

MARITUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Andreas Runde

Prinsippet om EØS-konform
tolkning og implikasjoner
for norsk rettskildelære

Prinsippet om EØS-konform tolkning og implikasjoner for norsk rettskildelære

Andreas Runde



MarIus No. 566
Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2022

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet
University of Oslo
Scandinavian Institute of Maritime Law
P.O. Box 6706 St. Olavs plass 5
N-0130 Oslo
Norway

Phone: 22 85 96 00
E-post: sjorett-adm@jus.uio.no
Internet: www.jus.uio.no/nifs

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang –
e-mail: trond.solvang@jus.uio.no

For subscription and single-copy sale, please see Den norske bokbyen
– The Norwegian Booktown
Internet: <http://bokbyen.no/en/shop/>
E-mail: post@bokbyen.no

Print: 07 Media AS

Forord

Denne 60-poengs avhandlingen ble skrevet mens jeg var vitenskapelig assistent ved Senter for Europarett i 2021. Emnet ble til litt tilfeldig da jeg bladde i EØS-litteraturen og innså at heller ikke rettskildelæren var upåvirket av EØS-retten. Avhandlingen er et forsøk på å komme til bunns i dette.

Det er flere som fortjener en takk. Først og fremst veilederen min, Finn Arnesen, for all konstruktiv kritikk og gode råd underveis. Stipendiat Siri Venemyr for utallige diskusjoner og for uvurderlig gjennomlesing på slutten. Kontorpartner og EuroRett-kollega Chris, for å gidde å høre på alle mine «funn» underveis. Sverre og Aslak for korrektur og nyttige innspill. Og ikke minst Jonas, for å ha vært en fast sparringspartner gjennom hele studiet.

Avhandlingen er søkt ajourført pr. 7. august 2022.

Lillehammer, august 2022

Andreas Runde

Innhold

FORORD.....	3
1 INNLEDNING.....	7
1.1 Emne og problemstilling	7
1.2 Oppbygning.....	9
1.3 Metode.....	10
1.4 Begrepsavklaringer.....	13
2 DET EU-RETTLIGE PRINSIPPET OM EU-KONFORM TOLKNING	15
2.1 Innledende bemerkninger.....	15
2.1.1 Opprinnelse.....	15
2.1.2 Grunnlag og formål. Forholdet til prinsippene om direkte virkning og statlig erstatningsansvar.....	17
2.1.3 Anvendelsesområde	20
2.2 Innledende om tolkningsprinsippets innhold og rekkevidde – henvisning eller krav?.....	21
2.3 Essensen: plikt til å utnytte nasjonalt tolkningsrom.....	23
2.4 Er tolkningsprinsippet unntaksvis en resultatforpliktelse?.....	26
2.5 Prinsippets betydning for løsningen av enkelte metodiske spørsmål	32
2.5.1 Innledende bemerkninger.....	32
2.5.2 Plikt til å presumere at lovgiver hadde til hensikt å overholde direktivforpliktelsene fullt ut.....	33
2.5.3 Plikt til å fravike EU-stridige uttalelser i nasjonale forarbeider..	35
2.5.4 Plikt til å fravike EU-stridig nasjonal rettspraksis.....	37
2.5.5 Må de metodiske kravene leses med en reservasjon om adgang etter nasjonal rettskildelære?.....	41
2.6 Grensene for EU-konform tolkning	45
2.6.1 Tolkning til ugunst for private	45
2.6.2 «Contra legem»-begrensningen	48
2.7 Oppsummering.....	52
3 DET EØS-RETTLIGE PRINSIPPET OM EØS- KONFORM TOLKNING.....	54
3.1 Bakgrunn – EØS-avtalen er uklar	54
3.2 Grunnlag og systematisk plassering: Er det EØS-rettslige prinsippet løsevet fra sitt EU-rettslige motstykke?	57

3.2.1	EFTA-domstolens praksis	57
3.2.2	Praksis fra andre «EØS-domstoler»	66
3.2.3	Oppsummering og vurdering	69
3.3	Innhold og rekkevidde	71
3.3.1	EFTA-domstolens praksis	71
3.3.2	Er EU-domstolens praksis likevel styrende?	77
3.3.3	Kan «hullene» i EFTA-domstolens praksis fylles ut med EU-domstolens praksis?	79
3.4	Oppsummering	84
4	GRUNNLAGET FOR PRINSIPPET OM EØS-KONFORM TOLKNING I NORSK RETT	86
5	IMPLIKASJONER FOR NORSK RETTSKILDELÆRE	92
5.1	Forholdet til EØS-loven § 2 og bestemmelser med folkerettsforbehold	92
5.2	Overordnet om forholdet mellom prinsippet om EØS-konform tolkning og norske rettskildeprinsipper	97
5.3	Presumsjonsprinsippets generelle innhold vs. prinsippet om EØS-konform tolkning	99
5.4	EØS-konform tolkning i Høyesteretts praksis	105
5.4.1	Skulle Høyesterett ha tolket EØS-konformt i <i>Finanger I</i> ?	105
5.4.2	Nærmere om de EØS-rettslige metodekravene i Høyesteretts praksis	112
6	AVSLUTTENDE REFLEKSJONER	123
7	LITTERATURLISTE	126

1 Innledning

1.1 Emne og problemstilling

Gjennomføringen av det regelverket som EØS-avtalen fører med seg, byr på utfordringer, og fra tid til annen oppstår det uoverensstemmelser mellom EØS-avtalen og de lover og forskrifter som gjelder i Norge. For å sikre EØS-retten gjennomslag i slike situasjoner pålegger EØS-avtalen norske domstoler å tolke norsk rett *EØS-konformt*. Dette kalles prinsippet om EØS-konform tolkning og er temaet for denne avhandlingen.

Prinsippet om EØS-konform tolkning er ikke nevnt i EØS-avtalen, men er utviklet av EFTA-domstolen på grunnlag av blant annet lojalitetsplikten i EØS-avtalens artikkel 3 og gjennomføringsforpliktelsene i artikkel 7.¹ Høyesterett ga sin tilslutning til prinsippet i Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I*, men slo samtidig fast at det ikke var holdepunkter for at dette prinsippet gikk lenger enn det norske presumsjonsprinsippet, som i likhet med det EØS-rettslige prinsippet krever at norsk rett tolkes i overensstemmelse med EØS-retten.² I den konkrete vurderingen forholdt Høyesterett seg derfor bare til presumsjonsprinsippet.³

Finanger I har ikke blitt fraveket på dette punkt, men synes tvert imot å tjene som et prejudikat for at prinsippet om EØS-konform tolkning ikke har praktisk betydning for norsk rettskildelære. Fredriksens gjennomgang av norske domstolars bruk av EØS-rett i perioden 1994–2011 viste at det knapt fantes en eneste henvisning til prinsippet om EØS-konform tolkning i norske domstoler, bortsett fra altså *Finanger I*.⁴ Dette synes

¹ E-1/07 *Straffesak mot A* avsnitt 39 og E-18/11 *Irish Bank* avsnitt 123.

² Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* punkt 4 nederst.

³ Se dommens punkt 7.

⁴ Fredriksen (2011) s. 72.

ikke å ha endret seg.⁵ Norske domstoler tolker stort sett EØS-konformt uten å angi hvilke rettskildeprensipp de bygger på, og i den grad rettskildeprensippene nevnes, er det presumsjonsprinsippet det vises til.⁶

I denne avhandlingen tas Høyesteretts standpunkt i *Finanger I* opp til ny vurdering. Rettskildebildet har endret seg siden dommen ble avsagt. Vi har fått ny praksis fra EU- og EFTA-domstolen om prinsippene om EU/EØS-konform tolkning, og fra Høyesterett om presumsjonsprinsippet. Denne praksisen gir ikke bare grunn til å vurdere rekkevidden av prinsippet om EØS-konform tolkning på ny, men også for en ny vurdering av et «klassisk» spørsmål som EU-rettsteoretikere har stilt seg helt siden prinsippet først ble introdusert: er det nasjonal rett eller EU-retten som avgjør hvor langt nasjonale domstoler kan og må gå i å tolke EU-konformt? Dette kan også formuleres som et spørsmål om tolkningsprinsippet kan «gå lenger» enn nasjonale rettskildeprensipp eller ikke, slik Høyesterett formulerte det i *Finanger I*, altså om tolkningsprinsippet i visse tilfeller kan kreve tolkningsresultater som nasjonal rettskildelære ikke kan begrunne.⁷ Det er bare dersom prinsippet om EU-konform tolkning (og i forlengelsen av dette, EØS-konform tolkning) kan «gå lenger» enn det nasjonale rettskildeprensipp tillater, at det blir praktisk interessant å sammenlikne rekkevidden av prinsippet med det norske presumsjonsprinsippet.

Formålet med avhandlingen er på denne bakgrunn å undersøke om prinsippet om EØS-konform tolkning gir noe bidrag til løsningen av konflikter mellom norsk rett og EØS-rett utover det tradisjonell norsk rettskildelære allerede gir.

⁵ Søk på lovdata etter ordene «direktivkonform»- eller «EØS-konform»-tolkning gir svært få relevante treff. De få gangene det er vist til prinsippet er det stort sett i sammenheng med presumsjonsprinsippet og som ledd i en henvisning til Høyesteretts uttalelser i *Finanger I*, se mindretallet i HR-2021-822-A *Bilbrann* avsnitt 119, LB-2013-88645, LB-2017-198620, LB-2018-168981 og TOSLO-2015-99863. Se likevel TRR-2020-2019 der trykderetten bemerker hva som kreves etter prinsippet om EØS-konform tolkning, likevel uten at det får noen avgjørende betydning ved siden av presumsjonsprinsippet.

⁶ Se til illustrasjon HR-2018-1036-A *Thue* avsnitt 65. Nærmere om dette i kapittel 4.

⁷ Nærmere om denne problemstillingen i punkt 2.2.

1.2 Oppbygning

Overordnet kan avhandlingen spaltes i to: først om innholdet i og rekkevidden av det EU/EØS-rettslige prinsippet, og deretter om hvilke implikasjoner prinsippet har for norsk rettskildelære. Fordi prinsippet om EØS-konform tolkning befinner seg på et område av EØS-retten der homogenitetsmålsettingens betydning og gjennomslag er usikker, vil imidlertid det EØS-rettslige og det EU-rettslige prinsippet behandles hver for seg.

Avhandlingen er derfor lagt opp slik: I kapittel 2 behandles det EU-rettslige prinsippet. Kapitlet har først noen innledende bemerkninger om prinsippets opprinnelse, grunnlag, formål mv. (punkt 2.1), før det sentrale emnet behandles: tolkningsprinsippets innhold og rekkevidde, herunder spørsmålet om prinsippets rekkevidde er begrenset til hva nasjonale rettskildeprensipp tillater. Dette er fordelt over punktene 2.2 til 2.6, der ulike aspekter ved prinsippet behandles hver for seg.

I kapittel 3 dreies blikket over mot EØS-avtalen, der det overordnede spørsmålet er om det EØS-rettslige prinsippet er innholdsmessig samsvarende med det EU-rettslige. Som vi skal se i punkt 3.2 har EFTA-domstolen tilsynelatende etablert et selvstendig, EØS-rettslig prinsipp løst fra det EU-rettslige, hvilket reiser spørsmål om EU-domstolens praksis om det EU-rettslige prinsippet i det hele tatt kan overføres til EØS-avtalen.

I punkt 3.3 redegjøres det for innholdet i og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet slik EFTA-domstolen utlegger dette, før det kommer en nærmere vurdering av om EU-domstolens praksis likevel er avgjørende for utformingen av det EØS-rettslige prinsippet. Herunder vil det bli drøftet om fraværet av overnasjonalitet og direkte virkning i EFTA-pilaren er til hinder for at det EØS-rettslige prinsippet kan stille krav til innholdet i nasjonale tolkningsprinsipper utover det nasjonal rettskildelære allerede anerkjenner.

I kapittel 4 drøftes det om EØS-loven § 1 gir tilstrekkelig grunnlag for prinsippet om EØS-konform tolkning i norsk rett.

På bakgrunn av det innholdet som etter disse drøftelsene legges i prinsippet om EØS-konform tolkning, slik dette prinsippet gjelder *som norsk rett*, vil jeg i siste del av avhandlingen (kapittel 5) se nærmere på hvilke implikasjoner prinsippet om EØS-konform tolkning har for tradisjonell norsk rettskildelære. For å danne et bilde av hvilken praktisk betydning det har å fastlegge yttergrensene for prinsippet om EØS-konform tolkning i norsk rett, starter kapittelet med en gjennomgang av hvilke konfliktsituasjoner som uansett løses i EØS-rettens favør på grunn av EØS-loven § 2 og særskilte bestemmelser om folkerettsforbehold (punkt 5.1). I punkt 5.2 og 5.3 kommer det en sammenligning av presumsjonsprinsippets generelle innhold med prinsippet om EØS-konform tolkning. I punkt 5.4 redegjøres det for hvordan Høyesterett faktisk går frem ved EØS-konforme tolkninger av norsk rett, der det løpende vurderes om prinsippet om EØS-konform tolkning kan gi noe bidrag til tolkningsprosessen utover det som presumsjonsprinsippet og andre norske rettskildeprinsipper allerede gir.

1.3 Metode

Avhandlingens tema ligger i skjæringspunktet mellom tre forskjellige rettssystemer: EU-retten, EØS-retten og norsk rett. Den alminnelige juridiske metode i disse tre rettssystemene forutsettes kjent. I det følgende skal jeg trekke frem de metodiske utfordringene som denne avhandlingens tema særlig aktualiserer.

Prinsippet om EU/EØS-konform tolkning hører ikke hjemme i den materielle EU/EØS-retten.⁸ Det hører til blant de mekanismene som sikrer at den materielle EU/EØS-retten gis effektivt gjennomslag i nasjonal rett.⁹ Felles for disse effektiviseringsmekanismene er at de er uskrevne og er utviklet av EU- og EFTA-domstolen på grunnlag av medlemsstatenes lojalitetsplikt, gjennomføringsplikter og EU/EØS-samarbeidets

⁸ Avhandlingen handler altså (dessverre) ikke om «the beef», jf. Baudenbacher (2015) “Dealing with the EEA Agreement: Where is the Beef?”.

⁹ Foruten prinsippet om EU/EØS-konform tolkning sikter jeg her til EU-rettens prinsipper om direkte virkning og forrang og EU/EØS-rettens prinsipp om statlig erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-retten.

særegne karakter.¹⁰ Dette gjør praksis fra EU- og EFTA-domstolen til den dominerende rettskilde i denne fremstillingen, samtidig som man må ha øye for mer overordnede trekk ved EU/EØS-samarbeidet.

For den materielle EØS-retten kan man stort sett legge til grunn at EU-domstolens tolkninger av tilsvarende EU-bestemmelser også er gjeldende EØS-rett.¹¹ Dette er ikke like selvsagt for de EØS-bestemmelsene som stiller krav til nasjonal gjennomføring og gjennomslag for domstolene. Ettersom prinsippet om EØS-konform tolkning sikrer EØS-retten gjennomslag til tross for at lovgiver ikke har gjennomført EØS-retten fullt ut, har det visse overnasjonale trekk som gjør det metodisk utfordrende å ta stilling til hvorvidt det er og skal være homogenitet mellom EU- og EØS-retten på dette punkt. Det blir ikke lettere av at EFTA-domstolen tilsynelatende har etablert et selvstendig EØS-rettslig prinsipp løsrevet fra EU-domstolens praksis, men likevel har kopiert en rekke av EU-domstolens formuleringer uten å henvise til disse.¹²

Desto vanskeligere blir det av at det *de lege lata* er et uavklart spørsmål om det er EFTA-domstolen som har siste ord i spørsmål om det skal være homogenitet mellom EU- og EØS-retten.¹³ Disse metodiske utfordringene kommer jeg nærmere tilbake til i kapittel 3, men jeg vil allerede her understreke at avhandlingen ikke tar stilling til slike homogenitetsutfordringer på generelt grunnlag. Jeg har konsentrert meg om de dommene fra EFTA-domstolen¹⁴ som er avsagt om det EØS-rettslige prinsippet om EØS-konform tolkning, og analysert disse med sikte på spørsmålet om

¹⁰ Jf. begrunnelsene i sak 26/62 *Van Gend & Loos*, sak 6/65 *Costa ENEL*, sak 14/83 *Von Colson*, forente saker C-6 og C-9/90 *Francovich*, E-9/97 *Sveinbjørnsdottir* og E-4/01 *Karlsson*.

¹¹ Jf. EØS-avtalens artikkel 6 og ODA artikkel 3 nr. 2. Homogenitetsmålsettingen kan imidlertid by på utfordringer også for den materielle EØS-retten, jf. eksempelvis E-28/15 *Jabbi* og E-4/19 *Campbell*.

¹² Dette kommer jeg nærmere tilbake til i punkt 3.2.

¹³ Jf. diskusjonen mellom Rognstad og Haukeland Fredriksen i Tidsskrift for Rettsvitenskap, se Fredriksen (2010) s. 268 flg., Rognstad 2011 s. 658–668 og Fredriksen 2012 s. 333–341. Se også Fredriksen og Mathisen (2018) s. 335–339.

¹⁴ Jeg avgrenser ikke mot praksis fra EU-domstolen og nasjonale domstoler om det EØS-rettslige prinsippet, men – som vi skal se i punkt 3.2.2 – er det bare EFTA-domstolen som har uttalt noe om prinsippet om EØS-konform tolkning, med unntak av Høyesterett i *Finanger I*.

EU-domstolens praksis om det EU-rettslige prinsippet er uttrykk for gjeldende EØS rett, uten å ta stilling til hvorvidt øvrig praksis om homogenitetsprinsippets anvendelse og begrensninger har overføringsverdi til prinsippet om EØS-konform tolkning. Jeg vil likevel i noen grad trekke veksler på praksis om det EØS-rettslige erstatningsansvaret for myndighetenes brudd på EØS-retten,¹⁵ ettersom dette henger tett sammen med prinsippet om EØS-konform tolkning og de homogenitetsutfordringene som oppstår der.

I kapittel 5 om implikasjoner for norsk rettskildelære vil Høyesteretts praksis stå sentralt. Ettersom plikten til EØS-konform tolkning stiller krav til nasjonale domstolers fremgangsmåte og ikke til innholdet i nasjonale rettskildeprinsipper,¹⁶ er dette den rettslig relevante fremgangsmåten. Det tilføyes likevel at jeg anlegger en tradisjonell, domstolorientert tilnærming til rettskildelæren og forutsetter dermed at Høyesteretts praksis er normgivende også for rettskildespørsmål.¹⁷

Det er omfattende bidrag i den juridiske litteratur om flere av de spørsmålene avhandlingen berører, særlig om det EU-rettslige prinsippet om EU-konform tolkning. Det ville sprengte rammene for avhandlingen å gi en helhetlig fremstilling og konfrontasjon av de ulike standpunktene som der har blitt inntatt. Av denne grunn – men selvsagt også fordi juridisk litteratur ikke er noen autoritativ rettskilde i verken EU-retten, EØS-retten eller norsk rett – vil ikke juridisk teori få noen fremtredende plass i avhandlingen. Jeg har likevel forsøkt å gi løpende henvisninger til de standpunktene som inntas i litteraturen, uten at dette får noen selvstendig plass i avhandlingen. I den forbindelse har jeg tatt utgangspunkt

¹⁵ E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir* og E-4/01 *Karlsson*.

¹⁶ Dette vil fremgå av punkt 2.2 følgende.

¹⁷ Skoghøy (2018) s. 19, Eckhoff/Helgesen (2001) s. 20–21.

i noen «standardverk» i europeisk litteratur,¹⁸ og for øvrig sett hen til dansk¹⁹ og norsk²⁰ juridisk teori.

1.4 Begrepsavklaringer

Avhandlingen bruker «prinsippet om EU-konform tolkning» om det EU-rettslige prinsippet, og «prinsippet om EØS-konform tolkning» om det EØS-rettslige prinsippet. Selv om terminologien varierer i juridisk litteratur,²¹ synes disse betegnelsene å være mest i samsvar med EFTA- og EU-domstolenes terminologi i nyere rettspraksis,²² og dessuten innarbeidet i norske fremstillinger av prinsippet.²³ Betegnelsen «direktivkonform» tolkning er for snever, ettersom domstolene er forpliktet til å tolke nasjonal rett i overensstemmelse med all EU-/EØS-rett, også f. eks. forordninger og traktatbestemmelser.²⁴ Avhandlingen veksler for øvrig mellom benevnelsene «prinsipp» og «plikt», uten at det tilsiktes meningsforskjeller mellom disse begrepene. Ellers vil jeg, der det fremgår av sammenhengen hva jeg sikter til, nøye meg med kortformen «tolkningsplikten» eller «tolkningsprinsippet».

Skillet mellom medlemsstatenes nasjonale rett og EU-/EØS-retten er gjennomgripende for hele avhandlingen. Når jeg i avhandlingen bruker

¹⁸ Herunder særlig Prechal (2005), Jans og Verhoeven (2015) og Craig og De Búrca (2020), men også doktorgraden til Haket (2019) og den grundige fremstillingen til Brenncke (2019).

¹⁹ Sørensen (2018) og Nilsen og Tvarnø (2018).

²⁰ Franklin (2012), Arnesen og Stenvik (2015), Fredriksen og Mathisen (2022) og Arnesen mfl. (2022).

²¹ Prechal (2005) bruker «consistent interpretation», Craig og de Búrca (2020) bruker «indirect effect».

²² EFTA-domstolen har karakterisert det som «the principle of conforming interpretation», jf. E-18/11 *Irish Bank*. EU-domstolen referer i nyere praksis ofte til «the principle» eller «the obligation» om at «national law must be interpreted in conformity with European Union law», jf. eks. C-282/10 *Dominguez* avsnitt 27, forente saker C-569/16 og C-570/16 *Stadt Wuppertal* avsnitt 67 og C-760/18 *M.V and others* avsnitt 65.

²³ Fredriksen (2022) s. 456 og Arnesen (2022) punkt 29.2.

²⁴ C-157/86 *Murphy* og C-262/97 *Engelbrecht* (traktater), C-60/02 *Straffesak mot X* avsnitt 59–60 (forordninger), 322/88 *Grimaldi* (ikke-bindende rettsakter) og C-246/06 *Navarro* (EU-prinsipper).

ord som EØS-regel, EU-regel, direktiv, forordning osv., sikter jeg til slike bestemmelser *som EU-/EØS-rett*, og ikke i egenskap av transformert eller gjennomført EU-/EØS-rett. Betegnelsen «EØS-konform» og «EU-konform» tolkning sikter i samsvar med dette til tolkning av nasjonal rett i overensstemmelse med EU-/EØS-retten *som sådan*, og ikke til tolkning av nasjonale bestemmelser i overensstemmelse med andre nasjonale bestemmelser med EU-/EØS-rettslig opphav.

I norsk rettskildelære sondres det fra tid til annen mellom konflikter på rettskildefaktornivå og konflikter på rettsregelnivå.²⁵ Mens førstnevnte løses etter normer for slutning og avveining, løses sistnevnte etter kollisjonsprinsipper, som *lex superior*, *lex specialis* mv. I norske fremstillinger av folkeretten har det i samsvar med dette vært vanlig å skille mellom spørsmål om norsk rett kan *tolkes i overensstemmelse med* folkeretten (presumsjonsprinsippet), og spørsmålet om hvilken av folkerettens og den norske regelen som skal gå foran *ved motstrid*.²⁶ Hvorvidt det er riktig eller hensiktsmessig å holde fast ved denne inndelingen i norsk rett, er ikke tema her.²⁷ Poenget her er at EU-domstolen tillegger det rettslig betydning om man er i den ene eller andre kategorien: EU-domstolen opererer nemlig med et skille mellom EU-konform tolkning av nasjonale bestemmelser på den ene siden, og tilsidesettelse av nasjonale bestemmelser på grunnlag av prinsippene om direkte virkning og forrang på den andre.²⁸ Når jeg i avhandlingen bruker ord som «konflikt» eller «motstrid» så mener jeg derfor *tilsynelatende* konflikt/motstrid, altså konflikter som (potensielt) kan løses gjennom tolkning, og ikke *absolutt* motstrid der det er spørsmål om å tilsidesette en nasjonal regel til fordel for EU/EØS-reglene.

²⁵ Se f.eks. Høgberg (2019) s. 485 flg, Rui (2004) s. 118.

²⁶ Rui (2004) s. 118, Arnesen og Stenvik (2015) s. 64. I Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* blir likevel presumsjonsprinsippet brukt om begge kategorier av normer. Dette er kritisert av Arnesen og Stenvik (2015) s. 64.

²⁷ Dette er grundig behandlet av Narvestad (2022) s. 200 flg.

²⁸ Disse prinsippene blir nærmere omtalt under punkt 2.1.2.

2 Det EU-rettslige prinsippet om EU-konform tolkning

2.1 Innledende bemerkninger

2.1.1 Opprinnelse

EU-domstolen introduserte prinsippet om EU-konform tolkning i sak 14/83 *Von Colson*. Saken gjaldt en tysk statsborger som var utsatt for kjønnsdiskriminering ved ansettelse i strid med direktiv 76/207 (likestillingsdirektivet), og spørsmålet i saken var hvordan slik kjønnsdiskriminering skulle sanksjoneres. EU-domstolen bemerket at den erstatningen som den tyske statsborgeren hadde krav på etter den tyske implementeringsloven, ikke tilfredsstilte direktivets krav til sanksjonering av kjønnsdiskrimineringen. Samtidig fant EU-domstolen at direktivets sanksjonsregler ikke var tilstrekkelig presise og ubetingede til å kunne påberopes direkte for den foreleggende domstolen. EU-domstolen bemerket at det under de muntlige forhandlingene for domstolen ble inngående drøftet om den tyske implementeringsloven kunne suppleres av alminnelige tyske erstatningsregler, som i tilfelle kunne gi arbeidstakeren krav på tilstrekkelig stor erstatning. Dette var imidlertid et spørsmål om tolkningen av nasjonal rett, som det etter kompetansefordelingen i foreleggelsessaker var opp til den tyske domstolen å avgjøre. EU-domstolen stoppet imidlertid ikke der, men la til at

«[...] Member States' obligation arising from a directive to achieve the result envisaged by the directive and their duty under Article 5 of the Treaty to take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure the fulfilment of that obligation, is binding on all the authorities of Member States including, for matters within their jurisdiction, the courts. It follows that, in applying the national law and in particular the provisions of a national law specifically introduced in order to implement Directive No 76/207, national courts are required to interpret their national law in the light of

the wording and the purpose of the directive in order to achieve the result referred to in the third paragraph of Article 189».²⁹

En slik plikt til å tolke intern rett i lys av folkeretten er ikke egentlig noen nyvinning. Dette er vanlig i mange rettsystemer.³⁰ I Norge har vi presumsjonsprinsippet.³¹ I Danmark skal man etter «fortolkningsregelen» tolke dansk rett folkerettskonformt dersom flere tolkningsalternativer er mulige, og denne suppleres av «formodningsregelen» som går ut på at det skal være en formodning for at den danske lovgiver ikke hadde til hensikt å bryte inngåtte traktater.³² Innen EU gjelder det dessuten en plikt til å tolke EU-retten i overensstemmelse med de folkerettslige forpliktelsene EU har tatt på seg.³³ Det «nye» i *Von Colson* var at EU-domstolen slo fast at det er *EU-retten* som forplikter nasjonale domstoler til å tolke EU-konformt. Det tradisjonelle utgangspunktet i folkeretten er at folkeretten forplikter statene, uten at den stiller særskilte krav til nasjonal gjennomføring.³⁴ Den rådende oppfatningen er derfor at det ikke gjelder noen alminnelig folkerettslig plikt til å tolke folkerettskonformt, som jo er en gjennomføringsmekanisme.³⁵ Nasjonale «presumsjonsprinsipper» er derfor i prinsippet noe statene har pålagt seg selv, og ikke noe som kommer «utenfra». Prinsippet om EU-konform tolkning bryter med dette utgangspunktet, og er således enda et utslag av at EU-retten til forskjell fra alminnelig folkerett ikke bare forplikter statene, men også gir private rettssubjekter rettigheter og forpliktelser direkte i kraft av EU-retten.³⁶

Atplikten til EU-konform tolkning er EU-rettslig, og ikke nasjonal, gjør det nærliggende å anta at de nasjonale variantene må anvendes

²⁹ Sak 14/83 *Von Colsson* avsn. 26.

