vil nå kort gjennomgå disse.

Som vi så i punkt 12.3, er det i utgangspunktet partene som tilveiebringer bevis i traktatbruddsøksmål, og dette skjer som del av den skriftlige fasen. Videre så vi at også domstolen kan bidra til sakens opplysning, enten ved å innhente bevis på eget initiativ, eller ved å anmode partene om å gjøre det. Velger domstolen å foreta slike undersøkelser, retter disse seg primært mot faktaspørsmål *utover* de partene har påberopt i stevningen og tilsvaret, art. 38 nr.1 e) og art. 40 nr.1 d), og som partene ikke har sagt seg enige om.²⁷⁹ Selv om det er unntaksvis at domstolen benytter denne kompetansen, hender det fra tid til annen.²⁸⁰ I slike saker er det da domstolen, og ikke partene, som bestemmer hvordan bevisinnsamlingen skal skje. Det er da domstolen som bestemmer hva som skal bevises og hvilke bevismidler som skal føres. Har partene innvendinger eller ønsker, må de anmode domstolen om dette, jf. art. 47 og 50. Den aktive dommerrollen henger sammen med EU-domstolens plikt til å sikre ”overholdelse af lov og ret ved fortolkningen og anvendelsen af traktaterne”, jf. TEU art.19.

²⁷⁸ For andre former for direkte søksmål kan begrensninger i domstolens kompetanse følge av traktat, for eksempel TEUF art. 263, jf. Lasok (2004) s.30 jf. s.71 flg.

²⁷⁹ GA Gand i sak 8/65 Pugliesi p.12, om at domstolen normalt kun besørger ytterligere bevisføring i tilfelle det hersker tvil ved det bevismaterialet som partene har lagt frem.

²⁸⁰ Sak C-375/90 Fryste kyllinger, p.23 er et eksempel på at domstolen ber partene skaffe ytterligere dokumentasjon. Enda sjeldnere er det at domstolen selv foretar undersøkelser, noe jeg ikke har funnet eksempel på.

En annen begrensning for hvilke faktaspørsmål det kan bli tale om i slike saker, ligger i selve prosedyren etter TEUF art. 258. Kort fortalt består prosedyren av et administrativt stadium (overtrædelsesprocedure, pre-litigation phase, formaliteten, jf. første setning i art. 258) og et juridisk stadium (domstolsprocedure, realitetsbehandlingen). Formålet med den første fasen, er, ifølge domstolen

”to allow the Member State to put an end to any infringement, to enable it to exercise its rights of defence and to define the subject-matter of the dispute with a view to bringing an action before the Court.”²⁸¹

Det sentrale i vår sak er det siste formålet, nemlig å definere saksforholdet med sikte på en eventuell rettssak (den juridiske fasen). Det følger nemlig av domstolens faste praksis at sakens gjenstand avgrenses av den administrative prosedyre, hvilket betyr at saksanlegget for domstolen må støttes av samme begrunnelse og grunnlag.²⁸² Ifølge PR art. 38 nr.1 litra c er domstolen bundet av søksmålsgjenstanden, slik den er angitt i stevningen.²⁸³

I *Kommisjonen mot Frankrike*²⁸⁴ ble rammene trukket opp under den administrative prosedyren avgjørende for utfallet av proporsjonalitetsvurderingen. Kommisjonen hadde der basert stevningen og den begrunnede uttalelsen hovedsakelig på juridiske betraktninger, og ikke tatt stilling til relevante faktiske forhold. Dette innebar for det første at Kommisjonen ikke kunne høres med at medlemsstaten ikke hadde oppfylt sin bevisføringsbyrde eller argumentasjonsbyrde (dels fordi Kommisjonen selv hadde forsømt sine forpliktelser etter art. 258, men også fordi bevis relaterer seg til fakta, og ikke juss, som saksanlegget var begrenset til). For det andre innebar dette at domstolen ikke hadde tilstrekkelig grunnlag for å vurdere om Frankrike hadde overskredet grensene for det nødvendige.²⁸⁵ På den annen side: Har Kommisjonen først fremlagt alle relevante faktiske og rettslige opplysninger, men det hefter feil ved

²⁸¹ Sak C-362/01 *Kommisjonen mot Irland*, p.18.

²⁸² Sak C-52/90 *Kommisjonen mot Danmark*, p.23.

²⁸³ Innenfor det saksforhold som er gitt, står imidlertid domstolen fritt til å vurdere alle sider, jf. *PLEU* (2006) s.529.

²⁸⁴ Sak C-159/94 *Kommisjonen mot Frankrike*.

²⁸⁵ *ibid.* p.101-107. Tilsvarende i *Kjøpesenter*, p.45-47.

faktaopplysningene, er dette ikke til hinder for at domstolen treffer avgjørelse i saken.²⁸⁶

Den administrative prosedyren har ikke bare betydning for å definere sakens ramme, den kan også ha betydning for fordelingen av bevisbyrden (både den subjektive og den objektive) i den juridiske fasen. Et eksempel på dette er *Kommisjonen mot Portugal*,²⁸⁷ hvor Portugal ble dømt for traktatbrudd for ikke å ha imøtegått Kommisjonens argumenter under den administrative prosedyren. Jeg vil komme tilbake til denne avgjørelsen i neste punkt.

14.2 Den subjektive bevisbyrden

14.2.1 Samarbeidsplikt eller bevisføringsbyrde?

Før jeg analyserer EU-domstolens fordeling av bevisføringsbyrden i traktatbruddsaker, er det hensiktsmessig å knytte noen ytterligere bemerkninger til rollefordelingen i slike saker. I punkt 13.3 så vi at medlemsstaten har bevisføringsbyrden i prejudisielle saker, og at det hovedsakelig er gjennom å fremlegge dokumentasjon at medlemsstaten løfter denne, jf. PR art. 45 nr.2 bokstav b) om ”indhentelse af oplysninger og fremlæggelse af dokumenter”. Også i traktatbruddsaker er utgangspunktet det samme, nemlig at medlemsstaten har bevisføringsbyrden. Domstolens mer aktive rolle, jf. punkt 12.3 og 14.1, gjør likevel at den subjektive bevisbyrden får en noe annen karakter. For, som vi snart skal se, har den i noen saker mer form av å være en samarbeidsplikt mellom partene. Domstolens kompetanse til å innhente bevis av eget tiltak, eller oppfordre en part til å belyse bestemte fakta, gjør at det er domstolen, og ikke partene, som i utgangspunktet har primæransvaret for tilstrekkelig bevisføring.²⁸⁸

²⁸⁶ GA Reischl i sak 36/79 Denkavit, s.3461-3462 om at domstolen plikter å oppklare faktiske stridsmål. Denkavit var en prejudisiell sak, hvilket tilsier at det i alle fall må gjelde for traktatbruddsaker, hvor domstolens kompetanse ikke er begrenset til tolkning.

²⁸⁷ Sak C-438/08 Kommisjonen mot Portugal, p.49, se under.

²⁸⁸ Et eksempel på at domstolen anmoder partene om ytterligere bevisførsel, har vi med Fryste kyllinger p.23, jf. ”fremlagt på Domstolens opfordring”. For mer om rollefordelingen i slike saker, se Lasok (1994) s.423, *PLEU* (2006) s.556-558, Kokott (1998) s.153 og Kazazi (1996) s.378-380.

I *Duraffour*,²⁸⁹ som gjaldt spørsmål om utbetaling av ulykkesforsikring etter bortgangen av en funksjonær i en EU-institusjon, var fordelingen av bevisføringsbyrden et sentralt tema for domstolen. Forsikringssummen ble holdt tilbake på grunn av uklarheter rundt hva som forårsaket funksjonærens død. Rådet mente at avdøde hadde begått selvmord, som ikke var dekket av forsikringspolisen. Enken mente dødsfallet skyldtes en ulykke, og at hun derfor hadde krav på utbetaling. Spørsmålet for domstolen var hvem av partene som skulle tilveiebringe bevis for det faktiske hendelsesforløp. Domstolen tok utgangspunkt i at saksøker, altså enken, har bevisføringsbyrden, men at det er

”for the defendant institution, as the appointing authority, to cooperate [...] in order to discover the truth”.²⁹⁰

Som det fremgår av sitatet, er hensikten med ordningen etablert under traktatbruddsaker (uansett om man kaller det samarbeidsplikt eller bevisføringsbyrde), ikke å gjøre arbeidet enklere for partene, men å tilrettelegge for at domstolen skal treffe en riktig avgjørelse, jf. ”discover the truth”. For at domstolen skal treffe en materielt riktig avgjørelse, er det imidlertid viktig at den part som står nærmest til å fremskaffe bevisene – enten fordi det kun er denne som har bevisene tilgjengelig eller fordi den skal tilbakevise motpartens påstand – ikke forholder seg passiv. Gjør den det, risikerer parten å få avgjørelsen mot seg.²⁹¹ I så måte er det ikke mye som skiller samarbeidsplikten fra bevisføringsbyrden, men poenget her er at domstolen ikke lar fordelingen av bevisføringsbyrde hindre den i å finne det riktige resultatet, og at det for dette formål er av underordnet betydning hvem av partene som skaffer bevisene.

²⁸⁹ Sak 18/70 *Duraffour*.

²⁹⁰ *ibid.* p.31 (min klamme).

²⁹¹ Dette er likevel ingen nødvendighet, jf. Brealey (1985) om at domstolen kan gå med på å foreta bevisinnsamling selv om en part ikke har oppfylt sin bevisføringsbyrde, dersom dette er den eneste måten påstanden kan underbygges på, s. 252 med videre henvisninger.

Generaladvokaten i samme sak uttalte seg noe klarere om rollefordelingen i slike saker:

“[I]n proceedings of this nature [hvor domstolen kan foreta undersøkelser av eget tiltak], there is strictly speaking no individual burden of proof but rather an obligation, in fact on *both* parties, to co-operate effectively to discover facts.”²⁹²

Også EMD har lagt seg på en slik linje, jf. *EMD Irland mot Storbritannia*:

“[T]he Court will not rely on the concept that the burden of proof is borne by one or other of the two Governments concerned. In the cases referred to it, the Court examines all the material before it, whether originating from the Commission, the Parties or other sources, and, if necessary, obtains material *proprio motu*.”²⁹³

Mens EU-domstolen i *Duraffour* gikk noe forsiktig frem med å definere rollefordelingen etter art. 258, uttrykker den seg noe klarere i *Kommisjonen mot Italia*.²⁹⁴ I premiss 30 beskriver domstolen innholdet i den subjektive bevisbyrden, nemlig at når Kommisjonen har fremlagt ”fyldestgørende beviser” for bestemte faktiske forhold, påhviler det medlemsstaten ”konkret og detaljert” å tilbakevise disse. Videre uttaler domstolen at ”[d]ette påhviler medlemsstaterne i medfør af forpligtelsen til loyalt at samarbejde, som fastsat i artikkel 10 EF [nå TEU art. 4 nr.3], og forpligtelsen gælder under hele den i artikkel 226 EF [nå TEUF art. 258] fastsatte procedure.”²⁹⁵ Sitatene over knytter seg til drøftelsen av om Kommisjonen hadde godtgjort traktatbrudd under den administrative prosedyren.²⁹⁶ All den tid lojalitetsplikten er gjensidig – i den forstand at det for vurderingen av om proporsjonalitetsprinsippet er oppfylt, gjelder en tilsvarende samarbeidsplikt for Kommisjonen – er avgjørelsen likevel av relevans i vår sammenheng.

²⁹² GA Roemer i sak 18/70 *Duraffour*, s.533 (min tilføyelse). Tilsvarende GA Lagrange i de forente saker 29, 31, 36, 39 til 47, 50 og 51/63 *Usines*, om at partene “are required, and indeed precisely because they are opponents, to collaborate with a view to enabling the court to decide, with all the facts at its disposal whether the damage is sufficiently proved”, s.944.

²⁹³ *EMD Irland mot Storbritannia*, p.160 (min klamme). En annen måte å si dette på, er at den subjektive bevisbyrden er kun ment som en garanti eller et effektivt apparat for at alle kortene blir lagt på bordet. Om bevisbyrdespørsmål for EMD, se Christoffersen (2009) s.173-174.

²⁹⁴ Sak C-135/05 *Kommisjonen mot Italia*.

²⁹⁵ *ibid.* p.32 (mine klammer). Om lojalitetsprinsippet, se *EØS-rett* (2011) s.76-77.

²⁹⁶ Om denne, se punkt 6.3.2 og fotnote 176.

Som nevnt har EU-domstolen kompetanse til å undersøke fakta av eget tiltak, eller til å anmode en part om å innhente ytterligere opplysninger. At domstolen har en slik kompetanse, innebærer likevel ingen plikt til å benytte den; kompetansen er ”optional and complementary”.²⁹⁷ *Kommisjonen mot Italia*²⁹⁸ illustrerer at domstolens aktive rolle ikke er ment som en avlastning for partene. Den italienske regjeringen måtte her begrunne et regelverk som gjorde det vanskeligere å registrere importerte biler. Regjeringen anførte at ordningen hadde til formål å hindre registrering av stjalne biler, og at den derfor var begrunnet i hensynet til den offentlige orden. Regjeringen hadde imidlertid ikke lagt frem noe som kunne dokumentere at virkemidlet var nødvendig for etterforskningen eller bekjempelsen av slik kriminalitet, heller ikke ønsket domstolen å gå inn på slike undersøkelser. Domstolen gikk heller ikke inn for å undersøke Kommisjonens påstand om at eksportmedlemsstaten kunne meddele opplysninger, og at det derfor ikke var nødvendig å innkreve på ny. Etter dette fant domstolen at de italienske myndigheter, ved å forholde seg passive, hadde tilsidesatt sine traktatfestede forpliktelser.²⁹⁹ Årsaken til at domstolen ikke ville ta i bruk sin undersøkelseskompetanse, kan enten være at den mente myndighetene stod nærmest til å hente dokumentasjon, og at passivitet i så måte må ramme myndighetene selv, eller det kan være av den grunn at den omstridte ordningen på daværende tidspunkt uansett hadde opphørt, og at undersøkelse derfor ikke var nødvendig av hensyn til det materielle riktige resultat.

Plikten til å fremskaffe bevis – enten man kaller det en samarbeidsplikt eller bevisføringsbyrde – gjelder ikke bare ved realitetsbehandlingen for domstolen, men også for sakens opplysning under den administrative prosedyre, jf. *Kommisjonen mot Portugal*.³⁰⁰ Spørsmålet der var om det var adgang til å oppstille betingelser – blant annet om selskapsformål og minimumskrav til selskapskapital – for å etablere

²⁹⁷ *PLEU* (2006) s.557.

²⁹⁸ Sak 154/85 *Kommisjonen mot Italia*.

²⁹⁹ *ibid.* p.14.

³⁰⁰ Sak C-438/08 *Kommisjonen mot Portugal*. Jf. også sitat over fra sak C-135/05 *Kommisjonen mot Italia*, p.32.

biltilsynsvirksomhet, jf. TEF art. 43 (nå TEUF art. 49). Etter å ha fastslått at betingelsene utgjorde en hindring for etableringsfriheten, drøftet EU-domstolen hvorvidt hindringen kunne begrunnes. Med følgende begrunnelse kom domstolen til at Portugal hadde tilsidesatt sine traktatfestede forpliktelser:

”Det må imidlertid fastslås, at Den Portugisiske Republik ikke har forsvaret sig mod Kommissionens påstande på dette punkt under den administrative procedure, og at den ikke har godtgjort, verken at de omtvistede foranstaltninger er nødvendige eller forholdsmæssige i forhold til det forfulgte mål”.³⁰¹

Avgjørelsen viser for det første at ikke bare argumentasjon under den juridiske fasen er av interesse, jf. punkt 14.1, men også det som fremkommer under den tidligere, administrative fasen. Manglende samarbeidsevne – eller vilje – resulterte her i traktatbrudd. For det andre viser uttalelsen at domstolens undersøkelseskompetanse på ingen måte er ment som en hvilepute for den parten som står nærmest til å opplyse saken, og at denne parten ikke gjør det lurt i å forholde seg passiv.

Mens Portugal ble dømt for traktatbrudd i saken over, er *Kommisjonen mot Frankrike*³⁰² et eksempel på at domstolen kom til det motsatte resultat. Saksforholdet der var at fransk lovgivning stilte krav om forhåndsregistrering av reagensprodukter for at disse kunne omsettes på markedet. I vurderingen av om ordningen var proporsjonal – som er en del av realitetsbehandlingen av saken, den juridiske fasen³⁰³ – oppstod spørsmål om Kommisjonen hadde oppfylt sin bevisbyrde i den administrative prosedyren, nemlig ved å forelegge de nødvendige opplysninger for domstolen. Kommisjonen hadde riktignok lagt frem en rekke eksempler som skulle tilsi at ordningen ikke var nødvendig, men ifølge domstolen var dette tilbakevist av medlemsstaten.³⁰⁴

³⁰¹ Sak C-438/08 Kommisjonen mot Portugal, p.49. Se også sak C-254/05 Kommisjonen mot Belgia, p.42.

³⁰² Sak C-55/99 Kommisjonen mot Frankrike.

³⁰³ Se punkt 6.3.2, fornote 176 og punkt 14.1 om disse fasene. Se også Brealey (1985) s.251 om at manglende oppfyllelse av en parts bevisføringsbyrde er en del av realitetsbehandlingen av en sak.

³⁰⁴ Sak C-55/99 Kommisjonen mot Frankrike, p.31-32.

