

Rettsfølger ved norske domstoler når forvaltningen krenker borgernes EØS-rettigheter

Kandidatnummer:

Veileder: Finn Arnesen

Semester: Vår 2006

Antall ord: 39857

Dato: 14. mars 2006

Innholdsfortegnelse

INNHALDSFORTEGNELSE	II
1 INNLEDNING.....	1
1.1 Emnet.....	1
1.2 Litt om begrepsbruken	2
1.3 Særlig om begrepet «rettighet» i nasjonal rett og i fellesskapsretten.....	3
1.4 Rettslige prinsipper som rettskilde og argument.....	6
1.5 Opplegget videre	7
2 FELLESKAPSRETTENS KRAV TIL NASJONAL RETT.....	9
2.1 Forholdet mellom materielle rettigheter og regler som sikrer rettsbeskyttelsen.....	9
2.2 Nærmere om krenkelser av fellesskapsrettigheter.....	11
2.3 Kravet om pådømtbarhet	13
2.4 Adgang til domstolene	14
2.5 Utgangspunktet: medlemsstatenes prosessuelle autonomi	15
2.6 Effektivitetsprinsippet.....	18
2.6.1 Grunnlag.....	18
2.6.2 Kort om innholdet.....	19
2.6.3 Sammenhengen mellom effektivitetsprinsippet og doktrinene om direkte virkning og forrang.....	21
2.6.4 Fellesskapsrettens krav til prosessregler og rettsfølger i medlemsstatene	24
2.6.4.1 Generelt.....	24
2.6.4.2 Fellesskapsrettens krav til prosessreglene i medlemsstatene	24
2.6.4.3 Fellesskapsrettens krav til rettsfølgene i medlemsstatene	28
2.6.4.4 Særlig om positive krav til rettsfølgene i medlemsstatene.....	30
2.7 Ekvivalensprinsippet.....	33
3 EØS-RETTENS KRAV TIL NASJONAL RETT	35
3.1 Innledning.....	35
3.2 Effektivitetsprinsippet i EØS.....	35
3.3 Ekvivalensprinsippet i EØS.....	42
4 RETTIGHETSKATEGORIER, KRENKELSESKATEGORIER OG KRAVET OM PÅDØMTBARHET.....	43
4.1 Forvaltningens krenkelser av borgernes EØS-rettigheter	43
4.1.1 Nærmere om sontringen mellom krav og immunitetsrettighet	43
4.1.2 EØS-rettigheter og kravet til pådømtbarhet.....	46
4.1.3 Nærmere om krenkelser i norsk rett	49
4.2 Den EØS-rettslige forpliktelsen.....	54

4.2.1	EØS-retten som folkerettslig forpliktelse.....	54
4.2.2	EØS-rettens virkning i norsk rett.....	58
4.2.2.1	Generelt.....	58
4.2.2.2	Forvaltningens skjønn er utøvet i strid med EØS-retten.....	59
4.2.2.3	Den norske hjemmelsloven strider mot EØS-avtalen.....	60
5	RETTSFØLGEPALLETEN.....	64
5.1	Generelt om konsekvensene av rettighetskrenkelser.....	64
5.2	Forholdet mellom ugyldighet og øvrige rettsfølger.....	66
5.3	Dom for ugyldighet.....	66
5.3.1	Innledning.....	66
5.3.2	Ugyldighet etter norsk rett.....	67
5.3.3	EØS-rettens påvirkning på ugyldighetsvurderingen.....	71
5.4	Dom for erstatning.....	75
5.4.1	Innledning.....	75
5.4.2	Ett eller to ansvarsgrunnlag?.....	76
5.4.3	Erstatningsansvar etter EØS-avtalen.....	76
5.4.4	Erstatningsansvar etter norsk rett.....	85
5.4.5	Særlig om erstatningsutmålingen.....	88
5.5	Dom for EØS-strid.....	90
5.5.1	Innledning.....	90
5.5.2	Rettslig interesse etter norsk rett.....	91
5.5.3	Særlig om dom for EØS-strid.....	92
5.6	Dom for realitet.....	95
5.6.1	Innledning.....	95
5.6.2	Adgangen til å få dom for realitet etter norsk rett.....	96
5.6.3	EØS-rettens påvirkning på adgangen til å få dom for realitet.....	99
6	AVSLUTNING.....	105
	KILDELISTE.....	107

1 Innledning

1.1 Emnet

EØS-avtalen gir borgerne rettigheter overfor nasjonale myndigheter. Disse rettighetene kan typisk bestå i frihet til å drive virksomhet over landegrensene.¹ Borgernes EØS-baserte rettigheter kan krenkes både av Stortinget, domstolene og forvaltningen. I denne avhandlingen drøfter jeg rettsvirkningene av krenkelser begått ved enkeltvedtak,² og tar for meg hvilke rettsfølger som står til borgernes disposisjon ved norske domstoler, der krenkelsen gjelder borgernes rettigheter etter EØS-avtalens regler om de fire friheter.³

Det finnes ingen domstol på EØS-nivå som har kompetanse til å dømme i saker anlagt av private mot medlemsstatene;⁴ borgerne er henvist til å reise sak ved nasjonale domstoler. Et enkeltvedtak i strid med EØS-bestemmelser som er virksomme nasjonalt, vil samtidig være et brudd på norsk rett. En kunne derfor umiddelbart tro at det er uten betydning at bestemmelsene har et EØS-rettslig opphav. Dette er en forhastet konklusjon: Når nasjonale domstoler behandler saker med en side til EØS-retten, hører de funksjonelt til EØS-rettens rettsorden.⁵ EØS-retten stiller krav til prosessregler og rettsfølger når nasjonale domstoler håndhever EØS-baserte regler. Som det vil fremgå nedenfor i kapittel fem, fremkaller en overtredelse av EØS-reglene på flere punkter mer vidtgående prosessuelle regler og rettsfølger enn overtredelse av rent norske regler.

¹ For en nærmere redegjørelse for de ulike rettighetskategoriene, se pkt. 4.1.1. og 4.1.2.

² Jf. lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 2 b, jf. a. Jeg behandler ikke avtaler med det offentlige som part.

³ Avhandlingens hovedfokus ligger altså ikke på primærregler (hva som er rettmessig myndighetsutøvelse), men på sanksjonsregler (hva som blir konsekvensene der forvaltningen begår feil). For å sette oppgavens tema i sin rette kontekst, kommer jeg likevel til en viss grad til å redegjøre for primærreglene.

⁴ Etter ODA-avtalen (Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol) artikkel 34, jf. lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstoloven) § 51a, kan imidlertid norske domstoler forelegge tolkningsspørsmål for EFTA-domstolen til prejudisiell avgjørelse. EFTA-domstolens avgjørelser er rådgivende.

⁵ Jf. Kakouris, C.N. *Do the Member States Possess Judicial Procedural «Autonomy»?* CML Rev. 2000 s. 1389 flg. (heretter Kakouris) s. 1383 hva angår hva angår nasjonal håndhevelse av fellesskapsretten.

Fremstillingen vil først og fremst omhandle de **materielle** rettsfølgene borgerne kan oppnå der forvaltningen krenker deres EØS-rettigheter. Jeg vil sonde mellom **primære** og **sekundære** rettsfølger.⁶ De primære rettsfølgene har som formål å sikre og gjennomtvinge rettighetene, mens de sekundære rettsfølgene er nye krav som oppstår som følge av en rettighetskrenkelse. Rettsfølger av sistnevnte type vil først og fremst komme på tale der den opprinnelige tilstand ikke lar seg gjenopprette. Rettsfølgen har da som siktemål å bøte på skaden som har inntruffet.⁷

Materielle og prosessuelle spørsmål er imidlertid knyttet så tett sammen, at de prosessuelle spørsmålene ikke kan ligge urørt. Prosessuelle problemstillinger vil bli behandlet i den grad de har direkte betydning for adgangen til å oppnå en materiell rettsfølge.

1.2 Litt om begrepsbruken

I den engelskspråklige fellesskapsrettslige litteratur anvendes regelmessig begrepet «remedy» når det redegjøres for borgernes muligheter til å gjøre gjeldende sine fellesskapsrettigheter for domstolene. Det er ikke lett å oversette «remedy» til norsk. Det tilsvarende uttrykket i EMK artikkel 13 er oversatt til «prøvingsrett», men dette er ingen god oversettelse på fellesskapsrettens begrep. I juridisk litteratur brukes begrepet «remedy» med forskjellig innhold.⁸ De fleste teoretikere bruker begrepet i betydningen **rettsfølger** de nasjonale myndigheter kan tilby et individ som med hell påberoper seg sine fellesskapsrettigheter. Disse teoretikerne skiller mellom «procedure» og «remedy», slik at begrepene omfatter henholdsvis de prosessuelle og de materielle aspektene ved håndhevelsen. Andre teoretikere bruker begrepet «remedy» i en videre betydning, slik at **hele den rettslige prosessen** er omfattet. I denne betydningen omfatter begrepet både de materielle og de prosessuelle aspektene ved håndhevelsen.⁹

⁶ Slik Eilmansberger, Thomas. *The relationship between rights and remedies in EC law: In search of the missing link*. CML Rev. 2004 s. 1199 flg. (heretter Eilmansberger).

⁷ Etter EF-retten er det en utstrakt adgang til å få midlertidig forføyning, med det for øye å forhindre at slik skade oppstår, jf. blant annet C-213/89, *Factortame*.

⁸ En redegjørelse for begrepsbruken finnes i Harlow, Carol. *A Common European Law of Remedies? I: The Future of Remedies in Europe*. Claire Kilpatrick, Tonia Novitz og Paul Skidmore. Oxford, 2000 på s. 73 flg.

⁹ Van Gerven forsøker å definere begrepene «right» «remedy» og «procedure» i Van Gerven, Walter *Of rights, remedies and procedures*. CML Rev. 2000 s. 501 flg. (heretter Van Gerven 2000). Han erkjenner imidlertid vanskelighetene, og begrenser definisjonens anvendelsesområde til sin egen artikkel.

Sondringen mellom materielle og prosessuelle regler er langt fra klar. Grensedragningen varierer fra land til land, og det kan ikke legges til grunn at EF-domstolens inndeling sammenfaller med inndelingen etter norsk rett.

I det følgende vil jeg bruke betegnelsene prosessuelle regler og materielle rettsfølger for det som ovenfor betegnes som henholdsvis «procedure» og «remedy».¹⁰ Uttrykket materielle rettsfølger er ikke et presist begrep, men jeg har ikke funnet et begrep som er mer dekkende.

1.3 Særlig om begrepet «rettighet» i nasjonal rett og i fellesskapsretten

Avhandlingen omhandler rettsfølgene ved krenkelser av borgernes *rettigheter* etter EØS-avtalen. Rettighetsbegrepet står derfor sentralt.

Innholdet i rettighetsbegrepet har vært gjenstand for intens debatt i lang tid. Kjernen i debatten har vært hvorvidt borgerne må kunne håndheve sine rettigheter ved en domstol for at de skal kunne karakteriseres som rettigheter. Jeg tar ikke sikte på å gi en utførlig redegjørelse for begrepets innhold eller ovennevnte debatt, men derimot i korte trekk å klargjøre hva som skiller rettighetsbegrepet i norsk rett og fellesskapsretten.

Rettighetsbegrepet brukes, både i norsk rett og i fellesskapsretten, i vid og snever forstand. Med rettighet i vid forstand siktes det til en persons rettslige makt eller frihet *i forhold til omgivelsene i sin helhet*.¹¹ I slike tilfeller kan det være nokså søkt å snakke om en korresponderende plikt for andre. Slike rettigheter kan ikke beskyttes ved domstolene dersom det ikke har funnet sted en krenkelse, eller det er fare for en krenkelse. En borger kan for eksempel ikke gå til sak for å få slått fast at han har rett til å benytte sin eiendom i fred.¹² Med rettigheter i snever forstand siktes det til hvorvidt borgeren er materielt berettiget overfor motparten i det konkrete tilfellet. For at det skal være tale om en rettighet i snever forstand kreves det (minst) to parter, en rettighetstype og et saksforhold som kan henføres under rettighetstypen.¹³

¹⁰ I litteraturen brukes også begrepet *sanksjoner* om de materielle rettsfølgene. Dette vil synliggjøres gjennom min bruk av sitater. Jeg har imidlertid valgt å avstå fra denne begrepsbruken, i det jeg anlegger en reparasjonsorientert, ikke en sanksjonsorientert, synsvinkel.

¹¹ Andersson, Torbjörn. *Rättsskyddsprincipen*. Lund, 1997 (heretter Andersson 1997a) s. 151.

¹² I norsk rett kan man anse reglene om rettslig interesse, jf. lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) §§ 53 og 54, som et utslag av dette.

¹³ Andersson 1997a s. 154.

Hohfeld tilbyr et analyseverktøy som skal synliggjøre hva som ligger i rettighetsbegrepet,¹⁴ og dette er til god hjelp i fremstillingen av fellesskapsrettens rettighetsbegrep. Verktøyet tar sikte på å kartlegge relasjonen mellom to rettssubjekter. Hohfeld deler rettighetene inn i «claim rights» (krav) og «immunity rights» (immunitetsrettigheter), hvorav førstnevnte er det vi anser som rettigheter i egentlig forstand. En «claim-right» motsvares av en «duty» (plikt), slik at rettighetshaveren har en rett overfor pliktsubjektet, mens en «immunity-right» motsvares av en «disability» (manglende kompetanse), slik at motparten mangler kompetanse til å gripe inn i rettighetshaverens sfære. Skillet mellom de to rettighetskategoriene kan illustreres ved hjelp av en metafor: Ved «claim rights» brukes rettigheten som et sverd, ved «immunity rights» brukes rettigheten som et skjold.¹⁵ Hvorvidt det dreier seg om rettigheter av førstnevnte eller sistnevnte type, har betydning for adgangen til å oppnå de ulike rettsfølgene. Sondringen og dens betydning vil bli nærmere behandlet nedenfor i pkt. 4.1.1.

I norsk rett brukes rettighetsbegrepet ofte som et koblingsord, uten selvstendig innhold.¹⁶ Begrepet kobler visse rettslige betingelser og følger. En slik synsmåte har sitt utspring i den skandinaviske realismen. Realistene anså håndhevelsesmulighetene som det primære, og rettigheten som et produkt av dette.¹⁷ Dersom det manglet håndhevelsesmuligheter, forelå det heller ingen rettighet. I tråd med begrepsbruken ovenfor var altså tilgangen til et «remedy», i betydningen materiell rettsfølge, en nødvendig forutsetning for at det skulle foreligge en rettighet.¹⁸ I denne sammenheng er det viktig å understreke at det her er snakk om rettigheter i **snever forstand**. I norsk rett er det vanlig å definere et rettskrav som et krav som kan håndheves ved domstolene.

EF-domstolen har ikke tydeliggjort hva den legger i rettighetsbegrepet. Dette kan ha sammenheng med at fellesskapet består av stater med både common law- og civil law-tradisjoner, og at EF-domstolen derfor ikke har latt

¹⁴ Hohfeld, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions*. Connecticut, 1964. Redigert av Walter Wheeler Cook.

¹⁵ Hilson, Chris. *Making Sense of Rights: Community Rights in EC Law*. Av Chris Hilson og Tony Downes. ELRev 1999 s. 121 flg. (heretter Hilson 1999) s. 125.

¹⁶ Eng, Svein. *Rettsfilosofi*. Foreløpig utgave. Oslo, 2005 (heretter Eng 2005) s. 151.

¹⁷ Hjelmeng, Erling. *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*. Bergen, 2003 (heretter Hjelmeng 2003) s. 39.

¹⁸ For en nærmere behandling av rettighetsbegrepet i skandinavisk rett, se Andersson, Torbjörn *Remedies for the breach of EC Law before Swedish Courts*. I: Remedies for breach of EC Law. Redigert av Andrea Biondi og Julian Lonbay. Sussex, 1997 (heretter Andersson 1997b) s. 150 flg.

problemstillingen komme på spissen. I fellesskapsretten er rettighetsbegrepet løsrevet fra muligheten til å oppnå en rettsfølge. I EF-retten tas det utgangspunkt i rettigheten, for så å stille krav til beskyttelsen. Prechal formulerer det slik

«[O]ne cannot (...) make the existence of the right depend on whether or not the right is protected in the courts. In other words, in Community law it is not «*ubi remedium ibi ius*» but «*ubi ius ibi remedium*.»¹⁹

Fenger hevder, under henvisning til Andersson, at det

«hermed opstår en markant forskel mellom på den ene side det deskriptive skandinaviske rettighetsbegreb og på den anden side den bredere anvendelse af rettighetsbegrebet, som Domstolen anvender, når den taler om fællesskabsrettigheder. (...) [d]isse rettigheder [kan] ikke nødvendigvis i alle tilfælde (...) håndhæves ...»²⁰

At EF-domstolen går veien om rettighetsbegrepet, og deretter stiller krav til rettsfølger ved krenkelse av rettighetene, vil i tråd med skandinavisk oppfatning representere en kobling mellom den materielle normen og de rettsfølger beskyttelsen fører med seg.²¹

Rettighetene som utledes av fellesskapsretten er rettigheter i vid forstand. Fellesskapsretten stiller ikke krav om at disse skal kunne håndheves i sin totalitet, men krever derimot at rettigheter i snever forstand kan gjennomdrives. Rettsbeskyttelsesprinsippet innebærer ifølge Andersson at

«rettsordningen [måste] tillhandahåll[a] medel för att skydda [rättigheter i vid mening] mot kränkningar, och/eller för att återställa eller kompensera för inträffade kränkningar. Sådana medel ska ge upphov till atomära rättigheter, vars genomdrivande innebär att den vida rättigheten skyddas.»²²

Muligheten for å håndheve rettigheter i snever forstand innebærer med andre ord en beskyttelse av rettighetene i vid forstand.

¹⁹ Prechal, Sacha. *Directives in European Community Law*. Oxford, 1995. (heretter Prechal 1995) s. 143. Denne tilnærmingen er imidlertid ikke udiskutabel. Eilmansberger argumenterer for at forholdet like gjerne kan være det motsatte: *Ubi remedium, ibi ius* (rettigheten bestemmes ut fra eksistensen av en rettsfølge). EF-domstolens rettspraksis, herunder Sak 26/62, *Van Gend en Loos* og sak 222/86, *Heylens*, trekker imidlertid entydig i retning av at førstnevnte betraktning skal legges til grunn i fellesskapsretten. Hvilken betraktningsmåte som anlegges har betydning for utstrekningen av medlemsstatenes prosessuelle autonomi.

²⁰ Fenger Niels, *Forvaltning og fællesskab*. København, 2004 (heretter Fenger) s. 53 med videre henvisninger.

²¹ Hjelmeng 2003 s. 40.

²² Andersson 1997a s. 168.

1.4 Rettslige prinsipper som rettskilde og argument

Rettslige prinsipper har en fremtredende plass ved løsningen av EØS-rettslige problemstillinger.²³ De krav EØS-retten stiller til nasjonale domstoler når de håndhever borgernes rettigheter fastlegges i stor grad ut fra slike generelle prinsipper, herunder **prinsippet om medlemsstatenes prosessuelle autonomi**, **effektivitetsprinsippet** og **ekvivalensprinsippet**.

Det er ikke noen klar oppfatning av hva som kan anses som et «prinsipp». Hart trekker ut noen karakteristiske og ukontroversielle elementer ved prinsippene, som skiller dem fra regler:

«Principles are, relatively to rules, broad, general or unspecific, in the sense that often what would be regarded as a number of distinct rules can be exhibited as the exemplifications or instantiations of a single principle [and] principles, because they refer more or less explicitly to some purpose, goal, entitlement, or value, are regarded from some point of view as desirable to maintain, or to adhere to, and so not only as providing an explanation or rationale of the rules which exemplify them, but as at least contributing to their justification.»²⁴

Dworkin hevder at den grunnleggende forskjellen mellom regler og prinsipper

«is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid (...) or it is not (...) this is not the way (...) principles (...) operate (...) [A] principle is one which officials must take into account, if it is relevant, as a consideration inclining in one direction or another (...) Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight and importance. When principles intersect (...) one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each.»²⁵

Hart kritiserer denne skarpe kontrasten mellom regler og prinsipper. Han viser til at regler kan kollidere med prinsipper, og gir eksempler på at prinsippene kan vinne over reglene. Han hevder at skillet mellom prinsipper og regler er et spørsmål om **grad**.²⁶ Hvis vi anlegger Harts betraktningssmåte kan vi si at prinsipper betegner svært generelle eller vage rettsnormer.²⁷ Et prinsipp kan trekke i den ene eller andre retningen, med større eller mindre tyngde. Som påpekt av Graver, «synes de fleste å være enige om at prinsipper har

²³ En generell redegjørelse for prinsipper i *norsk rett* finnes i Graver, Hans Petter. *I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper* (ennå ikke publisert) (heretter Graver 2006).

²⁴ Hart, H.L.A. *The Concept of Law*. 2. utgave. Med etterord redigert av Penelope A. Bulloch og Joseph Raz. Oxford, 1994 (heretter Hart) s. 262 (i etterordet).

²⁵ Dworkin, Ronald. *Taking rights seriously*. 6. utgave. Bath, 1991. s. 22 flg.

²⁶ Hart s. 262.

²⁷ Sundby, Nils Kristian. *Om normer*. 2. utgave. Oslo, 1978 (heretter Sundby) s. 195.

retningslinjekarakter, i den forstand at de i motsetning til en regel ikke angir et bestemt resultat.»²⁸

Backer skisserer ulike betydninger av begrepet: Et rettslig prinsipp kan være et standpunkt til hovedspørsmål; et rettslig standpunkt på høyt generalitetsnivå; en generalisering eller sammenfatning av enkeltregler; en overordnet retningslinje eller grunnkrav, eller minimumsnormer som må oppfylles.²⁹ Hvilken status et gitt prinsipp har, vil blant annet bero på prinsippets grunnlag og innhold. Når det gjelder de tre ovennevnte prinsipper, må disse trolig betraktes som rettslige standpunkter på et høyt generalitetsnivå. Dette innebærer at slutningene man trekker fra prinsippene kan være usikre, og at de ofte vil gi dårlig veiledning om konkrete løsninger på rettsspørsmål.³⁰

Smith er skeptisk til bruken av prinsipper, og hevder at påberopelse av prinsipper kan gi falsk autoritet. Han mener begrepets flertydighet og ordets emotive appell gir grunn til å vise forsiktighet.³¹

Prinsippenes betydning ved løsningen av konkrete juridiske problemer er særlig fremtredende i situasjoner som de vi står overfor i det følgende. Vi har å gjøre med ulike prinsipper som trekker i hver sin retning. Det må foretas en avveining av prinsippene i hvert enkelt tilfelle, jf. balansetesten beskrevet i pkt. 2.6.4.2. Det lar seg ikke gjøre å si noe generelt om hvordan avveiningen vil slå ut, siden dette vil avhenge av omstendighetene i hver enkelt sak.

1.5 Opplegget videre

Den videre fremstillingen faller i fem deler. Siktemålet med kapittel to er å skissere hvilke krav EF-retten stiller til medlemsstatene når de håndhever søksmål basert på fellesskapsretten. Denne fremstillingen vil i stor grad være abstrakt, og vil ikke knyttes opp mot særlige prosessuelle regler eller rettsfølger. I avhandlingens kapittel tre drøfter jeg i hvilken grad fellesskapsrettens krav – eller krav med tilsvarende innhold – er en del av EØS-retten, og videre om kravene er anerkjent som gjeldende norsk rett. Siktemålet med kapittel to og tre er å etablere et analyseverktøy som kan anvendes ved vurderingen av EØS-rettens påvirkning på rettsfølgespørsmålet

²⁸ Graver 2006

²⁹ Backer, Inge Lorange. *Innføring i naturessurs- og miljørett*. 4. utgave. Oslo, 2002. (heretter Backer) s. 49-50.

³⁰ Backer s. 49.

³¹ Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*. 7. utgave ved Eivind Smith. Oslo, 2003 (heretter Eckhoff/Smith) s. 30 flg. Også Eng er kritisk til bruken av prinsipper, jf. Eng, Svein. *U/enighetsanalyse*. Oslo, 1998 (heretter Eng 1998) s. 478 flg.

ved norske domstoler. I kapittel fire går jeg de ulike rettighetskategoriene nærmere etter i sømmene, og redegjør for hvordan disse rettighetene kan krenkes av forvaltningen. Videre skisserer jeg fremgangsmåten for å fastlegge EØS-forpliktelsens innhold på det folkerettslige plan, og redegjør for EØS-rettens virkning i norsk rett. Analysen i kapittel fem er avhandlingens mest sentrale del. Jeg undersøker her hvordan kravene som utledes av EØS-avtalen nyanserer den tradisjonelle oppfatningen om virkningene av forvaltningens krenkelser av borgernes rettigheter. Sentralt i analysen står spørsmålet om i hvilken grad EØS-retten gjør det påkrevd med særlige regler. Her går jeg nærmere inn på de særskilte kravene fellesskapsretten og EØS-retten stiller til prosessreglene og rettsfølgene i norsk rett. Rettsfølgene jeg har valgt å behandle er ugyldighet, erstatning, dom for EØS-strid og dom for realitet. I avslutningskapittelet – kapittel seks – gir jeg et lite tilbakeblikk på de funn jeg har gjort underveis, og antyder hvilken betydning dette vil få for rettstilstanden i Norge.

2 Fellesskapsrettens krav til nasjonal rett

2.1 Forholdet mellom materielle rettigheter og regler som sikrer rettsbeskyttelsen

Både EF-traktaten og sekundærlovgivningen tilkjenner borgerne materielle rettigheter. I Van Gend en Loos uttalte EF-domstolen:

«Community law not only imposes obligations on individuals but is also intended to confer upon them rights which become part of their legal heritage. These rights arise not only where they are expressly granted by the Treaty but also by reason of obligations which the Treaty imposes upon the member states and upon the institutions of the Community.»

Disse to formene for rettigheter er omtalt i litteraturen som henholdsvis direkte og indirekte tildelte rettigheter.³² Etter Hohfelds analysemodell er det at borgerne tilkjennes rettigheter der traktaten pålegger medlemsstatene og fellesskapsinstitusjonene plikter, en konsekvens av at en plikt motsvares av en rettighet.³³

Rettighetene er imidlertid lite verdt dersom individet mangler mulighet til å få dem respektert. I fellesskapsretten er det ikke vanlig å trekke inn håndhevingsaspektet når man definerer rettighetsbegrepet: «[T]he existence of a right and the ways in which it is protected are two separate issues.»³⁴ Hvorvidt en borger kan oppnå en rettsfølge ved nasjonale domstoler beror på en treleddet test: Borgeren må ha en rettighet; rettighetsbestemmelsen må kunne anvendes av nasjonale domstoler og den nasjonale rettsordenen må inneholde regler som tilbyr borgeren en effektiv beskyttelse av rettigheten.

Hvorvidt de fellesskapsrettslige bestemmelsene gir borgerne rettigheter beror på en innholdsmessig vurdering, og må fastlegges ut fra en tolkning.³⁵ For at nasjonale domstoler skal kunne anvende en rettighetsbestemmelse, må de

³² Slik Eilmansberger s. 1227.

³³ Se ovenfor pkt. 1.3. For å fastlegge hvorvidt borgeren tilkjennes en rettighet, er det nødvendig å fastlegge hvorvidt plikten gjelder *overfor borgeren*. Her gir Hohfelds metode ingen veiledning.

³⁴ Prechal 1995 s. 129.

³⁵ For at borgerne skal kunne sies å ha en immunitetsrettighet, er det imidlertid ikke ubetinget avgjørende om bestemmelsen som påberopes gir borgerne rettigheter, jf. nedenfor i pkt. 4.1.1.

kunne fastlegge rettighetens innhold – bestemmelsen må være «complete and legally perfect».³⁶ Dette kravet drøftes nærmere nedenfor i pkt. 2.3. For at borgeren skal sikres en effektiv beskyttelse av fellesskapsrettighetene, er det nødvendig med en materiell rettsfølge, samt prosessuelle muligheter til å drive gjennom kravet.³⁷

En slik tankemåte – hvor den materielle rettighet skilles fra reglene som sikrer dens etterlevelse – er uvant for norske jurister, jf. pkt. 1.3. ovenfor. Ettersom det i norsk rett er vanlig å definere et rettskrav som et krav som kan håndheves ved domstolene, smelter de prosessuelle og materielle aspektene sammen.

Et særlig spørsmål er om det kun er rettighetshavere som kan håndheve fellesskapsretten, med andre ord om rettighetsposisjonen er en **nødvendig betingelse** for å påberope fellesskapsretten.³⁸ Dette er i realiteten et spørsmål om hvem som har rettslig interesse etter fellesskapsretten. Spørsmålet ligger utenfor avhandlingens tema, men jeg bemerker at EF-domstolen har godtatt at andre enn rettighetshaveren kan gå til sak dersom vedkommende har en interesse i sakens utfall og søksmålsadgang vil bidra til å fremme fellesskapsrettens gjennomslag (**effet utile**).³⁹

Fellesskapsnormer som tillegger borgerne rettigheter kan håndheves sentralt eller lokalt. Sentral håndhevelse ved fellesskapets domstoler er forholdsvis sjeldent; EF-retten håndheves i stor grad lokalt, ved domstolene i den enkelte medlemsstat. En slik desentralisert håndhevelse er hensiktsmessig, idet EF-domstolen ikke har kapasitet til å behandle søksmål fra borgerne i 25 medlemsstater. Videre er fellesskapsretten så sammenfiltret med nasjonal rett, at det ville vært vanskelig å bringe dem inn for forskjellige domstoler.⁴⁰

I fellesskapsretten eksisterer det et prinsipp som går ut på at der det finnes en rettighet, må det også finnes en rettsfølge (**ubi jus ibi remedium**).⁴¹

³⁶ Winter, J.A. **Direct applicability and direct effect – Two distinct and different concepts in Community law**. CML Rev 1972 s. 425 flg. (heretter Winter) s. 434.

³⁷ Hjelmeng 2003 s. 38.

³⁸ Spørsmålet om det kun er rettighetshavere som kan nyte godt av rettsbeskyttelse i **norsk** rett drøftes i Fleischer, Carl August. «**Rettighet**» kontra «**interesse**» i **norsk rett og rettsutvikling**. Tidsskrift for rettsvitenskap 1987 s. 244 flg.

³⁹ Jf. eksempelvis forente saker C-87/90, C-88/90 og C-89/90, **Verholen**. For en nærmere behandling av problemstillingen, se Hauger, Ida. **EF-rettens krav til søksmålsadgang ved nasjonale domstoler**. Oslo, 2004 (heretter Hauger) s. 46 flg.

⁴⁰ Schermers, Henry G. **Judicial protection in the European Union**. Henry G. Schermers, Denis F. Waelbroeck. 6. utgave, Haag, 2001 (heretter Schermers). s. 197.

⁴¹ I **Heylens**-saken uttalte EF-domstolen at «Since free access to employment is a fundamental right which the Treaty confers individually on each worker in the Community, the existence of a remedy of a judicial nature against any decision of a

Fellesskapsretten er imidlertid fattig på prosessregler og regler om rettsfølger ved nasjonal håndhevelse. Noen direktiver oppstiller eksplisitte krav til prosessregler og rettsfølger i medlemsstatene.⁴² EF-traktatens artikkel 65, sammenholdt med artiklene 61 og 67, åpner også for at fellesskapsorganene på visse områder kan foreta en harmonisering av de prosessuelle reglene i medlemsstatene. I fravær av slik fellesskapsrettslig harmonisering, vil nasjonale prosessregler og rettsfølger være avgjørende ved behandlingen av søksmål basert på fellesskapsretten ved nasjonale domstoler. Dette kan medføre store forskjeller mellom medlemsstatene når det gjelder beskyttelsesnivå. I tillegg kommer at dersom medlemsstatene står helt fritt ved fastleggelsen av slike regler, kan de gjøre fellesskapsrettighetene illusoriske. For å unngå dette har EF-domstolen oppstilt enkelte krav til nasjonale domstoler når de behandler søksmål basert på fellesskapsretten.

Med et sammenfattende begrep kaller Andersson kravene til nasjonale prosessregler og rettsfølger for «rättsskyddsprincipen».⁴³ EF-retten krever at individenes rettigheter beskyttes ved at den nasjonale rettsordningen stiller adekvate rettsfølger og prosessuelle gjennomdrivningsmekanismer til de enkeltes disposisjon.⁴⁴ EF-rettens krav til nasjonale prosessregler og rettsfølger kan stikkordsmessig omtales som effektivitetsprinsippet og ekvivalensprinsippet.

2.2 Nærmere om krenkelser av fellesskapsrettigheter

Det har vært diskutert hvorvidt plikten til å tilby rettsfølger gjelder både ved brudd på bestemmelser i EF-traktaten og i sekundærlovgivningen. Spørsmålet aktualiseres ettersom enkelte direktiver inneholder særlige bestemmelser om rettsfølger.⁴⁵ Dette kunne tyde på at medlemsstatene ikke er forpliktet til å tilby rettsfølger i fravær av slike eksplisitte bestemmelser.

national authority refusing the benefit of that right is essential in order to secure for the individual effective protection for his right», jf. *Heylens*, premiss 14.

⁴² Langt i så måte går direktiv 89/665/EØF (om gjennomføring av klagebehandling i forbindelse med tildeling av offentlige varekjøps- samt bygge- og anleggskontrakter) og direktiv 92/13/EØF (om anvendelsen av fellesskapsreglene på innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon).

⁴³ Andersson 1997a s. 71.

⁴⁴ Andersson 1997a s. 199.

⁴⁵ Dette er for eksempel tilfellet med direktiv 76/207/EØF (likestillingsdirektivet).

I brorparten av den juridiske litteratur skiller det ikke mellom krenkelser av rettigheter tilkjent i direktiver og rettigheter med annet hjemmelsgrunnlag. Prechal hevder at

«the requirements of effective, dissuasive and proportionate sanctions or remedies seem to apply irrespective of the nature of the Community rule infringed, whether directive, regulation, Treaty provision or potentially also decision. Furthermore there is, in my view no doubt that the requirements also apply in case of infringements of **national** provisions which, for instance implement a directive»⁴⁶

Etter det jeg kan se har heller ikke domstolen kommet med noen uttalelse som skulle indikere noen forskjell. Det kan òg spørres om det finnes tungtveiende grunner for å sonde mellom rettigheter i direktiver og rettigheter med annet hjemmelsgrunnlag. Brudd på direktivbestemmelser kan være like inngripende for borgeren som brudd på andre bestemmelser, og han vil derfor ha et tilsvarende behov for rettsbeskyttelse. Rettighetene etter et direktiv vil også være lite verdt dersom det ikke kobles rettsfølger til rettighetene.⁴⁷ Jeg vil i det følgende legge til grunn at fellesskapsrettens krav er de samme, uavhengig av rettighetens hjemmelsgrunnlag.

Et beslektet spørsmål er om kravene til rettsfølger som er oppstilt på ulovfestet grunnlag er andre enn i de tilfellene direktivene inneholder eksplisitte bestemmelser om rettsfølger. Noen direktiver oppstiller uttrykkelige regler om **hvilke** rettsfølger som skal stå til borgerens disposisjon, og det er på det rene at disse bestemmelsene går lengre enn det som gjelder på ulovfestet grunnlag.⁴⁸ Spørsmålet oppstår for de direktiver som oppstiller en **generell** plikt til å tilby rettsfølger.⁴⁹ Oppfatningene i litteraturen varierer. Steiner og Woods mener kravene til rettsfølger er ulike i de to situasjonene,⁵⁰ mens Hjelmeng sier at det «neppe [er] grunn til å anta at kravene på andre områder er mindre

⁴⁶ Prechal, Sacha. *EC requirements for an effective remedy*. I: Remedies for Breach of EC Law. Redigert av Andrea Biondi og Julian Lonbay. Sussex, 1997 (heretter Prechal 1997) s. 5 (uthevet i teksten).

⁴⁷ En ting er at ikke-gjennomførte direktiver kan ha direkte virkning. At borgerne kan påberope rettigheten for nasjonale domstoler er en **forutsetning** for at deres rettsstilling skal beskyttes, men er ikke i seg selv tilstrekkelig. Det kreves i tillegg at domstolene kan idømme en rettsfølge for å bøte på den krenkelsen som har funnet sted, jf. ovenfor pkt. 2.1.

⁴⁸ Dette er eksempelvis tilfellet for direktiv 89/665/EØF.

⁴⁹ Eksempelvis likestillingsdirektivet artikkel 6, som pålegger medlemsstatene å innføre i sin nasjonale rettsorden «de tiltak som er nødvendige for at alle som mener de er blitt skadelidende ved at prinsippet om likebehandling (...) ikke er blitt anvendt i deres tilfelle, kan bringe sine krav inn for retten».

⁵⁰ Steiner, Josephine. *Textbook on EC Law*. Av Josephine Steiner og Lorna Woods. 8. utgave. Oxford, 2003. s. 130.

omfattende enn det som følger av for eksempel likestillingsdirektivet art. 6.»⁵¹ Jeg tolker rettspraksis slik at kravene til rettsfølger er de samme på ulovfestet grunnlag som der direktivet inneholder generelle bestemmelser om rettsfølger.⁵²

2.3 Kravet om pådømarhet

For at nasjonale domstoler skal kunne anvende en folkerettslig bestemmelse, for eksempel som grunnlag for å statuere ugyldighet, kreves det at bestemmelsen har selvkraft, med andre ord at den er direkte anvendelig. Det er derfor nødvendig å sondre mellom folkerettsbestemmelser

«liable to be applied directly by the courts (self-executing) and other provisions which need to be acted upon by the legislature before they can be regarded by the courts as legal rules to be enforced by them».⁵³

I NOU 1993: 18 defineres selvkraft slik:

«[T]raktaten eller en bestemt del av den [må være] utformet slik at teksten som sådan er egnet til å bli umiddelbart anvendt av nasjonale myndigheter. Rettsanvendere skal være i stand til å konkretisere de plikter og rettigheter traktaten skaper. Videre forutsettes det at lovgivning ikke er nødvendig før individuelle rettigheter kan utledes av traktatteksten.»⁵⁴

Det er ikke opp til de nasjonale rettsordener å fastlegge hvorvidt traktatbestemmelser har selvkraft; spørsmålet må løses på det folkerettslige plan.⁵⁵

EF-domstolens lære om direkte anvendelighet⁵⁶ er atskillig mer utviklet enn den generelle læren om selvkraft. I den alminnelige folkeretten legges det stor vekt på hvem som er adressat for forpliktelsen, med andre ord om

⁵¹ Hjelmeng 2003 s. 51. Slik også Caranta, Roberto. *Judicial Protection against Member States: A new Jus Commune takes shape*. CML Rev 1995 s. 703 flg. (heretter Caranta) s. 712.

⁵² EF-domstolen har oppstilt lignende krav til rettsfølgene ved håndhevelsen av bestemmelser i forordninger, jf. eksempelvis sak C-382/92, *Kommisjonen mot Storbritannia*, som der direktivet inneholdt eksplisitte bestemmelser om rettsfølger, eksempelvis sak 14/83, *Von Colson*. Kravene ble i førstnevnte tilfelle forankret i lojalitetsprinsippet i EF-traktaten artikkel 5 (nå artikkel 10).

⁵³ Winter s. 428.

⁵⁴ NOU 1993: 18 (Lovgivning om menneskerettigheter) s. 104. For en nærmere behandling av temaet, se Cassese, Antonio. *International Law*. 2. utgave. New York, 2005 s. 226 flg.

⁵⁵ Winter s. 428.

⁵⁶ Det er viktig å holde begrepet atskilt fra «umiddelbar anvendelighet». Sistnevnte begrep brukes som en henvisning til at forordninger blir en del av nasjonal rett, uten at det er påkrevd med en nærmere gjennomføringsakt, jf. EF-traktaten artikkel 249.

bestemmelsen er ment å skulle håndheves av de nasjonale domstoler. Dette er ikke et viktig moment etter fellesskapsretten,⁵⁷ her ligger fokuset på bestemmelsens **egnethet**. Bestemmelsen må være «complete and legally perfect».⁵⁸

EF-domstolen har formulert det slik at fellesskapsbestemmelsen må være «unconditional and sufficiently precise». I dette ligger at bestemmelsen må være klar, ubetinget og i prinsippet ikke kreve nærmere lovgivning fra medlemsstatene eller fellesskapet.⁵⁹

Både bestemmelsene i EF-traktaten, direktiver og forordninger må tilfredsstillende kravet til presisjon og ubetingethet for å kunne anvendes av nasjonale domstoler.⁶⁰ Spørsmålet kommer imidlertid på spissen for direktivbestemmelser, all den tid de som regel ikke er **ment** å skulle skape rettigheter direkte for borgeren. Forutsetningen er at direktivets rettigheter skal gjennomføres ved nasjonale regler i medlemsstatene. Dette er ikke til hinder for at borgeren kan utlede rettigheter av direktivet dersom medlemsstaten ikke har overholdt gjennomføringsforpliktelsen, jf. pkt. 2.6.3. I slike tilfeller stilles det imidlertid strenge krav til bestemmelsens egnethet.