³⁰ For en komparativ oversikt over nasjonale «presumsjonsprinsipper», se Narvestad (2022) s. 23–24.

³¹ Nærmere om dette i punkt 5.3 under.

³² Nielsen og Tvarnø (2017) s. 137–138.

³³ C-76/00 *Petrotub* avsnitt 57 og forente saker C-300/98 og C-392/98 *Dior* avsnitt 47.

³⁴ Narvestad (2022) s. 25–26.

³⁵ Narvestad (2022) s. 109. Se likevel E-4/01 *Karlsson* der EFTA-domstolen i noen grad synes å bygge på alminnelig folkerett da den etablerte prinsippet om EØS-konform tolkning.

³⁶ Jf. sak 26/62 *van Gend en Loos* og sak 6/64 *Costa/ENEL*.

innenfor EU-rettslige rammene. EU-domstolen har imidlertid formulert tolkningsplikten slik at det *er* de nasjonale variantene som skal brukes, og at nasjonale domstoler kan holde seg innenfor sin kompetanse når de utøver plikten til EU-konform tolkning. Om plikten til EU-konform tolkning dermed krever noe mer eller annet av nasjonale domstoler enn det som allerede kreves etter nasjonal rett, er ikke helt klart. Spørsmålet behandles nærmere i punkt 2.2 flg.

2.1.2 Grunnlag og formål. Forholdet til prinsippene om direkte virkning og statlig erstatningsansvar

Som sitatet fra *Von Colson* viser, forankret EU-domstolen grunnlaget for tolkningsplikten i det som i dag er TEUV artikkel 288 tredje ledd, som forplikter medlemsstatene til å gjennomføre direktiver, samt lojalitetsplikten i TEU artikkel 4 nr. 3 annet ledd. Tanken er at disse bestemmelsene også forplikter *domstolene*. EU-domstolen viser fortsatt til disse bestemmelsene når den begrunner nasjonale domstolars plikt til EU-konform tolkning,³⁷ men har i senere praksis også lagt til at tolkningsplikten er «inherent in the system of the Treaty, since it permits the national court, for the matters within its jurisdiction, to ensure the full effectiveness of Community law when it determines the dispute before it».³⁸

Forankringen i lojalitetsplikten og gjennomføringsforpliktelsene, samt referansen til EU-rettens effektivitet, viser at formålet med plikten til EU-konform tolkning er å gi EU-retten *effektivt gjennomslag i medlemsstatene*.³⁹ Prinsippet om EU-konform tolkning er imidlertid ikke den eneste mekanismen som sikrer EU-retten gjennomslag for nasjonale domstoler. Prinsippet om EU-konform tolkning inngår i et samspill med andre prinsipper som må ses i sammenheng.

Forordningene er etter TEUV artikkel 288 annet ledd umiddelbart anvendelige i medlemsstatene, og domstolene kan derfor tilkjenne private

³⁷ Se f.eks. C-555/07 *Kücükdeveci* avsnitt 47 og C-441/14 *Ajos* avsnitt 30.

³⁸ F.eks. forente saker C-397 og C-403/01 *Pfeiffer* avsnitt 114 og forente saker C-378/07 til 380/07 *Angelidaki* avsnitt 198.

³⁹ Jf. også Sørensen (2018) s. 318, Craig og de Búrca (2020) s. 217, Haket (2019) s. 11–12.

rettssubjekter rettigheter og plikter direkte på grunnlag av forordningene. I *Van Gend & Loos* slo EU-domstolen fast at også *traktatbestemmelser* – så lenge de er tilstrekkelig klare og ubetingede, og gir private rettssubjekter rettigheter overfor offentlige myndigheter – kan påberopes direkte for nasjonale domstoler.⁴⁰ Senere har dette blitt kjent som *prinsippet om direkte virkning*, noe som har blitt utvidet til også å gjelde for direktivbestemmelser⁴¹ og EU-rettens uskrevne prinsipper.⁴² Med unntak av direktivbestemmelsene har EU-domstolen gitt EU-reglene direkte virkning også private rettssubjekter seg imellom (såkalt «horisontal» direkte virkning).⁴³ At en bestemmelse har direkte virkning innebærer ikke bare at domstolene har rett og plikt til å dømme direkte på grunnlag av EU-regelen. Direkte virkning – i kombinasjon med prinsippet om EU-rettens forrang⁴⁴ – innebærer også at motstridende nasjonal lovgivning må *tilsidesettes*.⁴⁵ EU-regler med direkte virkning vil følgelig uansett få gjennomslag for nasjonale domstoler, hva enten man tolker nasjonale bestemmelser EU-konformt eller tilsidesetter dem på grunnlag av prinsippene om direkte virkning og forrang.

Prinsippet om EU-konform tolkning er likevel ikke uanvendelig for EU-regler med direkte virkning. EU-domstolen har fremholdt at nasjonale domstoler først skal forsøke å løse konflikter mellom EU-regler og nasjonale bestemmelser gjennom en EU-konform tolkning, før de deretter eventuelt tilsidesetter sistnevnte etter prinsippet om direkte virkning og forrang.⁴⁶ I juridisk teori har dette blitt forklart med at EU-konform tolkning av nasjonal rett er mindre inngripende enn en tilsidesettelse av nasjonal rett, og mer i tråd med prinsippet om subsidiaritet.⁴⁷ Det viser i alle tilfeller at prinsippet ikke utelukkende er en gjennomslagsmekanisme,

⁴⁰ Jf. sak 26/62 *van Gend & Los*.

⁴¹ Sak 41/74 *van Duyn*.

⁴² Se f.eks. C-441/14 *Ajos* avsnitt 35 der det alminnelige prinsippet om forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder ble gitt direkte virkning.

⁴³ Jf. eks. sak 43/75 *Defrenne* (traktatbestemmelser) og C-441/14 *Ajos* (uskrevne prinsipper).

⁴⁴ Sak 6/64 *Costa v ENEL*.

⁴⁵ Jf. sak 106/77 *Simmenthal* avsnitt 21 og senere f.eks. C-282/10 *Dominguez* avsnitt 41.

⁴⁶ Se f.eks. C-282/10 *Dominguez* avsnitt 23.

⁴⁷ Jans og Verhoven (2015) s. 71.

men også er et middel til å redusere «bruken» av prinsippene om direkte virkning og forrang, med de (uheldige) konsekvensene disse fører med seg.

EU-domstolen har konsekvent avvist å gi direktivbestemmelser direkte virkning til ugunst for private, både i horisontale rettsforhold⁴⁸ og mellom staten og private (såkalt «omvendt vertikal» direkte virkning).⁴⁹ EU-domstolens praksis viser at tilsvarende begrensninger ikke gjelder for prinsippet om EU-konform tolkning, så lenge det ikke er tale om illeggelse eller skjerpelse av straff.⁵⁰ Det er følgelig der direktivbestemmelser slår ut til ugunst for private parter at prinsippet om EU-konform tolkning er den eneste mekanismen som kan sikre EU-rettens gjennomslag. At enkelte betegner tolkningsplikten som et prinsipp om «indirekte virkning» er illustrerende.⁵¹

I tillegg til EU-konform tolkning og direkte virkning, har EU-domstolen slått fast at medlemsstatene kan bli erstatningsansvarlige overfor borgerne i den utstrekning disse lider tap som følge av at medlemsstatene ikke har gjennomført EU-retten korrekt.⁵² Vilkårene er at staten «åpenbart og grovt» har satt til side sine forpliktelser etter EU-retten, og at tapet står i årsakssammenheng med bruddet på EU-retten. Noe egentlig gjennomslag for EU-retten er det imidlertid ikke tale om ved erstatningsansvaret: erstatningen fungerer bare som en kompensasjon eller et surrogat for den rettsstillingen EU-borgeren etter EU-retten hadde krav på, og ikke som en direkte innrømmelse av den EU-baserte rettigheten. Dette forklarer nok hvorfor EU-domstolen i *Dominguez* karakteriserte erstatningsansvaret som en siste utvei når verken prinsippet om EU-konform tolkning eller direkte virkning er anvendelige.⁵³

⁴⁸ Jf. eks. sak 152/84 *Marshall* avsnitt 48, C-91/92 *Faccini Dori* avsnitt 20 og C-555/07 *Küçükdeveci* avsnitt 46.

⁴⁹ Jf. sak 80/86 *Kolpinghuis* avsnitt 9 og 13, C-168/95 *Arcaro* avsnittene 36 og 37 og C-321/05 *Kofoed* avsnitt 42.

⁵⁰ Jf. sak 80/86 *Kolpinghuis* avsnitt 9 og 13 C-168/95 *Arcaro* avsnittene 36 og 37 og C-321/05 *Kofoed* avsnitt 42. Mer om dette i punkt 2.3.1 under.

⁵¹ Craig og de Búrca (2020) s. 244.

⁵² Jf. forente saker C-6/90 og C-9/90 *Francovich*.

⁵³ C-282/10 *Dominguez* avsnitt 43.

2.1.3 Anvendelsesområde

Tolkningsobjektet er nasjonale bestemmelser, og disse skal tolkes i overensstemmelse med EU-rettslige bestemmelser. Det gjelder ingen begrensninger på EU-rettssiden med hensyn til hvilke typer EU-bestemmelser man har plikt til å tolke nasjonal rett i overensstemmelse med. Selv om tolkningsplikten opprinnelig var forbeholdt direktiver, har EU-domstolen gjennom årene slått fast at tolkningsprinsippet også gjelder for andre typer EU-bestemmelser.⁵⁴ I nyere praksis fremholdes i samsvar med dette at nasjonale domstoler har plikt til å tolke i overensstemmelse med «EU-law».⁵⁵ For direktiver inntreer tolkningsplikten først etter at gjennomføringsfristen er utløpt.⁵⁶ Det er den ferdig tolkede EU-regelen man skal innrette tolkningen mot: Prinsippet kommer ikke til anvendelse før man har etablert den riktige tolkningen av den aktuelle EU-bestemmelsen.

Von Colson var ikke helt klar på om tolkningsobjektet var begrenset til nasjonale bestemmelser som er vedtatt med sikte på å oppfylle forpliktelsene etter et direktiv, eller om det også omfattet nasjonale bestemmelser som var eldre enn direktivet.⁵⁷ I *Marleasing* avklarte imidlertid domstolen at plikten gjelder uten hensyn til om de aktuelle bestemmelsene er eldre eller yngre enn direktivet.⁵⁸ I juridisk teori ses dette i sammenheng med at britiske House of Lords i mellomtiden hadde avvist en EU-konform tolkning av en britisk bestemmelse, nettopp fordi den var eldre enn det aktuelle direktivet og derfor ikke var vedtatt med sikte på å oppfylle direktivforpliktelsene.⁵⁹ *Marleasing* ses derfor på som et tegn på at EU-domstolen ble bevisst på at nasjonale tolkningsprinsipper kunne utgjøre

⁵⁴ C-157/86 *Murphy* og C-262/97 *Engelbrecht* (traktater), C-60/02 *Straffesak mot X* avsnitt 59–60 (forordninger), 322/88 *Grimaldi* (ikke-bindende rettsakter) og C-246/06 *Navarro* (EU-prinsipper).

⁵⁵ Jf. eks. C-282/10 *Dominguez* avsnitt 27, forente saker C-569/16 og C-570/16 *Stadt Wuppertal* avsnitt 67 og C-760/18 *M.V and others* avsnitt 65.

⁵⁶ C-212/04 *Adeneler* avsnitt 115.

⁵⁷ Haket (2019) s. 34 og Prechal (2005) s. 185, begge med henvisning til at generaladvokat Slynn i forslag til avgjørelse i sak 152/84 *Marshall I* tok til orde for at tolkningsplikten ikke gjaldt for lovgivning som var eldre enn det aktuelle direktivet.

⁵⁸ C-106/89 *Marleasing* avsnitt 8.

⁵⁹ Haket (2019) s. 35 og Prechal (2005) s. 194.

en trussel mot plikten til EU-konform tolkning, og derfor satte som krav at også eldre nasjonale bestemmelser må tolkes EU-konformt.

I *Centrosteel* avklarte EU-domstolen at også nasjonal rettspraksis må tolkes EU-konformt.⁶⁰ I *Pfeiffer* tok domstolen til slutt skrittet fullt ut, og slo fast at tolkningsplikten gjaldt for «national law as a whole».⁶¹ Dermed må all nasjonal rett etter omstendighetene inngå i en EU-konform tolkning. En forutsetning er selvsagt at den nasjonale regel på et eller annet vis faller inn under virkeområdet til den aktuelle EU-regelen.

Det er grunn til å understreke at det ikke er noe vilkår for anvendelsen av tolkningsprinsippet at lovgiver ikke har gjennomført EU-bestemmelsene riktig eller fullt ut. Dette henger sammen med at alle bestemmelser må tolkes i noen grad. Også i tilfeller der nasjonale bestemmelser ordrett gjengir en direktivbestemmelse, er det et selvstendig poeng at den nasjonale bestemmelsen må tolkes i overensstemmelse med EU-domstolens tolkning av den underliggende direktivbestemmelsen.⁶²

2.2 Innledende om tolkningsprinsippets innhold og rekkevidde – henvisning eller krav?

Innholdet i tolkningsplikten ble i *Von Colson* formulert som en plikt til å tolke nasjonal rett *i lys av* («in light of») EU-retten.⁶³ EU-domstolen understreket samtidig at dette bare gjaldt så langt nasjonale domstoler «is given discretion to do so under national law».⁶⁴ Opprinnelig synes derfor plikten til EU-konform tolkning utelukkende å operere innenfor rammene av hva nasjonale tolkningsprinsipper tillater.

I *Marleasing* ble disse formuleringene erstattet med at nasjonale domstoler er forpliktet til å tolke EU-konformt *så langt som mulig* («as

⁶⁰ C-456/98 *Centrosteel* avsnitt 17, fulgt opp i *Ajos*.

⁶¹ Forente saker C-397 og C-403/01 *Pfeiffer* avsnitt 115. Senere gjentatt i en rekke saker, se f.eks. forente saker C-378/07 til 380/07 *Angelidaki* avsnitt 200 og C-282/10 *Dominguez* avsnitt 27.

⁶² C-206/12 *Spedition Welter* kan tjene som eksempel på dette.

⁶³ Sak 14/83 *Von Colsson* avsnitt 26.

⁶⁴ *Ibid.* avsnitt 28.

far as possible»).⁶⁵ Så langt som mulig har i ettertid blitt standardformuleringen om tolkningsprinsippets innhold, helt frem til i dag.⁶⁶ Hva EU-domstolen legger i denne formuleringen, har vært gjenstand for adskillig diskusjon.⁶⁷ Ordlyden indikerer at tolkningsplikten ikke gjelder helt ubetinget: Man kommer til et punkt der det ikke lenger er naturlig å si det slik at man *tolker* nasjonal rett. Ut over dette er det begrenset hva man kan utlede av en så knapp formulering. Et sentralt og prinsipielt spørsmål som ordlyden ikke besvarer, er om det er *nasjonal rett* eller *EU-retten* som setter rammene for hvor langt det er mulig å gå. Med andre ord: Er prinsippet om EU-konform tolkning bare en henvisning til nasjonale rettskildeprensipp, eller stiller det også substansielle krav til innholdet i disse?⁶⁸

Spørsmålet har ikke fått en tydelig avklaring fra EU-domstolen. På den ene siden holder EU-domstolen fast ved linjen fra *Von Colson*, og henviser til det nasjonale tolkningseskjønnet. Standardfrasene om dette i nyere praksis er at nasjonale domstoler skal gjøre «whatever lies within their jurisdiction» ved å bruke «interpretative methods recognised by domestic law».⁶⁹ Som påpekt av Fredriksen og Mathisen synes henvisningene til nasjonale domstolers *kompetanse* og tolkningsprinsipper *anerkjent i nasjonal rett* å innebære at prinsippet om EU-konform tolkning *ikke* griper inn i det nasjonale tolkningseskjønnet.⁷⁰ På den annen side er det et faktum at EU-domstolen i en rekke dommer har oppstilt ubetingede

⁶⁵ C-106/89 *Marleasing* avsnitt 8. I den danske oversettelsen av dommen ble formuleringen «as far as possible» utelatt, hvilket ga opphav til diskusjoner i dansk juridisk teori om tolkningsplikten gjaldt helt ubetinget, se Sørensen (2018) s. 331.

⁶⁶ Jf. eks. forente saker C-378/07 til 380/07 *Angelidaki* avsnitt 197, forente saker C-569/16 og C-570/16 *Stadt Wuppertal* avsnitt 66, C-760/18 *Agios Nikolaos* avsnitt 65.

⁶⁷ For en oversikt, se Haket (2019) s. 31–34 og Prechal (2005) s. 193–199.

⁶⁸ Forstått på sistnevnte måte, kan man spørre seg om plikten til EU-konform tolkning omfattes av forrangsprinsippet i EU-retten, i den forstand at plikten til EU-konform tolkning har forrang fremfor nasjonale tolkningsprinsipper. Ettersom tolkningspliktens grunnlag, lojalitetsplikten i TEUV, har forrang, kan det argumenteres for dette, se nærmere Haket (2019) s. 23–24 og 29. Det faller imidlertid utenfor rammene av denne avhandlingen å gå nærmere inn på dette.

⁶⁹ Forente saker C-397-403/01 *Pfeiffer* avsnitt 116 og 118, C-282/10 *Dominguez* avsnitt 27, C-760/18 *M.V and others* avsnitt 68, C-105/21 avsnitt 83.

⁷⁰ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 415.

krav til nasjonale domstolars tolkning av nasjonal rett, uten reservasjoner for hva nasjonal rettskildelære tillater.

At EU-domstolen refererer til nasjonale tolkningsregler samtidig som den oppstiller ubetingede krav til nasjonal rettskildelære, fremstår noe paradoksalt.⁷¹ Hvordan denne tilsynelatende indre motsetningen i EU-domstolens premisser kan løses, vil bli forsøkt besvart i det følgende.

2.3 Essensen: plikt til å utnytte nasjonalt tolkningsrom

Formuleringen «as far as possible» forutsetter at spørsmålet om EU-konform tolkning er et gradsspørsmål, i den forstand at nasjonale domstoler ved tolkningen av nasjonal rett har et *tolkningsspillerom* der flere tolkningsalternativer utpeker seg som mulige. Det er i dette tolkningsrommet prinsippet om EU-konform tolkning har sin hovedfunksjon, ved at det forplikter nasjonale domstoler til å utnytte alle de muligheter som finnes innenfor det nasjonale tolkningsrommet, til å nå EU-konforme tolkningsresultater. Dette ser man blant annet i *Pfeiffer*:

«In that context, if the application of interpretative methods recognised by national law enables, in certain circumstances, a provision of domestic law to be construed in such a way as to avoid conflict with another rule of domestic law or the scope of that provision to be restricted to that end by applying it only in so far as it is compatible with the rule concerned, the national court is bound to use those methods in order to achieve the result sought by the directive».⁷²

EU-domstolen refererer her til tolkningsmetoder som domstolene etter nasjonal rett har tilgjengelig for å tolke en bestemmelse på den ene eller annen måte for å unngå motstrid. Dersom en nasjonal domstol har tilgjengelig en slik tolkningsmetode, er den *forpliktet til* («bound to») å bruke denne med sikte på å nå et EU-konformt resultat. Man

⁷¹ Slik også Brenncke (2018) s. 135.

⁷² Forente saker C-397 og C-403/01 *Pfeiffer* avsnitt 116.

kan si det slik at det som etter nasjonal metodelære utpeker seg som et *mulig* tolkningsresultat, blir et *pliktig* tolkningsresultat.⁷³ En parallell kan trekkes til de EU-rettslige kravene til nasjonal forvaltningsrett, som pålegger forvaltningen en plikt til å utnytte det handlingsrom som nasjonal forvaltningsrett gir, for på den måten å sikre etterlevelsen av EU-rettslige forpliktelser.⁷⁴ Denne forpliktelsen synes å innebære at forvaltningens diskresjonære skjønn innsnevres til en plikt til å treffe det vedtak som er i samsvar med EU-retten.⁷⁵ EU-domstolen synes å forutsette at nasjonale domstoler har et tilsvarende handlingsrom i selve rettsanvendelsen, som innsnevres og blir til en plikt til å velge det tolkningsresultat som er «mest» EU-konformt.

EU-domstolen har også uttrykt det slik:

«...the national courts are bound to interpret domestic law so far as possible [...] in the light of the wording and the purpose of the directive concerned with a view to achieving the results sought by the directive, *favouring the interpretation of the national rules which is the most consistent with that purpose* in order thereby to achieve an outcome compatible with the provisions of the directive»⁷⁶ (mine kursiveringer).

En slik plikt til å prioritere («favouring») det tolkningsalternativet som best samsvarer med EU-retten må være det samme som at et *mulig* tolkningsalternativ – når det er EU-konformt – blir til et *pliktig* tolkningsalternativ. I begge tilfeller er det tale om en konkretisering av hva det vil si å strekke seg «as far as possible»: Nasjonale domstoler må utnytte de muligheter som finnes etter nasjonal rettskildelære til å tolke EU-konformt.

Slik forstått berører ikke prinsippet om EU-konform tolkning vurderingen av om, og i tilfelle i hvilken utstrekning, nasjonale domstoler har

⁷³ Franklin (2012) s. 274.

⁷⁴ Fredriksen og Eriksen (2019) s. 53.

⁷⁵ Jf. eks. C-453/00 [P] *Kühne & Heitz* avsnitt 28 der EU-domstolen påla omgjøring av et vedtak dersom det var adgang til dette.

⁷⁶ Jf. bl.a. C-212/04 *Adeneler* avsnitt 124, C-594/10 *T.G. van Laarhoven* avsnitt 37 og C-167/17 *Volkmar Klohn* avsnitt 34.

et tolkningsrom (hvorvidt det er «mulig» å tolke EU-konformt).⁷⁷ Det er på denne bakgrunn man må forstå EU-domstolens uttalelser om at nasjonale domstoler kan holde seg «within their jurisdiction [...] applying the interpretative methods recognised by domestic law».⁷⁸ Poenget er nettopp at nasjonale domstoler kan holde seg innenfor sin kompetanse, og bruke nasjonale tolkningsprinsipper på en slik måte at EU-konforme resultater i størst grad sikres. Som Arnesen og Stenvik formulerer det, riktignok i relasjon til det EØS-rettslige prinsippet om EØS-konform tolkning: Det stilles krav til *bruken* av nasjonale rettskildeprinsipper, men ikke til *innholdet* i dem.⁷⁹

Denne formuleringen illustrer for så vidt at selv om plikten til EU-konform tolkning utelukkende skulle operere innenfor rammen av hva nasjonale rettskildeprinsipper gjør mulig, er ikke dette ensbetydende med at nasjonale rettskildeprinsipper er fullstendig uberørt av plikten til EU-konform tolkning. «Rettskildeprinsipper» i sin videste forstand er, i alle fall etter norsk tradisjon, ansett for å omfatte alle de retningslinjer som rettsanvenderne må forholde seg til når de tar stilling til rettsspørsmål.⁸⁰ En plikt til å velge det EU-konforme tolkningsalternativet innenfor rammen av flere mulige, men EU-stridige tolkningsalternativer, vil følgelig også være et *rettskildeprinsipp* etter norsk terminologi.

At dette må være utgangspunktet henger sammen med at prinsippet om EU-konform tolkning gjelder tolkningen av nasjonale bestemmelser, som i henhold til kompetansefordelingen i foreleggelsessaker er en oppgave for nasjonale domstoler.⁸¹ Det er bare nasjonale domstoler, ved bruk av nasjonale rettskildeprinsipper, som kan avgjøre om en ordlyd er tvetydig

⁷⁷ Brenncke (2019) s. 272 og Haket (2019) s. 36.

⁷⁸ C-282/19 *Dominguez* avsnitt 27 og forente saker C-397 og C-403/01 *Pfeiffer* avsnitt 116 og 118.

⁷⁹ Arnesen og Stenvik (2015) s. 58.

⁸⁰ Eckhoff (2001) s. 19–20.

⁸¹ Jf. TEUV artikkel 267 og lang og fast rettspraksis fra EU-domstolen om at det er EU-domstolen som har til oppgave å tolke EU-retten, og nasjonale domstoler som har til oppgave å tolke nasjonal rett. Se eks. C-19/20 avsnitt 64.

og derfor åpner for flere tolkningsalternativer, om en forareidsuttalelse kan tillegges mindre vekt osv.

Det er likevel en del dommer fra EU-domstolen som rokker ved dette utgangspunktet, og mer tydelig griper inn i det nasjonale tolkningsskjønet. I enkelte saker har EU-domstolen tilsynelatende *pålagt* nasjonale domstoler å tolke EU-konformt, og dermed gitt inntrykk av at plikten unntaksvis kan være en *resultatforpliktelse* uten hensyn til hva som er mulig innenfor rammen av nasjonale rettskildeprinsipper. I andre saker har EU-domstolen oppstilt *metodiske krav* uten hensyn til om nasjonal rettskildelære anerkjenner disse eller ikke. Disse dommene vil bli gjennomgått og analysert i det følgende.

2.4 Er tolkningsprinsippet unntaksvis en resultatforpliktelse?

Det er flere avgjørelser som i juridisk teori trekkes frem som eksempler på at prinsippet om EU-konform tolkning unntaksvis kan være en ubetinget forpliktelse til å nå et EU-konformt *resultat*. Som påpekt av *Haket*, er det imidlertid viktig å skille ut de avgjørelsene der EU-domstolen bare avklarer den nærmere tolkningen av en EU-regel og hva denne krever av medlemsstatene, fra de sakene der EU-domstolen krever et bestemt tolkningsresultat *på grunnlag* av plikten til EU-konform tolkning.⁸² Selv om de førstnevnte avgjørelsene ofte kan være formulert på en slik måte at nasjonale domstoler føler seg tvunget til å søke EU-konformitet gjennom en EU-konform tolkning av nasjonal rett, sier disse avgjørelsene ikke egentlig noe om rekkevidden av tolkningsplikten, og kan derfor ikke tas til inntekt for at plikten er en ubetinget resultatforpliktelse.