Medlemsstatens bevisføringsbyrde ble ansett oppfylt, dels under henvisning til at det ikke forelå harmonisering på området, og dels ved ”at godtgøre”³⁰⁵ at det finnes reagenser som kan utgjøre en fare for menneskers liv og sunnhet. Etter mitt skjønn sikter domstolen med ”at godtgøre” til Frankrikes argumentasjon i premiss 26 om at det ikke finnes harmoniseringsbestemmelser på området, og at det er skjønnsmarginen (og ingen vitenskapelig rapport grundig evaluering eller lignende) som løfter bevisføringsbyrden. For så vidt synes avgjørelsen å være et eksempel på at domstolen anvender *prima facie* bevis som beviskravsløstelse, jf. punkt 6.3. Etter å ha vurdert bevisene i saken, konkluderte domstolen med at Kommisjonen ”ikke har fremført noen omstendigheter” som gjør det mulig for domstolen å avgjøre om ordningen er ”uforholdsmæssig”.³⁰⁶

14.2.2 Proporsjonalitetsvurderingen

14.2.2.1 Innledning

I forrige avsnitt så vi at medlemsstatens bevisføringsbyrde noen ganger får karakter av å være en samarbeidsplikt. Som vi skal se av avgjørelsene under, er det normale likevel at det er medlemsstaten – og medlemsstaten alene – som må tilveiebringe tilstrekkelige bevis. I noen avgjørelser gjør domstolen det klart om det er bevis for egnetheten eller nødvendigheten som vurderes, mens bevisvurderingen i andre saker skjer samlet. Selv om det kan være en nær sammenheng mellom vurderingene, skal jeg i drøftelsen under forsøke å skille mellom de to kravene. Begrunnelsen for dette er at det oppstår særegne bevisrettslige problemstillinger til hvert av kravene, jf. punkt 7.3 og 7.4.

14.2.2.2 Eget

Som for prejudisielle saker oppstår også her spørsmål om når et tiltak må være eget, og hvor sikker medlemsstaten må være på dette tidspunkt.³⁰⁷ Hva gjelder den første problemstillingen, er de alternative tidspunktene enten iverksettelsestidspunktet (subjektivt) eller tidspunktet for utløpet av fristen for den begrunnede uttalelse

³⁰⁵ *ibid.* p.32.

³⁰⁶ *ibid.* p.39.

³⁰⁷ Om prejudisielle saker, se punkt 13.3.2.

(objektivt).³⁰⁸ Også her må konklusjonen bli – såfremt egnethetsvurderingen består i å stille en prognose – at det er på iverksettelsestidspunktet tiltaket må fremstå som egnet.³⁰⁹

Det springende punkt er også her hvor sikker medlemsstaten må være, med andre ord hvilket nivå domstolen har lagt bevisvurderingen på. Jeg har ikke funnet eksempler fra traktatbruddsøksmål; kanskje vitner det om at problemstillingen ikke er så aktuell i praksis. Derimot har vi eksempler fra en annen form for direkte søksmål, nemlig ugyldighetsøksmål etter TEUF art. 263. Som det vil fremgå, mener jeg at sakene kan bidra til å kaste lys over situasjonen i traktatbruddsøksmål.

Schroeder gjaldt gyldigheten av, blant annet, Kommisjonens forordning om å innføre minstepris for import av tomatkonsentrat. Domstolen uttalte at lovligheten av en rettsakt ikke avhenger av etterfølgende betraktninger av dens effektivitet, men at det er

”genügt die Feststellung, daß diese Maßnahmen bei ihrem Erlaß nicht als *offensichtlich ungeeignet* zur Verwirklichung des angestrebten Zieles erscheinen”.³¹⁰

Det dreide seg nemlig om en komplisert ordning, med flere usikkerhetsfaktorer, og som ifølge domstolen forutsatte et vidt spillerom.³¹¹ Også *Ferriera Padana* gjaldt et ugyldighetsøksmål, nærmere bestemt gyldigheten av Kommisjonens beslutning om å innføre produksjonskvoter.³¹² Domstolen konkluderte med at kvoteordningen ikke var uegnet, selv om den syv uker etter iverksettelsen ikke hadde vist seg å ha noen effekt. Videre skriver generaladvokat Fennelly i sin innstilling til et ugyldighetsøksmål at det avgjørende er om lovgiver ”had reasonable grounds” for å vedta tiltaket.³¹³ I tråd med avgjørelsene over, er det altså vedtakelsestidspunktet som er avgjørende tidspunkt for egnethetsvurderingen i ugyldighetsøksmål, og tiltaket underkjennes da kun hvis det på det tidspunktet måtte betraktes som ”*offensichtlich*”, altså åpenbart, uegnet.

³⁰⁸ Se sak C-254/05 Kommissjonen mot Belgia, p.39.

³⁰⁹ Se sak 40/72 *Schroeder*, omtalt under.

³¹⁰ *Schroeder*, p.14 (min kursivering).

³¹¹ Se punkt 3.2 om språklige forskjeller.

³¹² Sak 276/80 *Ferriera Padana*.

³¹³ GA Fennelly i de forente saker C-376/98 og C-74/99 *Imperial Tobacco*, p.159.

Spørsmålet blir så om dette også gjelder ved traktatbruddsøksmål. Når det gjelder åpenbarhetskravet, er det tvilsomt om dette kan overføres til traktatbruddsaker, jf. punkt 17.2.1 om domstolens varierende prøvingsintensitet. Hva gjelder spørsmålet om hvor sikker medlemsstaten må være på iverksettelsestidspunktet, gjør langt på vei de sammen hensyn seg gjeldende her: egnethetsvurderingen dreier seg i all hovedsak om å forutsi virkningene av et tiltak, og som i enkelte saker kan være vanskelig, om ikke umulig, jf. punkt 7.3. Virkningene kan enten være vanskelige å påvise, eller de kan endre seg over tid, både slik at et opprinnelig uegnet tiltak viser seg senere å være egnet, eller motsatt, se punkt 13.3.2.

Et eksempel på at medlemsstaten ikke hadde oppfylt sin bevisføringsbyrde i et traktatbruddsøksmål, har vi med *Kommisjonen mot Italia*.³¹⁴ Saken gjaldt rettmessigheten av en lovgivning som ga staten rett til å motsette seg erverv av bestemte aksjeandeler eller inngåelse av aksjonæravtaler mellom aksjonærer med en viss prosentierandel i nærmere angitte selskaper. Domstolen hadde tidligere uttalt at dette kunne være i strid med de frie kapitalbevegelser, og spørsmålet her var om kriteriene som skulle regulere statens kompetanse, var akseptable. Om egnethetskravet uttalte domstolen at medlemsstaten

”ikke [har] fremført noget bevis og heller ikke blot et indicium for, at det kan antages, at anvendelsen af de omtvistede kriterier for udøvelsen af indsigelsesrettighederne gør det muligt at nå de opstillede mål.”³¹⁵

Da de italienske myndigheter ikke hadde ført noe bevis, kom domstolen ikke uventet til at det ikke var noen sammenheng mellom kriteriene og rettighetene, med andre ord at tiltaket var uegnet.³¹⁶ Avgjørelsen illustrerer for så vidt hvor viktig bevisføringsbyrden er for sakens utfall; det nytter ikke å argumentere for at et tiltak er egnet, egnetheten må kunne dokumenteres. Innholdet i bevisføringsbyrden er utførlig beskrevet av domstolen i *Kjøpesenter*, som gjennomgås i neste punkt.

³¹⁴ Sak C-326/07 *Kommisjonen mot Italia*.

³¹⁵ *ibid.* p.49 (min klamme).

³¹⁶ *ibid.* p.47.

14.2.2.3 Nødvendig

Som det vil fremgå, fokuserer de fleste avgjørelsene på bevissspørsmål ved nødvendighetsvurderingen, herunder om det er påvist mindre restriktive alternativer. Som vi så i punkt 7.4, er ”nødvendig” et bevisstema som byr på flere bevisrettslige utfordringer, både fordi vurderingen er vanskelig og skjønnspreget, men også fordi den lett kan få et hypotetisk preg over seg. Et stykke på vei synes domstolen å ha tatt høyde for dette, når den har oppstilt en begrensning i innholdet til bevisføringsbyrden (bevisvurderingen). Begrensningen ligger i at det ikke kreves at medlemsstaten ”positivt skal bevise, at ingen anden tænkelig foranstaltning kan gøre det muligt at nå det nævnte formål på de samme vilkår”, jf. *Kjøpesenter*.³¹⁷

Hva som nærmere ligger i dette, har generaladvokat Sharpston forsøkt å utdype i sitt forslag til avgjørelse i samme sak. Med hensyn til egnethetstesten kreves det ikke, ifølge henne, bevis for at tiltaket er det mest egnede av alle mulige foranstaltninger; kun at det ikke er uegnet for å nå målet. Nødvendighetstesten hevder hun er noe strengere:

”it is necessary to establish that no other measures could have been equally effective but less restrictive of the freedom in question [...] for example by outlining alternative (less restrictive) measures and explaining why they would not satisfactorily attain the objective.”³¹⁸

Hvis dette er riktig, virker det tvilsomt om domstolen overhodet har oppstilt noen begrensning. I tilfelle må det være slik at listen må kunne begrenses til de mest nærliggende, og ikke alle tenkelige, alternativer.

En annen måte å tolke domstolens begrensning på, er at den ikke krever *positive* bevis, i betydningen direkte bevis, slik at også indirekte bevis er tilstrekkelig. *Archer Daniels*³¹⁹ er et eksempel på at indisiebevis ble tillatt av retten. I den saken hadde Kommisjonen bevisføringsbyrden for at det omstridte kartellet hadde betydning for prisutviklingen på det relevante markedet. For å løfte denne bevisføringsbyrden, uttalte retten at det var

³¹⁷ Sak C-400/08 *Kjøpesenter*, p.75.

³¹⁸ GA Sharpston i samme sak, p.89 og 92 (min klamme). Hun skriver “as regards proportionality”, men det fremgår av sammenhengen at hun drøfter nødvendighetstesten.

³¹⁹ Sak T-59/02 *Archer Daniels*.

nødvendig å bygge på hypoteser. Vurderingen forutsatte nemlig en sammenligning av situasjonen med og uten kartellet, og vurderingen ”is necessarily based on reasonable probability, which is not precisely quantifiable.”³²⁰ For dette var det tilstrekkelig å “put forward any elements which, together, would constitute *a body of consistent evidence showing with reasonable probability*.”³²¹ Rettens uttalelser her har langt på vei overføringsverdi for nødvendighetsvurderingen under proporsjonalitetsprinsippet, da også denne vurderingen må bli noe hypotetisk. Følger vi rettens resonnement her, er indisier tilstrekkelig for å løfte medlemsstatens bevisføringsbyrde. For så vidt tilfører ikke domstolens begrensning i *Kjøpesenter* noe nytt, jf. oppgavens punkt 6.2.

Uansett hva en skulle mene om innholdet i begrensningen domstolen har oppstilt, viser *Kjøpesenter* også at bevisføringsbyrdens utstrekning har en side til graden av inngrep som gjøres i den aktuelle frihet. Ett av klagepunktene i saken var om den spanske lovgivningen som begrenset plasseringen av og størrelsen på kjøpesentre utenfor bysonen, kunne begrunnes i miljøhensyn og fysisk planlegging av området.³²² Etter å ha vurdert begrensningene under ett, kom domstolen til den konklusjon at de ”i væsentlig grad” ville påvirke muligheten til å åpne kjøpesentre i dette området, og at

”[u]nder såndanne omstændigheder skal en medlemsstat, som påberåber sig hensyn, der skal retfærdiggøre en fravigelse af princippet om etableringsfriheden, fremlægge en analyse af egnetheden og forholdsmæssigheden af den restriktive foranstaltning, som medlemsstaten har truffet, og fræmlegge præcise oplysninger, der kan underbygge dens argumentation”.³²³

Ved å kreve en analyse, og i tillegg presise opplysninger, legger domstolen en nokså streng bevisføringsbyrde på medlemsstaten, og, som vi ser, henger dette sammen med at det dreier seg om en ”væsentlig” begrensning for etableringsfriheten. Vi ser også sammenhengen mellom den subjektive og den objektive bevisbyrden, jf. at bevisene også må ”underbygge dens [medlemsstatens] argumentation” (min klamme), se mer under punkt 14.3.1.

³²⁰ *ibid.* p.159.

³²¹ *ibid.* p.201 (min kursivering).

³²² *Kjøpesenter*, p.80.

³²³ *ibid.* p.82-83.

Også for dobbeltkontroll av varer har domstolen oppstilt strenge krav til en parts påhvilende bevisføringsbyrde. Til gjenstand for prøving i *Italienske nematoder*³²⁴ var italiensk lovgivning som stilte krav til grensekontroll av fisk som allerede hadde gjennomgått kontroll i eksportstaten. Det heftet ingen tvil om at lovgivningen innebar en restriksjon, da domstolen i flere saker tidligere hadde underkjent slike ordninger. Spørsmålet i denne saken var om den italienske regjering hadde tilstrekkelig grunnlag for å si at lovgivningen var begrunnet i hensynet til den offentlige sunnhet. Regjeringens første argument gikk ut på at grensekontrollen ikke var systematisk, og at det derfor ikke var tale om en noe særlig omfattende ordning. Domstolen tilbakeviste dette ved å vise til en instruks gitt av det italienske helsedepartement til grensemyndighetene om at det skulle foretas slik systematisk kontroll.³²⁵

Regjeringens andre argument var at selv import av fisk med døde eller destruerte rundormslarver (nematoder), innebar en risiko for den offentlige sunnhet. For domstolen holdt det imidlertid ikke med en ren henvisning til dette formålet, regjeringen måtte vise til ”konkrete argumenter” for å oppfylle sin bevisføringsbyrde.³²⁶ Videre viste domstolen til at italienske myndigheter tidligere hadde sendt sirkulær om at dette ikke innebar noen risiko, samtidig som resultater fra internasjonal vitenskapelig forskning underbygget dette. På bakgrunn av dette hadde ikke regjeringen klart å oppfylle sin bevisføringsbyrde, og Italia ble dømt for traktatbrudd på dette punkt.³²⁷ Domstolen gikk imidlertid lenger, og sa at myndighetene heller ikke var berettiget til å forby import av fisk som ikke hadde sunnhetsattest fra avsenderstaten, dersom grensemyndighetene kun hadde klart å påvise døde eller destruerte nematoder.³²⁸

I *UHT-melk*³²⁹ var spørsmålet om Storbritannias lovgivning om krav til importlisens for og særskilt innpakning av UHT-melk (melk behandlet med Ultra Høy Temperatur, for å

³²⁴ Sak C-228/91 Italienske nematoder.

³²⁵ *ibid.* p.25 og 26.

³²⁶ *ibid.* p.28.

³²⁷ *ibid.* p.30-32.

³²⁸ *ibid.* p.37.

³²⁹ Sak 124/81 UHT-melk.

gi lenger holdbarhetsdato) var i tråd med TEF art. 30 (nå TEUF art. 36). Storbritannia argumenterte med at kontrollordningen var egnet til å ivareta den offentlige sunnhet, nemlig å kunne identifisere infisert melk og hindre denne i å omsettes. Domstolen fant imidlertid at det ikke var påvist noen skade ved bruk av denne melken, og det forelå da heller ikke behov for noe tiltak.³³⁰ I sin begrunnelse uttaler domstolen videre at formålet ville kunne oppnås med alternative og mindre inngripende tiltak (innsamling av nødvendige opplysninger) og uten forhøyede administrative eller økonomiske byrder.³³¹ Videre uttalte domstolen at kravet til importlisens og innpakkingskrav av denne type melk i praksis ”amount to a total prohibition on Imports.”³³²

Nært opp mot et totalforbud ligger en ordning som oppstiller unntak, men hvor unntaksadgangen er underlagt så strenge betingelser at den i praksis ikke blir brukt. I *Kommisjonen mot Tyskland*³³³ hadde de tyske myndigheter klassifisert hvitløkkapsler som legemiddel, og ifølge tysk rett krever legemiddelprodukter forutgående tillatelse fra myndighetene for å kunne markedsføres.³³⁴ I andre land hadde man klassifisert produktet som matvare eller kosttilskudd etter gjeldende direktiv og forordninger, og da uten at produktet måtte gjennomgå samme godkjennelsesprosedyre.³³⁵ Spørsmålet for domstolen var om godkjennelsesprosedyren var begrunnet i hensynet til den offentlige sunnhet.

³³⁰ *ibid.* p.32.

³³¹ *ibid.* p.18. GA Maduro har i Ahokainen p.25, tolket dette som at en medlemsstat ved det potensielle tiltaket ikke kan pålegges byrder i større utstrekning enn hva det aktuelle tiltaket krever. For han er spørsmålet altså om medlemsstaten ”ved at anvende en tilsvarende mengde af sine ressourcer på en anden foranstaltning [kan] opnå det samme resultat” (min klamme). Etter min mening er det mer nærliggende å forstå domstolens uttalelse som et tilleggsargument for at det alternative tiltaket er like godt eller bedre egnet, enn at domstolen oppstiller en ny skranke.

³³² UHT-melk, p.28.

³³³ Sak C-319/05 *Kommisjonen mot Tyskland*

³³⁴ *ibid.* p.81.