2.4 Adgang til domstolene

EF-domstolen har lagt til grunn at den som anser sine fellesskapsrettigheter for krenket, skal ha adgang til domstolene. Dette er en forutsetning for at krenkelsen skal kunne statueres, og at borgeren skal få tilkjent rettsfølger. Andersson formulerer dette som et krav om «rättslig kontroll».⁶¹

I Johnston uttalte EF-domstolen at

«the requirement of judicial control stipulated by [article 6 in directive 76/207] reflects a general principle of law which underlies the constitutional traditions common to the member states. That principle is also laid down in articles 6 and 13 of the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms of 4. November 1950.»⁶²

⁵⁷ Winter s. 433.

⁵⁸ Winter s. 434.

⁵⁹ Winter s. 424.

⁶⁰ På tross av at forordninger gjelder i medlemsstatene uten ytterligere gjennomføringstiltak, er ikke alle bestemmelser i forordninger tilstrekkelig presise og uforbeholdne til å kunne håndheves av nasjonale domstoler, jf. nærmere Winter s. 436.

⁶¹ Andersson 1997a s. 109.

⁶² Sak 222/84, *Johnston*, premiss 18.

Domstolen anså her at retten til en rettsfølge også omfattet adgang til rettslig overprøving. Standpunktet ble bekreftet i sakene Heylens og Borelli.⁶³ Sammenhengen mellom en effektiv rettsbeskyttelse og adgang til domstolene går klart frem av Heylens:

«Since free access to employment is a fundamental right which the Treaty confers individually on each worker in the Community, the existence of a remedy of a judicial nature against any decision of a national authority refusing the benefit of that right is **essential in order to secure for the individual effective protection of his right.**»⁶⁴

Det er etter dette klart at kravet om rettslig prøvingsadgang utgjør et generelt fellesskapsrettslig prinsipp.

Av prinsippet om adgang til domstolene følger det imidlertid ikke noe krav om at domstolene fullt ut skal kunne overprøve forvaltningens skjønnsutøvelse, jf. Generaladvokat Légers uttalelse i Upjohn:

« Community law do not require Member States to introduce a procedure for judicial review of decisions taken by national authorities which would enable the competent national courts to substitute their assessment for that of the national authority (...)»⁶⁵

Grensene for domstolenes prøvelsesrett trekkes således fremdeles opp etter nasjonal rett.

2.5 Utgangspunktet: medlemsstatenes prosessuelle autonomi

Domstolen uttalte i Rewe at

«in the absence of Community rules on this subject it is for the domestic legal system of each member state to designate the courts having jurisdiction and to determine the procedural conditions governing actions at law intended to ensure the protection of the rights which citizens have from the direct effect of Community law.»⁶⁶

I teorien blir dette omtalt som prinsippet om medlemsstatenes prosessuelle autonomi.⁶⁷ Begrepet prosessuell autonomi gir imidlertid ikke uttrykk for at

⁶³ Sak C-97/91, **Borelli**.

⁶⁴ Premiss 14 (min uthevelse).

⁶⁵ Generaladvokat Léger i sak C-120/97, **Upjohn**, premiss 59. Synspunktet ble fulgt opp av EF-domstolen. For en nærmere redegjørelse for **Upjohn**-saken, se pkt. 5.6.3.

⁶⁶ Sak 33/76, **Rewe**, premiss 5. Tilsvarende i sak 45/76, **Comet**, avsagt samme dag.

⁶⁷ Slik eksempelvis Schermers s. 199 flg.

autonomien også omfatter rettsfølgene,⁶⁸ men det går klart frem av blant annet Express Diary Foods-saken:

« Disputes (...) [that come] within the jurisdiction of national courts (...) must be settled by those courts in application of their national law as regards **both procedure and substance** to the extent to which community law has not made other provisions on the matter.»⁶⁹

Dougan presiserer innholdet av begrepet slik:

«[T]he presumption of domestic autonomy applies only to determine the modalities under which Treaty rights are exercised before the national courts (...) whereas the conditions governing the very existence and nature of a right under Community law fall to be defined directly by the Court of Justice.»⁷⁰

Som nevnt under pkt. 2.1. er det imidlertid en nær sammenheng mellom rettighetens eksistens og utøvelsen av den.

Prinsippet om medlemsstatenes prosessuelle autonomi har nær tilknytning til subsidiaritetsprinsippet.⁷¹ Kort fortalt går prinsippet ut på at EU skal ikke gripe inn på et område med mindre det er klart at målet bedre kan oppnås ved felles regler enn på nasjonalt plan.⁷² Det nærmere innholdet i subsidiaritetsprinsippet er imidlertid langt fra klart. Det er omstridt i teorien hvorvidt prinsippet har betydning i andre tilfeller enn ved uformingen av generell regulering, jf. EF-traktaten artikkel 5 annet og tredje ledd. Schilling hevder at denne bestemmelsen bare er et spesielt utslag av det bredere subsidiaritetsprinsippet.⁷³ Dette prinsippet har videre anvendelse og flere adressater enn artikkel 5 annet og tredje ledd. Han hevder at

«[a]s a pervading principle to be respected by all the institutions of the Community, including the Court of Justice, it also applies to the interpretation and application of Community law (...)», og

«it pervades the whole field of the relationship between Community and Member State competences.»

⁶⁸ Jf. Kilpatrick, Claire. *The Future of Remedies in Europe*. I: *The Future of Remedies in Europe*. Claire Kilpatrick, Tonia Novitz og Paul Skidmore. Oxford, 2000 s. 4.

⁶⁹ Sak 130/79, *Express Dairy Foods*, premiss 11 (min utheving).

⁷⁰ Dougan, Michael. *National Remedies before the Court of Justice*. Oxford, 2004 (heretter Dougan) s. 18-19.

⁷¹ Accetto, Metej. *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*. Metej Accetto og Stefan Zleptnig. European Public Law 2005 s. 375 (heretter Accetto) s. 395.

⁷² Sejersted, Fredrik. *EØS-rett*. 2. utgave Oslo, 2004. Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyen og Olav Kolstad (heretter Sejersted 2004) s. 66.

⁷³ Schilling, Theodor. *Subsidiarity as a Rule and a Principle*. Jean Monet Working Paper 10/95.

Ved å anlegge en slik betraktning, vil subsidiaritetsprinsippet også komme til anvendelse ved utviklingen av generelle rettsgrunnsetninger gjennom rettspraksis.⁷⁴

Subsidiaritetsprinsippet har imidlertid i liten grad betydning som rettslig skranke for EU-organenes kompetanse,⁷⁵ og heller ikke prinsippet om medlemsstatenes prosessuelle autonomi har blitt ansett å utgjøre noen slik kompetanseskranke.

Det er uenighet om det fremdeles eksisterer et prinsipp om prosessuell autonomi. Kakouris benekter eksistensen av nasjonal prosessuell autonomi.⁷⁶ Prechal anser diskusjonen som begrepsjurisprudens, og støtter eksistensen av prosessuell autonomi for så vidt det siktes til at nasjonale bestemmelser kommer til anvendelse i den grad det ikke eksisterer fellesskapsrettslige regler på området.⁷⁷ Van Gerven benytter i stedet begrepet prosessuell **kompetanse**.⁷⁸ Andersson anfører at

«[g]rænsen till den nationella autonomin på process- och sanktionsområdena som tycks framgå av de tidiga rättsfallen [Rewe og Comet] har passerats så många gånger av EG-domstolen att gränsen framstår som upphävd.»⁷⁹

Anderssons uttalelse kan ikke tolkes slik at medlemsstatene ikke lenger har noen prosessuell autonomi, men kan tas til inntekt for at grensen ikke lenger kan fastsettes på bakgrunn av de klare kriteriene oppstilt i EF-domstolens tidlige praksis. Jeg slutter meg til Andersson på dette punkt, jf. nedenfor pkt. 2.6.2.

Fellesskapsinstitusjonene har forholdsvis vid kompetanse til å vedta harmoniserende regler om prosess og rettsfølger. På områder der det ikke er foretatt noen harmonisering i rettspraksis eller gjennom sekundærlovgivning, må nasjonale domstoler anvende nasjonale regler om prosess og rettsfølger. Anvendelsen av nasjonale regler er derfor egentlig bare et supplement til fellesskapsreglene. Nasjonal selvbestemmelsesrett eksisterer kun i fravær av

⁷⁴ Forholdet mellom subsidiaritetsprinsippet og medlemsstatenes prosessuelle autonomi betones av Generaladvokat Jacobs i forente saker C-430/93 og C-431/93, *Van Schijndel* premiss 27: «[I]f the view was taken that national procedural rules must always yield to Community law, that would (...) be regarded as infringing (...) the principle of subsidiarity, which reflects precisely the balance which the Court has sought to attain in this area (...)»

⁷⁵ Sejersted 2004 s. 67.

⁷⁶ Kakouris s. 1389 flg.

⁷⁷ Prechal, Sacha. *Community Law in National Courts: The Lessons from Van Schijndel*. CML Rev. 1998 s. 681 flg. (heretter Prechal 1998).

⁷⁸ Van Gerven 2000 s. 502.

⁷⁹ Andersson 1997a s. 80.

fellesskapsrettslige regler, og det kan derfor diskuteres om det er treffende å snakke om nasjonal prosessuell autonomi. Jeg vil likevel benytte begrepet i det følgende, da dette er i tråd med hoveddelen av den juridiske litteratur.

I *Rewe* stilte EF-domstolen opp to unntak fra prinsippet om nasjonal prosessuell autonomi:

«such conditions cannot be less favourable than those relating to similar actions of a domestic nature (...)» , og

«the conditions would be different only if the conditions and time-limits made it impossible in practice to exercise the rights which the national courts are obliged to protect.»⁸⁰

Begrensningene omtales i litteraturen som henholdsvis ekvivalensprinsippet og effektivitetsprinsippet. Disse er kumulative krav, slik at begge må være oppfylt for at nasjonal rett skal leve opp til fellesskapsrettens krav.

2.6 Effektivitetsprinsippet

2.6.1 Grunnlag

I sin tidlige rettspraksis – *Rewe*, *Comet* og *Denkavit*⁸¹ – forankret EF-domstolen effektivitetsprinsippet i EF-traktatens bestemmelse om lojalitetsplikt. Disse dommene ble avsagt på slutten av 70- og begynnelsen av 80-tallet, og i mange senere tilfeller har EF-domstolen vist til praksis, til tross for at avgjørelsen i realiteten er basert på artikkel 10.⁸² I *San Giorgio* uttalte domstolen at

«the court has consistently held that [the] conditions [laid down by national law] may not (...) be so framed as to render it virtually impossible the exercise of rights conferred by community law.»⁸³

Charterets artikkel 47 inneholder også en bestemmelse om at «[e]veryone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal..»

⁸⁰ *Rewe* premiss 5. Tilsvarende unntak oppstilles i *Comet* premiss 13 og 16.

⁸¹ Sak 61/79, *Denkavit*.

⁸² Nærmere om dette i Temple Lang, John. *Developments, issues and new remedies – the duties of national authorities and courts under article 10 of the EC Treaty*. Fordham International Law Journal 2003-2004 s. 1904 flg. (heretter Temple Lang) s. 1905.

⁸³ Sak 199/82, *San Giorgio*, premiss 12. Samme tilnærming i sak C-125/01, *Pflücke*, premiss 33-34.

2.6.2 Kort om innholdet

Effektivitetsprinsippet har vært formulert på ulike måter i EF-domstolens praksis og i teorien. For det første har det vært uenighet i teorien om prinsippets primære siktemål, for det andre har det vært omstridt hvilken målestokk de nasjonale reglene skal testes mot.

For så vidt angår prinsippets siktemål, går uenigheten på om de nasjonale regler primært skal sikre fellesskapsrettens effektive gjennomslag i medlemsstatene (*effet utile*),⁸⁴ eller om reglene primært skal sikre effektiv beskyttelse av individenes fellesskapsrettigheter.⁸⁵ Dette har betydning blant annet for spørsmålet om hvem som har rettslig interesse og hvem som kan kreve erstatning etter fellesskapsretten. Domstolen benytter begrepet i begge betydninger. I *Francovich* uttalte domstolen at

«national courts whose task it is to apply the provisions of Community law in areas within their jurisdiction must ensure that those rules take full effect and must protect the rights which they confer on individuals.»⁸⁶

Domstolen betonte her begge aspektene ved prinsippet. Den rådende oppfatningen i teorien er at den effektive beskyttelsen av borgernes rettigheter er en underkategori av det videre effektivitetsprinsippet.⁸⁷ Caranta hevder at

«[e]ffective judicial protection seems (...) to be no more than an implication of the principle of full effects of Community law, as such to be used more to exact obedience from Member States than to protect citizens.»⁸⁸

Jeg mener imidlertid at EF-domstolens rettspraksis gir grunnlag for å hevde at individuell rettsbeskyttelse er et selvstendig mål, og ikke bare et middel for å sikre EF-rettens effektive gjennomslag.⁸⁹

Mange av avgjørelsene som i teorien anses å omhandle rettighetsbeskyttelse, eksempelvis *Simmenthal*, dreier seg i realiteten om det videre effektivitetsprinsipp. De to prinsippene har imidlertid en nær sammenheng, og ivaretagelsen av fellesskapsrettens gjennomslag i norsk rett

⁸⁴ Eksempelvis sak 106/77, *Simmenthal*.

⁸⁵ Eksempelvis *Express Dairy Foods*.

⁸⁶ Forente saker C-6/90 og C-9/90, *Francovich*, premiss 32.

⁸⁷ Slik eksempelvis Accetto: «effective judicial protection is only one feature of the overarching obligation on the Member States stemming from the requirement of effectiveness», jf. Accetto s. 388.

⁸⁸ Caranta s. 725.

⁸⁹ Dette forankrer jeg blant annet i EF-domstolens rettspraksis om statsansvar. Erstatningsansvaret skal ivareta et dobbelt formål: Erstatningsansvaret skal virke avskrekkende på medlemsstatene, og dermed sikre overholdelse av regelverket og videre kompensere borgeren for den krenkelse som har inntruffet. For en nærmere behandling av erstatningsansvaret i fellesskapet og EØS, se pkt. 5.4.3.

vil ofte resultere i en beskyttelse av borgernes fellesskapsrettigheter. Videre vil regler som sikrer borgernes rettsbeskyttelse ofte ha en kontrollerende virkning på medlemsstatene, og dermed bidra til å sikre fellesskapsrettens gjennomslag.

Ettersom jeg likevel mener det er tale om to selvstendige målsetninger, kan det spørres hva som vil skje der hensynet til borgernes rettsbeskyttelse og hensynet til fellesskapsrettens gjennomslag peker i forskjellige retninger.⁹⁰ Det er imidlertid vanskelig å tenke seg at dette vil komme på spissen, ettersom de to målsetningene er knyttet så tett sammen. Det som derimot **kan** tenkes, er at medlemsstatene oppstiller en rettsfølge som utelukkende, eller i første rekke, realiserer den ene målsetningen. Det kan for eksempel tenkes at en overtredelse av fellesskapsretten sanksjoneres med et gebyr. Denne rettsfølgen vil åpenbart fremme fellesskapsrettens gjennomslag, idet rettighetskrenkelses vil fremstå som lite attraktivt. Borgernes rettigheter vil imidlertid i liten grad beskyttes, idet de ikke nyter godt av en slik rettsfølge. Omvendt kan en ileggelse av erstatningsansvar fullt ut sikre borgernes rettsbeskyttelse, mens erstatningsbeløpet er for lavt til å sikre overholdelsen av fellesskapsretten.⁹¹ Som det fremgår nedenfor i pkt. 2.6.4.3., er dette ikke i overensstemmelse med fellesskapsrettens krav; en rettsfølge må **både** sikre borgernes rettighetsbeskyttelse og fremme fellesskapsrettens gjennomslag.

Avhandlingen vil primært omhandle effektivitetsprinsippet i **snever forstand**. Når jeg i det følgende omtaler effektivitetsprinsippet, sikter jeg til den effektive beskyttelsen av borgernes fellesskapsrettigheter.

For så vidt gjelder målestokken nasjonale regler skal testes mot, har det skjedd en utvikling i rettspraksis. I Rewe krevde domstolen at det ikke måtte være «impossible in practice» å utøve rettighetene. Dette er ingen streng test. Siden den gang har domstolen stilt atskillig mer inngripende krav til nasjonale regler. Domstolen har gått fra kravet om at det ikke skulle være «impossible in practice» til å kreve at det ikke må være «virtually impossible or excessively difficult» å utøve rettighetene.⁹² Dette innebar en skjerpelse av kravene til de nasjonale regler. Kravet om at det ikke må være umulig eller uforholdsmessig vanskelig å håndheve fellesskapsrettighetene blir i teorien omtalt som «ikke-umulighetskravet» eller «gjennomdrivbarhetskravet».⁹³

EF-domstolen har også uttalt at borgerne har krav på en **effektiv beskyttelse** av fellesskapsrettighetene.⁹⁴ Forholdet mellom gjennomdrivbarhetskravet og kravet om effektiv rettsbeskyttelse er uklart. Det har vært hevdet at gjennomdrivbarhetskravet «conforms to the more general principle that Community law should be effective and Community rights adequately

⁹⁰ Prechal 1997 s. 13.

⁹¹ Prechal 1997 s. 12-13.

⁹² Eksempelvis **San Giorgio**.

⁹³ Andersson 1997a s. 71 («kravet til gjennomdrivbarhet» og «ikke-omöjlighetskravet»).

⁹⁴ Eksempelvis **Johnston** og sak C-177/88, **Dekker**.

protected».⁹⁵ Gjennomdrivbarhetskravet anses her som en underkategori av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse. Jeg mener både rettspraksis og juridisk litteratur gir belegg for å se det slik at gjennomdrivbarhetskravet gjelder de prosessuelle og materielle betingelsene for at en rettsfølge skal kunne gjøres gjeldende, mens den materielle rettsfølgen som sådan må være adekvat. Bare hvis gjennomdrivbarhetskravet er oppfylt og rettsfølgen er adekvat, kan borgeren sies å ha fått en effektiv rettsbeskyttelse.⁹⁶ Andersson synes å anlegge en slik betraktningssmåte når han hevder at effektiv beskyttelse innebærer at

«individual community rights must not be impossible or exceedingly difficult to enforce before national courts (...) and the remedies provided must guarantee effective and judicial protection and have a real deterrent effect.»⁹⁷

2.6.3 Sammenhengen mellom effektivitetsprinsippet og doktrinene om direkte virkning og forrang

EF-rettens gjennomslag i nasjonal rett styres i stor utstrekning av prinsippene om direkte virkning og forrang. Prinsippene har blitt utviklet for å sikre fellesskapsrettens effektive gjennomslag i medlemsstatene (*effet utile*). Effektivitetsprinsippet, i betydningen beskyttelsen av borgernes fellesskapsrettigheter, har tradisjonelt vært ansett som en forlengelse av disse prinsippene. Sammenhengen mellom effektivitetsprinsippet og prinsippene om direkte virkning og forrang har betydning for vurderingen av effektivitetsprinsippets stilling i EØS, jf. pkt. 3.2. nedenfor.

Prinsippet om fellesskapsrettens direkte virkning ble oppstilt i Van Gend en Loos, og går ut på at visse fellesskapsregler er direkte virksomme i medlemsstatene, uten at medlemsstatenes lovgiver har gjennomført reglene i nasjonal rett.⁹⁸ Prinsippet er utviklet for å sikre en alternativ gjennomføringsmåte når medlemsstatene ikke overholder sine forpliktelser.⁹⁹ I

⁹⁵ Jabobs, Francis F.G. *Enforcing Community Rights and Obligations in National Courts: Striking the balance*. I: *Remedies for Breach of EC Law*. Redigert av Andrea Biondi og Julian Lonbay. Sussex, 1997 (heretter Jacobs) s. 27.

⁹⁶ Jf. pkt. 2.6.4.2. og 2.6.4.3. nedenfor.

⁹⁷ Andersson 1997b s. 207.

⁹⁸ For en nærmere behandling av prinsippet, se Kapteyn P.J.G. *Introduction to the Law of the European Communities*. Av P.J.G. Kapteyn og P. VerLoren van Themaat. 3. utgave redigert av Laurence W. Gormley. London 1998 (heretter Kapteyn) s. 83 flg.

⁹⁹ Prinsippet om direkte virkning har imidlertid et bredere anvendelsesområde enn kun rettigheter: Også fellesskapsbestemmelser som ikke gir borgerne rettigheter kan påberopes for nasjonale domstoler. For en nærmere redegjørelse for skillet mellom «subjektiv» og «objektiv» direkte virkning, se Van Gerven 2000 s. 506.

slike tilfeller er direkte virkning en **forutsetning** for at borgerne skal kunne håndheve sine rettigheter ved nasjonale domstoler.

Tidligere ble det hevdet at effektivitetsprinsippet var koblet til prinsippet om direkte virkning – borgerne kunne jo ikke nyte godt av sine direkte effektive fellesskapsrettigheter med mindre disse kunne håndheves ved nasjonale domstoler.¹⁰⁰ Smith anfører at «without adequate enforcement mechanisms directly effective Community rights become no more than empty guarantees.»¹⁰¹ Jeg har under pkt. 2.1. redegjort for de to aspektene ved håndhevelsen: Den fellesskapsrettslige bestemmelsen må være «complete and legally perfect» og rettigheten må sikres en effektiv beskyttelse ved nasjonale domstoler. Nasjonale domstoler plikter å sikre borgerne en effektiv beskyttelse av alle **pådørbare** rettigheter – alle rettigheter som er tilstrekkelig presise og utforbeholdne til å kunne påberopes av borgerne – uavhengig av om det dreier seg om bestemmelser som er umiddelbart anvendelige, gjennomførte bestemmelser eller bestemmelser med direkte virkning. Det er derfor ingen nødvendig kobling mellom effektivitetsprinsippet og prinsippet om fellesskapsrettens direkte virkning.

Hjelmeng er av den oppfatning at det med direkte virkning siktes til «vilkårene om at regelen må være tilstrekkelig klar, presis og uforbeholden», altså betingelsene for **pådørbarehet**, se pkt. 2.3.¹⁰² Dette har mye for seg. Ved å tillegge begrepet et slikt meningsinnhold, kan effektivitetsprinsippet anses som et utslag av fellesskapsrettens direkte virkning. Effektivitetsprinsippet kan imidlertid også komme inn i tilfeller der bestemmelsene i direktivet ikke er tilstrekkelig klare, presise og uforbeholdne til å ha direkte virkning, jf. eksempelvis Francovich.¹⁰³

Prinsippet om fellesskapsrettens forrang angår forholdet mellom nasjonal rett og fellesskapsretten. Prinsippet ble slått fast i Costa mot ENEL,¹⁰⁴ og går ut på at nasjonale domstoler, ved konflikt mellom en nasjonal bestemmelse og en fellesskapsbestemmelse, plikter å tilsidesette den nasjonale bestemmelsen.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Jf. bla Timmermanns, Christian. *La sanction des infractions au droit communautaire*, F.I.D.E. 1992 s. 17, referert i Fenger s. 69.

¹⁰¹ Smith, Rachael Craufurd. *Remedies for Breaches of EU Law in National Courts: Legal Variation and Selection*. I: The Evolution of EC Law. Redigert av Paul Craig og Gráinne de Burca. Oxford 1999 s. 296.

¹⁰² Hjelmeng, Erling. *Reversering av EF- og EØS-stridig statsstøtte*. Bergen, 2004 s. 156. Han henter støtte for sitt synspunkt i forente saker C-46/93 og C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, premiss 22.

¹⁰³ Forente saker C-6/90 og C-9/90, *Francovich*. Forholdet mellom betingelsene for direkte virkning og betingelsene for erstatningsansvar drøftes i pkt. 5.4.3.

¹⁰⁴ Sak 6/64, *Costa mot ENEL*.

¹⁰⁵ For en nærmere behandling av prinsippet, se Kapteyn s. 84 flg.

Forrangsprinsippet krever at nasjonale regler tilsidesettes, uavhengig av hvilken status normene har i nasjonal rett.

Det har blitt hevdet at effektivitetsprinsippet innebærer en funksjonell utvidelse av prinsippet om forrang.¹⁰⁶ EF-domstolen tilsidesetter ikke bare regler som i seg selv strider mot materielle fellesskapsregler, men også regler som hindrer en effektiv **håndhevelse** av fellesskapsrettighetene. Strenge prosessuelle regler og regler om rettsfølger kan gjøre en fellesskapsrettighet illusorisk, og virkningen blir derfor den samme som om rettigheten skulle stride mot og vike for en nasjonal regel av materiell art. Hensynet bak forrangsprinsippet – at fellesskapsrettens virkning ikke skal kunne begrenses gjennom nasjonale regler – kan dermed også begrunne effektivitetsprinsippet.

Sammenhengen mellom forrangsprinsippet og effektivitetsprinsippet går frem av Simmenthal-saken. Saken gjaldt en italiensk regel, som gikk ut på at bare forfatningsdomstolen hadde kompetanse til å tilsidesette en nasjonal lovbestemmelse som var i strid med fellesskapsretten. EF-domstolen betonte domstolenes plikt til å sikre borgernes fellesskapsrettigheter og fellesskapsrettens effektivitet, og uttalte at

«[a] national court which is called upon (...) to apply provisions of community law is under a duty to give full effect to those provisions, if necessary **refusing of its own motion** to apply any conflicting provision of national legislation, even if adopted subsequently, and it is not necessary for the court to request or await the prior setting aside of such provision by legislative or other constitutional means.»¹⁰⁷

Dommen illustrerer samspillet mellom materielle og prosessuelle regler ved at

«substantive supremacy depends, existentially, on procedure and therefore substantive law spills over procedural law. In doing so, substantive EC supremacy leads to further procedural supremacy.»¹⁰⁸

Sammenhengen mellom effektivitetsprinsippet og prinsippet om fellesskapsrettens forrang er tydelig ved direkte regelkonflikt, der det er snakk om å tilsidesette en nasjonal regel som hindrer fellesskapsrettighetenes effektivitet. Utviklingen har imidlertid gått i retning av å hjemle nye kompetanseregler direkte i fellesskapsretten, jf. nedenfor pkt. 2.6.4.4. I tilfeller hvor det ikke er tale om noen regelkonflikt, er sammenhengen med forrangsprinsippet ikke like tydelig. Jeg er enig med Fenger, når han hevder at

¹⁰⁶ Fenger s. 67.

¹⁰⁷ **Simmenthal** premiss 24 (min utheving).

¹⁰⁸ Delicostopoulos, John S. **Towards European Procedural Primacy in National Legal systems**. European Law Journal 2003 s. 599 flg. s. 609.

«den del af Domstolens praksis, der har anvendt effektivitetsgrundsætningen til at tildele de nationale organer kompetence direkte i medfør af fællesskapsretten, kunne vanskelig forenes med den klassiske forståelse af effektivitetsgrundsætningens udspring i forrangslæren. (...) Effektivitetsgrundsætningen må i dag ses som selvstændigt princip, der i lige så høj grad finder sin base i Traktatens artikel 10 som i en utvidet forståelse af principperne om forrang og direkte virkning.»¹⁰⁹

2.6.4 Fellesskapsrettens krav til prosessregler og rettsfølger i medlemsstatene

2.6.4.1 Generelt

Det er vanskelig å finne en rød tråd i EF-domstolens avgjørelser om effektivitetsprinsippet. Avgjørelsene varierer med hensyn til hvilken vekt domstolen tillegger medlemsstatenes prosessuelle autonomi. Videre er avgjørelsene ofte for konkrete eller diffuse til å gi grunnlag for sikre slutninger, og sondringen mellom rettigheter, prosess og rettsfølger kommer ikke tydelig frem i begrunnelsene. Jeg mener likevel at EF-domstolens praksis gir grunnlag for å hevde at kravene som stilles til prosessregler og rettsfølger ikke er sammenfallende. Dette vil jeg utdype i det følgende.

2.6.4.2 Fellesskapsrettens krav til prosessreglene i medlemsstatene

Det er vanlig å se det slik at EF-domstolens praksis har gjennomgått ulike faser.¹¹⁰ Fra å vise stor tilbakeholdenhet overfor nasjonale myndigheter, som i Rewe, har domstolen i økende grad stilt krav til nasjonale prosessregler og rettsfølger. Den første saken der EF-domstolen anså nasjonale prosessuelle regler som stridende mot fellesskapsretten var San Giorgio.

San Giorgio importerte meieriprodukter fra andre medlemsstater, og ble i den anledning pålagt å betale en inspeksjonsavgift. Avgiften ble senere funnet å være i strid med fellesskapsretten. Han anla søksmål for italienske domstoler, med krav om tilbakebetaling av avgiftene. Etter italiensk rett var et tilbakebetalingskrav avhengig av at skadelidte førte bevis for at avgiften ikke var veltet over på konsumentene. Den italienske domstolen forela spørsmålet om reglens forenelighet med fellesskapsretten for EF-domstolen. Domstolen fant at fellesskapsretten ikke var til hinder for nasjonale regler som forbød tilbakebetaling, der dette ville utgjøre en tilfeldig berikelse. Domstolen uttalte imidlertid at medlemsstatene ikke måtte ha bevisregler som gjorde det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å nå frem med et tilbakebetalingskrav. Av den grunn fant EF-domstolen at en regel om at avgiften presumeres å ha blitt veltet over på andre var i strid med fellesskapsretten.

¹⁰⁹ Fenger s. 76.

¹¹⁰ Slik eksempelvis Dougan s. 227 flg.

Kravet om at det ikke må være «umulig eller overdrevent vanskelig» å håndheve fellesskapsrettighetene – gjennomdrivbarhetskravet – anses som et minimumskrav til nasjonale regler. Vurderingen av om gjennomdrivbarhetskravet var oppfylt, ble tidligere vurdert mot en rent objektiv målestokk, hvor regelens praktiske effekt var avgjørende. Dersom den nasjonale reglen blokkerte for fellesskapsrettens håndhevelse, måtte regelen settes tilside, uavhengig av om den ut fra nasjonale hensyn var velbegrunnet.¹¹¹ Vurderingen beror nå på en balansering mellom på den ene side prinsippet om medlemsstatenes prosessuelle autonomi og på den annen side ønsket om å beskytte borgernes rettsstilling.¹¹² I to dommer avsagt samme dag, *Van Schijndel* og *Peterbroeck*, uttalte EF-domstolen at:

«each case which raises the question whether a national procedural provision renders application of Community law impossible or excessively difficult must be analysed by reference to the role of that provision in the procedure, its progress and its special features, viewed as a whole, before the various national instances. In the light of that analysis the basic principles of the domestic judicial system, such as protection of the rights of the defence, the principle of legal certainty and the proper conduct of procedure, must, where appropriate, be taken into consideration.»¹¹³

I vurderingen av om den nasjonale bestemmelsen gjør håndhevelsen av fellesskapsretten umulig eller uforholdsmessig vanskelig, tar EF-domstolen hensyn til formålet med regelen og dens plass i den nasjonale rettsorden. For å kunne opprettholdes, må den nasjonale regelen være begrunnet i hensyn EF-domstolen anser som beskyttelsesverdige.¹¹⁴ Tilnærmingen kalles i teorien for «balansetesten».¹¹⁵ Et særlig spørsmål er hvilke momenter som skal inngå i vurderingen. Van Gerven hevder at:

«To strike such a balance, different elements must be weighed against each other, such as, on the one hand, the nature of the Community right and of the Community rule from which it is derived, the nature and the gravity of the breach and the seriousness of the injury caused and, on the other hand the nature and aim of the domestic law provision under scrutiny, in light of basic principles of

¹¹¹ Fenger s. 70.

¹¹² Craig og de Burca hevder at denne balansetesten «introduces a kind of proportionality test for weighing the impact of a national rule on a particular Community right against the legitimate aim served by that rule», jf. Craig s. 252.

¹¹³ *Van Schijndel*, premiss 19 og Sak C-312/93, *Peterbroeck*, premiss 14. For en grundig analyse av dommene, se De Burca, Gráinne. *National Procedural Rules and Remedies: The Changing Approach of the Court of Justice*. I: Remedies for Breach of EC Law. Redigert av Andrea Biondi og Julian Lonbay. Sussex, 1997.

¹¹⁴ Kakouris s. 1404.

¹¹⁵ Slik blant annet Fenger s. 72.

due process and of the defence as well as of legal certainty and good administration, which are part of the Member States' as well as the Community's legal order.»¹¹⁶

I Van Schijndel og Peterbroeck trakk ikke EF-domstolen frem hvilken rettighetstype, eller hvilken fellesskapsbestemmelse som var krenket, og dette kan tyde på at domstolen ikke anså dette som relevant i vurderingen. Det kan videre stilles spørsmålsteget om bruddets karakter og grovhet er relevant i vurderingen, idet dette vil tvinge nasjonale domstoler til å foreta en inngående vurdering av sakens realitet. Jeg mener Van Gerven går for langt, og at EF-domstolens praksis gir grunnlag for å hevde at det i utgangspunktet må foretas en **abstrakt** vurdering av regelens anvendelse.¹¹⁷

Vi ser imidlertid eksempler i EF-domstolens praksis på at prosessuelle regler som ikke **generelt sett** gjør det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å håndheve fellesskapsrettighetene har blitt ansett som stridende mot fellesskapsretten. Langt i så måte går Emmot-avgjørelsen.¹¹⁸

Emmot anla sak for irske domstoler med krav om å få etterbetalt uføretrygd. Hun hevdet å være utsatt for kjønnsdiskriminering i strid med direktiv 79/7/EØF, idet menn i samme situasjon ville fått utbetalt et større trygdebeløp. Direktivet var ikke implementert i den perioden hun ble utsatt for diskriminering. Da Emmot gikk til sak, var søksmålsfristen utløpt. EF-domstolen fant at

«until such time as the directive has been properly transposed, a defaulting Member State may not rely on an individual's delay in initiating proceedings against it in order to protect rights conferred upon him by the provisions of the directive and that a period laid down by national law within which proceedings must be initiated cannot begin to run before that time.»¹¹⁹

Avgjørelsen oppstiller strenge skranker for medlemsstatenes prosessuelle autonomi. Dommens rekkevidde har imidlertid blitt tonet betydelig ned i senere rettspraksis,¹²⁰ og avgjørelsen er i teorien blitt ansett som et utslag av prinsippet om estoppel, som går ut på at staten ikke skal kunne nyte godt av sine feil.¹²¹ Jacobs hevder at

¹¹⁶ Van Gerven 2000 s. 531.

¹¹⁷ Også Heukels synes å være av en slik oppfatning, jf. Heukels, Ton. Analyse av Van Schijndel og Peterbroeck. CML Rev 1996 s. 337 flg. på s. 347.

¹¹⁸ Sak C-208/90, **Emmot**.

¹¹⁹ Premiss 23.

¹²⁰ Blant annet sak C-338/91, **Steenhorst-Neerings**.

¹²¹ Slik Craig, Paul. **EU Law**. 3. utgave, Oxford 2003. Av Paul Craig og Gráinne de Burca (heretter Craig) s. 241-242. Feilen besto her i at irske myndigheter på et tidligere stadium overtalte Emmot til ikke å reise sak, idet direktivet var i ferd med å bli implementert i nasjonal rett.

«The Emmot judgment may (...) be seen as a new application of [the principle that procedural rules can not make it impossible or excessively difficult to exercise the rights] in so far as it demonstrates that a national court may be **obliged to set aside a limitation period which is in principle unobjectionable where the special circumstances of the particular case so demand.**»¹²²

Emmot-saken er ikke noe enkeltstående tilfelle; det finnes også andre eksempler på at EF-domstolen har trukket inn de konkrete omstendighetene i saken, og tilsidesatt bestemmelser som etter en abstrakt vurdering ikke kan kritiseres. I Santex uttalte EF-domstolen at

«although a limitation period such as that at issue in the main proceedings is not in itself contrary to the principle of effectiveness, the possibility that, in the context of the particular circumstances of the case before the referring court, the application of that time-limit may entail a breach of that principle cannot be excluded.»¹²³

En slik konkret anvendelse av balansetesten introduserer et usikkerhetsmoment.¹²⁴

I Levez-saken¹²⁵ hadde Levez' arbeidsgiver hadde villedet henne til å tro at hun fikk samme lønn som sin mannlige forgjenger. Da hun ble klar over forholdet, anla hun sak, med påstand om at hun var utsatt for diskriminering i strid med likestillingsdirektivet. Etter britisk rett kunne hun bare få erstatning for en periode på to år forut for saksanlegget. EF-domstolen betonte arbeidsgiverens klanderverdige opptreden, og fant at anvendelsen av regelen ville stride mot effektivitetsprinsippet.

I Santex-saken var forholdet at den krenkede part hadde oversittet søksmålsfristen, og derfor ikke kunne angripe et vedtak fattet på bakgrunn av et ulovlig vilkår i en anbudsinnbydelse. EF-domstolen la vekt på at det var myndighetenes atferd som var årsaken til at Santex hadde oversittet søksmålsfristen, og fant på denne bakgrunn at effektivitetsprinsippet var krenket.

Mitt inntrykk er at en slik utpreget konkret vurdering er forbeholdt særlige tilfeller. Det er mulig at disse avgjørelsene, på lik linje med Emmot-avgjørelsen, kan ses som utslag av prinsippet om estoppel. Det må uansett – ut fra betraktninger om rettssikkerhet og forutberegnelighet – kreves sterke holdepunkter for å fastslå at en prosessregel som etter en abstrakt vurdering ikke er kritikkverdig, skal settes til side i den konkrete sak. Også Jacobs synes å være av en slik oppfatning:

¹²² Jacobs s. 30 (min utheving).

¹²³ Sak C- 327/00, **Santex**, premiss 57.

¹²⁴ Fenger s. 79.

¹²⁵ Sak C-326/96, **Levez**.

«I would suggest however that, in the interest of legal certainty, the obligation to set aside time-limits should be confined to *wholly exceptional circumstances*, such as those in Emmot.»¹²⁶

Domstolen anvender ikke balansetesten i alle tilfeller hvor det er tale om å tilsidesette nasjonale prosessregler og rettsfølger. I enkelte tilfeller er det klart at regelen bryter med effektivitetsprinsippet, jf. eksempelvis FMC,¹²⁷ og da trenger ikke domstolen begi seg inn på en vurdering av regelens formål. Det samme vil selvsagt være tilfellet dersom regelen ikke vanskeliggjør håndhevelsen av fellesskapsretten.

2.6.4.3 Fellesskapsrettens krav til rettsfølgene i medlemsstatene

Andersson skiller mellom det «processuelle rättsskyddsprincipen» og det «materielle rättsskyddsprincipen». Når det gjelder nasjonale prosessuelle regler, stiller fellesskapsretten utelukkende krav om likebehandling og gjennomdrivbarhet. Når det gjelder rettsfølgene, stiller fellesskapsretten *i tillegg* krav om at rettsfølgen som knyttes til et brudd på fellesskapsretten skal tilby den rammede adekvat kompensasjon og virke avskrekkende.¹²⁸ Bare dersom adekvanskravet er oppfylt, kan borgeren sies å ha oppnådd en effektiv rettsfølge eller effektiv rettsbeskyttelse.

En nærmere redegjørelse for fellesskapsrettens krav, gjør det påkrevd å skille mellom ulike regelkategorier. Van Gerven sonderer mellom «constitutive» (etablerende) og «executive» (utøvende) regler. Førstnevnte kategori består av de regler som har direkte betydning for adgangen til å oppnå en rettsfølge og sistnevnte består av de regler som bare har betydning for rettsfølgens nærmere innhold og omfang.¹²⁹

Når det gjelder «constitutive» regler, er problemstillingen hvilke krav som stilles til de *materielle betingelsene* for å oppnå en rettsfølge i sin adekvate form. EF-domstolen har gått langt i å fastlegge betingelsene i de tilfeller fellesskapsretten har krevd at en særlig rettsfølge må være tilgjengelig etter nasjonal rett.¹³⁰ Spørsmålet er hva som skal gjelde i fravær av slike

¹²⁶ Jacobs s. 30 (min utheving).

¹²⁷ Sak C-212/94, *FMC*.

¹²⁸ Andersson 1997a s. 72 flg.

¹²⁹ Van Gerven 2000. Van Gerven bruker sonderingen for å redegjøre for i hvilken grad det bør eksistere felles regler på fellesskapsplan. Jeg går ikke nærmere inn på hans synspunkter, men jeg synes inndelingen i «constitutive» og «executive» regler har mye for seg i analysen av effektivitetsprinsippet.

¹³⁰ Se eksempelvis *Brasserie* hva angår betingelsene for erstatning og forente saker C-143/88 og C-92/89, *Zuckerfabrik* og C-465/93, *Atlanta* hva gjelder betingelsene for midlertidig

fellesskapsregler. I San Giorgio uttalte EF-domstolen at de materielle betingelsene ikke måtte gjøre det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å håndheve fellesskapsrettighetene.¹³¹ Prechal mener at de materielle kriteriene må tilfredsstillende de samme kravene som de prosessuelle reglene, og at retningslinjene oppstilt i Van Schijndel må anvendes når en tar stilling til om betingelsene for å oppnå en rettsfølge i nasjonal rett kan forsvares.¹³²

Jeg deler Prechals oppfatning. Virkningen av strenge materielle vilkår for å oppnå en rettsfølge har tilsvarende virkning som strenge prosessuelle regler. Det er videre vanskelig å skille klart mellom de to regelkategoriene. Dette trekker i retning av at både de materielle betingelsene for å oppnå en rettsfølge og de prosessuelle nasjonale regler må undergis en vurdering etter balansetesten.