Etter min mening er C-32/93 *Webb* et eksempel på den førstnevnte typen avgjørelser. EU-domstolen slo der fast at artikkel 2 nr. 1 i direktiv 76/207/EØS «precluded» oppsigelsen av en ansatt fordi vedkommende ble gravid. Selv om den foreleggende domstol – britiske House of Lords – i foreleggelsen redegjorde for at det i tilfelle

⁸² Haket (2019) s. 44.

ville være umulig å tolke britisk rett EU-konformt, var det ingen henvisninger til prinsippet om EU-konform tolkning i avgjørelsen fra EU-domstolen. Dommen kan derfor etter min mening ikke tas til inntekt for at House of Lords ble pålagt å utføre en direktivkonform tolkning i strid med nasjonale bestemmelser, slik Franklin hevder.⁸³ At direktivet utelukker en gitt tolkning av nasjonal rett, er ikke det samme som at nasjonale domstoler er forpliktet til å nå det påkrevde resultat gjennom en EU-konform tolkning.

En annen gruppe avgjørelser som må skilles ut er de der EU-domstolen, på grunnlag av plikten til EU-konform tolkning, oppstiller *metodiske krav*. Disse vil bli nærmere behandlet i punkt 2.5. Poenget i denne sammenheng er at de metodiske kravene bare normerer enkeltelementer i den nasjonale tolkningsprosessen, og overlater nasjonale domstoler et etterfølgende skjønn med hensyn til om det faktisk er grunnlag for en EU-konform tolkning.⁸⁴

C-106/89 *Marleasing* og C-306/12 *Spedition Welter* er imidlertid eksempler på at EU-domstolen tilsynelatende krever at de foreleggende domstolene oppnår et EU-konformt resultat på grunnlag av plikten til EU-konform tolkning. *Marleasing* gjaldt en foreleggelse fra Spanias Høyesterett, der spørsmålet var om det etter direktiv 68/151 (første selskapsdirektiv) var tillatt å erklære en selskapsstiftelse ugyldig fordi den var proforma. Etter spansk rett var proforma en ugyldighetsgrunn, men i direktivets artikkel 11 var det en liste over ugyldighetsgrunner som ikke omfattet proformatilfellene. EU-domstolen fant at listen var uttømmende og besvarte derfor spørsmålet benektende. I premissene bemerket EU-domstolen at den foreleggende domstol etter prinsippet om EU-konform tolkning var forpliktet til å tolke nasjonal rett «as far as possible» i samsvar med direktivet, og fortsatte slik:

«It follows that the requirement that national law must be interpreted in conformity with Article 11 of Directive 68/151 precludes the interpretation of provisions of national law relating to public

⁸³ Franklin (2012) s. 286.

⁸⁴ Slik Danmarks Høyesteret forholdt seg til EU-domstolens avgjørelse i C-441/14 *Ajos*, se Ufr 2017 s. 824 H. Se nærmere under punkt 2.5.4.

limited companies in such a manner that the nullity of a public limited company may be ordered on grounds other than those exhaustively listed in Article 11 of the directive in question»⁸⁵

Ved å slå fast at kravet om å tolke nasjonal rett i overensstemmelse med direktivet «precludes» en tolkning av nasjonal rett som lar proforma være en ugyldighetsgrunn, synes EU-domstolen her å kreve en EU-konform tolkning av den spanske bestemmelsen uten å overlate noe tolknings-skjønn til den spanske domstolen. Dommen har blitt tatt til inntekt for at prinsippet om EU-konform tolkning er en ubetinget resultatforpliktelse som nasjonale domstoler er forpliktet til å følge uavhengig av hva nasjonale rettskildeprinsipper åpner for.⁸⁶

Det siterte avsnittet kan imidlertid forstås på flere måter, og må ikke nødvendigvis tolkes så vidtrekkende. Bruken av ordet «preclude» kan forstås slik at det bare var én tolkning av nasjonal rett som ville være EU-konform dersom en EU-konform tolkning av nasjonal rett først var mulig. Ettersom direktivets liste over ugyldighetsgrunner var uttømmende, var jo en tolkning som åpnet for ugyldighet av andre grunner enn dem som var nevnt i direktivet, utelukket dersom den foreleggende domstol skulle bestrebe seg på en EU-konform tolkning. Forstått slik, uttalte ikke EU-domstolen seg om hvorvidt det var mulig for Spanias Høyesterett å tolke EU-konformt, men viste bare hva en EU-konform tolkning i tilfelle *måtte* gå ut på (altså dersom det etter den foreleggende domstolens etterfølgende vurdering var mulig å tolke EU-konformt).

Dessuten ble det ikke sagt med rene ord at den foreleggende domstolen måtte tolke den nasjonale implementeringsloven EU-konformt uavhengig av om nasjonale metoderegler åpnet for dette. Tvert imot bemerket EU-domstolen i avsnitt 8 at tolkningsplikten bare gjelder «as far as possible»,

⁸⁵ C-106/89 *Marleasing* avsnitt 9. En tilnærmet lik formulering er gjentatt i selve domskonklusjonen.

⁸⁶ Se Prechal (2005) s. 197–198 for en oversikt over dem som har tolket dommen slik. Se også Sørensen (2018) s. 331 som påpeker at den også i dansk teori ga anledning til en del overveielser om plikten til EU-konform tolkning var ubetinget. I Danmark har dette likevel en mer naturlig forklaring, ettersom «as far as possible»-reservasjonen ikke ble tatt med i den danske oversettelsen av dommen.

og denne kvalifikasjonen kan vanskelig forenes med at prinsippet om EU-konform tolkning er en ubetinget forpliktelse.⁸⁷

Et eksempel fra nyere tid er C-306/12 *Spedition Welter*. Saken gjaldt tolkningen av artikkel 21 i direktiv 2009/103/EF (motorvognforsikringsdirektivet). Bestemmelsen nedfeller et krav om at motorvognforsikringsforetak utpeker en skaderepresentant som skal ha ansvar for å behandle og avgjøre erstatningskrav. Spørsmålet var om en slik skaderepresentant må ha kompetanse til å motta forkynnelser av prosesskriv i forbindelse med et saksanlegg. EU-domstolen svarte bekreftende på dette, og bemerket at bestemmelsen måtte sikres gjennomslag i nasjonal rett gjennom prinsippet om EU-konform tolkning. Etter å ha gjengitt de faste formuleringene om innholdet i prinsippet, uttalte EU-domstolen deretter:

«In the case in the main proceedings, it is not disputed that Paragraph 7b (2) of the VAG transposes, word for word, Article 21(5) of Directive 2009/103. Those provisions of national law therefore require an interpretation which is consistent with European Union law to the effect that the claims representative is authorised to accept service of judicial documents»

EU-domstolen krevde altså en EU-konform tolkning av den tyske lovbestemmelsen fordi den gjennomførte direktivbestemmelsen ord for ord. I likhet med tilfellet i *Marleasing* pålegges den foreleggende domstolen en *ubetinget* plikt til å tolke EU-konformt, uten at den gis noe etterfølgende skjønn med hensyn til om en EU-konform tolkning er mulig eller ikke. Også denne avgjørelsen har følgelig blitt tatt til inntekt for at plikten til EU-konform tolkning unntaksvis kan være en ubetinget forpliktelse uten

⁸⁷ Av denne grunn karakteriseres det av Prechal (2005) s. 198 som en «over-interpretation» av *Marleasing* å konkludere med «the obligation of consistent interpretation is an *absolute one*». Se dessuten Haket (2019) s. 32 som finner holdepunkter for at «so far as possible» kan ha vært kortform for «so far as it is given discretion to do so under national law» fra *Von Colson*.

hensyn til hvorvidt det etter nasjonal rettskildelære er mulig å oppnå EU-konformitet.⁸⁸

Det kan virke som en selvfølge at en bestemmelse skal tolkes EU-konformt når ordlyden er identisk med den underliggende direktivbestemmelsen, men dette er ikke alltid tilfelle. Det er ikke gitt at den språkversjonen nasjonal lovgiver har tatt utgangspunkt i, stemmer overens med øvrige språkversjoner, og i forlengelsen av dette den tolkningen EU-domstolen mener er riktig.⁸⁹ Og hvis man tar i betraktning det totale, nasjonale rettskildebildet, kan det ofte være betydelige argumenter *mot* en EU-konform tolkning til tross for at direktivbestemmelsen er gjennomført ord for ord. Det kan eksempelvis finnes andre nasjonale bestemmelser som er i strid med den aktuelle bestemmelsen, forarbeidene kan forutsette en bestemt tolkning som avviker fra den korrekte forståelsen av den underliggende EU-regelen, eller det kan finnes fast rettspraksis som har tolket bestemmelsen i en annen retning. Tar man EU-domstolen på ordet, kan det virke som om det uavhengig av slike motargumenter gjelder en plikt til å tolke EU-konformt, og i så fall er det tale om en temmelig vidtrekkende forpliktelse.

Også *Spedition Welter* kan imidlertid tolkes på flere måter.⁹⁰ For det første understreket EU-domstolen, slik den også gjorde i *Marleasing*, atplikten til EU-konform tolkning bare gjelder «as far as possible». Denne kvalifikasjonen understreker som tidligere nevnt nettopp at tolkningsplikten ikke er ubetinget. Videre er det grunn til å merke seg at den nasjonale rettskildesituasjonen ikke var så enkel som sitatet over kan gi anvisning på. Det var en bestemmelse i den tyske loven om sivilprosess som regulerte adgangen til å motta gyldig forkynnelse, og som måtte tolkes EU-konformt for at resultatet skulle bli EU-konformt.⁹¹ At EU-domstolen ikke en gang nevnte den tyske loven om sivilprosess i premissene, tilsier

⁸⁸ Franklin (2015) s. 923, som forklarer det med at verken direkte virkning eller statlig erstatningsansvar var aktuelt i saken, og at EU-konform tolkning derfor var den eneste tilgjengelige effektiviseringsmekanismen.

⁸⁹ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 416.

⁹⁰ For en grundig analyse av dommen, se Franklin (2015) s. 917–924.

⁹¹ Se Generaladvokat Cruz forslag til avgjørelse avsnitt 39 og 42, og for så vidt implisitt i dommens avsnitt 26.

at EU-domstolen her ikke mente å foreta noen fullstendig og bindende tolkning av nasjonal rett.⁹² En mer nærliggende tolkning av dommen er da at den utelukkende krever at *ordlyden* i en nasjonal bestemmelse som gjennomfører et direktiv ord for ord, må tolkes EU-konformt, uten at det endelige tolkningsresultatet behøver å være det.⁹³ *Spedition Welter* oppstiller i så fall et metodisk krav (som vi senere skal se andre eksempler på) som nasjonale domstoler må forholde seg til, uten at de samtidig fratras muligheten til å ta selvstendig stilling til om den aktuelle bestemmelsen faktisk kan tolkes EU-konformt i den konkrete saken.⁹⁴

Oppsummert ser vi at selv om *Marleasing* og *Spedition Welter* ved første øyekast synes å pålegge de foreleggende domstoler å nå et EU-konformt resultat, er det likevel mulig å forstå dem slik at de nasjonale domstolene ikke formelt sett fratras retten til å fatte endelig avgjørelse av om det skal tolkes EU-konformt i den konkrete saken. Ingen av avgjørelsene er derfor etter mitt syn prejudikater for at plikten til EU-konform tolkning unntaksvis kan være en ubetinget resultatforpliktelse.

Det er dessuten grunn til å trekke frem to mer grunnleggende argumenter mot at tolkningsplikten kan forstås som en ubetinget resultatforpliktelse. For det første følger det av TEUV artikkel 267 og lang og fast rettspraksis fra EU-domstolen at det er EU-domstolen som har til oppgave å tolke EU-retten, mens nasjonale domstoler på sin side har til oppgave å tolke nasjonal rett.⁹⁵ Ettersom prinsippet om EU-konform tolkning gjelder tolkningen av nasjonal rett, medfører kompetansefordelingen i foreleggelsessaker at det er *nasjonale* domstoler som har kompetanse til å bestemme om en EU-konform tolkning er mulig eller ikke. I samsvar med dette har EU-domstolen i flere saker understreket at den endelige avgjørelsen av om en EU-konform tolkning er mulig eller ikke, ligger hos nasjonale domstoler.⁹⁶ Om EU-domstolen skulle kunne diktere bestemte tolkninger av nasjonal rett under prinsippet om EU-konform tolkning, vil

⁹² Franklin (2015) s. 916 Haket (2019) s. 50.

⁹³ Slik også Haket (2019) s. 50.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Jf. eks. C-19/20 avsnitt 64 med videre henvisninger.

⁹⁶ Se f.eks. C- 282/10 *Dominguez* avsnitt 31 og C-68/17 *IR* avsnitt 66.

dette i tilfelle være i strid med både TEUV artikkel 267 og EU-domstolens egen praksis.

For det andre opererer EU-domstolen med et skille mellom en anvendelse av prinsippet om direkte virkning på den ene siden, og prinsippet om EU-konform tolkning på den andre siden.⁹⁷ Dersom EU-domstolen etter prinsippet om EU-konform tolkning kunne kreve en EU-konform tolkning av nasjonal rett uten å etterlate noe tolknings skjønn til den nasjonale domstolen, ville dette skillet kunne sies å bli visket ut.⁹⁸ I saker der den aktuelle EU-regelen kan anvendes direkte, kan dette skillet riktignok fremstå som unødig formalisme, ettersom det i praksis spiller liten rolle om det er prinsippet om direkte virkning eller prinsippet om EU-konform tolkning som utgjør grunnlaget for at den nasjonale domstolen pålegges å nå et EU-konformt resultat. I horisontale saker blir imidlertid dette skillet helt sentralt, ettersom EU-domstolen her konsekvent har avvist direkte virkning.⁹⁹ Den omstendighet at både *Marleasing* og *Spedition Welter* gjaldt anvendelsen av direktiver i tvister mellom to private parter, underbygger ytterligere at prinsippet ikke kan forstås som en ubetinget resultatforpliktelse.

2.5 Prinsippets betydning for løsningen av enkelte metodiske spørsmål

2.5.1 Innledende bemerkninger

Noe annet enn å kreve et EU-konformt resultat, er å stille krav til den fremgangsmåten nasjonale domstoler benytter når de bestreber seg på EU-konform tolkning. EU-domstolen har uttalt at nasjonale domstoler

⁹⁷ EU-domstolen har flere ganger uttalt at spørsmålet om tilsidesettelse av nasjonal rett etter prinsippet om direkte virkning og forrang, kun oppstår dersom det ikke er mulig å tolke nasjonal rett i overensstemmelse med EU-retten. Se for eksempel C-282/10 *Dominguez* avsnitt 23 og forente saker C-569/16 og 570/16 *Stadt Wuppertal* avsnitt 25.

⁹⁸ Brenncke (2019) s. 264. I samme retning Craig og de Búrca (2020) s. 250 og Generaladvokat Elmers forslag til avgjørelse i C-168/95 *Arcaro* avsnitt 39.

⁹⁹ Jf. eks. sak 152/84 *Marshall* avsnitt 48, C-91/92 *Faccini Dori* avsnitt 20 og C-555/07 *Kücükdeveci* avsnitt 46.

må presumere at lovgiver hadde til hensikt å oppfylle forpliktelsene etter et direktiv fullt ut, at plikten til EU-konform tolkning gjelder uansett om forarbeidene peker i en annen retning, og at fast nasjonal rettspraksis må fravikes om nødvendig. Felles for disse uttalelsene er at de gir uttrykk for krav til *tolkningsprosessen*, uten at de dikterer *utfallet* av den. Slike krav er likevel ikke helt enkle å forene med EU-domstolens understreking av at det er nasjonale rettskildeprinsipper som skal brukes: Hva er i så fall poenget med å oppstille EU-rettslige metodekrav? I det følgende skal jeg derfor gå gjennom de dommene der EU-domstolen har oppstilt metodiske krav, og analysere disse med henblikk på hva tolkningsprinsippet egentlig krever av nasjonale domstoler. Hvorvidt de metodiske kravene gjelder uten hensyn til hva nasjonale rettskildeprinsipper tillater, vil bli undergitt en egen drøftelse i punkt 2.5.5 under.

2.5.2 Plikt til å presumere at lovgiver hadde til hensikt å overholde direktivforpliktelsene fullt ut

I *Wagner Miret* slo EU-domstolen fast at

«[...]when it interprets and applies national law, every national court must presume that the State had the intention of fulfilling entirely the obligations arising from the directive concerned».¹⁰⁰

Det samme ble gjentatt i *Pfeiffer*.¹⁰¹ EU-domstolen krever altså at nasjonale domstoler skal *presumere* at lovgivers hensikt har vært å oppfylle forpliktelsene etter et direktiv korrekt. Dette må forstås slik at med mindre man har holdepunkter for noe annet, skal lovgiverviljen forutsettes å være å oppfylle direktivforpliktelsene fullt ut. Dette kan også formuleres slik at det er en «EU-stridig» lovgivervilje som krever en begrunnelse, og ikke motsatt.

Som sitatet viser, henviser ikke EU-domstolen her til noe nasjonalt tolkningsrom. Kravet om å presumere en EU-konform lovgivervilje er

¹⁰⁰ C-334/92 *Wagner Miret* avsnitt 20.

¹⁰¹ Forente saker C-397 og C-403/01 *Pfeiffer* avsnitt 112.

formulert som et absolutt krav, uavhengig av hvorvidt vedkommende medlemsstats nasjonale rettskildelære anerkjenner en tilsvarende presumsjonsregel. Det er imidlertid grunn til å understreke at presumsjonsregelen er begrenset til å være nettopp en *presumsjon*. Presumsjoner kan her som ellers tilbakevises av holdepunkter for det motsatte. I hvilken utstrekning man kan konkludere med at lovgiverviljen har vært noe annet enn å oppfylle EU-forpliktelsene korrekt, må i fravær av retningslinjer fra EU-domstolen bestemmes av nasjonale rettskildeprinsipper.¹⁰² Presumsjonsregelen sier heller ingenting om hvorvidt øvrige rettskildfaktorer kan stenge for en EU-konform tolkning til tross for lovgiverviljen på grunn av presumsjonsregelen må antas å være å oppfylle EU-retten korrekt. Presumsjonsregelen normerer dermed bare en liten del av den tolkningsprosessen som nasjonale domstoler må gjennom for å avgjøre om de skal tolke EU-konformt eller ikke. Presumsjonsregelen er derfor ingen forpliktelse til å nå et EU-konformt *resultat*, men må heller forstås som et *metodisk krav*.

Ettersom *Pfeiffer* gjaldt tolkningen av nasjonale regler som var vedtatt med sikte på å gjennomføre et direktiv,¹⁰³ og *Wagner Miret* gjaldt lovbestemmelser som spanske myndigheter ikke hadde funnet grunn til å endre ved tiltredelsen til EU,¹⁰⁴ var det i begge sakene tale om lovgivning som lovgiver henholdsvis før og etter vedtagelsen hadde konstatert at tjente til å oppfylle forpliktelsene etter et EU-direktiv.¹⁰⁵ Å kreve at nasjonale domstoler i slike tilfeller opererer med en presumsjon for EU-konform lovgivervilje kan virke unødvendig, ettersom det i slike tilfeller allerede er holdepunkter for at lovgiver med den aktuelle lovgivningen har ønsket å oppfylle forpliktelsene etter et direktiv.¹⁰⁶ Som påpekt av *Brenncke*

¹⁰² Brenncke (2019) s. 274. Et eksempel kan være klare lovgiverutsagn i forarbeider om at den aktuelle nasjonale bestemmelsen er ment å forstås på en bestemt måte til tross for at den er EU-stridig. I slike tilfeller er det alminnelig antatt i alle fall i norsk rett at domstolene vil følge tolkningen som forarbeidene gir anvisning på, jf. eks. Rt. 1997 s. 580 *OFS* og Rt. 2007 s. 234 *Konsgberg/Nes*.

¹⁰³ C-397/ 403/01 *Pfeiffer* avsnitt 112.

¹⁰⁴ C-334/92 *Wagner Miret* avsnitt 21.

¹⁰⁵ Slik også Brenncke (2019) s. 273.

¹⁰⁶ Merk likevel Sørensen (2018) s. 332 som konstaterer at denne retningslinjen blander seg inn i det nasjonale tolkningskjetnet.

ligger imidlertid regelens styrke i at det skal presumeres at lovgiver har hatt til hensikt å oppfylle direktivforpliktelsene «entirely» (fullt ut). Det er ikke alltid holdepunkter for at lovgiver har en slik intensjon for alle de enkelte bestemmelsene som finnes i en implementeringslov. I den utstrekning bestemmelsene er utformet annerledes enn det underliggende direktivet, uten at man har holdepunkter for hva hensikten med akkurat disse bestemmelsene er, er det ikke gitt at domstolene vil legge til grunn at også disse er utformet med sikte på oppfyllelse av direktivforpliktelsene. På grunn av presumsjonsregelen har man likevel et slags «utgangspunkt» å falle tilbake på også for slike bestemmelser.¹⁰⁷

2.5.3 **Plikt til å fravike EU-stridige uttalelser i nasjonale forarbeider**

Verken *Wagner Miret* eller *Pfeiffer* la føringer på vurderingen av hvorvidt presumsjonen om en EU-konform lovgivervilje kan tilbakevises, og som nevnt over må dette derfor som utgangspunkt overlates til nasjonale domstoler. EU-domstolen har imidlertid i én sak også blandet seg inn i dette spørsmålet. Saken er *C-371/02 Björnekulla*.

Spørsmålet i saken var om varemerket «Bostongurka» skulle anses som en generisk betegnelse for hakkede, syltede agurker og derfor hadde mistet sitt særpreg og dermed også muligheten til å oppnå beskyttelse som varemerke etter § 25 i den svenske varemerkeloven. Varemerkeloven gjennomførte direktiv 89/103/EØF (varemerkedirektivet), og i forarbeidene til loven var det angitt at det avgjørende for om en produktbetegnelse også har blitt en generisk betegnelse er hvordan distribusjonsleddet oppfatter betegnelsen. EU-domstolen fant imidlertid at det var hvordan *samtlig forbrukere eller den endelige forbrukeren* oppfattet betegnelsen, som var avgjørende.

I avsnitt 13 minnet EU-domstolen på vanlig måte om at den foreliggende domstolen var forpliktet til å tolke nasjonale bestemmelser «så langt som mulig» i samsvar med direktivet, men kom deretter med følgende tilføyelse:

¹⁰⁷ Se Brenncke (2019) s. 274.

«That applies notwithstanding any contrary interpretation which may arise from the *travaux préparatoires* for the national rule.»¹⁰⁸

EU-domstolen uttaler altså at plikten til å tolke EU-konformt gjelder uansett om det i forarbeidene til bestemmelsen finnes uttalelser som peker i en annen retning. Nasjonale domstoler pålegges ikke dermed å tolke EU-konformt hver gang det er EU-stridige uttalelser i nasjonale forarbeider: hvorvidt andre rettskildefaktorer, som for eksempel ordlyden, likevel stenger for en EU-konform tolkning, må være opp til nasjonale domstoler å avgjøre. Det eneste EU-domstolen sier, er at nasjonale forarbeidsuttalelser *i seg selv* ikke kan være til hinder for å tolke EU-konformt.

En plikt til å se bort fra forarbeidsuttalelser kan likevel være temmelig vidtrekkende, i alle fall for de nordiske landene der forarbeider anses som en viktig og tungtveiende rettskildefaktor.¹⁰⁹ Men som flere påpeker i juridisk teori, formulerte EU-domstolen denne regelen svært vidt og uten øye for den konkrete rettskildesituasjonen.¹¹⁰ Regelen har heller ikke blitt gjentatt i noen senere dom. Ettersom den svenske varemerkeloven § 25 tjente til å gjennomføre varemerkedirektivet, var det holdepunkter for at lovgivers ønske var å oppfylle forpliktelsene etter direktivet. Samtidig var det ikke holdepunkter for at lovgiver var klar over at den tolkningen forarbeidene til § 25 ga anvisning på, var i strid med direktivet. Rettskildesituasjonen var følgelig at det var en ubevisst indre motsetning i lovgivers intensjoner, samtidig som ordlyden åpnet for begge tolkninger. Anvisningen om å se bort fra forarbeidsuttalelsene må derfor helst innskrenkes til bare å gjelde i slike situasjoner, og altså ikke helt generelt slik formuleringen i dommen lyder.¹¹¹

Dommen innebærer i så fall at det ved konflikt mellom lovgivers generelle intensjon om å oppfylle direktivforpliktelsene korrekt, og spesifikke intensjon om en bestemt tolkning som viser seg å være i strid med

¹⁰⁸ Avsnitt 13.

¹⁰⁹ Nielsen og Tvarnø (2017) s. 37. Se også Prechal og Jans (2015) s. 86–87 som mener kravet om fravikelse av forarbeidsuttalelser er konstitusjonelt problematisk i mange land.

¹¹⁰ Haket (2019) s. 39–40, Brenncke (2019) s. 274–275, Sørensen (2018) s. 334.

¹¹¹ Slik også Haket (2019) s. 39–40, Brenncke (2019) s. 274–275, Sørensen (2018) s. 334.

EU-retten, skal gis forrang til den generelle intensjonen.¹¹² I så fall er det ikke tale om en særlig inngripende tolkningsregel, ettersom de aktuelle forarbeidsuttalelsene kan sies å miste sin verdi når lovgiver tydelig har signalisert et ønske om å oppfylle forpliktelsene etter EU-retten.¹¹³

2.5.4 Plikt til å fravike EU-stridig nasjonal rettspraksis

EU-domstolen har ikke bare stilt krav til tolkningen av lovgiverviljen, men har også stilt krav til hvorvidt nasjonal *rettspraksis* kan stå i veien for en EU-konform tolkning eller ikke.

Som nevnt i punkt 2.1.3 slo EU-domstolen i *Centrosteel* fast at nasjonal rettspraksis omfattes av plikten til EU-konform tolkning.¹¹⁴ At nasjonal rettspraksis *omfattes* av plikten til EU-konform tolkning, betyr ikke mer enn at den inngår blant rettskildefaktorene som nasjonale domstoler skal forsøke å tolke EU-konformt. I *Ajos*-saken gikk imidlertid EU-domstolen et skritt videre, og slo fast at fast nasjonal rettspraksis må *fravikes* som ledd i en EU-konform tolkning.¹¹⁵

Ajos-saken gjaldt en arbeidsrettstvist om en dansk statsborger som ikke fikk fratredelsesgodtgjørelse fra sin arbeidsgiver da han fratrådte. Årsaken var at han hadde fylt 60 år og derfor hadde rett til en arbeidsgiverbetalt alderspensjon etter den danske funksjonærloven § 2a. Etter fast dansk rettspraksis mistet man også rett til slik fratredelsesgodtgjørelse om man hadde planer om å fortsette å arbeide, slik vedkommende hadde. I sak C-499/08 *Ole Andersen* hadde imidlertid EU-domstolen slått fast at det var i strid med direktiv 2000/78/EF og dets forbud mot aldersdiskriminering å nekte fratredelsesgodtgjørelse til en 60-åring som ønsket å fortsette å arbeide. Ettersom *Ole Andersen*-saken gjaldt en offentlig arbeidsgiver, kom spørsmålet opp på ny i *Ajos*-saken der arbeidsgiveren var en privat aktør. Da saken nådde Høyesteret, forela denne flere spørsmål

¹¹² Slik også Brenncke (2019) s. 275.