³³⁵ *ibid.* p.84. EP/Rdir 2002/46/EF og EP/Rfo 178/2002/EF. Begge rettsaktene foreskriver at nasjonale regler gjelder, følgelig er vi på et ikke-harmonisert rettsområde.

Domstolen tok først utgangspunkt i at medlemsstatenes skjønnsmargin måtte holde seg innenfor rammene av proporsjonalitetsprinsippet, for deretter å drøfte om medlemsstaten hadde klart å godtgjøre dette. Om innholdet i denne bevisbyrden uttalte domstolen at medlemsstaten måtte fremlegge ”en grundig evaluering af den risiko, der påberåbes”.³³⁶ Etersom unntaksadgangen var undergitt ”en særlig streng procedure”,³³⁷ var det ikke tilstrekkelig at evalueringen knyttet seg til risikobetraktninger forbundet med hvitløk generelt eller ved inntak under spesielle omstendigheter; evalueringen måtte relateres konkret til kapslene og deres normale bruksområde. I den forbindelse viste domstolen til generaladvokatens forslag til avgjørelse, og som det der står, er ”den pågældende medlemsstats begrunnelsesbyrde så meget desto tungere, desto høyere de retlige og faktiske krav er til forhandlingen af produkterne.”³³⁸ Tatt i betraktning de høye krav til begrunnelse som er pålagt medlemsstaten, fant også generaladvokaten at Tyskland hadde tilsidesatt sine forpliktelser etter TEF art. 28 og art. 30 (nå TEUF art. 34 og art. 36).

I *Kommisjonen mot Nederland*³³⁹ dreide det seg også om en godkjennelsesordning for å kunne markedsføre, nærmere bestemt mot matvarer som hadde blitt tilsatt vitaminer eller mineralsalt. Ifølge domstolen er forbud mot markedsføring ”den mest restriktive hindring for samhandelen vedrørende produkter, der lovlig er fremstillet og markedsført i andre medlemsstater”. Ifølge domstolen var det derfor ikke tilstrekkelig å evaluere risikoen forbundet med det særskilte produktet. I en situasjon som den foreliggende måtte medlemsstaten ta hensyn til de samlede virkninger av at det var flere kilder til det bestemte næringsstoffet tilstede på markedet samtidig, og i tillegg ta hensyn til muligheten for ytterligere kilder i fremtiden.³⁴⁰ Sammenlignet med *Kommisjonen mot Tyskland* over, synes domstolen å skjerpe kravet til innholdet i den evalueringen som

³³⁶ *ibid.* p.91.

³³⁷ *ibid.* p.94 og GA Trstenjak sitt forslag til avgjørelse i samme sak, p.78.

³³⁸ GA Trstenjak i samme sak, p.75. Hun taler om begrunnelsesbyrde, men uttalelsen gjelder formodentlig også bevisføringsbyrden, ettersom det er dokumentene fremlagt av medlemsstaten hun analyserer.

³³⁹ Sak C-41/02 *Kommisjonen mot Nederland*.

³⁴⁰ *ibid.* p.50. At domstolen krever at produktet vurderes i lys av andre samvirkende faktorer, kan ligne på kravet til saklighet, jf. punkt 7.3.

medlemsstaten må legge frem. Det er altså en kompleks, omfattende og dertil vanskelig analyse som kreves. De høye kravene kompenseres til en viss grad av forsiktighetsprinsippet, hvoretter medlemsstaten skal kunne treffe beskyttelsesforanstaltninger uten at risikoen kan bevises fullt ut. En grense går likevel for evalueringer støttet på ”rent hypotetiske overvejelser”.³⁴¹

En nærliggende slutning etter å ha lest avgjørelsene over, er at medlemsstaten har en tyngre byrde å løfte (både bevisføringsbyrde og overbevisningsbyrde) for absolutte forbud enn der hvor forbudet åpner for en realistisk unntaksadgang. I *Tilhenger*³⁴² hadde Italia oppstilt et generelt og absolutt forbud mot bruk av tilhengere bak motorsykler; generelt i den forstand at det gjaldt alle områder i hele Italia, og absolutt i den forstand at det ikke var rom for unntak basert på individuelle vurderinger. Myndighetene mente dette var nødvendig av hensyn til trafikksikkerheten. Et sentralt moment i vurderingen var om det fantes alternative virkemidler med mindre skadevirkninger for den frie bevegelse. Generaladvokaten mente at forbudet kunne begrenses til områder og/eller veistrekkninger som måtte betraktes som farlige, og at myndighetene ”før de vedtok en så indgribende foranstaltning som et generelt og absolutt forbud, var forpliktet til indgående å undersøke muligheten” for mindre inngripende alternativer. Generaladvokaten fant, basert på at slike undersøkelser ikke ble tatt, og at der derfor manglet ”noget konkret bevis”, at Italia hadde tilsidesatt sine traktatfestede forpliktelser.³⁴³

EU-domstolen var enig i at det kunne foreligge mindre inngripende alternativer, men konkluderte likevel med at forbudet var begrunnet. Domstolens første begrunnelse var at en medlemsstat må ha mulighet til å vedta ”almene og simple regler, som førerne let kan forstå og anvende, og som de kompetente myndigheter nemt kan forvalte og håndhæve”.³⁴⁴ Allerede før disse avgjørelsene antydte *Fenger* at myndighetene ikke er forpliktet til å ta individuelle omstendigheter hos de enkelte borgere i betraktning, når

³⁴¹ *ibid.* p.52.

³⁴² Sak C-110/05 *Tilhenger*.

³⁴³ GA Bot i samme sak, p. 169-171.

³⁴⁴ *Tilhenger*, p.67. Gjentatt i *Josemans*, p.82.

den skal utstede generelle regler, og videre at ”[d]omstolen aksepterer således en vis generalisering for ikke at lamme den fællesskabsrettlige regeldannelse.”³⁴⁵ Domstolens andre begrunnelse for at tiltaket var nødvendig, var at de alternative tiltakene ikke ville holde trafikksikkerheten på samme beskyttelsesnivå som myndighetene tilstrebet. Og ettersom medlemsstatene er innrømmet skjønnsmargin på dette feltet, måtte ordningen anses for begrunnet.³⁴⁶ Igjen, slik som i *Apothekerkammer*, ser vi at medlemsstatens skjønnsmargin er nok (eller i alle fall bidrar) til å begrunne at bevisføringsbyrden er oppfylt, og at det blir opp til motparten å føre motbevis. Etter min mening kan domstolens bevisrettslige grep best forstås som at den anvender *prima facie* bevis for å gjøre medlemsstatens bevisføringsbyrde lettere å oppfylle, altså som beviskravslettelse, jf. punkt 6.3.

Mens *Tilhenger* er et eksempel på at domstolen aksepterer generelle og absolutte regler, er *Kommisjonen mot Italia*³⁴⁷ et eksempel på det motsatte. Fakta i saken er angitt (nederst) i punkt 14.2.2.2. Domstolen kom der til at selv om lovgivningen som begrenset statens kompetanse til å motsette seg visse aksjeerverv, rettet seg mot allmenne interesser av forskjellige typer – slik som forsyninger på energiområdet, forsyning av varer av vesentlig samfunnsmessig betydning, det nasjonale forsvar og lignende – fant domstolen at de var for ”generelt og upræcist formulert”.³⁴⁸ Etter domstolens oppfatning var kriteriene så skjønsmessige at det hersket usikkerhet omkring når staten faktisk kunne utøve sin kompetanse. Domstolen kunne nemlig ikke være sikker på at utøvelsen av de statlige beføyelsene alltid ville skje overens med fellesskapsrettens krav, når statens skjønnsmargin var så generell og abstrakt av karakter.

³⁴⁵ Fenger (2004) s.639.

³⁴⁶ *Tilhenger*, p.68.

³⁴⁷ Sak C-326/07 *Kommisjonen mot Italia*.

³⁴⁸ *ibid.* p.52.

14.2.3 Oppsummering

Som vi har sett, varierer det fra sak til sak hvordan domstolen velger å gå frem i vurderingen av om medlemsstaten har løftet sin bevisføringsbyrde. Grovt sett kan vi skissere tre typetilfeller. For det første har vi avgjørelser som *Kommisjonen mot Italia*,³⁴⁹ hvor domstolen holder på utgangspunktet om at medlemsstaten har bevisføringsbyrden og vurderer om denne er oppfylt (den klassiske fordelingen og vurderingen av bevisføringsbyrden).

I andre saker, som *Tilhenger*, virker domstolen fremdeles til å holde på dette utgangspunktet, men finner bevisføringsbyrden oppfylt uten noen bevisføring i ordets rette forstand, og uten noen form for argumentasjon. I slike saker later det til at bevisføringsbyrden løftes *i og med* manglende fellesskapsbestemmelser på området, altså under henvisning til medlemsstatenes skjønn ved valg av beskyttelsesnivå. En nærliggende betegnelse på domstolens bevisrettslige grep er at den anvender *prima facie* bevis som beviskravslettelse, altså at domstolen presumerer at tiltaket er i tråd med fellesskapsretten uten holdepunkter for det motsatte.

I den tredje typekategorien har vi saker hvor det tilsynelatende ser ut til at utgangspunktet er snudd; nemlig at det er opp til Kommisjonen å påvise forholdsmessigheten av et tiltak. Strengt tatt er det likevel ikke tale om å snu bevisføringsbyrden, men at man befinner seg på et annet stadium i prosessen, nemlig den administrative (formelle) fasen. I den administrative fasen har Kommisjonen bevisbyrden for at det *prima facie* foreligger traktatbrudd, jf. punkt 6.3. Et eksempel på den tredje typekategori har vi med *Kommisjonen mot Frankrike*,³⁵⁰ drøftet over i punkt 14.2.1.

³⁴⁹ Sak 154/85 Kommisjonen mot Italia, p.14. Tilsvarende uttaler GA Darmon i sak C-317/92 Kommisjonen mot Tyskland, at det ikke holder å vise til beskyttelsesnivået som er valgt, men at medlemsstaten må påvise at det valgte virkemidlet er nødvendig, p.55.

³⁵⁰ Sak C-55/99 Kommisjonen mot Frankrike. Et annet eksempel er *Fryste kyllinger*, jf. punkt 14.3.2..

14.3 Den objektive bevisbyrden

14.3.1 Forholdet mellom den objektive og den subjektive bevisbyrden

Uansett om man sier at bevisføringsbyrden påhviler én part (subjektiv bevisbyrde), begge parter (samarbeidsplikt) eller en kombinasjon, ligger den objektive bevisbyrden kun på én part, og gjennom hele prosessen. Som generaladvokat Slynn så riktig har sagt, følger det av “a principle of law recognized in all Member States, that the *legal burden* of proving the facts essential to an assertion normally lies on the party advancing it”,³⁵¹ og som for proporsjonalitetsprinsippet vedkommende er medlemsstaten. Medlemsstaten har altså både den subjektive og den objektive bevisbyrden for at et tiltak er proporsjonalt, jf. punkt 11.

For å løfte den objektive bevisbyrden er det nødvendig for domstolen å vurdere bevisene som partene legger frem. Selv om alle tilgjengelige bevis skulle bli fremlagt, og medlemsstaten har oppfylt den subjektive bevisbyrden (evt. begge partene oppfylt samarbeidsplikten), er dette ingen garanti for at domstolen er overbevist om saken som sådan. Det kan for eksempel være at bevismidlene taler i ulik retning, eller at det hefter usikkerhet ved bevisverdien av andre grunner. Det holder altså ikke bare å fremføre tilstrekkelige bevis, det må fremlegges ”adequate *legal proof* of the facts and evaluations”.³⁵²

Det er en nær sammenheng mellom en subjektiv og en objektiv bevisbyrde.³⁵³ I mange saker er det slik at drøftelsene faller sammen, slik at medlemsstaten ved én og samme handling løfter begge byrdene. For å gjøre dette, må medlemsstaten ”fremlægge præcise opplysninger, der kan underbygge dens argumentation”.³⁵⁴ Fremlegger medlemsstaten bevis for et faktum, og dette underbygges av en konkret og overbevisende

³⁵¹ GA Slynn i forente saker 100 til 103/80 *Musique*, p.1930 (min kursivering). Som det fremgår, gjelder maksimen om at det er den som krever eller påstår noe, som har bevisbyrden, også for overbevisningsbyrden, jf. oppgavens punkt 10, siste avsnitt.

³⁵² *Chiquita Bananas*, p.267 (min kursivering). Domstolen viser her uttrykkelige at vurderingen knytter seg til den objektive, legale bevisbyrden.

³⁵³ Bakgrunnen for dette fremgår i punkt 3.2.

³⁵⁴ *Kjøpesenter*, p.83.

argumentasjon, vil følgelig medlemsstaten vinne frem med at proporsjonalitetsprinsippet er oppfylt (under forutsetning av at Kommisjonen ikke fremlegger motbevis som sår tvil om riktigheten av medlemsstatens påstand). Dersom det ikke finnes slik presis dokumentasjon for medlemsstaten å legge frem, har domstolen i noen saker også akseptert et tiltak på bakgrunn av indisier, eller logisk argumentasjon fra medlemsstaten.³⁵⁵ I slike tilfeller vil den objektive og den subjektive bevisbyrden lett gli over i hverandre, og det får mindre betydning å skille mellom dem (med mindre Kommisjonen skulle klare å fremlegge tilstrekkelige motbevis). Et eksempel på at den subjektive og objektive bevisbyrde faller sammen, har vi med *Kommisjonen mot Østerrike*.³⁵⁶ Domstolen uttalte der at myndighetene

”nichts dafür vorgebracht hat, dass das von ihr auf diesem Gebiet verfolgte Ziel ohne die streitige Bestimmung nicht verwirklicht werden kann, und zwar auch nicht mit Mitteln, die [...] weniger einschränkt”.³⁵⁷

Da de østerrikske myndighetene ikke hadde fremlagt noe dokumentasjon for at tiltaket var nødvendig, konkluderte domstolen ikke overraskende med at den ikke var overbevist. Myndighetene hadde riktignok argumentert for sitt syn, men disse synspunktene var for generelle til at domstolen fant dem overbevisende.

³⁵⁵ Se for eksempel sak C-254/05 *Kommisjonen mot Belgia*, p.36 om at medlemsstatens påstand skal ”ledsages af de nødvendige beviser eller af en gennemgang af, hvorvidt den restriktive foranstaltning, som medlemsstaten har truffet, er egnet og forholdsmæssig, samt af præcise oplysninger, der kan underbygge medlemsstatens argumentation” (min kursivering). Tilsvarende i GA Trstenjak sitt forslag til avgjørelse i sak C-319/05 *Kommisjonen mot Tyskland*, p.79. For prejudisielle saker, se punkt 13.3.3.

³⁵⁶ Sak C-10/10 *Kommisjonen mot Østerrike*.

³⁵⁷ *ibid.* p.38. I den danske versjonen står det at myndighetene ”ikke har fremført noget argument som bevis for”, at tiltaket er nødvendig. Det kan virke kunstig å tale om argument som et bevis, da argument er noe normativt mens bevis er – eller i alle fall er ment å være – deskriptivt. Den tyske (original)versjonen er for så vidt mer treffende.

14.3.2 Objektiv bevisbyrde v snudd bevisføringsbyrde

Som nevnt i punkt 11, forbeholdes begrepet ”omvendt bevisbyrde” for situasjoner hvor den objektive bevisbyrden snus. Har en part løftet den subjektive bevisbyrden, sier vi bare at bevisbyrden har snudd. Som vi har sett, hender det fra tid til annen at domstolen finner bevisføringsbyrden oppfylt alene under henvisning til medlemsstatens valg av beskyttelsesnivå. Slike saker kan minne om en situasjon for omvendt bevisbyrde, i og med utgangspunktet for bevisbyrdefordelingen snus uten at det egentlig er ført noe bevis eller argumentasjon.³⁵⁸ Jeg vil nå gi tre eksempler på dette.

Et første eksempel er *Fryste kyllinger*.³⁵⁹ I den saken påberopte Hellas TEUF art. 36 for å begrunne forbud mot import av fryste kyllinger fra Frankrike etter at det hadde blitt påvist salmonellabakterier på overflaten av kyllingene. Ettersom fellesskapslovgiver ikke hadde vedtatt harmoniseringsbestemmelser, og det ikke med sikkerhet kunne fastslås om salmonella på kyllingskinn innebar at også kjøttet var smittet, tilkom det medlemsstaten å velge hvilket beskyttelsesnivå den ville legge seg på. At Kommisjonen hadde innvendinger mot de virkemidler som ble brukt (metoden for å kontrollere skinn og muskelvev på fjærkre), herunder at det fantes mindre restriktive tiltak (varmebehandling og høyere temperatur), måtte Kommisjonen selv bære konsekvensene av å ikke kunne påvise.³⁶⁰

Domstolens konklusjon er neppe overraskende, all den til hensynet til menneskers liv og sunnhet står øverst blant de goder og interesser som traktaten beskytter.³⁶¹ I en slik situasjon kan det være at domstolen viker tilbake for å sette sine vurderinger utover sakkyndige vurderinger. Selv om det er lite å utsette på konklusjonen, kan en med rette sette spørsmålstegn ved domstolens fremgangsmåte. Situasjonen var altså den, at det ikke var medlemsstaten som skulle bevise at ordningen var nødvendig, men Kommisjonen som skulle bevise at ordningen var unødvendig. Dette kan virke underlig,

³⁵⁸ Se også Tilhenger, drøftet over.

³⁵⁹ Sak C-375/90 Fryste kyllinger.