Det finnes imidlertid eksempler på at EF-domstolen har funnet de materielle betingelsene for å oppnå en rettsfølge i nasjonal rett stridende mot fellesskapsretten, selv om betingelsene ikke gjorde det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å drive igjennom fellesskapsrettighetene. I Dekker fant EF-domstolen at et krav om skyld for å oppnå erstatning, som vanligvis gjaldt under nederlandsk rett, ikke tilfredsstilte kravene til effektiv rettsbeskyttelse etter artikkel 6 i likebehandlingsdirektivet; brudd på fellesskapsretten måtte i seg selv være tilstrekkelig til å statuere ansvar.¹³³ Avgjørelsen ble fulgt opp av EF-domstolen i Draehmpaehl.¹³⁴

Når det gjelder hvilke krav som stilles til rettsfølgen *som sådan*, de «executive» reglene, uttalte EF-domstolen i Von Colson at

«although (...) full implementation of the directive does not require any specific form of sanction for unlawful discrimination, it does entail that that sanction be such as to guarantee **real and effective judicial protection** (...) it must also have a **real deterrent effect** on the employer (...) where a member state chooses to penalise the breach (...) by the award of compensation, that compensation must in any event be **adequate** in relation to the damage sustained.»¹³⁵

forføyning Og selv om ikke betingelsene er uttrykkelig fastlagt, kan det hevdes at «if the Court requires that a certain remedy must be available and some restrictive conditions make this impossible, they must be amended or even disappplied.», jf Prechal 1997 s. 8.

¹³¹ Premiss 12. Uttalelsen er gjentatt blant annet i forente saker C-114/95 og C-115/95, **Texaco**.

¹³² Pechal 1997 s. 8 flg. I Prechal 1998 legges det uten videre til grunn at balansetesten kommer til anvendelse på regler om rettsfølger, så vel som prosessuelle regler, se s. 690.

¹³³ Som anført i pkt. 2.2., mener jeg effektivitetsprinsippets krav er de samme, uavhengig av slike eksplisitte direktivbestemmelser.

¹³⁴ Sak C-180/95, **Draehmpaehl**.

¹³⁵ **Von Colson** premiss 23 (min utheving). I von Colson dreide det seg om fortolkningen av direktiv. 76/207/EØF. Som anført i pkt. 2.2., mener jeg imidlertid at kravene må være de

Domstolen slo altså fast at en rettsfølge må sikre effektiv rettsbeskyttelse og ha en avskrekkende virkning, samt være adekvat. Adekvanskravet innebærer at rettsfølgen må stå i forhold til krenkelsen som har funnet sted, og rettsfølgespørsmålet må derfor vurderes konkret. Det er i utgangspunktet opp til medlemsstatene hvilken rettsfølge som tilbys borgeren, så lenge denne tilfredsstillende kravene til adekvans og avskrekking. Den enkelte rettsfølge må derfor vurderes mot mulige **alternative** rettsfølger.¹³⁶

Kravet om en adekvat kompensasjon retter seg mot den enkelte borger, og har som primært siktemål å beskytte den berettigede. Hvorvidt en rettsfølgen er adekvat vil i stor grad avhenge av de konkrete omstendigheter i hver sak. Andersson anfører at

«et effektivt rättsskydd innebär att individen vid nationell domstol ska kunna bringa en överträdelse att upphöra och utverka kompensation för skador som vederbörande drabbats av genom överträdelsen.»¹³⁷

Kravet om rettsfølgens avskrekkende effekt retter seg mot den **ytre** virkningen; mot rettsfølgen som preventiv faktor, og dermed som garantist for fellesskapsrettens effektive gjennomslag på det generelle plan.¹³⁸ Her kommer forholdet mellom rettsbeskyttelsesprinsippet og **effet utile** klart frem, jf. pkt 2.6.2 ovenfor.

2.6.4.4 Særlig om positive krav til rettsfølgene i medlemsstatene

Fellesskapsretten kan både ha negativ og positiv effekt på nasjonal prosessrett og nasjonale rettsfølger.¹³⁹ I korte trekk kan det sies at den negative effekt innebærer et forbud mot nasjonale regler som hindrer fellesskapsrettens effektivitet og en effektiv beskyttelse av individenes fellesskapsrettigheter, mens den positive effekt innebærer at EF-domstolen oppstiller uttrykkelige regler som må komme til anvendelse i den nasjonale rettsorden. Effektivitetsprinsippet negative og positive effekt kan anses som sidestykker til

samme også i fravær av eksplisitte bestemmelser, jf. eksempelvis **Kommisjonen mot Storbritannia**.

¹³⁶ Det finnes imidlertid eksempler på at EF-domstolen har krevd at en særlig rettsfølge må tilbys i nasjonal rett, jf. nedenfor pkt. 2.6.6.4.

¹³⁷ Andersson 1997a s. 178.

¹³⁸ Hjelmeng 2003 s. 52.

¹³⁹ Brenninkmeijer, A.F.M. **The Influence of Court of Justice Case law on the Procedural Law of the Member States**. I: Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in the Netherlands. Deventer, 1994 s. 111.

henholdsvis negativ og positiv økonomisk integrasjon.¹⁴⁰ Det er imidlertid ingen vanntette skott mellom positiv og negativ effekt.¹⁴¹

Temaet for dette avsnittet er i hvilken grad fellesskapsretten stiller positive krav til medlemsstatenes regler hva angår **rettsfølger**, og hvilken betydning dette har for kompetansefordelingen mellom nasjonal rett og fellesskapsretten.

I Rewe Kiel¹⁴² uttalte domstolen at det ikke var meningen å skape nye søksmålsmuligheter. I Express Dairy Food fant EF-domstolen at

«[i]n the regrettable absence of Community provisions harmonizing procedure and time-limits the Court finds that this situation entails differences in treatment on a Community scale. It is not for the Court to issue general rules of substance or procedural provisions which only the competent institutions may adopt.»¹⁴³

Domstolen anså seg altså ikke kompetent til å utvikle nye regler som skulle komme til anvendelse i medlemsstatene. Dommene ble avsagt på begynnelsen av 80-tallet, og dette kan ikke sies å være gjeldende rett i dag. Fenger formulerer det slik at

«[e]ffektivitetsgrundsætningen er nu ikke længre kun defensiv i den forstand, at den fjerner nationale hindringer for fællesskabsrettens anvendelse. Den har tillige antaget en aktiv, fremadrettet og rettskabende karakter, hvor Domstolen selv går ind og tilvejebringer forudsætningerne for det resultat, den ønsker. Hvis effektivitetsgrunnsætningen kræver et bestemt resultat, kan de nationale domstole ikke længre under henvisning til begrænsningene i deres kompetence efter national ret afvise at honorere fællesskabsrettens krav. For kompetencen følger nu – uafhængigt af lovgivningsmaktens mellemkomst – direkte av fællesskabsretten.»¹⁴⁴

Det er på det rene at EF-domstolen har gått langt i å stille uttrykkelige krav til de nasjonale rettsordener hva angår både hvilke typer rettsfølger som skal være tilgjengelige og ofte også betingelsene for å oppnå disse rettsfølgene. Effektivitetsprinsippet innebar tidligere en ren resultatforpliktelse: Nasjonale regler skulle sikre en effektiv beskyttelse av borgernes rettigheter. Fellesskapsretten foreskriver nå også i stor grad hvilke midler som må anvendes for å nå dette målet.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Van Gerven, Walter. *Bridging the gap between community and national laws: Towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies?* CML Rev. 1995 s. 679 flg. (heretter Van Gerven 1995) s. 690.

¹⁴¹ Dette illustreres ved sak C-213/89, *Factortame*.

¹⁴² Sak 158/80, *Rewe Kiel*.

¹⁴³ Premiss 12.

¹⁴⁴ Fenger s. 72.

¹⁴⁵ Fenger s. 83.

Den første saken der EF-domstolen tilbød en materiell rettsfølge som ikke var tilgjengelig etter nasjonal rett var i *Factortame*. Her fant domstolen at en nasjonal regel som hindret engelske domstoler i å gi midlertidig forføyning mot staten var uforenlig med fellesskapsretten. Det kan spørres hvorvidt det var tale om å innføre en ny rettsfølge, ettersom midlertidig forføyning allerede eksisterte i det engelske rettsfølgepaletten. Problemstillingen synes imidlertid søkt: Det vil sjelden være tale om å innføre noen helt ny rettsfølge i medlemsstatene, men snarere å utvide anvendelsesområdet for allerede eksisterende rettsfølger. Uavhengig av under hvilken synsvinkel man ser *Factortame*-dommen, er det liten tvil om at EF-domstolen innførte en ny materiell rettsfølge i *Francovich*. Her oppstilte domstolen et prinsipp om erstatningsansvar for medlemsstatene overfor borgerne ved brudd på fellesskapsretten.

Van Gerven hevder det finnes fire genuint fellesskapsrettslige rettsfølger: den generelle retten til å få nasjonale, fellesskapsstridige rettsakter satt til side og de spesielle rettsfølgene erstatning, midlertidig forføyning og restitusjon/tilbakebetaling.¹⁴⁶ I den grad særlige rettsfølger forankres i fellesskapsretten er det tale om materielle fellesskapsrettigheter.¹⁴⁷ Dette innebærer at betingelsene og rettsfølgens nærmere innhold i utgangspunktet må fastsettes ut fra fellesskapsretten. I teorien forankres medlemsstatenes plikt til å sikre håndhevelsen i prinsippet om *ubi ius, ubi remedium*.¹⁴⁸ De nasjonale domstolene gjør bruk av nasjonale prosessregler og materielle betingelser¹⁴⁹ ved håndhevelsen, men disse reglene må tilfredsstillende kravene til gjennomdrivbarhet og ekvivalens. Spillerommet for nasjonal rett minskes også etter hvert som EF-domstolen utdyper betingelsene for rettsfølgens inntreden. Det er mest nærliggende å se det slik at nasjonal rett i slike tilfeller skal «fylle hullene», ved å tilby regler på områdene der fellesskapsretten er taus.

¹⁴⁶ Van Gerven 2000 s. 503.

¹⁴⁷ Eilmansberger kaller disse fellesskapsrettsfølgene for *sekundære rettigheter*, jf. Eilmansberger s. 1238.

¹⁴⁸ Slik eksempelvis Komninos, Assimakis P. *New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage v. Crehan and the Community right to damages*. CML Rev. 2002 s. 447 flg. (heretter Komninos) s. 480.

¹⁴⁹ EF-domstolen har for eksempel overlatt spørsmålet om årsakssammenheng ved statsansvar til nasjonal rett.

2.7 Ekvivalensprinsippet

Ekvivalensprinsippet er et utslag av medlemsstatenes generelle plikt til lojalt å samarbeide med fellesskapet, jf EF-traktatens artikkel 10.¹⁵⁰ Domstolen forankrer imidlertid ofte prinsippet i sin egen praksis heller enn artikkel 10.¹⁵¹ I Pasquini anførte EF-domstolen at prinsippet var et utslag av den generelle likhetsgrunnsetning i EF-traktatens artikkel 12.¹⁵²

Ekvivalensprinsippet krever at nasjonale prosessregler og rettsfølger ikke behandler krav med utspring i EF-retten på en dårligere måte enn krav som oppstår etter rent intern rett. I Rewe ble prinsippet formulert slik at:

«the procedural conditions (...) cannot be less favourable than those relating to similar actions of a domestic nature » .

At ekvivalensprinsippet også gjelder de materielle betingelsene fremgår blant annet av San Giorgio.¹⁵³

Prinsippet har i teorien også blitt omtalt som ikke-diskrimineringsprinsippet.¹⁵⁴ Begrepet er etter min mening ikke videre hensiktsmessig, fordi ikke-diskriminering gjerne benyttes til å betegne **det generelle** forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet, jf. EF-traktaten artikkel 12.¹⁵⁵ Jeg vil derfor benytte betegnelsen ekvivalensprinsippet i det følgende.

Ekvivalensprinsippet forhindrer ikke det nasjonale rettssystemet i å skille mellom forskjellige typer søksmål. Prinsippet krever heller ikke at medlemsstatene anvender de mest gunstige reglene ved brudd på fellesskapsretten.¹⁵⁶ Det krever imidlertid at de samme prosessuelle reglene og de samme rettsfølgene kommer til anvendelse, uavhengig av om det påstås brudd på fellesskapsretten eller nasjonal rett.¹⁵⁷

Anvendelsen av prinsippet har reist vanskelige spørsmål om hva som skal utgjøre sammenligningsgrunnlaget, dvs. om hva som er å anse som tilsvarende krav («similar actions»). For å fastslå hva som er tilsvarende krav i nasjonal

¹⁵⁰ *Rewe, Comet, San Giorgio.*

¹⁵¹ Slik eksempelvis Pflücke premiss 33-34.

¹⁵² Sak C-34/02, *Pasquini.*

¹⁵³ Premiss 12.

¹⁵⁴ Slik blant annet Robberstad, Anne. *Norske dommeres plikt til å veilede om EØS-retten.* Lov og rett 2002 s. 195 flg. på s. 199.

¹⁵⁵ Og EØS-avtalen artikkel 4.

¹⁵⁶ Jf. sak C-231/96, *Edis* premiss 36.

¹⁵⁷ Jf. *Edis* premiss 36.

rett, må man undersøke kravenes formål og deres særlige karakteristika.¹⁵⁸ Dette krever en bred, og ofte komplisert, helhetsvurdering.

Når man har identifisert sammenligningsgrunnlaget, blir spørsmålet om krav basert på fellesskapsretten møter mindre fordelaktige prosessuelle eller materielle regler. Domstolen foreskrev i *Levez* at nasjonale domstoler, for å fastslå om regelen er mindre fordelaktig enn den som regulerer tilsvarende nasjonale krav, må undersøke regelen i lys av dens plass i det nasjonale rettssystemet:

«The national court must take into account the role played by that provision in the procedure as a whole, as well as the operation and any special features of that procedure before the different national courts (see, *mutatis mutandis*, *Van Schijndel* (...) paragraph 19)»¹⁵⁹

I motsetning til hva som gjelder for effektivitetsprinsippet, kan nasjonale domstoler ikke trekke inn de konkrete omstendighetene i saken. EF-domstolen uttalte i *Preston* at

«such an examination may not be carried out subjectively by reference to circumstances of fact but must involve an objective comparison, in the abstract, of the procedural rules at issue.»¹⁶⁰

¹⁵⁸ Jf. eksempelvis sak C-261/95, *Palmisani* premiss 34-38.

¹⁵⁹ Premiss 44.

¹⁶⁰ Sak C-78/98, *Preston*, premiss 62.

3 EØS-rettens krav til nasjonal rett

3.1 Innledning

En EØS-borger som anser sine rettigheter etter avtalen for krenket, kan ha et ønske om å reise søksmål for nasjonale domstoler. En slik nasjonal håndhevelse av EØS-avtalens regler reiser de samme problemstillingene som innenfor fellesskapet, jf. pkt. 2.1.

Kravene som stilles til nasjonale domstoler etter fellesskapsretten er i det vesentlige utviklet av EF-domstolen. Det er derfor påkrevd å ta stilling til i hvilken grad disse prinsippene også er en del av EØS-retten. Spørsmålet om hvorvidt ekvivalens- og effektivitetsprinsippet også finnes i EØS-retten, er en del av det grunnleggende spørsmålet om i hvilken grad uskrevne EF-rettslige prinsipper har fulgt med over i EØS-retten. Sejersted har karakterisert spørsmålet som et «vanskelig og til dels omstridt spørsmål, som ikke har noe klart og entydig svar, og som går til kjernen av spenningsforholdet mellom tradisjonell folkerett og overnasjonalitet i EØS-retten.»¹⁶¹ Van Gerven hevder i denne forbindelse at «[s]tripping Community law of its general principles amounts to taking its heart».¹⁶² EØS-avtalen er mindre vidtrekkende enn EF-samarbeidet, og det er dermed ikke gitt at eventuelle forpliktelser til å sørge for beskyttelse av rettigheter går like langt.¹⁶³

3.2 Effektivitetsprinsippet i EØS

Effektivitetsprinsippet i fellesskapsretten ble tradisjonelt ansett nært forbundet med prinsippene om direkte virkning og forrang, og disse prinsippene finnes ikke i EØS-retten.¹⁶⁴ Det er imidlertid ikke noen nødvendig sammenheng

¹⁶¹ Sejersted 2004 s. 101 flg.

¹⁶² Jf. Van Gerven, Walter. *The Genesis of EEA Law and the Principles of Primacy and Direct Effect*. Fordham International Law Journal 1992-93 s. 955 flg. (heretter Van Gerven 1992) s. 972 Van Gerven behandler først og fremst prinsippene om direkte virkning og forrang, mens hans argumenter har gyldighet også i forhold til effektivitetsprinsippet.

¹⁶³ Hjelmeng 2003 s. 55.

¹⁶⁴ Jf. Opinion 1/91.

mellom de to nevnte prinsipper og effektivitetsprinsippet, jf. drøftelsen nedenfor pkt 2.6.3.

På bakgrunn av EFTA-domstolens avgjørelse i Karlsson-saken, kan det slås fast med sikkerhet at det eksisterer et effektivitetsprinsipp i EØS. Her formulerte domstolen prinsippet uttrykkelig.¹⁶⁵

At det eksisterer et effektivitetsprinsipp i EØS, er lagt til grunn av Høyesterett i Allseas-kjennelsen. Høyesterett uttalte her at

«[m]ed utgangspunkt i lojalitetsplikten, jf. EF-traktaten artikkel 10 og EØS-avtalen artikkel 3, har EF-domstolen (...) utviklet det som kalles effektivitetsdoktrinen. Effektivitetsdoktrinen innebærer at enhver skal sikres effektiv adgang til å få prøvet om deres rettigheter etter traktatene, i dette tilfellet EØS-avtalen, er krenket.»¹⁶⁶

Høyesterett fant at effektivitetsprinsippet var gjennomført i norsk rett gjennom EØS-loven § 1.¹⁶⁷

Problemstillingen blir derfor hvor vidt prinsippet favner. Fellesskapsrettens effektivitetsprinsipp er et utslag av lojalitetsprinsippet i EF-traktatens artikkel 10, jf. pkt. 2.6.1. ovenfor. En lignende lojalitetsbestemmelse finnes i EØS-avtalens artikkel 3.¹⁶⁸ Til tross for at bestemmelsene har samme utforming, kan det spørres om EØS-forpliktelsene går like langt inn i domstolenes virkefelt som den tilsvarende fellesskapsrettslige forpliktelse gjør.¹⁶⁹

EØS-avtalens artikkel 6 pålegger medlemsstatene å fortolke EØS-retten i samsvar med relevante avgjørelser fra EF-domstolen, som er truffet før undertegningen av EØS-avtalen. Spørsmålet blir derfor om artikkel 6 kommer til anvendelse på EF- og EØS-rettens bestemmelser om lojalitetsplikt. Plikten etter artikkel 6 gjelder bare bestemmelser som etter sitt innhold svarer til bestemmelser i EF-traktaten, jf. bestemmelsens ordlyd og EFTA-domstolens uttalelse i Sveinbjörnsdóttir.¹⁷⁰ Det må være nokså klart at lojalitetsplikten etter EØS-avtalen ikke forplikter like langt som lojalitetsplikten i EF-retten,

¹⁶⁵ Sak E-4/01, *Karlsson*, premiss 33.

¹⁶⁶ Rt. 2005 s. 597, premiss 38.

¹⁶⁷ Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

¹⁶⁸ Tvistemålsutvalget hevder at «[l]ojalitetsprinsippet i EØS-avtalen artikkel 3 (...) et stykke på vei [er] en parallell til artikkel 10 i EF-traktaten», jf. NOU 2001:32 A (*Rett på sak*) pkt. 4.2.2.

¹⁶⁹ Graver, Hans Petter. *Forvaltningsrett i markedsstaten*. Bergen 2002 (heretter Graver 2002a) s. 96

¹⁷⁰ *Sveinbjörnsdóttir* premiss 44.

fordi de to systemers innhold, rekkevidde og formål er forskjellige.¹⁷¹ Innen fellesskapet er det felles marked et middel for å sikre stadig tettere integrasjon; i EØS er det felles marked et mål i seg selv. Når det materielle innholdet i de to reglene er forskjellig, kan EØS-avtalen artikkel 6 ikke komme til anvendelse.¹⁷²

På tross av at lojalitetsplikten i EØS ikke skal tolkes likt som i EU, gir EØS-avtalen artikkel 3 et klart argument til støtte for at avtalepartene står under en selvstendig rettslig forpliktelse til å sørge for å treffe de nødvendige oppfyllellesforanstaltninger for å sikre det nødvendige gjennomslaget for EØS-retten i den nasjonale rett.¹⁷³ Plikten retter seg også til domstolene.¹⁷⁴

Homogenitetsmålsetningen¹⁷⁵ står sentralt ved tolkningen av EØS-avtalen, og kan tale for at effektivitetsprinsippet må ha tilsvarende innhold i EØS som innen EU. Homogenitetsbetraktninger var fremtredende i EFTA-domstolens argumentasjon i Sveinbjörnsdóttir.¹⁷⁶ EFTA-domstolen sier imidlertid lite om hva homogenitetsmålsetningen innebærer. Jervell redegjør for ulike aspekter ved målsettingen:¹⁷⁷ Avtalepartene tok primært sikte på å oppnå **regelverkshomogenitet** – at EØS på definerte områder skulle ha materielt sett like bestemmelser som innen Fellesskapet. En side av regelverkshomogenitet er **fortolkningshomogenitet**; materielt like bestemmelser skal fortolkes og anvendes likt. Jervell mener at EØS-avtalen bygger på en forutsetning om at det ikke skal være **institusjonell homogenitet** innen EØS; partene har ikke ønsket å ta opp Fellesskapets institusjonelle sider, som direkte virkning og forrang. Han argumenterer imidlertid til fordel for **virkningshomogenitet** – at virkningene av de materielle bestemmelsene skal være like. En slik virkningshomogenitet er ikke betinget av at mekanismene for å oppnå homogenitet er like. Etter Jervells syn, taler gode grunner for å tolke

¹⁷¹ I *Sveinbjörnsdóttir* premiss 59 uttalte EFTA-domstolen at «[t]he EEA Agreement is an international treaty sui generis which contains a distinct legal order of its own. (...) The depth of integration of the EEA Agreement is less far-reaching than under the EC Treaty, but the scope and the objective of the EEA Agreement goes beyond what is usual for an agreement under public international law.»

¹⁷² Av motsatt oppfatning Van Gerven: «By virtue of Article 6 EEA, Article 3 EEA must be interpreted in conformity with the case law of the EC Court concerning Article 5 EEC according to which national courts also are required to take such appropriate measures, within their sphere of competence.», jf. Van Gerven 1992 s. 974.

¹⁷³ Graver, Hans Petter. *Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler*. Finn Arnesen og Hans Petter Graver. Oslo 2000 (heretter Graver 2000) s. 31.

¹⁷⁴ Jf. Rt. 2000 s. 1811, *Finanger I*.

¹⁷⁵ Jf. fortalens 4. betraktning.

¹⁷⁶ Premiss 49 flg.

¹⁷⁷ Jervell s. 135 flg.

Sveinbjörnsdóttir slik at erstatningsplikten oppstilles som en egen EØS-rettslig rettsfølge for å oppnå virkningshomogenitet: Den EØS-rettslige erstatningsplikten er begrunnet i et ønske om å oppnå **like virkninger** av de materielle bestemmelsene i EØS.

Jervells synspunkter synes velbegrunnede. EFTA-domstolen viser ikke uttrykkelig til eksistensen av et erstatningsansvar i EF, men anlegger de samme materielle betingelsene som EF-domstolen har oppstilt i sin praksis. Resultatet blir da at borgerne oppnår samme grad av rettsbeskyttelse, men ut fra en ren EØS-rettslig begrunnelse, som ikke gjør det påkrevd med EF-rettens institusjonelle sider.

Et særlig spørsmål er om dette innebærer at innholdet i erstatningsprinsippet og de øvrige rettsfølger er **identisk** innen EU og EØS. I Karlsson-saken uttalte EFTA-domstolen at

«[t]he finding that the principle of State liability is an integral part of the EEA Agreement differs, as it must, from the development in the case laws of the Court of Justice of the European Communities of the principle of State liability under EC law. Therefore, the application of the principles may not necessary be in all respects coextensive.»¹⁷⁸

Uttalelsen kan tyde på at EFTA-domstolen ikke føler seg bundet av EF-domstolens praksis vedrørende erstatningsansvaret. Den oppstilte likevel identiske materielle betingelser for det EØS-rettslige erstatningsansvaret. Det kan derfor være grunn til å tro at EFTA-domstolen inntok dette standpunktet for ikke å bli bundet av EF-domstolens **fremtidige** avgjørelser, ettersom konsekvensene ville være vanskelige å forutse. Det kan derfor hevdes at EFTA-domstolen valgte å holde noen dører åpne for det tilfellet at EF-domstolens praksis skulle gå lenger enn det EØS-avtalen gav grunnlag for.¹⁷⁹

I Finanger II¹⁸⁰ var spørsmålet for Høyesterett var om staten kunne ilegges erstatningsansvar for feilaktig gjennomføring av motorvognforsikringsdirektivene.¹⁸¹ Et samlet Høyesterett fant at staten på visse vilkår kunne bli erstatningsansvarlig etter EØS-retten ved feilaktig eller unnlatt gjennomføring av EF-direktiver. I denne forbindelse uttalte førstvoterende på vegne av flertallet:

«Jeg finner (...) EFTA-domstolens argumentasjon for statlig ansvar overbevisende, med den vekt som legges på de grunnleggende hensyn til homogenitet,

¹⁷⁸ Premiss 30.

¹⁷⁹ Eyjólfsson, Martin. **EFTA Court**. CML Rev. 2000 s. 191 flg. på s. 202.

¹⁸⁰ Rt. 2005 s. 1365.

¹⁸¹ Direktiv 72/166/EØF, direktiv 84/5/EØF og direktiv 90/232/EØF.

likebehandling av enkeltpersoner/juridiske personer og beskyttelse av deres virksomheter. Jeg slutter meg til det syn at det ligger en forutsetning om erstatningsansvar i EØS-avtalen, og det må legges til grunn at EØS-loven § 1, som gjorde hoveddelen i EØS-avtalen til norsk lov, må forstås slik at den også omfatter dette ansvaret.»¹⁸²

Høyesterett tok opp EFTA-domstolens oppfordring i Sveinbjörnsdóttir, om å fortolke nasjonal gjennomføringslovgivning slik at den omfattet erstatningsansvaret.¹⁸³

Når det gjelder erstatningsansvarets nærmere utstrekning synes Høyesteretts flertall å bryte med synspunktene i Karlsson, om at erstatningsansvaret på enkelte områder kan tenkes å ha noe forskjellig rekkevidde innenfor henholdsvis EU- og EØS-retten:

«De direktivene det her gjelder, er direktiver som skal gi borgerne bestemte rettigheter, og erstatningsansvaret skal sikre at rettighetene blir en realitet. Det virker da lite rimelig om borgerne skulle ha en ulik rettsstilling når det gjelder vernet for disse rettigheter. Etter mitt syn tilsier hensynene bak erstatningsansvaret innen EØS at dette har samme omfang og ligger på samme nivå som ansvaret innen EF. EF-domstolens avgjørelser på dette området har dermed betydelig interesse.»¹⁸⁴

At erstatningsansvaret har «samme omfang» og «ligger på samme nivå» innen EØS som i EU trekker klart i retning av at Høyesterett anser erstatningsansvaret i de to rettssystemene som identisk. Dette støttes av mindretallets uttalelse:

«Jeg er enig med førstvoterende i at staten på nærmere bestemte vilkår kan bli erstatningsansvarlig på EØS-rettslig grunnlag ved unnlatt eller uriktig gjennomføring av EF-direktiver, og **at de materielle vilkår for et slikt ansvar er de samme etter EØS-retten som etter EU-retten.**»¹⁸⁵

Både flertallet og mindretallet anvender EF-domstolens praksis når de skal fastsette det nærmere innholdet i de materielle betingelsene for erstatning.

Det Høyesterett tar direkte stilling til er de materielle betingelsene for å oppnå erstatning ved uriktig gjennomføring av direktiver. Høyesterett sier ikke noe om hva som ville gjelde ved andre typer brudd, men det må antas at regelen om statlig erstatningsansvar har generell

¹⁸² Premiss 52. Førstvoterendes uttalelse er forholdsvis dristig. Det finnes klare holdepunkter for at avtalepartene forutsatte at EØS-avtalen **ikke** inneholdt noe erstatningsansvar ved undertegningen, se Ot.prp. nr. 62 (1991-1992) s. 7.

¹⁸³ Jf. **Sveinbjörnsdóttir** premiss 63: «it is natural to interpret national legislation implementing the main part of the Agreement as also comprising the principle of State liability».

¹⁸⁴ Premiss 58

¹⁸⁵ Premiss 111 (min utheving).

anvendelse. Sveinbjörnsdóttir dreide seg om uriktig gjennomføring av et direktiv, mens Karlsson vedrørte brudd på bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel. EFTA-domstolen sondret ikke mellom de to tilfellene, hva angår betingelsene for erstatning. I Karlsson forsøkte Norge å argumentere med at erstatningsansvaret bare gjaldt ved uriktig gjennomføring av direktiver. Dette argumentet ble avvist av EFTA-domstolen.

Når Høyesterett først har akseptert at det EØS-rettslige erstatningsansvaret er en del av norsk rett, kan jeg ikke se noen grunn til at de skulle sondre mellom ulike former for brudd; Høyesteretts betraktninger må trolig ha gyldighet for enhver krenkelse av borgernes EØS-rettigheter.

Spørsmålet er så om det kan tenkes tilfeller der erstatningsansvaret har et ulikt innhold innen EU og EØS. Et punkt, som nevnes av Graver, er uriktig gjennomføring av forordninger.¹⁸⁶ Forordninger er direkte anvendelige i EU, og det vil således ikke komme på tale med feilaktig eller manglende gjennomføring. Det er imidlertid ingen grunn til at statens EØS-rettslige ansvar ikke skal omfatte feilaktig eller manglende gjennomføring av EØS-forpliktelser med opphav i en forordning.¹⁸⁷ Et annet punkt der det kan være forskjell er ved direktiver som har direkte virkning i EF-retten. I EØS-retten vil erstatningsansvaret her fungere som et økonomisk surrogat for direktivets rettigheter.

Finanger II gjaldt det statlige erstatningsansvaret, og spørsmålet blir hvilke konklusjoner vi kan trekke fra dommen om effektivitetsprinsippet på et mer generelt plan. Høyesteretts argumentasjon når det gjelder betingelsene for erstatningsansvar må ha gyldighet i forhold til krav om effektiv rettighetsbeskyttelse mer generelt. Erstatningsansvaret er bare ett av mange utslag av effektivitetsprinsippet. Høyesterett forankrer erstatningsansvaret i hensynet til homogenitet og rettsbeskyttelse. Disse hensynene gjør seg også gjeldende for de øvrige rettsfølgene, så det er ingen tungtveiende grunner til at erstatningsansvaret skal stå i noen særstilling i så måte. Dette synet støttes av flertallets uttalelse i Finanger II:

«Staten har vist til at grunnlaget for ansvar særlig er begrunnet i effektivitetshensyn, et hensyn som anføres å ha en mer begrenset rekkevidde i EØS enn i EF. (...) Jeg er ikke enig i det.»¹⁸⁸

Flertallet gir her klart uttrykk for at effektivitetshensyn har samme gjennomslagskraft innen EØS som i EF. Det ligger derfor nær å slutte at effektivitetsprinsippet innhold er det samme i EF og EØS. Denne oppfatningen deles av Graver:

«Høyesterett trekker frem (...) gjensidighets- og effektivitetsaspektet. (...) Sett i sammenheng med uttalelsene om statenes erstatningsansvar mer spesielt, kan dette tas som en understrekning av at rettigheter må gis en **like effektiv beskyttelse**

¹⁸⁶ Graver, Hans Petter. *EØS, suverenitet og statens ansvar for manglende gjennomføring – kommentarer til Høyesteretts dom i Finanger II*. Nytt i privatretten 2005 nr. 4 (heretter Graver 2005a) s. 2.

¹⁸⁷ Graver 2005a s. 2.

¹⁸⁸ Premiss 58.

innen EØS som i EU. Det er således neppe lenger grunnlag for å hevde at forskjeller i rekkevidden og formål mellom EØS og EU kan gi grunnlag for å si at rettighetsbeskyttelsen i EØS ikke må gå like langt som i EU.»¹⁸⁹

Dette innebærer at effektivitetsprinsippet i EØS-retten må ha tilsvarende innhold som i fellesskapsretten. Høyesteretts uttalelse i *Allseas*, om at «[effektivitetsprinsippet] kan på enkelte områder tenkes å ha noe forskjellig rekkevidde innenfor henholdsvis EU- og EØS-retten (...)», kan derfor ikke lenger opprettholdes.¹⁹⁰

Høyesterettsdommer har liten, om noen, vekt ved fastleggelsen av EØS-retten som folkerettslig forpliktelse.¹⁹¹ At Høyesterett anser erstatningsansvaret, og trolig også rettsfølgepaletten ellers, som identisk innenfor EF og EØS, betyr ikke nødvendigvis at det er slik etter EØS-retten.

Selv om Høyesteretts praksis ikke har nevneverdig betydning som rettskildefaktor, kan dommen tillegges betydning i kraft av sin *argumentasjonsverdi*. Homogenitet og rettsbeskyttelse er hensyn som tillegges vekt i EFTA-domstolen, og på denne bakgrunn er det gode muligheter for at EFTA-domstolen selv vil kommet til samme resultat.

Det finnes ingen sikre holdepunkter på EØS-rettslig plan, for at effektivitetsprinsippet har et identisk innhold innenfor de to rettssystemene. I Karlsson holdt EFTA-domstolen spørsmålet åpent: «[T]he application of the principles *may* not necessary be in all respects coextensive».¹⁹² Dersom EFTA-domstolen skulle konstatere at effektivitetsprinsippets innhold ikke er det samme innenfor de to rettssystemene, bør Høyesterett revurdere sin oppfatning i lys av dette.¹⁹³ I avhandlingen videre vil jeg imidlertid legge Høyesteretts syn til grunn. Jeg baserer derfor drøftelsene mine på at effektivitetsprinsippets innhold i EØS er sammenfallende med prinsippets innhold i EF-retten. De kravene Høyesterett finner at EØS-retten stiller til norsk rett, vil danne skranker for norsk rett med hensyn til prosess og rettsfølger. I den grad disse skrankene er strengere enn de som stilles på det EØS-rettslige plan, fordi Høyesterett feiltolker EØS-retten, kan man si at norsk rett går lengre enn det som er påkrevd ut fra våre folkerettslige forpliktelser. Skrankene er likevel

¹⁸⁹ Graver 2005a s. 2 (min utheving).

¹⁹⁰ Dette gjelder for så vidt det er tale om beskyttelse av borgernes rettigheter. Graver holder muligheten åpen for at det ikke behøver å være fullt ut sammenfall ved håndhevelsen av andres plikter, jf. Graver 2005a s. 2.

¹⁹¹ Se imidlertid EFTA-domstolens uttalelse i sak E-2/95, *Eidesund*, premiss 15. Jeg slutter meg til kritikken i Sejersted 2004 s. 230.

¹⁹² (Min utheving).

¹⁹³ Merk imidlertid «Høyesteretts formelle posisjon som en likestilt EØS-domstol», jf. Graver, Hans Petter. *Domstolene og EØS*. Lov og rett 2005 s. 577 på s. 578

gjeldende *norsk* rett med mindre det er grunn til å tro at Høyesterett selv vil endre kurs.

3.3 Ekvivalensprinsippet i EØS

Det fremgår av Karlsson at ekvivalensprinsippet er en del av EØS-retten.¹⁹⁴ Ekvivalensprinsippet er et utslag av lojalitetsplikten, jf. pkt. 2.7., og derfor også en del av norsk rett, jf. EØS-loven § 1. På dette punkt må lojalitetsplikten favne like vidt i EØS som i EU; det er ingen hensyn som taler for at EFTA-statene skal ha en videre adgang til å forskjellsbehandle søksmål basert på EØS-retten. Praksis fra EF-domstolen er derfor en relevant rettskilde også for norske domstoler.

¹⁹⁴ Premiss 33.

4 Rettighetskategorier, krenkelseskategorier og kravet om pådømtbarhet

4.1 Forvaltningens krenkelser av borgernes EØS-rettigheter

4.1.1 Nærmere om sontringen mellom krav og immunitetsrettighet

Krenkelser av krav arter seg regelmessig på en annen måte enn krenkelser av immunitetsrettigheter, jf. nærmere nedenfor pkt. 4.1.3. For å kunne redegjøre for ulike former for krenkelser, er det nødvendig å gå sontringen mellom «claim-rights» og «immunity-rights» nærmere etter i sømmene.¹⁹⁵ Jeg vil anvende Hohfelds analyseverktøy i det følgende. I Becker uttalte EF-domstolen at

«wherever the provisions of a Directive appear, as far as their subject matter is concerned to be unconditional and sufficiently precise, those provisions may, in the absence of implementing measures adopted within the prescribed period, be relied upon as against any national provisions which is incompatible with the Directive or in so far as the provisions define rights which individuals are able to assert against the State.»¹⁹⁶

EF-domstolens uttalelse viser at fellesskapsbestemmelsene kan brukes på to måter, og det samme vil gjelde innenfor EØS:

Ved håndhevelsen av et **krav**, påberoper borgeren seg EØS-bestemmelsen til støtte for å få innvilget en bestemt rettsposisjon (EØS-retten «define rights which individuals are able to assert against the State»). En krenkelse vil typisk finne sted ved at han får avslag på et gode han har krav på i medhold av EØS-retten.

Ved håndhevelsen av en **immunitetsrettighet** påberoper borgeren den EØS-rettslige bestemmelsen til sitt forsvar (bestemmelsen blir «relied upon as against any national provisions which is incompatible with the [provision]»), og anfører at forvaltningen manglet kompetanse til å gripe inn i hans

¹⁹⁵ Jf. ovenfor pkt. 1.3. for en nærmere redegjørelse for sontringen.

¹⁹⁶ Sak 8/81, **Becker**, premiss 25.

immunitetsføre. Immunitetsrettigheten vil typisk krenkes av offentlige myndigheter som søker å håndheve kolliderende nasjonal lov gjennom et forvaltningsvedtak. EØS-bestemmelsen påberopes som grunnlag for en legalitetskontroll av forvaltningsvedtaket.

Det avgjørende for sontringen er hvorvidt borgeren søker å erstatte den nasjonale rettsakten med en EØS-rettslig bestemmelse – «[the provision] is pleaded for purposes of (...) 'substitution' of a legal rule» –, eller om han bare ønsker den nasjonale rettsakten tilsidesatt – «[the provision] is pleaded for purposes of 'exclusion' (...) of a legal rule».¹⁹⁷

Der borgeren har et krav, følger det per definisjon at han baserer seg på en bestemmelse som gir ham en rettighet. Når det gjelder immunitetsrettigheter er et sentralt spørsmål hvorvidt det kreves at den EØS-rettslige bestemmelsen som påberopes gir borgeren en rettighet.¹⁹⁸ Mer presist er problemstillingen om rettighetsposisjonen er en **betingelse** for å kunne påberope EØS-retten defensivt.

Det er av stor betydning å bringe på det rene hvilke EØS-regler som danner grunnlag for individuelle rettigheter, og dette må fastlegges ut fra en tolkning av EØS-avtalens enkelte regler. Dette er et rent EØS-rettslig spørsmål, og kan ikke løses på bakgrunn av nasjonal rett.¹⁹⁹

Også EØS-bestemmelser som ikke tillegger borgerne rettigheter kan sette skranker for forvaltningens kompetanse, og disse bestemmelsene må kunne påberopes av borgerne. Kraaijeveld²⁰⁰ og Linster²⁰¹ kan illustrere dette:

I Kraaijeveld hadde nederlandske myndigheter vedtatt en reguleringsplan som omfattet byggingen av en demning. Demningen ville få store konsekvenser for Kraaijeveld, og firmaet gikk til sak ved nederlandske domstoler for å få vedtaket kjent ugyldig. I henhold til direktiv 85/337/EØF skal visse prosjekter underkastes en konsekvensutredning forut for vedtakelsen. Etter nederlandsk rett var det ikke påkrevd med noen konsekvensutredning i det foreliggende tilfellet. Den nederlandske domstolen forela saken for EF-domstolen for en tolkningsuttalelse. EF-domstolen fant at direktivets skjønnsmargin er overskredet hvis medlemsstatene fastsetter

¹⁹⁷ Generaladvokat Léger i sak C-287/98, **Linster** (heretter Léger) s. 11.

¹⁹⁸ Spørsmålet har klare likhetstrekk med en problemstilling som har vært hyppig drøftet i fellesskapsrettslig litteratur: hvorvidt rettighetsposisjonen er en betingelse for eller en konsekvens av direkte virkning. Hilson og Downes konkluderer med at immunitetsrettigheter er en **konsekvens** av direkte virkning, mens det for krav er en **forutsetning** at bestemmelsen tillegger borgerne rettigheter, jf. Hilson 1999 s. 131.

¹⁹⁹ Graver 2000 s. 36.