¹¹³ Sørensen (2018) s. 334.

¹¹⁴ C-456/98 *Centrosteel* avsnitt 17.

¹¹⁵ C-441/14 *Ajos*.

til EU-domstolen om rekkevidden av det generelle prinsippet om forbud mot aldersdiskriminering.

I foreleggelsen la Høyesteret til grunn at dersom forbudet mot aldersdiskriminering var til hinder for å nekte fratredelsesgodtgjørelse også i en slik situasjon som i hovedsaken, ville en EU-konform tolkning av funksjonærloven § 2a være umulig som følge av fast, dansk høyesterettspraksis.¹¹⁶ Denne konstateringen gikk ikke ubemerket hen. Generaladvokat Bot bemerket i sitt forslag til avgjørelse at det ikke var noe i ordlyden i funksjonærloven § 2a som hindret en EU-konform tolkning.¹¹⁷ Videre la han til at selv om en EU-konform tolkning skal foregå innenfor rammene av de tolkningsmetoder som er anerkjent i nasjonal rett, kan det ikke være noen hindring for EU-konform tolkning at det foreligger en fast nasjonal rettspraksis. EU-domstolen fulgte opp dette. Etter å ha gjengitt de faste formuleringene om plikten til EU-konform tolkning, slo EU-domstolen fast:

«(33) It should be noted in that connection that the requirement to interpret national law in conformity with EU law entails the obligation for national courts to change its established case-law, where necessary, if it is based on an interpretation of national law that is incompatible with the objectives of a directive [...]

(34) Accordingly, the national court cannot validly claim in the main proceedings that it is impossible for it to interpret the national provision at issue in a manner that is consistent with EU law by mere reason of the fact that it has consistently interpreted that provision in a manner that is incompatible with EU law».¹¹⁸

EU-domstolen uttaler altså at plikten til EU-konform tolkning innebærer en forpliktelse til å endre fast rettspraksis, hvis denne er basert på en EU-stridig tolkning av nasjonal rett. Det er grunn til å understreke at Danmarks Høyesterett her ikke ble *instruert* i å tolke EU-konformt: EU-domstolen formulerer ikke noen resultatforpliktelse slik den gjorde

¹¹⁶ Generaladvokat Bots forslag til avgjørelse i sak C-441/14 *Ajos* avsnitt 17.

¹¹⁷ *Ibid* avsnitt 66.

¹¹⁸ C-441/14 *Ajos* avsnitt 33.

i *Marleasing* og *Spedition Welter*.¹¹⁹ EU-domstolen slår bare fast at fast nasjonal rettspraksis ikke er noen akseptabel skranke for ikke å tolke EU-konformt. Som det understrekes i avsnitt 34, kan ikke nasjonale domstoler unnlate å tolke EU-konformt bare fordi de tidligere har tolket de nasjonale bestemmelsene på en annen måte. Hvorvidt lovens ordlyd, forarbeidsuttalelser eller andre rettskildefaktorer likevel stenger for en EU-konform tolkning, er en annen sak, og vil være opp til den foreleggende domstol å avgjøre. Slik synes også Danmarks Højesteret å ha tolket uttalelsene fra EU-domstolen. I den etterfølgende dommen fra Højesteret ble nemlig standpunktet om at en EU-konform tolkning ikke var mulig opprettholdt, men Højesteret presiserte da at det ikke bare var rettspraksis som stod i veien for en EU-konform tolkning, men også lovgiverviljen.¹²⁰

Et krav om prejudikatsfravikelse synes likevel å være ganske inngripende, ettersom prejudikater i mange rettssystemer er en tungtveiende rettskildefaktor.¹²¹ Det representerer dessuten en inngripen i tolkningen av nasjonal rett, som man kan hevde ligger utenfor domstolens kompetanse etter traktaten. En forklaring på hvorfor EU-domstolen gikk så langt i å kreve en EU-konform tolkning, kan være at den i de påfølgende avsnittene uansett fant at funksjonærloven § 2a måtte tilsidesettes, fordi forbudet mot aldersdiskriminering hadde direkte virkning. Når det uansett forelå en plikt til å *tilsidesette* hele bestemmelsen, kan det «fra det mer til det mindre» hevdes at det også må gjelde en plikt til å fravike tidligere *tolkninger* av den. EU-domstolen understreket imidlertid tydelig at plikten til å fravike fast rettspraksis hvilte på prinsippet om EU-konform tolkning, og ikke på prinsippet om direkte virkning, hvilket

¹¹⁹ Se punkt 2.2.3.

¹²⁰ Ufr 2017 s. 824 H. Dette bygget på at lovgiver i forarbeidene til senere lovendringer måtte anses for å ha akseptert og gitt tilslutning til Højesterets praksis. Merk imidlertid at *Tvarnø og Nielsen* (2018) s. 218–219 mener at Højesteret likevel skulle ha tolket EU-konformt, fordi de aktuelle forarbeidsuttalelsene på grunn av C-371/02 *Bjørnekulla* skulle vært fraveket.

¹²¹ Hvilken vekt som legges på prejudikater, varierer nok mellom medlemslandene. Tradisjonelt går det et skille mellom «stare decisis»-doktrinen i common law-tradisjonen, og de kontinentaleuropeiske landene der man forholder seg friere til prejudikater. Jeg nøyer meg her med å vise til Eckhoff (2001) s. 163, Arnesen (1993) s. 43 og Nielsen og Tvarnø (2017) s. 157.

skulle tilsi at kravet om prejudikatsfravikelse gjaldt uavhengig av om forbudet mot aldersdiskriminering hadde direkte virkning.

Dette bekreftes av senere rettspraksis. EU-domstolen har nemlig gjengitt formuleringene om prejudikatsfravikelse i en rekke senere dommer, også der de aktuelle EU-reglene ikke hadde direkte virkning.¹²² I f. eks. C-566/17 avsnitt 49 ble nasjonal rettspraksis som ga fradragsrett for merverdiavgift i en nærmere bestemt situasjon ansett for å være i strid med direktiv 2006/112/EF (merverdiavgiftsdirektivet) artikkel 168 bokstav a. Ettersom direktivbestemmelsen ville slå ut til ugunst for en privat part, kunne ikke direktivbestemmelsen ha direkte virkning.¹²³ EU-domstolen slo likevel fast at prinsippet om EU-konform tolkning kom til anvendelse, og at dette omfatter en plikt til å fravike nasjonal rettspraksis.¹²⁴ Og i C-726/19 slo EU-domstolen fast at bestemmelsene om misbruk av gjentatte midlertidige ansettelsesforhold i rammeavtalen § 5 nr. 1 ikke var tilstrekkelig klar og presis til å påberopes direkte.¹²⁵ Dette fratok likevel ikke den foreleggende domstol dens plikt til å tolke EU-konformt, herunder til å fravike fast rettspraksis.¹²⁶

Det må derfor utvilsomt anses som gjeldende rett at plikten til EU-konform tolkning omfatter en plikt til å fravike nasjonal rettspraksis, helt uavhengig av hvorvidt den aktuelle EU-regelen har direkte virkning eller ikke.¹²⁷ En slik regel har også gode grunner for seg. Som påpekt av *Haket* ville fraværet av en slik plikt legitimere en fortsettelse av praksisen med å tolke nasjonal rett i strid med EU-retten.¹²⁸ Dette kan vanskelig aksepteres i lys av lojalitetsplikten i TEU artikkel 4 nr. 3, som prinsippet om EU-konform tolkning hviler på.

¹²² Ajos-formuleringene er gjentatt i blant annet C-414/16 *Egenberger* avsnitt 72, C-68/17 *IR* avsnitt 64, C-566/17 *Miedziowego Związek Gmin Zagłębia* avsnitt 49, C-569/16 *Stadt Wuppertal* avsnitt 68, C-679/18 *OPR-Finance vs. GK* avsnitt 43.

¹²³ Jf. eks. C-321/05 *Kofoed* avsnitt 42.

¹²⁴ C-566/17 *Miedziowego Związek Gmin Zagłębia* avsnitt 49.

¹²⁵ C-726/19 avsnitt 79–80.

¹²⁶ C-726/19 avsnitt 82–86.

¹²⁷ Kravet om prejudikatsfravikelse anses i nyere juridisk teori som et etablert krav til nasjonale domstoler, se. f.eks. Craig og de Búrca (2020) s. 248 og Fredriksen og Mathisen (2022) s. 416.

¹²⁸ *Haket* (2019) s. 70.

2.5.5 Må de metodiske kravene leses med en reservasjon om adgang etter nasjonal rettskildelære?

Som påpekt i punkt 2.2, fremstår det noe paradoksalt at EU-domstolen fremholder at nasjonale domstoler kan holde seg «within its jurisdiction» og bruke «interpretative methods recognised by domestic law»,¹²⁹ samtidig som den oppstiller ubetingede, metodiske krav. Det er nemlig ikke gitt at disse metodekravene er «recognized by domestic law» eller at nasjonale domstoler kan holde seg «within its jurisdiction» dersom de er nødt til å f.eks. fravike fast nasjonal rettspraksis.

Man kan derfor spørre om man ved tolkningen av de metodiske kravene som EU-domstolen har oppstilt, må lese inn en *reservasjon om adgang* etter nasjonal rettskildelære. Altså at nasjonale domstoler for eksempel ikke vil være forpliktet til å fravike nasjonal rettspraksis, dersom dette ikke er mulig etter nasjonale rettskildeprinsipper. De metodiske kravene kan i så fall ikke ses på som annet enn *ikke-bindende retningslinjer* til nasjonale domstoler, eller som *Kristiansen* uttrykker det: «forsøg på at hjelpe» den nasjonale domstol.¹³⁰

Etter mitt syn er det ikke holdepunkter for å forstå EU-domstolen slik. Som gjennomgangen har vist, tar ikke EU-domstolen noe forbehold om adgang etter nasjonal rettskildelære når den oppstiller de metodiske kravene: De formuleres som absolutte krav uten hensyn til om de foreleggende domstolene har tilgjengelig tilsvarende rettskildeprinsipper etter sine egne lands rettskildelærere. EU-domstolens henvisninger til nasjonale domstolers kompetanse og tolkningsprinsipper anerkjent i nasjonal rett, presenteres i sammenheng med plikten til å strekke seg *så langt som mulig* – altså plikten til å utnytte de muligheter som finnes innenfor det nasjonale tolkningsrommet til å nå EU-konforme resultater. Plikten til å utnytte det nasjonale tolkningsrommet eksisterer etter EU-domstolens praksis side om side med de metodiske kravene. Dette er ikke egentlig innbyrdes motstridende. Det er ingen motsetning mellom å være forpliktet til å utnytte det nasjonale tolkningsrommet ved bruk av

¹²⁹ C-282/10 *Dominguez* avsnitt 27.

¹³⁰ *Kristiansen* (2014) s. 19.

nasjonale rettskildeprensipp, og i tillegg være forpliktet til å overholde EU-rettslige metoderegler.¹³¹

Når det likevel kan diskuteres om det må leses inn en reservasjon om adgang etter nasjonal rettskildelære, henger dette sammen med kompetansefordelingen etter TEUV artikkel 267 og grensene for prinsippet om direkte virkning.

For å ta det siste først: Prinsippet om EU-konform tolkning er som utgangspunkt konseptuelt vesensforskjellig fra prinsippet om direkte virkning. Det ligger i tolkningsprinsippets natur at det nettopp *ikke* er tale om direkte virkning, fordi man istedenfor å anvende EU-regelen direkte, tolker nasjonal rett EU-konformt. Så kan man spørre om grensene likevel ikke er så skarpe dersom prinsippet om EU-konform tolkning inneholder ubetingede metodekrav uten hensyn til om nasjonal rettskildelære anerkjenner disse. Slike metodekrav kan nemlig ha som konsekvens at nasjonale domstoler blir forpliktet til å tolke EU-konformt uten at nasjonal rettskildelære gir adgang til det. Hvis et medlemslands rettskildelære for eksempel ikke tillater som tolkningsmetode å presumere en EU-konform lovgivervilje, og at det av den grunn ikke er mulig å tolke EU-konformt, vil prinsippet om EU-konform tolkning likevel kunne diktere en EU-konform løsning uten at nasjonal rett gir grunnlag for det. Dette kan hevdes å representere en *de facto* direkte virkning.¹³²

Det må imidlertid understrekes at det også er viktige forskjeller mellom direkte virkning og de ubetingede, metodiske kravene EU-domstolen har slått fast. Som gjennomgangen over har vist, normerer de metodiske kravene bare enkelte deler av den tolkningsprosessen nasjonale domstoler må gjennom for å tolke EU-konformt. Man kommer ikke i mål ved å presumere en EU-konform lovgivervilje eller fravike fast rettspraksis: Man er avhengig av tilstrekkelige holdepunkter i det øvrige rettskildematerialet for at *resultatet* skal bli EU-konformt. Det er bare dersom det *utelukkende* er fraværet av lovgivervilje (presumsjonsregelen), utilsiktede feiltolkninger i forarbeidene (*Björnekulla*), eller nasjonal

¹³¹ I samme retning Fredriksen og Mathisen (2022) s. 415.

¹³² I samme retning Fredriksen og Mathisen (2022) s. 416, Brenncke (2018) s. 264 og Prechal (2005) s. 211–214.

rettspraksis (*Ajos*) som står i veien for en EU-konform tolkning, at tolkningsprinsippet i praksis vil diktere en EU-konform tolkning, og dermed vil ha likhetstrekk med direkte virkning. Det er ingen av de metodiske kravene som har grepet inn i tolkningen av f.eks. ordlyden i nasjonal lovgivning, eller lovgivers utvetydige vilje. Det er nasjonale domstoler som må avgjøre – etter nasjonale rettskildeprinsipper – om disse øvrige rettskildefaktorene åpner eller stenger for en EU-konform tolkning.¹³³ Ved direkte virkning og forrang spiller det derimot ingen rolle hvor motstridende nasjonal rett er – den må uansett tilsidesettes til fordel for EU-retten.

Hvorvidt det kan settes likhetstegn mellom ubetingede, EU-rettslige metoderegler og direkte virkning blir til syvende og sist et definisjons-spørsmål. Lite er vunnet med å tvinge dem inn under det ene eller andre begrepet, ettersom det er metodisk uriktig å trekke slutninger fra rene begreper som «direkte virkning» og «EU-konform tolkning».¹³⁴ Det avgjørende må være at EU-domstolen selv ikke anser grensene for direkte virkning som noe hinder for eksistensen av ubetingede metoderegler. Det er i denne sammenheng grunn til å påpeke at *Björnekulla*-saken gjaldt et horisontalt rettsforhold der vilkårene for direkte virkning ikke var oppfylt, og at kravet om prejudikatsfravikelse er slått fast i saker der den aktuelle EU-regelen ikke hadde direkte virkning. EU-domstolen gjør tilsynelatende ikke noe poeng ut av om direkte virkning er tilgjengelig eller ikke – og synes følgelig ikke å anse grensene for direkte virkning som noen skranke mot å oppstille ubetingede metoderegler uten reservasjon om adgang etter nasjonal rettskildelære.

Et annet spørsmål er om EU-domstolen går utenfor sin kompetanse etter TEUV artikkel 267 når den oppstiller metodiske krav til tolkningen

¹³³ Slik også Brenncke (2018) s. og Haket (2019) s. 85.

¹³⁴ Prechal er inne på dette når hun sier at lovligheten av EU-konform tolkning «depends on the interpretation and application of general principles of law and not of the fact that consistent interpretation may come close to or amount to direct effect of directives», se Prechal (2005) s. 213.

av nasjonal rett.¹³⁵ Etter EU-domstolens praksis ligger tolkningen av nasjonal rett hos nasjonale domstolers eksklusive kompetanse. Det å oppstille metodiske krav for nasjonale domstolers tolkning av nasjonal rett, virker umiddelbart å stå i et problematisk forhold til dette. Også her er det imidlertid viktig å holde fast ved at metodereglene ikke dikterer utfallet av tolkningsprosessen, men bare normerer enkeltelementer i tolkningsprosessen. Den endelige beslutningen om hvorvidt det er mulig å tolke EU-konformt, fortsatt hos nasjonale domstoler, der nasjonale rettskildeprinsipper vil være den dominerende faktor.

Det at EU-domstolen oppstiller visse minimumskrav på områder som ligger innenfor medlemsstatenes autonomi, er dessuten ikke unikt for EU-domstolens praksis om EU-konform tolkning.¹³⁶ Selv om EU-domstolen i slike saker kan kritiseres for å bevege seg i randsonen av (eller kanskje utenfor) sin kompetanse, anses ikke kravene som EU-domstolen stiller i slike saker for å være betinget av hva som tillates etter nasjonal rett. Etter mitt syn er derfor ikke kompetansefordelingen etter TEUV artikkel 267 til hinder for å forstå de metodiske kravene som absolutte og uten reservasjon om adgang etter nasjonal rettskildelære.

Sist, men ikke minst, tilsier både grunnlaget for prinsippet om EU-konform tolkning – medlemsstatenes lojalitetsplikt – og formålet om å sikre EU-rettsens effektive og ensartede gjennomslag i medlemsstatenes nasjonale rettsystemer, at det gjelder visse, felles minimumskrav for nasjonale domstolers EU-konforme tolkninger av nasjonal rett.¹³⁷ Dersom prinsippet om EU-konform tolkning var fullt ut underlagt hva nasjonale rettskildeprinsipper ga anledning til, ville tolkningsprinsippet i realiteten vært temmelig innholdsløst. Nasjonale myndigheter ville i så fall stå EU-rettslig fritt til å endre egen rettskildelære på en slik måte at EU-

¹³⁵ Kristiansen (2014) s. 19 avviser *Björnekulla* under henvisning til at den «fraviker den generelle linje i EU-domstolens praksis om arbeidsdelingen mellom den og de nasjonale domstole», og antyder det samme i Kristiansen (2016) s. 302 i tilknytning til *Ajos*-dommen. Se også Brennecke (2018) s. 271 med videre henvisninger, som omtaler spørsmålet som «higly controversial».

¹³⁶ Som for eksempel medlemsstatenes «prosessautonomi», som begrenses av effektivitetsprinsippet og ekvivalensprinsippet.

¹³⁷ I samme retning Fredriksen og Mathisen (2022) s. 416 som med rette påpeker at tilnærmingen i *Ajos* «bidrar til å effektivisere EU-rettsens gjennomslag i nasjonal rett»

retten svært vanskelig kunne få gjennomslag gjennom tolkning, noe som vanskelig kan aksepteres i lys av lojalitetsplikten som prinsippet hviler på.¹³⁸

På denne bakgrunn er det etter mitt syn klart at de metodiske kravene EU-domstolen har utviklet, gjelder uten noen reservasjon om adgang etter nasjonal rettskildelære.

2.6 Grensene for EU-konform tolkning

2.6.1 Tolkning til ugunst for private

Plikten til å tolke EU-konformt «så langt som mulig» og de metodiske kravene EU-domstolen har slått fast, er alle *positive* forpliktelser som sier noe om hvordan og hvor langt nasjonale domstoler kan og skal gå i en EU-konform tolkning av nasjonal rett. EU-domstolen har imidlertid også trukket opp *grensene* for plikten til EU-konform tolkning.

I *Kolpinghuis* slo EU-domstolen fast at tolkningsplikten er begrenset av «general principles of law which form part of Community law and in particular the principles of legal certainty and non-retroactivity».¹³⁹ Av dette utledet EU-domstolen at EU-konform tolkning ikke kan «have the effect of determining or aggravating the liability in criminal law of persons who act in contravention of the provisions of that directive».¹⁴⁰ Plikten til EU-konform tolkning kan altså ikke brukes som grunnlag for ileggelse eller skjerpelse av straffansvar, noe som er stadfestet i mange senere saker.¹⁴¹ Hva det konkret vil si at straffansvar ilegges eller skjerpes vil ikke bli nærmere behandlet her.¹⁴²

¹³⁸ Interessant i denne sammenheng at Prechal (2005) s. 194 viser til en serie avgjørelser fra britiske domstoler på 90-tallet der det ikke ble funnet mulig å tolke EU-konformt, som ifølge henne gjorde det klart for EU-domstolen at nasjonale tolkningsprinsipper «may form a very serious and perhaps too far-reaching restriction upon the doctrine of consistent interpretation».

¹³⁹ Sak 80/86 *Kolpinghuis* avsnitt 13.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Forente saker C-74/95 og C-129/95 *Straffesak mot X* avsnitt 24, C-168/95 *Arcaro*, C-321/05 *Kofoed* avsnitt 34.

¹⁴² For en grundig behandling, se Venemyr (2017).

Hvorvidt tolkningsprinsippet kan brukes som grunnlag for ileggelse av forpliktelser eller andre ulemper for private parter utenfor strafferettens område, har vært diskutert.¹⁴³ Årsaken er at EU-domstolen i C-168/95 *Arcaro* uttalte følgende:

«However, that obligation of the national court to refer to the content of the directive when interpreting the relevant rules of its own national law *reaches a limit where such an interpretation leads to the imposition on an individual of an obligation laid down by a directive which has not been transposed* or, more especially, where it has the effect of determining or aggravating, on the basis of the directive and in the absence of a law enacted for its implementation, the liability in criminal law of persons who act in contravention of that directive's provisions.» (mine kursiveringer)¹⁴⁴

I første del av denne setningen synes EU-domstolen å legge til grunn at tolkningsprinsippet aldri kan anvendes når det vil føre til at private ilegges forpliktelser. Både tidligere og senere praksis viser imidlertid at EU-domstolen ikke kan tolkes slik. I *Marleasing*-dommen var jo resultatet at en privat part ikke kunne påberope proforma som ugyldighetsgrunn i motsetning til hva nasjonal rett ga anvisning på,¹⁴⁵ og dessuten gjaldt både *Björnekulla* og *Spedition Welter* horisontale rettsforhold. I *Kofoed* klargjorde EU-domstolen hvordan uttalelsene i *Arcaro* skulle forstås. Med referanse til *Arcaro*-dommen uttalte EU-domstolen at

«Moreover, although it is true that the requirement of a directive-compliant interpretation cannot reach the point where a directive, by itself and without national implementing legislation, may create obligations for individuals or determine or aggravate the liability in criminal law of persons who act in contravention of its provisions, a Member State may nevertheless, in principle, impose a directive-compliant interpretation of national law on individuals»¹⁴⁶

¹⁴³ Se Haket (2019) s. 58.

¹⁴⁴ C-168/95 *Arcaro* avsnitt 42.

¹⁴⁵ Se nærmere i punkt 2.2.3 foran.

¹⁴⁶ C-321/05 *Kofoed* avsnitt 34.

Arcaro måtte altså forstås slik at private ikke kunne ilegges forpliktelser direkte på grunnlag av et direktiv alene, men var ikke til hinder for at private ilegges forpliktelser på grunnlag av en EU-konform tolkning av nasjonal rett. Det finnes etter hvert mange saker som henviser til plikten til EU-konform tolkning som effektiviseringsmekanisme der dette vil føre til ulemper for private, både i saker mellom private og saker mellom private og staten. Forutsetningen er altså ifølge *Kofoed* at direktivet ikke «by itself and without national implementing legislation» utgjør grunnlaget for illeggelsen av den aktuelle ulempen på den private part.

EU-domstolen opererer altså med et skille mellom på den ene siden at direktivet ilegger forpliktelser på private parter via en *tolkning* av nasjonal rett, og at direktivet ilegger private forpliktelser *selvstendig og uavhengig av implementeringslovgivningen*. Sistnevnte referer etter alt å dømme til at direktiver ikke kan ha direkte virkning til ulempe for private, ettersom det er nettopp slik EU-domstolen formulerer seg når den trekker opp grensen for direkte virkning av direktiver.¹⁴⁷ At det går en grense mellom direkte virkning og EU-konform tolkning er ikke særegent for tilfeller der den aktuelle direktivbestemmelsen slår ut til ugunst for en privat part. Som vi har sett i *Dominguez* er første steg alltid å løse konflikten gjennom tolkning, selv om man står overfor en situasjon der EU-regelen har direkte virkning. Også der en direktivbestemmelse vil slå ut til *gunst* for en privat part, vil man følgelig måtte skille mellom EU-konform tolkning og direkte virkning. Selve essensen i formuleringen «så langt som mulig» er jo nettopp at man kommer til et punkt der det ikke lenger er naturlig å si det slik at man *tolker* nasjonal rett, og når dette punktet er passert, er man over i direkte virkning.

Dette synes å innebære at prinsippet om EU-konform tolkning har samme rekkevidde der den aktuelle EU-regelen slår ut til ugunst for en privat part som i andre saker. Men ettersom nasjonale domstoler overlates et skjønn med hensyn til om en EU-konform tolkning er mulig eller ikke, står nasjonale domstoler prinsipielt sett fritt til å gi EU-retten svakere

¹⁴⁷ Jf. eks. sak 152/84 *Marshall* avsnitt 48, C-91/92 *Faccini Dori* avsnitt 20 og C-397-403/01 *Pfeiffer* avsnitt 108.

gjennomslagskraft der den slår ut til ugunst for private parter, så lenge de metodiske kravene som er gjennomgått over, overholdes.¹⁴⁸

2.6.2 «Contra legem»-begrensningen

EU-domstolen har oppstilt en generell begrensning for EU-konform tolkning, som gjelder på tvers av alle rettsområder og partskonstellasjoner. Med grunnlag i de samme generelle prinsippene som i *Kolpinguis*, slo EU-domstolen i *Adeneler* fast at plikten til EU-konform tolkning «cannot serve as the basis for an interpretation of national law *contra legem*».¹⁴⁹ Dette er senere gjentatt i en rekke saker.¹⁵⁰ Slik EU-domstolen formulerer det, er det utelukkende tale om en begrensning av tolkningsplikstens rekkevidde, og ikke et forbud.¹⁵¹ Nasjonale domstoler står tilsynelatende fritt til å tolke nasjonal rett *contra legem* dersom de ønsker. Det kan imidlertid diskuteres om *contra legem*-grensen også må anses som et forbud, ettersom tolkninger *contra legem* nasjonal rett tross alt bryter med EU-rettslige prinsipper.¹⁵² Spørsmålet forfølges ikke nærmere her.¹⁵³ Det vi her skal konsentrere oss om, er hva EU-domstolen legger i begrepet *contra legem* – altså når grensen for tolkningsplikstens rekkevidde er passert.

Contra legem gir assosiasjoner til det grunnleggende utgangspunktet om at dommeren er bundet av loven.¹⁵⁴ Men om «legem» refererer til selve ordlyden i nasjonale bestemmelser, eller om det refererer til loven i vid forstand («retten»), er ikke helt klart. Flere generaladvokater har tatt til

¹⁴⁸ Se nærmere under punkt 5.3 der det redegjøres for hvordan det norske presumsjonsprinsippet utfyller prinsippet om EØS-konform tolkning når det gjelder tolkning til ugunst for private.

¹⁴⁹ C-212/04 *Adeneler* avsnitt 110.