³⁶⁰ *ibid.* p.19-25.

³⁶¹ Se for eksempel Apothekerkammer, p.19.

i og med utgangspunktet nettopp er at det er medlemsstaten som har bevisbyrden. Forklaringen på domstolens fremgangsmåte kan finnes i en av to scenarioer: En første forklaring kan være at det domstolen drøfter, er Kommisjonens bevisbyrde under den administrative fasen av art. 258.³⁶² En annen måte å se dette på – og som etter min mening er den mest naturlige her – er at medlemsstatens bevisføringsbyrde ble snudd, ved at domstolen, i mangel av motforestillinger, presumerte at tiltaket var i tråd med proporsjonalitetsprinsippet. Begrunnelsen for å lempe på *prima facie* beviskravet er jo nettopp at medlemsstaten har skjønnsfrihet på dette området.³⁶³

Et annet eksempel som kan minne om en omvendt bevisbyrdesituasjon, er *Tilhenger*, drøftet i punkt 14.2.2.3. Formodentlig er det på dette grunnlag at *Oliver* kritiserer avgjørelsen når han mener at

”the Court, while paying lip-service to this case law, in fact departed from it and ruled the contested measure to be *justified despite the absence of any cogent evidence* from the defendant Member State. Even though this judgment was delivered by the Grand Chamber, it is hard to believe that the Court intended to *reverse its consistent case law*, which goes hand in hand with the principle that Article 36 is to be treated as an exception to a fundamental rule of Union Law [...] In any case, if the Court were to reverse the principle whereby the burden of proving justification is borne by the Member State, that would be highly regrettable.”³⁶⁴

For å begynne med det første, nemlig at tiltaket ble ansett begrunnet uten ”cogent evidence”, så er det riktig at domstolen normalt krever klare bevis.³⁶⁵ Men, som fremstillingen har vist, har bevisbyrden i andre saker blitt løftet også i mangel av dette.

Når det gjelder forfatterens andre påstand – at domstolen gjør avvik fra fast rettspraksis om at medlemsstaten har bevisbyrden for å begrunne et unntak – springer dette argumentet etter min mening fra en misforståelse om innholdet i begrepet bevisbyrde, jf. oppgavens punkt 3.2. Det forfatteren synes å mistenke domstolen for å gjøre, er å

³⁶² Domstolen drøfter denne problemstillingen blant annet i *Kjøpesenter*, p.45.

³⁶³ I denne retning, se *Fryste kyllinger* p.19-20.

³⁶⁴ *Oliver* (2010) s.221-222 (mine kursiveringer og min klamme).

³⁶⁵ For eksempel sak C-161/07 *Kommisjonen mot Østerrike*, p.36 om krav til ”genaue Tatsachen zur Stützung seines Vorbringens” (fritt oversatt: nøyaktige fakta til støtte for sine argumenter) og C-297/05 *Kommisjonen mot Nederland*, p.78 ”konkret [...] påvist” (min klamme).

oppstille en regel om at det er Kommisjonen som har den objektive bevisbyrden for at et tiltak er proporsjonalt, altså en omvendt bevisbyrde.³⁶⁶ Er det dette han mener – og for meg er det vanskelig å tolke utsagnet annerledes, all den tid det er et kjent fenomen at bevisføringsbyrden løper frem og tilbake underveis i prosessen – er det heller ikke rart han reagerer, da dette går imot bevisbyrdelærens grunnsetninger. Det som skjedde, var at domstolen fant medlemsstatens *bevisføringsbyrde* (ikke overbevisningsbyrde) oppfylt – uten at noen egentlig bevisføring fant sted – og at byrden ble flyttet over på Kommisjonen. Da Kommisjonen ikke greide å påvise mindre restriktive tiltak som ville gitt samme beskyttelsesnivå som den italienske regjering ønsket, konkluderte domstolen med at forbudet var begrunnet.³⁶⁷ Høyesteretts uttalelse i *Pedice* er noe klarere på dette punkt:

”Etter mitt syn følger det videre allerede av at den enkelte stat bestemmer beskyttelsesnivået, og at et virkemiddel anses egnet, at *bevisføringsplikten* må snus i forhold til alternative virkemidler som ikke kvalitativt, men bare kvantitativt atskiller seg fra det virkemiddel som er tatt i bruk.”³⁶⁸

Som i *Pedice*, synes også EU-domstolen i *Fryste kyllinger* å snu bevisføringsbyrden, da det påståtte alternativ – nemlig å begrense forbudet til farlige veistrekninger – innebar en kvantitativ begrensning som ville influere på beskyttelsesnivået. Som avgjørelsene fra EU-domstolen har vist, er det imidlertid ikke alltid at domstolen anvender et slikt lempet beviskrav, altså at bevisføringsbyrden snus alene av den grunn at medlemsstaten nyter skjønnsmargin ved valg av beskyttelsesnivå.

At det hersker misforståelser rundt forholdet mellom omvendt bevisbyrde og snudd bevisføringsbyrde, kan også illustreres med et tredje eksempel, nemlig *Archer Daniels*.³⁶⁹ Det dreide seg der om en ankesak i konkurranseretten. Det ankende selskap anførte fire ankegrunner for at rettens avgjørelse var uriktig, hvorav dets andre

³⁶⁶ Om begrepet ”omvendt bevisbyrde”, se punkt 11.

³⁶⁷ At bevisføringsbyrden noen ganger faller sammen med argumentasjonsbyrden har ingen betydning i denne sammenheng, da det i slike saker fremdeles er medlemsstaten som har den objektive bevisbyrden, men at bevisføringsbyrden snus.

³⁶⁸ Rt 2009 839 *Pedice*, p.53 (min kursivering).

³⁶⁹ Sak C-510/06 P *Archer Daniels*.

ankegrunn var at retten hadde ”unlawfully reversed the burden of proof”.³⁷⁰ Ifølge selskapet var det Kommisjonen som hadde bevisbyrden for at det aktuelle kartellet hadde innvirkning på markedet, herunder prisreguleringen, og ikke selskapet selv. Om dette uttalte domstolen at Kommisjonen, ved å fremlegge en vurdering, hadde løftet sin bevisbyrde, og at det var opp til selskapet å tilbakevise denne vurderingen.³⁷¹ Som retten, fant domstolen, at

”the mere assertion by ADM [...] was not in itself sufficient to demonstrate that [...] the infringement at issue would not have had any impact on that market.”³⁷²

Som generaladvokat Trstenjak er jeg enig i at begrepet bevisbyrde, slik det ble forstått av selskapet Archer Daniels, er ”zu kurz und ist irreführend.”³⁷³ Den riktige forståelsen av bevisbyrden her, er, ifølge henne, en prosessuell plikt til å fremlegge bevis og å begrunne forhold. Og et underbygget innlegg fra Kommisjonen kan kun imøtegås ved et minst like velunderbygget innlegg fra selskapet.³⁷⁴

15 Oppsummering

Å ta stilling til bevisspørsmål er aktuelt både i prejudisielle saker og i traktatbruddsaker, og, som vi har sett, legger valg av prosessform føringer på hvilken betydning bevisbyrden faktisk har. Slik jeg ser det, ligger den største bevisrettslige forskjellen mellom prosessformene i at domstolen i et traktatbruddsøksmål også må forholde seg til den administrative prosedyren i TEUF art. 258. Dette bidrar til å komplisere leserens – og for så vidt også partenes – forståelse for hvorfor domstolen ”snur” bevisføringsbyrden i slike saker (strengt tatt snur den ikke; Kommisjonen har ikke klart å løfte dens bevisbyrde under den administrative prosedyren).

³⁷⁰ *ibid.* p.93.

³⁷¹ *ibid.* p.101-102.

³⁷² *ibid.* p.97 (mine klammer).

³⁷³ GA Trstenjak i samme sak, p.143.

³⁷⁴ *ibid.* p.144-145.

For begge prosessformene ligger det en – i alle fall begrepsmessig – utfordring i at domstolen iblant finner bevisføringsbyrden oppfylt uten noen egentlig bevisføring i ordets rette mening, men alene under henvisning til medlemsstatens frihet til å bestemme beskyttelsesnivå. Jeg har kalt dette bevisrettslige grepet for å anvende et *prima facie* beviskrav.

Gjennomgangen av avgjørelsene i punkt 13.3 og 14.2.2 viser at bevisføringsbyrden er en viktig – og iblant helt avgjørende – faktor for bedømmelsen av om proporsjonalitetsprinsippet er oppfylt. For å imøtekomme et krevende bevistema, har vi sett at domstolen kan velge mellom å formulere et bevistema som er enklere å imøtekomme, oppstille begrensninger i bevisvurderingen,³⁷⁵ tillate indisiebevis og/ eller logiske argumenter i stedet for direkte bevis og at domstolen kan anvende et lempet beviskrav (*prima facie* bevis som beviskravslettelse) i noen tilfeller.

Både for prejudisielle saker og traktatbruddsaker vil domstolens vurdering av om bevisene i saken er tilstrekkelige til å oppfylle bevisbyrden (i subjektiv og objektiv forstand), altså bevisvurderingen, avhenge av det *konkrete* saksforhold.³⁷⁶ Etter min mening er det likevel mulig å skissere noen *generelle* trekk ved EU-domstolens vurdering av bevisføringsbyrden på området for de fire friheter: i flere avgjørelser har vi sett at domstolen krever konkrete³⁷⁷ og spesifikke³⁷⁸ bevis eller indisier,³⁷⁹ og at den ikke aksepterer generelle,³⁸⁰ hypotetiske eller potensielle³⁸¹ bevis.

³⁷⁵ Slik som at medlemsstaten ikke ”positivt skal bevise, at ingen anden tænkelig foranstaltning kan gøre det mulig at nå det nævnte formål på de samme vilkår”, jf. Kjøpesenter, p.75.

³⁷⁶ Jf. GA Fennelly i de forente saker C-376/98 og C-74/99 Imperial Tobacco om at “[t]he evidence required to justify a restriction will depend on the nature of the claim made”, p.160 og 161(min klamme).

³⁷⁷ Sak C-297/05 Kommisjonen mot Nederland, p.78 og ATRAL, p.67.

³⁷⁸ Sak T-73/89 Barbi, p.45.

³⁷⁹ Sak 51/83 Kommisjonen mot Italia, p.17, og Valsabbia, p.129.

³⁸⁰ Sak C-10/10 Kommisjonen mot Østerrike p.39.

³⁸¹ Sak C-178/84 Reinheitsgebot für Bier, p.49. Potensielle risiki er likevel under visse betingelser akseptert, f.eks. dersom det ikke finnes entydige vitenskapelige forskningsresultater, jf. forsiktighetsprinsippet.

DEL V. BEVISKRAV

16 Innledning

16.1 Rettslig plassering

Vi har hittil tatt stilling til *hva* som er gjenstand for bevis (bevistema), *hvem* som skal bevise dette (bevisbyrden) og domstolens vurdering av bevisene i den konkrete sak (innholdet i bevisbyrden; bevisvurderingen). Fokuset skifter nå til *hvor høy grad av sannsynlighet* som kreves for at noe skal anses bevist. Problemstillingen her er om det av domstolens rettspraksis kan utledes noen generell standard for hva som kreves for å bevise at et tiltak er begrunnet i proporsjonalitetsprinsippet.

Som det fremgår av avsnittet over, er beviskrav et spørsmål om hva som generelt kreves. EU-domstolens vurdering av bevisene i den konkrete sak – bevisvurderingen – dekkes hovedsakelig gjennom del IV over. Skillet mellom beviskrav og bevisvurdering er viktig, da domstolen normalt er bundet av beviskravet, mens bevisvurderingen i utgangspunktet er fri.³⁸² På den annen side er det også en nær sammenheng mellom disse spørsmålene, og på bakgrunn av dette vil jeg i punkt 17.2.3 argumentere for at valg av beviskrav legger føringer for hvor fri bevisvurderingen kan være.

Jeg har nå sagt litt om forholdet mellom beviskrav og bevisvurdering. Reglene om beviskrav har også en side til fordelingen av bevisbyrden (i vid forstand), og jeg vil derfor kort si noe om forholdet mellom dem.

³⁸² Dette kommer av at beviskrav, i motsetning til den konkrete bevisvurderingen, reguleres av rettsregler. Se GA Kokott i sak C-413/06 P Bertelsmann, p.56 om beviskrav og Lasok (1994) s.420 samt GA Vesterdorf i sak T-1/89 Rhône-Poulenc, p.953-954 og 956 om prinsippet om fri bevisvurdering.

Fra tid til annen ser man forfattere argumentere for at bevisbyrderegler er unødvendig ved siden av beviskravsreglene, eller at de kun har betydning når beviskravet er høyt.³⁸³ Før en mener noe om dette, er det viktig, som *Strandberg* sier og gjør, å plassere diskusjonen i riktig kontekst.³⁸⁴ Det er, ifølge han, to teorier om forholdet mellom disse regelsettene. Følger man arven etter den legale bevistradisjon, er det bevisbyrdereglene som avgjør utfallet av en sak. Bevisbyrden anvendes da kun i såkalte *non-liquet* situasjoner, det vil si situasjoner hvor domstolen – etter å ha fastsatt hvilke beviskrav som gjelder og foretatt en vurdering av bevisene – ikke har funnet noen av partenes påstandsgrunnlag for overbevisende.³⁸⁵ Jo strengere beviskravet er, desto flere saker avgjøres på grunnlag av bevisbyrde (ettersom *non-liquet* situasjoner oppstår oftere når beviskravet er strengt). På den annen side har vi det som *Strandberg* kaller den svensk-norske bevisteorien, hvor bevisbyrden og beviskravet behandles sammen, og hvor bevisvurderingen (ikke bevisbyrden) avgjør utfallet.³⁸⁶ Oppgavens del IV viser at det er den siste teorien som følges her. Etter å ha satt diskusjonen i riktig kontekst, blir spørsmålet nå hvilke beviskrav som gjelder.

16.2 Beviskravstyper

Tradisjonelt inndeles beviskrav i nivå etter hva som kreves. Hvor mange nivå av beviskrav en taler om, avhenger av hvilken rettslig tradisjon man er vant med. De fleste land opererer med to utgangspunkter; alminnelig sannsynlighetsovervekt ("preponderance of evidence") i sivile saker og utover enhver rimelig tvil ("beyond a reasonable doubt") i straffesaker.³⁸⁷ I norsk sivilprosess har man i noen tilfeller krevd kvalifisert sannsynlighetsovervekt, som i styrkegrad ligger mellom de to andre beviskravene.³⁸⁸ Det internasjonale motsvaret har vi med kravet til påtagelig bevis

³⁸³ For eksempel Kokott (1998) s.22 og 125. Om dette, se Strandberg (2010) s.219 med fotnoter og Robberstad (2011) s.68-69.

³⁸⁴ Strandberg (2010) s.219.

³⁸⁵ GA Kokott i sak C-105/04 P Nederlandse Federatieve Vereniging, p.73 om at "[n]ur wenn beide Seiten jeweils eine stichhaltige und schlüssige Argumentation aufbieten und zu unterschiedlichen Schlussfolgerungen kommen, kommt es überhaupt auf die Regeln zur Beweislast an" (min klamme).

³⁸⁶ Strandberg (2010) s.219-222.

³⁸⁷ *ibid.* s.86 og Kokott (1998) s.126-135.

³⁸⁸ For eksempel Rt 2008 1409 Tilleggsskatt, p.42.

(”clear and convincing evidence”), som det er vanlig å operere med blant annet i amerikansk rett.³⁸⁹ Det laveste beviskravet er *prima facie* bevis som beviskravslettelse, et beviskrav som har blitt mer eller mindre vanlig i internasjonale domstoler.³⁹⁰

Som nevnt er det vanlig å operere med to utgangspunkter for beviskrav. Noen land har kun ett normalkrav, uavhengig av om det dreier seg om en sivil sak eller straffesak. Eksempler på slike land er Tyskland og Sverige. Mens *Kokott* mener det tyske normalkravet er kvalifisert sannsynlighetsovervekt, konkluderer *Strandberg*, på bakgrunn av en gjennomgang av tysk teori, at normalkravet er ”die Wahrheitsüberzeugung”, det vil si at domstolen må være overbevist.³⁹¹ Det tyske normalkravet kan fravikes i ”exceptional circumstance[s]”.³⁹² Svensk rett opererer også med et strengt normalkrav, ”styrkt”.³⁹³

Vi har hittil sett eksempler på rettssystem med ett eller to utgangspunkter for beviskrav. Danmark har, på sin side, ingen normalkrav, men lar beviskravet fullt ut bero på sakens omstendigheter.³⁹⁴ Det er i det hele tatt et hav av alternativer for domstolen å velge mellom, eller, som *Lasok* skrev, ”a pot pourri of national standards”.³⁹⁵ Bildet kompliseres ytterligere av at landene i tillegg opererer med ulike sannsynlighetsgrader innenfor det enkelte beviskrav.³⁹⁶

³⁸⁹ Strandberg (2010) s.86 og Kokott (1998) s.20. I norsk rett regnes dette for å være et unntak fra prinsippet om sannsynlighetsovervekt, mens det i USA står mer på egne ben, som et eget utgangspunkt.

³⁹⁰ Se punkt 6.3. Om *prima facie* som beviskrav for internasjonale domstoler, se Kazazi (1996) s.377.