²⁰⁰ Sak C-72/95, **Kraaijeveld**.

²⁰¹ Sak C-287/98, **Linster**.

terskelverdiene for bygging av diker så høyt at samtlige prosjekter unntas fra plikten til å foreta konsekvensutredninger. Et av spørsmålene for EF-domstolen var om en borger kunne påberope seg manglende overholdelse av direktivforpliktelsene. Domstolen svarte bekreftende, og uttalte i den anledning at

«where the Community authorities have (...) imposed on Member States the obligation to pursue a particular course of conduct, the useful effect of such an act would be weakened if individuals were prevented from relying on it before their national courts.»²⁰²

Linster gjaldt et tyngende forvaltningsvedtak, fattet i strid med det samme konsekvensutredningsdirektivet. I forbindelse med utbygging av en motorvei, anla myndighetene i Luxemburg sak mot Berthe Linster m.fl, og krevde ekspropriasjon av eiendommene deres. Linster avviste kravet, under henvisning til at hjemmelsloven og ekspropriasjonsvedtaket var i strid med direktivet, idet det ikke var foretatt noen konsekvensutredning av utbyggingen. Den luxembourgske domstolen forela saken for EF-domstolen til prejudisiell avgjørelse. Også her var et av spørsmålene hvorvidt medlemsstatens forpliktelser etter direktivet kunne påberopes av borgerne. EF-domstolen svarte bekreftende, under henvisning til fellesskapsrettens effektivitet.

Både Kraaijeveld og Linster er utpregede **effet utile**-avgjørelser: Borgernes håndhevelse av medlemsstatenes plikter sikrer fellesskapsrettens effektive virkning.

Prechal hevder at

«In my opinion, in any (...) case in which an individual relies on Community law provisions for the purposes of legality review (...) a successful case will result in an immunity: (...) the State could in turn [not] rely on the national rules for their purposes.»²⁰³

Jeg deler Prechals oppfatning, og mener at det samme må legges til grunn i EØS-retten. Også ved håndhevelsen av det offentliges plikter, vil borgeren kunne få fastslått en immunitetsrettighet: Borgeren har en **rett til ikke å bli utsatt for et EØS-stridig vedtak**.

Jeg finner det likevel ikke riktig å hevde at det har funnet sted en krenkelse av borgerens **subjektive EØS-rettigheter** i alle slike tilfeller, og en behandling av slike situasjoner faller derfor utenfor avhandlingens tema. For at det skal være tale om en krenkelse av borgernes EØS-rettigheter, må, etter min mening, forvaltningen ha tilsidesatt en EØS-bestemmelse som gir borgerne rettigheter. Dette skyldes at rettsbeskyttelsesprinsippet, effektivitetsprinsippet i snever

²⁰² Premiss 56.

²⁰³ Prechal, Sacha. **Does direct effect still matter?** CML Rev 2000 s. 1047 flg. (heretter Prechal 2000) s. 1058. (Artikkelen er skrevet etter at EF-domstolen avsa dom i Linster.) Også Hauger mener at «en saksøker som ikke har en subjektiv rettighet vil (...) kunne (...) anvende [fellesskapsretten] som en immunitet mot nasjonal lovgivning, hvis søksmålet er egnet til å fremme fellesskapsrettens fulle virkning.», jf. Hauger s. 76.

forstand, tar sikte på å beskytte **de rettigheter borgerne utleder fra EØS-avtalen**, og å sikre håndhevelsen av regler som er satt til å beskytte private. Hensynene som gjør seg gjeldende i slike tilfeller vil ikke være de samme som der borgeren håndhever en plikt pålagt medlemsstatene.²⁰⁴ I den grad jeg behandler immunitetsrettigheter i det følgende, forutsetter jeg derfor at forvaltningens enkeltvedtak strider mot en EØS-bestemmelse som gir borgerne subjektive rettigheter.

4.1.2 EØS-rettigheter og kravet til pådømlighet

Bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel og i sekundærlovgivningen kan gi opphav både til krav og immunitetsrettigheter; det avgjørende er om bestemmelsen brukes offensivt eller defensivt. Dette kan illustreres med Restamark-avgjørelsen.²⁰⁵

Restamark ønsket å importerte alkoholholdig drikke til Finland, og søkte det finske statsmonopolet om tillatelse til å importere og omsette alkoholen. Søknaden ble avslått, og Restamark påklaget avgjørelsen. Forvaltningsdomstolen forela saken for EFTA-domstolen til prejudisiell avgjørelse. Første spørsmål var hvorvidt et avslag på søknaden ville stride mot EØS-avtalen artikkel 11, andre spørsmål var hvorvidt statsmonopolet i seg selv var i strid med EØS-avtalen artikkel 16. EFTA-domstolen fant at en ordning som påla importører å innhente tillatelse fra et statsmonopol i utgangspunktet var i strid med EØS-avtalen artikkel 11, og at ordningen ikke kunne godtas i medhold av artikkel 13. Domstolen fant videre at EØS-avtalen artikkel 16, selv om den ikke forbød statsmonopoler, foreskrev at monopoler måtte tilpasses for å sikre at det ikke fant sted diskriminering av borgere fra EF- og EFTA-statene.

Restamark kunne altså bruke både EØS-avtalens artikkel 11 og 16 som skjold, og få tilsidesatt avslaget. Men i premissene for å vurdere avslaget, fant domstolen samtidig at Restamark hadde krav på å importere og omsette alkoholen. EØS-retten kunne derfor også brukes som offensivt – som sverd – for å håndheve denne rettigheten overfor staten.

Når EØS-bestemmelsene er gjort til norsk rett **som sådan**,²⁰⁶ er det en betingelse at nasjonale domstoler kan anvende bestemmelsen, jf. pkt. 2.3. om kravet til pådømlighet.

Også når bestemmelsene er gjennomført i norsk rett ved omskriving, må kravet til pådømlighet være oppfylt. I slike tilfeller er det imidlertid ikke et spørsmål om selvkraft, ettersom det er **norsk rett**, og ikke utelukkende en folkerettslig forpliktelse, som tolkes. Når kravet likevel må være oppfylt, er det fordi «[i]n every member State there exists quite a bit of

²⁰⁴ I den grad borgerne gis adgang til å håndheve medlemsstatenes plikter, er formålet å sikre EØS-rettens effektive gjennomslag – **effet utile**.

²⁰⁵ Sak E-1/94, **Restamark**.

²⁰⁶ EØS-rettsakter som viser til forordninger, bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel, samt der direktivbestemmelser er gjengitt direkte i norsk rett.

law which is not enforceable in the courts, because these rules (...) are too vague or to incomplete to admit of judicial application.»²⁰⁷ De EØS-forpliktelser som er gjort til norsk rett ved omskriving vil imidlertid nesten uten unntak tilfredsstillende kravet til pådømtbarhet.²⁰⁸

EFTA-domstolen har formulert betingelsen «complete and legally perfect» som et krav om at bestemmelsen må være ubetinget og tilstrekkelig presis til å kunne anvendes av nasjonale domstoler.²⁰⁹ Innholdet i kravet er altså det samme etter EØS-retten som etter EF-retten, jf. pkt. 2.3. I Restamark måtte EFTA-domstolen ta stilling til om EØS-avtalen artikkel 16 oppfylte disse kravene. Fra dommen hitsettes:

«[I]ndividuals and economic operators (...) must be entitled to invoke and to claim at the national level any rights that could be derived from provisions of the EEA Agreement, as being or having been made part of the respective national legal order, **if they are unconditional and sufficiently precise**. A national court which, in such circumstances, considers that it is necessary to enable it to give judgement to know whether an implemented provision of the EEA Agreement is unconditional and sufficiently precise, must consequently be entitled to ask the EFTA Court for an opinion thereon (...) Article 16 EEA is identical in substance to Article 37(1) EC. In the context of EC law the latter Article has been considered to be unconditional and sufficiently precise (...) In view of the homogeneity objective (...) and in order to ensure equal treatment of individuals throughout the EEA, Article 16 must also be interpreted as fulfilling the criteria of being unconditional and sufficiently precise.»²¹⁰

Det fremgår av Restamark at EFTA-domstolen skal legge vekt på EF-domstolens praksis ved fastleggelsen av hvilke bestemmelser som tilfredsstillende kravene til presisjon og uforbeholdenhet. Homogenitetsmålsettingen tilsier at det er samsvar mellom fellesskapsretten og EØS-retten i så henseende.²¹¹

²⁰⁷ Winter s. 436. Et eksempel fra norsk rett er Grunnloven § 110b (miljøparagrafen).

²⁰⁸ Jervell, Stefan. *Lovgivningen i EØS*. Oslo 2002 (heretter Jervell) s. 174.

²⁰⁹ Det er viktig å holde dette spørsmålet atskilt fra spørsmålet om bestemmelsen gir opphav til en rettighet. En sammenblanding lar seg forsvare for så vidt man anser håndhevingsaspektet som en del av rettighetsbegrepet. I fellesskapsretten er imidlertid håndhevingsadgangen ingen nødvendig betingelse for at det skal foreligge en rettighet, jf. pkt. 2.1 ovenfor.

²¹⁰ Premiss 77-80 (min utheving).

²¹¹ Der det er tale om materielt sett identiske bestemmelser, og EF-domstolens praksis skriver seg fra tiden før undertegningen av EØS-avtalen, er domstolene forpliktet til å vektlegge EF-domstolens rettspraksis, jf. EØS-avtalen artikkel 6. Også praksis fra etter avtalens undertegning veier tungt, jf. ODA-avtalen artikkel 3 nr. 2. Dette tidsmessige skillet er – på grunn av homogenitetsmålsettingen – i første rekke formelt, og har ikke blitt tillagt særlig betydning i praksis, jf. sak E-3/98, *Ospelt*, premiss 17-21 og Rt. 1997 s. 1965, *Eidesund*. For en nærmere behandling, se Rognstad, Ole-Andreas. *EF- og EFTA-domstolens praksis som rettskilder ved tolkningen av EØS-avtalen*. Tidsskrift for rettsvitenskap 2001 s. 435flg. på s. 447.

Et særlig spørsmål er om det gjelder et «klarhetskrav» for at en EØS-bestemmelse skal kunne gå foran nasjonal rett.²¹² Etter Gravers syn må

«the possibility to request advisory opinions from the EFTA Court (...) imply a duty to do so if the national court finds the legal situation too difficult to determine. To abstain from applying an EEA rule on the grounds that its meaning is too unclear to overrule a provision of national law, is therefore not a valid argument under the EEA obligations. The national court therefore has the choice between either taking an offensive approach to the EEA question, or referring it to the EFTA Court.»²¹³

Jeg er enig med Graver på dette punkt. I de tilfellene EØS-bestemmelsene gir medlemsstatene skjønn, vil imidlertid EFTA-domstolen bare kunne fastlegge **grensene** for skjønnet.

I fellesskapsretten er det omdiskutert hvorvidt en direktivbestemmelse må være presis og uforbeholden også i tilfellene hvor direktivet påberopes for å kontrollere legaliteten av en nasjonal lovbestemmelse eller et forvaltningsvedtak, altså når den brukes som skjold. EF-domstolens praksis er sprikende på dette punkt. I sitt forslag til avgjørelse i Linster, hevdet Generaladvokat Léger at

«a national court hearing a case which necessitates consideration of whether a rule of domestic law is compatible with a directive that has not been transposed within the period laid down is not required (...) to verify first whether the provision of the directive which are relied on are sufficiently precise and unconditional.»²¹⁴

Samme oppfatning har blitt lagt til grunn av enkelte teoretikere.²¹⁵ Jeg mener imidlertid at testen må anvendes uavhengig av fellesskapsretten påberopes offensivt eller defensivt, idet «these two conditions are merely the manifestation of the characteristics which positive norms must exhibit in order to be applied by the national judge.»²¹⁶

På tross av at bestemmelsen må være ubetinget og tilstrekkelig presis både der den påberopes som sverd og som skjold, vil innholdet i testen være ulik i

²¹² Sammenlign diskusjonen vedrørende bestemmelser i EMK, jf. Rt. 1994 s. 610, **Bølgepappkjennelsen**; Rt. 1999 s. 691, **Rest-Jugoslaviakjennelsen** og Rt. 2000 s. 996, **Bøhlerdommen**. På bakgrunn av sistnevnte avgjørelse, må det kunne legges til grunn at det ikke gjelder et klarhetskrav i norsk rett, hva gjelder bestemmelsene i EMK.

²¹³ Graver, Hans Petter. **Community Law, Judicial Activism and Liquid Rules – an EEA Perspective**. Manus til foredrag 17. September 2005 s. 7.

²¹⁴ Premiss 89.

²¹⁵ Slik Lenz, Miriam. **Horizontal What? Back to basics**. Av Miriam Lenz, Dóra Sif Tynes og Lorna Young. E.L.Rev. 2000 s. 509 flg. (heretter Lenz) s. 517. Motsatt Prechal 2000.

²¹⁶ Lenz s. 517.

de to tilfellene: «Whether or not a rule may be relied on depends on the way in which the national court is called upon to apply it.»²¹⁷ Prechal formulerer det slik:

«When a person uses Community law to assert a «positive claim» (...) the appreciation of the unconditional and sufficiently precise character of the provisions at issue may differ from a situation where someone seeks, for instance, the annulment of an individual decision. (...) [F]or positive application, i.e. for a fully-fledged alternative, the national court will need «more» and another type of guidance from the provisions at issue than when it is asked to proceed to the review of legality. In the former situation, discretion will block the application. The court cannot make the choice, which is up to the legislature or the executive. In the second situation, the discretion will not block the possibility of review. (...)»²¹⁸

Det stilles altså strengere krav til bestemmelsens klarhet og presisjon for å kunne bruke den som sverd enn som skjold.²¹⁹ For at domstolen skal kunne fastsette at borgeren har et konkret krav, er det en betingelse at forvaltningen ikke har noe skjønn med hensyn til hvordan kompetansen skal utøves, med andre ord at det dreier seg om **lovbunden kompetanse**.²²⁰ I de tilfellene forvaltningen har diskresjonær kompetanse, er domstolenes rolle begrenset til kontroll av hvorvidt grensene for skjønnsutøvelsen er overskredet, og om forvaltningen har krenket borgerens immunitetsrettigheter.

Det følger av dette at i de tilfellene en EØS-bestemmelse kan danne grunnlag for et krav for borgeren, kan den også danne grunnlag for en immunitetsrettighet. Dette følger av en «fra det mer til det mindre»-betraktning.

4.1.3 Nærmere om krenkelser i norsk rett

Når det fattes enkeltvedtak, kan forvaltningen krenke borgernes EØS-rettigheter på ulike måter. Krenkelsene utgjør en heterogen gruppe, og det lar seg ikke gjøre å gi noen uttømmende oversikt. Et grunnleggende skille går mellom tyngende forvaltningsvedtak og avslag på søknader. Legalitetsprinsippet krever at forvaltningen har hjemmel når de fatter vedtak som er tyngende overfor borgerne. Når forvaltningen har fattet et slikt vedtak overfor borgeren, blir det nødvendig å fastlegge hvorvidt de EØS-rettslige

²¹⁷ Léger s. 13-14.

²¹⁸ Prechal 2000 s. 1062.

²¹⁹ Det kreves mer av bestemmelsen for å si hva forvaltningen positivt **plikter** å gjøre enn å fastlegge hva den **ikke** har kompetanse til å gjøre.

²²⁰ Grensene mellom lovbunden og diskresjonær kompetanse må fastsettes ut fra en tolkning av **EØS-retten**, ikke norsk rett.

skrankene for forvaltningens kompetanse er overskredet. I slike tilfeller brukes EØS-retten som skjold, for å kontrollere vedtakets legalitet. Der forvaltningen avslår en søknad, kan EØS-retten brukes både som skjold **og** sverd. Hvis EØS-retten brukes som skjold, krever borgeren avslaget tilsidesatt.²²¹ Hvis EØS-retten brukes som sverd, krever han dom for den rettsposisjon han mener å ha krav på etter EØS-retten. Hvorvidt han kan bruke EØS-retten som sverd for norske domstoler, er et spørsmål om adgangen til å få dom for realitet, jf. nedenfor pkt. 5.6.²²²

Et annet grunnleggende skille går mellom tilfeller der forvaltningen krenker borgernes rettigheter gjennom vedtak i medhold av en EØS-stridig lovbestemmelse og krenkelser som skjer ved at forvaltningen utøver sitt skjønn på en måte som EØS-avtalen ikke tillater.²²³

For så vidt angår førstnevnte kategori, er det et vilkår for å kunne angripe vedtaket at forvaltningen har overskredet sin kompetanse etter EØS-retten. Dette innebærer at det ikke har funnet sted noen krenkelse med mindre den EØS-stridige hjemmelsbestemmelsen har gitt seg utslag i at vedtaket har fått et EØS-stridig innhold, eller at forvaltningen har tatt EØS-stridige hensyn.

Kompetanseregler kan kombineres både med plikt og frihet til å benytte kompetansen. En kompetanseregel kombinert med plikt pålegger forvaltningen å fatte vedtak med et bestemt innhold, dersom de foreskrevne betingelsene er oppfylt. Vedtak som fattes i medhold av en slik kompetansebestemmelse kalles **lovbundne vedtak**.²²⁴ En slik regel kan formuleres som en «hvis – så skal»-regel:²²⁵ **Hvis** de foreskrevne betingelsene er oppfylt, **skal** forvaltningen fatte et vedtak med et bestemt innhold.

EØS-motstriden kan her ligge både på betingelses- og følgesiden. Lovbestemmelsen kan være utformet slik at den påbyr forvaltningen å vektlegge EØS-stridige hensyn, å fatte vedtak med et innhold som strider mot EØS-reglene, eller å nekte borgerne rettigheter de er tilstått ved slike regler.

²²¹ EØS-retten brukes også som skjold i de tilfellene borgeren ønsker å få dom for at forvaltningen har opptrådt EØS-stridig. Adgangen til å få slik fastsettelsesdom drøftes i pkt. 5.5.

²²² En annen ting er at også i de tilfellene borgeren bruker EØS-bestemmelsen som skjold, kan domstolen gå langt i å antyde hva den mener vedtaket bør gå ut på.

²²³ EØS-rettens betydning er størst som skranke for forvaltningens frie skjønn, fordi det antakelig ikke er påkrevd med formell gjennomføring, jf. pkt. 4.2.2.2. og 4.2.2.3.

²²⁴ På tross av at det dreier seg om lovbunden kompetanse, kan bestemmelsen være så vagt og uklart utformet, at dette gir forvaltningen en vid skjønnsadgang. Det er her tale om rettsanvendelsesskjønn, og denne skjønnsutøvelsen er bare i svært sjeldne tilfelle unndratt domstolskontroll.

²²⁵ At rettsnormer kan formuleres som «hvis – så»-regler fremgår bla. av Sundby s. 55.

Ved lovbundne vedtak har forvaltningen ikke kompetanse til å fatte et vedtak i overensstemmelse med EØS-avtalen, uten å bryte hjemmelsloven.

Som illustrasjon på en lovbestemmelse som inneholder EØS-stridige betingelser kan nevnes Cowan.²²⁶ Dette er riktignok en sak fra EF-domstolen, men løsningen vil trolig måtte bli den samme innenfor EØS.²²⁷ Saken gjaldt en søknad om voldsoffererstatning fra en engelsk turist som var blitt slått ned i Frankrike. Etter de franske reglene kunne ikke søknaden innvilges, med mindre søkeren var fransk statsborger, utlending med oppholdsbevis eller borger av en stat Frankrike hadde inngått avtale med. EF-domstolen fant at de franske reglene var i strid med EØF-traktaten artikkel 7 (nå EF-traktaten artikkel 12), ettersom turister er mottakere av tjenester i Frankrike, og «the protection of that person from harm in the Member State in question, on the same basis as that of nationals and persons residing there, is a corollary of that freedom of movement.»

Kellogg's-saken²²⁸ kan tjene som illustrasjon på en lovhjemmel som pålegger forvaltningen å fatte vedtak med et innhold som strider mot EØS-avtalen. Her hadde Statens næringsmiddeltilsyn avslått Kellogg's søknad om å selge jernberiket corn flakes i Norge. Etter næringsmiddelforskriften,²²⁹ vedtatt i medhold av næringsmiddeloven,²³⁰ var det forbudt å tilsette maten næringsstoffer, uten først å ha innhentet samtykke fra Statens næringsmiddeltilsyn. Forskriften åpnet for at slikt samtykke kunne gis dersom det var et behov i en befolkningsgruppe eller i befolkningen som helhet. Statens næringsmiddeltilsyn avsto Kellogg's søknad under henvisning til at den norske befolkning ikke hadde behov for jerntilskudd. EFTA-domstolen fant at Norge hadde brutt sine forpliktelser etter EØS-avtalen artikkel 11. På tross av at det var lovhjemmelen som var EØS-stridig, var det forvaltningsvedtaket som direkte var bestemmende for Kellogg's rettsposisjon.

En kompetanseregulering kombinert med frihet går ut på at dersom de foreskrevne betingelsene er oppfylt, så har forvaltningen frihet til enten å bestemme hvorvidt vedtak skal fattes eller til å bestemme hva vedtaket skal gå ut på. Vedtak som fattes i medhold av en slik kompetansebestemmelse kalles **diskresjonære vedtak**. Hva friheten går ut på i det enkelte tilfellet beror på en tolkning av lovbestemmelsen. En slik kompetanseregulering kan formuleres som en «hvis – så kan»-regel: **Hvis** de foreskrevne betingelsene er oppfylt, **kan** forvaltningen gjøre det ene eller det andre. «Kan» er i dette tilfellet en frihetsmarkør. Diskresjonær kompetanse kan innebære frihet med hensyn til om vedtak skal fattes (men ikke med hensyn til innhold), eller frihet med hensyn til om vedtak skal fattes **og** med hensyn til innhold. Slike diskresjonære hjemler vil regelmessig åpne for EØS-konforme vedtak.

²²⁶ Sak 186/87, **Cowan**.

²²⁷ Graver 2002a s. 74.

²²⁸ Sak E-3/2000, **ESA mot Norge**.

²²⁹ Forskrift 8. juli 1983 nr. 1252 om produksjon og frambud mv. av næringsmidler.

²³⁰ Lov 19. mai 1933 nr. 3 om tilsyn med næringsmidler.

På tross av at en lovbestemmelse åpner for et EØS-konformt resultat, kan den likevel være EØS-stridig. Til illustrasjon kan nevnes enkelte konsesjonsordninger. Selve eksistensen av en konsesjonsordning vil kunne være en restriksjon på den frie bevegelse. Skal konsesjonsordningen likevel kunne opprettholdes, kreves det at ordningen forfølger et allment hensyn, er nødvendig og proporsjonal, samt ivaretar rettssikkerhetsprinsippet. Sistnevnte krav går blant annet ut på at hjemmelsloven ikke må være så skjønnsmessig utformet at borgerne ikke kan forutberegne sin rettsstilling.²³¹ Forvaltningspraksis godtas ikke som presisering av vagt utformede lovhjemler. En konsesjonsordning som ikke oppfyller disse kravene, vil derfor være EØS-stridig, selv om alle konsesjonsøknader i praksis innvilges, og det derfor ikke finner sted noen krenkelser av borgernes rettigheter.

Ofte angir hjemmelsloven hvilke hensyn som skal vektlegges ved utøvelsen av forvaltningens diskresjonære kompetanse. I den grad hensynene som listes opp strider mot EØS-avtalen, har vi å gjøre med en EØS-stridig lovbestemmelse.

Dette var tilfellet med den tidligere oppdrettsloven.²³² Lovens § 6 tredje ledd bokstav b foreskrev at det ved tildeling av konsesjoner, skulle legges vekt på om eierinteressene hadde lokal tilknytning. For så vidt angikk tildelinger i Troms og Finnmark, var reglene ytterligere presisert i forskrift.²³³ Forskriftens § 5 foreskrev at forvaltningen skulle vektlegge lokalt eierskap i søkersekskapet, ved tildeling av konsesjoner. ESA avga, etter å ha mottatt klage, en begrunnet uttalelse, og hevdet at de norske reglene var i strid med EØS-avtalens artikkel 40 om fri bevegelse av kapital og artikkel 31 om etableringsretten. Lovgivningen ble på denne bakgrunn endret.

På tross av at hjemmelsloven er EØS-konform, eller forvaltningen ikke trenger lovhjemmel etter legalitetsprinsippet, kan vedtaket være EØS-stridig: Forvaltningen kan også krenke borgernes rettigheter når den fatter diskresjonære vedtak, og utøver skjønn i strid med EØS-retten. Et skille går her mellom de tilfellene forvaltningen har lagt vekt på EØS-stridige **hensyn**, og de tilfellene skjønnsutøvelsen har ført til et vedtak med et EØS-stridig **innhold**. Når det gjelder vedtakets innhold må forvaltningen, hvis den har kompetanse til det, innvilge krav borgeren er tilstått ved en EØS-regel. Forvaltningen kan heller ikke bruke sin skjønnsmessige kompetanse slik at det strider mot en EØS-regel. Forvaltningen må overholde traktatens regler om de fire friheter og sekundære rettsakter som tar sikte på å fjerne forskjellsbehandling innenfor det felles marked.²³⁴ Disse reglene utgjør skranker for skjønnsutøvelsen også ved anvendelsen av rent nasjonal hjemmelslovgivning.

²³¹ For en nærmere behandling av rettssikkerhetsprinsippet i konsesjonssaker, se Heistad, Markus. «**Legal certainty**» i **konsesjonssaker**. Oslo, 2006.

²³² Lov 14. juni 1985 nr. 68 om oppdrett av fisk, skalldyr m.v.

²³³ Forskrift nr. 633 av 11. juni 1998.

²³⁴ At enkeltvedtak kan utgjøre restriksjoner på den frie bevegelse fremgår blant annet av sak 36/75, **Rutili**.

EØS-retten setter også grenser for hvilke hensyn forvaltningen kan vektlegge. Diskrimineringsforbudet i EØS-avtalen artikkel 4 setter grenser for forvaltningens skjønn, også utenfor de tilfeller det legges restriksjoner på de friheter.²³⁵ Videre må forvaltningen, når de fatter vedtak i medhold av regler med et EØS-rettslig opphav, tolke hjemmelen, for å fastlegge hvilke hensyn som er relevante i skjønnsutøvelsen.

For det tilfellet at det er fattet et vedtak med et innhold som strider mot EØS-retten, eller det er lagt vekt på EØS-stridige hensyn ved skjønnsutøvelsen, foreligger det et EØS-stridig vedtak. Det har ingen betydning for denne **rubriseringen** hvorvidt EØS-striden skyldes hjemmelsloven eller utøvelsen av forvaltningens diskresjonære skjønn.²³⁶

Jervell hevder at

«dersom det ikke er noe i veien med vedtakets innhold, så vil det som hovedregel heller ikke være i strid med EØS-avtalen. Også ved tilblivelsesfeil vil det sentrale spørsmålet uansett være om vedtakets resultat er i strid med EØS-retten slik den er gjennomført i norsk rett.»²³⁷

Jeg mener at selv om vedtaket har et **innhold** som tillates etter EØS-retten, må forvaltningen ha brutt avtalen i de tilfeller vedtaket er forankret i EØS-stridige hensyn. Å konstatere EØS-strid sier imidlertid ingen ting om hva som blir **følgene** av denne striden. Dette vil først og fremst avhenge av om det EØS-stridige hensynet har påvirket vedtakets innhold. Dette er en annen vurdering enn om vedtaket har et EØS-stridig innhold. Hvorvidt en slik feil kan medføre ugyldighet og erstatning drøftes henholdsvis under pkt. 5.3. og 5.4.

Et beslektet spørsmål er om borgernes immunitetsrettigheter består i en rett til ikke å bli utsatt for EØS-stridig myndighetsutøvelse generelt, også der EØS-striden ikke har hatt betydning for hans rettsposisjon. Forvaltningen kan ha lagt vekt på EØS-stridige hensyn, uten at dette har påvirket vedtakets innhold. Her ser vi et eksempel på at Hohfelds inndeling ikke fullt ut er egnet til å forklare borgernes rettsposisjon. Det er åpenbart at forvaltningen mangler kompetanse til å legge vekt på EØS-stridige hensyn når de fatter enkeltvedtak. Etter Hohfelds modell skulle forvaltningens manglende kompetanse motsvares av en immunitetsrettighet på borgerens hånd. Det blir imidlertid noe søkt å snakke om rettighetskrenkelse der det EØS-stridige hensynet ikke har hatt betydning for borgerens rettsstilling. Jeg vil derfor forbeholde begrepet

²³⁵ Graver 2002a s. 74.

²³⁶ Dette har imidlertid betydning for borgerens adgang til å påberope seg bruddet ved norske domstoler, jf. pkt. 4.2.2.

²³⁷ Jf. Jervell s. 145.

immunitetsrettighet til de tilfeller hvor kompetanseoverskridelsen har hatt betydning for borgernes rettsstilling. Dette vil være i tråd med avhandlingens siktemål: å undersøke EØS-rettens betydning for borgernes rettsbeskyttelse. Det kan knapt argumenteres for at EØS-retten gjør det påkrevd med noen særlig beskyttelse av borgerne, der deres rettsposisjon ikke har blitt påvirket som følge av EØS-striden.

4.2 Den EØS-rettslige forpliktelsen

4.2.1 EØS-retten som folkerettslig forpliktelse

EØS-avtalen er en folkerettslig avtale. Det er av den grunn viktig å sondre mellom de krav EØS-retten stiller på det folkerettslige plan, og de krav som eksisterer i norsk rett. Ved løsningen av en konkret tvist må norske domstoler foreta en to-trinnsvurdering: Først må de ta stilling til hvilke forpliktelser som følger av EØS-avtalen på det folkerettslige plan, dernest hvorvidt norsk rett tilfredsstillende EØS-avtalens krav.²³⁸

Dersom innholdet i den EØS-rettslige forpliktelsen på det folkerettslige plan er klart fastlagt, eksempelvis av EFTA-domstolen, har det formodningen mot seg at norske domstoler vil overprøve dette. Ved opprettelsen av ODA var det medlemsstatenes forutsetning at domstolen ikke skulle avsi dommer med bindende virkning for medlemsstatene. Til tross for at norske domstoler har kompetanse til å fravike EFTA-domstolens tolkning av EØS-forpliktelsene, har vi ennå til gode å se at det skjer. Høyesteretts uttalelser viser at den ikke føler seg bundet av EFTA-domstolens oppfatning, men at den tillegges betydelig vekt. Høyesterett uttalte i Finanger I:

«Uttalelsen fra EFTA-domstolen er rådgivende (...) Dette innebærer at Høyesterett har myndighet og plikt til selvstendig å ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad uttalelsen skal legges til grunn for Høyesteretts avgjørelse. Men jeg finner samtidig at uttalelsen må tillegges vesentlig vekt. Dette følger etter min mening allerede av den omstendighet at EFTA-statene i samsvar med EØS-avtalen artikkel 108 nr. 2 ved inngåelsen av ODA-avtalen har funnet grunn til å opprette denne domstolen, blant annet for å nå frem til og å opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen. Også reelle grunner taler for dette. Rettskildebruken innen EØS-retten kan avvike fra den nasjonale. Dette gjør at EFTA-domstolen med sin særlige kunnskap bør kunne uttale seg med betydelig autoritet. [Og] EFTA-domstolen gjennomfører en saksbehandling som blant annet gir andre medlemsland og

²³⁸ Med uttrykket forpliktelser, sikter jeg her både til «duties» og «disabilities», jf. Hohfelds inndeling behandlet i pkt. 1.3.

organer innen EFTA og EF anledning til å uttale seg om de spørsmål som reises
(...)»²³⁹

I *Finanger I* hadde Høyesterett forelagt spørsmål for EFTA-domstolen til prejudisiell avgjørelse, hvilket innebærer at EFTA-domstolen hadde tatt stilling til det konkrete tolkningsspørsmålet. Høyesterett tillegger EFTA-domstolens avgjørelser tilsvarende betydning i de tilfeller den norske domstolen *ikke* har forelagt spørsmålet for EFTA-domstolen, men en lignende sak har vært oppe tidligere.²⁴⁰ Dette har mye for seg, all den tid de argumenter Høyesterett anfører i *Finanger I* gjør seg gjeldende med lik styrke i de to tilfellene.

Dersom innholdet i den EØS-rettslige folkerettslige forpliktelsen ikke er fastlagt, er det ikke gitt at norske domstoler kommer til det samme resultatet som EFTA-domstolen ville gjort.²⁴¹ Problemstillingen er i det følgende hvilken tolkningsmetode norske domstoler skal anvende ved fastleggelsen av innholdet i EØS-rettens forpliktelser. EF- og EFTA-domstolen er kjent for sine dynamiske fortolkningsstiler; domstolene legger vekt på å fremme henholdsvis fellesskapets og avtalens formål.²⁴² Norsk juridisk metode er mer bundet av skiftlige rettskilder, og norske rettsanvendere er ikke like teleologiske i sin fortolkningsstil.

I *Bøhler-dommen*, som gjaldt fortolkningen av forpliktelser etter EMK, uttalte Høyesterett at

«[s]elv om norske domstoler ved anvendelsen av EMK skal benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD, er det EMD som i første rekke har til oppgave å utvikle konvensjonen. Norske domstoler må forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og konvensjonsorganenes avgjørelser. Når det oppstår tvil om rekkevidden av EMDs avgjørelser, vil det være av betydning om disse bygger på et saksforhold som faktisk og rettslig kan jevnføres med det som foreligger til avgjørelse for den norske domstol. I den utstrekning det er tale om å

²³⁹ Rt. 2000 s. 1811 på s. 1820.

²⁴⁰ *Finanger II* premiss 51-52. At betydningen er den samme støttes også av Høyesteretts avgjørelser inntatt i Rt. 2004 s. 904 og Rt. 2004 s. 1474. Bare førstnevnte sak hadde vært forelagt for EFTA-domstolen, men i begge sakene viste Høyesterett til uttalelsen i *Finanger I*, vedrørende betydningen av EFTA-domstolens praksis.

²⁴¹ Eksempelvis kom Høyesterett i Rt. 1997 s. 580 (*OFS*) til at Norges forutsetninger ved fremforhandlingen og ratifikasjonen av ILO-konvensjon nr. 98 var et relevant moment ved tolkningen av konvensjonen. Dette er stikk i strid med EFTA-domstolens avgjørelser *Sveinbjörnsdóttir* og *Karlsson*. Her tok EFTA-domstolen uttrykkelig avstand fra at traktatpartenes forutsetning var en relevant faktor ved tolkning av forpliktelsenes innhold.

²⁴² EF- og EFTA-domstolens tolkningslære avviker fra tradisjonelle prinsipper for tolkning av folkerettslige traktater, og de føler seg ikke bundet av Wienkonvensjonen 23. mai 1969 om traktatretten. EF-domstolen har redegjort for noen av særtrekkene ved sin tolkningslære i sak 283/81, *CILFIT* premiss 18-20. For en nærmere behandling, se Neergaard, Ulla. *EU RET*. Av Ulla Neergaard og Ruth Nielsen. 4. utgave. København, 2005 s. 162 flg.

avveie ulike interesser eller verdier mot hverandre, må norske domstoler – innenfor den metode som anvendes av EMD – også kunne bygge på tradisjonelle norske verdiprioriteringer. Dette gjelder særlig dersom den norske lovgiver har vurdert forholdet til EMK og lagt til grunn at det ikke foreligger motstrid.»²⁴³

For å fastlegge uttalelsens betydning ved tolkningen av EØS-avtalen, er det påkrevd å ta stilling til to spørsmål: Først, i hvilken grad uttalelsen omfattes av prejudikatslæren; til slutt, hvilken overføringsverdi Høyesteretts metode ved tolkningen av EMK har til tolkningen av EØS-avtalens forpliktelser.

Eng tar til orde for at prejudikatslæren ikke fullt ut er egnet på domsargumenter vedrørende rettskildelæren.²⁴⁴ Ved løsningen av materielle rettsspørsmål, kan prejudikatsvirkningen avgrenses på tre forskjellige måter: Dommen kan for det første anses som et prejudikat for den rettsoppfatningen retten har bygget sitt resultat på (anført ratio decidendi/domsgrunn). For det andre kan dommen anses å ha slått fast den rettssetning den må anses som utslag av (konstruert ratio decidendi/domsgrunn). En tredje mulighet er at man ikke anser noen generell rettssetning å være fastslått, men man ser om den foreliggende saken har tilstrekkelige likhetstrekk med en tidligere sak slik at samme resultat bør legges til grunn.²⁴⁵

Dommere uttaler seg i liten grad om rettskildelæren. Dette innebærer ifølge Eng at man verken kan basere seg på de anførte eller de konstruerte domsgrunner. At man ikke kan basere seg på de anførte domsgrunner, er selvsagt, fordi dommen er taus på dette felt. Og hvis man søker å finne en **konstruert** domsgrunn for å fastlegge domstolens rettskildebruk, vil man komme over i rettskildelæren, før betingelsene for å anvende begrepet konstruert domsargument er tilstede.²⁴⁶ Heller ikke fremgangsmåten med sammenligning av fakta er egnet i dette henseendet. En sammenligning forutsetter en målestokk. Målestokken kan være anført eller konstruert, og man befinner seg derfor i de to fremgangsmåtene som er drøftet ovenfor.²⁴⁷

I Böhler-dommen går Høyesterett langt i å uttale seg om rettskildelæren. Det er derfor mulig å basere seg på de anførte domsgrunner vedrørende

²⁴³ Rt. 2000 s. 996 på s. 1007-1008.

²⁴⁴ Eng, Svein. **Får prejudikatslæren anvendelse på domsargumenter vedrørende rettskildelæren?** Tidsskrift for rettsvitenskap 1997 s. 21 flg. (heretter Eng 1997) Det er viktig å være klar over at artikkelen ble skrevet før Böhler-dommen.

²⁴⁵ Eckhoff, Torstein. **Rettskildelære**. 5. utgave ved Jan Helgesen. Oslo 2000 (heretter Eckhoff 2000) s. 165.

²⁴⁶ Eng 1997 s. 29 flg.

²⁴⁷ Eng 1997 s. 32.

rettskildelæren. De ovennevnte argumentene mot å la prejudikatslæren komme til anvendelse, er derfor ikke treffende i dette tilfellet.

Eng hevder at prejudikatslæren ikke fullt ut bør anvendes, selv om man i visse tilfeller **kan finne** domsargumenter vedrørende rettskildelæren. Han anfører at heller ikke hensynene bak læren – forutberegnelighet og rettferdighet – gjør seg gjeldende når det gjelder domstolens rettskildebruk. Det skyldes at man ikke kan slutte fra et domsargument vedrørende rettskildelæren til en bestemt rettsregel eller en bestemt subsumpsjon under rettsregelen. Eng konkluderer med at det ikke finnes et sterkt grunnlag for å anvende prejudikatslæren på domsargumenter vedrørende rettskildelære.

Jeg slutter meg til Engs konklusjon hva angår prejudikatslærens anvendelighet. Jeg mener imidlertid at et tungtveiende argument er at Høyesterett ikke kan endre rettskildelæren ved slike uttalelser. Rettskildelæren har grodd gradvis frem over tid. Det er i første rekke domstolene som har medvirket i utviklingsprosessen.²⁴⁸ Det er derfor viktig å se på hvordan domstolene håndterer rettskildespørsmål **i praksis**, heller enn å henge seg opp i uttalelser om rettskildespørsmålene. Uttalelsen i Bøhler har blitt fulgt opp i senere saker der Høyesterett har måttet ta stilling til innholdet i forpliktelsene etter EMK.²⁴⁹ Det lar seg ikke gjøre å si noe generelt om hvor langvarig domstolspraksis som kreves for at Høyesteretts fremgangsmåte skal kunne føye seg inn i rettskildelæren. De siste avgjørelsene gir imidlertid tungtveiende holdepunkter for at denne fremgangsmåten vil bli brukt ved fortolkningen av EMK i fremtiden.

Uttalelsen i Bøhler kan, med de nødvendige EØS-tilpasninger, tjene som rettesnor ved tolkningen av EØS-avtalen.²⁵⁰ Høyesterett har i en rekke avgjørelser tatt i bruk EØS-rettslig metode ved løsningen av rettsspørsmål knyttet til avtalen.²⁵¹ Jeg mener imidlertid at det ikke – som ved fortolkningen av EMK – kan være rom for å bygge på norske verdiprioriteringer. Homogenitetshensynet tilsier at EØS-retten tolkes likt i alle medlemsstatene. Videre kan adgangen til å forelegge tolknings spørsmål for EFTA-domstolen²⁵²

²⁴⁸ Eckhoff 2000 s. 20.

²⁴⁹ Jf. blant annet Rt. 2001 s. 1006, **KRL-saken**.

²⁵⁰ Sejersted 2004 s. 238.

²⁵¹ Med EØS-rettslig metode sikter jeg til at Høyesterett anvender samme tolkningsprinsipper som EF- og EFTA-domstolen. Høyesterett har anvendt denne metoden blant annet i Rt. 1997 s. 1954, **Løten kommune**; Rt. 1997 s. 1965, **Eidesund** og Rt. 2002 s. 391 **GOD MORGON**.

²⁵² Jf. ODA artikkel 34 og domstolloven § 51 a.

tilsi at norske domstoler har mindre spillerom ved fortolkningen av EØS-retten enn ved fortolkningen av EMK.