¹⁵⁰ Se f.eks C-378/07 *Angelidaki* avsnitt 199, C-282/10 *Dominguez* avsnitt 25, C-441/14 *Ajos* avsnitt 32 og C-760/18 *M.V and others* avsnitt 67.

¹⁵¹ Dette kommer klarere frem i *Impact*, der EU-domstolen uttalte at plikten til EU-konform tolkning «[...] cannot be interpreted as *requiring* the referring court [...] to interpret national law *contra legem*». (min kursivering)

¹⁵² Haket (2019) s. 62.

¹⁵³ Mer om problemstillingen Prechal (2005) s. 208–209 og Haket (2019) s. 62.

¹⁵⁴ Brennecke (2018) s. 143.

orde for at *contra legem* refererer til ordlyden i nasjonal lovgivning.¹⁵⁵ EU-domstolen har ikke fulgt opp dette, men lar det tvert imot regelmessig være opp til nasjonale domstoler å avgjøre om en tolkning er *contra legem* eller ikke.¹⁵⁶ EU-domstolen har riktignok i flere saker respektert den foreleggende domstols egne vurdering om at en EU-konform tolkning vil være *contra legem* fordi det vil stride med ordlyden i nasjonal lovgivning.¹⁵⁷ Ordlyden kan derfor sies å være en *typisk contra legem*-skranke. En absolutt regel om at ordlyden i nasjonal lovgivning alltid vil utgjøre *contra legem* og dermed frita nasjonale domstoler fra å tolke EU-konformt, har imidlertid EU-domstolen aldri slått fast. *Prechal* gir en treffende forklaring på hvorfor:

«Although within the national legal systems *contra legem* interpretation is certainly not a daily occurrence, there are instances where the national courts arrive at such a result. The prohibition is apparently not sacrosanct. [...] Therefore, in my opinion, the possibility that in certain (exceptional) circumstances consistent interpretation will amount to or will require interpretation of national law *contra legem* should not be excluded.»¹⁵⁸

Synspunktet er altså at fordi det i enkelttilfeller forekommer at nasjonale domstoler tolker i strid med ordlyden i nasjonal lovgivning, bør det ikke utelukkes at plikten til EU-konform tolkning kan stille krav om dette. *Contra legem* må nemlig ses i sammenheng med det som i punkt 2.3 ble omtalt som essensen i tolkningsplikten – at nasjonale domstoler har plikt til å utnytte det nasjonale tolkningsspillerrommet fullt ut. Dersom det etter nasjonale rettskildeprinsipper er *mulig* å tolke i strid med ordlyden, vil

¹⁵⁵ Jf. Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse i C-456/98 *Centrosteeel* avsnitt 32, Generaladvokat Elmers forslag til avgjørelse i C-168/95 *Arcaro* avsnitt 39–41 og Generaladvokat Bots forslag til avgjørelse i C-441/14 *Ajos* avsnitt 68.

¹⁵⁶ Jf. eks. C-282/10 *Dominguez* avsnitt 27–31. Se også Craig og de Búrca (2020) s. 248.

¹⁵⁷ Se for eksempel C-111/97 *EvoBus* avsnitt 20 (riktignok avsagt før *contra legem*-grensen formelt ble introdusert), C-193/17 *Cresco Investigation* avsnittene 21 og 75 og C-176/12 *AMS* avsnitt 39–41.

¹⁵⁸ *Prechal* (2005) s. 207. I setningene forut sitatet fremgår det at hun med «*contra legem*» sikter til en tolkning i strid med ordlyden.

det gjelde en *plikt* til dette.¹⁵⁹ At EUs domstoler i enkeltsaker har funnet det mulig, og dermed også pliktig, å tolke imot ordlyden uten å støte an mot *contra legem*-grensen, underbygger dette.

Som for eksempel Underrettens dom i sak T-527/14 *Rosenich*. Saken gjaldt en patentrådgiver fra Lichtenstein som ble nektet møterett for EUs patentkontor (EUIPO) fordi han ikke hadde forretningssted innenfor EU, som påkrevd etter forordning (EU) nr. 207/2009 artikkel 93 nr. 2. Underretten fant at dette var en ulovlig restriksjon på tjenestefriheten i EØS-avtalens artikkel 36. Underretten tok ikke stilling til om EUIPO skulle ha tilsidesatt forordningens artikkel 93 til fordel for EØS-avtalens art. 36, men fant at EUIPO skulle ha tolket forordningsbestemmelsen i overensstemmelse med den. Underretten fant altså grunnlag for å tolke formuleringen «innenfor Unionen» slik at den også omfattet EFTA-statene i EØS, hvilket må karakteriseres som en EØS-konform tolkning strid med ordlyden i forordningen.¹⁶⁰ Underretten viste uttrykkelig til *contra legem*-begrensningen, men den var tydeligvis ikke til hinder for en EØS-konform tolkning i et slikt tilfelle.

Samtidig viser EU-domstolens praksis at også andre skranker enn ordlyden i nasjonal lovgivning kan utgjøre *contra legem* og dermed frita nasjonale domstoler fra å tolke EU-konformt. I *Impact* var det spørsmål om en implementeringslov som trådte i kraft etter utløpet av implementeringsfristen, kunne gis tilbakevirkende kraft til datoen for implementeringsfristen gjennom prinsippet om EU-konform tolkning.¹⁶¹ Den foreleggende, irske domstolen bemerket i foreleggelsen at ordlyden i den aktuelle bestemmelsen åpnet for EU-konform tolkning, men at en irsk tolkningsregel forbød en slik tilbakevirkende anvendelse med mindre det var en klar og utvetydig indikasjon på det motsatte.¹⁶² EU-domstolen bemerket at det var opp til den foreleggende domstolen å avgjøre om den aktuelle lovgivningen hadde en slik indikasjon. Dersom dette ikke var tilfelle, påpekte EU-domstolen:

¹⁵⁹ Brenncke (2018) s. 144.

¹⁶⁰ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 338 karakteriserer det som «temmelig frisk» tolkning.

¹⁶¹ C-268/06 *Impact*.

¹⁶² Dommens avsnitt 4.

«In the absence of such a provision, Community law — in particular the requirement for national law to be interpreted in conformity with Community law — cannot be interpreted as requiring the referring court to give section 6 of the 2003 Act retrospective effect to the date by which Directive 1999/70 should have been transposed, as the referring court would otherwise be constrained to interpret national law *contra legem*»¹⁶³

Ettersom ordlyden i den aktuelle bestemmelsen åpnet for en EU-konform tolkning, anerkjenner EU-domstolen her at *contra legem* også kan omfatte tolkning i strid med nasjonale, uskrevne tolkningsregler.¹⁶⁴

Contra legem synes dermed ikke å ha noe fast meningsinnhold, men å være et relativt begrep som kan variere fra én medlemsstat til en annen.¹⁶⁵ Dette skulle i prinsippet tilsi at enhver nasjonal tolkningsregel som er til hinder for en EU-konform tolkning, kan påberopes som *contra legem* og dermed fritta nasjonale domstoler fra å tolke EU-konformt. En slik forståelse av *contra legem* ville imidlertid slått bena under de metodiske kravene som EU-domstolen har oppstilt i andre saker, som nettopp gjelder uten hensyn til hva nasjonal rettskildelære åpner for.¹⁶⁶

Ajos-saken bekrefter dette. Danmarks Højesteret la nemlig i foreleggelsen til grunn at en EU-konform tolkning av funktionærloven § 2a ville være *contra legem* fordi det forelå fast nasjonal rettspraksis i strid med den tolkningen EU-domstolen senere hadde kommet til at var riktig.¹⁶⁷ EU-domstolen aksepterte ikke denne begrunnelsen, og slo fast at nasjonale domstoler generelt ikke kan høres med at en EU-konform tolkning ikke er mulig alene av den grunn at det foreligger rettspraksis som er uforenelig med direktivets innhold. Dette har senere blitt gjentatt i en rekke saker, og det må følgelig anses som gjeldende rett at nasjonal,

¹⁶³ C-268/06 *Impact* avsnitt 103.

¹⁶⁴ Forbudet mot slik tilbakevirkende tolkning er visstnok en uskreven regel i Irland, se Haket (2019) s. 66.

¹⁶⁵ Brenncke (2018) s. 145.

¹⁶⁶ Haket (2019) s. 78–79.

¹⁶⁷ Generaladvokat Bots forslag til avgjørelse i sak C-441/14 *Ajos* avsnitt 17.

EU-stridig rettspraksis ikke alene kan utgjøre en *contra legem*-skranke.¹⁶⁸ Dette må også gjelde for de øvrige metodiske kravene EU-domstolen har oppstilt.¹⁶⁹

Rettsstillingen synes altså å være at nasjonale domstoler i utgangspunktet står fritt til å avgjøre om det vil støte an mot *contra legem*-grensen å tolke EU-konformt, men at EU-domstolen griper inn dersom nasjonale domstoler for raskt lander på en slik konklusjon.¹⁷⁰ Dermed ser vi at *contra legem* langt på vei bare er den negative varianten av «as far as possible»:¹⁷¹ Hvor langt nasjonale domstoler er forpliktet til å tolke EU-konformt, kan ikke besvares generelt, men beror på hvordan nasjonale domstoler vurderer den konkrete rettskildesituasjonen etter nasjonale rettskildeprinsipper. De metodiske minimumskravene EU-domstolen har slått fast, må imidlertid overholdes.

2.7 Oppsummering

EU-konform tolkning er i henhold til kompetansefordelingen i forelegelsessaker en oppgave for nasjonale domstoler, der nasjonale tolkningsprinsipper spiller en dominerende rolle. I samsvar med dette er prinsippet om EU-konform tolkning som utgangspunkt ikke noe mer enn en plikt til å utnytte det tolkningsrommet som foreligger etter nasjonal rett, til å nå EU-konforme resultater. I dette ligger det at *mulige* tolkningsalternativer blir *pliktige* alternativer dersom de er EU-konforme, og at nasjonale domstoler ved valget mellom flere mulige tolkningsalternativer har en plikt til å velge det som er EU-konformt.

Selv om det i utgangspunktet er opp til nasjonale domstoler å avgjøre om en EU-konform tolkning er mulig eller ikke, har EU-domstolen i noen

¹⁶⁸ C-414/16 *Egenberger* avsnitt 72, C-68/17 *IR* avsnitt 64, C-566/17 *Miedziowego Związek Gmin Zagłębia* avsnitt 49 (ikke direkte virkning), C-569/16 *Stadt Wuppertal* avsnitt 68, C-679/18 *OPR-Finance vs. GK avsn.* 43.

¹⁶⁹ Slik også Haket (2019) og Brenncke (2018) s. 144–145.

¹⁷⁰ Jf. også C-282/10 *Dominguez* avsnitt 27–32 der den foreleggende domstolen nærmest ble bedt om å revurdere sitt standpunkt om at *contra legem*-grensen var nådd.

¹⁷¹ I samme retning Haket (2019) s. 80–81, som likevel mener en slik konklusjon foreløpig er «premature».

grad grepet inn i dette skjønnet ved å stille ubetingede krav til nasjonale domstolars EU-konforme tolkninger av nasjonal rett. EU-domstolen krever ikke at nasjonale domstoler når et EU-konformt *resultat*, men har oppstilt *metodiske krav* som prinsipielt sett gjelder uten hensyn til hva nasjonal rettskildelære tillater. For det første må nasjonale domstoler etter *Pfeiffer* og *Wagner Miret* presumere at lovgiverviljen har vært å oppfylle forpliktelsene etter et direktiv fullt ut, og denne presumsjonen kan etter *Björnekulla* ikke tilbakevises av uttalelser i nasjonale forarbeider som viser seg å være i strid med EU-retten uten at dette har vært tilsiktet. Fast nasjonal rettspraksis som er uforenlig med EU-retten kan etter *Ajos* heller ikke stå i veien for et EU-konformt resultat. Dersom nasjonal rettskildelære ikke tillater slike metodiske grep, vil man kunne si at prinsippet om EU-konform tolkning «går lenger» enn det nasjonale rettskildeprinsipper tillater.

Nasjonale domstoler er ikke forpliktet til å tolke nasjonal rett *contra legem*. *Contra legem* er et relativt begrep som vil variere alt etter hva som er mulig etter nasjonale rettskildeprinsipper. Nasjonale domstoler kan imidlertid ikke påberope hvilken som helst nasjonal «skranke» under merkelappen *contra legem*: *Ajos*-saken viser at de EU-rettslige metodereglene uansett må overholdes. *Contra legem* synes dermed bare å være den negative varianten av «as far as possible», og er derfor strengt tatt en unødvendig presisering.

3 Det EØS-rettslige prinsippet om EØS-konform tolkning

3.1 Bakgrunn – EØS-avtalen er uklar

Hvilket gjennomslag EØS-retten skulle ha i EFTA-landenes rettssystemer, var et vanskelig punkt under forhandlingene om EØS-avtalen.¹⁷² Hvis målet om et ensartet og homogent EØS skulle kunne realiseres fullt ut, måtte EØS-retten sikres samme gjennomslag i EFTA-landenes rettssystemer som den tilsvarende EU-retten hadde i EU-landenes rettssystemer. Av konstitusjonelle og politiske grunner var det imidlertid uaktuelt for særlig de nordiske EFTA-landene å overføre noen form for lovgivningsmyndighet til EU.¹⁷³ Prinsippene om direkte virkning, forrang, statlig erstatningsansvar og EU-konform tolkning står unektelig i et problematisk forhold til en EØS-avtale som ikke innebærer overføring av lovgivningsmyndighet, ettersom disse prinsippene – i varierende grad – gir EU-retten virkninger i nasjonal rett til tross for at den ikke er gjennomført av lovgiver.

Det er av disse grunner ikke overraskende at EØS-avtalen er ganske uklar på hvorvidt disse prinsippene omfattes av avtalen. Artikkel 7 og protokoll 35 forutsetter at EØS-retten må gjennomføres for å få internrettslige virkninger, hvilket tilsier at i alle fall prinsippene om *direkte virkning og forrang* ikke gjelder i EØS-sammenheng. Dette har etter hvert også blitt stadfestet av EFTA-domstolen,¹⁷⁴ og synes i dag å være alminnelig akseptert.¹⁷⁵ Når det gjelder prinsippene om statlig erstatningsansvar og EØS-konform tolkning, er EØS-avtalen langt mer uklar og inneholder elementer som trekker i begge retninger.

¹⁷² St.prp.nr.100 (1991–1992) side 316 og Fredriksen og Mathisen (2022) s. 387.

¹⁷³ St.prp.nr.100 (1991–1992) side 316.

¹⁷⁴ E-4/01 *Karlsson* avsnitt 28, E-14/20 avsnitt 72.

¹⁷⁵ Se likevel Bekkedal (2019) som hevder at spørsmålet om forordninger har direkte virkning bør forelegges EFTA-domstolen til rådgivende uttalelse.

På den ene siden tilsier målet om et ensartet og homogent EØS, slik dette fremgår av EØS-avtalens artikkel 1 og fortalens fjerde og femtende avsnitt, at EØS-borgere i EFTA-landene ved mangelfull gjennomføring bør kunne påberope statlig erstatningsansvar og EØS-konform tolkning på lik linje med EØS-borgerne i EU.¹⁷⁶ Samtidig er det holdepunkter for at homogenitetsmålsettingen ikke omfatter spørsmål om EØS-rettens gjennomslag i nasjonal rett. Formuleringen i EØS-avtalens artikkel 6 om at EØS-medlemsstatenes domstoler forplikter seg til å tolke bestemmelser i EØS-avtalen i overensstemmelse med EU-domstolens praksis «så langt de i sitt materielle innhold er identiske med» tilsvarende bestemmelser i EU-retten, tok ifølge Henrik Bull, som deltok i forhandlingene om EØS-avtalen, sikte på å sondre mellom EU-domstolens praksis med hensyn til bestemmelsenes *materielle innhold* på den ene siden, og deres *rettsvirkninger i nasjonal rett* på den annen.¹⁷⁷ Forstått slik, vil de domstolskapte prinsippene om statlig erstatningsansvar og EU-konform tolkning *ikke* omfattes av EØS-avtalens homogenitetsmålsetting, fordi disse nettopp gjelder bestemmelsenes virkninger i nasjonal rett.

Uavhengig av homogenitetsmålsettingen, tilsier fortalens åttende ledd om at EØS-avtalen gir individer rettigheter, og at domstolene er tiltenkt en viktig rolle i å sikre disse, at nasjonale domstoler i noen grad plikter til å gi EØS-retten gjennomslag gjennom EØS-konform tolkning. Hvorvidt domstolene har noen selvstendige plikter etter EØS-avtalen er likevel uklart når man tar i betraktning artikkel 7 og protokoll 35, som forutsetter at det fullt og helt er opp til lovgiver å sikre EØS-rettens gjennomslag i nasjonal rett.¹⁷⁸

På denne bakgrunn var det ingen selvfølge at EFTA-domstolen skulle slå fast at EØS-avtalen ble supplert av prinsippene om statlig erstatningsansvar og EØS-konform tolkning. Men dette er nå vel etablert. EFTA-domstolen har i en rekke saker slått fast at EØS-avtalen gir grunnlag for

¹⁷⁶ I samme retning Arnesen og Graver (2000) s. 39 og Fredriksen (2013) s. 52.

¹⁷⁷ Bull (2002) s. 78.

¹⁷⁸ Slik også Fredriksen (2013) s. 52.

et EØS-rettslig prinsipp om EØS-konform tolkning,¹⁷⁹ og et EØS-rettslig prinsipp om statlig erstatningsansvar for mangelfull gjennomføring av EØS-reglene.¹⁸⁰

Det nærmere innholdet i, og rekkevidden av, prinsippet om EØS-konform tolkning er imidlertid fortsatt uavklart. Som vi skal se, har ikke EFTA-domstolen utviklet og konkretisert prinsippet i samme grad som EU-domstolen. EFTA-domstolen har ikke tatt stilling til om tolkningsprinsippet innebærer en plikt til å fravike fast nasjonal rettspraksis og (etter omstendighetene) forarbeidsuttalelser, slik vi har sett at EU-domstolen har slått fast i henholdsvis *Ajos* og *Björnekulla*. EFTA-domstolen har heller ikke tatt stilling til om tolkningsprinsippet når en grense når dette vil innebære tolkning *contra legem*. Dessuten er EFTA-domstolen, slik vi også har sett at EU-domstolen er, i noen grad tvetydig med hensyn til om rekkevidden til det EØS-rettslige prinsippet er begrenset til hva nasjonale rettskildeprinsipper tillater.

Det kan kanskje innvendes at innholdet i og rekkevidden av prinsippet om EØS-konform tolkning ikke kan anses uavklart alene som følge av manglende avklaringer fra EFTA-domstolen. Det er jo mange EØS-rettslige tolknings spørsmål som EFTA-domstolen ikke har tatt stilling til, men som på grunn av homogenitetsmålsettingen likevel anses for å ha en sikker EØS-rettslig løsning fordi EU-domstolen har avklart det samme spørsmålet. Homogenitetsmålsettingens betydning og gjennomslagskraft er imidlertid usikker når det kommer til spørsmål som gjelder EØS-rettens gjennomslag i nasjonal rett. EFTA-domstolen har, som vi skal se, ikke avklart hvordan det EØS-rettslige tolkningsprinsippet forholder seg til sitt motstykke i EU. For å kunne ta stilling til hva prinsippet om EØS-konform tolkning krever av nasjonale domstoler, kan man derfor ikke uten videre legge til grunn at EU-domstolens praksis om plikten til EU-konform tolkning er gjeldende rett i EØS. Det er et spørsmål for seg om praksis fra EU-domstolen om det EU-rettslige tolkningsprinsippet kan legges til grunn som gjeldende rett for innholdet i prinsippet

¹⁷⁹ Se f. eks. EFTA-domstolen i E-4/01 *Karlsson*, E-18/11 *Irish Bank*, E-28/13 *LBI*, E-14/20 og Høyesterett i Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I*.

¹⁸⁰ Jf. eks. E-9/97 *Sveinbjörnsdottir* og E-4/01 *Karlsson*.

om EØS-konform tolkning. Dersom dette besvares bekreftende, kan «hullene» i EFTA-domstolens praksis langt på vei fylles ut med praksis fra EU-domstolen. Dersom det besvares benektende, blir EFTA-domstolens praksis om innholdet i prinsippet om EØS-konform tolkning i så fall den vesentligste rettskildefaktoren for å ta stilling til hva prinsippet om EØS-konform tolkning innebærer.

I den følgende drøftelsen begynner jeg med spørsmålet om praksis fra EU-domstolen om det EU-rettslige prinsippet også kan legges til grunn ved fastleggelsen av det EØS-rettslige. Dette beror i utgangspunktet på en tolkning av EØS-avtalen. Som skissert kort ovenfor i punkt 3.1, er det imidlertid liten veiledning å finne i EØS-avtalen om dette spørsmålet. Utgangspunktet må derfor tas i hva EFTA-domstolen, eventuelt supplert med praksis fra EU-domstolen og EFTA-landenes domstoler, har uttalt.

3.2 Grunnlag og systematisk plassering: Er det EØS-rettslige prinsippet løst fra sitt EU-rettslige motstykke?

3.2.1 EFTA-domstolens praksis

3.2.1.1 Karlsson

Da EFTA-domstolen la grunnlaget for et prinsipp om EØS-konform tolkning i sak E-4/01 *Karlsson*, var den ikke forelagt spørsmål om dette. Spørsmålet for EFTA-domstolen var om Island var erstatningsansvarlig etter EØS-avtalen overfor alkoholimportører som led tap på grunn av et EØS-stridig statlig monopol på alkoholholdige drikkevarer. Blant annet den norske stat hadde gjort gjeldende at statlig erstatningsansvar var uatskillelig fra prinsippet om direkte virkning, og at både erstatningsansvaret og prinsippet om direkte virkning var en del av EUs overnasjonale trekk som ikke uten videre kunne overføres til EØS-avtalen. EFTA-domstolen konstaterte at EØS-avtalen ikke innebærer overføring av lovgivningsmyndighet og direkte virkning, og fortsatte:

«At the same time, it is inherent in the general objective of the EEA Agreement of establishing a dynamic and homogeneous market, in the ensuing emphasis on the judicial defense and enforcement of the rights of individuals, as well as in the public international law principle of effectiveness, that national courts will consider any relevant element of EEA law, whether implemented or not, when interpreting national law.»¹⁸¹

Selv om det å ta i betraktning («consider») EØS-rett er noe ganske annet enn å strekke seg «as far as possible», slik EFTA-domstolen formulerer prinsippet i dag,¹⁸² beredte EFTA-domstolen her grunnen for et prinsipp om EØS-konform tolkning av nasjonal rett. Dette ble altså gjort som ledd i begrunnelsen for hvorfor EØS-avtalen, til tross for fraværet av direkte virkning og forrang, kunne romme et prinsipp om statlig erstatningsansvar. Det fremstår ikke som en nødvendig del av begrunnelsen, og man kan spørre seg hvorfor EFTA-domstolen tok med denne passasjen. En forklaring kan være at EFTA-domstolen ønsket å klarlegge at fraværet av overnasjonalitet og direkte virkning ikke er ensbetydende med at ikke-gjennomført EØS-rett ikke på noen måte har virkninger i nasjonal rett.

Som vi ser utledet EFTA-domstolen plikten til å ta hensyn til ikke-gjennomført EØS-rett av EØS-avtalens målsettinger og alminnelig folkerett, uten henvisninger til EØS-avtalens artikkel 6 eller praksis fra EU-domstolen. Dette indikerer at EFTA-domstolen ønsket å etablere et prinsipp om EØS-konform tolkning som står på egne ben og ikke nødvendigvis samsvarer med prinsippet om EU-konform tolkning.

Henvisningen til homogenitetsmålsettingen tilsier imidlertid at prinsippet om EU-konform tolkning ikke kan være helt uten interesse. Samtidig indikerer ordene «as well as» at målet om beskyttelse av individuelle rettigheter og domstolens forsvar av disse, samt alminnelig folkerett, hver for seg også kan begrunne prinsippet, slik at homogenitetsmålsettingen ikke utgjør noen nødvendig del av begrunnelsen. I så fall synes EFTA-domstolen å mene at det lar seg etablere et prinsipp om

¹⁸¹ E-4/01 *Karlsson* avsnitt 28.

¹⁸² Se f.eks. i E-14/20 *Liti-Link* avsnitt 75.

EØS-konform tolkning også om man holder homogenitetsmålsettingen helt borte.

Det er imidlertid en indre sammenheng mellom de opplistede grunnlagene, slik at man ikke nødvendigvis skal legge så mye i ordvalget «as well as». Det er for eksempel neppe grunnlag for å hevde at det folkerettslige prinsippet om effektivitet *alene* kan begrunne et prinsipp om EØS-konform tolkning, ettersom folkeretten som utgangspunkt bare er bindende statene imellom, og lar gjennomføringen av denne være opp til den enkelte stat.¹⁸³ Det er effektivitetsprinsippet i kombinasjon med de særlige karakteristika ved EØS-avtalen som folkerettslig avtale – en avtale som tillegger private rettigheter som kan håndheves for domstolene, jf. fortalens åttende ledd – som gjør at det alminnelige prinsippet om effektivitet tilsier at nasjonale domstoler må tolke EØS-konformt.¹⁸⁴ Dertil kommer også at anerkjennelsen av individuelle rettigheter i EØS-avtalen henger tett sammen med homogenitetsmålsettingen, jf. fortalens femte ledd om målet om å sikre en «lik behandling av enkeltpersoner og markedsdeltakere». Det er derfor kanskje mer nærliggende å lese det siterte avsnittet slik at alle de opplistede grunnlagene *samlet sett* gir grunnlag for en plikt for nasjonale domstoler til å ta hensyn til EØS-retten hva enten den er gjennomført eller ikke.

3.2.1.2 Straffesak mot A

Neste gang prinsippet om EØS-konform tolkning dukket opp i EFTA-domstolens praksis, var i sak E-1/07 *Straffesak mot A*. I saken ble EFTA-domstolen forespurt av Liechtenstein om EØS-avtalen krevde at mangelfullt gjennomførte direktiver skulle tillegges direkte virkning. De som avga skriftlige innlegg i saken tok alle til orde for at dette måtte besvares benektende, men la til at nasjonale domstoler likevel var forpliktet til EØS-konform tolkning.¹⁸⁵ EFTA-domstolen fulgte opp i samsvar med

¹⁸³ Se punkt 2.1.1 over.

¹⁸⁴ Se tilsvarende Fredriksen (2013) s. 47 hva gjelder spørsmålet om folkerettslige ansvarsregler kan begrunne et EØS-rettslig prinsipp om statlig erstatningsansvar.

¹⁸⁵ Se gjengivelsen av standpunktene i rettsmøterapporten i sak E-1/07 *Straffesak mot A* avsnitt 96.

dette med å avvise direkte virkning og forrang, men samtidig utdype plikten til EØS-konform tolkning nærmere:

«Moreover, it is inherent in the objectives of the EEA Agreement referred to in paragraph 37 above, as well as in Article 3 EEA, that national courts are bound to interpret national law, and in particular legislative provisions specifically adopted to transpose EEA rules into national law, as far as possible in conformity with EEA law».¹⁸⁶

De målene som EFTA-domstolen her viser til i avsnitt 37, er «the objectives of establishing a dynamic and homogeneous European Economic Area and of ensuring individuals and economic operators equal treatment and equal conditions of competition, as well as adequate means of enforcement». Det er altså først og fremst *homogenitetsmålsettingen* EFTA-domstolen her mener at prinsippet om EØS-konform tolkning er «inherent» i. Dette er for så vidt i samsvar med uttalelsene i *Karlsson*, der det var målet om et homogent og dynamisk marked som formuleringen «inherent» var knyttet til.