³⁹¹ Kokott (1998) s.18 og Strandberg (2010) s.80 flg. Beviskravet ligner det som den foreleggende rett brukte i *Torfaen*: ”The test we used, when deciding issues of fact, was the ’normal’ one of being satisfied so that we are sure”, CMLR (1990) s.156. Kravet om overbevisning er etter min mening nokså intetsigende; bare et annet navn på problemstillingen. For så vidt minner det om situasjonen i dansk rett, jf. under.

³⁹² Kokott (1998) s.18 (min klamme).

³⁹³ Strandberg (2005) s.67 og 74.

³⁹⁴ *ibid.* s.85.

³⁹⁵ Lasok (1994) s.431.

³⁹⁶ Sannsynlighetsgrader er, som navnet sier, graderinger innenfor det enkelte beviskrav. Skoghøy (2001) s.674 mener vi har fem sannsynlighetsgrader: sikkert (”sikkert”), åpenbart (”uppenbart”), godtgjort (”styrkt”/ ”visat”), sannsynlig (”sannolikt”) og mulig (”antagligt”). Kokott (1998) s.134 uttaler seg om

En vurdering av EU-domstolens valg av beviskrav forutsetter naturligvis en analyse av domstolens avgjørelser. Så langt jeg har kunnet se, uttrykker ikke domstolen seg ved å bruke beviskravstandardene over, i alle fall ikke i prosessformene som behandles her. I stedet nøyer domstolen seg med å uttale at medlemsstaten må godtgjøre, påvise eller bevise et faktisk forhold. Oppgaven blir å henføre disse begrepene til den kategori av beviskrav som passer. Det sier seg selv at det kun er mulig å trekke hypoteser her; hvilke avveininger den enkelte dommer foretar i sitt stille sinn, er det vanskelig å si noe sikkert om. Heller ikke kan en med sikkerhet si at ordene domstolen har brukt, er veid på gullvekt.³⁹⁷

Domstolen synes ikke å skille mellom prejudisielle saker og traktatbruddsaker i denne sammenheng, heller ikke hvilket ledd i proporsjonalitetsvurderingen som skal bevises, og av den grunn vil drøftelsen skje samlet. Som nevnt under punkt 3.3.2, er det et kjennetegn ved EU-domstolens rettspraksis at den sjelden uttaler seg om bevis, og at det av den grunn kan være nødvendig å utvide rettskildematerialet. Generelle uttalelser om beviskrav på andre områder enn for de fire friheter, trekkes derfor inn for så vidt de kan belyse problemstillingen her.

16.3 Betydningen av å utforme beviskrav

Temaet her er om, og i tilfelle til hvilke grad, det har betydning at domstolen tar stilling til hvilke beviskrav som gjelder på det enkelte rettsområde.

Som nevnt over, bygger dansk bevislære på at det ikke finnes ett beviskrav, men at hva som kreves, avhenger av de konkrete omstendigheter i saken. Følgelig mener *Gomard* at det ikke er mulig – på generelt grunnlag – å angi hvilke beviskrav som gjelder i sivile saker.³⁹⁸ En fordel med en slik ordning er naturligvis den fleksibiliteten den gir, ved at beviskravet formes etter hvilke rettsfakta som foreligger i den enkelte sak. For EU-

sannsynlighetsgraden innenfor det enkelte beviskrav: alminnelig sannsynlighetsovervekt ca. 50prosent eller mer, påtagelig bevis ca. 75prosent eller mer og utover enhver rimelig tvil anses å ligge på over 95prosent. Man kan altså ikke gå ut ifra at beviskravet ”påtagelig bevis” er det samme i ulike bevislærer.

³⁹⁷ Hentet fra Hov (1994) s.434.

³⁹⁸ Gomard (2007) s.567, gjengitt i Strandberg (2010) s.63.

domstolen vil en slik ordning være fordelaktig, all den tid saker vedrørende proporsjonalitetsprinsippet på området for de fire friheter strekker seg over et vidt spekter, herunder arten av inngrepet på de fire friheter, hvilket hensyn medlemsstaten påberoper og medlemsstatens grad av skjønnsmargin.

På den annen side står argumentet om at like tilfeller bør behandles likt. Dette innebærer at utfallet i en sak ikke fullt ut skal bero på den konkrete bevisvurdering, men at den skal støtte seg til visse objektive holdepunkter, jf. *Craig*:

”The Community courts should be as clear as possible as to the standard of proof that is required of the initial decision-maker when making the contested decision. It [...] carries a judicial obligation to specify as clearly as possible what the requisite legal standard actually is within the particular area. *Legal certainty* for applicants and the Commission demands this.”³⁹⁹

Uttalelsen treffer ikke vår problemstilling direkte, men indikerer likevel et viktig trekk ved beviskravet, nemlig rettsikkerhet (jf. ”[l]egal certainty”). Valg av beviskrav er viktig, ikke bare for at domstolen skal treffe materielt riktig avgjørelse, men også fordi det er med på å bidra til at like tilfeller behandles likt. Med andre ord vil et beviskrav kunne bidra til at partene – så langt det lar seg gjøre – har mulighet til å forutsi sin rettsstilling.⁴⁰⁰ *Lasok* støtter om dette synet når han generelt uttaler at ”[f]or reasons of legal certainty it would probably be better if the Court identified one standard of proof.”⁴⁰¹

Etter mitt syn taler gode grunner for at domstolen uttrykkelig tar stilling til spørsmålet om hvilket beviskrav som gjelder på det enkelte rettsområde. Når dette er sagt, mener jeg likevel ikke at det er noe i veien for å påstå at beviskravet til en viss grad er relativt. Poenget her er at det av likebehandlingshensyn er behov for noen objektive holdepunkter.

³⁹⁹ *Craig* (2006) s.470 (min klamme og kursivering). Tvisteloven § 29-3(1) bestemmer at feil beviskrav regnes som en rettsanvendelsesfeil, og ifølge § 29-23 kan anke-domstolen treffe ny realitetsavgjørelse eller oppheve en dom som er beheftet med rettsanvendelsesfeil.

⁴⁰⁰ *Bailey* (2003) s.845. Om likhetsargumenter, se *Strandberg* (2010) s.155-161.

⁴⁰¹ *Lasok* (1994) s.431 (min klamme). *Kokott* (1998) s.27 om situasjonen for EMD.

17 EU-domstolens beviskrav

17.1 Beviskravet *de lege lata*

Som nevnt har jeg ikke klart å finne uttalelser hvor EU-domstolen direkte viser til beviskravstandardene nevnt i punkt 16.2. Dette gjelder ikke bare EU-domstolen; ifølge *Kazazi* er internasjonale domstoler generelt lite villige til å la seg ”binde” av beviskravstandarder.⁴⁰² I teorien synes det likevel å være enighet om at det er ett beviskrav som dukker opp oftere enn andre, nemlig kravet om alminnelig sannsynlighetsovervekt (overvektsprinsippet).⁴⁰³ Når EU-domstolen taler om beviskrav for proporsjonalitetsprinsippet, nøyer den seg normalt bare med å uttale at medlemsstaten skal ”godtgøre”,⁴⁰⁴ ”påvise”⁴⁰⁵ eller ”bevise”⁴⁰⁶ at det aktuelle tiltaket er proporsjonalt. Hvilke beviskrav domstolen med dette sikter til, er et tolkningsspørsmål.⁴⁰⁷

Tilsynelatende virker et krav om å bevise, strengere enn til å godtgjøre eller påvise et forhold. I *Kommisjonen mot Storbritannia og Nord-Irland* brukte domstolen begrepet ”bevis” om det samme forhold som den krevde at parten skulle ”godtgjøre”; altså brukte den begrepene som synonymer.⁴⁰⁸ Dette, og tatt i betraktning at domstolen med bevis sikter til det juridiske, og ikke matematiske bevisbegrepet (jf. punkt 5), gjør at det neppe er grunn til å skille mellom begrepene i vår sammenheng. Jeg forutsetter derfor at begrepene har tilnærmet samme betydning. Neste spørsmål blir da hvilken beviskravstandard som ligger bak kravet om å bevise, påvise eller godtgjøre et faktisk forhold. Dette er, som nevnt, et tolkningsspørsmål.

⁴⁰² *Kazazi* (1996) s.350-352.

⁴⁰³ *ibid.* s.377 om internasjonale domstoler generelt og Christoffersen (2009) s.176 om EMD. Lasok (1994) s.431 synes å foretrekke denne som beviskravstandard for EU-domstolen.

⁴⁰⁴ For eksempel *Ahokainen*, p.31.

⁴⁰⁵ For eksempel *ATRAL*, p.69.

⁴⁰⁶ For eksempel *Tilhenger*, p.66.

⁴⁰⁷ Samme tilnærming har Høyesterett, jf. Rt 2008 1409 *Tilleggsskatt* p.80, om at ”[b]ruken av uttrykket «proved» indikerer [...] at det gjelder et beviskrav, men ikke hvor strengt dette er” (mine klammer).

⁴⁰⁸ Sak C-434/01 *Kommisjonen mot Storbritannia og Nord-Irland*, p.21 sml. p.22.

I norsk rett forstås begrepet ”godtgjøre” som et krav til mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁴⁰⁹ Det svenske motsvaret for å godtgjøre, bevise eller påvise, er ”visa”/ ”styrka”,⁴¹⁰ og som nevnt er dette strengere enn sannsynlighetsovervekt. Tilsvarende så vi at det tyske normalkravet, die Wahrheitsüberzeugung (overbevisning), ligger et sted over kravet til sannsynlighetsovervekt. I *Tysk flodkrebs* synes domstolen å finne overbevisningskravet avgjørende, når den uttalte at myndighetene ”ikke på overbevisende måte [har] godtgjort” at tiltaket var egnet.⁴¹¹ Om domstolen med dette mener at beviskravet ligger et sted mellom sannsynlighetsovervekt og utover enhver rimelig tvil – slik tysk rett legger i overbevisningskravet – er likevel ikke godt å si. Ifølge *Strandberg*, svarer det tyske og svenske beviskravet i hovedsak til det amerikanske beviskravet påtagelig bevis (”clear and convincing evidence”).⁴¹² Dette kan danne grunnlag for å hevde at domstolen bruker et strengt beviskrav.

Også Kommisjonen ser ut til å måtte imøtekomme et nokså strengt beviskrav når den skal påvise traktatbrudd i den administrative fasen i TEUF art. 258. Strengt tatt faller det utenfor oppgaven å drøfte Kommisjonens bevisbyrde, men etter min mening kan en sammenligning mellom situasjonene gi nyttige bidrag til kartleggingen av beviskravet her. Det sentrale for den administrative fasen i art. 258, er at Kommisjonen fremlegger tilstrekkelig dokumentasjon for riktigheten av sin påstand om traktatbrudd, slik at domstolen skal fremme saken til realitetsbehandling (se punkt 6.3.2 om dette). På bakgrunn av at det der dreier seg om et *prima facie* beviskrav, skulle en kanskje tro at

⁴⁰⁹ Rt 2000 845, s.848 med videre henvisninger. Som påpekt av Robberstad (2009) s.250, forstås ”godtgjør” i tvfl. § 14-14 derimot som alminnelig sannsynlighetsovervekt, se dommens s.848. Skoghøy (2001) s.674 mener på sin side at ”godtgjort” betyr kvalifisert sannsynlighetsovervekt, og at det ligger et sted mellom ”sannsynlig” (alminnelig sannsynlighetsovervekt) og ”åpenbart” (tilnærmet sikkert). Begrepets betydning kan altså variere.

⁴¹⁰ For eksempel Ahokainen, p.31 (”visa”), Tilhenger, p.66 (”visa”) og ATRAL, p.69 (”styrka”).

⁴¹¹ Sak C-131/93 Tysk flodkreps, p.26 (min tilføyelse). Tilsvarende i sak C-315/99 P Imeri, p.19: “[w]hether or not the evidence before it is convincing”, som var en ankesak. Se også GA Roemer i de forente saker 29, 31, 36, 39-47, 50 og 51/63 Usines, om ”convincing proof”, p.961, som var en erstatningssak.

⁴¹² Strandberg (2010) s.113.

bevisskravet var lempeligere enn hva som kreves i den juridiske fasen.⁴¹³ Avgjørelser hvor domstolen krever at Kommisjonen fremlegger ”avgjørende bevis”,⁴¹⁴ vitner likevel om at det ikke er en enkel sak for Kommisjonen å påvise traktatbrudd, og trekker i retning av at bevisskravet også her ligger over overvektsprinsippet.⁴¹⁵ Etter min mening er dette indikasjon på at domstolen i det hele tatt anlegger et nokså strengt bevisskrav for vurderingen av om et forhold er i strid med fellesskapsretten.

For å oppsummere: når vi holder domstolens uttrykksmåte opp mot bevisstandarder og bevisskravsformuleringer i andre medlemsstater, kan det se ut til at EU-domstolens bevisskrav ved prøvingen av proporsjonalitetsprinsippet ligger et sted over alminnelig sannsynlighetsovervekt, og at det kan ligne kravet til kvalifisert sannsynlighet / kravet til påtagelig bevis. Hvilke sannsynlighetsgrad dette innebærer, er likevel ikke lett å si.⁴¹⁶ Dersom vi legger til grunn at det *de lege lata* er riktig, at domstolen krever påtagelige bevis for at medlemsstaten skal bevise at tiltaket er begrunnet, kan vi spørre hvordan dette stiller seg *de lege ferenda*.

⁴¹³ Slik var det i alle fall i sak 6/54 Nederland mot Den høye myndighet, s.115, hvor domstolen i et ugyldighetssøksmål uttalte at det ikke kreves “full proof in advance” og at det er tilstrekkelig at påstanden er “supported by appropriate evidence”. Se Strandberg (2010) s.83 om *prima facie* bevis som bevisskravlettelse i tysk rett og Christoffersen (2009) s.176 om bevissituasjonen for EMD.

⁴¹⁴ Sak C-105/08 Kommisjonen mot Portugal, p.30. Den engelske versjonen bruker uttrykkene ”conclusive evidence”. Tilsvarende krevde domstolen ”avgjørende forhold” i Kjøpesenter, p.62.

⁴¹⁵ GA Gand om dette i sak 31/69, Kommisjonen mot Italia, p.42.

⁴¹⁶ Stor rolle spiller det nok heller ikke, da gradene knytter seg til den enkelte dommers overbevisning, og ikke til faktisk målbare størrelser, jf. Kokott (1998) s.125.

17.2 Beviskravet *de lege ferenda*: grunn til å fravike overvektsprinsippet?

17.2.1 Komparativ analyse

Fra mitt ståsted er det hensiktsmessig å begynne med et utgangspunkt om sannsynlighetsovervekt i alle saker for EU-domstolen, men med mulighet for opp- eller nedjustering hvor særlige grunner taler for det.⁴¹⁷ Som nevnt over, er dette også det beviskravet som er antatt å bli brukt oftest av internasjonale domstoler (utenfor straffesaker). Begrunnelsen for overvektsprinsippet er nettopp at det antas å føre til flest materielt riktige avgjørelser.⁴¹⁸ For å sette problemstillingen i perspektiv – altså spørsmålet om det bør være slik at EU-domstolen bruker et høyt beviskrav ved prøvingen av proporsjonalitetsprinsippet – vil jeg nå ta for meg EU-domstolens beviskrav i andre saker. Utgangspunktet for meg er som nevnt overvektsprinsippet, altså at det mest sannsynlige alternativ legges til grunn.

I *Miller*, for å ta et eksempel fra et ugyldighetssøksmål (TEUF art. 263), la domstolen listen på det høyeste plan, ved å stille krav om ”beyond reasonable doubt”.⁴¹⁹ At domstolen opererer med et høyt beviskrav i slike saker, er ikke så overraskende når vi ser på et annet, men beslektet emne, nemlig hvilke terskel domstolen legger sin prøvingsintensitet på.⁴²⁰ Når domstolen skal prøve om et tiltak er nødvendig, som jo er den testen som dominerer i rettspraksis, opererer den normalt med ”the less restrictive alternative test”, jf. punkt 7.4. Testen domstolen opererer med i ugyldighetssøksmål er

⁴¹⁷ Mitt ståsted påvirkes nok av at dette også er det alminnelige beviskravet i norsk sivilprosess, jf. Robberstad (2009) s.248. Lasok (1994) s.431 synes også å foretrekke denne beviskravstandarden, under henvisning til GA Gand i sak 8/65 Pugliesi, p.12: “In the final analysis, a reasonable degree of certainty must be attained.”

⁴¹⁸ Robberstad (2009) s.11 og 253. Som Gomard (2007) s.578 mener jeg likevel at utgangspunktet har mest for seg hvor en uriktig avgjørelse vil ramme partene like hardt, altså at det er grunn til å oppjustere beviskravet i straffesaker (ikke som et unntak fra hovedregelen, men som et eget utgangspunkt). Ettersom EU-domstolen ikke synes å skille mellom sivile saker og straffesaker, omtaler jeg ikke dette nærmere.

⁴¹⁹ Sak 19/77 Miller, p.14.

⁴²⁰ Om forholdet mellom beviskrav og domstolens prøvingsintensitet, se Craig (2006) s.464 flg, særlig side 466-467 (punkt B).

derimot ”manifestly inappropriate”⁴²¹ eller lignende formuleringer, altså foretar domstolen en mer inngående proporsjonalitetsprøving når den skal vurdere et tiltak truffet av en medlemsstat, enn et tiltak truffet av en fellesskapsinstitusjon. Dette innebærer at det er vanskeligere for en part å vinne frem med at en rettsakt er ugyldig, enn det er for en medlemsstat å begrunne at et tiltak er proporsjonalt. På bakgrunn av dette er det heller ikke så overraskende at beviskravet er høyere i ugyldighetssøksmål.