4.2.2 EØS-rettens virkning i norsk rett

4.2.2.1 Generelt

For at borgerne skal kunne oppnå en rettsfølge ved rettighetskrenkelse, er det en nødvendig forutsetning at forvaltningen har overskredet sin kompetanse. Det er derfor nødvendig å ta stilling til om de har brutt en EØS-norm som har virkning i norsk rett.²⁵³ Dersom den EØS-rettslige bestemmelsen er gjennomført i norsk rett, er dette naturligvis tilfellet. Også der bestemmelsen ikke er gjennomført, vil norske domstoler ofte nå et EØS-konformt resultat ad tolkningsvei. I forhold til EØS-avtalen kan man si at presumsjonsprinsippet er lovfestet i og med at lojalitetsplikten i EØS-avtalens artikkel 3 er gjort til norsk rett.²⁵⁴ I EØS-lovens forarbeider heter det at

«[p]resumsjonsprinsippet om at norsk rett forutsettes å være i overensstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser, vil (...) føre til at norske domstoler må forventes å utnytte alle de muligheter som anerkjente prinsipper for tolkning og anvendelse av rettsregler gir, for å unngå et folkerettsstridig resultat.»²⁵⁵

Det kan hevdes at presumsjonsprinsippet går særlig langt ved tolkningen av EØS-avtalens regler, grunnet lojalitetsprinsippet og hensynet til EØS-rettens effektive gjennomslag.²⁵⁶ Det går imidlertid et skille mellom på den ene siden å tolke norsk rett slik at den samsvarer med folkerettslige forpliktelser og på den annen side spørsmålet om folkerettens gjennomslag overfor klare norske rettsregler.²⁵⁷

I de tilfellene det ikke er mulig å nå et EØS-konformt resultat ad tolkningsvei, og den EØS-rettslige bestemmelsen derfor kun er folkerettslig bindende, kommer forholdet mellom norsk rett og EØS-retten på spissen. Det blir her nødvendig å sondre mellom de situasjonene hvor EØS-bestemmelsene

²⁵³ Når det er tale om krenkelser begått av forvaltningen ved enkeltvedtak er dette en nødvendig forutsetning. Tilsvarende gjelder ikke ubetinget ved krenkelser begått av Stortinget. I Finanger II fant Høyesterett at staten kunne bli erstatningsansvarlig overfor borgeren der den hadde gjennomført et direktiv feil, med den følge at borgeren led økonomisk tap. Han var avskåret fra å påberope seg rettighetskrenkelsen ettersom EØS-retten ikke anerkjenner horisontal direkte virkning, jf. Finanger I.

²⁵⁴ Graver 2000 s. 76.

²⁵⁵ Ot.prp.nr. 79 (1991-92) Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen av EØS-avtalen m.v. s. 4.

²⁵⁶ Jf. også Finanger I s. 1830 flg.

²⁵⁷ Graver 2002a s. 97.

utgjør skranker for forvaltningens frie skjønn, og de tilfellene EØS-bestemmelsene er til hinder for en hjemmelslov med det aktuelle innhold.

4.2.2.2 Forvaltningens skjønn er utøvet i strid med EØS-retten

Det er klart at EØS-retten setter skranker for forvaltningens skjønn der bestemmelsene er gjennomført i norsk rett. Det finnes ingen høyesterettsdom som eksplisitt tar stilling til om EØS-bestemmelser som **ikke** er gjort til en del av norsk rett begrenser forvaltningens skjønn. I Alta-saken uttalte Høyesterett at

«[r]eglene om domstolenes adgang til å prøve gyldigheten av forvaltningsvedtak er ikke til hinder for at domstolene fullt ut prøver om reguleringsvedtaket er i strid med folkerettens regler.»²⁵⁸

I forarbeidene til EØS-loven tas uttalelsen til inntekt for at

«forvaltningsvedtak som er i strid med Norges folkerettslige forpliktelser kan bli kjent ugyldige uten hensyn til om de folkerettslige forpliktelsene er gjort til norsk lov eller forskrift (...) selv om forvaltningsvedtaket er i overensstemmelse med øvrige lover og forskrifter...»²⁵⁹

I Kvinnefengsels-saken uttalte Høyesterett at «myndighetenes skjønn må utøves under hensyn også til de rammer som følger av menneskerettighetsbestemmelser Norge er traktatmessig forpliktet til å følge.»²⁶⁰ Slike folkerettslige bestemmelser utgjør altså en skranke for forvaltningens kompetanse. Menneskerettighetene står imidlertid i en særstilling når det gjelder beskyttelse, og det har vært diskutert i teorien om tilsvarende vil gjelde rettigheter etter EØS-avtalen.²⁶¹ Lojalitetsplikten i EØS-avtalen artikkel 3 retter seg mot alle myndighetsorganer. Bestemmelsen er i seg selv et sterkt argument for at forvaltningen plikter å respektere EØS-retten når den fatter enkeltvedtak. En pliktregel setter som utgangspunkt ikke skranker for forvaltningens kompetanse, men en rekke kompetanseskranker har blitt forankret i lojalitetsplikten. Bestemmelsen viser at EØS-retten har en fremtredende plass i norsk rett. I Finanger I holdt Høyesteretts flertall muligheten åpen for at en EØS-bestemmelse kunne gis forrang fremfor en

²⁵⁸ Rt. 1982 s. 241 på s. 257.

²⁵⁹ Ot.prp. nr. 79 (1991-92) s. 4.

²⁶⁰ Rt. 1994 s. 1244 på s. 1250.

²⁶¹ Arnesen påpeker at EØS-rettighetene har en annen karakter enn menneskerettighetene, men mener det ikke er utelukket å legge synsmåtene til grunn også innenfor EØS-avtalens område, jf. Arnesen, Finn. *Om statens erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*. Tidsskrift for rettsvitenskap 1997 s. 634 flg. (heretter Arnesen 1997) s. 637.

norsk lovbestemmelse.²⁶² Da må en EØS-bestemmelsen **enn mer** kunne gis forrang fremfor et enkeltvedtak. Uttalelsene i EØS-lovens forarbeider tatt i betraktning, ligger det nær å slutte at EØS-reglene utgjør en skranke for forvaltningens skjønn, selv om bestemmelsene ikke er gjennomført i norsk rett.²⁶³ EØS-bestemmelsene legger føringer både på vedtakets innhold og på hvilke hensyn som kan vektlegges.

4.2.2.3 Den norske hjemmelsloven strider mot EØS-avtalen

Dersom den relevante EØS-bestemmelsen er gjennomført i norsk rett, vil borgeren som nevnt kunne påberope denne for norske domstoler. EØS-loven § 2 vil regelmessig føre til at den EØS-rettslige bestemmelsen får forrang.²⁶⁴ En slik tilsidesettelse av hjemmelsloven innebærer at et vedtak fattet i medhold av loven mangler tilstrekkelig hjemmel. Ofte vil EØS-bestemmelsen også kunne danne grunnlag for et krav, jf. nærmere pkt. 4.1.1. og 4.1.2.

Et kreativt forsøk på å få hjemmelsloven satt til side kan hentes fra strafferettens område. I Scooter-kjennelsen²⁶⁵ forsøkte to menn som var dømt for overtredelse av småbåtloven § 39, jf. § 38 og § 40²⁶⁶ å påberope seg at forbudet var i strid med EØS-avtalen artikkel 11. De hevdet på den bakgrunn at forbudet måtte settes til side, jf. EØS-loven § 2, og at det ikke var hjemmel for å ilegge straff for overtredelsen. Høyesterett fant ut at EØS-avtalen ikke kom til anvendelse, idet vannscooterne ikke hadde sin opprinnelse i et EØS-land. Dommerne tok ikke stilling til hvorvidt EØS-retten ville dannet grunnlag for en immunitetsrettighet dersom det var tale om en scooter med opprinnelse innen EØS.

På områder med såkalt «sektormonisme»²⁶⁷ vil EØS-regelen kunne danne grunnlag for en legalitetskontroll med vedtaket – på tross av at regelen bare er bindende på det folkerettslige plan –, og borgeren kan kreve vedtaket tilsidesatt hvis det strider mot EØS-retten. Den EØS-rettslige regelen vil også kunne danne grunnlag for et krav på borgerens hånd.

Der den relevante EØS-bestemmelsen ikke er gjennomført, eller er feilaktig gjennomført, oppstår spørsmålet om borgerne kan utlede rettigheter direkte av

²⁶² Se nedenfor pkt. 4.2.2.3.

²⁶³ Slik også Sejersted, Fredrik. *Rådsdirektiv 90/313/EØF og retten til miljøinformasjon etter norsk rett*. Tidsskrift for rettsvitenskap 1999 s. 148 flg. på s. 185-186 og Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*. 2. utgave. Oslo, 2002 (heretter Graver 2002b) s. 509.

²⁶⁴ EØS-loven § 2 begrenser likevel ikke Stortingets kompetanse. Dersom lovgiver bevisst har gitt en lov som strider mot EØS-retten, må den norske loven trolig gis forrang.

²⁶⁵ Rt. 2004 s. 834.

²⁶⁶ Lov 26. juni 1998 nr. 47 om fritids- og småbåter.

²⁶⁷ Eksempelvis lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til rike og deres opphold her (utlendingsloven) § 4.

EØS-retten.²⁶⁸ Dette er et spørsmål om hvorvidt dommeren skal dømme i samsvar med den EØS-rettslige eller den interne regelen. Problemstillingen er i teorien drøftet som et spørsmål om direkte virkning.²⁶⁹ Jeg vil benytte begrepet direkte virkning i det følgende, men det bør nevnes at begrepet dekker en rekke situasjoner, og at bruken kan kamuflere nyansene.

Dersom dommeren skal dømme i tråd med den EØS-rettslige regelen vil dette være å anse som en rettsfølge av at lovgiver har unnlatt å gjennomføre den EØS-rettslige regelen.²⁷⁰ Rettsfølgen er at borgerne kan utlede rettigheter direkte av EØS-regelen.

Et eget spørsmål – uavhengig av hvorvidt EØS-bestemmelser har direkte virkning i norsk rett – er om borgeren kan få erstatning der lovgiver har unnlatt å gjennomføre EØS-retten, eller har gjennomført feil. Det er på det rene at EØS-retten anerkjenner et prinsipp om statsansvar i slike tilfeller, jf. 5.4.3. og at prinsippet også er en del av norsk rett, jf. Finanger II. Statsansvar for manglende eller feilaktig gjennomføring vil ikke bli behandlet i det følgende. Dette er tilfeller der borgeren får erstatning nettopp fordi han **ikke** kan påberope seg EØS-rettigheten ved nasjonale domstoler.

Det var avtalepartenes klare forutsetning ved avtaleslutningen at EØS-samarbeidet ikke skulle innebære noen overføring av lovgivningsmyndighet. EF-domstolen avviste i Opinion 1/91 at EØS-avtalen inneholder et prinsipp om direkte virkning. Det samme fremgår av EFTA-domstolens avgjørelse i Karlsson. Enkelte teoretikere har riktignok hevdet at EØS-retten inneholder et prinsipp om direkte virkning, men et slikt synspunkt er ikke fulgt opp i rettspraksis.²⁷¹

Det avgjørende for hvorvidt borgerne kan hevde EØS-rettigheter direkte for norske domstoler, er om det er grunnlag for en slik regel **i norsk rett**. Det er ingenting i veien for at norsk rett kan åpne for direkte virkning i større utstrekning enn EØS-avtalen krever. Førstvoterende i Finanger I uttalte på vegne av flertallet at EØS-bestemmelser ikke har direkte virkning i norsk

²⁶⁸ Ettersom EØS-avtalens hoveddel er gjort til norsk lov ved EØS-loven, kommer problemstillingen bare på spissen for EØS-rettsakter som viser til direktiver og forordninger.

²⁶⁹ Ettersom det her er snakk om å påberope rettighetene overfor forvaltningen, er det tale om **vertikal** direkte virkning. En slik vertikal direkte virkning anerkjennes i fellesskapsretten, jf. for eksempel Van Gend en Loos (traktatbestemmelser) og sak 41/74, Van Duyn (direktivbestemmelser).

²⁷⁰ Det er imidlertid viktig å holde denne problemstillingen atskilt fra avhandlingens problemstilling: konsekvensene av at **forvaltningen** krenker borgernes EØS-**rettigheter** når de fatter **enkeltvedtak**.

²⁷¹ Van Gerven argumenterer for at fellesskapsrettens prinsipp om direkte virkning må innfortolkes i EØS-avtalen via bestemmelsene om lojalitetsplikt og EØS-avtalen artikkel 6, jf. Van Gerven 1992. Artikkelen ble imidlertid skrevet før **Karlsson**.

rett.²⁷² Som nevnt i pkt 4.2.2.1., antas det imidlertid at presumsjonsprinsippet favner vidt på EØS-rettens område. Problemstillingen er om presumsjonsprinsippet kan strekkes så langt at den norske lovbestemmelsen settes til side. I slike tilfeller brukes ikke presumsjonsprinsippet om tolkningsprinsipp, men som **kollisjonsprinsipp**. I et slikt tilfelle vil den EØS-rettslige bestemmelsen **i realiteten** gis direkte virkning.

I Finanger I fant flertallet at det ikke var grunnlag for å tilsidesette en nasjonal lovbestemmelse til fordel for et ikke-gjennomført direktiv i forholdet mellom en privatperson og et forsikringssselskap. Det er således ikke grunnlag for å statuere **horisontal** direkte virkning. Det følger allerede av legalitetsprinsippet at endringer i lovbestemte posisjoner må skje ved lov. Høyesterett uttalte imidlertid at det var

«av vesentlig betydning at [lovbestemmelsen] regulerer rettsforholdet mellom private parter, hvor presumsjonsprinsippet (...) ikke har den samme gjennomslagskraft som f.eks i et tilfelle der folkerettslige forpliktelser gir den enkelte borger vern mot inngrep fra det offentlige.»

Det kan synes som om Høyesterett holder muligheten åpen for å la den EØS-rettslige bestemmelsen gå foran i rettsforhold mellom private og det offentlige.

I Rt. 1997 s. 1019 satte Høyesterett tilside en bestemmelse i domstolsloven²⁷³ under henvisning til EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3. Kjennelsen gir ikke noe rent eksempel på at en folkerettslig bestemmelse gis forrang, ettersom det hadde funnet sted en utvikling også i intern rett. Avgjørelsen illustrerer imidlertid at presumsjonsprinsippet kan favne **svært** vidt i rettsforhold mellom private og det offentlige. Det er en hårfin grense mellom på den ene siden å tolke en norsk lovbestemmelse i strid med klar ordlyd, og på den annen side å sette bestemmelsen til side til fordel for en EØS-rettslig bestemmelse.

Arnesen er av den oppfatning at

«der det ikke har skortet på gjennomføringsviljen, men -evnen, synes det lite betenkelig å statuere gjennomslag for EØS-regelen Stortinget har ment å oppfylle, og hensynet til borgerne tilsier ikke at EØS-regelen ikke legges til grunn. Snarere tvert imot. Der det ikke foreligger noe gjennomføringsforsøk (...) har vi ikke de samme holdepunktene for å anta at lovgiver har til hensikt å etterleve forpliktelsen. Visse holdepunkter kan vi likevel ha [når det er tale om] rettsakter Stortinget har gitt sitt samtykke til.»²⁷⁴

Graver er av samme oppfatning:

²⁷² S. 1826.

²⁷³ Domstolloven § 215.

²⁷⁴ Arnesen i Sejersted 2004 s. 248.

«If there is no open or clear legislative intent of non-compliance, a strong case could be made that an individual must be able to rely on obligations undertaken by the state in directives that have been come part of the Agreement»²⁷⁵

Arnesen antar imidlertid at domstolene vil respektere lovgiverviljen i de tilfellene lovgiver har gitt uttrykk for at den ikke vil etterleve EØS-avtalens forpliktelser.²⁷⁶ Dette synes rimelig, all den stund EØS-medlemskapet ikke innebærer noen overgivelse av lovgivningsmyndighet. Presumsjonsprinsippet kan ikke anvendes der lovgiver har gitt uttrykk for at den ikke ønsker å etterleve forpliktelsene etter avtalen. Graver holder imidlertid muligheten åpen for at domstolene vil dømme i tråd med EØS-retten også ved bevisst motstrid.²⁷⁷ Hvis dette skulle vise seg å holde stikk, vil domstolene ha etablert et prinsipp om **full** direkte virkning i norsk rett.

Ved vurderingen av mulighetene for å anvende presumsjonsprinsippet som kollisjonsprinsipp kan det være grunn til å sondre ut fra om forvaltningen er avskåret fra å innvilge en rettighet borgeren har krav på etter EØS-retten, eller om den plikter å fatte et tyngende vedtak, og dermed gripe inn i borgernes immunitetssfære. I sistnevnte tilfelle kommer hensynet til borgernes rettsbeskyttelse inn med full tyngde. Det kan derfor være større grunn til å gi EØS-retten gjennomslag i en slik situasjon enn i et tilfelle forvaltningen er avskåret fra å innvilge et krav. Presumsjonsprinsippet har særlig styrke i en inngrepsituasjon, jf. førstvoterende uttalelse om prinsippets gjennomslagskraft «i et tilfelle der folkerettslige forpliktelser gir den enkelte borger vern mot inngrep fra det offentlige». Løsningen kan her være å strekke presumsjonsprinsippet så langt at hjemmelsloven frarøves sitt opprinnelige innhold.²⁷⁸ Graver spør retorisk om domstolene skal

«håndheve et vedtak om forbud mot tjenesteytelsen eller ilegge straff for overtredelse av (...) et forbud i strid med direktivet, og så (...) tilkjenne vedkommende erstatning for det tap han har lidt som følge av det direktivstridige forbudet?»²⁷⁹

Det kan stride mot den alminnelige rettsbevissthet å håndheve et EØS-stridig forbud. Det vil imidlertid ikke komme på tale å ilegge straff, ettersom straffelovgivningen gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten, jf. lovens § 1 annet ledd.²⁸⁰

²⁷⁵ Graver, Hans Petter. *Effects of EFTA Court Jurisprudence on Legal Orders of EFTA States*. I: The EFTA Court Ten Years On. Redigert av Carl Baudenbacher, Per Tresselt og Thorgeir Örlygsson. Oregon, 2005 (heretter Graver 2005b) s. 93.

²⁷⁶ Sejersted 2004 s. 248.

²⁷⁷ Graver 2005b s. 95.

²⁷⁸ Jf. mindretallets tilnærming i *Finanger I*.

²⁷⁹ Graver 2005a s. 5.

²⁸⁰ Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov.

5 Rettsfølgepaletten

5.1 Generelt om konsekvensene av rettighetskrenkelser

Konsekvensen av at domstolene finner at det foreligger EØS-stridig myndighetsutøvelse vil avhenge av hva saksøkeren krever, og kan få, dom for. Saksøkeren har flere alternativer: Han kan kreve dom for at vedtaket er ugyldig; han kan kreve å få tilkjent rettigheten han har krav på etter EØS-retten; han kan kreve dom for at vedtaket er i strid med EØS-avtalen og han kan kreve erstatning. I de to førstnevnte tilfellene er det tale om primære rettsfølger; i de to sistnevnte tilfellene er det snakk om sekundære rettsfølger.²⁸¹ Adgangen til å oppnå de ulike rettsfølgene vil i stor grad avhenge av om EØS-regelen gir grunnlag for et krav eller bare en immunitetsrettighet.

Borgernes krav på de nevnte rettsfølger kan forankres i rettsgrunnlag av ulik karakter: De materielle rettsfølgene kan forankres direkte i EØS-retten, eller de eksisterende rettsfølger i nasjonal rett kan tilpasses de krav som følger av EØS-retten. For at en rettsfølge skal kunne forankres direkte i EØS-retten, kreves det at EF-domstolen, og eventuelt også EFTA-domstolen, har pålagt nasjonale domstoler å gjøre rettsfølgen tilgjengelig for borgerne. Det er imidlertid ingen grunn til å overdrive forskjellen; det vil være en flytende overgang fra det generelle kravet om effektive rettsfølger i nasjonal rett til en «ren» fellesskapsrettslig - eller EØS-rettslig - rettsfølge. De fleste rettsfølger vil være tilgjengelige i en eller annen form på nasjonalt plan. De fellesskapsrettslige prinsippene kan derfor danne grunnlag for en modifisering av rettsfølgen, uten at denne formelt sett hjemles i fellesskapsretten.²⁸² Begge de nevnte fremgangsmåter vil drøftes i det følgende. I de tilfellene EF-domstolen ikke har stilt krav om at en spesiell rettsfølge skal være tilgjengelig ved nasjonale domstoler, er det i utgangspunktet opp til nasjonal rett å bestemme hvilke former for rettsfølger som skal tilbys borgerne, så lenge disse oppfyller kravene til adekvans og avskrekking. Det blir derfor nødvendig å se rettsfølgene i sammenheng. På tross av at en rettsfølge ikke er tilgjengelig etter

²⁸¹ For en redegjørelse for sontringen, se ovenfor pkt. 1.1.

²⁸² Hjelmeng 2003 s. 54.

norsk rett, kan det tenkes at borgerne oppnår tilstrekkelig rettsbeskyttelse gjennom de øvrige rettsfølgene.

På noen områder har EF- og EFTA-domstolen oppstilt forholdsvis detaljerte krav til nasjonal rett. Dette er eksempelvis tilfellet for rettsfølgen erstatning. I andre tilfeller er det mindre å hente i rettspraksis. I de tilfellene det ikke finnes praksis som direkte regulerer den aktuelle rettsfølgen ved nasjonale domstoler, vil argumenter kunne hentes fra praksis vedrørende fellesskapsinstitusjonene. EF-domstolens rettspraksis hva angår EU-institusjonene er relevant, fordi fellesskapsretten ikke bør stille strengere krav til nasjonale myndigheter enn til sine egne institusjoner. I *Brasserie* uttalte domstolen at

«the conditions under which the State may incur liability for damage caused to individuals by breach of Community law cannot, in the absence of particular justification, differ from those governing the liability of the Community in like circumstances. The protection of the rights which individuals derive from Community law cannot vary depending on whether a national authority or a Community authority is responsible for the damage.»²⁸³

Jeg er derfor enig med Fenger, når han hevder at

«den interne fællesskabsret *de facto* virker som øvre grænse for udfyldingen af effektivitetsgrundsætningen. Der er ikke tale om nogen absolut hjemmelmæssig grænse, men om et loft for, hvornår denne udfylding kan ske legitimt, uden at intern fællesskabsret og Domstolens egen troværdighed sættes over styr. (...) Domstolen [kan] vanskelig (...) sætte en strengere standard for de nationale myndigheder uden samtidig at forklare, hvorfor de faktiske forhold begrunder en sådan – tilsynelatende – forskelsbehandling.»²⁸⁴

I de tilfellene det verken finnes veiledning om løsningen i domstolens praksis vedrørende nasjonale domstoler eller fellesskapets egne institusjoner, må drøftelsen ta utgangspunkt i de mer generelle kravene som utledes av effektivitetsprinsippet. Som påpekt av Andersson, vil

«[t]he vagueness of the effectiveness principle and the state of uncertainty which it causes [make] it as good as useless to subjects when determining their legal positions in fields of EC law suffering from lack of precedents from the Court of Justice.»²⁸⁵

Siktemålet i det følgende vil være å peke på problemstillinger som kan oppstå i skjæringspunktet mellom tradisjonell forvaltningsrett og EØS-retten, og antyde

²⁸³ Jf. *Brasserie* premiss 32. Tilsvarende i sak C-352/98, *Bergadem* premiss 41 sak T-364/03, *Medici Grimm mot Kommisjonen* premiss 81.

²⁸⁴ Jf. Fenger s. 90.

²⁸⁵ Andersson 1997b s. 207.

mulige løsninger. Jeg tar ikke sikte på å trekke sikre konklusjoner fra det generelle effektivitetsprinsippet.

5.2 Forholdet mellom ugyldighet og øvrige rettsfølger

At et forvaltningsvedtak er ugyldig, betyr at vedtaket ikke får rettsvirkninger etter sitt innhold. Det er ikke dermed sagt at vedtaket ikke har rettsvirkninger overhodet. Mange teoretikere, herunder Eckhoff og Eng, anser ugyldighet som et koblingsbegrep, som kobler sammen visse ugyldighetsgrunner og visse rettsfølger.²⁸⁶ Et koblingsbegrep har ingen referanse til noe eksternt, og begrepets betydning kan derfor bare fastlegges ved å se på hvilke rettsfakta og rettsfølger som kobles sammen.²⁸⁷ Blant de rettsfølger som kan utledes av et ugyldig forvaltningsvedtak nevner Eckhoff dom for ugyldighet og krav på erstatning.

Jeg vil ikke gå veien om en ugyldighetsvurdering ved behandlingen av rettsfølgespørsmålet. EØS-retten stiller krav til rettsfølger ved nasjonale domstoler ved **krenkelses** av borgernes rettigheter etter avtalen. Plikten påhviler medlemsstatene, uavhengig av om krenkelsen har resultert i et ugyldig enkeltvedtak eller ikke. Heller ikke etter norsk forvaltningsrett er det nødvendig å gå via en ugyldighetsvurdering for å redegjøre for rettsfølgene av rettighetskrenkelses. Avhandlingens pkt. 5.3. er derfor løsrevet fra pkt. 5.4 - 5.6.

Det er mulig å se det slik at et vedtak må være beheftet med en **ugyldighetsgrunn**, for at borgerne skal kunne få tilkjent rettsfølger ved domstolene. Utfallet av ugyldighetsvurderingen er imidlertid ikke avgjørende; det kan være ulike grunner til at et vedtak beheftet med feil likevel opprettholdes som gyldig.

5.3 Dom for ugyldighet

5.3.1 Innledning

Vedtaket som angripes vil, som nevnt, typisk være et avslag på en søknad eller et tyngende vedtak. Når borgeren bare krever dom for ugyldighet, vil det være tale om en defensiv påberopelse av EØS-retten; bestemmelsene brukes som skjold.

²⁸⁶ Eckhoff/Smith s. 423 og Eng 2005 s. 110 flg.

²⁸⁷ Eng 1998 s. 480.

Etter tvistemålsloven § 54 kan saksøkeren kreve fastsettelsesdom for å slå fast «at et retsforhold eller en rettighet er til eller ikke er til». Rettighets- og pliktforhold faller klart innenfor begrepet «retsforhold». Det er på det rene at fastsettelsessøksmål kan gjelde offentligrettslige rettighets- eller pliktforhold, og at man derfor kan gå til sak for å få fastslått hvorvidt et forvaltningsvedtak er gyldig.²⁸⁸

5.3.2 Ugyldighet etter norsk rett

For å avgjøre i hvilken grad et EØS-stridig enkeltvedtak kan kjennes ugyldig, blir det nødvendig å sondre mellom ulike former for feil. Forvaltningen kan ha lagt vekt på hensyn som ikke er lovlige etter EØS-avtalen, eller fattet et vedtak med et innhold som EØS-avtalen ikke tillater.

Ugyldighet er betinget av at vedtaket er beheftet med prosessuelle, materielle eller personelle kompetansemangler. Personelle kompetansemangler holdes utenfor i det følgende. Det er vanlig å skille mellom prosessuelle kompetansemangler (tilblivelsesmangler) og materielle kompetansemangler (innholdsmangler), basert på om det hefter feil ved ***måten vedtaket har kommet i stand på*** eller om forvaltningen ikke hadde kompetanse til å fatte vedtak med et slikt ***innhold***. Konsekvensene av manglene er forskjellige: Brudd på materielle kompetansenormer er som den klare hovedregel en tilstrekkelig betingelse for at vedtaket blir ugyldig. Brudd på prosessuelle kompetansenormer er derimot som hovedregel ikke en tilstrekkelig betingelse for ugyldighet. Dette betyr imidlertid ikke at klassifiseringen er ubetinget avgjørende for gyldighetsvurderingen; forskjellene i rettsvirkninger av brudd er ***typiske*** – ikke definatoriske.²⁸⁹

Manglene kan ofte være vanskelige å klassifisere. Der forvaltningen ved skjønnsutøvelsen legger vekt på hensyn som ikke er tillatt etter EØS-avtalen, kommer sondringen mellom innholds- og tilblivelsesmangler på spissen. De rettslige krav som stilles til forvaltningens skjønnsutøvelse ut fra læren om utenforliggende hensyn representerer på sett og vis en hybrid mellom prosessuell og materiell begrensning av forvaltningens kompetanse.²⁹⁰ Dersom vedtaket kan fattes, men ikke med den nevnte begrunnelse, kan dette ses som

²⁸⁸ Jens Edvin A. Skoghøy. *Tvistemål*. 2. utgave. Oslo 2001 (heretter Skoghøy) s. 277.

²⁸⁹ Eng, Svein. *Begrepene «kompetanse» og «gyldighet» i juridisk argumentasjon*. Tidsskrift for rettsvitenskap 1990 s 625 flg. (heretter Eng 1990) s. 643.

²⁹⁰ Bernt, Jan Fridthjof. *Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn – Et bidrag til læren om forvaltningens diskresjonære kompetanse*. Tidsskrift for rettsvitenskap 1978 s. 241 flg. (heretter Bernt 1978) på s. 309.

en feil som relaterer til de premisser vedtaket er fattet på, og således en tilblivelsesfeil. Det er også mulig å se det slik at vedtaket lider av en innholdsmangel, fordi det ikke er hjemmel til å vektlegge de anførte hensynene.²⁹¹ Den samme betraktningen har gyldighet der formålet med forvaltningsvedtaket ligger utenfor det som tillates etter EØS-avtalen. Hvorvidt utenforliggende hensyn klassifiseres som en innholdsmangel eller en tilblivelsesmangel får ikke avgjørende betydning for ugyldighetsvurderingen.

Begrepet «hensyn» omfatter her to ulike forhold: begrepet rommer de **formål** som forvaltningen forfølger ved utøvelsen av sin kompetanse, og de **fakta** som trekkes inn i vurderingen av om og i tilfelle hvordan kompetansen skal brukes.²⁹² Formålet er det subjektive element – det beslutningstakeren ønsker å oppnå med sin avgjørelse.²⁹³ Det faktiske grunnlaget for vurderingen er derimot objektivt. Fokus ligger her på **hva** forvaltningen faktisk la til grunn, ikke **hvorfor**. Det dreier seg om to forskjellige grenser for forvaltningens kompetanse.

På begynnelsen av 1900-tallet var det ikke avklart om forvaltningsavgjørelser kunne settes til side på grunn av utenforliggende hensyn. Knoph hevdet i **Hensiktens betydning for grensen mellom rett og urett** (1921) at det i norsk rett eksisterte en myndighetsmisbrukslære sammenfallende med den franske myndighetsmisbrukslære «détournement de pouvoir».²⁹⁴ Læren satte grenser for og ga grunnlag for kontroll med forvaltningens **subjektive formål** med et forvaltningsvedtak. Senere rettspraksis gav Knoph medhold, med ett forbehold: I motsetning til den franske læren er det etter norsk rett ikke bare vedtakets formål, men også de premisser forvaltningen bygget sitt vedtak på, som kan danne grunnlag for ugyldighet.²⁹⁵

Som eksempel på utenforliggende hensyn i førstnevnte betydning kan nevnes at forvaltningen gir avslag på en konsesjonssøknad fra et utenlandsk selskap, fordi den ikke ønsker utenlandske aktører. Et eksempel på utenforliggende hensyn i sistnevnte betydning vil være at forvaltningen legger vekt på at konsesjonssøkeren er utlending når den avslår en søknad om konsesjon. Det kan være vanskelig å bevise at forvaltningen har forfulgt et ulovlig formål, idet dette ikke er objektivt konstaterbart. Det kan derfor være enklere å angripe

²⁹¹ Arnesen, Finn. Statlig styring og EØS-rettslige skranker. Oslo, 1996 (heretter Arnesen 1996) s. 573 flg.

²⁹² Eckhoff/Smith s. 350.

²⁹³ Smith, Eivind. «**Détournement de pouvoir**» omkring 1920 og i dag. I: Samfunn. Rett. Rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag. Oslo 1986 s. 615 flg. (heretter Smith 1986) på s. 617.

²⁹⁴ Eckhoff 2000 s. 274.

²⁹⁵ Uttrykket «myndighetsmisbrukslære» har i norsk rett ofte vært brukt i videre forstand, som en henvisning til grensene for forvaltningens skjønsmessige kompetanse. Se Eckhoff/Smith s. 369 for en redegjørelse for og kritikk av denne begrepsbruken.

vedtakets premisser. Det vil også være lettere å angripe vedtakets premisser, idet en konstatering av utenforliggende formål vil innebære kritikk av forvaltningen. Hvorvidt EØS-striden har tilknytning til formålet eller premissene vil være av betydning for ugyldighetsvurderingen. Vurderingstemaet vil like fullt være det samme: hvorvidt feilen har påvirket vedtakets innhold.

Der vedtaket har fått et innhold som EØS-avtalen ikke tillater – fordi forvaltningen har avslått en søknad som borgeren etter EØS-retten har et krav på å få innvilget, eller vedtaket etter sitt innhold strider mot traktatens regler om de fire friheter og sekundære rettsakter som tar sikte på å fjerne forskjellsbehandling innenfor det felles marked – er det åpenbart tale om en innholdsmangel. Som utgangspunkt vil et vedtak være ugyldig der det etter sitt innhold er i strid med loven. Lovstrid omfatter også brudd på EØS-bestemmelser som er operative i norsk rett. I teorien er det argumentert for en snever adgang til likevel å anse vedtaket som gyldig der dette er til gunst for den private part.²⁹⁶ Ettersom det her er tale om tyngende vedtak eller avslag på søknad om et gode, vil borgeren være interessert i å få vedtaket kjent ugyldig. Hovedregelen om ugyldighet vil derfor komme til anvendelse.

Vektlegging av EØS-stridige hensyn kan ha ført til at vedtaket har fått et innhold som ikke er tillatt etter EØS-retten. Vedtaket kan for eksempel være en restriksjon på den frie bevegelse. Dette vil nesten alltid føre til ugyldighet, jf. ovenfor. Dersom vedtaket **ikke** har fått et EØS-stridig innhold, fører vektleggingen av utenforliggende hensyn bare til ugyldighet dersom det er en mulighet for at det kan ha virket inn på vedtakets innhold, jf. forutsetningsvis Rt. 1965 s. 712.

Det er viktig å sondre mellom på den ene side grensene for forvaltningens kompetanse, og på den annen side hva som skal til for å statuere ugyldighet.²⁹⁷ Eng drøfter forholdet mellom kompetanse og ugyldighet og konkluderer med at «det ikke kan sluttes direkte fra (...) kompetansebrudd til ugyldighet.»²⁹⁸ Det må trolig kunne sies at læren om utenforliggende hensyn også gjelder i forhold til mer perifere hensyn, men det vil sjelden komme på tale å statuere ugyldighet når de utenforliggende hensyn ikke har blitt tillagt særlig vekt. Dette bunner i en kausalitetsbetraktning: Der det utenforliggende hensynet ikke har stått sentralt i domstolens argumentasjon, er det ikke sannsynlig at det har påvirket vedtakets innhold.

²⁹⁶ Frihagen, Arvid. *Forvaltningsrett III*. 4. utgave. Bergen 1992 (heretter Frihagen 1992) s. 222.

²⁹⁷ Nærmere om ulovlige hensyn som skranke for forvaltningens kompetanse, se Boe, Erik. *Ulovlige hensyn i forvaltningsretten*. Tidsskrift for rettsvitenskap 1978 s. 349 flg. (heretter Boe 1978).

²⁹⁸ Eng 2005 s. 125.

Dersom hensikten med forvaltningsvedtaket utelukkende var å fremme et formål som strider mot EØS-avtalen, vil dette utvilsomt kunne ha virket inn på vedtakets innhold. Utenforliggende formål får imidlertid ikke alltid følger for avgjørelsens innhold: I stedet for bare å spørre etter hensikten med **rettsakten**, kan en undersøke hva som var grunnen til at forvaltningen vektla et bestemt hensyn.²⁹⁹

Dersom vedtaket utelukkende bygger på premisser som strider mot EØS-avtalen, vil dette utvilsomt ha virket inn på vedtakets innhold. Problemstillingen kommer på spissen dersom flere hensyn ligger til grunn for vedtaket.

I de tilfellene flere hensyn – dvs. flere premisser eller formål – ligger til grunn for en forvaltningsavgjørelse, baseres ugyldighetsspørsmålet på en vurdering tilsvarende den som gjelder for saksbehandlingsfeil.³⁰⁰ Prinsippet i forvaltningsloven § 41 vil derfor danne utgangspunkt for kontrollen. Vurderingen av hvorvidt det er årsakssammenheng mellom det utenforliggende hensynet og vedtakets innhold, er kompleks og sammensatt.³⁰¹ Et særlig spørsmål er om man skal foreta en abstrakt eller konkret vesentlighetsbedømmelse: Skal man vurdere om den feil som er gjort er av en slik karakter at man må regne med at det generelt sett er skapt en rimelig grad av risiko for at feilen kan ha påvirket vedtakets utfall, eller undersøke hvorvidt feilen kan ha påvirket vedtakets utfall i det konkrete tilfellet? Bernt tar til orde for at man ikke kan anlegge en «enten/eller»-betraktning.³⁰²

Dersom det er tilstrekkelige holdepunkter for å hevde at resultatet ville blitt det samme, sett bort fra de utenforliggende hensyn, foreligger det ikke tilstrekkelig årsakssammenheng; vedtaket er derfor gyldig.³⁰³ Dersom det er en **mulighet** for at det utenforliggende hensynet kan ha virket inn på vedtakets innhold, må ugyldighetsspørsmålet vurderes etter den ulovfestede ugyldighetslæren. Læren gir anvisning på en helhetsvurdering, men et tungveiende moment vil være at ugyldighet her er til borgerens gunst. I slike tilfeller vil vedtaket som den store hovedregel bli kjent ugyldig. I de tilfellene

²⁹⁹ Boe 1978 s. 363.

³⁰⁰ Bernt 1978 s. 310.

³⁰¹ Se Bernt 1978 s. 309 flg.

³⁰² Bernt 1978 s. 323 flg.

³⁰³ I tilfeller der et vedtak er gyldig på tross av at forvaltningen har overskredet sin kompetanse, kan man si at vedtaket har legitimasjonslignende virkninger, jf. Bernt, Jan Fridthjof. **Hvorvidt det er hensiktsmessig å sammenfatte rettsvirkninger av feil i forvaltningsvedtak ved hjelp av ugyldighetsbegrepet?** Tidsskrift for rettsvitenskap 1981 s. 104 flg. på s. 123.

det finnes en tredjemann som har blitt tilgodesett av vedtaket, vil han være interessert i at vedtaket opprettholdes, og dette vil ha innvirkning på ugyldighetsvurderingen. Gyldighetsbedømmelsen vil her måtte baseres på en avveining av de motstående hensyn.³⁰⁴

Vedtak til borgernes ugunst vil i de fleste tilfeller anses som nulliteter.³⁰⁵ Et vedtak som er en nullitet, kan borgeren uten videre se bort fra; han trenger ikke å anlegge sak for domstolene for å få avgjørelsen satt til side. Ved avslag på en søknad, har dette ingen betydning, idet ugyldighet ikke medfører at søknaden kan anses innvilget. Der det dreier seg om et ugyldig tyngende vedtak, er borgeren imidlertid ikke forpliktet til å følge vedtaket. Borgerne har imidlertid ikke forutsetninger for å vurdere om et vedtak er gyldig. Det kan heller ikke legges til grunn at en borger alltid vil ta sjansen på ikke å etterleve et forvaltningsvedtak. I de tilfellene borgerne anlegger sak for å få avklart vedtakets gyldighet, plikter domstolene å avgjøre tvisten.³⁰⁶

5.3.3 EØS-rettens påvirkning på ugyldighetsvurderingen

Problemstillingen er i det følgende om ugyldighetsreglene i norsk rett tilfredsstillende EØS-rettens effektivitetsprinsipp, eller om EØS-retten krever at enkeltvedtak kjennes ugyldige i større utstrekning enn det som følger av norsk forvaltningsrett. Vurderingen av om ugyldighetsrettsfølgen tilfredsstillende kravene til adekvans og avskrekking drøftes nedenfor i pkt 5.6.3.

Et vedtak som har et *innhold* som ikke tillates etter EØS-retten må utvilsomt kjennes ugyldig dersom EØS-retten er korrekt gjennomført. Dette er en naturlig konsekvens av at lovbestemmelser som strider mot gjennomførte EØS-bestemmelser ikke kan opprettholdes, jf. EØS-loven § 2.³⁰⁷ Dette medfører i utgangspunktet ingen konflikt i forhold til ugyldighetsreglene etter norsk rett, ettersom innholdsmangler som den klare hovedregel medfører ugyldighet.³⁰⁸ I de tilfellene krenkelsen består i at borgeren ikke har fått innvilget et krav han har i medhold av EØS-retten eller forvaltningen har fattet et tyngende vedtak

³⁰⁴ Frihagen hevder riktignok at avslag og forbud som bygger på utenforliggende hensyn vil være ugyldige, på tross av at ugyldigheten vil være til skade for andre impliserte, så lenge det er til gunst for den vedtaket direkte er rettet til, jf. Frihagen 1992 s. 243. Andre teoretikere er uenige i dette, og er av den oppfatning at det må foretas en helhetsvurdering. Slik eksempelvis Eckhoff/Smith s. 437. Jeg mener sistnevnte tilnærming har mest for seg.