EFTA-domstolen legger også til lojalitetsplikten i EØS-avtalens artikkel 3 som rettslig grunnlag, og som vi har sett er lojalitetsplikten i TEU artikkel 4 nr. 3 andre ledd en sentral del av EU-domstolens begrunnelse for eksistensen av prinsippet om EU-konform tolkning.¹⁸⁷ EFTA-domstolen forholder seg imidlertid taus om hvorvidt den EØS-rettslige lojalitetsplikten i artikkel 3 «i sitt materielle innhold er [identisk] med» den tilsvarende lojalitetsplikten i TEU artikkel 4 nr. 3, jf. EØS-avtalens artikkel 6 og ODA avtalen art. 3 nr. 2, og viser da heller ikke til EU-domstolens praksis. EFTA-domstolen synes dermed fortsatt å anse prinsippet om EØS-konform tolkning som et selvstendig EØS-rettslig konsept. Det er i den forbindelse dessuten verdt å merke seg konteksten som prinsippet plasseres i, noe som kan indikere at prinsippet

¹⁸⁶ E-1/07 *Straffesak mot A* avsn 39.

¹⁸⁷ Se f. eks. C-555/07 *Kücükdeveci* avsnitt 47 og C-441/14 *Ajos* avsnitt 30.

om EØS-konform tolkning i noen grad fungerer som et middel til å avhjelpe fraværet av direkte virkning.¹⁸⁸

3.2.1.3 Irish Bank

Etter *straffesak mot A* ble prinsippet om EØS-konform tolkning kort omtalt i E-9/07 og 10/07 *L'Oréal*, men det var ikke før i sak E-18/11 *Irish Bank* at EFTA-domstolen videreutviklet grunnlaget for prinsippet. Etter at det ble åpnet konkurs i den islandske banken Kaupthing Bank, forela Reykjavik tingrett EFTA-domstolen spørsmål om hvorvidt alle kjente kreditorer ved konkursåpning har rett til individuell underrettelse direktiv 2001/24/EF. Et av spørsmålene for EFTA-domstolen var hvilke konsekvenser en feil gjennomføring av den aktuelle direktivbestemmelsen i islandsk rett hadde for den videre konkursprosessen. EFTA-domstolen bemerket at det ikke kreves at direktivbestemmelsen gis direkte virkning, men samtidig at homogenitetsmålsettingen bare kunne nå dersom EFTA- og EU-borgere «[...] enjoy, relying upon EEA law, the same rights in both the EU and EFTA pillars of the EEA». EFTA-domstolen slo deretter fast:

«The national court is bound to interpret domestic law, so far as possible, in the light of the wording and the purpose of the Directive in order to achieve the result sought by the directive and consequently comply with Articles 3 EEA and 7 EEA and Protocol 35 to the EEA Agreement.»¹⁸⁹

EFTA-domstolen henviser ikke her til homogenitetsmålsettingen som grunnlag for prinsippet om EØS-konform tolkning. Homogenitetsmålsettingen synes likevel å spille en rolle i begrunnelsen, ettersom prinsippet om EØS-konform tolkning slås fast umiddelbart etter at homogenitetsmålsettingen blir formulert på en måte som også dekker EØS-rettens gjennomslag i nasjonal rett.¹⁹⁰ EFTA-domstolen synes dermed å betrakte prinsippet om EØS-konform tolkning som et middel til å nå homoge-

¹⁸⁸ Slik det også gjør i E-9 og 10/07 *L'Oréal*.

¹⁸⁹ E-18/11 *Irish Bank* avsnitt 123.

¹⁹⁰ Fredriksen (2013) s. 53 i fotnote 212.

nitetsmålsetningen, altså som et middel til å sikre EØS-retten samme gjennomslag i EFTA-landene som i EU, uten at homogenitetsmålsetningen nødvendigvis tilsier at det er innholdsmessig sammenfall mellom tolkningsprinsippet i EU og EØS.

I tillegg til å gjenta henvisningen til artikkel 3, tilføyer EFTA-domstolen EØS-avtalens artikkel 7 og protokoll 35. EØS-avtalens artikkel 7 nedfeller medlemsstatenes plikt til å gjennomføre forordninger og direktiver, og protokoll 35 plikten til å gi gjennomført EØS-rett forrang fremfor motstridende nasjonal rett. Henvisningen til artikkel 7 synes tydelig å være inspirert av EU-domstolen, som bygger på medlemsstatenes plikt til å gjennomføre sekundærretten (riktignok begrenset til direktiver) i TEUV artikkel 288. EFTA-domstolen anser dermed, i likhet med EU-domstolen, prinsippet om EØS-konform tolkning som en del av statens gjennomføringsforpliktelser, og at disse i likhet med lojalitetsplikten etter artikkel 3 også er rettet mot nasjonale domstoler. Heller ikke her nevnes imidlertid EØS-avtalens artikkel 6 eller ODA-avtalen artikkel 3 nr. 2, og i forlengelsen av dette heller ikke praksis fra EU-domstolen.

Henvisningen til protokoll 35 er noe vanskeligere å forklare. Protokoll 35 bestemmer at EØS-medlemsstatene plikter å, om nødvendig, innføre en lovregel om at gjennomførte EØS-regler skal ha forrang fremfor nasjonale bestemmelser i tilfelle av konflikt. Bestemmelsen forutsetter at den aktuelle konflikten ikke kan løses gjennom tolkning, og at man derfor er nødt til å gi en av bestemmelsene forrang. Følgelig er det ikke åpenbart hvorfor denne skal tjene som grunnlag for prinsippet om EØS-konform tolkning, som jo er et *tolknings*prinsipp. Forklaringen kan imidlertid ligge i at forrangsregelen etter protokoll 35 bare skal få anvendelse på «gjennomførte» EØS-regler, og at det derfor i realiteten er en kollisjonsregel mellom motstridende *nasjonale* bestemmelser, og ikke mellom EØS-bestemmelsene som sådan og nasjonal rett.

På dette punktet skiller protokoll 35 seg fra prinsippene om direkte virkning og forrang i EU, som krever at EU-retten som sådan gis direkte virkning og forrang overfor motstridende nasjonal rett. I EU vil konflikter mellom gjennomførte EU-regler (typisk direktiver) og øvrige nasjonale regler, reguleres av prinsippet om EU-konform tolkning og ikke prinsip-

pene om forrang og direkte virkning.¹⁹¹ Det kan derfor hevdes å være mer treffende å se protokoll 35 som en EØS-rettslig spesialregulering av en konfliktsituasjon som i EU-retten hører under prinsippet om EU-konform tolkning, enn som en parallell til det EU-rettslige forrangsprinsippet.¹⁹² Fra dette perspektivet kommer et annet poeng til syne, som også *kan* tenkes å ligge under henvisningen til protokoll 35: i situasjoner der en gjennomført direktivbestemmelse slår ut til ugunst for en privat part, går EØS-avtalens protokoll 35 faktisk *lenger* enn EU-retten i å gi EØS-retten gjennomslag for nasjonale domstoler. I slike situasjoner vil nemlig ikke direkte virkning være aktuelt i EU, og man står da bare igjen med prinsippet om EU-konform tolkning, som ikke består av noen absolutt regel om at gjennomførte EU-direktiver skal gis forrang overfor motstridende nasjonale bestemmelser.¹⁹³ Protokoll 35 tar derimot ingen forbehold for situasjoner der en bestemmelse som gjennomfører et direktiv, slår ut til ugunst for private. Den omstendighet at EØS-avtalen dermed på visse punkter går lenger enn EU-retten i å sikre EØS-rettens gjennomslag, kan hevdes å gjøre det lettere å «svelge» at EØS-avtalen også fører med seg et

¹⁹¹ Løsningen av konflikter mellom gjennomførte EU-regler og øvrige nasjonale regler er ikke noe mål *i seg selv* for prinsippet om EU-konform tolkning. Men ettersom løsningen av slike konflikter vil være nødvendig for å sikre et EU-konformt resultat, vil prinsippet om EU-konform tolkning kreve at nasjonale domstoler – så langt som mulig – tolker de to motstridende bestemmelsene harmoniserende, ev. gir den gjennomførte regelen forrang. Dette ser man blant annet i C-397-403/01 *Pfeiffer*, der situasjonen var at Tyskland hadde en nasjonal bestemmelse som korrekt gjennomførte kravet etter arbeidstidsdirektivet om at maksimal arbeidstid ikke skulle overstige 48 timer i uka. Denne nasjonale bestemmelsen hadde imidlertid direktivstridige unntak for nærmere angitte yrkesgrupper. EU-domstolen påla da den tyske domstolen – så langt det var mulig – å tolke hovedregelen utvidende eller unntaket innskrenkende, slik at direktivkonformitet ble oppnådd, jf. dommens avsnitt 116. Direkte virkning var ikke aktuelt fordi saken sto mellom private, jf. dommens avsnitt 107–109.

¹⁹² Dette underbygges av at Island har valgt å gjennomføre protokoll 35 ved å lovfeste en plikt til å tolke islandsk rett så langt som mulig i samsvar med EØS-retten, jf. den islandske EØS-loven § 1. I forarbeidene til denne bestemmelsen er den forutsatt å innebære at gjennomført EØS-rett går foran annen nasjonal rett som *lex specialis*, jf. Petursson og Runarsson (2018) s. 399. Det kan også vises til Arnesen i Sejersted mfl. (2011) s. 268 som påpeker at den norske EØS-loven § 2 ikke gir uttrykk for noe egentlig forrangsprinsipp (den måtte i så fall stått i Grunnloven), og karakteriserer den derfor som et «lovfestet forsterket presumsjonsprinsipp».

¹⁹³ Her vil den gjennomførte EU-regelens gjennomslag bero på hva som er mulig i den enkelte stat.

prinsipp om EØS-konform tolkning. På den annen side kan man se det slik at den omstendighet at EØS-avtalen går lenger enn EU-retten i å gi gjennomførte EØS-regler gjennomslag, nettopp er fordi EØS-avtalen ellers har svært begrensede muligheter for å gi *ikke-gjennomførte* EØS-regler gjennomslag, og at protokoll 35 da er til for å avhjelpe fraværet av direkte virkning og EØS-konform tolkning.

Henvisningen til protokoll 35 ble imidlertid ikke nærmere problematisert av EFTA-domstolen, og bygger nok neppe på slike betraktninger. En mer nærliggende forklaring bak henvisningen er at protokoll 35 føyer seg inn i rekken av EØS-rettslige mekanismer som gir EØS-retten gjennomslag for nasjonale domstoler, og derfor fra et mer overordnet perspektiv begrunner at EØS-avtalen krever at nasjonale domstoler tolker EØS-konformt.

3.2.1.4 Senere praksis

Etter avgjørelsene i *Karlsson*, *Straffesak mot A* og *Irish Bank* har prinsippet om EØS-konform tolkning vært oppe i en rekke avgjørelser. Det har kommet opp som ledd i at EFTA-domstolen har blitt klar over at nasjonal rett potensielt kan stå i veien for et EØS-konform resultat, og dermed er gitt en påminnelse om at domstolene må forsøke å unngå dette ved å tolke EØS-konformt,¹⁹⁴ som ledd i begrunnelsen for at EØS-retten ikke krever at feilaktig gjennomførte regler gis direkte virkning,¹⁹⁵ eller som del av en utlegning av kravene til gjennomføring av direktiver.¹⁹⁶ Alle de ovenfor gjennomgåtte begrunnelsene fra EFTA-domstolen har blitt gjentatt i nyere praksis. Begrunnelsen som oftest går igjen er den EFTA-domstolen formulerte i *Straffesak mot A* og *Irish Bank*, nemlig at det kan utledes av EØS-avtalens målsetninger, og kan forankres i lojalitetsplikten i EØS-avtalens artikkel 3 og gjennomføringspliktene i artikkel 7.

Når det gjelder EØS-avtalens målsettinger, presiserer EFTA-domstolen sjeldent hvilke målsettinger den sikter til. Som vi så fremgikk det av *Straffesak mot A* at det var homogenitetsmålsettingen som henvisnin-

¹⁹⁴ Se f.eks. E-6/13 *Metacom* avsnitt 67–69.

¹⁹⁵ Se. f.eks. E-14/20 *Liti-Link*.

¹⁹⁶ E-13/12 *ESA mot Island* avsnitt 66–74.

gen først og fremst gjaldt, men dette presiseres ikke i nyere avgjørelser. I *LBI* ble det dessuten uttalt at prinsippet om EØS-konform tolkning er «[...]inherent in the objectives of the EEA Agreement, as well as in recital 15 in the preamble and Articles 1 [...]», hvilket gir inntrykk av at homogenitetsmålsettingen kommer i tillegg til EØS-avtalens øvrige målsettinger.¹⁹⁷ Det er derfor neppe grunnlag for å tolke henvisningen til EØS-avtalens målsettinger snevert slik at den kun gjelder homogenitetsmålsettingen. EFTA-domstolen har nok også formålet om beskyttelse av individuelle rettigheter, og domstolens beskyttelse av disse, i tankene.¹⁹⁸ Dette understøttes for så vidt også av at EFTA-domstolen i to dommer også har gjentatt det ovenfor siterte avsnittet fra *Karlsson*, der EFTA-domstolen eksplisitt refererte til beskyttelsen av individuelle rettigheter og domstolens rolle i beskyttelsen av disse.¹⁹⁹

Hvis man ser nærmere på EFTA-domstolens premisser i nyere praksis, kan det spores et mønster når det gjelder hvilken betydning de ulike grunnlagene tillegges. EFTA-domstolen starter ofte resonnementene med å slå fast at lojalitetsplikten i EØS-avtalens artikkel 3 og plikten til å gjennomføre direktiver og forordninger etter artikkel 7 også retter seg mot nasjonale domstoler, og at disse dermed er forpliktet til å sikre individenes rettslige beskyttelse og at EØS-retten gjøres tilstrekkelig effektiv.²⁰⁰ Når EFTA-domstolen går konkret inn på hva prinsippet om EØS-konform tolkning går ut på, nemlig at man skal strekke seg «as far as possible», sies det at dette er «inherent in the objectives in the EEA Agreement».²⁰¹ Praksis er riktignok ikke helt konsekvent,²⁰² men det kan se ut til at EØS-avtalen artikkel 3 og 7 bare begrunner domstolens mer overordnede plikt til å sikre EØS-rettsens effektivitet eller selve *eksistensen*

¹⁹⁷ E-28/13 *LBI* avsnitt 42.

¹⁹⁸ Fortalens avsnitt 8.

¹⁹⁹ E-15/12 *Wahl* avsnitt 55 og E-6/13 *Metacom* avsnitt 69.

²⁰⁰ Se E-13/11 avsnitt 52, E-15/12 *Wahl* avsnitt 54, E-6/13 *Metacom* avsnitt 69, E-25/13 *Engilbretsson* avsnitt 159 og E-14/20 *Liti-Link* avsnitt 74–75.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² I E-18/11 *Irish Bank* avsnitt 123, der det vises til EØS-avtalen artikkel 3 og 7 og protokoll 35 ved formuleringen «as far as possible».

av prinsippet om EØS-konform tolkning, men at det er EØS-avtalens målsettinger som begrunner den *konkrete utformingen* av prinsippet.

3.2.2 **Praksis fra andre «EØS-domstoler»**

Hvorvidt EFTA-domstolen har siste ord i fastleggelsen av hvorvidt det er og skal være homogenitet mellom prinsippene om EØS-konform og EU-konform tolkning, er et spørsmål som det faller utenfor rammene av denne avhandlingen å gå nærmere inn på.²⁰³ Jeg nøyer meg med å konstatere at det i det minste er *relevant* å se hen til hva de andre «EØS-domstolene» har uttalt om grunnlaget for og formålet med prinsippet om EØS-konform tolkning, for dermed å komme nærmere et svar på hvilken forbindelse det er mellom prinsippene om EU- og EØS-konform tolkning.

Med unntak av Høyesterett i *Finanger I*, leter man imidlertid forgjeves etter praksis om det EØS-rettslige prinsippet hos andre domstoler enn EFTA-domstolen. Dette har naturlige forklaringer. For EU-domstolen er EØS-avtalen en folkerettslig avtale som anses som en integrert del av EU-retten. Bestemmelser i slike folkerettslige avtaler har direkte virkning i EU – og i forlengelsen av dette i medlemslandene, på lik linje med «ren» EU-rett – så lenge de er tilstrekkelig ubetingede og presise og avtalens «art» ikke er til hinder for det.²⁰⁴ Dersom man står overfor en EØS-regel som likevel ikke har direkte virkning, hva enten den er for uklar eller bygger på et direktiv og vil være til skade for borgerne, er det det EU-rettslige prinsippet om EU-konform tolkning som kommer til anvendelse, og ikke prinsippet om EØS-konform tolkning.²⁰⁵ Det skal

²⁰³ Jeg nøyer meg her med vise til diskusjonen mellom Rognstad og Haukeland Fredriksen i Tidsskrift for Rettsvitenskap, se Fredriksen (2010) s. 268 flg., Rognstad 2011 s. 658–668 og Fredriksen 2012 s. 333–341.

²⁰⁴ Jf. sak 104/81 *Kupferberg* avsnitt 23, C-216/13 *ClientEarth mot Kommissjonen* avsnitt 35 og for EØS-avtalens vedkommende se underrettens avgjørelse i T-527/14 *Rosenich* avsnitt 65.

²⁰⁵ Uten at jeg har noe direkte prejudikat for dette, har EU-domstolen vist til det EU-rettslige prinsippet om EU-konform tolkning ved uoverensstemmelser mellom nasjonal rett og andre konvensjoner enn EØS-avtalen som EU har tiltrådt, se f.eks. C-300/98 og C-392/98 *Parfums Christian Dior* avsnitt 47 (WTO-avtalen) og C-240/09 avsnitt 50 (Århuskonvensjonen).

imidlertid ikke utelukkes at EU-domstolen, hvis den får en EØS-sak forelagt seg og forholdene ligger til rette for det, omtaler prinsippet som EØS-konform tolkning. I de avgjørelsene der EU-domstolen har tolket EØS-avtalen, er det så vidt meg bekjent ingen av dem som dreier seg om verken EU- eller EØS-konform tolkning.²⁰⁶

Island har som nevnt valgt å gjennomføre forrangsregelen i protokoll 35 som en plikt til å tolke nasjonal rett så langt som mulig i overensstemmelse med EØS-retten.²⁰⁷ Islands Høyesterett viser derfor til denne bestemmelsen når den tolker EØS-konformt, og ikke til prinsippet om EØS-konform tolkning direkte.²⁰⁸ Som følge av dette finnes det i islandsk praksis visstnok ingen dom der det henvises til eller tas stilling til innholdet i prinsippet om EØS-konform tolkning.²⁰⁹ Jeg har ikke undersøkt om det finnes eksempler på at Liechtensteins Høyesterett omtaler prinsippet om EØS-konform tolkning. Liechtenstein synes imidlertid å bygge på en slik tilnærming til folkerettslige forpliktelser som gjør at det ikke er det samme behovet for et prinsipp om EØS-konform tolkning i Liechtenstein som i de andre EØS-EFTA-landene.²¹⁰

Vi står dermed igjen med plenumsdommen fra Høyesterett i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I), der Høyesterett, overraskende nok *før* EFTA-domstolen avga rådgivende uttalelse i *Karlsson*, fant grunnlag for et prinsipp om EØS-konform tolkning i EØS-avtalen. Høyesteretts flertall viste til at EØS-medlemsstatene etter EØS-avtalen har en plikt til å utvise lojalitet overfor fellesskapets bestemmelser, og at prinsippet om direktivkonform tolkning måtte «vurderes på denne bakgrunn». Flertallet fant særlig grunn til å fremheve EØS-avtalens artikkel 3 om at avtalepartene «skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til

²⁰⁶ Den tidligere omtalte avgjørelsen i T-527/14 *Rosenich* kunne vært et eksempel (riktignok fra Underretten), men denne gjaldt EØS-konform tolkning av en EU-forordning og ikke nasjonal rett.

²⁰⁷ Jf. den islandske EØS-loven art. 3.

²⁰⁸ Petursson og Runarsson (2018) s. 399.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ Se Frommelt (2018) s. 43–44 der det redegjøres for at EØS-retten har direkte virkning i Liechtenstein. Det fremgår imidlertid også at EØS-retten ikke har forrang med mindre den er gjennomført. I så fall vil det være behov for EØS-konform tolkning ved konflikt mellom ikke-gjennomført EØS-rett og Liechtensteinsk rett.

å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale», og understreket at denne også er rettet mot domstolene. Flertallet fant dermed, i likhet med EFTA-domstolen i *Straffesak mot A*, at lojalitetsplikten i EØS-avtalen begrunner et EØS-rettslig prinsipp om EØS-konform tolkning. Høyesterett trakk også frem formålet om rettsenhet (homogenitet) og viste i den forbindelse faktisk til EØS-avtalens artikkel 6, noe man ikke finner spor av i EFTA-domstolens praksis. Ifølge flertallet var det «antatt» at EØS-avtalen artikkel 6 også gjelder «alminnelige tolkningsprinsipper», og at EUs medlemsstater hadde en «tilsvarende» lojalitetsplikt i Roma-traktatens artikkel 10.²¹¹ Flertallet viste i samsvar med dette til en serie avgjørelser fra EU-domstolen for å klarlegge det nærmere innholdet i prinsippet. Flertallet tok imidlertid ikke stilling til om prinsippet om EØS-konform tolkning gikk like langt som prinsippet om EU-konform tolkning. Flertallet må da tolkes slik at selv om EØS-avtalen artikkel 6 og homogenitetsmålsettingen kom til anvendelse, var det ingen automatikk i at de to prinsippene var sammenfallende.

Mindretallet mente også at det gjaldt et prinsipp om EØS-konform tolkning etter EØS-avtalen, og sluttet seg til at flertallets uttalelser om at lojalitetsplikten etter EØS-avtalens artikkel 3 også er rettet mot domstolene. I likhet med flertallet synes også mindretallet i det vesentlige å bygge på lojalitetsplikten og homogenitetsmålsettingen. Mindretallet er imidlertid mer tydelig på at EØS-avtalens artikkel 6 får direkte anvendelse på EU-domstolens praksis om prinsippet om EU-konform tolkning, og la derfor til grunn at prinsippet om EØS-konform tolkning går like langt som prinsippet om EU-konform tolkning.

Høyesterett var følgelig samstemte i at lojalitetsplikten i EØS-avtalens artikkel 3 og homogenitetsmålsettingen tjente som grunnlag for et prinsipp om EØS-konform tolkning, noe som også er i samsvar med det EFTA-domstolen senere har uttalt. Det mest interessante med Høyesteretts uttalelser er at Høyesterett her, til forskjell fra EFTA-domstolen, mente at EØS-avtalen artikkel 6 kom til anvendelse på prinsippet om EØS-konform tolkning, og at praksis fra EU-domstolen om prinsippet om EU-konform tolkning hadde betydning i EØS-avtalen. Flertallet avklarte

²¹¹ Hvilke «alminnelige tolkningsprinsipper» man her siktet til, er imidlertid noe uklart.

imidlertid ikke om dette betydde at prinsippene var innholdsmessig sammenfallende i EFTA- og EU-pilaren.

3.2.3 Oppsummering og vurdering

Gjennomgangen har vist at EFTA-domstolen har vist til en rekke forskjellige grunnlag for prinsippet om EØS-konform tolkning, herunder til det alminnelige folkerettslige effektivitetsprinsippet, homogenitetsmålsettingen, beskyttelsen av individuelle rettigheter, lojalitetsplikten i EØS-avtalens artikkel 3, plikten til å gjennomføre sekundærretten i artikkel 7 og forrangsregelen i protokoll 35. I nyere praksis er det først og fremst lojalitetsplikten i EØS-avtalens artikkel 3, gjennomføringspliktene i artikkel 7 og EØS-avtalens målsettinger det vises til, men alle de opplistede grunnlagene holdes fortsatt «i live». EFTA-domstolen har ikke i noe tilfelle vist til verken EØS-avtalens artikkel 6, ODA artikkel 3 nr. 2 eller EU-domstolens praksis.

EFTA-domstolens mangfoldige referanser kan kritiseres, all den tid de gjør det uklart hvordan det EØS-rettslige prinsippet forholder seg til sitt EU-rettslige motstykke. Etter mitt syn er det imidlertid vanskelig å se for seg andre måter å tilnærme seg problemet på enn den EFTA-domstolen har valgt. Som tidligere nevnt er det en rekke fragmenter i EØS-avtalen som kan tas til inntekt for både det ene og andre når det gjelder nasjonale domstolers plikt til å tolke EØS-konformt. Man kan derfor ikke utlede prinsippet om EØS-konform tolkning av én konkret bestemmelse eller ett konkret formål. At EØS-avtalen gir individer rettigheter, og at domstolene er tiltenkt en viktig rolle i sikringen av disse, tilsier at nasjonale domstoler har plikter med hensyn til tolkningen av nasjonal rett. At medlemsstatene har en lojalitetsplikt, og at denne også er rettet mot domstolene, tilsier det samme. Det samme gjelder plikten til gjennomføring i artikkel 7: EØS-retten blir ikke *endelig gjennomført*, i betydningen gitt gjennomslag for domstolene, uten medvirkning fra domstolene som lojalt tolker implementeringslover i overensstemmelse med de underliggende EØS-reglene. Og dessuten tilsier homogenitetsmålsettingen at EØS-retten sikres gjennomslag i nasjonal rett gjennom

EØS-konform tolkning, ettersom EU-retten har et slikt gjennomslag i EUs medlemsland.

Dersom EFTA-domstolen hadde fulgt Høyesteretts mindretalls tilnærming i *Finanger I*, ved å vise til EØS-avtalens artikkel 6 og EU-domstolens praksis, ville man kunne si at det EØS-rettslige prinsippet som utgangspunkt samsvarte med det EU-rettslige. EFTA-domstolen har imidlertid ikke gjort dette. EFTA-domstolen *har* riktignok vist til homogenitetsmålsettingen, men denne synes å bli tillagt en annen rolle enn den har ved fastleggelsen av innholdet i materiell EØS-rett. EFTA-domstolens tilnærming til homogenitetsmålsettingen innenfor rammen av prinsippet om EØS-konform tolkning er ikke å tilstrebe *regelverkshomogenitet*, altså homogenitet mellom prinsippene om EØS- og EU-konform tolkning, men homogenitet mellom hvilket *gjennomslag* EØS-retten har i EFTA-pilaren og EU-pilaren («virkningshomogenitet» eller «gjennomslagshomogenitet»²¹²). Dette kan utledes for det første av den omstendighet at EFTA-domstolen ikke viser til EU-domstolens praksis om prinsippet om EU-konform tolkning, eller EØS-avtalens artikkel 6 eller ODA artikkel 3 nr. 2. For det andre kan det utledes av *Irish Bank*, der EFTA-domstolen omtalte prinsippet om EØS-konform tolkning umiddelbart etter at det ble slått fast at homogenitetsmålsettingen bare kunne nås dersom EØS-borgerne i EFTA-landene «enjoys the same rights» som borgerne i EU. Homogenitet mellom prinsippene om EØS-konform tolkning og EU-konform tolkning synes følgelig ikke å være noe mål i seg selv, det er *likt gjennomslag* som er målet, og prinsippet om EØS-konform tolkning er et middel til å realisere denne målsettingen.²¹³ Med en slik forståelse av homogenitetsmålsettingen, kan man ikke av denne slutte at det er innholdsmessig sammenfall mellom det EØS-rettslige og det EU-rettslige prinsippet.