Også for overtredelsesgebyr i konkurransesaker regnes beviskravet å ligge høyt, men akkurat til hvilken grad over sannsynlighetsovervekt, er det delte meninger om.⁴²² Et kjennetegn ved ileggelse av overtredelsesgebyr er, uavhengig av om lovgivning formelt regnes som straff i et land eller ikke, at slike gebyrer vil kunne ha karakter av straff.⁴²³ For sanksjoner som har karakter av straff, inneholder EMK art. 6 krav til bevisets styrke, altså til beviskravet.⁴²⁴ Hvor høyt dette er, avhenger likevel av den konkrete situasjon. Rettens avgjørelse i *BPB* viser likevel at det ikke gjelder noe krav om bevis utover enhver rimelig tvil:

“It is apparent from that case-law that the Court must reject the applicant’s assertion that the Commission must adduce proof ‘beyond reasonable doubt’ of the existence of the infringement in cases where it imposes heavy fines.”⁴²⁵

Selv om det strafferettslige beviskravet ikke gjelder i slike saker, viser avsnittene over at det uansett er plausibelt å stille særlige krav til bevis; med andre ord at det er gode

⁴²¹ Fedesa, p.14. Craig (2006) s.658 definerer kravet som “clearly or manifestly disproportionate”. Lilli (1999) s.523-529 sammenligner EU-domstolens prøvingsintensitet ved prøving av et tiltak fra en fellesskapsinstitusjon med et tiltak fra en medlemsstat.

⁴²² Graver (2004) s.494, hvor han gjennomgår ulike teoretikere sitt syn på beviskravet i slike saker.

⁴²³ Vurderingen av om en sanksjon kan regnes som straff etter EMK art. 6, beror på tre domstolskapte kriterier: nasjonal klassifikasjon, lovbruddets karakter og innholdet og alvorret av den sanksjon som det kan være aktuelt å ilegge, jf. EMD Engel mot Nederland (derav navnet ”Engel-kriteriene”).

⁴²⁴ Rt 2008 1409 Tilleggsskatt, p.80. At EMK har betydning i denne sammenheng, se TEU art. 6 jf. EU-charteret art. 49.

⁴²⁵ Sak T-53/03 BPB, p.64. Tilsvarende har EMD i Jussila mot Finland, p.43 uttalt: “There are clearly «criminal charges» of differing weight”, og at dette spenner seg fra de klassiske straffesakene og til “cases not strictly belonging to the traditional categories of criminal law, for example [...] competition law” (mine klammer), p.42.

grunner til å fravike overvektsprinsippet.⁴²⁶ Etter dette blir spørsmålet om det er gode grunner for å fravike overvektsprinsippet i saker som angår de fire friheter.⁴²⁷ Klart nok er proporsjonalitetsvurderingen en helt sentral del av fellesskapsretten:

”The four freedoms are central to the very idea of market integration that lies at the economic heart of the EU. [...] It is therefore unsurprising that the ECJ has monitored defences to free movement closely, including in this respect proportionality.”⁴²⁸

En kan følgelig si at domstolen – ved å oppstille et høyt beviskrav – signaliserer markedsfrihetens vitale betydning, og at den anser beviskravet berettiget av den grunn at et uriktig resultat vil ha vesentlig større skadevirkninger for fellesskapet enn det vil ha for den enkelte medlemsstat. Det er ikke vanskelig å si seg enig i bevegelsesfrihetenes vitale betydning, og at det – i alle fall fra et utilitaristisk perspektiv – er bedre at interessene til én medlemsstat går på bekostning av fellesskapets interesser, enn omvendt. Slik jeg ser det, blir dette likevel å ta feil utgangspunkt. Utgangspunktet er jo at medlemsstaten har skjønnsfrihet på ikke-harmoniserte områder, og ikke at det er skjønnsfriheten som skal begrunnes. Dette taler mot å fravike overvektsprinsippet.

På grunnlag av sammenligningen av EU-domstolens ulike sakstyper, er det etter min mening ikke grunn til å fravike overvektsprinsippet.

⁴²⁶ Graver (2004) s.489 om situasjonen i norsk rett.

⁴²⁷ I prejudisielle søksmål synes domstolen ikke å skille mellom beviskravet når saken som går for den nasjonale domstol er en straffesak, jf. Ahokainen p.31, eller en sivil sak, jf. Delhaize p.19, som begge bruker uttrykket ”godtgøre”.

⁴²⁸ Craig (2006) s.704 (min klamme).

17.2.2 Beviskravets forhold til bevistemaet

Et forhold som kan gjøre beviskravet ”påtagelig bevis” ytterligere diskutabelt, er at det kan virke inkonsekvent å oppstille et høyt beviskrav for et bevistema som forutsetter fremtidige og hypotetiske vurderinger, jf. punkt 7.3 og 7.4. I denne retning argumenterer *Kokott*:

”Since judges can only be convinced that their predictions will probably materialize when basing their judgments on future facts, they cannot reasonably attain the same degree of certainty when using future facts as they do when using historic or present facts.”⁴²⁹

Slike vurderinger forutsetter nemlig indirekte bevis (indisiebevis) eller *prima facie* bevis som bevismiddel. Dette er ikke i seg selv et argument mot et høyt beviskrav; også slike bevismidler kan tilfredsstillende et høyt beviskrav (i alle fall indisiebevis). Poenget her er at det formodentlig kreves mer, kvalitativt som kvantitativt, jf. punkt 6.2. I tillegg fremstår det for meg som en intrikat – om ikke umulig – øvelse å tillate bevis som ikke direkte har tilknytning til fakta, men samtidig kreve at de ikke er generelle, hypotetiske eller potensielle, slik vi har sett at domstolen har krevet.

Etter dette gir ikke bevistemaet i seg selv grunn til å fravike overvektsprinsippet. Dette spørsmålet har likevel en nær sammenheng med bevisvurderingen, og drøftelsen fortsetter der.

17.2.3 Beviskravets forhold til bevisvurderingen

Noen vil kanskje påstå at det ikke er grunn til å overvurdere virkningene av et høyt beviskrav, da virkningene nedtones ved at domstolen i noen tilfeller formulerer et bevistema som er enklere å imøtekomme (jf. punkt 8) eller lempet på innholdet i bevisbyrden som medlemsstaten skal løfte, ved å tillate indirekte bevis, finne bevisføringsbyrden oppfylt uten bevisføring eller ved å oppstille konkrete begrensninger gjennom rettspraksis, for eksempel som at medlemsstaten ikke ”positivt skal bevise” at ingen alternative tiltak er like godt eller bedre egnet (jf. punkt 13.3 og 14.2.2). Sett på denne måten er beviskravet bare én av mange muligheter domstolen har til å påvirke bevissituasjonen.

⁴²⁹ Kokott (1998) s.23. Se også Strandberg (2005) s.52-53.

Til dette kan en innvende at slike justeringer – altså i bevistema og bevisbyrde/bevisvurderingen – er noe som vil kunne variere fra sak til sak, i og med justeringene er del av domstolens frie bevisvurdering. Som nevnt er beviskravet – i motsetning til bevisvurderingen – noe domstolen normalt er bundet av, og feil her kan føre til opphevelse av avgjørelsen.⁴³⁰ Argumentet om at like tilfeller bør behandles likt, og hensynet til forutberegnelighet, kan altså tale for at domstolen opererer med et lavt og konstant beviskrav, enn et høyt beviskrav med opp/nedjusteringer i bevisvurderingen. Det følger av det som er sagt her at bevisvurderingen ikke kan være helt fri, dersom domstolen har formulert et beviskrav. For at beviskravet skal ha noe for seg, må den etter min mening også til en viss grad styre bevisvurderingen.⁴³¹

For å oppsummere: Vi har å gjøre med et høyt beviskrav, og etter min mening må dette – for at det skal ha noe for seg – også legge føringer for domstolens konkrete bevisvurdering. Slik jeg ser det, er det altså et spenningsforhold mellom beviskravet på den ene siden og bevisvurderingen på den andre. Dette taler etter min mening mot å fravike overvektsprinsippet.

I punkt 17.2.2 drøftet jeg forholdet mellom beviskravet og bevistemaet, og falt på den konklusjon at bevistemaet i seg selv ikke var til hinder for et høyt beviskrav; i den forstand at indisiebevis eller *prima facie* bevis som bevismiddel kan tilfredsstille et høyt beviskrav. *Prima facie* bevis kan imidlertid også forstås som beviskravslettelse, jf. punkt 6.3. Det som skjer da, er at domstolen opererer med to beviskrav i én og samme sak. Vi er da over i en annen problemstilling; ikke om forholdet mellom beviskrav og bevisvurdering, men mellom to beviskrav. To beviskrav i én sak kan komme i et problematisk forhold til argumentet om at like tilfeller skal behandles likt, og at partene skal kunne forutsi sin rettsstilling. Skulle domstolen mene at *prima facie* som beviskrav

⁴³⁰ For EU-domstolen spiller dette liten eller ingen rolle, ettersom slike saker ikke kan ankes. Derimot spiller det viktig rolle for retten, hvis avgjørelser kan overprøves av domstolen, jf. PR art. 110-123. Se for eksempel GA Kokott i sak C-413/06 P Bertelsmann, p.226 (konkurranserett).

⁴³¹ På samme måte Strandberg (2010) s.246-247.

er det eneste beviskravet i slike saker, fremstår det i alle fall for meg noe uklart hvilke saker dette gjelder for.

Alt i alt reiser et høyt beviskrav mange komplikasjoner; komplikasjoner som etter min mening kunne vært unngått ved å holde seg til det beviskravet som er vanligst i internasjonale domstoler, nemlig kravet til alminnelig sannsynlighetsovervekt. Domstolens ønske om fleksibilitet vil da bli ivaretatt ved at beviskravet ikke i samme grad legger føringer på bevisvurderingen,⁴³² mens hensynet til partene vil bli ivaretatt ved at like tilfeller behandles likt, i alle fall med samme utgangspunkt (og bare ett beviskrav).

18 Oppsummering

Drøftelsen over viser at temaet ”beviskrav” er nært forbundet med utforming av bevistema og den konkrete bevisvurderingen. I punkt 17.1 la jeg til grunn at domstolen med uttrykkene ”godtgøre”, ”påvise” og ”bevise” krever påtakelige bevis for at et tiltak er egnet og nødvendig. Dette beviskravet ligger et sted mellom alminnelig og klar sannsynlighetsovervekt, og er dermed høyt. Punkt 17.2 tok for seg utfordringer med et høyt beviskrav. En første utfordring besto i at bevistemaet har fremtidige og hypotetiske aspekt ved seg. Videre viser drøftelsen at et høyt beviskrav ikke kan avhjelpes ved en ubetinget nedjustering i bevisvurderingen, da beviskravet legger føringer på hvor fri bevisvurderingen egentlig er. Det viste seg heller ikke å være uproblematisk at domstolen i noen saker har valgt å anvende *prima facie* som beviskravslettelse. Etter mitt syn kunne mange av disse utfordringene vært unngått ved at domstolen hadde holdt seg til alminnelig sannsynlighet som beviskrav, og som dominerer i rettspraksis.

⁴³² Strandberg (2010) s.278.

DEL VI. AVSLUTNING

De to hovedspørsmålene i denne fremstillingen har for det første vært hvordan EU-domstolen håndterer bevisspørsmål i ulike sakstyper, og for det andre hvilken betydning bevisføringen har for sakens utfall. Som vist, kan det første spørsmålet besvares med at det faktisk er en forskjell mellom domstolens behandling av bevisspørsmål i traktatbruddsaker og prejudisielle saker. Forskjellene ligger i at det – i alle fall som utgangspunkt – i mindre grad oppstår bevisspørsmål i prejudisielle saker, og videre at det i slike saker hovedsaklig er tale om en bevisføringsbyrde og ikke overbevisningsbyrde. En annen forskjell ligger i at domstolen, for spørsmålet om bevisføringsbyrden i traktatbruddsaker, også må ta i betraktning Kommisjonens bevisbyrde (både bevisføringsbyrde og overbevisningsbyrde) i den administrative fasen.

Vi har også sett viktigheten av å fremlegge dokumentasjon,⁴³³ og videre at bevisene faktisk må underbygge partens påstand. I noen saker har EU-domstolen anvendt et nedjustert beviskrav – *prima facie* bevis som beviskrav – for å imøtekomme de komplikasjoner som ligger i proporsjonalitetsprinsippet som bevistema. I slike saker synes fordelingen av bevisføringsbyrden å være av underordnet betydning for sakens utfall, og at det er andre hensyn som kommer i forgrunnen.

En generell observasjon er hvor viktig det er med konsekvent begrepsbruk i bevisretten, og da særlig rundt bruken av begrepet ”bevisbyrde”. Drøftelsene viser at det er viktig å skille mellom den subjektive og den objektive bevisbyrde, og at det er viktig å gjøre det klart hvilke byrde en taler om. Følgelig har vi sett teoretikere kritisere rettspraksis på feilaktig grunnlag, og at saker har blitt anket fra retten til domstolen, delvis på grunn av at partene har misforstått rettens bevisbyrde-terminologi.⁴³⁴

⁴³³ Punkt 13.3.3 for prejudisielle saker (for eksempel Toolex Alpha) og punkt 14.2.2.3 for traktatbruddsaker (for eksempel Italienske nematoder).

⁴³⁴ Se punkt 14.3.2 om Olivers drøftelse av Tilhenger og Archer Daniels (ankesak i konkurranseretten).

DEL VII.KILDER

19 Litteratur

- Asp (2002) Asp, Petter *EU & Straffrätten : Studier rörande den europeiske integrationens betydelse för den svenska straffrätten*. Uppsala, 2002 (Skrifter från Juridiska fakulteten i Uppsala, Bind 91).
- Bailey (2003) Bailey, David *Standard of Proof in EC Merger Proceedings: A Common Law Perspective*. I: *Common Market Law Review*. 2003, S.845-888.
- Barnard (2010) Barnard, Catherine *The Substantive Law of the EU : The Four Freedoms*. 3.utg. Oxford, 2010.
- Brealey (1985) Brealey, Mark *The Burden of Proof before the European Court*. I: *European Law Review*. 1985, S.250-262.
- Brown (2000) Brown, L. Neville og Tom Kennedy *The Court of Justice of the European Communities*. 5.utg. London, 2000.
- Christoffersen (2009) Christoffersen, Jonas *Fair balance : Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*. *International Studies in Human Rights Vol. 99*. Leiden: Nijhoff, 2009.
- CMLR (1990) Note of Decision by East Gwent Magistrates sitting at Cymbran in *Torfaen Borough Council v. B & Q plc* : I: *Common Market Law Reports nr.3 (1990)*, S.455-456.
- Craig (2006) Craig, Paul *EU Administrative Law*. Oxford, 2006.

- Craig (2011) Craig, Paul og Gráinne de Búrca *EU Law: Text, Cases and Materials*. 5.utg. Oxford, 2011.
- Eckhoff (1943) Eckhoff, Torstein *Tvilsrisikoen (bevisbyrden)*. Oslo, 1943.
- Emiliou (1996) Emiliou, Nicholas *The Principle of Proportionality in European Law : A Comparative Study*. Bind: European monographs 10. London, 1996.
- Eriksen (2012) Eriksen, Christoffer Conrad *The European constitution, welfare states and democracy : the four freedoms vs national administrative discretion*. London, 2012.
- EØS-rett* (2011) *EØS-rett*. Fredrik Sejersted...[et al.]. 3. utg. Oslo, 2011.
- Fenger (2004) Fenger, Niels. *Forvaltning & fællesskab : Om EU-rettens betydning for den almindelige forvaltningsret: Konfrontation og frugtbar sameksistens*. København, 2004.
- Fenger (2010) Fenger, Niels. *EU-rettens påvirkning af dansk forvaltningsret*. København, 2010.
- Fredriksen (2007) Fredriksen, Halvard Haukeland *Domstolens prøving av EØS-avtalens proporsjonalitetsgrunnsetning – En kommentar til Høyesteretts dom i spilleautomatsaken*. I: Jussens Venner. Årg. 42 (2007), S.295-305.
- Fredriksen (2009) Fredriksen, Halvard Haukeland *Er EFTA-domstolen mer katolsk enn paven?* I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. Årg. 122 (2009), S.507-575.

- Fredriksen (2011) Fredriksen, Halvard Haukeland *EU/EØS-rett i norske domstoler*. Bergen, 2011 (Europautredningen, Rapport #3).
- Gerards (2011) Gerards, Janneke *Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine*. I: European Law Journal. Vol. 17 (2011), S.80-120.
- Giertsen (2010) Giertsen, Johan *Jusstudentar – skriv nynorsk!* I: Mål og rett – Juristmållaget 75 år. Oslo, 2010 (Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo).
- Gomard (2007) Gomard, Bernhard og Michael Kistrup *Civilprocessen*. 6.utg. København, 2007.
- Graver (2004) Graver, Hans Petter *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. Årg.117 (2004), S.465-498.
- Graver (2009) Graver, Hans Petter *Bevisbedømmelse – uvitenskapelig magesfølelse eller rasjonell helhetsvurdering*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap Årg. 122 (2009), S.191-233.
- Gündisch (1983) Gündisch, Jürgen *Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*. I: Jürgen Schwarze “Das Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes in der aktuellen Rechtsentwicklung : Referate und Diskussionsberichte der Tagung des Instituts für Integrationsforschung der Stiftung Europa-Kolleg Hamburg am 3.-4. Dezember 1982”. Baden-Baden, 1983, S.97-119.
- Harbo (2010) Harbo, Tor-Inge *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*. I: European Law Journal. Årg. 16 (2010), S.158-185.