³⁰⁵ Jf. Eckhoff/Smith s. 440 flg. Dette gjelder ikke ubetinget for sammensatte vedtak, jf. Graver 2002b s. 502 flg.

³⁰⁶ Jeg forutsetter at prosessforutsetningene er oppfylt.

³⁰⁷ Resonnementet er hentet fra Fenger s. 846, og har tilsvarende gyldighet for EØS-retten som for EF-retten.

³⁰⁸ Det snevre unntaket for tilfeller vedtaket er til gunst for den private part gjør seg ikke gjeldende for de vedtak som det her er snakk om.

etter sitt innhold strider mot EØS-retten, vil vedtaket derfor alltid måtte kjennes ugyldig.

Der forvaltningen har vektlagt EØS-stridige hensyn, vil vedtaket ofte utgjøre en ulovlig restriksjon på den frie bevegelse eller for øvrig ha et EØS-stridig innhold. Spørsmålet kommer på spissen der forvaltningen har tatt utenforliggende hensyn, og dette **ikke** har resultert i at vedtaket har fått et innhold som strider mot EØS-retten. EF-domstolen har ikke uttrykkelig tatt stilling til følgen av at nasjonale forvaltningsorganer har lagt vekt på utenforliggende hensyn når de har fattet enkeltvedtak. Domstolen har imidlertid tatt stilling til betydningen av at **felleskapets egne organer** har tatt utenforliggende hensyn, og dette vil ha betydning for fastleggelsen av effektivitetsprinsippets rekkevidde.

Etter norsk rett opprettholdes vedtaket som gyldig dersom feilen ikke kan ha virket inn på vedtakets innhold, jf. prinsippet i forvaltningsloven § 41. Det kan stilles spørsmål ved om effektivitetsprinsippet overhodet kommer inn her, da det i slike tilfeller neppe kan sies å ha funnet sted en krenkelse av borgernes immunitetsrettigheter, jf. pkt. 4.1.3. Uavhengig av hvordan vi ser dette, vil effektivitetsprinsippet trolig ikke påvirke ugyldighetsvurderingen: Etter fellesskapsretten vil et vedtak ikke annulleres som følge av myndighetsmisbruk hos fellesskapsorganene, med mindre feilen kan ha påvirket vedtakets innhold, jf. *Fédération Charbonnière Belgique mot Kommisjonen*.³⁰⁹ Den samme betraktning ble lagt til grunn i Frankrike mot Kommisjonen.³¹⁰

Fenger konkluderer på denne bakgrunn med at:

«Domstolen har (...) fastslået, at der ikke foreligger magtfordreining i fællesskapbretlig forstand, hvis der til et lovlig hovedformål føjer sig et uberettiget formål, der ikke har været afgørende for forvaltningsaktens indhold.»³¹¹

Jeg er ikke enig med Fenger i at man kan tilskrive EF-domstolen en slik oppfatning. Domstolen tok stilling til **ugyldighetsspørsmålet**, og ikke skrankene for forvaltningens kompetanse. Det kan godt tenkes at myndighetsmisbrukslæren setter skranker for forvaltningens kompetanse, uten at en overtredelse nødvendigvis fører til ugyldighet.³¹² Jeg er

³⁰⁹ Sak 8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique mot Kommisjonen*. Saken var et ugyldighetssøksmål etter EKSF-traktaten artikkel 33, som svarer til EF-traktaten artikkel 230.

³¹⁰ Sak 1/54, *Frankrike mot Kommisjonen*. Også dette et ugyldighetssøksmål, jf. EKSF-traktaten artikkel 33.

³¹¹ Fenger s. 855.

³¹² Jf. petitavsnittet ovenfor i pkt. 5.3.2.

imidlertid enig med Fenger at det ikke kan bli tale om ugyldighet med mindre hensynet kan ha hatt betydning for avgjørelsens innhold.

De to ovennevnte avgjørelsene gjaldt myndighetsmisbruk etter fellesskapsretten. Fellesskapsrettens myndighetsmisbrukslære er definert som

« the adoption by a Community institution of a measure with the exclusive or main **purpose** of achieving an end other than that stated or evading a procedure specifically prescribed by the Treaty for dealing with the circumstances of the case.»³¹³

Fellesskapsrettens myndighetsmisbrukslære ligger tett opptil den franske «détournement de pouvoir», og omfatter de tilfeller der fellesskapsorganene har fulgt ulovlige **formål**. Fellesskapsrettens myndighetsmisbrukslære omfatter ikke tilfeller der organet har basert seg på ulovlige **fakta**.³¹⁴ Spørsmålet blir derfor om det også i slike tilfeller kreves at feilen har virket inn på vedtakets innhold. Det er ingen grunn til at det skal gjelde forskjellige regler i de to tilfellene. Der borgernes rettsposisjon ikke har blitt påvirket som følge av organets feil, er det ingen tungtveiende hensyn som tilsier at vedtaket skal bli kjent ugyldig.

Det som gjenstår er tilfellene der feilen **kan** ha virket inn på vedtakets innhold. Der forvaltningen har vektlagt et EØS-stridig hensyn eller forfulgt et formål som strider mot avtalen, og dette **kan** ha virket inn på vedtakets innhold, må det etter norsk rett foretas en helhetsvurdering for å fastslå om vedtaket skal kjennes ugyldig. Spørsmålet er om EØS-retten kan påvirke denne vurderingen. I de tilfellene det kan konstateres at det ulovlige hensynet **faktisk** har påvirket vedtakets innhold, vil effektivitetsprinsippet trolig innebære at vedtaket må anses ugyldig. I *Farrugia mot Kommissjonen*³¹⁵ fant Førsteinstansretten at når det eneste hensynet som er vektlagt strider mot fellesskapsretten, må vedtaket kjennes ugyldig. Det følger av EF-domstolens øvrige rettspraksis at domstolen legger vekt på om EU-institusjonenes vedtak **i det vesentlige** er motivert av ulovlige kriterier.³¹⁶ I de tilfellene enkeltvedtaket i det vesentlige har vært motivert av ulovlige hensyn, må det utvilsomt sies at dette kan ha virket inn på vedtakets innhold. I slike tilfeller blir vedtaket som den store hovedregel ugyldig også etter norsk rett. I *Farrugia mot Kommissjonen* trakk retten ikke inn andre momenter for å vurdere om vedtaket

³¹³ Sak C-156/93, *Parlamentet mot Kommissjonen* premiss 31 (min utheving).

³¹⁴ Om den doble betydningen av begrepet «hensyn» i norsk rett, se pkt. 5.3.2.

³¹⁵ Sak T-230/94, *Farrugia mot Kommissjonen*.

³¹⁶ Fenger s. 855. Han viser blant annet til forente saker 140/82, 146/82, 221/82 og 226/82, *Walzstahl Vereinigung*.

likevel kunne opprettholdes. Det kan derfor spørres om det fremdeles er rom for å foreta den helhetsvurderingen som følger av norsk rett, i de tilfellene det kan konstateres at feilen kan ha virket inn på vedtakets innhold. Her må hensynet til borgernes rettsbeskyttelse veies mot hensynet til medlemsstatenes prosessuelle autonomi.

I norsk rett kan borgerens klanderverdige atferd trekke i retning av at vedtaket opprettholdes, til tross for at borgeren ønsker vedtaket kjent ugyldig. I *Courage* uttalte Domstolen uttrykkelig at en borger i en erstatningssak ikke bør kunne dra fordel av sin egen ulovlige atferd,³¹⁷ og spørsmålet er om dette må gjelde på lik linje i ugyldighetssøksmål. Jeg vil anta at hensynet til fellesskapsrettens effektive gjennomslag medfører at vedtaket må kjennes ugyldig, på tross av borgerens atferd.

Betingelsene for å få et vedtaket kjent ugyldig som følge av at forvaltningen har tatt utenforliggende hensyn eller at vedtaket har et EØS-stridig innhold kan videre vurderes mot effektivitetsprinsippets mer generelle krav: hvorvidt betingelsene er så strenge at det blir umulig eller uforholdsmessig vanskelig å få håndhevet EØS-rettighetene. Adgangen til å få kjent et vedtak ugyldig som følge av utenforliggende hensyn etter norsk rett må anses vid. En borger vil i brorparten av tilfellene få vedtaket kjent ugyldig, der dette er til hans gunst. I de tilfellene en helhetsvurdering tilsier at vedtaket opprettholdes som gyldig, vil det ofte skyldes hensynet til tredjemann.

EØS-retten vil kunne øve innflytelse på hvilken vekt som skal tillegges på hensynet til tredjemann. Dette skyldes at hensynet til EØS-rettens gjennomslag veier tungt.³¹⁸

I tilfeller der tredjemanns interesser tilsier at vedtaket opprettholdes som gyldig, blir spørsmålet om borgeren har andre muligheter til å oppnå en adekvat og proporsjonal rettsfølge.

Fenger anfører at

«[t]raktatens alminnelige grundsætning er som udgangspunkt (...) ikke til hinder for, at national ret afskærer annulation i relation til bestemte hjemmelsmangler, og i stedet sanktionerer mangelen med erstatning. Eksempelvis tillader fællesskabsretten, at en forvaltningsmyndigheds afskedigelse af en ansat i strid med ligebehandlingsreglene ikke nødvendigvis skal medføre genindsættelse i stillingen. I givet fald stiller fællesskabsretten dog krav om, at erstatningsløsningen reelt giver parten fuld kompensasjon for det lidte tab.»³¹⁹

³¹⁷ Sak C-453/99, *Courage* premiss 31.

³¹⁸ For en nærmere behandling, se Fenger s. 857 flg.

³¹⁹ Fenger s. 866.

Dette innebærer at i de tilfellene hensynet til tredjemann tilsier at vedtaket opprettholdes som gyldig, kan erstatning gi borgeren adekvat rettsbeskyttelse. Hvorvidt dette er tilfelle, vil bero på en konkret vurdering, og avhenge av omstendighetene i hver enkelt sak.

5.4 Dom for erstatning

5.4.1 Innledning

En borger som har blitt utsatt for et EØS-stridig forvaltningsvedtak, og har lidt økonomisk tap, vil regelmessig reise erstatningssak for domstolene. Tvistemålsloven § 53 regulerer adgangen til å kreve fullbyrdelsesdom. Søksmålgjenstanden er angitt som «krav», og uttrykket omfatter ethvert krav på at saksøkte skal gjøre, tåle eller unnlate noe.³²⁰ Erstatning ligger i kjernen av hva en kan få fullbyrdelsesdom for.

Når borgeren nedlegger påstand om erstatning for krenkelser av hans rettigheter etter EØS-avtalen, **braker** han rettigheten verken som skjold eller som sverd. Det blir likevel nødvendig å vurdere hvorvidt han mener å ha et krav eller bare en immunitetsrettighet, men dette kommer inn ved vurderingen av **årsakssammenheng**. Både der erstatningskravet baseres på norsk rett og på EØS-retten, kreves det årsakssammenheng mellom krenkelsen og det økonomiske tap borgeren har lidt.

Når forvaltningen har gitt avslag på et **krav** borgeren har i medhold av EØS-retten, er det enkelt å konstatere årsakssammenheng mellom feilen og det økonomiske tapet. Det samme er tilfellet dersom forvaltningen har fattet et tyngende vedtak med et innhold som ikke tillates etter EØS-retten. I de tilfellene forvaltningen har lagt vekt på utenforliggende hensyn blir spørsmålet om dette har virket inn på vedtakets innhold, jf. drøftelsen ovenfor i pkt. 5.3.2. hva angår ugyldighet. Sannsynlighetsvurderingen er likevel ikke sammenfallende for ugyldighetsspørsmålet og erstatningsspørsmålet: For at borgeren skal ha krav på erstatning kreves det sannsynlighetsovervekt for at feilen kan ha virket inn, mens en mindre grad av sannsynlighet er tilstrekkelig for å statuere ugyldighet.

Illustrerende i så måte er Peelorg-saken.³²¹ Her var tilfellet at en restauranteier var forbigått ved tildeling av skjenkebevilling, og det var godt gjort at kommunen var i rettsvillfarelse. Han

³²⁰ Jf. Skoghøy s. 269.

³²¹ Rt. 1995 s. 781.

ble imidlertid ikke tilkjent erstatning, fordi det ikke uten videre kunne antas at han ville ha fått bevilling om riktig rettsoppfatning hadde vært lagt til grunn.

Kravet til årsakssammenheng gjenspeiles i erstatningsutmålingen: borgeren kan kreve erstattet de tapsposter som står i påregnelig årsakssammenheng med forvaltningens rettsstridige myndighetsutøvelse, jf. nedenfor pkt. 5.4.5.

5.4.2 Ett eller to ansvarsgrunnlag?

Det er på det rene at erstatningsansvaret er en genuin fellesskapsrettslig og EØS-rettslig rettsfølge: Borgerne har krav på erstatning i medhold av EF- eller EØS-retten dersom nærmere bestemte betingelser er oppfylt. Spørsmålet blir om den norske erstatningsretten skal endres, slik at den inkorporerer det EØS-rettslige erstatningsansvaret, eller om erstatningsansvaret etter EØS-retten og norsk rett skal behandles som to atskilte ansvarsgrunnlag. Hvilken løsning som velges er opp til norske myndigheter. Så lenge borgeren tilkjennes erstatning i de situasjonene som foreskrives i EØS-retten, er effektivitetsprinsippets krav oppfylt.³²² Det blir derfor et spørsmål om hensiktsmessighet. Høyesterett har valgt å anse det norske erstatningsansvaret som et eget rettsgrunnlag, som eksisterer side om side med det EØS-rettslige erstatningsansvaret, jf. Finanger II. Dette innebærer at borgerne, grunnet ekvivalensprinsippet, får «det beste av to verdener», og kan basere seg på det ansvaret som i det konkrete tilfelle vil gi ham den beste rettsbeskyttelsen.³²³

5.4.3 Erstatningsansvar etter EØS-avtalen

I Sveinbjörnsdóttir fant EFTA-domstolen at statens erstatningsansvar ved feilaktig gjennomføring av direktiver var «an integral part of the EEA Agreement as such».³²⁴ Erstatningsansvaret fulgte av avtalens struktur og formål. I fellesskapsretten anses erstatningskravet som en selvstendig rettsfølge, som kan kreves på tross av at borgeren har mulighet til å oppnå andre rettsfølger ved domstolene, jf. Stockholm Lindöpark.³²⁵ Dette må antas også å gjelde for det EØS-rettslige erstatningsansvaret. Erstatnings sanksjonen må derfor være tilgjengelig, på tross av at en annen rettsfølge ville tilfredsstilt kravene til adekvans og avskrekking.

³²² Jf. *Karlsson* premiss 33.

³²³ Jf. Fenger s. 970 hva gjelder erstatningsansvaret i dansk rett.

³²⁴ Premiss 63.

³²⁵ Sak C-150/99, *Stockholm Lindöpark*.

EFTA-domstolen har ikke eksplisitt tatt stilling til statens erstatningsansvar for krenkelser begått ved enkeltvedtak. EFTA-domstolens uttalelse i Sveinbjörnsdóttir var imidlertid ikke begrenset til feilaktig gjennomføring av direktiver.³²⁶ Domstolens begrunnelse for å anse statsansvaret som en del av EØS-retten³²⁷ har videre gyldighet også i forhold til krenkelser begått ved enkeltvedtak.³²⁸ Norske myndigheter kom i Karlsson-saken med en subsidiær anførsel om at erstatningsansvaret etter EØS-retten bare kom til anvendelse på unnlatt eller feilaktig gjennomføring av direktiver. Dette ble kontant avvist av EFTA-domstolen.

Etter fellesskapsretten plikter medlemsstatene å gi borgerne erstatning, uavhengig av hvilket myndighetsorgan som er ansvarlig for krenkelsen.³²⁹ Erstatningsansvar for EF-stridige forvaltningsvedtak ble behandlet at domstolen i Hedley Lomas.³³⁰ Generaladvokat Léger uttalte i sitt forslag til avgjørelse at:

«any distinction between State liability for breach of Community law attributable to legislative action and State liability for breach of Community law attributable to administrative action or action by some other State body would be alien to Community law.»³³¹

På denne bakgrunn må det konkluderes med at statsansvaret også gjelder ved EØS-stridige forvaltningsvedtak, og at betingelsene er de samme som for andre typer krenkelser. EØS-avtalens prinsipp om statsansvar er også en del av norsk rett, jf. Finanger II.

Forvaltningens brudd kan, som redegjort for i pkt. 4.1.3., enten skyldes at den har utøvet sitt skjønn i strid med EØS-avtalen, eller at den har fattet vedtak i medhold av en EØS-stridig hjemmelslov. Et særlig spørsmål for sistnevnte tilfelle er det er forvaltningens bruk av hjemmelsloven, i strid med EØS-loven § 2, som skal vurderes, eller lovgivers vedtakelse eller opprettholdelse av den EØS-stridige lovhjemmel. Som påpekt av Anagnostaras: «it is not always easy to determine the capacity (...) in which the State has committed a given

³²⁶ «It follows from the forgoing that it is a principle of the EEA Agreement that the Contracting Parties are obliged to provide for compensation for loss and damage cause to individuals by breaches of the obligations under the EEA Agreement for which the EFTA States can be held responsible», jf. premiss 62.

³²⁷ «[T]he homogeneity objective and the objective of establishing the right of individuals and economic operators to equal treatment and equal opportunities», jf. premiss 59.

³²⁸ Også Jervell er av den oppfatning at ansvaret gjelder for EØS-stridige forvaltningsvedtak, jf. Jervell s. 156.

³²⁹ Jf. *Brasserie* premiss 32.

³³⁰ Sak C-5/94, *Hedley Lomas*.

³³¹ Generaladvokat Léger i forslag til avgjørelse i *Hedley Lomas*, premiss 126.

violation.»³³² Han argumenterer for at **forvaltningen** er ansvarlig når de har anvendt en lovhjemmel som strider mot fellesskapsbestemmelser med virkning nasjonalt, og dermed forsømt sin plikt til å gi fellesskapsbestemmelsen forrang:

«Given that the primacy of Community law renders automatically inapplicable any national law provision which contravenes the requirements of the E.C. legal order, the exercise of administrative activity is deprived of any legal basis, when it relies on a legal authorisation provided for by a legislative measure adopted in violation of Community law.»³³³

Argumentasjonen har tilsvarende gyldighet i EØS.

Anagnostaras argumenterer for at **lovgiver** er ansvarlig for bruddet i de tilfeller det dreier seg om vedtak i strid med bestemmelser som **ikke** har virkning nasjonalt. Dette er rimelig, all den stund forvaltningen i slike tilfeller ikke har kompetanse til å fatte et fellesskapskonformt vedtak, uten å bryte med nasjonal rett. Dette må være løsningen også innen EØS. I slike tilfeller kan borgeren regelmessig ikke påberope seg den EØS-baserte rettigheten, jf. pkt. 4.2.2.3., og er henvist til å saksøke staten for manglende gjennomføring av forpliktelsene.

Vilkårene for erstatningsansvar fremgår uttrykkelig av Karlsson: Den EØS-rettslige bestemmelsen må ha som formål å gi borgerne rettigheter, krenkelsen må være tilstrekkelig kvalifisert og det må være årsakssammenheng mellom bruddet og skaden borgeren har lidt.³³⁴ De tre betingelsene er sammenfallende med betingelsene oppstilt i fellesskapsretten,³³⁵ og Høyesterett uttalte, i Finanger II, at ansvaret er identisk innenfor de to rettssystemene.

EF-domstolen har fastsatt at spørsmålet om årsakssammenheng er overlatt til nasjonal rett, så lenge reglene tilfredsstillter kravene til ekvivalens og effektivitet.³³⁶ Hvorvidt bestemmelsen tar sikte på å gi borgerne rettigheter beror på en tolkning, og dette er en innholdsmessig vurdering. Etter Hohfelds analyseverktøy motsvares medlemsstatenes plikter av rettigheter. Analysen sier imidlertid ikke hvem som er rettighetshaverne, så for å fastslå hvorvidt borgerne er i en rettighetsposisjon, må vi spørre om det er borgerne som er «the intended beneficiar[ies] of a duty».³³⁷

³³² Anagnostaras, Georgios. *The allocation of responsibility in State liability actions for breach of Community law: a modern gordian knot?* E.L.Rev. 2001 s. 130 (heretter Anagnostaras) s. 142.

³³³ Anagnostaras s. 142.

³³⁴ På tross av at EF- og EFTA-domstolen ikke drøfter det uttrykkelig, kreves det i tillegg at det foreligger et økonomisk tap.

³³⁵ Jf. eksempelvis **Brasserie** premiss 51.

³³⁶ **Brasserie** premiss 65.

³³⁷ Hilson 1999 s. 123. Denne tilnæringsmåten kalles «interesseteorien».

Et særlig spørsmål er om det er tilstrekkelig at bestemmelsen tar sikte på å gi borgerne rettigheter generelt sett, eller om det kreves at borgeren hører til den beskyttede krets.³³⁸ Problemstillingen er om **andre enn rettighetshaveren** kan kreve erstatning for forvaltningens brudd på EØS-avtalen, og spørsmålet faller derfor strengt tatt utenfor avhandlingens område. Jeg vil likevel knytte noen bemerkninger til problemstillingen.

Fenger bemerker at

«Domstolen [hidtil har] unnladt at kræve, at den krænkede retsregel har til formål at beskytte netop den gruppe af personer, som skadelidte tilhører – en unkladelse, der forekommer ganske bemærkelsesverdig all den stund, at et sådant krav rent faktisk optræder i Domstolens egen praksis vedrørende EU-institutionernes erstatningsansvar.(...) Hvis den brudte regel er egnet til at medføre en underkendelse af forvaltningsakten, er det således efter Domstolens hidtidige praksis ikke nødvendig herudover at foretage en selvstændig vurdering af, om retsregelen bør være erstatningsretslig relevant.»³³⁹

Jacobsen hevder at

«[d]et fremgår av EF-domstolens praksis at man (...) må vurdere om den aktuelle fellesskapsrettslige bestemmelse **generelt sett** kan anses å ha til formål å gi private rettigheter. Det skal ikke foretas en vurdering av om formålet har vært å gi rettigheter til saksøker i det aktuelle tilfellet – denne vurderingen ligger innenfor vilkåret om årsakssammenheng.»³⁴⁰

I *Francovich II*³⁴¹ fant EF-domstolen at *Francovich* ikke kunne kreve erstatning, all den stund det ikke var årsakssammenheng mellom den unnlatte gjennomføring og hennes økonomiske tap.

Det har imidlertid skjedd en utvikling i rettspraksis: Hvorvidt borgeren tilhører den beskyttede krets er nå inkorporert i vilkåret om at bestemmelsen må ta sikte på å gi borgerne rettigheter, jf. *Peter Paul*-saken.³⁴²

Peter Paul var kunde i en tysk bank. Banken gikk konkurs, med den konsekvens at Paul mistet sitt innskudd. Den tyske stat hadde gjennomført direktiv 94/19/EF om innskuddsgarantiordninger og tilhørende regler om tilsyn med finansielle kredittinstitusjoner for sent. Paul gikk til sak, med påstand om erstatning. Han hevdet at dersom direktivene var gjennomført i tide ville han ikke lidt tap, idet det tyske finansilsynet, på grunn av tilsynspliktene, ville ha grepet inn overfor banken. Domstolen fant at Paul ikke hadde erstatningsrettslig vern, idet direktivene ikke hadde som formål å beskytte personer med bankinnskudd i tilfelle deres innskudd gikk tapt som følge av mangelfullt tilsyn fra nasjonale

³³⁸ For en behandling av problemstillingen i norsk rett, se Jervell s. 166 flg. med videre henvisninger.

³³⁹ Fenger s. 940.

³⁴⁰ Jacobsen, Henning A. *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EF- og EØS-retten*. I: IUSEF nr. 39. Oslo, 2002 (heretter Jacobsen) s. 120.

³⁴¹ Sak C-479/93, *Francovich II*.

³⁴² Sak C-222/02, *Peter Paul*.

myndigheter. Etter dette må det legges til grunn at fellesskapsbestemmelsen må ta sikte på å beskytte skadelidte *i den situasjon han befinner seg i*.

Betydningen vises ved at borgeren nå ikke kan kreve erstatning, selv om han godtgjør at det foreligger årsakssammenheng mellom bruddet og det økonomiske tap.

I Francovich oppstilte EF-domstolen et eget vilkår om at rettighetens innhold måtte kunne fastlegges på bakgrunn av direktivbestemmelsen, men vilkåret har ikke blitt gjentatt i den senere praksis.³⁴³ Det hersker uenighet i teorien om det fremdeles stilles et slikt krav til rettighetsbestemmelsen. Jacobsen anser det

«naturlig å anta at dette vilkåret er blitt inkludert i vilkåret om at det aktuelle direktiv må ha til formål å tillegge borgerne rettigheter. Dersom sistnevnte vilkår er oppfylt synes det unødvendig å stille opp som ytterligere vilkår om at rettighetene må kunne uledes av direktivets bestemmelser. (sic)»³⁴⁴

Jervell er av den oppfatning at vilkåret kommer inn ved unnlatt gjennomføring av direktiver, men ikke ved andre former for krenkelser.³⁴⁵

Jeg mener vilkåret må gjelde på selvstendig grunnlag ved alle former for krenkelser. Hvorvidt den EF- eller EØS-rettslige bestemmelsen har til formål å gi borgerne rettigheter beror, som nevnt, på en innholdsmessig vurdering. For at nasjonale domstoler skal kunne **anvende** denne rettighetsbestemmelsen, og konstatere krenkelse, kreves det at bestemmelsen er «complete and legally perfect», jf. pkt 2.3. og 4.1.2. Kravet om at rettighetens innhold må kunne fastlegges på bakgrunn av den fellesskaps- eller EØS-rettslige bestemmelsen er derfor bare en henvisning til det generelle kravet om pådømtbarhet. Dette kravet kommer alltid inn når nasjonale domstoler skal håndheve fellesskaps- eller EØS-rettigheter.³⁴⁶ Innholdet i testen vil imidlertid variere ut fra om borgeren søker håndhevet et krav eller en immunitet, jf. pkt 4.1.2.

Når kravet om at rettighetens innhold skal kunne fastlegges på bakgrunn av den fellesskaps- eller EØS-rettslige bestemmelsen anses som en del av kravet til pådømtbarhet, betyr det at bestemmelsen må være ubetinget og tilstrekkelig presis. De samme betingelsene må være oppfylt for at en fellesskapsbestemmelse skal ha direkte virkning. EF-domstolen har imidlertid ved flere anledninger konstatert at det ikke er nødvendig sammenfall mellom betingelsene for direkte virkning og erstatning. Jeg vil forsøke å utdype forholdet mellom betingelsene for direkte virkning og erstatning i det følgende.

³⁴³ Med unntak av forente saker C-178/94, C-179/94, C-188/96, C-189/94 og C-190/94, **Dillenkofer**.

³⁴⁴ Jacobsen s. 122.

³⁴⁵ Jervell s. 116 flg.

³⁴⁶ I de tilfeller borgeren krever erstatning for unnlatt eller feilaktig gjennomføring, søker han ikke å få håndhevet en rettighet; han krever et surrogat for at han **ikke** kan få håndhevet rettigheten. Fastleggelsen av innholdet av den rettigheten han skulle ha hatt, er derfor nødvendig for å konstatere årsakssammenheng mellom bruddet og det økonomiske tap.

Thue hevder at det

«ved første øyekast kan (...) synes som om de to første betingelsene for erstatning [i Francovich] svarer til kriteriene for direkte virkning. Dette kan imidlertid ikke være tilfellet. I Francovich-saken var jo nettopp forholdet at direktivets bestemmelser ikke kunne ha direkte virkning, men at man på grunnlag av dets bestemmelser kunne kreve erstatning fra medlemsstaten. Vilklårene om at direktivet må gi uttrykk for en rettighet, og at innholdet av denne må kunne fastslås på bakgrunn av direktivets bestemmelser, må dermed ha et annet innhold enn de vilkår som gjelder for direkte virkning. Man kan vel anta at den skjønnsmargin som kan utgjøre en hindring for direkte virkning, ikke kan hindre et erstatningsansvar for medlemsstaten.»³⁴⁷

Jeg kan ikke si meg enig i Thues betraktninger. Jeg mener at kravet om at **rettighetens** innhold må kunne fastlegges på bakgrunn av den relevante bestemmelsen, har et identisk innhold både hva gjelder direkte virkning og erstatning. Hvis denne betingelsen ikke er oppfylt, er både muligheten for direkte virkning og erstatning avskåret. Det er ingen grunner som tilsier at «den skjønnsmargin som kan utgjøre en hindring for direkte virkning, ikke kan hindre et erstatningsansvar for medlemsstaten». Det var ikke fastleggelsen av rettighetens innhold som hindret direkte virkning i Francovich, men fastleggelsen av hvem som skulle være **ansvarlig** for garantiordningen, altså forpliktelsens adressat. EF-domstolen uttalte i Francovich at «the provisions in question are unconditional and sufficiently precise **as regards the content of the guarantee.**»³⁴⁸ Jeg er enig med Jervell, som hevder at det, for å komme på tale med erstatning, må være klart

«hva innholdet i rettighetene er. (...) Dette betyr likevel ikke at direktivet må ha direkte virkning. Erstatningskrav vil nettopp bli reist i de situasjoner hvor det aktuelle direktiv **ikke** har direkte virkning. Den konkrete rettighet direktivet tillegger borgeren må likevel være klar og ubetinget etter en fortolkning av direktivet. Stikkordet vil være **direkte anvendelighet**. Den konkrete direktivbestemmelsen må m.a.o. være direkte anvendelig i forhold til å avgjøre hvilket krav borgeren kan gjøre gjeldende.»³⁴⁹

En annen grunn til at det ikke er sammenfall hva angår betingelsene for direkte virkning og erstatning, er at direktiver ikke kan ha direkte virkning i forholdet mellom private. Borgeren vil her være henvist til å kreve erstatning for unnlatt eller mangelfull gjennomføring.³⁵⁰

Steiner mener vilklåret – om at rettighetens innhold må kunne fastlegges på bakgrunn av direktivbestemmelsen – ikke lenger eksisterer på selvstendig grunnlag, men «is (...) incorporated into the criteria laid down in para 56 for

³⁴⁷ Thue, Yngvild. *EF-domstolens lære om direktivets direkte virkning*. I: IUSEF nr. 10. Oslo, 1993 (heretter Thue) s. 102-103.

³⁴⁸ **Francovich** premiss 22 (min utheving).

³⁴⁹ Jervell s. 117-118.

³⁵⁰ Også den motsatte situasjon kan oppstå: Borgeren kan ha adgang til å påberope et direktiv med direkte virkning, men likevel ikke få erstatning ved brudd på direktivet. Dette vil være tilfellet dersom han ikke tilhører den beskyttede krets, jf. **Peter Paul-saken**.

determining whether the breach of community law is sufficiently serious.»³⁵¹ Jeg kan ikke si meg enig i denne betraktningen, jf. det jeg har sagt ovenfor om kravet til pådømtbarhet. Dersom bestemmelsene tilfredsstiller betingelsene for å anses håndhevbar, blir **graden** av presisjon og skjønn derimot momenter i vurderingen av om bruddet er tilstrekkelig kvalifisert.

Det er særlig vilkåret om at krenkelsen må være tilstrekkelig kvalifisert som volder problemer i praksis. Et særlig spørsmål er hvorvidt ansvarsterskelen er ulik i tilfeller EØS-retten gir medlemsstatene skjønnsmyndighet og der de ikke har noe slikt spillerom. I Finanger II la Høyesteretts flertall, på bakgrunn av EF-domstolens praksis, til grunn at ansvarsterskelen er lavere der myndighetene ikke har noen skjønnsadgang.

Jeg kan ikke umiddelbart si meg enig i Høyesteretts tolkning av EF-domstolens praksis. Slik jeg tolker praksisen, er skjønnsadgangen bare ett av flere momenter som kommer inn i en helhetsvurdering, og at samme standard legges til grunn.³⁵² Som Arnesen påpeker vil det være «mer nærliggende å konsentrere oppmerksomheten om den omstendighet at den utviste atferden representerer et brudd på fellesskapsrettslige regler, enn å fokusere på summen av handlingsalternativer som ikke ville etablere brudd.»³⁵³ Det kan videre anføres at flertallet anvendte en for streng norm. Ved fastleggelsen av ansvarsterskelen er det viktig å se hen til erstatningsreglenes formål: Erstatningsansvaret skal ikke bare sikre borgerne en effektiv rettsbeskyttelse, men skal også sørge for at medlemsstatene lojalt etterlever EØS-retten, jf. EØS-avtalen artikkel 3. Sistnevnte moment fokuserer på erstatning som **sanksjon**. Jeg mener at flertallet la for stor vekt på borgernes rettsbeskyttelse, på bekostning av sanksjonshensynet, og at normen derfor ble noe streng. Ettersom jeg mener Høyesterett feiltolker EF-domstolens praksis, er det av betydning å fastlegge den rettskildemessige verdien av denne delen av dommen. Arnesen hevder at «[p]å dette punktet har (...) Høyesteretts avgjørelse liten prejudikatverdi; det dreier seg om utlegningen av en norm utviklet av EF-domstolen, og det siste ord er neppe sagt.»³⁵⁴ Jeg slutter meg til dette.

De teoretikere som mener det gjelder to ulike ansvarsnormer, er ikke enige om innholdet av skjønnsbegrepet. Etter Herveys syn kunne EF-domstolens tidligere praksis trekke i retning av at det avgjørende var **typen** brudd; at skillet gikk mellom tilfeller hvor medlemsstaten var fri til å handle som den ville (så lenge den ikke brøt EF-retten) og tilfeller der medlemsstaten var forpliktet til å handle på en bestemt måte, eksempelvis ved plikter etter EF-traktaten artikkel 189.³⁵⁵ Hun hevder imidlertid, på bakgrunn av senere rettspraksis, at det avgjørende er på

³⁵¹ Steiner, Josephine. *The Limits of State Liability for Breach of European Community Law*. EPL 1998 s. 69 flg. (heretter Steiner) på s. 77.

³⁵² Slik også Steiner.

³⁵³ Arnesen 1997 s. 647.

³⁵⁴ Arnesen, Finn. *Statens erstatningsansvar ved lovgivning i strid med EØS-avtalen*. Tidsskrift for Erstatningsrett 2005 s. 169 flg. på s. 170

³⁵⁵ Hervey, Tamara K. *After Francovich: State liability and British Employment Law*. Av Tamara K. Hervey og Philip Postant. *Industrial Law Journal* 1996. s. 259 flg. (heretter Hervey) s. 269. Problemstillingen er også drøftet av Hilson, Chris. *Liability of Member States in damages: The Place of discretion*. ICLQ 1997 s. 941 flg. og Ward, Angela.

hvilket **område** forpliktelsen oppstår, og at graden av skjønn må fastlegges ved en tolkning av den overtrådte bestemmelsen.³⁵⁶ Jeg ønsker ikke å gå nærmere inn på denne debatten, ettersom jeg mener skillet ikke har noen betydning for ansvarsvurderingen.

Høyesteretts flertall uttalte at spørsmålet om erstatningsansvar likevel vil bero på en helhetsvurdering.³⁵⁷ Domstolen må ta i betraktning alle faktorene som kjennetegner den foreliggende situasjonen.³⁵⁸ I denne vurderingen kan domstolen blant annet kan ta i betraktning

« the clarity and precision of the rule breached, the measure of discretion left by that rule to the national (...) authorities, whether the infringement and the damage caused was intentional or involuntary, whether any error of law was excusable or inexcusable, the fact that the position taken by a Community institution may have contributed towards the omission, and the adoption or retention of national measures or practices contrary to Community law.»³⁵⁹

Det diskresjonære skjønn det her er tale om, refererer seg til hvilken skjønnsmyndighet medlemsstatene tilkjennes i **den enkelte EØS-rettslige regelen**.³⁶⁰ Hvorvidt en EØS-bestemmelse gir medlemsstatene skjønnsmyndighet fastsettes ut fra en tolkning av regelen. Jeg minner om at den EØS-rettslige bestemmelsen må være ubetinget og tilstrekkelig presis for i det hele tatt å kunne håndheves. Hvis bestemmelsen oppfyller disse kravene, blir **graden** av presisjon og skjønn et element i vurderingen av om bruddet er tilstrekkelig kvalifisert. Bestemmelsens klarhet og presisjon og skjønnelementet glir over i hverandre. Som Generaladvokat Tesauro formulerte det i *Brasserie*: «The greater or lesser degree of discretion available to the State coincides (...) with the greater or lesser degree of clarity or precision of the obligation to which it is subject.»³⁶¹ Det er ikke alltid lett å fastlegge om uklare bestemmelser gir medlemsstatene et diskresjonært skjønn eller bare et rettsanvendelsesskjønn, og her kan det være lett for medlemsstatene å trå feil.

Forvaltningens brudd kan skyldes at den har feiltolket den EØS-rettslige reglen, eller at den ikke vært klar over dens eksistens. I denne sammenheng oppstår spørsmålet om hvilke krav man skal stille til forvaltningen: Kreves det at den til enhver tid har full oversikt over gjeldende EØS-rett, og tilhørende rettspraksis?

Judicial Review and the Rights of Private Parties in EC Law. New York, 2000. (heretter Ward 2000) på s. 98 flg.

³⁵⁶ Hervey s. 270.

³⁵⁷ Dette samsvarer med Førsteinstansrettens tilnærming i *Medici Grimm*, jf. dommens premiss 87.

³⁵⁸ Jf. sak C-424/97, *Haim*, premiss 42.

³⁵⁹ *Brasserie* premiss 56.

³⁶⁰ Som nevnt ovenfor, er det mulig at det i debatten om hvorvidt det gjelder ulike ansvarsterskjer er tale om en annen type skjønn.

³⁶¹ Premiss 78.

I forlengelsen av dette kan det spørres om man kan stille samme krav, uavhengig av hvilket organ som har fattet vedtaket. Man kan ikke forvente at den juridiske kompetansen er like høy over alt i forvaltningshierarkiet. I Haim-saken fikk EF-domstolen forelagt spørsmålet om strukturen i den interne forvaltningen hadde betydning for ansvarsvurderingen. EF-domstolen uttalte i den anledning at

« Member States cannot (...) escape (...) liability either by pleading the internal distribution of powers and responsibilities as between the bodies which exist within their national legal order or by claiming that the public authority responsible for the breach of Community law did not have the necessary powers, **knowledge, means or resources.**»³⁶²

Medlemsstatene kan ikke **unndra seg** ansvar ved å henvise til at vedtaket er fattet av et organ langt nede i forvaltningshierarkiet, og dette tyder på at de heller ikke kan nyte godt av et lempeligere erstatningsansvar ved å delegere myndighet nedover.

Det må antas at forvaltningen aldri kan høres med at de ikke kjente til regelens **eksistens**. Dette må trolig både gjelde både for EØS-bestemmelser som er gjennomført i norsk rett, og de regler som bare er bindende på det folkerettslige plan.³⁶³ Forvaltningen vil først og fremst kunne påberope seg at de har tatt feil med hensyn til regelens **innhold**. EF-domstolen har slått fast at et brudd alltid vil være tilstrekkelig kvalifisert hvis medlemsstaten

«has persisted despite a judgment finding the infringement in question to be established, or a preliminary ruling or settled case-law of the Court on the matter from which it is clear that the conduct in question constituted an infringement.»³⁶⁴

Av dette kan vi utlede at forvaltningen plikter å holde seg oppdatert om EF-domstolens praksis. Det er derfor først og fremst i fravær av slik praksis at man må ty til den ovenfor nevnte helhetsvurderingen.

Et særlig spørsmål er hvem erstatningskravet skal rettes mot. Problemstillingen kommer på spissen når kommunalforvaltningen er ansvarlig for det EØS-stridige vedtaket. I Konle uttalte EF-domstolen at fellesskapsretten «does not require Member States to make any change in the distribution of powers and responsibilities between the public bodies which exist on their territory», så lenge reglene tilfredstilte effektivitetsprinsippets og ekvivalensprinsippets krav.³⁶⁵ Saken gjaldt riktignok en stat med føderal struktur, men det samme må gjelde for det kommunale selvstyret.

³⁶² Premiss 28 (min utheving).

³⁶³ Sistnevnte kategori setter bare skranker for skjønnsutøvelsen, jf. *Alta* og *Kvinnefengsel*, og er ikke omfattet av plikten etter EØS-loven § 2.

³⁶⁴ Jf. *Brasserie* premiss 57.

³⁶⁵ Sak C-302/97, *Konle* premiss 63. EF-domstolen hadde samme tilnærming i *Haim*.

Ansvarsfordelingen mellom stat og kommune fastsettes derfor som utgangspunkt etter norsk rett.