Dette har etter mitt syn også gode grunner for seg. Det er grunnleggende forskjeller mellom EU og EØS-avtalens gjennomslagsmekanismer. For å kunne sikre EØS-retten så vidt mulig samme gjennomslag i EFTA-landene som EU-retten har i EU-landene, samtidig som man skal

²¹² Om de ulike aspektene ved homogenitetsmålsettingen, se Jervell (2002) s. 135 flg.

²¹³ I samme retning hva gjelder erstatningsansvaret, se Jervell (2002) s. 136.

respekterer fraværet av overnasjonalitet i EØS-avtalen, er det behov for et prinsipp om EØS-konform tolkning som prinsipielt sett er løsrevet fra det EU-rettslige prinsippet om EU-konform tolkning.

EFTA-domstolen synes å ha hatt samme tilnærming til det EØS-rettslige statlige erstatningsansvaret, og har der trukket den slutning et EØS-ansvaret ikke nødvendigvis er sammenfallende med EU-ansvaret i alle relasjoner.²¹⁴ Selv om vi foreløpig ikke har noen tilsvarende prinsipputtalelse fra EFTA-domstolen om forholdet mellom prinsippene om EU- og EØS-konform tolkning, tilsier den omstendighet at også prinsippet om EØS-konform tolkning forankres i EØS-spesifikke grunnlag, at prinsippene om EU- og EØS-konform tolkning ikke nødvendigvis må være sammenfallende i alle relasjoner. EFTA-domstolen må anses for å ha etablert et prinsipp om EØS-konform tolkning som formelt sett er løsrevet fra prinsippet om EU-konform tolkning, og dermed gjort det mulig å utvikle innholdet i og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet på selvstendig vis.

Med denne konklusjonen blir i utgangspunktet EFTA-domstolens praksis om prinsippet om EØS-konform tolkning den vesentligste rettskildefaktoren for å fastlegge innholdet i og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet. Dette skal jeg nå se nærmere på.

3.3 Innhold og rekkevidde

3.3.1 EFTA-domstolens praksis

I *Karlsson* ble innholdet i tolkningsprinsippet beskrevet som en plikt for nasjonale domstoler til å ta i betraktning («consider») EØS-retten, hva enten den var gjennomført eller ikke.²¹⁵ Sett hen til at EU-domstolen på samme tid formulerte plikten til EU-konform tolkning som en plikt til å strekke seg «as far as possible» for å nå et EU-konformt resultat, synes EFTA-domstolen i *Karlsson* å gjøre alvor av at det EØS-rettslige prinsippet er noe eget og løsrevet fra sitt EU-rettslige motstykke.

²¹⁴ E-4/01 *Karlsson* avsnitt 30.

²¹⁵ E-4/04 *Karlsson* avsnitt 28.

Ved å slå fast at nasjonale domstoler plikter å ta hensyn til ikke-gjennomført EØS-rett, peker EFTA-domstolen på et sentralt poeng: En forutsetning for at det i det hele tatt skal være mulig for nasjonale domstoler å tolke EØS-konformt, er at de har adgang til å ta i betraktning EØS-rett, uavhengig av om den er gjennomført eller ikke. EU-domstolen har så vidt meg bekjent aldri slått fast det samme, men dette ligger antagelig til grunn som en ikke uttalt forutsetning for prinsippet.²¹⁶ Det er imidlertid ingen selvfølge at medlemsstatenes nasjonale rettskildelære gir adgang til å ta i betraktning ikke-gjennomført EØS-rett, særlig ikke i dualistiske rettssystemer som Norge og Island. En plikt til å ta i betraktning ikke-gjennomført EU/EØS-rett *kan* være i strid med nasjonale rettskildепrinsipper for, med norsk terminologi, *relevans*.

Prinsipielt sett må en slik plikt derfor likestilles med de metodiske kravene jeg gjennomgikk i punkt 2.5 over. Når EFTA-domstolen slår fast et slikt metodisk krav uten samtidig å ta forbehold for hva nasjonale rettskildепrinsipper tillater, kan det se ut til at EFTA-domstolen fra første stund har ansett prinsippet om EØS-konform tolkning som et tolkningsprinsipp som på visse punkter (i teorien) kan gå lenger enn det nasjonale rettskildепrinsipper tillater.

Både Fredriksen/Mathisen og Arnesen mfl. er inne på dette i sine fremstillinger av EØS-retten. Under henvisning til at også ikke-gjennomført EØS-rett må tas i betraktning, uttaler de at EØS-retten «griper inn i» nasjonal metodelære.²¹⁷ I begge fremstillinger legges det likevel til grunn, noe selvmotsigende etter min mening, at nasjonale rettskilderettskildепrinsipper er avgjørende for pliktens rekkevidde i EØS.²¹⁸

²¹⁶ Plikten til å strekke seg «as far as possible» ville være temmelig meningsløs dersom nasjonale domstoler ikke hadde adgang til å ta i betraktning EU-rett. Se også Fredriksen og Mathisen (2022) s. 414 som omtaler dette som «essensen» i plikten til EU-konform tolkning, likevel uten at dette forankres i noen dom fra EU-domstolen.

²¹⁷ Jf. Fredriksen og Mathisen (2022) s. 418 og Arnesen mfl. (2022) s. 648.

²¹⁸ Arnesen mfl. (2022) s. 648 og Fredriksen og Mathisen (2022) s. 419–420, sistnevnte riktignok noe mer forbeholden.

I *Straffesak mot A* ble plikten til å ta hensyn til ikke-gjennomført EØS-rett erstattet med at nasjonale domstoler

«must apply the interpretative methods *recognised by national law as far as possible* in order to achieve the result sought by the relevant EEA rule».²¹⁹

Her ser man for det første at EFTA-domstolen importerer den tilsvarende formuleringen som EU-domstolen bruker når den presiserer rekkevidden av prinsippet om EU-konform tolkning, nemlig at nasjonale domstoler skal strekke seg «as far as possible».²²⁰ For det andre ser man at EFTA-domstolen presiserer at «as far as possible» knytter seg til rekkevidden av *nasjonale* tolkningsprinsipper, slik vi har sett at EU-domstolen også gjør.²²¹ Sett i lys av Kommisjonens og ESAs skriftlige innlegg, er det åpenbart at formuleringene er hentet fra EU-domstolens praksis, men EFTA-domstolen fremfører dem likevel som sine egne.²²²

«As far as possible» og «interpretive methods recognised by national law» er senere gjentatt i en rekke saker, og har på samme måte som i EU blitt standardformuleringer i EFTA-domstolens praksis.²²³ Ved å slå fast at nasjonale domstoler skal strekke seg så langt som mulig etter *nasjonale tolkningsprinsipper*, kan man spørre seg om EFTA-domstolen mener plikten fra *Karlsson* til å ta i betraktning ikke-gjennomført EØS-rett bare gjelder for det tilfelle at nasjonale rettskildepinsipper tillater det. EFTA-domstolen har imidlertid senere gjentatt uttalelsene fra *Karlsson* om at nasjonale domstoler skal ta hensyn til både gjennomført og ikke-gjennomført EØS-rett, uten å avklare hvorvidt dette bare gjelder dersom nasjonal rettskildelære tillater det.²²⁴

²¹⁹ Sak E-1/07 avsnitt 39 (min kursivering).

²²⁰ Jf. eksempelvis C-760/18 *Agios Nikolaos* avsnitt 65.

²²¹ Jf. eks. C-282/10 *Dominguez* avsnitt 27.

²²² I rettsmøterapporten i sak E-1/07 *Straffesak mot A* avsnitt 96 fremgår det at Liechtenstein og Norge viste til formuleringene i *Karlsson*, mens ESA og EU-kommisjonen viste til EU-domstolens praksis og formuleringen «as far as possible».

²²³ Se f. eks. E-28/13 *LBI* avsnitt 42 og E-14/20 *Liti-Link* avsnitt 75.

²²⁴ E-15/12 *Wahl* avsnitt 55 og E-6/13 *Metacom* avsnitt 69.

I *LBI* introduserte EFTA-domstolen enda et metodisk krav, også her slik vi kjenner det fra EU-domstolens praksis:

«[...]the national court must presume that the EEA/EFTA State had the intention of fulfilling entirely the obligations arising from the directive concerned.»²²⁵

Som fremholdt under omtalen av det tilsvarende kravet fra EU-domstolen,²²⁶ gir formuleringen uttrykk for et metodisk krav om at lovgiverviljen skal presumeres å ha vært å oppfylle forpliktelsene etter et direktiv fullt ut, slik at man ikke er avhengig av konkrete holdepunkter for å etablere en «EØS-konform» lovgivervilje. Den kan med norsk terminologi kalles en norm for *slutning*, og kan i prinsippet konkurrere med andre, nasjonale normer for slutning fra lovgiverviljen.

Dermed ser vi at vi har den samme, tilsynelatende indre motsetningen i EFTA-domstolens premisser som det EU-domstolen har i sine: det holdes fast ved at det er nasjonale tolkningsprinsipper som er avgjørende, samtidig som det utvikles ubetingede metodiske krav som det ikke er gitt at medlemsstatenes nasjonale rettskildelære anerkjenner.

I *LBI* er det imidlertid påfallende hvordan EFTA-domstolen flere ganger understreker at det er *nasjonale* tolkningsprinsipper som skal brukes. EFTA-domstolen referer til tolkningsprinsippene «recognised by Icelandic law», og at en EØS-konform tolkning av nasjonal rett «may be impossible according to the interpretative methods recognised by national law», og at medlemsstaten i så fall kan bli erstatningsansvarlig.²²⁷ *Fredriksen* og *Mathisen* tar dette til inntekt for at EFTA-domstolen er bevisst på diskusjonen i EU om hvorvidt nasjonale tolkningsprinsipper er avgjørende for pliktens rekkevidde, og at den tilsynelatende benyttet sjansen i *LBI* til å avklare at det er nasjonale tolkningsprinsipper som er avgjørende i EØS-sammenheng.²²⁸ Etter mitt syn blir man imidlertid

²²⁵ E-28/13 *LBI* avsnitt 41, uten henvisning til EU-domstolens tilsvarende formuleringer i C-334/92 *Wagner Miret* og forente saker C-397 og C-403/01 *Pfeiffer* avsnitt 112.

²²⁶ Se punkt 2.5 over.

²²⁷ E-28/13 *LBI* avsnitt 44 og 45.

²²⁸ *Fredriksen* og *Mathisen* (2022) s. 419–420.

ikke særlig klokere av at EFTA-domstolen gjentar det samme budskapet flere ganger – nemlig at nasjonale tolkningsprinsipper er avgjørende – særlig når det samtidig fastholdes at nasjonale domstoler må presumere at lovgiverviljen er å oppfylle EØS-forpliktelsene, som det jo ikke er gitt at nasjonale rettskildeprinsipper anerkjenner.

EFTA-domstolen har i *Liti-Link* gjentatt uttalelsen om at nasjonale domstoler må presumere at lovgiverviljen har vært å oppfylle forpliktelsene etter EØS-retten, men det fastholdes likevel i samme avgjørelse at nasjonale domstoler skal strekke seg så langt som mulig ved bruk av nasjonale tolkningsprinsipper.²²⁹ Hvorvidt EFTA-domstolen må forstås slik at nasjonale rettskildeprinsipper er avgjørende for pliktens rekkevidde i EØS, skal drøftes nedenfor i punkt 3.3.3.

EFTA-domstolen har også gjort andre presiseringer av prinsippet om EØS-konform tolkning. Disse går litt på siden av diskusjonen av om det er nasjonale tolkningsprinsipper som er avgjørende eller ikke, men illustrerer hvordan EU-domstolens praksis har blitt importert av EFTA-domstolen. I *Irish Bank* presiserte EFTA-domstolen det EU-domstolen slo fast i *Pfeiffer*,²³⁰ nemlig at nasjonale domstoler må ta i betraktning «the whole body of national law» i prosessen med å nå et EØS-konformt resultat.²³¹ Dermed er prinsippet om EØS-konform tolkning i likhet med sitt motstykke i EU ikke begrenset til implementeringslover, men gjelder ved tolkningen av alle nasjonale bestemmelser. Når dette så gjentas i E-25/13 *Engilbretsson*, henviser faktisk EFTA-domstolen til EU-domstolens praksis, og ikke til sin egen avgjørelse i *Irish Bank*.²³²

I nevnte E-28/13 *LBI* presiserte EFTA-domstolen at nasjonale domstoler

«must apply the interpretative methods recognised by national law, as far as possible, [...] in order to achieve the result sought by the

²²⁹ E-14/20 *Liti-Link* avsnitt 74.

²³⁰ C-397/01 og C-403/01 *Pfeiffer* avsnitt 115.

²³¹ E-18/11 *Irish Bank* avsnitt 124.

²³² E-25/13 *Engilbretsson* avsnitt 163. EU-dommene det vises til er C-282/10 *Dominguez* og C-618/10 *Banco Español de Crédito*.

directive, favouring the interpretation of the national rules which is the most consistent with that purpose»²³³ (min kursivering).

Vi har allerede sett at EU-domstolen ga en identisk formulering i C-594/10 *T.G. van Laarhoven* avsnitt 37. Som fremholdt under punkt 2.3 er dette en konkretisering av hva det vil si å strekke seg så langt som mulig innenfor rammen av hva nasjonale tolkningsprinsipper tillater: I den utstrekning nasjonal rettskildelære utpeker flere mulige tolkningsresultater, er man forpliktet til å velge det som er mest EØS-konformt.

Oppsummert ser vi at EFTA-domstolen gjennom årene har kopiert en rekke av de formuleringene EU-domstolen bruker. I likhet med prinsippet om EU-konform tolkning er prinsippet om EØS-konform tolkning som utgangspunkt en plikt til å tolke nasjonal rett så langt som mulig i overensstemmelse med EØS-retten, men innenfor rammen av hva nasjonale rettskildeprinsipper tillater. Dette konkretiseres til en plikt til å prioritere den EØS-konforme tolkningen blant flere mulige tolkningsalternativer. I likhet med EU-domstolen har EFTA-domstolen også formulert ubetingede metodekrav uten noe forbehold for om disse anerkjennes av nasjonal rettskildelære, som tilsynelatende står i en viss motsetning med uttalelsene om at nasjonale rettskildeprinsipper er avgjørende. EFTA-domstolen har imidlertid bare utviklet to slike: For det første at nasjonale domstoler må ta i betraktning EØS-retten hva enten den er gjennomført eller ikke, og for det andre at nasjonale domstoler må operere med en presumsjon for at lovgiverviljen har vært å oppfylle forpliktelsene etter et direktiv fullt ut. EFTA-domstolen har foreløpig ikke tatt stilling til om prinsippet om EØS-konform tolkning etter omstendighetene kan innebære en plikt til også å fravike nasjonal rettspraksis eller forarbeidsuttalelser, slik EU-domstolen som nevnt har slått fast i henholdsvis *Ajos* og *Björnekulla*.²³⁴ EFTA-domstolen har heller ikke avklart om prinsippet om EØS-konform tolkning begrenses av

²³³ E-28/13 *LBI* avsnitt 42.

²³⁴ C-371/02 *Björnekulla* og *Ajos*. Så vidt meg bekjent har det heller ikke vært foreleggelses der dette har kommet på spissen.

generelle prinsipper og derfor ikke kan brukes til skjerpelse eller ileggelse av straff eller tolkninger av nasjonal rett *contra legem*.

3.3.2 Er EU-domstolens praksis likevel styrende?

Jeg konkluderte ovenfor med at EFTA-domstolen har utviklet et selvstendig EØS-rettslig prinsipp om EØS-konform tolkning som ikke nødvendigvis sammenfaller fullt ut med sitt EU-rettslige motstykke. Gjennomgangen har vist at EFTA-domstolen likevel kopierer en rekke av EU-domstolens formuleringer når den utformer innholdet i det EØS-rettslige prinsippet. Slik EFTA-domstolen legger det opp, må likheten til EU-domstolens premisser skyldes tilfeldigheter, ettersom formuleringene bygger på EØS-avtalen selv og ikke på EU-domstolens praksis. Sett hen til hvor mange av EFTA-domstolens formuleringer som ordrett er hentet fra EU-domstolens praksis, kan man imidlertid spørre om det er grunn til å skjære gjennom formalitetene og si at EU-domstolens praksis likevel er styrende for innholdet i prinsippet om EØS-konform tolkning.²³⁵

EFTA-domstolens tilnærming viser etter mitt syn at man må sondre mellom grunnlaget for *eksistensen* av prinsippet om EØS-konform tolkning, og grunnlaget for *utformingen* av det. Som jeg var inne på under punkt 3.2.3, kan de EØS-spesifikke grunnlagene som prinsippet om EØS-konform tolkning bygger på (EØS-avtalens mål om beskyttelse av individuelle rettigheter og domstolens beskyttelse av disse, lojalitetsplikten i artikkel 3 og gjennomføringspliktene i artikkel 7) begrunne at nasjonale domstoler i noen grad plikter å tolke EØS-konformt. Disse grunnlagene sier imidlertid lite om hva prinsippet om EØS-konform tolkning *konkret går ut på*. EFTA-domstolen synes selv å antyde noe liknende i nyere praksis, når den ikke legger mer i EØS-avtalens artikkel 3 og 7 enn at nasjonale domstoler plikter å sikre EØS-rettens effektivitet. EFTA-domstolen har ikke gitt noen overbevisende, EØS-spesifikk be-

²³⁵ At EFTA-domstolen i E-25/13 *Engilbretsson* faktisk viste til EU-domstolens praksis når den uttalte at nasjonal rett «as a whole» skal tolkes EØS-konformt, gjør dette spørsmålet desto mer berettiget, selv om dette riktignok fremstår som en glipp i det ellers konstante fraværet av henvisninger til dommer fra EU-domstolen.

grunnelse for hvorfor prinsippet om EØS-konform tolkning gir opphav til helt likelydende forpliktelser som prinsippet om EU-konform tolkning. I fravær av en slik begrunnelse er det grunn til å legge betydelig vekt på at EFTA-domstolen *de facto* fastlegger innholdet i prinsippet om EØS-konform tolkning fra EU-domstolens praksis.

Dette skulle tilsi at de elementene ved det EU-rettslige prinsippet som foreløpig ikke finnes i EFTA-domstolens praksis, likevel kan anses for gjeldende også under EØS-avtalen. Det innebærer i så fall at prinsippet om EØS-konform tolkning også inneholder plikt til å fravike nasjonal rettspraksis, og etter omstendighetene også forarbeidsuttalelser, og at disse metodiske kravene gjelder uten reservasjon om adgang etter nasjonal rettskildelære. Det er imidlertid ikke fullt så enkelt. Selv om man skulle legge til grunn at EU-domstolens praksis om EU-konform tolkning som utgangspunkt også er gjeldende EØS-rett, må man likevel ta i betraktning at EØS-avtalen ikke innebærer noen overføring av lovgivningsmyndighet og direkte virkning. Det må derfor gjøres en egen EØS-rettslig vurdering av hvorvidt «hullene» i EFTA-domstolens praksis kan fylles ut med praksis fra EU-domstolen, der det sentrale spørsmålet er om EØS-avtalens manglende overnasjonalitet og direkte virkning tilsier at dette må besvares benektende.

Dette kan også formuleres som et spørsmål om fraværet av direkte virkning og overnasjonalitet er «compelling grounds» for at EØS-avtalens artikkel 3 og 7 ikke kan tolkes på samme måte som TEU art. 4 nr. 3 og TEUV artikkel 288 for så vidt disse bestemmelsene krever EU-konform tolkning, slik EFTA-domstolen formulerte vurderingstemaet i *L'Oréal*.²³⁶ I den grad dette vurderingstemaet har overføringsverdi til andre EØS-bestemmelser, er det etter mitt syn begrenset til bestemmelser der homogenitetsmålsettingen *som utgangspunkt* tilsier lik tolkning. Som gjennomgangen over har vist, er det ikke grunnlag for å si at dette er tilfelle om EØS-avtalen artikkel 3 og 7 mv. for så vidt som disse krever EØS-konform tolkning av nasjonale domstoler. Selv om homogenitetsmålsettingen tilsier likt *gjennomslag*, er ikke dette ensbetydende med at prinsippene har lik *utforming* i EU og EØS. Når det etter mitt syn likevel

²³⁶ Forente saker E-9/07 og E-10/07 *L'Oréal* avsnitt 31.

er grunnlag for å oppstille en presumsjon for at EU-domstolens praksis om prinsippet om EU-konform tolkning kan overføres til EØS-avtalen, er dette utelukkende fordi EFTA-domstolen *de facto* har kopiert EU-domstolens utforming av det EU-rettslige tolkningsprinsippet, og ikke fordi homogenitetsmålsettingen tilsier at prinsippene er likelydende.

3.3.3 Kan «hullene» i EFTA-domstolens praksis fylles ut med EU-domstolens praksis?

Noen av de presiseringene som EU-domstolen har gjort av prinsippet om EU-konform tolkning, som foreløpig mangler i EFTA-domstolens praksis, er uproblematiske i forhold til fraværet av overnasjonalitet og direkte virkning i EØS-avtalen. Dette gjelder for det første EU-domstolens presisering av at plikten til EU-konform tolkning kan brukes til ugunst for private parter,²³⁷ så lenge det ikke er tale om ileggelse eller skjerpelse av straff.²³⁸ Selv om EFTA-domstolen ikke uttrykkelig har slått fast at prinsippet også gjelder til ugunst for private, har den slått fast at det gjelder en plikt til EØS-konform tolkning i en sak der dette ville blitt konsekvensen.²³⁹ Det har foreløpig ikke blitt uttalt at tolkningsplikten ikke kan brukes til ileggelse eller skjerpelse av straff, noe som antagelig skyldes at domstolen foreløpig ikke har fått seg forelagt en sak der dette har kommet på spissen. En slik begrensning må nemlig også gjelde for den EØS-rettslige plikten, riktignok ikke på grunnlag av EUs pakt om grunnleggende rettigheter, men på grunn av det strafferettslige lovkravet i EMK artikkel 7, som må anses som en grunnrettighet også i EØS-retten.²⁴⁰

Utenfor strafferettens område har EU-domstolen fremholdt at plikten til EU-konform tolkning ikke kan brukes til tolkning *contra legem*. Som

²³⁷ Jf. eks. C-321/05 *Kofoed* avsnitt 34.

²³⁸ Sak 80/86 *Kolpinghuis* avsnitt 13.

²³⁹ I E-18/11 *Irish Bank* ville en EØS-konform tolkning være til ugunst for den islandske banken «Kauþthing Bank», se dommens avsnitt 116 og 124.

²⁴⁰ EFTA-domstolen har i flere avgjørelser vist til EMK som kilde til fastleggelsen av EØS-retten grunnrettigheter, jf. eks. E-2/03 *Asgeirsson* avsnitt 23, E-15/10 *Posten Norge* avsnitt 85 og sak E-2/20 *UNE mot L* avsnitt 50. Se tilsvarende Venemyr (2017) s. 74–77.

gjennomgangen i punkt 2.6.2 viste, har ikke EU-domstolen avklart hvilket selvstendig innhold *contra legem* har som begrensning på tolkningsplikten utover det som ligger i «as far as possible». Det sentrale er i begge tilfeller at det går en grense for hvor langt nasjonale domstoler kan legge tolkningen av nasjonale bestemmelser på strekk, og at EU-domstolen lar avgjørelsen av dette være opp til nasjonale domstoler. Når EFTA-domstolen har slått fast at nasjonale domstoler skal tolke EØS-konformt «as far as possible» og at en EØS-konform tolkning «may be impossible according to interpretive methods recognised by national law», ligger det dermed en *contra legem*-begrensning innbakt i det EØS-rettslige prinsippet.

Hvorvidt EU-domstolens uttalelser om at plikten til EU-konform tolkning innebærer en plikt til å fravike nasjonal rettspraksis og etter omstendighetene forarbeidsuttalelser, jf. henholdsvis *Ajos* og *Björnekulla*, også gjelder i EØS-avtalen, er ikke like enkelt å svare på. Vi har allerede sett at EFTA-domstolen har etablert metodiske krav for EFTA-statenes domstoler, i form av en plikt til å ta hensyn til ikke-gjennomført EØS-rett²⁴¹ og en plikt til å gå ut fra at lovgiver har hatt til hensikt å oppfylle forpliktelsene etter et direktiv fullt ut.²⁴² Ettersom EU-domstolens uttalelser om plikt til å fravike prejudikater, og etter omstendighetene også forarbeidsuttalelser, også er metodiske krav til nasjonale domstoler, er det ikke tale om å overføre noe prinsipielt nytt til EØS-avtalen. Jeg har imidlertid foreløpig ikke tatt stilling til om de metodiske kravene fra EFTA-domstolen gjelder uten hensyn til hva nasjonal rettskildelære tillater. Det er dette som i tilfelle kan være problematisk opp mot fraværet av direkte virkning og overnasjonalitet i EØS-avtalen, ettersom de metodiske kravene i så fall kan ha som konsekvens at nasjonale domstoler blir forpliktet til å tolke EØS-konformt uten at nasjonal rettskildelære tillater det. Dersom EFTA-domstolen må forstås slik at de metodiske kravene den foreløpig har oppstilt, gjelder uten noen reservasjon om adgang etter nasjonal rettskildelære, tilsier ikke fraværet av direkte virkning og overnasjonalitet at disse *ikke også* ledsages av en plikt til å

²⁴¹ E-4/01 *Karlsson* avsnitt 28, E-15/12 *Wahl* avsnitt 55 og E-6/13 *Metacom* avsnitt 69.

²⁴² E-28/13 *LBI* avsnitt 41 og E-14/20 *Liti-Link* avsnitt 74.

fravike rettspraksis og etter omstendighetene forarbeidsuttalelser. Det er – noe forenklet – spørsmålet om de metodiske kravene kan gå lenger enn nasjonale rettskildeprinsipper, som er EØS-rettslig problematisk, og ikke hva de helt konkret går ut på.

Spørsmålet blir dermed om de EØS-rettslige metodekravene, altså plikten til å ta hensyn til ikke-gjennomført EØS-rett og plikten til å presumere EØS-konform lovgivervilje, bare gjelder for så vidt EFTA-landenes nasjonale rettskildelære gir adgang til det, eller om de gjelder uavhengig av dette.