- Hov (1994) Hov, Jo *Rettergang i sivile saker*. 2.utg. Oslo, 1994.
- Hov (2010) Hov, Jo *Rettergang*. Bind I og II. 3.utg. Oslo, 2010.
- Jans (2000) Jans, Jan H. *Proportionality Revisited*. I: Legal Issues of Economic Integration 27(3). 2000, S.239-265.
- Jarvis (1998) Jarvis, Malcolm A. *The Application of EC Law by National Courts : The Free Movement of Goods*. Oxford, 1998.
- Kazazi (1996) Kazazi, Mojtaba *Burden of Proof and Related Issues : A Study on Evidence Before International Tribunals*. Studies and materials on the settlement of international disputes vol. 1. Haag, 1996.
- Kirkeby (1996) Kirkeby A., Willy *Engelsk-norsk blå ordbok*. 2.utg. Oslo, 1996 (Kunnskapsforlagets blå ordbøker).
- Kokott (1998) Kokott, Juliane *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law : Civil and Common Law Approaches with Special Reference to the American and German Legal Systems*. Studies and materials on the settlement of international disputes vol. 3. The Hague, 1998.
- Kolflaath (2004) Kolflaath, Eivind *Bevisbedømmelse – sannsynlighet eller fortellinger?* I: Jussens Venner. Årg. 39 (2004), S.279-304.
- Krämer (2007) Krämer, Ludwig *EC Environmental Law*. 6.utg. London, 2007.

- Kutscher (1976) Kutscher, Hans *Methods of Interpretation as Seen by a Judge at the Court of Justice*. I: Court of Justice of the European Communities: Judicial and Academic Conference 27-28 September 1976. Luxembourg, 1976.
- Lasok (1994) Lasok, K.P.E. *The European Court of Justice : Practice and Procedure*. 2.utg. London, Butterworths, 1994.
- Lasok (2004) Lasok, K.P.E., Timothy Millett og Anneli Howard *Judicial control in the EU : Procedures and Principles*. London, 2004.
- Lilli (1999) Lilli, Marco *Forholdsmessighetsprinsippet i EU-retten og dets betydning i norsk rett*. I: Lov og Rett. Årg.38 (1999), S.515-536.
- Mathiesen (2010) Mathisen, Gjermund *Consistency and Coherence as a Condition for Justification of Member State Measures Restricting Free Movement*. I: Common Market Law Review. 2010, S.1021-1048.
- Mathiesen (2007) Mathisen, Gjermund *Om proporsjonalitetsprinsippet som skranke for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter*. I: Jussens Venner. Vol. 42 (2007), S.80-92.
- Mathiesen (2005) Mathiesen, Thomas *Retten i samfunnet : en innføring i retts sosiologi*. 5. utg. Oslo, 2005.
- Nordback (2007) Nordback, Kenneth *"Bevisbörda" i mål om undantag från gemenskapsreglerna om fri rörlighet*. I: Svensk Juristtidning. 2007, S.421-443.
- Oliver (2010) Oliver, Peter *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*. 5.utg. Oxford, 2010.

- PLEU* (2006) *Procedural Law of the European Union*. Redigert av Robert Bray...[et al.]. 2. utg. London, 2006.
- Ress (1992) Ress, Georg *Fact-finding at the European Court of Justice. I: Fact-finding before international tribunals : eleventh sokol colloquium*. Redigert av Richard B. Lillich. Virginia, 1992, S.177-203.
- Retorikk* (2005) *Retorikk*. Aristoteles. Oversatt av Tormod Eide. Oslo, 2006.
- Riano (2005) Riano, Willard B. *Fundamentals of Civil Procedure*. 2.utg. Manila, 2005.
- Robberstad (2009) Robberstad, Anne *Sivilprosess*. Oslo, 2009.
- Robberstad (2011) Robberstad, Anne *Om forståelser av bevisbyrde. I: Jussens Venner*. Vol. 46 (2011), S.65-86.
- Schwarze (2006) Schwarze, Jürgen *European Administrative Law*. Rev.utg. London, 2006.
- Skoghøy (2001) Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvistemål*. 2.utg. Oslo, 2001
- Spapens (2008) Spapens, Toine, Alan Littler og Cyrille Fijnaut *Crime, addiction and the regulation of gambling*. Leiden, 2008.
- Strandberg (2005) Strandberg, Magne *Skadelidtes hypotetiske inntekt : om erstatningsutmåling og bevis*. Bergen, 2005.
- Strandberg (2010) Strandberg, Magne *Beviskrav i sivile saker: en bevisteoretisk studie av den norske beviskravslærens forutsetninger*. Bergen, 2010 (avhandling PhD /Universitetet i Bergen).

- Stridbeck (2010) Stridbeck, Ulf og Pär Anders Granhag *Legal procedures in the Nordic countries and in the USA: a comparative overview*. I: *Forensic Psychology in Context : Nordic and international approaches*. Davon, 2010, s. 14-32.
- Tridimas (2006) Tridimas, Takis *The General Principles of EU Law*. Bind: Oxford EC law library. 2.utg. Oxford, 2006.
- Usher (1983) Usher, John A. *European Court Practice*. London, 1983.
- Warner (1976) Warner, J.P. *Some aspects of the European Court of Justice*. I: *Journal of the Society of Public Teachers of Law*. Årg.14 (1976), S.15-30.

19.1 Regelverk

19.1.1 Traktater med tilhørende protokoller, veiledninger mv.

Lest og sitert fra <http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm> og http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7031/

EFT	Traktat om opprettelse af det Europæiske Fællesskab.
TEU	Traktat om den Europæiske Union.
TEUF	Traktat om den Europæiske Unions Funksjonsmåde.
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske samarbeidsområdet.
ODA	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol.
EU-charteret	Den Europæiske Unions charter om grunnleggende rettigheter.
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon.
Statutten	Protokol (nr.3) Statutten for den europæiske unions Domstol.
EFTA-vedtektene	Protokoll 5 til ODA om vedtektene for EFTA-domstolen.
PR	Processreglement af 19.juni 1991 for De Europæiske Fællesskabers Domstol.
RO	Rettergangsordning vedtatt av EFTA-domstolen 4.januar og 1. februar 1994.
EU-veiledningen	Orientering om foreleggelse af prækjudicielle spørsmål fra de nationale retter.
EFTA-veiledningen	Veiledning i forbindelse med anmodninger om rådgivende uttalelser fra nasjonale domstoler.
EP/Rdir 2002/46 EF	Europaparlamentets og Rådets direktiv 2002/46/EF om indbyrdes tilnærmede af medlemsstaternes lovgivninger om kosttilskud
EP/Rfo 178/2002/EF	Europaparlamentets og Rådets forordning (EF) nr.178/2002 om generelle prinsipper og krav i fødevarerlovgivningen, om opprettelse af Den Europæiske Fødevarer sikkerhedsautoritet og om procedurer vedrørende fødevarer sikkerhed.

19.1.2 Norske lover

Lest og sitert fra www.lovdato.no

tvf.	Lov 17. juni 2005 nr 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
tvfl.	Lov 26. juni 1992 nr.86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven).

19.2 Avgjørelser

19.2.1 Avgjørelser fra norske domstoler

Lest og sitert fra www.lovdato.no

Rt 1982 241	Altasaken
Rt 2000 845	
Rt 2007 1003	Spilleautomat
Rt 2008 1409	Tilleggsskatt
Rt 2009 839	Pedical
Rt 2011 910	Tine
TOSLO-2009-50176	Verftsaken, Oslo tingretts dom av 29. januar 2010

19.2.2 Avgjørelser fra EFTA-domstolen

Lest og sitert fra www.lovdato.no og www.etfacourt.int

Sak E-4/04	Pedical AS mot Sosial- og Helsedirektoratet (Pedical).
Sak E-1/06	ESA mot Norge (Spilleautomat).
Sak E-3/06	Landbroses Ltd. mot staten ved Kultur- og kirke departementet og staten ved Landbruks- og matdepartementet (Landsbroses).
Sak E-16/10	Philip Morris Norway AS mot staten ved Helse- og omsorgsdepartementet (Philip Morris).

19.2.3 Avgjørelser fra EU-domstolen i kronologisk rekkefølge

Lest og sitert fra www.eur-lex.europa.eu

- Sak 6/54 Nederland mot Den høye myndighet for Det europeiske kull- og stålfellesskap. ECR engelsk spesialutgave s.103.
- Sak 10/55 Miranda Mirossevich mot Den høye myndighet for Det europeiske kull- og stålfellesskap. ECR engelsk spesialutgave s.333.
- Sak 18/70 Anne Duraffour mot Rådet. Saml 1971 s.515.
- Sak 40/72 Schroeder KG mot Tyskland. Saml. 1973 s.125.
- Sak 48/75 Jean Noël Royer. Saml. 1976 s.497.
- Sak 104/75 Adriaan de Peijper, direktør for selskapet Centrafarm BV. Saml. 1976 s.613.
- Sak 27/76 United Brands Company og United Brands Continentaal BV mot Kommisjonen (Chiquita Bananas). Saml. 1978 s.207.
- Sak 19/77 Miller International Schallplatten GmbH mot Kommissionen. Saml. 1978 s.131.
- Sak 44/79 Liselotte Hauer, Bad Dürkheim mot Land Rheinland-Pfalz. Saml. 1979 s.3727.
- Forente saker 154, 205, 206, 226 til 228, 263 og 264/78, 39, 31, 83 og 85/79 SpA Ferriera Valsabbia m.fl. mot Kommisjonen. Saml. 1980 s.907.

- Sak 132/80 NV United Foods og PVBA Aug. Van den Abeele mot Belgia. Saml. 1981 s.995.
- Sak 244/80 Pasquale Foglia mot Mariella Novello. Saml. 1981 s.3045.
- Sak 276/80 Ferriera Padana SpA mot Kommisjonen. Saml. 1982 s.517.
- Sak 124/81 Kommisjonen mot Storbritannia og Nord-Irland (UHT-melk). Saml. 1983 s.203.
- Sak 244/81 Klöckner-Werke AG mot Kommisjonen. Saml. 1983 s.1451.
- Sak 283/81 Srl CILFIT og Lanificio di Gavardo SpA mot Sundhedsministeriet. Saml. 1982 s.3415.
- Sak 107/82 Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Kommisjonen. Saml. 1983 s.3151.
- Sak 199/82 Amministrazione delle Finanze dello Stato mot SpA San Giorgio. Saml. 1983 s.3595.
- Sak 51/83 Kommisjonen mot Italia. Saml. 1984 s.2793.
- Sak 97/83 Straffesak mot CMC Melkunie BV. Saml. 1984 s.2367
- Sak 178/84 Kommisjonen mot Tyskland (Reinheitsgebot für Bier). Saml. 1987 s.1227
- Sak 154/85 Kommisjonen mot Italia. Saml. 1987 s.2717.
- Sak 382/87 R. Buet og SARL Educational Business Services mot Anklagemyndigheden. Saml. 1989 s.1235.

Sak C-145/88	Torfaen Borough Council mot B & Q plc. Saml. 1989 s.3851.
Sak C-331/88	The Queen mot The Minister of Agriculture, Fisheries and Food and The Secretary of State for Health (Fedesa). Saml. 1990 I-04023.
Sak T-73/89	Giovanni Barbi mot Kommisjonen Saml. 1990 II-00619.
Sak C-213/89	The Queen mot Secretary of State for Transport (Factortame). Saml. 1990 I-02433.
Sak C-238/89	Pall Corp. mot P. J. Dahlhausen &Co. Saml. 1990 I-04827.
Sak C-312/89	Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne mot SIDEF Conforama m.fl.. Saml. 1991 I-00997.
Sak T-44/90	La Cinq SA mot Kommisjonen. Saml. 1992 II-00001.
Sak C-47/90	Éts. Delhaize frères & Cie. Le Lion SA mot Promalvin SA og AGE Bodegas Unidas SA. Saml. 1992 I-03669.
Sak C-52/90	Kommisjonen mot Danmark. Saml. 1992 I-02187.
Sak C-375/90	Kommisjonen mot Hellas (Fryste kyllinger). Saml. 1993 I-02055.
Forente saker	C-13/91 og C-113/91 Straffesak mot Michel Debus. Saml. 1992 I-03617.
Sak C-169/91	Council of the City of Stoke-on-Trent og Norwich City Council mot B & O plc. Saml. 1992 I-06635.

- Sak C-228/91 Kommissjonen mot Italia (Italienske nematoder).
Saml. 1993 I-02701.
- Sak C-127/92 Dr. Pamela Mary Enderby mot Frenchay Health Authority og
Secretary of State for Health. Saml. 1993 I-05535.
- Sak C-315/92 Verband Sozialer Wettbewerb eV mot Clinique Laboratoires
SNC og Estée Lauder Cosmetics GmbH. Saml. 1994 I-00317.
- Sak C-17/93 Straffesak mot J.J.J. Van der Veldt. Saml. 1994 I-03537.
- Sak C-131/93 Kommissjonen mot Tyskland (Tysk flodkreps).
Saml. 1994 I-03303
- Sak C-384/93 Alpine Investments BV mot Minister van Financiën.
Saml. 1995 I-01141.
- Sak C-159/94 Kommissjonen mot Frankrike. Saml. 1997 I-05815.
- Sak C-189/95 Straffesak mot Harry Franzén. Saml. 1997 I-05909.
- Sak C-316/95 Generics BV mot Smith Kline & French Laboratories Ltd.
Saml. 1997 I-03929.
- Sak C-343/96 Dilexport Srl mot Amministrazione delle Finanze dello Stato.
Saml. 1999 I-00579.
- Sak C-358/95 Tommaso Morellato mot Unità sanitaria locale n. 11 di
Pordenone. Saml. 1997 I-01431.
- Sak C-388/95 Belgia mot Spania (Rioja). Saml. 2000 I-03123.

Sak C-400/96	Straffesak mot Jean Harpegnies. Saml. 1998 I-05121.
Sak C-124/97	Markku Juhani Läärä m.fl. mot Kihlakunnansyyttäjä og Suomen valtio. Saml. 1999 I-6067
Sak C-394/97	Straffesak mot Sami Heinonen. Saml. 1999 I-03599.
Sak C-67/98	Questore di Verona mot Diego Zenatti. Saml. 1999 I-07289
Sak C-473/98	Kemikalieinspektionen mot Toolex Alpha AB. Saml. 2000 I-05681.
Sak T-13/99	Pfizer Animal Health SA mot Rådet. Saml. 2002-II-03305.
Sak C-55/99	Kommisjonen mot Frankrike. Saml. 2000 I-11499.
Sak C-315/99 P	Ismeri Europa Srl mot Revisjonsretten. Saml. 2001 I-05281.
Sak C-390/99	Canal Satélite Digital SL mot Administración General del Estado. Saml. 2002 I-00607.
Sak C-243/01	Straffesak mot Piergiorgio Gambelli m.fl. Saml. 2003 I-13031.
Sak C-362/01	Kommisjonen mot Irland. Saml. 2002 I-11433.
Sak C-421/01	Traunfellner GmbH mot Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag). Saml. 2003 I-11941.
Sak C-434/01	Kommisjonen mot Storbritannia og Nord-Irland. Saml. 2003 I-13239.
Sak C-14/02	ATRAL SA mot Belgia. Saml. 2003 I-04431.

Sak C-41/02	Kommisjonen mot Nederland. Saml. 2004 I-11375.
Sak T-59/02	Archer Daniels Midland Co. mot Kommisjonen. Saml. 2006 II-03627.
Sak T-53/03	BPB plc. mot Kommisjonen. Saml. 2008 II-01333.
Sak C-60/03	Wolff & Müller GmbH & Co. KG mot José Filipe Pereira Félix. Saml. 2004 I-09553.
Sak C-366/04	Georg Schwarz mot Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg. Saml. 2005 I-10139.
Sak C-434/04	Straffesak mot Jan-Erik Anders Ahokainen og Mati Leppik. Saml. 2006 I-09171.
Sak C-110/05	Kommisjonen mot Italia (Tilhenger). Saml. 2009 I-00519.
Sak C-135/05	Kommisjonen mot Italia. Saml. 2007 I-03475.
Sak C-254/05	Kommisjonen mot Belgia. Saml. 2007 I-04269.
Sak C-297/05	Kommisjonen mot Nederland. Saml. 2007 I-07467.
Sak C-319/05	Kommisjonen mot Tyskland. Saml. 2007 I-09811.
Forente saker	C-428/06 og C-434/06 Unión General de Trabajadores de La Rioja UGT-Rioja) m.fl. mot Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya m.fl.. Saml. 2008 I-06747.