Etter norsk rett kan kommunene bli erstatningsansvarlige for rettsstridige enkeltvedtak. I de tilfellene kommunalforvaltningen har utøvet sitt skjønn i strid med korrekt gjennomført EØS-rett, kan det ikke anses tvilsomt at erstatningskravet må rettes mot kommunen. Mer tvilsomt er det der den har fattet vedtak i medhold av en EØS-stridig hjemmel, og dermed brutt plikten etter EØS-loven § 2. Som påpekt av Generaladvokat Mischo i Haim:

«[I]t might be claimed that it would hardly be rational, in view of the strict hierarchy of norms which applies in theory under domestic law, to hold an independent body in any way liable for an act where, although that act is legally attributable to it, the content of the act is predetermined by legislation with which it is bound strictly to comply.»³⁶⁶

I EØS-retten, som i EU, er det to motstående hensyn som gjør seg gjeldende:

«On the one hand, the administration is placed under the statutory duty to enforce the domestic legislation in order to give effect to the governmental will. On the other hand, the obligation is imposed (...) to ensure the compliance of the State with its Community law obligations.»³⁶⁷

Forvaltningen har likevel en selvstendig plikt til å gi EØS-retten forrang, jf. EØS-loven § 2. Det må anses rimelig sikkert at borgerne kan rette et erstatningskrav mot kommunen for brudd på denne bestemmelsen.

5.4.4 Erstatningsansvar etter norsk rett

Dersom et erstatningskrav basert på EØS-retten ikke fører frem, fordi vilkårene ikke er oppfylt, blir spørsmålet om borgeren kan kreve erstatning i medhold av norsk rett. Ekvivalensprinsippet krever at søksmål basert på EØS-retten ikke behandles dårligere enn søksmål basert på rent intern rett. Ettersom EØS-retten oppstiller et eget erstatningsansvar, vil dette være tilstrekkelig til å oppfylle effektivitetsprinsippet. EØS-retten vil derfor i utgangspunktet ikke stille krav til innholdet i erstatningsansvaret etter norsk rett.

Det stilles krav om økonomisk tap og årsakssammenheng både i EØS og etter norsk rett, så det er først og fremst ansvarsgrunnlaget som vil avvike i de to rettssystemene. Som vi har sett i pkt. 5.4.3., gjelder det etter EØS-retten et krav om at bruddet må være «tilstrekkelig kvalifisert». Det kreves ikke at

³⁶⁶ Premiss 31.

³⁶⁷ Anagnostaras s. 150.

forvaltningen har opptrådt culpøst.³⁶⁸ Det er derfor bare for det tilfelle at norsk rett opererer med en strengere ansvarsnorm, at borgerne vil være tjent med å basere seg på norsk rett.

Det hersker uenighet i teorien om hvorvidt forvaltningen hefter på objektivt grunnlag ved rettsstridige myndighetshandlinger, eller om det kreves culpa. Blant andre Frihagen hevder at ansvaret er objektivt,³⁶⁹ mens Hagstrøm mener det dreier seg om et culpa-ansvar.³⁷⁰ Etter Arnesens syn, taler gode grunner for anse det offentliges ansvar som et culpaansvar **med ansvarspresumsjon**.³⁷¹ Eckhoff går langt i å antyde et objektivt ansvar for statsforvaltningen, men et culpaansvar for kommunalforvaltningen, i den forstand at sistnevnte kan fritas for ansvar når ugyldigheten skyldes feiltolking av lover eller forskrifter.³⁷² Spørsmålet har heller ikke funnet sitt endelige svar i Høyesterett.

Spørsmålet var senest oppe i Rt. 2005 s. 416. Saken gjaldt blant annet spørsmålet om en advokat som hadde fått sin bevilling tilbakekalt, og uhjemlet fått avslag på søknad om ny bevilling, hadde krav på erstatning fra staten for sitt økonomiske tap. Høyesterett løste saken konkret, og unnlot å ta generelt standpunkt til vilkårene for ansvar i tilfeller der staten har feiltolker regelverket, og dermed treffer et ugyldig vedtak.

Forskjellen mellom culpaansvar og objektivt ansvar vil først og fremst være at ved culpaansvar vil forvaltningen være fri for ansvar ved unnskyldelig rettsvillfarelse. Rettsvillfarelse er den viktigste årsaken til EØS-stridige forvaltningsvedtak, så forskjellen i ansvarsgrunnlag har stor betydning i denne henseendet.

Hagstrøm hevder at «Eckhoffs og [hans] uenighet langt på vei er av terminologisk art» og at «Eckhoff bruker betegnelsen «objektivt ansvar» på tilfelle som etter festnet, og etter [hans] mening, rasjonell erstatningsrettslig språkbruk ville kalles culpaansvar.»³⁷³ Det kan synes som om det er tale om en skinnuenighet, og at teoretikerne er enige om i hvilke tilfeller forvaltningens handlinger er erstatningsbetingende.

³⁶⁸ Men det må antas at bruddet alltid vil være tilstrekkelig kvalifisert i de tilfeller forvaltningen er å bebreide.

³⁶⁹ Frihagen, Arvid. *Villfarelse og ugyldighet*. Oslo 1966 s. 485 flg.

³⁷⁰ Hagstrøm, Viggo. *Offentligrettslig erstatningsansvar*. Oslo, 1987 på s. 41 flg. Han åpner imidlertid for at det på enkelte områder kan være grunnlag for objektivt ansvar, der det «treffes vedtak som har vidtgående betydning for den enkelte, samtidig som de rettslige kriterier er så vage at det lett kan oppstå ugyldighet», jf. s. 108.

³⁷¹ Arnesen 1997 s. 671.

³⁷² Eckhoff/Smith s. 450.

³⁷³ Hagstrøm, Viggo. *Ugyldighet og erstatning. Replikk til Eckhoff – og kommentar til to nye høyesterettsdommer*. Lov og rett 1988 s. 317 flg. på s. 319 og 320.

Så lenge det er tale om rent norsk rett, vil det være uten betydning om ansvaret **kalles** objektivt eller subjektivt. Rubriseringen kan imidlertid få stor betydning når EØS-retten trekkes inn: For det tilfellet at staten hefter på objektivt grunnlag for feiltolking av **rent norsk rett**, kan staten ikke fritas for ansvar der ugyldigheten skyldes feiltolking av EØS-retten.³⁷⁴ En slik forskjellsbehandling vil klart stride mot ekvivalensprinsippet.

Jervell mener EØS-retten kan påvirke ansvarsvurderingen etter norsk rett, og at man kan hente veiledning fra EF- og EØS-retten i de tilfellene der det er spørsmål om statens ansvar for brudd på EØS-avtalen, selv om erstatningsspørsmålet behandles etter allerede etablert intern rett.³⁷⁵ Jervell argumenterer for at det offentliges ansvar derfor bør være subjektivt, ettersom dette samsvarer med statsansvaret etablert av EF- og EFTA-domstolen. Han peker videre på at hovedargumentet for et objektivt ansvar for staten – at staten som regelprodusent er nærmest til å bære ansvaret for feiltolkninger – ikke har gyldighet ved brudd på EØS-avtalen, ettersom regelproduksjonen finner sted på fellesskapsplan.

Jeg er enig i Jervells betraktninger: Gode grunner taler for at staten ikke bør være ubetinget ansvarlig for feiltolkninger av EØS-retten. Disse momentene vil imidlertid bare kunne komme inn dersom staten etter norsk rett anses å hefte på culpagrunnlag. I slike tilfeller vil staten lettere kunne finnes å være i unnskyldelig rettsvillfarelse ved anvendelsen av EØS-retten enn ved anvendelsen av rent norsk rett.

Dersom en legger Eckhoffs inndeling til grunn, blir spørsmålet om sondringen mellom sentral- og lokalforvaltningen kan by på problemer ved brudd på EØS-avtalen, grunnet ekvivalensprinsippet. Det avgjørende i så måte er om det dreier seg om «similar actions» der et erstatningskrav baseres på et ugyldig vedtak fattet av statsforvaltningen og der kravet baseres på et ugyldig vedtak fattet av kommunalforvaltningen. I en rekke saker har EF-domstolen godtatt nasjonale tidsfrister som ikke var de mest fordelaktige, fordi fristene kom til anvendelse uavhengig av om søksmålet var basert på fellesskapsretten eller rent nasjonal rett.³⁷⁶ Dette stemmer overens med domstolens uttalelse om at ekvivalensprinsippet «cannot (...) be interpreted as obliging a Member State to extend its most favourable rules governing recovery under national law to all actions for repayment of charges or dues levied in breach of Community law.»³⁷⁷ For det tilfelle at kommunene hefter på culpagrunnlag både der rettsstriden skyldes brudd på en EØS-bestemmelse og en rent norsk bestemmelse, vil det ikke være tale om noen diskriminering. Dette trekker i retning av at ekvivalensprinsippet ikke er til hinder for ulike ansvarsgrunnlag

³⁷⁴ Slik også Arnesen 1997 s. 663.

³⁷⁵ Jervell s. 154.

³⁷⁶ Blant annet *Edis*, sak C-260/96, *Spac*.

³⁷⁷ *Edis* premiss 36.

for sentralforvaltningen og kommunalforvaltningen. Hensynet til at forvaltningen ikke skal kunne organisere seg bort fra ansvar³⁷⁸ taler imidlertid for at ansvarsgrunnlaget må være det samme for både sentrale og lokale myndigheter.

5.4.5 Særlig om erstatningsutmålingen

Et første spørsmål er om fellesskapsretten kan legge føringer på erstatningsutmålingen etter norsk rett der borgeren har valgt å basere seg på det rent norske erstatningsansvaret. Problemstillingen er med andre ord om «bordet fanger», eller om borgeren likevel kan nyte godt av effektivitetsprinsippet ved utmålingen. Det må være rimelig klart at effektivitetsprinsippet legger føringer på utmålingsreglene også i slike tilfeller. Det er tale om absolutte krav til nasjonale regler, og anvendelsen av disse reglene kan ikke påvirkes av at borgerne nyter godt av lempeligere ansvarsbetingelser.

Erstatningsutmålingen gjennomføres i tråd med de nasjonale regler, forutsatt at disse tilfredsstiller kravene til effektivitet og ekvivalens.³⁷⁹ Utgangspunktet er at borgeren skal få erstattet det tap som står i en påregnelig årsakssammenheng med rettighetskrenkelsen: Erstatningsbeløpet må «commensurate with the loss or damage sustained so as to afford effective protection for individuals' community rights.»³⁸⁰ I Von Colson fant EF-domstolen at erstatningen må være adekvat, avskrekkende og sikre en effektiv rettsbeskyttelse, og at beløpet derfor «must (...) amount to more than purely nominal compensation such as, for example, the reimbursement only of the expenses incurred in connection with the application.»³⁸¹ Også etter norsk rett er utgangspunktet at borgeren skal få dekket alle de tapsposter som skyldes den skadevoldende handling, jf. skadeserstatningsloven § 4-1.³⁸²

I Marshall II fant EF-domstolen at det var i strid med fellesskapsretten å fastsette en øvre grense for erstatning, og at effektivitetsprinsippet innebar at skaden må bli «made good in full» inkludert renter på erstatningsbeløpet.³⁸³

³⁷⁸ Jf. *Haim*.

³⁷⁹ *Brasserie* premiss 83.

³⁸⁰ *Brasserie* premiss 82.

³⁸¹ Premiss 28.

³⁸² Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning. Bestemmelsen skal tolkes slik at det fulle økonomiske tap skal dekkes, jf. Lødrup, Peter. *Lærebok i erstatningsrett*. 5. utgave. Oslo, 2005 (heretter Lødrup) s. 339.

³⁸³ *Marshall II*.

Prechal vil være varsom med å trekke generelle konklusjoner fra Marshall II: Dommen vedrører likestillingsdirektivet, og EF-domstolen fokuserte særlig på diskriminerende oppsigelser.³⁸⁴ Jeg mener imidlertid at dommen bare utdyper det generelle kravet til adekvate rettsfølger, og derfor har generell gyldighet.³⁸⁵

Skadelidte har etter norsk rett en alminnelig tapsbegrensningsplikt, jf. skadeserstatningsloven § 5-1 andre ledd. I Brasserie uttalte domstolen at

«in order to determine the loss or damage for which reparation may be granted, the national court may inquire whether the injured person showed reasonable diligence in order to avoid the loss or damage or limit its extent and whether, in particular, he availed himself in time of all the legal remedies available to him.»³⁸⁶

Domstolen anerkjenner altså avkortning i erstatningsbeløpet ved manglende overholdelse av tapsbegrensningsplikten, *i den grad slike regler fremgår av nasjonal rett*. Domstolen peker særlig på borgerens mulighet til å benytte primære rettsfølger. Dette kan innebære at borgerens unnlattelse av å benytte de primære rettsfølger, kan påvirke hans mulighet til å kreve sekundære rettsfølger.³⁸⁷

Et særlig spørsmål er om erstatningen kan avkortes ut fra en betraktning om at borgeren ikke skal få en tilfeldig berikelse. Graver reiser spørsmålet om hvordan tapet skal beregnes der adressaten for et vedtak er næringsdrivende, og han har mulighet til å velte det økonomiske tapet over på kundene sine.³⁸⁸ Etter Gravers syn må svaret bero på «den konkurransesituasjon som eksisterer på det marked han opererer i, hvor elastisk etterspørselen er etter hans varer eller tjenester etc.» Det kan ikke være tvilsomt at erstatningen må avkortes hvis det bevises at tapet faktisk har blitt veltet over på konsumentene. Dette følger av berikelsesgrunnsetningen: Skadelidte skal ikke komme bedre ut økonomisk enn om skaden ikke var skjedd.³⁸⁹ I Denkavit aksepterte EF-domstolen at en medlemsstat kunne avskjære tilbakebetaling av ulovlig innkrevde avgifter der avgiften var veltet over på tredjemann.³⁹⁰ Domstolen

³⁸⁴ Prechal 1997 s. 10.

³⁸⁵ Jf. pkt. 2.2. hvor jeg anfører at kravet til adekvate, avskrekkende og proporsjonale rettsfølger gjelder uavhengig av om det finnes eksplisitte direktivbestemmelser. Synspunktet mitt støttes av forente saker C-397/98 og C-410/98, *Metallgesellschaft* premiss 94.

³⁸⁶ Premiss 84.

³⁸⁷ Om forskjellen, se ovenfor pkt. 1.1.

³⁸⁸ Graver 2002b s. 510.

³⁸⁹ Lødrup s. 336.

³⁹⁰ Premiss 26.

uttalte imidlertid i San Giorgio at **beviskravene** ikke måtte være så strenge at det ble umulig eller uforholdsmessig vanskelig å oppnå slik tilbakebetaling.³⁹¹

Disse sakene gjaldt tilbakebetaling av ulovlig innkrevde avgifter, og ikke det statlige erstatningsansvaret. Slike tilbakebetalingskrav har imidlertid klare likhetstrekk med erstatningskrav, og EF-domstolene har i stor grad behandlet de to rettsfølgene på samme måte. Jacobsen hevder at domstolens praksis kan gis analogisk anvendelse, all den tid

«det [ikke] synes (...) å foreligge noen avgjørende reelle hensyn for å forskjellsbehandle krav om tilbakebetaling for ulovlig innkrevd avgift og erstatningskrav. Selv om EF-domstolen ikke direkte har sagt at begge typer krav må ses under samme synsvinkel, er det rimelig klart at rettspraksis fra de senere år bygger på en slik forutsetning.»³⁹²

Et slikt synspunkt har mye for seg. Jeg kan ikke se at det finnes tungtveiende grunner for å sondre mellom de to rettsfølgene når det gjelder utmålingen.

I norsk rett er den alminnelige hovedregel at det mest sannsynlige må legges til grunn (overvektsprinsippet),³⁹³ og jeg kan ikke se noen grunn til å fravike hovedregelen i dette tilfellet. Et slikt beviskrav kan ikke sies å gjøre det umulig eller uforholdsmessig vanskelig for borgeren å oppnå erstatning, og effektivitetsprinsippet krav vil derfor være oppfylt.

Et beslektet spørsmål er om næringsdrivende plikter å søke å velte tapet over på forbrukerne, med andre ord om dette omfattes av **tapsbegrensningsplikten**. Hagstrøm uttaler at «en mulighet for å velte tapet over på egne kunder ved prisforhøyelse o.l., kan normalt ikke være relevant; noen begrensning av tapet kan dette knapt kalles.»³⁹⁴ Jeg slutter meg til Hagstrøm på dette punkt.

5.5 Dom for EØS-strid

5.5.1 Innledning

Borgeren vil først og fremst være interessert i å få dom for EØS-strid i de tilfellene han ikke kan få, eller ikke ønsker, dom for ugyldighet. Som eksempel kan nevnes der en søker er forbigått i en ansettelsesprosess. Hensynet til

³⁹¹ Premiss 14.

³⁹² Jacobsen s. 126.

³⁹³ Hov, Jo. *Rettergang I*. Oslo, 1999 s. 263.

³⁹⁴ Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003 s. 562. Riktignok gjelder uttalelsen erstatning i kontraktsforhold, men synspunktet vil ha tilsvarende gyldighet for deliktsansvaret.

tredjemann kan tilsi at vedtaket opprettholdes som gyldig, på tross av EØS-striden, jf. pkt. 5.3.2. og 5.3.3. Den forbigåtte søker vil regelmessig heller ikke være interessert i å få kjent ansettelsen ugyldig. Formålet med å få fastslått rettsstrid er å få den moralske oppreisning en slik dom vil innebære. Når en borger påberoper søker å få statuert EØS-strid ved domstolene bruker han rettigheten som skjold; han anfører at forvaltningen har krenket en immunitetsrettighet.

5.5.2 Rettslig interesse etter norsk rett

Et saksanlegg som utelukkende har som formål å få statuert krenkelse av EØS-avtalen er et fastsettelsessøksmål. Problemstillingen blir om saksøkeren har rettslig interesse i at det avsies dom med en slik domsslutning, jf. tvistemålsloven § 54.

Det jeg med en fellesbetegnelse har omtalt som rettslig interesse, består i realiteten av tre separate vilkår: krav til søksmålsgjenstand, søksmålsinteresse og sakstilknytning.³⁹⁵ De tre vilkårene glir imidlertid over i hverandre, og spørsmålet om hvorvidt saksøkeren har tilstrekkelig rettslig interesse beror derfor i realiteten på en helhetsvurdering.³⁹⁶

Søksmålsgjenstanden er etter tvistemålsloven § 54 et «rettsforhold eller rettighet».³⁹⁷ Utgangspunktet er at man må kreve dom for den **rettsvirkning** man ønsker å oppnå. Dette medfører at det kun i begrenset grad er adgang til å kreve dom for rettslige karakteristikk. Avgjørende for adgangen til slik dom er hvor definerte rettsvirkninger den rettslige karakteristikken har. Utgangspunktet er at det som det må kreves dom for **virkningene** av at det foreligger rettsstrid.³⁹⁸ Det er likevel en viss adgang til å få dom for at en handling er rettstridig eller ulovlig, ettersom en slik dom umiddelbart kan utløse visse rettsvirkninger, eksempelvis at forholdet må bringes til opphør.³⁹⁹

³⁹⁵ Det er verdt å merke seg at begrepsbruken varierer i teorien. Denne begrepsbruken er hentet fra Hovs fremstilling. Hov, Jo. **Rettergang III – Sivilprosess**. Oslo 2000 (heretter Hov 2000). Noen teoretikere, herunder Skoghøy, anvender begrepet rettslig interesse som en samlebetegnelse på søksmålsinteresse og sakstilknytning, og anser kravet til søksmålsgjenstand som et separat krav. Dette er imidlertid bare begrepsjurisprudens, og har ingen betydning for de rettslige konklusjoner.

³⁹⁶ Jf. eksempelvis Rt. 2001 s. 1505 på s. 1508.

³⁹⁷ Begrepet rettighet konsumeres imidlertid av det mer vidtfavnende begrepet rettsforhold, jf. Skoghøy s. 274.

³⁹⁸ Eksempelvis dom for erstatning.

³⁹⁹ Rt. 2002 s. 1710 (kjm.utv.) Jf. nærmere Skoghøy s. 282 flg.

5.5.3 Særlig om dom for EØS-strid

Beslektet med adgangen til å få dom for rettsstrid er spørsmålet om man kan få dom for at et enkeltvedtak er i strid med EØS-avtalen. Høyesterett har aldri tatt stilling til dette, men spørsmålet om fastsettelsesdom for menneskerettighetskrenkelses har vært oppe ved noen anledninger. I Kvinnefengselsaken fant Høyesterett at de påståtte menneskerettighetskrenkelsene ikke var selvstendige rettsforhold. Spørsmålet om brudd måtte imidlertid vurderes prejudisielt, eksempelvis i forbindelse med en erstatningssak. På bakgrunn av kjennelsen i Rt. 2003 s. 301 kan dette ikke lenger opprettholdes som gjeldende rett.

Barnevernet besluttet å iverksette undersøkelsessak mot en far med omsorg for sine to barn. Formålet med undersøkelsessaken var å avklare om det var grunnlag for tiltak etter barnevernloven.⁴⁰⁰ Faren gikk til sak mot kommunen, og hevdet at undersøkelsessaken manglet hjemmel. Tingretten og lagmannsretten fant at beslutningen om å igangsette undersøkelsessak var et ledd i saksforberedelsen, som ikke kunne gjøres til gjenstand for særskilt søksmål etter tvistemålsloven § 54. Saken ble anket inn for Høyesterett.

Høyesterett fant at kravene til rettslig interesse etter tradisjonell norsk prosessrett, jf. tvistemålsloven § 54, ikke var oppfylt, fordi det ikke var tale om noe rettsforhold og saksøkeren ikke lenger hadde en aktuell interesse i få saken pådømt. Domstolen fant imidlertid at søksmålet måtte fremmes **grunnet EMK artikkel 13**,⁴⁰¹ til tross for at søksmålet ikke ville ha noen rettslig betydning for saksøker.

EMK artikkel 13 gir klart uttrykk for at søksmålsadgangen etter nasjonal rett må oppfylle visse minimumskrav. I EØS-avtalen er det ingen klare bestemmelser som regulerer spørsmålet, og vurderingen må derfor baseres på mer prinsipielle vurderinger.⁴⁰²

Tvistemålsloven § 54 er vag og skjønnsmessig, og hva som er å anse som et rettsforhold etter denne bestemmelsen vil til en viss grad bero på om det er rimelig at fastsettelsessøksmål tillates.⁴⁰³ Ved tolkningen av bestemmelsen, vil domstolene måtte benytte presumsjonsprinsippet for å søke å nå en løsning som tilfredsstillende EØS-rettens krav. Det vil være mulig å tøye den norske regelen langt i et tilfelle som dette, ettersom det er tale om en regel som gir

⁴⁰⁰ Jf. lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven) § 4-3, 1. ledd.

⁴⁰¹ Bestemmelsen foreskriver at det skal foreligge en effektiv, nasjonal prøvingsrett for den som mener seg utsatt for en krenkelse av materielle bestemmelser i konvensjonen.

⁴⁰² Hauger s. 109.

⁴⁰³ **Kvinnefengselsaken** s. 1252.

borgerne rettigheter overfor det offentlige.⁴⁰⁴ Problemstillingen kommer på spissen dersom det er på det rene at vilkårene i tvistemålsloven § 54 etter en tradisjonell fortolkning ikke er oppfylt, men EØS-retten likevel krever søksmålsadgang.⁴⁰⁵

I Safalero uttalte EF-domstolen at prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse innebærer at borgerne må ha «available (...) a legal remedy which ensures respect for the rights conferred on him by Community Law».⁴⁰⁶ Rett til håndhevelse av subjektive rettigheter kan også utledes av prinsippet om adgang til domstolene, og søksmålskompetanse må derfor også anses å følge av Heylens-saken.

Temple Lang hevder at

«[a]rticle 10 [the effectiveness principle] may also require national courts to give declarations as to the rights of plaintiffs under Community law if that *is the only way, or the only effective way*, in which the rights can be safeguarded and upheld.»⁴⁰⁷

Dette er i tråd med det jeg har sagt i pkt. 2.6.4.3.: Effektivitetsprinsippet pålegger som utgangspunkt ikke medlemsstatene å tilby særlige rettsfølger, men påbyr at de rettsfølgene som **faktisk** tilbys er adekvate og avskrekkende. Dette innebærer at en borger ikke har krav på dom for EØS-strid i den grad han sikres effektiv rettsbeskyttelse gjennom **andre rettsfølger**. EØS-strid vil fremgå i premissene dersom borgeren anlegger et ugyldighetssøksmål. Videre kan EØS-strid fastsettes prejudisielt i et erstatningssøksmål. Som nevnt innledningsvis, er det ikke alltid borgeren har evne til eller ønske om å reise ugyldighetssøksmål. Et EØS-stridig vedtak trenger ikke nødvendigvis å ha medført økonomisk tap, og borgeren vil dermed være avskåret fra å gå til erstatningssøksmål. I de nevnte tilfeller vil borgerens eneste mulighet være å gå til sak for å få fastslått krenkelse.

Spørsmålet er om EØS-retten krever at borgeren **alltid** skal ha søksmålsadgang når hans EØS-rettigheter er krenket, eller om han må påvise et særlig **behov** for- eller **interesse** i å få fastsettelsesdom, eksempelvis å få gjenopprettet sitt omdømme. Som redegjort for i pkt. 2.6.4. gjelder prinsippet om **ubi ius ibi remedium** ikke absolutt. I Safalero uttalte EF-domstolen at

⁴⁰⁴ Jf. Finanger I, hvor Høyesterett uttalte at «[d]en norske rettsregel vil yte liten motstand hvis det er tale om konflikt med en folkerettslig forpliktelse som gir borgerne beskyttelse mot inngrep fra det offentlige, mens motstanden vil være større der en slik forpliktelse griper inn i private rettsforhold».

⁴⁰⁵ At man skal foreta en slik to-trinnsvurdering fremgår blant annet av Rt. 2003 s. 301.

⁴⁰⁶ Sak C-13/01, **Safalero**, premiss 56.

⁴⁰⁷ Temple Lang s. 1917 (min utheving).

«while it is, in principle, for national law to determine an individual's standing and legal interest in bringing proceedings, Community law nevertheless requires that the national legislation does not undermine the right to effective judicial protection»⁴⁰⁸

Effektivitetsprinsippet kommer bare inn og sensurerer nasjonale regler som ikke tilbyr borgerne en tilstrekkelig rettighetsbeskyttelse, og det er ikke åpenbart at prinsippet krever at borgeren gis søksmålskompetanse i fravær av et særlig behov eller interesse. Et sterkt argument som kan anføres for at borgeren må være søksmålsberettiget også i slike tilfeller, er hensynet til EØS-rettens gjennomslag: Dommen vil oppstille retningslinjer for den fremtidige rettsanvendelsen, og dermed bidra til å sikre overholdelsen av regelverket. Hensynet til borgernes rettsbeskyttelse og EØS-rettens gjennomslag må veies mot hensynet til medlemsstatenes prosessuelle autonomi. Reglene om rettslig interesse er fastsatt ut fra hensynet til ikke å belaste samfunnet og domstolene unødig, og dette må anses som et legitimt formål. En balansering av de motstående interesser vil trolig tilsi en viss utvidelse av søksmålsadgangen i forhold til det som gjelder etter rent norsk rett.

Allseas-kjennelsen⁴⁰⁹ viser at norske domstoler er forberedt på å gi EØS-retten gjennomslag, slik at den utvider søksmålsadgangen i forhold til det som følger av rent norsk rett. Høyesterett uttalte her at hvis «det følger av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen at saksøkerne har søksmålsadgang i en sak som dette (...) må søksmålet fremmes uavhengig av hva som følger av norske prosessregler, jf. EØS-loven § 1 og § 2.»⁴¹⁰

Allseas var et sveitsisk selskap som drev virksomhet på norsk kontinentalsokkel. De ansatte var alle EU-borgere. Selskapet ble pålagt å betale arbeidsgiveravgift for mannskapet på selskapets båter når de utførte arbeid på norsk sokkel, uavhengig av om lønnen var skattepliktig i Norge. Arbeidstakerne var imidlertid ikke dekket av reglene i folketrygdloven om yrkesskadeerstatning. Allseas og tre av selskapets ansatte tok ut stevning, og hevdet at det var i strid med EØS-avtalen artikkel 28 å pålegge arbeidsgiveravgift for arbeidstakerne, så lenge arbeidstakerne ikke fikk medlemskap i folketrygden. Etter skattebetalingsloven § 48 nr. 5⁴¹¹ kan bare den avgiftspliktige gå til søksmål for å prøve et avgiftsvedtak. Arbeidstakerne hadde derfor ikke den nødvendige sakstilknytning.

Høyesterett fant at saksøkerne ikke hadde rettslig interesse i å angripe vedtaket etter norsk rett, da de ikke hadde den fornødne tilknytning til sakens gjenstand. Høyesterett vurderte deretter om det følger av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen at saksøkerne har søksmålsadgang. Høyesterett viste til EF-rettens effektivitetsprinsipp, og anså prinsippet som

⁴⁰⁸ Premiss 50.

⁴⁰⁹ Rt. 2005 s. 597.

⁴¹⁰ Premiss 36.

⁴¹¹ Lov 21. november 1952 nr. 2 om betaling og innkreving av skatt.

en del av EØS-avtalen. Høyesterett presiserte at fellesskapsretten ikke krever at **alle** som påberoper seg traktatbrudd skal ha adgang til domstolene. Fellesskapsretten er ikke til hinder for at nasjonal prosessrett stiller krav om at saksøkeren må ha en nærmere bestemt tilknytning til saken. Reglene i skattebetalingsloven var derfor ikke i strid med EØS-avtalen.

I Rt. 2003 s. 301 foreskrev Høyesterett at domstolene, for å vurdere om saken skulle fremmes, må foreta en preliminær vurdering av sakens realitet, og avvise søksmålet dersom det er åpenbart grunnløst. Dette skyldes at EMD kan avvise søksmål som er «manifestly ill-founded», jf. EMK artikkel 35 nr. 3. Det finnes ingen tilsvarende bestemmelse i EØS-retten, og en slik preliminær vurdering er fremmed for norske domstoler.⁴¹² Det synes derfor vilkårlig å stille opp en tilsvarende regel for søksmål basert på EØS-retten. Borgerne vil derfor trolig ha en videre søksmålsadgang når det påstås brudd på EØS-avtalen enn når det påstås brudd på EMK.

Et særlig spørsmål er om **også** ekvivalensprinsippet kan ha betydning for søksmålsadgangen, nærmere bestemt om søksmål basert på krenkelser av menneskerettighetene må anses som «similar actions» som søksmål basert på krenkelser av EØS-rettighetene. For å undersøke om det dreier seg om sammenlignbare krav må vi undersøke deres formål og essensielle karakteristika. Hjelmeng uttaler at «[h]vis regelen som begrunner sanksjonen skal ivareta de samme eller lignende interesser som EF-regelen, tilsier dette som utgangspunkt at sanksjonen også må kunne benyttes for å ivareta de EF-spesifikke rettighetene.»⁴¹³ Det som springer en i øynene er at det i Rt. 2003 s. 301 var tale om en regel med folkerettslig opphav, og at også rettsfølgen hadde utspring i en folkerettslig regel.⁴¹⁴ Dette kan trekke i retning av at det ikke er tale om «similar actions **of a domestic nature**». Dette kan imidlertid ikke ubetinget være avgjørende, ettersom EMK artikkel 13 er en del av norsk rett.⁴¹⁵ Rettighetskategoriene det her er tale om, tar begge sikte på å gi borgerne vern mot- og rettigheter overfor det offentlige. Videre er borgerens formål med å få statuert krenkelse i begge tilfeller å få moralsk oppreisning. EØS-rettighetene er imidlertid av en annen art enn menneskerettighetene, og dette kan tale for at borgeren ikke har et like stort behov for fastsettelsesdom.

5.6 Dom for realitet

5.6.1 Innledning

Dersom retten finner at et vedtak er ugyldig, oppstår spørsmålet om retten, i tillegg til eller i stedet for å kjenne vedtaket ugyldig, har kompetanse til å gi

⁴¹² I norsk rett er saksøkerens **pretensjoner** om sakens realitet som avgjør om han har rettslig interesse, jf. Skoghøy s. 274.

⁴¹³ Hjelmeng 2003 s. 47.

⁴¹⁴ EMK artikkel 13.

⁴¹⁵ Jf. lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

dom for det underliggende materielle kravet. Det hender at domstolene *i domspremissene* legger føringer på forvaltningen med hensyn til den videre saksgangen og sakens utfall. Domstolenes kompetanse til å gi slik føringsdom vil ikke bli behandlet i det følgende. Problemstillingen her hvorvidt domstolene *selv*, i domskonklusjonen, kan avgjøre hva forvaltningsvedtaket skal gå ut på. Dette blir regelmessig formulert som et spørsmål om domstolene kan avsi *dom for realitet*.⁴¹⁶

Dom for realitet vil først og fremst være i borgerens interesse i de tilfeller han har fått avslag på en søknad om en rettighet han hevder å ha krav på etter EØS-avtalen, eller fått avslag på en søknad om en rettighet han hevder at ville blitt tilkjent hvis forvaltningen ikke hadde lagt vekt på EØS-stridige hensyn. I de tilfellene det dreier seg om et tyngende forvaltningsvedtak, er borgerens interesse som regel ivaretatt ved å få statuert ugyldighet, slik at den tidligere rettstilstanden blir gjenopprettet.

Når borgeren krever dom for realitet, bruker han EØS-rettigheten som sverd.

Når forvaltningen har fattet et tyngende vedtak, kan borgeren ønske å få fastslått at et forbud eller påbud med det relevante innhold ikke kan gis.⁴¹⁷ Hvorvidt dette kalles dom for realitet er en smakssak. I det følgende forbeholder jeg imidlertid begrepet for tilfeller der domstolen pålegger forvaltningen å treffe et nytt vedtak med et bestemt innhold.

5.6.2 Adgangen til å få dom for realitet etter norsk rett

Når en tar stilling til om domstolene kan gi dom for realitet, er det nødvendig å sondre mellom lovbundne og diskresjonære vedtak. Lovbundne vedtak kjennetegnes ved at rettsregelen i prinsippet bare åpner for ett lovlig resultat, og at domstolene har full kompetanse til å prøve om forvaltningens vedtak er i samsvar med dette resultatet. Diskresjonære vedtak kjennetegnes ved at rettsregelen åpner for flere lovlige resultater, og at domstolene ikke kan overprøve forvaltningens skjønn med hensyn til valg av resultat.⁴¹⁸

Overprøvlingslæren er domstolsskapt, og domstolenes kompetanse til å avsi realitetsdom må derfor fastlegges ut fra en tolkning av rettspraksis. Høyesterett

⁴¹⁶ Det kan diskuteres hvorvidt dette er en hensiktsmessig betegnelse. Domstolen treffer ikke selv forvaltningsvedtaket, men fastsetter nytt innhold gjennom å gi pålegg til forvaltningen, jf. Boe, Erik. *Subsumpsjonsdom – Domstolenes kompetanse til å bestemme utfallet av en rettsvist når forvaltningen har truffet et ugyldig forvaltningsvedtak*. Lov og rett 2002 s. 259 flg. (heretter Boe 2002) på s. 261.

⁴¹⁷ Problemstillingen reiser særlige spørsmål om rettslig interesse. Det er uenighet i teorien om man kan få dom for om et bestemt kompetanseforhold foreligger eller ikke, jf. nærmere Skoghøy s. 277.

⁴¹⁸ Nærmere om sontringen i pkt. 4.1.3.

tok stilling til spørsmålet om realitetsdom ved lovbundne vedtak i Rt. 2001 s. 995. Spørsmålet var om domstolen hadde kompetanse til å gi dom for at en person hadde krav på 100 % uførepensjon. Høyesterett uttalte i den forbindelse at:

«Etter min mening er det ikke grunnlag i tradisjonell norsk rett for en generell regel om at domstolene ved lovbundne forvaltningsvedtak kan gi dom for realiteten. Jeg vil ikke utelukke at domstolene bør ha adgang til å gi realitetsdom i særlige tilfeller, for eksempel der noe annet vil være unødig formalisme eller hvis et forvaltningsorgan mot formodning ikke innretter seg lojalt etter en domsavgjørelse. Men den klare hovedregelen er den motsatte: domstolenes kontroll med forvaltningen er innskrenket til en legalitetskontroll. Dom på positivt vedtak krever særskilt hjemmel, jf. tvistemålsloven § 482 og skattebetalingsloven § 48 nr. 6.»⁴¹⁹

For å fastlegge kjennelsens rekkevidde, er det av vesentlig betydning å bringe på det rene hva som ligger i uttrykket «lovbundne vedtak». Problemstillingen er om uttrykket omfatter tilfeller der domstolene er avskåret fra å prøve forvaltningens rettsanvendelse.

Hvis «lovbundne vedtak» antas å omfatte også tilfeller der domstolen er avskåret fra å overprøve forvaltningens rettsanvendelse, er Høyesteretts uttalelse – om at det ikke eksisterer noen generell kompetanse til å gi dom for realitet – ukontroversiell: Domstolen kan jo ikke gi dom for realitet når den ikke kan sette til side forvaltningens konkrete rettsanvendelse.⁴²⁰ Ved å anlegge en slik tolkning sier ikke uttalelsen noe om hva som er tilfellet der rettsanvendelsen **kan** overprøves fullt ut, slik at det ikke finnes noe element av fritt skjønn, verken hva angår rettsanvendelse eller utfall. Det kunne derfor hevdes at det i **slike** tilfeller gjelder en generell regel om adgang til å gi dom for realitet.

Jeg tolker kjennelsen slik at Høyesterett anså seg fullt ut kompetent til å overprøve forvaltningens rettsanvendelse. Høyesterett ga uttrykk for at det var tale om et «forvaltningsvedtak som er helt ut lovbundet, selv om rettsanvendelsen vil være basert på skjønn.»⁴²¹ Det er videre et alminnelig prinsipp i forvaltningsretten at domstolene har fullstendig kontroll med forvaltningens rettsanvendelse, og det er unntak fra denne hovedregelen som må begrunnes.⁴²² Dersom Høyesterett var av den oppfatning at det dreide seg

⁴¹⁹ S. 1003.

⁴²⁰ Boe 2002 s. 276.

⁴²¹ S. 999.

⁴²² I Rt. 2005 s. 117 kom Høyesterett til at domstolen hadde kompetanse til å prøve forvaltningens skjønn, på tross av lovens ordlyd og forarbeider klart indikerte det

om en rettsanvendelse de ikke fullt ut kunne overprøve, og at de *av den grunn* fant at de manglet kompetanse til å avsi dom for realitet, hadde domstolen foranledning til å si dette uttrykkelig. Høyesterett uttaler riktignok at det dreier seg om «den type faglige skjønn under rettsanvendelsen der domstolene bør begrense seg til sin vanlige rolle»⁴²³, men denne uttalelsen kan ikke tas til inntekt for begrenset domstolsprøvelse. Domstolenes «vanlige rolle» er å fastslå hvorvidt forvaltningen har foretatt en riktig tolkning av og subsumpsjon under rettsregelen. Det mest nærliggende tolkningsalternativet er derfor at Høyesterett i Rt. 2001 s. 995 anså at det dreide seg om et vedtak som fullt ut var underlagt domstolskontroll. Jeg antar derfor at Høyesterett med «lovbundne vedtak» siktet til vedtak uten noe element av fritt skjønn, verken hva angår rettsanvendelse eller resultat.⁴²⁴

Boe argumenterer for at det kan være tale om et vedtak som inneholder vurderinger «med så sterke faginnslag at domstolskontrollen kanskje blir begrenset.»⁴²⁵ Han anfører at det i så fall ikke var betenkelig at Høyesterett anså seg avskåret fra å gi dom for realiteten. Ved å anlegge Boes fortolkning av kjennelsen, gis den en snever rekkevidde. Jeg mener imidlertid at Boes syn har svak forankring i kjennelsen.

Høyesterett uttalte seg om adgangen til å avsi dom for realitet ved lovbundne vedtak i sin alminnelighet. Hovedregelen er her at domstolenes kontroll med forvaltningen er innskrenket til en legalitetskontroll, og at dom på positivt vedtak krever særskilt hjemmel. Høyesterett utelukket ikke at domstolene burde ha adgang til å gi realitetsdom i «særlige tilfeller», for eksempel «der noe annet vil være unødig formalisme» eller hvis et forvaltningsorgan «ikke innretter seg lojalt etter en domsavgjørelse». Problemstillingen blir da hvor vidt unntaket skal fortolkes, og dermed hvor vidt adgang domstolene har til å gi dom for realitet.

Jeg vil anta at det hører med til sjeldenhetene at et forvaltningsorgan unnlater å innrette seg lojalt etter en avgjørelse fra en domstol. Det sistnevnte

motsatte. Graver hevder at «Høyesterett anvender (...) et prinsipp om rett til domstolsprøving av forvaltningsvedtak, og gir det en normativ kraft av en slik art at det går foran lovgivning, med mindre det er en tydelig og overbevisende lovgiver argumentasjon for å gjøre unntak fra det.», jf. Graver 2006.

⁴²³ S. 2004.

⁴²⁴ Også Svensen mener det var tale om rettslige vurderinger Høyesterett anså seg fullt ut kompetent til å overprøve, jf. Svensen, Thomas K. *Rt. 2001 s. 995 – domstolens kompetanse til å gi dom for realitet*. I: Lov og rett 2003 s. 94 flg. (heretter Svensen) på s. 98.

⁴²⁵ Boe 2002 side 277.

unntaket vil derfor ha liten betydning i praksis. Av større betydning er adgangen til å gi realitetsdom dersom annet ville være «unødig formalisme».

Det er nærliggende å tro at Høyesterett tok dette forbeholdet for ikke å sperre for at domstolene kunne gi dom for realitet i helt spesielle tilfeller; det er vanskelig å overskue alle situasjoner som kan oppstå i fremtiden. Også Svensen argumenterer for at unntaket må ha svært begrenset rekkevidde. Han mener at unntaket ikke omfatter alle tilfelle der det ikke er rom for subsumpsjonsskjønn, eller denne skjønnsutøvelsen er ukomplisert.⁴²⁶ Jeg slutter meg til dette. Den praktiske hovedregelen synes klar: Domstolene har ikke kompetanse til å gi dom for realitet, selv om vedtaket er fullt ut lovbundet.

Rt. 2001 s. 995 omhandlet kun lovbundne avgjørelser. Det finnes ingen høyesterettsdom som tar stilling til adgangen til å avsi realitetsdom ved diskresjonære vedtak. Det er imidlertid sikkert at adgangen ikke kan være **videre** enn ved lovbundne vedtak.

Boe tar til orde for en adgang til å avsi realitetsdom der kun ett utfall av skjønnsutøvelsen er rettslig mulig.⁴²⁷ Dette må imidlertid sees i sammenheng med Boes konklusjoner om dommens rekkevidde, og stemmer derfor dårlig med de konklusjoner jeg trakk ovenfor: Ved lovbundne vedtak har domstolen bare en meget snever adgang til å gi realitetsdom, selv der det ikke er rom for subsumpsjonsskjønn. Da kan domstolene **enn mindre** ha en slik ubetinget kompetanse ved diskresjonære vedtak.

I Mortvedt-dommen⁴²⁸ kjente riktignok Høyesterett et avslag på søknad om drosjeløyve ugyldig, og påla forvaltningen å innvilge søknadene. Søknadene hadde blitt avslått utelukkende fordi søkerne hadde vært passive NS-medlemmer under krigen. Det er imidlertid tale om en svært gammel avgjørelse, og den har ikke blitt fulgt opp i senere rettspraksis.

Jeg vil ikke utelukke at det i særlige tilfeller vil kunne komme på tale å avsi realitetsdom, også ved diskresjonære vedtak. Det må antas at unntakene oppstilt i Rt. 2001 s. 995 også kan komme til anvendelse ved diskresjonære vedtak: Domstolene kan avsi realitetsdom i de særlige tilfeller der «annet vil være unødig formalisme» eller der et forvaltningsorgan «ikke innretter seg lojalt etter en domsavgjørelse».

5.6.3 EØS-rettens påvirkning på adgangen til å få dom for realitet

Problemstillingen i det følgende er hvorvidt effektivitetsprinsippet kan påvirke vurderingen etter tradisjonell norsk rett. Det finnes ingen avgjørelser fra EF-

⁴²⁶ Svensen s. 97.

⁴²⁷ Boe 2002 s. 286 flg.

⁴²⁸ Rt. 1951 s. 19.

domstolen som fastslår at fellesskapsretten forplikter nasjonale domstoler til å kunne avsi realitetsdom.

Det må være klart at EØS-retten ikke forplikter nasjonale domstoler til å avsi dom for realitet der forvaltningen har diskresjonær kompetanse:

«[F]or positive application, i.e. for a fully-fledged alternative, the national court will need «more» and another type of guidance from the provisions at issue than when it is asked to proceed to the review of legality. In the former situation, discretion will block the application. The court cannot make the choice, which is up to the (...) executive»⁴²⁹

Dette samsvarer med det jeg har konstatert innledningsvis: Det er først og fremst der borgeren har et **krav** i medhold av EØS-retten at spørsmålet om realitetsdom kommer opp. De EØS-bestemmelser som gir forvaltningen diskresjonær kompetanse, kan ikke danne grunnlag for krav for borgerne.

Også i de få tilfellene forvaltningens rettsanvendelse er unndratt domstolsprøvelse, vil adgangen til å få realitetsdom være avskåret. Dette må sies å følge av en «fra det mer til det mindre»-betraktning; når domstolene ikke kan overprøve forvaltningens rettsanvendelse eller vurderinger, kan de **enn mindre** selv avgjøre hva vedtaket skal gå ut på. EF-domstolen krever i utgangspunktet ikke at nasjonale domstoler skal kunne overprøve forvaltningens rettsanvendelsesskjønn der en slik kompetanse ikke følger av nasjonal rett, jf. Upjohn.

Upjohn angrep en avgjørelse fra engelske lisensmyndigheter om å oppheve en tillatelse til å selge et legemiddel brukt til å kurere søvnløshet. Etter engelsk rett hadde domstolene ikke kompetanse til å overprøve forvaltningsorganets vurdering av faktum, eller å ta i betraktning vitenskapelig informasjon som hadde kommet til kjenne etter at vedtaket var fattet. EF-domstolen fant at artikkel 12 i direktiv 65/65/EØF krevde at medlemsstatene måtte sikre at det var mulig å angripe slike avgjørelser, men at medlemsstatene kunne fastsette reglene for rettslig overprøving, forutsatt at effektivitets- og ekvivalensprinsippet ble ivaretatt. Domstolen fant at effektivitetsprinsippet kunne ivaretas på andre måter enn ved å la domstolene foreta en fullstendig overprøving av faktum og vitenskapelig bevis. EF-domstolen trakk veksler på fellesskapsdomstolenes kompetanse:

«[W]here a Community authority is called upon, in the performance of its duties, to make complex assessments, it enjoys a wide measure of discretion, the exercise of which is subject to a limited judicial review in the course of which the Community judicature may not substitute its assessment of the facts of the assessment made by the authority concerned. Thus, in such cases, the Community judicature must restrict itself to examining the accuracy of the findings of fact and law made by the authority concerned and to verifying, in particular, that the action taken by that authority is not vitiated by a manifest error or misuse of powers and

⁴²⁹ Prechal 2000 s. 1062.

that it did not clearly exceed the bounds of its discretion. (...) Consequently, Community law does not require the Member States to establish a procedure for judicial review of national decisions (...) [which implies] a more extensive review than that carried out by the Court in similar cases.»⁴³⁰

EF-domstolens kompetanse er relevant ved fastleggelsen av effektivitetsprinsippets krav til nasjonal rett. EF-domstolen har bare kompetanse til å avsi dom for ugyldighet, og ikke det underliggende materielle krav. Førsteinstansretten uttalte i ENS mfl. mot Kommisjonen:

«It is settled case-law that the Community judicature is not entitled, when exercising judicial review of legality, to issue directions to the institutions or to assume the role assigned to them; rather, it is for the administration concerned to adopt the necessary measures to implement a judgment given in proceedings for annulment »⁴³¹

Ward hevder at

«the drawback inherent in restricting the Community judicature to declaring that an EC measure is void, and the absence of authority to issue a more particularized order to correct wrongdoings found to exist, has meant that even parties who bring a successful nullity action are left with an inadequate remedy. This contrasts markedly with the firm instance by the Court of Justice (...) that Member State courts supply an effective, non-discriminatory remedy to enforce individual rights arising from Community law.»⁴³²

Etter Wards syn er kompetanse til å fastlegge rettsaktens nærmere innhold nødvendig for at borgeren skal kunne sies å ha fått en effektivt rettsfølge. Hun synes altså å mene at fellesskapsretten krever at nasjonale domstoler har en slik kompetanse, og at det derfor er uoverensstemmelse mellom fellesskapsrettens krav til egne og nasjonale organer.

Det er kanskje mulig å vri Wards argument: EF-domstolens manglende kompetanse til å avsi dom for realitet kan være et argument som trekker i retning av at effektivitetsprinsippet ikke krever at nasjonale domstoler skal ha en slik kompetanse. Dette synes å være Fengers oppfatning.⁴³³ Også EF-domstolens argumentasjon i *Upjohn*, om at «Community law does not require the Member States to establish a procedure for judicial review (...) [which implies] a more extensive review than that carried out by the Court in similar cases», kan tas til inntekt for en slik løsning. Når Domstolen setter likhetstegn mellom nasjonale domstoler og fellesskapsdomstolen i denne henseende, er

⁴³⁰ *Upjohn* premiss 34 og 35.

⁴³¹ Forente saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, *European Night Services Ltd. mfl. mot Kommisjonen*, premiss 53.

⁴³² Ward 2000 s. 205.

⁴³³ Fenger s. 93 i fotnote 92.

formodningen at de også vil sette likhetstegn hva angår kompetansen til å avsi realitetsdom. Begge problemstillingene går til kjernen av spørsmålet om maktfordelingen mellom den utøvende og dømmende myndighet.

Adgangen til å få dom for realitet er etter norsk rett meget begrenset, jf. ovenfor pkt. 5.6.2. Alternativet til realitetsdom, er å utelukkende få statuert ugyldighet. Det kan derfor ikke sies at manglende adgang til realitetsdom gjør det «umulig eller uforholdsmessig vanskelig» å håndheve rettighetene etter EØS-avtalen, idet håndhevelse finner sted gjennom ugyldighets søksmålet. Spørsmålet er derfor om ugyldighetsdom utgjør en adekvat og avskrekkende rettsfølge.

For å besvare adekvansspørsmålet, er det påkrevd å redegjøre for betenkelighetene ved kun å statuere ugyldighet. Her vil norske teoretikers synspunkter vedrørende spørsmålet om realitetsdom i norsk rett ha betydning. Det er verdt å ha i bakhodet at det ikke er et spørsmål **om** borgeren kan påberope EØS-retten som sverd, bare om han kan gjøre dette for **domstolene**. Adgangen til å avsi dom for realitet er et altså spørsmål om **hvem** som er personelt kompetent til å fatte beslutninger som vedrører borgernes rettsstilling, ikke et spørsmål om innholdet i avgjørelsene. Det er ikke gitt at borgernes rettigheter vil få større gjennomslag dersom domstolene har det endelige ord i saken.

Når domstolene statuerer ugyldighet faller vedtaket bort, og det er opp til forvaltningen hva som skal skje i neste runde. I visse tilfeller vil forvaltningen fatte et nytt vedtak. På tross av at det er tale om lovbunden kompetanse, er det ikke gitt hva som vil bli utfallet av en ny behandling, idet lovgivningen inneholder mange skjønnspregete ord og uttrykk. Og selv om det dreier seg om et lovbundet vedtak, og forvaltningen har utøvet sitt skjønn i strid med EØS-retten, kan resultatet altså bli at det fattes et vedtak med tilsvarende innhold, bare med en annen begrunnelse. Dette skaper en usikkerhet for borgerne.

Boe hevder det kan være farlig utelukkende å gi domstolen kompetanse til å oppheve vedtaket.⁴³⁴ Han hevder at når retten innskrenker seg til å hjemvise saken, risikerer en at forvaltningen treffer et nytt vedtak som fortsatt kan være uhjemlet, og de færreste vil orke å reise et nytt søksmål i slike tilfelle. Han anfører at dette kan resultere i at omtvistede rettsspørsmål blir avgjort av et utøvende organ istedenfor av en uavhengig domstol, og at dette innebærer et vesentlig skår i rettssikkerheten. Frihagen hevder at dersom vedtaket bygger på

⁴³⁴ Boe 2002 s. 266.

utenforliggende hensyn, kan det være nærliggende at saken ikke vil bli undergitt en rettførdig og uhildet bedømmelse når den behandles på ny.⁴³⁵

Aall hevder at

«[f]or rettighetshaveren – individet – dreier valget mellom opphevelse og realitetsdom seg ikke om et valg mellom likeverdige, eller mer eller mindre hensiktsmessige alternativer. For individet er det av fundamental betydning å kunne kreve de rettigheter lovgiveren har garantert ham håndhevet i sisten instans ved uavhengige domstoler, ikke av det som har blitt hans motpart (...)»⁴³⁶

Frykten uttrykt av Boe, Frihagen og Aall synes ikke belagt med annet enn antagelser. Jeg velger å legge til grunn at forvaltningen er lojal overfor rettssystemet.

En ny runde i forvaltningen vil imidlertid være tidkrevende. Det vil være svært tidsbesparende om domstolen dikterte vedtakets innhold, og bare overlot det formelle beslutningen til forvaltningen. En ny runde i forvaltningen vil medføre en forsinkelse som overskrider den tilleggstiden som vil gå med ved en grundigere saksbehandling for domstolene.⁴³⁷ Dette kan imidlertid ikke være noe avgjørende argument. Domstolene har kompetanse til å legge føringer på forvaltningen i domspremissene. Jo lenger domstolene går i denne retning, jo sterkere bundet- og presumtivt raskere vil forvaltningens saksbehandling bli.

Vi har sett at en rekke hensyn kan tilsi at borgernes rettsbeskyttelse blir mer effektiv dersom domstolen har kompetanse til å fatte realitetsavgjørelse: faren for nok et uhjemlet vedtak, muligheten for uhildet myndighetsutøvelse, og forsinkelser i avgjørelsesprosessen. Fellesskapsretten krever imidlertid ikke at nasjonal rett må tilby den **mest effektive** rettsfølgen. Effektivitetsprinsippets krav må fastlegges med tilbørlig hensyn til medlemsstatenes prosessuelle autonomi. I de aller fleste tilfellene vil en ugyldighetsdom tilfredsstille effektivitetsprinsippets krav, og utgjøre en adekvat rettsfølge. Ugyldighet må videre antas å ha en avskrekkende effekt på forvaltningen. Det er nærliggende at vissheten om at domstolene kan statuere ugyldighet gjør at forvaltningen streber etter å fatte avgjørelser i overensstemmelse med EØS-retten. Det er ikke grunnlag for å hevde at en adgang til å fatte realitetsavgjørelse ville være mer avskrekkende.

⁴³⁵ Frihagen 1992 s. 214.

⁴³⁶ Aall, Jørgen. *Avgjørelse av lovbundne rettigheter ved domstolene – særlig om uførepensjon i lys av Rt. 2001 s. 995*. I: Festskrift til Nils Nygaard 2002: Nybrott og odling s. 651 flg. (heretter Aall) s. 655.

⁴³⁷ Aall s. 656.

Hvorvidt ugyldighet kan anses som en adekvat rettsfølge må, som nevnt, vurderes konkret for hvert enkelt tilfelle. I de tilfellene forvaltningen ikke lojalt følger opp domstolens konklusjon, vil ugyldighetsrettsfølgen ikke være tilstrekkelig for å sikre borgernes rettsbeskyttelse. Det kan tenkes tilfeller der det er særlig stor fare for nok et uhjemlet vedtak, eller der faren for uhildet myndighetsutøvelse er særlig fremtredende. Slike tilfeller vil kunne falle inn under unntaksadgangen oppstilt i Rt. 2001 s. 995 om at realitetsdom kan avsies der «et forvaltningsorgan mot formodning ikke innretter seg lojalt etter en domsavgjørelse». Betrakningen er her at antesipert illojalitet omfattes av unntaket.

Også i de tilfellene borgeren har et særlig behov for hurtig avgjørelse, kan det hevdes at dom for ugyldighet ikke utgjør noen adekvat rettsfølge.⁴³⁸ I slike særlige tilfeller, der ugyldighet ikke må anses å utgjøre en adekvat rettsfølge, kan effektivitetsprinsippet muligens innebære at domstolen plikter å avsi realitetsdom i større utstrekning enn det som følger av norsk rett.

Bakgrunnen for at domstolenes kompetanse begrenses til å statuere ugyldighet er makt- og funksjonsfordelingen mellom den utøvende og dømmende myndighet. Hensynet til maktfordelingen er utvilsomt et hensyn som anerkjennes i fellesskaps- og EØS-retten, og dette kan trekke i retning av at de nasjonale regler må aksepteres. Vi ser imidlertid eksempler på at EF-domstolen har foretatt forholdsvis drastiske inngrep i den nasjonale maktfordelingen. I *Factortame* bestemte EF-domstolen at engelske domstoler måtte tilby midlertidig forføyning mot staten, der dette var den eneste måten å beskytte borgernes fellesskapsrettigheter, selv om en slik rettsfølge ikke var tilgjengelig etter engelsk rett. Regelen som ble tilsidesatt var en del av doktrinen som nektet domstolene å gi pålegg til forvaltningen. Caranta hevder at «[t]he decision by the Court goes to show that judicial protection of individuals is a more important principle than separation of powers as was conceived for almost two centuries.»⁴³⁹ Det er ikke tvilsomt at hensynet til maktfordelingen vil veie tungt i balansetesten, men det vil ikke uten videre være utslagsgivende.

⁴³⁸ Jeg minner imidlertid om forvaltningsloven § 11 a, som krever at «[f]orvaltningsorganet skal forberede og avgjøre saken uten ugrunnet opphold», og EMK artikkel 6 som foreskriver at endelig avgjørelse skal foreligge innen rimelig tid.

⁴³⁹ Caranta s. 709.

6 Avslutning

Fremstillingen har vist at EØS-retten til tider griper dypt inn i norsk prosessrett og norske rettsfølger, og gir borgerne en bedre materiell rettsbeskyttelse enn det som følger av rent norske regler. Ved å anse EØS-rettens effektivitetsprinsipp som sammenfallende med fellesskapsrettens prinsipp, innfører EFTA-statene en rikholdig rettspraksis på dette området. Det vil være en krevende oppgave å sette seg inn i alle de krav EØS-retten stiller til nasjonal rett. Det kan også være vanskelig å slå fast hvilke krav EØS-retten stiller, all den stund EF-domstolens rettspraksis er rik på prinsipper, men fattig på konkrete regler. Videre bør vi ikke ukritisk adoptere EF-domstolens rettspraksis, men ha i bakhodet at EØS-avtalen er «a distinct legal order of its own»,⁴⁴⁰ og ikke har den samme institusjonelle form som EU-samarbeidet.

Høyesterett har vist en åpen holdning, og forberedt seg på å legge til grunn lempeligere prosessuelle regler og utvide rettsfølgepaletten for å imøtegå EØS-rettens krav, jf. *Allseas og Finanger II*. Vi er likevel på et tidlig stadium, og det er vanskelig å forutse hvor langt Høyesterett vil la fellesskapsrettens effektivitetsprinsipp få konkrete utslag i norsk rett. Flertallets generelle uttalelse i *Finanger II* om at effektivitetshensyn må ha samme rekkevidde i EØS som i EU, kan indikere at de er forberedt på å gå langt i retning av å sikre borgerne en effektiv beskyttelse av deres EØS-rettigheter.

Det gjenstår å se om EØS-retten vil få en smitteeffekt på rent norsk rett. Mye taler for at når Høyesterett har gitt borgerne en videre rettighetsbeskyttelse på EØS-rettens område, kan disse garantiene få en «spillover-effekt», og smitte over til søksmål basert på rent norsk rett.⁴⁴¹ Noe annet vil være en anerkjennelse av at norske regler ikke tilbyr borgerne en effektiv rettsbeskyttelse. Vi har ikke sett eksempler på at dette har skjedd til nå, men jeg minner om at det er tale om en relativt fersk rettsutvikling. Et moment som kan tale for at Høyesterett vil være forsiktig i så måte, er hensynet til myndighetenes handlefrihet. En styrket rettsbeskyttelse vil samtidig innebære

⁴⁴⁰ *Sveinbjörnsdóttir* premiss 59.

⁴⁴¹ Jf. diskusjonen om det gjelder et alminnelig krav til forholdsmessighet ved forvaltningens enkeltvedtak, jf. blant annet Graver, Hans Petter, *Forholdsmessighet som krav til forvaltningens skjønsmessige avgjørelser*. I: Lov og rett 1995 s 279 flg. og Eckhoff/Smith s. 367.

et strengere ansvar for nasjonale myndigheter, og en slik rettsutvikling vil derfor ikke være ubetinget positiv.

Kildeliste

Litteratur

Accetto, Metej. *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*. Metej Accetto og Stefan Zleptnig. European Public Law 2005 s. 375 flg.

Anagnostaras, Georgios. *The allocation of responsibility in State liability actions for breach of Community law: a modern gordian knot?* E.L.Rev. 2001 s. 130 flg.

Andersson, Torbjörn. *Rättsskyddsprincipen*. Lund, 1997

Andersson, Torbjörn. *Remedies for the breach of EC Law before Swedish Courts*. I: Remedies for breach of EC Law. Redigert av Andrea Biondi og Julian Lonbay. Sussex, 1997

Arnesen, Finn. *Statlig styring og EØS-rettslige skranker*. Oslo, 1996

Arnesen, Finn. *Om statens erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*. Tidsskrift for rettsvitenskap 1997 s. 634 flg.

Arnesen, Finn. *Statens erstatningsansvar ved lovgivning i strid med EØS-avtalen*. Tidsskrift for Erstatningsrett 2005 s. 169 flg.

Backer, Inge Lorange. *Innføring i naturressurs- og miljørett*. 4. utgave. Oslo, 2002.

Bernt, Jan Fridthjof. *Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn – Et bidrag til læren om forvaltningens diskresjonære kompetanse*. Tidsskrift for rettsvitenskap 1978 s. 241 flg.

Bernt, Jan Fridthjof. *Hvorvidt det er hensiktsmessig å sammenfatte rettsvirkninger av feil i forvaltningsvedtak ved hjelp av ugyldighetsbegrepet?* Tidsskrift for rettsvitenskap 1981 s. 104 flg.

Boe, Erik. ***Ulovlige hensyn i forvaltningsretten***. Tidsskrift for rettsvitenskap 1978 s. 349 flg.

Boe, Erik. ***Subsumpsjonsdom – Domstolenes kompetanse til å bestemme utfallet av en rettsvist når forvaltningen har truffet et ugyldig forvaltningsvedtak***. Lov og rett 2002 s. 259 flg.

Borgli, Anneke Biesheuvel. ***Institusjoner og rettskildelære i EF og EØS – en introduksjon***. Av Anneke Biesheuvel Borgli og Finn Arnesen. Oslo, 1993.

Brenninkmeijer, A.F.M. ***The Influence of Court of Justice Case Law on the Procedural Law of the Member States***. I: Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in the Netherlands. Deventer, 1994

Caranta, Roberto. ***Judicial Protection against Member States: A new Jus Commune takes shape***. CML Rev 1995 s. 703 flg.

Cassese, Antonio. ***International Law***. 2. utgave. New York, 2005

Craig, Paul. ***EU Law***. Av Paul Craig og Gráinne de Burca. 3. utgave, Oxford, 2003.

De Burca, Gráinne. ***National Procedural Rules and Remedies: The Changing Approach of the Court of Justice***. I: Remedies for Breach of EC Law. Redigert av Andrea Biondi og Julian Lonbay. Sussex, 1997

Delicostopoulos, John S. ***Towards European Procedural Primacy in National Legal systems***. European Law Journal 2003 s. 599 flg.

Dougan, Michael. ***National Remedies before the Court of Justice***. Oxford, 2004

Dworkin, Ronald. ***Taking rights seriously***. 6. utgave. Bath, 1991

Dyrberg, Peter. ***EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis i 2000 og 2001***. Av Peter Dyrberg, Per Andreas Bjørgan og Niels Fenger. Lov og rett 2002 s. 531

Dyrberg, Peter. ***EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis i 2002***. Av Peter Dyrberg, Per Andreas Bjørgan og Niels Fenger. Lov og rett 2003 s. 3

Dyrberg, Peter. *EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis i 2003 og 2004*. Av Peter Dyrberg, Per Andreas Bjørgan og Niels Fenger. Lov og rett 2005 s. 423

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utgave ved Jan Helgesen. Oslo, 2000

Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*. 7. utgave ved Eivind Smith. Oslo, 2003

Eger Mollestad, Anne Stine. *Hvem nyter erstatningsrettslig vern etter norsk rett?* Lov og rett 2001 s. 490 flg.

Eilmansberger, Thomas. *The relationship between rights and remedies in EC law: In search of the missing link*. CML Rev. 2004 s. 1199 flg.

Eng, Svein. *Begrepene «kompetanse» og «gyldighet» i juridisk argumentasjon*. Tidsskrift for rettsvitenskap 1990 s 625 flg.

Eng, Svein. *Får prejudikatslæren anvendelse på domsargumenter vedrørende rettskildelæren?* Tidsskrift for rettsvitenskap 1997 s. 21 flg.

Eng, Svein. *U/enighetsanalyse*. Oslo, 1998

Eng, Svein. *Rettsfilosofi*. Foreløpig utgave. Oslo, 2005

Eyjólfsson, Martin. *EFTA Court*. CML Rev. 2000 s. 191 flg.

Fenger, Nils. *Forvaltning & fællesskab*. København, 2004

Fleischer, Carl August. *«Rettighet» kontra «interesse» i norsk rett og rettsutvikling*. Tidsskrift for rettsvitenskap 1987 s. 244 flg.

Frihagen, Arvid. *Villfarelse og ugyldighet*. Oslo, 1966

Frihagen, Arvid. *Forvaltningsrett III*. 4. utgave. Bergen, 1992.

Graver, Hans Petter. *Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler*. Finn Arnesen og Hans Petter Graver. Oslo, 2000

Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*. 2. utgave. Oslo, 2002

Graver, Hans Petter. *Forvaltningsrett i markedsstaten*. Bergen, 2002

Graver, Hans Petter. *EØS, suverenitet og statens ansvar for manglende gjennomføring – kommentarer til Høyesteretts dom i Finanger II*. Nytt i privatretten nr. 4 2005 s. 1 flg.

Graver, Hans Petter. *Community Law, Judicial Activism and Liquid Rules – an EEA Perspective*. Manus til foredrag 17. September 2005 s. 7

Graver, Hans Petter. *Domstolene og EØS*. Lov og rett 2005 s. 577

Graver, Hans Petter. *Effects of EFTA Court Jurisprudence on Legal Orders of EFTA States*. I: The EFTA Court Ten Years On. Redigert av Carl Baudenbacher, Per Tresselt og Thorgeir Örlygsson. Oregon, 2005

Graver, Hans Petter. *I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper*. Oslo, 2006 (ennå ikke publisert)

Hagstrøm, Viggo. *Offentligrettslig erstatningsansvar*. Oslo, 1987

Hagstrøm, Viggo. *Ugyldighet og erstatning. Replik til Eckhoff – og kommentar til to nye høyesterettsdommer*. Lov og rett 1988 s. 317 flg.

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003

Harlow, Carol. *A Common European Law of Remedies?* I: The Future of Remedies in Europe. Claire Kilpatrick, Tonia Novitz og Paul Skidmore. Oxford, 2000

Hart, H.L.A. *The Concept of Law*. 2. utgave. Med etterord redigert av Penelope A. Bulloch og Joseph Raz. Oxford, 1994.

Hauger, Ida. *EF-rettens krav til søksmålsadgang ved nasjonale domstoler*. Oslo, 2004

Heistad, Markus. «*Legal certainty*» i konsesjonssaker. Oslo, 2005

Hervey, Tamara K. *After Francovich: State liability and British Employment Law*. Av Tamara K. Hervey og Philip Postant. Industrial Law Journal 1996. s. 259 flg.

Heukels, Ton. Analyse av Van Schijndel og Peterbroeck. CML Rev 1996 s. 337 flg

Hilson, Chris. *Liability of Member States in damages: The Place of discretion*. ICLQ 1997 s. 941 flg.

Hilson, Chris. *Making Sense of Rights: Community Rights in EC Law*. Av Chris Hilson og Tony Downes. E.L.Rev 1999 s. 121 flg.

Hjelmeng, Erling. *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*. Bergen, 2003

Hjelmeng, Erling. *Reversering av EF- og EØS-stridig statsstøtte*. Bergen, 2004

Hohfeld, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions*. Redigert av Walter Wheeler Cook. Connecticut, 1964.

Hoskins, Mark. *Tilting the Balance: Supremacy and National Procedural Rules*. E.L.Rev. 1996 s. 365 flg.

Hov, Jo. *Rettergang I – Sivil- og straffeprosess*. Oslo, 1999

Hov, Jo. *Rettergang III – Sivilprosess*. Oslo, 2000

Jacobs, Francis F.G. *Enforcing Community Rights and Obligations in National Courts: Striking the balance*. I: Remedies for Breach of EC Law. Redigert av Andrea Biondi og Julian Lonbay. Sussex , 1997

Jacobsen, Henning. A. *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EF- og EØS-retten*. I: IUSEF nr. 39. Oslo, 2002

Jervell, Stefan. *Lovgivningen i EØS*. Oslo, 2002

Kapteyn P.J.G. *Introduction to the Law of the European Communities*. Av P.J.G. Kapteyn og P. VerLoren van Themaat. 3. utgave. Redigert av Laurence W. Gormley. London, 1998

Kakouris, C.N. *Do the Member States Possess Judicial Procedural «Autonomy»?* CML Rev. 1997 s. 1389 flg.

Kilpatrick, Claire. *The Future of Remedies in Europe*. I: The Future of Remedies in Europe. Claire Kilpatrick, Tonia Novitz og Paul Skidmore. Oxford, 2000

Komninos, Assimakis P. *New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage v. Crehan and the Community right to damages*. I: CML Rev. 2002 s. 447 flg.

Lenz, Miriam. *Horizontal What? Back to basics*. Av Miriam Lenz, Dóra Sif Tynes og Lorna Young. EL Rev. 2000 s. 509 flg.

Lødrup, Peter. *Lærebok i erstatningsrett*. 5. utgave. Oslo, 2005

Neergaard, Ulla. *EU RET*. Av Ulla Neergaard og Ruth Nielsen. 4. utgave. København, 2005

Oftedal Broch, Lars. *Skjønnsmarginen i nyere praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol*. Lov og rett 2005 s. 259 flg.

Prechal, Sacha. *Directives in European Community Law*. Oxford, 1995

Prechal, Sacha. *EC requirements for an effective remedy*. I: Remedies for Breach of EC Law. Redigert av Andrea Biondi og Julian Lonbay. Sussex, 1997

Prechal, Sacha. *Community Law in National Courts: The Lessons from Van Schijndel*. CML Rev. 1998 s. 681 flg.

Prechal Sacha. *Does direct effect still matter?* CML Rev 2000 s. 1047 flg.

Robberstad, Anne. *Norske dommers plikt til å veilede om EØS-retten*. Lov og rett 2002 s. 195 flg.

Rognstad, Ole-Andreas. *EF- og EFTA-domstolens praksis som rettskilder ved tolkningen av EØS-avtalen*. Tidsskrift for Rettsvitenskap 2001 s. 435 flg.

Schermers, Henry G. **Judicial protection in the European Union**. Henry G. Schermers og Denis F. Waelbroeck. 6. utgave. Haag, 2001

Schilling, Theodor. **Subsidiarity as a Rule and a Principle**. Jean Monet Working Paper 10/95 (finnes elektronisk på: <http://jeanmonnetprogram.org/papers/95-/9510ind.html>)

Sejersted, Fredrik. **EØS-rett**. Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad. 2. utgave. Oslo, 2004

Sejersted, Fredrik. **Rådsdirektiv 90/313/EØF og retten til miljøinformasjon etter norsk rett**. Tidsskrift for rettsvitenskap 1999 s. 148 flg.

Sejersted, Fredrik. **Between Sovereignty and Supranationalism in the EEA Context – On the Legal Dynamics of the EEA-Agreement**. I: The European Economic Area. Redigert av Peter-Christian Müller-Graff og Erling Selvig. Berlin, 1997

Sevón, Leif. **The protection of the rights of individuals under the EEA Agreement**. Av Leif Sevón og Martin Johansson. E.L.Rev. 1999 s. 373 flg.

Skoghøy, Jens Edvin A. **Tvistemål**. 2. utgave. Oslo, 2001

Smith, Eivind. «**Détournement de pouvoir**» omkring 1920 og i dag. I: Samfunn. Rett. Rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag. Oslo, 1986. s. 615 flg.

Smith, Rachael Craufurd. **Remedies for Breaches of EU Law in National Courts: Legal Variation and Selection**. I: The Evolution of EC Law. Redigert av Paul Craig og Gráinne de Burca. Oxford, 1999

Steiner, Josephine. **The Limits of State Liability for Breach of European Community Law**. EPL 1998 s. 69 flg.

Steiner, Josephine. **Textbook on EC Law**. Av Josephine Steiner og Lorna Woods. 8. utgave. Oxford, 2003

Stenvik, Are. **Erstatningsrettens internasjonalisering**. Tidsskrift for Erstatningsrett 2005 s. 33 flg.

Sundby, Nils Kristian. *Om normer*. 2. utgave. Oslo, 1978

Svensen, Thomas K. *Rt. 2001 s. 995 – domstolens kompetanse til å gi dom for realitet*. Lov og rett 2003 s. 94 flg.

Syrstad, Helge. *EØS-avtalen og norsk forvaltningsrett – En oversikt*. Jussens Venner 2003 s. 345 flg.

Temple Lang, John. *Developments, issues and new remedies – the duties of national authorities and courts under article 10 of the EC Treaty*. Fordham International Law Journal 2003-2004 s. 1904 flg.

Thue, Yngvild. *EF-domstolens lære om direktivets direkte virkning*. I: IUSEF nr. 10. Oslo, 1993

Van Gerven, Walter. *The Genesis of EEA Law and the Principles of Primacy and Direct Effect*. Fordham International Law Journal 1992-93 s. 955 flg.

Van Gerven, Walter. *Bridging the gap between community and national laws: Towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies?* CML Rev. 1995 s. 679 flg.

Van Gerven, Walter. *Of rights, remedies and procedures*. CML Rev. 2000 s. 501 flg.

Ward, Angela. *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EC Law*. New York, 2000

Winter, J.A. *Direct applicability and direct effect – Two distinct and different concepts in Community law*. CML Rev 1972 s. 425 flg.

Aall, Jørgen. *Avgjørelse av lovbundne rettigheter ved domstolene – særlig om uførepensjon i lys av Rt. 2001 s. 995*. I: Festskrift til Nils Nygaard 2002: Nybrott og odling s. 651 flg.

Rettspraksis mv.

Dommer fra EF-domstolen

Frankrike mot Kommisjonen	Sak 1/54, ECR, English special edition s. 00001
Fédération Charbonnière de Belgique edition mot Kommisjonen	Sak 8/55, ECR English special s. 00292
Van Gend en Loos	Sak 26/62, ECR English special edition s. 00001
Costa mot ENEL	Sak 6/64, ECR English special edition s. 00585
Van Duyn	Sak 41/74, ECR 1974 s. 01337
Rutili	Sak 36/75, ECR 1975 s. 01219
Rewe	Sak 33/76, ECR 1976 s. 01989
Comet	Sak 45/76, ECR 1976 s. 02043
Simmenthal	Sak 106/77, ECR 1978 s. 00629
Denkavit	Sak 61/79, ECR 1980 s. 01205
Express Dairy Foods	Sak 130/79, ECR 1980 s. 01887
Rewe Kiel	Sak 158/80, ECR 1981 s. 01805
Becker	Sak 8/81, ECR 1982 s. 00053
CILFIT	Sak 283/81, ECR 1982 s. 03415
San Giorgio	Sak 199/82, ECR 1983 s. 03595

Walzstahl Vereinigung	Forente saker 140/82, 146/82, 221/82 og 226/82, ECR 1984 s. 00951
Von Colson	Sak 14/83, ECR 1984 s. 01891
Johnston	Sak 222/84, ECR 1986 s. 01651
Heylens	Sak 222/86, ECR 1987 s. 04097
Cowan	Sak 186/87, ECR 1989 s. 00195
Factortame	Sak C-213/89, ECR 1990 s. I-02433
Dekker	Sak C-177/88, ECR 1990 s. I-03941
Zuckerfabrik	Forente saker C-143/88 og C-92/89, ECR 1991 s. I-00415
Verholen	Forente saker C-87/90, C-88/90 og C-89/90, ECR 1991 s. I-03757
Francovich	Forente saker C-6/90 og C-9/90, ECR 1991 s. I-05357
Emmot	Sak C-208/90, ECR 1991 s. I-04269
Borelli	Sak C-97/91, ECR 1992 s. I-06313
Marshall II	Sak C-271/91, ECR 1993 s. I-04367
Steenhorst-Neerings	Sak C-338/91, ECR 1993 s. I-05475

Kommisjonen mot Storbritannia	Sak C-382/92, ECR 1994 s. I-02435
Parlamentet mot Kommisjonen	Sak C-156/93, ECR 1995 s. I-02019
Atlanta	Sak C-465/93, ECR 1995 s. I-03761
Francovich II	Sak C-479/93, ECR 1995 s. I-03843
Peterbroeck	Sak C-312/93, ECR 1995 s. I-04599
Van Schijndel	Forente saker C-430/93 og C-431/93, ECR 1995 s. I-4705
FMC	Sak C-212/94, ECR 1996 s. I-00389
Brasserie du Pêcheur	Forente saker C-46/93 og C-48/93, ECR 1996 s. I-01029
Hedley Lomas	Sak C-5/94, ECR 1996 s. I-02553
Dillenkofer	Forente saker C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 og C-190/94, ECR 1996 s. I-04845
Texaco	Forente saker C-114/95 og C-115/95, ECR 1997 s. I-04263
Kraaijeveld	Sak C-72/95, ECR 1996 s. I-05403

Draehmpaehl	Sak C-180/95, ECR 1997 s. I-02195
Palmisani	Sak C-261/95, ECR 1997 s. I-04025
Edis	Sak C-231/96, ECR 1998 s. I-01777
Spac	Sak C-260/96, ECR 1998 s. I-04997
Levez	Sak C-326/96, ECR 1998 s. I-07835
Upjohn	Sak C-120/97, ECR 1999 s. I-00223
Haim	Sak C-424/97, ECR 2000 s. I-05123
Preston	Sak C-78/98, ECR 2000 s. I-03201
Linster	Sak C-287/98, ECR 2000 s. I-06917
Stockholm Lindöpark	Sak C-150/99, ECR 2001 s. I-00493
Metallgesellschaft	Forente saker C-397/98 og C-410/98, ECR 2001 s. I-01727
Courage	Sak C-453/99, ECR 2001 s. I-06297
Peter Paul	Sak C-222/02, ECR 2001 s. I-09425

Santex	Sak C-327/00, ECR 2003 s. I-01877
Pasquini	Sak C-34/02, ECR 2003 s. I-06515
Safalero	Sak C-13/01, ECR 2003 s. I-08679
Pflücke	Sak C-125/01, ECR 2003 s. I-09357

Opinion fra EF-domstolen

Opinion 1/91, ECR 1991 s. I-06079

Uttalelser fra Generaladvokaten

Generaladvokat Jacobs i forente saker C-430/93 og C-431/93, Van Schijndel, ECR 1995 s. I-04705

Generaladvokat Léger i sak C-5/94, Hedley Lomas, ECR 1996 s. I-02553

Generaladvokat Léger i sak C-120/97, Upjohn, ECR 1999 s. I-00223

Generaladvokat Mischo i sak C-424/97, Haim, ECR 2000 s. I-05123

Generaladvokat Léger i sak C-287/98, Linster, ECR 2000 s. I-06917

Dommer fra Førsteinstansretten

Farrugia mot Kommissjonen

Sak T-230/94,
ECR 1996 s. II-00195

European Night Services Ltd. mfl.
mot Kommissjonen

Forente saker T-374/94,
375/94, T-384/94 og T-388/94,
ECR 1998 s. II-03141

Medici Grimm mot Kommissjonen

Sak T-364/03 (ennå ikke i ECR)

Dommer fra EFTA-domstolen

Restamark

Sak E-1/94, REC 1994/1995 s.
17

Eidesund

Sak E-2/95, REC 1996 s. 3

Sveinbjörnsdóttir

Sak E-9/97, REC s. 1998 s. 95

Ospelt

Sak E-3/98, REC 1998 s. 205

Finanger

Sak E-1/99, REC 1999 s. 121

ESA mot Norge

Sak E-3/2000, REC 2000/2001 s.
75

Karlsson

Sak E-4/01, REC 2002 s. 242

Avgjørelser fra Høyesterett

Rt. 1965 s. 712

Rt. 1982 s. 241 Alta

Rt. 1994 s. 1244 Kvinnefengsel

Rt. 1995 s. 781 Peelorg

Rt. 1997 s. 580 OFS

Rt. 1997 s. 1019

Rt. 1997 s. 1954 Løten kommune

Rt. 1997 s. 1965 Eidesund

Rt. 2000 s. 996 Böhler

Rt. 2000 s. 1811 Finanger I

Rt. 2001 s. 995

Rt. 2001 s. 1006 KRL-saken

Rt. 2001 s. 1505

Rt. 2002 s. 391 GOD MORGON

Rt. 2002 s. 1710 (kjm.utv.)

Rt. 2003 s. 301

Rt. 2004 s. 834 Scooter-kjennelsen

Rt. 2004 s. 904
Rt. 2004 s. 1474
Rt. 2005 s. 416
Rt. 2005 s. 597 Allseas
Rt. 2005 s. 1365 Finanger II

Lover og forarbeider

Lover

Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov
Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene
Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål
Lov 19. mai 1933 nr. 3 om tilsyn med næringsmidler
Lov 21. november 1952 nr. 2 om betaling og innkreving av skatt
Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker
Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning
Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til rike og deres opphold her
Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester
Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.
Lov 26. juni 1998 nr. 47 om fritids- og småbåter
lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Forarbeider

NOU 1993: 18 (Lovgivning om menneskerettigheter)
NOU 2001:32 A (Rett på sak)
Ot.prp. nr. 62 (1991-1992) Om lov om fri utveksling av tjenesteytelser innen sjøtransport mv.
Ot.prp.nr. 79 (1991-92) Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen av EØS-avtalen m.v