Sak C-510/06 P	Archer Daniels Midland Co. mot Kommisjonen. Saml. 2009 I-01843.
Sak C-141/07	Kommisjonen mot Tyskland. Saml. 2008 I-06935.
Sak C-161/07	Kommisjonen mot Østerrike. Saml. 2008 I-10671.
Forente saker	C-171/07 og C-172/07 Apothekerkammer des Saarlandes m.fl. (C-171/07) og Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) mot Saarland og Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales. Saml. 2009 I-04171.
Sak C-326/07	Kommisjonen mot Italia. Saml. 2009 I-02291.
Sak C-400/08	Kommisjonen mot Spania. Saml. 2011 I-00000.
Sak C-438/08	Kommisjonen mot Portugal. Saml. 2009-I-10219.
Sak C-137/09	Marc Michel Josemans mot Burgemeester van Maastricht. Saml. 2010 I-0000.
Sak C-221/09	AJD Tuna Ltd mot Direttur tal-Agrikoltura u s-Sajd. Saml. 2011 I-00000.
Sak C-262/09	Wienand Meilicke m.fl. mot Finanzamt Bonn-Innenstadt. Saml. 2011 I-00000.
Sak C-429/09	Günter Fuß mot Stadt Halle. Saml. 2011 I-00000.
Sak C-10/10	Kommisjonen mot Østerrike. Saml. 2011 I-00000.

19.2.4 Avgjørelser fra EU-domstolen etter kortnavn

AEG	Sak 107/82 Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Kommisjonen. Saml. 1983 s.3151.
Ahokainen	Sak C-434/04 Straffesak mot Jan-Erik Anders Ahokainen og Mati Leppik. Saml. 2006 I-09171.
Alpine Investments	Sak C-384/93 Alpine Investements BV mot Minister van Financiën. Saml. 1995 I-01141.
Apothekerkammer	Forente saker C-171/07 og C-172/07. Apothekerkammer des Saarlandes m.fl. (C-171/07) og Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) mot Saarland og Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales. Saml. 2009 I-04171.
Archer Daniels	EU-domstolen: Sak C-510/06 P Archer Daniels Midland Co. mot Kommisjonen. Saml. 2009 I-01843. Retten: Sak T-59/02 Archer Daniels Midland Co. mot Kommisjonen. Saml. 2006 II-03627.
ATRAL	Sak C-14/02 ATRAL SA mot Belgia. Saml. 2003 I-04431.
Barbi	Sak T-73/89 Giovanni Barbi mot Kommisjonen. Saml. 1990 II-00619.
BPB	Sak T-53/03 BPB plc. mot Kommisjonen. Saml. 2008 II-01333.
Buet	Sak 382/87 R. Buët og SARL Educational Business Services mot Anklagemyndigheden. Saml. 1989 s.1235.
Canal Satélite Digital	Sak C-390/99 Canal Satélite Digital SL mot Administración General del Estado. Saml. 2002 I-00607.

Chiquita Bananas	Sak 27/76 United Brands Company og United Brands Continental BV mot Kommisjonen. Saml. 1978 s.207.
CILFIT	Sak 283/81 Srl CILFIT og Lanificio di Gavardo SpA mot Sundhedsministeriet. Saml. 1982 s.3415.
Clinique	Sak C-315/92 Verband Sozialer Wettbewerb eV mot Clinique Laboratoires SNC og Estée Lauder Cosmetics GmbH. Saml. 1994 I-00317.
Conforama	Sak C-312/89 Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne mot SIDEF Conforama m.fl.. Saml. 1991 I-00997.
Debus	Forente saker C-13/91 og C-113/91 Straffesak mot Michel Debus. Saml. 1992 I-03617.
Delhaize	Sak C-47/90 Éts. Delhaize frères & Cie. Le Lion SA mot Promalvin SA og AGE Bodegas Unidas SA. Saml. 1992 I-03669.
Dilexport	Sak C-343/96 Dilexport Srl mot Amministrazione delle Finanze dello Stato. Saml. 1999 I-00579.
Duraffour	Sak 18/70 Anne Duraffour mot Rådet. Saml. 1971 s.515.
Enderby	Sak C-127/92 Dr. Pamela Mary Enderby mot Frenchay Health Authority og Secretary of State for Health. Saml. 1993 I-05535.
Factortame	Sak C-213/89 The Queen mot Secretary of State for Transport. Saml. 1990 I-02433.

Fedesa	Sak C-331/88 The Queen mot The Minister of Agriculture, Fisheries and Food og The Secretary of State for Health. Saml. 1990 I-04023.
Ferriera Padana	Sak 276/80 Ferriera Padana SpA mot Kommisjonen Saml. 1982 s.517.
Foglia	Sak 244/80 Pasquale Foglia mot Mariella Novello. Saml. 1981 s.3045.
Franzén	Sak C-189/95. Straffesak mot Harry Franzén. Saml. 1997 I-05909.
Fryste kyllinger	Sak C-375/90 Kommisjonen mot Hellas. Saml. 1993 I-02055.
Gambelli	Sak C-243/01 Straffesak mot Piergiorgio Gambelli m.fl. Saml. 2003 I-13031.
Generics	Sak C-316/95 Generics BV mot Smith Kline & French Laboratories Ltd. Saml. 1997 I-03929.
Günter	Sak C-429/09 Günter Fuß mot Stadt Halle. Saml. 2011 I-00000.
Harpegnies	Sak C-400/96 Straffesak mot Jean Harpegnies. Saml. 1998 I-05121.
Hauer	Sak 44/79 Liselotte Hauer, Bad Dürkheim mot Land Rheinland-Pfalz. Saml. 1979 s.3727.
Heinonen	Sak C-394/97 Straffesak mot Sami Heinonen. Saml. 1999 I-03599.

Ismeri	Sak C-315/99 P Ismeri Europa Srl mot Revisjonsretten. Saml. 2001 I-05281.
Italienske nematoder	Sak C-228/91 Kommisjonen mot Italia. Saml. 1993 I-02701.
Josemans	Sak C-137/09 Marc Michel Josemans mot Burgemeester van Maastricht. Saml. 2010 I-0000.
Kjøpesenter	Sak C-400/08 Kommisjonen mot Spania. Saml. 2011 I-00000.
Klöckner-Werke	Sak 244/81 Klöckner-Werke AG mot Kommisjonen. Saml. 1983 s.1451.
La Cinq	Sak T-44/90 SA mot Kommisjonen. Saml. 1992 II-00001.
Läärä	Sak C-124/97 Markku Juhani Läärä m.fl. mot Kihlakunnansyyttäjä og Suomen valtio. Saml. 1999 I-6067 .
Meilicke	Sak C-262/09 Wienand Meilicke m.fl. mot Finanzamt Bonn-Innenstadt. Saml. 2011 I-00000.
Melkunie	Sak 97/83 Straffesak mot CMC Melkunie BV. Saml. 1984 s.2367.
Miller	Sak 19/77 Miller International Schallplatten GmbH mot Kommissionen. Saml. 1978 s.131.
Mirossevich	Sak 10/55 Miranda Mirossevich mot Den høye myndighet for Det europeiske kull- og stålfellesskap. ECR engelsk spesialutgave s.333.

Morellato	Sak C-358/95 Tommaso Morellato mot Unità sanitaria locale n. 11 di Pordenone. Saml. 1997 I-01431.
Pall	Sak C-238/89 Pall Corp. mot P. J. Dahlhausen &Co. Saml. 1990 I-04827.
Peijper	Sak 104/75 Adriaan de Peijper, dirktør av selskapet Centrafarm BV. Saml. 1976 s.613.
Pfizer	Sak T-13/99 Pfizer Animal Health SA mot Rådet. Saml. 2002-II-03305.
Reinheitsgebot für Bier	Sak 178/84 Kommissjonen mot Tyskland. Saml. 1987 s.1227.
Rioja	Sak C-388/95 Belgia mot Spania. Saml. 2000 I-03123.
San Giorgio	Sak 199/82 Amministrazione delle Finanze dello Stato mot SpA San Giorgio. Saml. 1983 s.3595.
Schroeder	Sak 40/72 Schroeder KG mot Kommissjonen. Saml. 1973 s.125.
Schwarz	Sak C-366/04 Georg Schwarz mot Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg. Saml. 2005 I-10139.
Stoke-on-Trent	Sak C-169/91 Council of the City of Stoke-on-Trent og Norwich City Council mot B & O plc. Saml. 1992 I-06635.
Tilhenger	Sak C-110/05 Kommissjonen mot Italia. Saml. 2009 I-00519.

Toolex Alpha	Sak C-473/98 Kemikalieinspektionen mot Toolex Alpha AB. Saml. 2000 I-05681.
Torfaen	Sak C-145/88 Torfaen Borough Council mot B & Q plc. Saml. 1989 s.03851.
Traunfellner	Sak C-421/01 Traunfellner GmbH mot Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag). Saml. 2003 I-11941.
Tuna	Sak C-221/09 AJD Tuna Ltd mot Direttur tal-Agrikoltura u s Sajd. Saml. 2011 I-00000.
Tysk flodkreps	Sak C-131/93 Kommissjonen mot Tyskland. Saml. 1994 I-03303.
UGT-Rioja	De forente saker C-428/06 og C-434/06 Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja) m.fl. mot Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya m.fl. Saml. 2008 I-06747.
UHT-melk	Sak 124/81 Kommissjonen mot Storbritannia og Nord-Irland. Saml. 1983 s.203.
United foods	Sak 132/80 NV United Foods og PVBA Aug. Van den Abeele mot Belgia. Saml. 1981 s.995.
Valsabbia	Forente saker 154, 205, 206, 226 til 228, 263 og 264/78, 39, 31, 83 og 85/79 SpA Ferriera Valsabbia m.fl. mot Kommissjonen. Saml. 1980 s.907.
Van der Veldt	Sak C-17/93 Straffesak mot J.J.J. Van der Veldt. Saml. 1994 I-03537.

Wolff & Müller Sak C-60/03 Wolff & Müller GmbH & Co. KG mot José Filipe Pereira Félix. Saml. 2004 I-09553.

Zenatti Sak C-67/98 Questore di Verona mot Diego Zenatti.
Saml. 1999 I-07289.

19.2.5 Generaladvokatens forslag til avgjørelse i kronologisk rekkefølge

Lest og sitert fra www.eur-lex.europa.eu

GA Lagrange Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Lagrange, fremsatt den 4. juni 1962 i sak 14/61 Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken N.V. mot Den høye myndighet for Det europeiske kull- og stålfellesskap. ECR engelsk spesialutgave s.00253 (Hoogovens).

GA Lagrange Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Lagrange, fremsatt den 12. mai 1964 i de forente saker 29, 31, 36, 39-47, 50 og 51/63 Société anonyme des laminoirs, hauts fourneaux, forges, fonderies et usines de la Providence m.fl. mot Den høye myndighet for Det europeiske kull- og stålfellesskap. ECR engelsk spesialutgave s.00911 (Usines).

GA Roemer Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Roemer, fremsatt den 19. oktober 1965 i de forente saker 29, 31, 36, 39-47, 50 og 51/63 Société anonyme des laminoirs, hauts fourneaux, forges, fonderies et usines de la Providence m.fl. mot Den høye myndighet for Det europeiske kull- og stålfellesskap. ECR engelsk spesialutgave s.00911 (Usines).

- GA Gand Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Gand, fremsatt den 9. desember 1965 i sak 8/65 Acciaierie e Ferriere Pugliesi mot Den høye myndighet for Det europeiske kull- og stålfellesskap. ECR engelsk spesialutgave s.00001(Pugliesi).
- GA Gand Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Gand, fremsatt den 29. januar 1970 i sak 31/69 Kommisjonen mot Italia. Saml. 1970 s.00025.
- GA Roemer Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Roemer, fremsatt den 4. mai 1971 i sak 18/70 Anne Duraffour mot Rådet. Saml. 1971 s.00515 (Duraffour).
- GA Roemer Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Roemer, fremsatt den 31. oktober 1972 i sak 18/70 X mot Rådet. Saml. 1971 s.01205.
- GA Warner Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Warner, fremsatt den 31. mars 1976 i sak 51/75 EMI Records Limited mot CBS United Kingdom Limited. Saml. 1976 s.00811 (EMI Records).
- GA Reischl Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Reischl, fremsatt den 23. oktober 1979 i sak 36/79 Denkavit Futtermittel GmbH mot Finanzamt Warendorf. Saml. 1979 s.03439 (Denkavit).
- GA Rozés Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Rozés, fremsatt den 19. januar 1983 i sak 155/82 Kommisjonen mot Belgia. Saml. 1983 s.00531.
- GA Slynn Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Slynn, fremsatt den 8. februar 1983 i forente saker 100 til 103/80 SA Musique Diffusion française m.fl. mot Kommisjonen. Saml. 1983 s.01825 (Musique).

- GA Rozés Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Rozés, fremsatt den 24. november 1983 i sak 345/82 Wünsche Handelsgesellschaft GmbH & Co. mot Tyskland. Saml. 1984 s.01995 (Wünsche Handelsgesellschaft).
- GA Mancini Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Mancini, fremsatt den 15. mars 1984 i sak 15/83 Denkavit Nederland BV mot Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten. Saml. 1984 s.02171 (Denkavit).
- GA Van Gerven Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Van Gerven fremsatt den 8. november 1990 i sak C-334/89 Kommisjonen mot Italia. Saml. 1991 I-00093.
- GA Van Gerven Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Van Gerven, fremsatt den 11. juni 1991 i sak C-159/90 The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd mot Stephen Grogan m.fl. Saml. 1991 I-04685 (SPUC mot Grogan).
- GA Vesterdorf Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Vesterdorf, fremsatt den 10. juli 1991, i sak T-1/89 Rhône-Poulenc SA mot Kommisjonen. Saml. 1991 II-00867 (Rhône-Poulenc).
- GA Gulmann Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Gulmann fremsatt den 29. september 1993 i sak C-315/92 Clinique Laboratoires SNC og Estée Lauder Cosmetics GmbH. Saml. 1994 I-00317 (Clinique).
- GA Darmon Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Darmon, fremsatt den 15. desember 1993 i sak C-317/92 Kommisjonen mot Tyskland. Saml. 1994 I-02039.

- GA Jacobs Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Jacobs, fremsatt den 6. april 1995 i sak C-120/94 Kommisjonen mot Hellas.
Saml. 1994 I-03037.
- GA Mischo Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Mischo, fremsatt den 21. mars 2000 i sak C-473/98 Kemikalieinspektionen mot Toolex Alpha AB. Saml. 2000 I-05681 (Toolex Alpha).
- GA Fennelly Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Fennelly, fremsatt den 15. juni 2000 i sakene C-376/98 Tyskland mot Europaparlamentet og Rådet og C-74/99 The Queen mot Secretary of State for Health m.fl. ex parte Imperial Tobacco Ltd m.fl.. Saml. 2000 I-08419 (Imperial Tobacco).
- GA Stix-Hackl Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Stix-Hackl, fremsatt den 11. mars 2003, i sak C-322/01 Deutscher Apothekerverband eV mot 0800 DocMorris NV og Jacques Waterval.
Saml. 2003 I-14887 (Deutscher Apothekerverband).
- GA Tizzano Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Tizzano, fremsatt den 11. mars 2004 i sak C-262/02 Kommisjonen mot Frankrike (Loi Evin) og C-429/02 Bacardi France SAS, tidligere Bacardi-Martini SAS mot Télévision française 1 SA (TF1), Groupe Jean-Claude Darmon SA og Girosport SARL (Bacardi).
Saml. 2004 I-06569.
- GA Kokott Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Kokott, fremsatt den 8. desember 2005 i sak C-105/04 P Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot Kommisjonen. Saml. 2006 I-08725
(Nederlandse Federatieve Vereniging).

- GA Maduro Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Maduro, fremsatt den 13. juli 2006 i sak C-434/04 Straffesak mot Jan-Erik Ahokainen og Mati Leppik. Saml. 2006 I-09171 (Ahokainen).
- GA Trstenjak Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Trstenjak, fremsatt den 21. juni 2007 i sak C-319/05 Kommisjonen mot Tyskland. Saml. 2007 I-09811.
- GA Kokott Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Kokott, fremsatt den 13. desember 2007 i sak C-413/06 P Bertelsmann AG og Sony Corporation of America mot Independent Music Publishers and Labels Association (Impala). Saml. 2008 I-04951 (Bertelsmann).
- GA Trstenjak Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Trstenjak, fremsatt den 18. mai 2008 i sak C-510/06 P Archer Daniels Midland Co. mot Kommisjonen. Saml. 2009 I-01843 (Archer Daniels).
- GA Bot Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Bot, fremsatt den 8. juli 2008 i sak C-110/05 Kommisjonen mot Italia (Tilhenger). Saml. 2009 I-00519.
- GA Kokott Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Kokott, fremsatt den 19. februar 2009 i sak C-8/08 T-Mobile Netherlands BV m.fl. mot Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Saml. 2009 I-04529 (T-Mobile).
- GA Sharpston Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Sharpston, fremsatt 7. oktober 2010 i sak C-400/08 Kommisjonen mot Spania (Kjøpesenter). Saml. 2011 I-0000.

19.2.6 Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol

EMD Engel mot Nederland	Publications of the European Court of Human Rights, Series A Vol 22. Case of Engel and others v. the Netherlands, 8 th of June 1976. Application no. 5100/71.
EMD Irland mot Storbritannia	Publications of the European Court of Human Rights, Series A Vol. 25. Case of Ireland v. the United Kingdom, 18 th of January 1978. Application no. 5310/71.
EMD Jussila mot Finland	Publications of the European Court of Human Rights. Case of Jussila v. Finland, 23 th of November 2006. Application no 73053/01.

19.3 Netthenvisinger

http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20100721_1bvl000807.html (sist besøkt 4. januar 2012)

www.eur-lex.europa.eu (sist besøkt 4. januar 2012)

www.lovdato.no (sist besøkt 4. januar 2012)

www.eftacourt.int (sist besøkt 4. januar 2012)

http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7031/ (sist besøkt 4. januar 2012)