Hvis man utelukkende ser hen til EFTA-domstolens praksis, er det mest nærliggende å forstå metodekravene på samme måte som man forstår EU-domstolens tilsvarende krav, altså at de gjelder uten reservasjoner for hva nasjonal rettskildelære tillater. I likhet med EU-domstolen formulerer EFTA-domstolen de metodiske kravene uten å ta noe forbehold om adgang etter nasjonal rettskildelære. Dessuten henviser EFTA-domstolen til nasjonale tolkningsprinsipper, i likhet med EU-domstolen, i sammenheng med plikten til å strekke seg så langt som mulig. Formuleringene utelukker ikke at nasjonale domstoler i tillegg til dette må forholde seg til egne EØS-rettslige metoderegler.²⁴³ Tvert imot formulerer EFTA-domstolen seg slik at plikten til å strekke nasjonale tolkningsprinsipper så langt som mulig, eksisterer side ved side ved plikten til å ta hensyn til ikke-gjennomført EØS-rett og plikten til å presumere EØS-konform lovgivervilje. Dersom man likevel skal lese inn en reservasjon om adgang etter nasjonal rettskildelære, må dette i tilfelle bygge på andre forhold enn EFTA-domstolens egne premisser.

Under drøftelsen av om de EU-rettslige metodekravene gjelder uavhengig av hva nasjonal rettskildelære gir anledning til, ble kompetansefordelingen i foreleggelsessaker etter TEUV artikkel 267 foreslått som en mulig skranke. Fordi de EU-rettslige metodereglene bare normerer enkeltelementer i tolkningsprosessen, slik at nasjonale rettskildeprinsipper fortsatt vil være den dominerende faktor, ble imidlertid ikke kompetansefordelingen ansett som et hinder for å forstå de EU-

²⁴³ I samme retning om EU-domstolens formuleringer, Fredriksen og Mathisen (2022) s. 415.

rettslige metodereglene på en slik måte. Dette slår likt ut i EØS-avtalen. EFTA-domstolen og EFTA-landenes domstoler har en tilsvarende kompetansefordeling etter ODA-avtalens artikkel 34. På samme måte som at EU-domstolen ikke kan sies å «ta over» tolkningen av nasjonal rett ved å oppstille EU-rettslige metodekrav, kan ikke EFTA-domstolen sies å gjøre dette ved å oppstille EØS-rettslige metodekrav, når disse bare normerer enkeltelementer av tolkningsprosessen.

En annen prinsipiell innvending mot å forstå de metodiske kravene uten reservasjon om adgang etter nasjonal rettskildelære, er at det i tilfelle vil innebære en form for direkte virkning som EØS-avtalen ikke anerkjenner. Dette bygger i tilfelle på det forhold at ubetingede metoderegler kan ha som konsekvens at nasjonale domstoler blir forpliktet til å tolke EØS-konformt selv om nasjonale tolkningsregler ikke gir adgang til det, hvilket kan hevdes å utgjøre en *de facto* direkte virkning.

Dette var imidlertid også en innvending mot å forstå de EU-rettslige metodereglene som ubetingede, fordi prinsippet om direkte virkning i EU ikke gjelder uten kvalifikasjoner. Som vist under punkt 2.5.5 er det vesentlige forskjeller mellom direkte virkning og ubetingede metodiske krav. Mens direkte virkning og forrang krever at nasjonal rett tilsidesettes uten hensyn til hvor EU-stridig den er, er de metodiske kravene utformet slik at nasjonale domstoler vil være avhengige av tilstrekkelige holdpunkter i nasjonal rett for å lande på et EU-konformt resultat. Dessuten ble det fremholdt at man ikke kan trekke slutninger fra rene begreper som direkte virkning og EU-konform tolkning. Fordi EU-domstolen ikke tillegger det betydning at den aktuelle EU-regelen ikke kan gis direkte virkning når den slår fast metodereglene, ble konklusjonen at grensene for direkte virkning ikke er til hinder for å forstå de EU-rettslige metodereglene som ubetingede.

Det samme kan langt på vei sies om hvorvidt fraværet av direkte virkning under EØS-avtalen er til hinder for å forstå de EØS-rettslige metodereglene som ubetingede. Heller ikke dette kan etter mitt syn løses ved en begrepsmessig sammenlikning av direkte virkning og EØS-konform tolkning. Når det gjelder spørsmålet om EØS-avtalens suppleres av prinsipper som gir EØS-retten virkninger i nasjonal rett til

tross for at den ikke er gjennomført, er avtalen, som nevnt innledningsvis i dette kapittelet, tvetydig. Det avgjørende må være EFTA-domstolens balansering av målet om likt gjennomslag på den ene siden og fraværet av overnasjonalitet på den andre, slik det er for spørsmålet om EØS-avtalen suppleres av prinsippene om direkte virkning og medlemsstatenes erstatningsansvar.

I den forbindelse er det igjen grunn til å minne om at EFTA-domstolen ikke tar noe forbehold om adgang etter nasjonal rettskildelære når den slår fast metodereglene. At EFTA-domstolen ikke anser fraværet av direkte virkning som noen skranke mot å oppstille ubetingede metode-regler, kommer tydelig frem i *Liti-Link*, der EFTA-domstolen slo fast at EØS-retten ikke har direkte virkning og umiddelbart etterpå at nasjonale domstoler må presumere en EØS-konform lovgivervilje.²⁴⁴ Dersom denne presumsjonsregelen på grunn av fraværet av direkte virkning skulle gjelde med reservasjon om adgang etter nasjonal rettskildelære, hadde EFTA-domstolen all grunn til å presisere dette i denne avgjørelsen. Når dette ikke gjøres, tilsier det etter mitt syn at EFTA-domstolen mener at metodereglene gjelder uten reservasjoner, og at fraværet av direkte virkning ikke er til hinder for dette.

Argumentene for at de EU-rettslige metodekravene gjelder uten reservasjon om adgang etter nasjonal rettskildelære, kommer inn med samme tyngde for de EØS-rettslige metodekravene. Dersom prinsippet om EØS-konform tolkning utelukkende opererer innenfor rammen av nasjonale tolkningsprinsipper, vil dette hindre EØS-rettens effektivitet, og gjøre tolkningsplikten temmelig innholdsløs. Lojalitetsplikten og effektivitetshensynet tilsier at det bør gjelde visse felles minimumskrav for EFTA-landenes EØS-konforme tolkninger av nasjonal rett, som ikke kan forstås med forbehold om adgang etter nasjonal rettskildelære.

Etter mitt syn må derfor de EØS-rettslige metodereglene i likhet med de EU-rettslige forstås som ubetingede og uten reservasjon om adgang etter nasjonal rettskildelære. Når denne forutsetningen er på plass, er det ingen grunn til at ikke plikten til å fravike nasjonale forarbeider og rettspraksis, slik EU-domstolen har slått fast i henholdsvis *Björnekulla*

²⁴⁴ E-14/20 *Liti-Link* avsnitt 72 og 73.

og *Ajos*, også skal gjelde etter EØS-avtalen. Det eneste som er prinsipielt betenkelig ved å overføre disse pliktene til EØS-avtalen, er at de har potensiale til å gå lenger enn de nasjonale rettskildeprinsipper gir anledning til. Hvis man først aksepterer at fraværet av direkte virkning i EØS-avtalen ikke er til hinder for at metodereglene gjør dette, er det ingen grunn til at utformingen av de felles minstekrav til nasjonale domstolars EU/EØS-konforme tolkninger av nasjonal rett skal være ulike i EU og EFTA-pilaren, jf. den omstendighet at EU-domstolens praksis er avgjørende for utformingen av prinsippet om EU-konform tolkning.

Dersom EFTA-domstolen får seg forelagt en sak der f.eks. nasjonal rettspraksis står i veien for EØS-konform tolkning, og spørsmålsstillingen ellers legger til rette for det, bør EFTA-domstolen etter mitt syn kunne slå fast uttrykkelig at slik nasjonal rettspraksis ikke kan stå i veien for en EØS-konform tolkning. Fortrinnsvis bør dette gjøres ved henvisning til *Ajos* og etterfølgende praksis, men hvis det etablerte mønsteret skal følges vil EFTA-domstolen etter alt å dømme gi uttrykk for at dette følger av EØS-avtalen selv.

3.4 Oppsummering

Prinsippet om EØS-konform tolkning er prinsipielt løsrevet fra prinsippet om EU-konform tolkning, men EFTA-domstolens praksis viser at EU-domstolens praksis om det EU-rettslige prinsippet er avgjørende for *utformingen* av det EØS-rettslige prinsippet. Det er derfor grunnlag for å stille opp et utgangspunkt om at EU-domstolens praksis er gjeldende rett også i EFTA-pilaren. Unntak fra dette utgangspunktet gjelder hvis EU-domstolens praksis viser seg å være uforenlig med fraværet av direkte virkning og overnasjonalitet i EØS-avtalen, noe jeg mener foreløpig ikke er tilfelle.

Når det gjelder tolkningsprinsippets rekkevidde, har EFTA-domstolen – som EU-domstolen – slått fast at nasjonale domstoler må strekke seg *så langt som mulig* for å nå et EØS-konformt resultat, ved bruk av *nasjonale* tolkningsprinsipper. Pliktens rekkevidde kan ikke besvares generelt, men vil bero på den konkrete rettskildesituasjonen. Nasjonale

rettskildeprinsipper vil i samsvar med dette som utgangspunkt være den avgjørende faktor for rekkevidden av plikten til EØS-konform tolkning. Fra dette gjelder det likevel noen unntak, i form av metodiske minstekrav til nasjonale domstoler. EFTA-domstolen har slått fast at nasjonale domstoler må *ta i betraktning* EØS-retten uavhengig av om den er gjennomført eller ikke, og *presumere* at lovgiverviljen har vært å oppfylle de EØS-rettslige forpliktelsene fullt ut. Ettersom EFTA-domstolen må forstås slik at disse metodiske minstekravene gjelder uten hensyn til hva nasjonale rettskildeprinsipper tillater, er det uproblematisk å supplere dem med de metodiske kravene som EU-domstolen har slått fast, men som foreløpig ikke gjenfinnes i EFTA-domstolens praksis. Dette innebærer at de metodiske kravene fra *Björnekulla* og *Ajos mv.*, også gjelder i EFTA-pilaren.

Ellers er det slik at det EØS-rettslige prinsippet, som det EU-rettslige, omfatter alle nasjonale bestemmelser, uavhengig av om de tjener til å gjennomføre EØS-forpliktelser eller ikke. Og plikten gjelder uavhengig av om den aktuelle EØS-bestemmelsen vil slå ut til ugunst for en privat part, med mindre det er tale om ileggelse eller skjerpelse av straff, der EMK artikkel 7 vil sette grenser.

4 Grunnlaget for prinsippet om EØS-konform tolkning i norsk rett

I Norge er det EØS-loven § 1 som utgjør grunnlaget for at de reglene som følger av EØS-avtalens hoveddel, «gjelder» i norsk rett.²⁴⁵ Selv om det nå har blitt lagt til grunn at prinsippet om EØS-konform tolkning *som EØS-rett* inneholder ubetingede metodiske krav til nasjonale domstoler, er ikke dette ensbetydende med at prinsippet om EØS-konform tolkning *som norsk rett* skal forstås på samme måte. Besvarelsen av dette spørsmålet beror på tolkningen av EØS-loven § 1, som er en norsk bestemmelse der norske tolkningsprinsipper kommer til anvendelse.²⁴⁶

Det er nærliggende å legge til grunn at *Finanger I* er et prejudikat for at prinsippet om EØS-konform tolkning er gjennomført i norsk rett gjennom EØS-loven § 1. Uttalelsene i dommen er imidlertid ikke helt klare på dette punktet.²⁴⁷ Høyesterett tok uansett ikke stilling til om prinsippet om EØS-konform tolkning gikk like langt som prinsippet om EU-konform tolkning. Når rekkevidden av prinsippet om EØS-konform tolkning ikke ble avklart, forblir det uavklart hvilket innhold det prinsipp som EØS-loven § 1 i tilfelle gir grunnlag for, har. Til dette kommer også at prinsippet om EØS-konform tolkning har gjennomgått en utvikling på de 20 årene som har gått siden *Finanger I*.²⁴⁸ Spørsmålet om EØS-loven § 1 gir tilstrekkelig grunnlag for prinsippet om EØS-konform tolkning slik det i dag må forstås *som EØS-rett*, må derfor undergis en selvstendig vurdering.

²⁴⁵ Dette følger av Norges dualistiske tilnærming til folkeretten og at EØS-avtalens hoveddel ikke har direkte virkning.

²⁴⁶ Slik også Arnesen (2021) § 1 note 1, og Fredriksen og Mathisen (2022) s. 393.

²⁴⁷ Høyesterett forankret domstolens plikt til EØS-konform tolkning i EØS-avtalens artikkel 3 og 6, og uttalte deretter at «denne delen av avtalen gjelder etter EØS-loven § 1 som norsk lov». At artikkel 3 og 6 gjelder som norsk lov er temmelig selvsagt, så det er nærliggende å forstå Høyesterett slik at også de prinsippene som kan utledes av artikkel 3 og 6 gjelder som norsk lov. Men dette ble altså ikke sagt uttrykkelig.

²⁴⁸ Verken C-397 og C-403/01 *Pfeiffer*, C-371/02 *Björnekulla* eller C-441/14 *Ajos* var avsagt da Høyesterett avsa dom i *Finanger I*, og EFTA-domstolen hadde på det tidspunktet ikke en gang nevnt prinsippet.

EØS-loven § 1 gjør «bestemmelsene i hoveddelen i EØS-avtalen» til norsk rett. Det følger av ordlyden, og av forarbeidene, at EØS-avtalens hoveddel med dette er gjennomført ved såkalt *henvising*, altså uten nasjonale tilpasninger.²⁴⁹ Ettersom det ligger i EØS-avtalens natur at den vil bli tolket og videreutviklet for (blant annet) å holde tritt med utviklingen i EU,²⁵⁰ må utgangspunktet da være at det er EØS-avtalen slik den til enhver tid skal tolkes, som er gjennomført.²⁵¹ Når EFTA-domstolen har slått fast at det kan utledes et prinsipp om EØS-konform tolkning av flere av bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel, og attpåtil sier det er *iboende* i dens målsettinger, må EØS-loven § 1 som utgangspunkt sies å gi grunnlag for dette, selv om prinsippet først «viste seg» etter vedtagelsen av EØS-loven § 1.

Samtidig er det på det rene lovgiver ved ratifikasjonen og implementeringen av EØS-avtalen i norsk rett forutsatte at avtalen ikke skulle innebære noen overføring av lovgivningsmyndighet fra nasjonale organer til EØS-organer, og at EØS-reglene ikke skulle ha direkte virkning.²⁵² De ubetingede metodiske kravene vi har sett i *Ajos*, *Björnekulla*, *Wagner Miret* mv., står i noen grad i spenning til disse forutsetningene. Som vi har sett kan de metodiske kravene – i alle fall i teorien – medføre at EØS-retten gis gjennomslag selv om nasjonale metodeprinsipper ikke kan begrunne dette, og de har derfor likhetstrekk med direkte virkning.

²⁴⁹ I Ot.prp.nr.79 (1991–1992) nevnes det flere steder at avtalen gjøres til norsk rett ved «henvising».

²⁵⁰ Jeg sikter her til forutsetningen om dynamisk homogenitet, jf. blant annet fortalens avsnitt fire om «dynamisk og ensartet» EØS.

²⁵¹ Slik også Arnesen og Stenvik (2015) s. 138–139. Treffende beskrevet av lagmannsretten i LF-2003-8380 (Fokus Bank): «Når Norge velger å slutte seg til en internasjonal avtale som inneholder en rekke skjønsmessige bestemmelser og prinsipper, og inkorporerer denne i intern rett, må det legges til grunn at det er avtalen slik den til enhver tid tolkes av EFTA-domstolen som er inkorporert».

²⁵² Dette kommer klartest til uttrykk i proposisjonen om samtykke til ratifikasjon av EØS-avtalen, se St.prp. nr. 100 (1991–1992) på s. 316. Det ligger imidlertid også forutsetningsvis til grunn i flere uttalelser i forarbeidene til EØS-loven, se Ot. Prp. Nr. 79 (1991–1992) s. 2 der direkte virkning omtales under overskriften «systemet i EF» og dessuten den klare understrekingen av at EØS-avtalen må gjennomføres for å få virkning i norsk rett på s. 3 flg. Høyesterett har dessuten i Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* s. 1831 uttrykkelig slått fast at «[...]en av de grunnleggende forutsetninger for Norges deltakelse i EØS-avtalen var at denne ikke skulle innebære noen overføring av myndighet fra nasjonale organer til EØS-organer.»

Det kan derfor spørres om lovgivers forutsetninger er til hinder for at disse kan anses gjennomført ved EØS-loven § 1.

Finanger I har en viss interesse på dette punkt, fordi Høyesterett der implisitt synes å legge til grunn at prinsippene om EU/EØS-konform tolkning kan gå lenger enn nasjonale rettskildeprinsipper, uten at dette blir problematisert i lys av Stortingets forutsetninger om at EØS-avtalen ikke skulle innebære overnasjonalitet og direkte virkning. Flertallet bemerket at det «ikke er holdepunkter for at prinsippet om direktivkonform fortolkning slik det er utviklet i EU-retten, går lenger enn presumsjonsprinsippet i norsk rett» og fant derfor «ikke grunn til å gå inn på spørsmålet om prinsippet om direktivkonform fortolkning i EØS-retten går like langt som i EU-retten».²⁵³ Terminologien «lenger enn»/«like langt» gir anvisning på at rekkevidden av de to prinsippene må sammenliknes, og i dette ligger det en forutsetning om at prinsippene om EU/EØS-konform tolkning i prinsippet kan gå lenger enn nasjonale rettskildeprinsipper.²⁵⁴

Dette underbygges av en uttalelse senere i dommen, der Høyesterett presiserer at løsningen av motstridsspørsmålet også beror på «det presumsjonsprinsipp som kan sies å følge av EØS-rettens lojalitets- og konformitetskrav, og som gjør seg gjeldende med særlig styrke når den nasjonale lovgiver har gått ut fra at landets lov er i samsvar med EØS-retten». Denne uttalelsen gir anvisning på at Høyesterett, i alle fall i noen grad, anså det EØS-rettslig påkrevet å ha et presumsjonsprinsipp av en slik karakter, ettersom Høyesterett her nærmest kopierer EU-domstolens formuleringer i *Wagner Miret*,²⁵⁵ og dessuten bruker uttrykket «den nasjonale lovgiver» og ikke den «norske». Hvis man først skal lese noe inn i Høyesteretts uttalelser, må det derfor i tilfelle være at de forsto prinsippet om EU-konform tolkning som et rettskildeprinsipp som *kan*

²⁵³ Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* på s. 1829.

²⁵⁴ Se likevel Fredriksen og Mathisen (2022) s. 419 som legger til grunn at Høyesterett her bygger på en klar oppfatning av at plikten til EU-konform tolkning av nasjonal rett ikke går utover det som nasjonale tolkningsprinsipper i det enkelte land gjør mulig. Noen nærmere begrunnelse for denne påstanden har de imidlertid ikke.

²⁵⁵ I C-334/92 *Wagner Miret* avsnitt 21 heter det (i dansk oversettelse) at prinsippet om direktivkonform tolkning «gør sig i særlig grad gjældende for en national retsinstitus, saafremt en medlemsstat som i den foreliggende sag har antaget, at de tidligere gjældende nationale retsforskrifter var i overensstemmelse med det paagældende direktivs krav».

gå lenger enn nasjonale tolkningsprinsipper (men at det ikke gikk lenger enn det norske presumsjonsprinsippet). Det er nettopp dette elementet ved prinsippet om EØS-konform tolkning som kan hevdes å være i strid med Norges forutsetninger om fravær av overnasjonalitet og direkte virkning. Når Høyesterett ikke en gang problematiserer dette – og det til tross for at flertallet eksplisitt henviste til forutsetningene om fravær av overnasjonalitet på et senere punkt i dommen – kan det hevdes at Høyesterett ikke anser disse innvendingene som noe avgjørende argument mot at EØS-loven § 1 gjennomfører et slikt prinsipp.²⁵⁶

Av de grunner som er nevnt over er det imidlertid grunn til å være forsiktig med å legge så mye i Høyesteretts uttalelser om dette spørsmålet i *Finanger I*. Av større betydning er det at Høyesterett har ansett de øvrige, uskrevne EØS-rettslige prinsippene som gjennomført i norsk rett gjennom EØS-loven § 1, uten at Stortingets forutsetninger om fravær av overnasjonalitet og direkte virkning har blitt ansett problematiske. Prinsippet om statlig erstatningsansvar ved mangelfull gjennomføring er i likhet med prinsippet om EØS-konform tolkning et prinsipp som gir EØS-retten virkninger i nasjonal rett uten å være gjennomført. Også dette står følgelig i en viss spenning med lovgivers forutsetninger om fravær av overnasjonalitet og direkte virkning.²⁵⁷ Høyesterett har likevel uttrykkelig slått fast at dette er gjennomført gjennom EØS-loven § 1, uten å problematisere hvorvidt dette kan forenes med Stortingets forutsetninger ved innlemmelsen av EØS-avtalen i norsk rett.²⁵⁸ Det samme gjelder de EØS-rettslige prinsippene om effektivitet og ekvivalens, som Høyesterett i Rt. 2005 s. 297 *Allseas* uten videre fant grunnlag for i EØS-loven § 1.

Også lagmannsrettsdommen i LF-2003-8380 *Fokus Bank* kan nevnes her, selv om denne riktignok ikke er fra Høyesterett. Staten anførte der at EU-domstolens praksis om at reglene om etablerings-

²⁵⁶ Henvisningene til lovgivers forutsetninger om fravær av overnasjonalitet er uttalt på dommens s. 1831.

²⁵⁷ Ved erstatningsansvaret har man også uttalelsene i Ot.prp. nr. 62 (1991–1992) s. 7 om at erstatningsansvaret er et «utslag av EF-retten direkte virkning, som ikke skal gjelde i EØS-sammenheng».

²⁵⁸ Rt. 2005 s. 1365 *Finanger II*.

rett og fri bevegelighet for kapital satte skranke for nasjonale skatteregler, ikke kunne anses gjennomført ved EØS-loven § 1. Lagmannsretten fant ikke grunnlag for denne anførselen. Staten anket dommen til Høyesterett, men valgte å trekke anken. Som Fredriksen påpeker kan det ikke utelukkes at dette delvis var begrunnet i det ikke er ønskelig fra statens side å etablere EØS-lovens § 1 som en reell skranke for EØS-avtalens gjennomslag i norsk rett.²⁵⁹

Det samlede inntrykket er følgelig at EØS-loven § 1 gir tilstrekkelig grunnlag for at de regler som følger av EØS-avtalens hoveddel, gjelder i norsk rett.²⁶⁰ Det avgjørende spørsmålet for om en regel som utledes av EØS-avtalens hoveddel «gjelder» i norsk rett, er følgelig om regelen er EØS-rettslig holdbar. Eventuelle innvendinger til at prinsippet om EØS-konform tolkning inneholder ubetingede metodiske krav uten hensyn til hva nasjonal rettskildelære tillater, må derfor forankres i EØS-rettslige rettskildefaktorer og ikke under henvisning til manglende gjennomføring i norsk rett.

Også *presumsjonsprinsippet* tilsier at EØS-loven § 1 må tolkes slik at den gjennomfører prinsippet om EØS-konform tolkning fullt ut. Det er i dette prinsippet *Fredriksen* finner den egentlige begrunnelsen for at EØS-loven § 1 gjennomfører prinsippet om statlig erstatningsansvar, og begrunnelsen hans har overføringsverdi til prinsippet om EØS-konform tolkning.²⁶¹

Slik *Fredriksen* legger til grunn for det statlige erstatningsansvaret, må det legges til grunn at lojalitetsplikten i EØS-avtalen artikkel 3 oppstiller en plikt til å gjennomføre prinsippet om EØS-konform tolkning i norsk rett.²⁶² Dermed får presumsjonsprinsippet anvendelse på EØS-loven § 1 for så vidt denne gjennomfører prinsippet om EØS-konform tolkning. Etter presumsjonsprinsippet skal alle de mulighetene anerkjente prinsipper for tolkning og anvendelse av rettsregler gir, brukes for å nå et folkerettskonformt resultat.²⁶³ Det er klart nok *mulig* å tolke ordlyden

²⁵⁹ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 394.

²⁶⁰ Slik også Arnesen mfl. (2022) s. 637 og Fredriksen og Mathisen (2022) s. 394–395.

²⁶¹ Fredriksen (2013) s. 73. Synspunktet fastholdes i Fredriksen og Mathisen (2022) s. 395, og gis der anvendelse på uskrevet EØS-rettslige prinsipper generelt, herunder prinsippet om EØS-konform tolkning.

²⁶² Fredriksen (2013) s. 73.

²⁶³ Mer om presumsjonsprinsippet i punkt 5.3 under.

i EØS-loven § 1 («bestemmelsene i hoveddelen i EØS-avtalen») slik at det også omfatter prinsipper utviklet på grunnlag av disse bestemmelsene, og i så fall gjelder det også en *plikt* til å tolke den slik. Dessuten blir presumsjonsprinsippet i forarbeidene til EØS-loven sagt å nå sin grense bare dersom Stortinget «helt klart har gitt uttrykk for at en lov skal anvendes på en viss måte uten hensyn til om dette er i strid med internasjonale forpliktelser, eller dersom vedkommende lovbestemmelse ellers ville være helt uten innhold».²⁶⁴ Forarbeidsuttalelsene om at EØS-avtalen ikke innebærer direkte virkning og overnasjonalitet, kvalifiserer ikke til «helt klare» uttalelser om at det i norsk rett ikke skal gjelde noe prinsipp om EØS-konform tolkning bestående av metoderegler som i prinsippet kan gå lenger enn norske rettskildeprinsipper.²⁶⁵ Og EØS-loven § 1 vil åpenbart ikke være «helt uten innhold» dersom den tolkes slik. Selv om det kan rettes innvendinger mot berettigelsen av den generelle grensen for presumsjonsprinsippet som departementet trekker opp her,²⁶⁶ er det ikke til å se bort ifra at disse uttalelsene er gitt i de forarbeidene som ligger til grunn for nettopp gjennomføringen av EØS-avtalens hoveddel, herunder prinsippet om EØS-konform tolkning. Dersom lovgiver ville ta forbehold om at et eventuelt «fremtidig» prinsipp om EØS-konform tolkning ikke skulle anses gjennomført i norsk rett, burde dette kommet vesentlig klarere frem, tatt i betraktning den vide fullmakten departementet her ga domstolene i å tolke norske lovbestemmelser EØS-konformt.

Henvisningsmetoden i EØS-loven § 1, Høyesteretts aksept av at de EØS-rettslige prinsippene om statlig erstatningsansvar, effektivitet og ekvivalens er gjennomført ved EØS-loven § 1, samt presumsjonsprinsippet gjør at man alt i alt kan konkludere med at EØS-loven § 1 gir et tilstrekkelig grunnlag for at prinsippet om EØS-konform tolkning er gjennomført fullt ut i norsk rett, inklusiv de metodiske kravene som har kommet til syne i nyere praksis fra EU- og EFTA-domstolen.

²⁶⁴ Ot.prp.nr.79 (1991–1992) s. 4.

²⁶⁵ Fredriksen (2013) s. 73.

²⁶⁶ Mer om dette i punkt 5.3 under.

5 Implikasjoner for norsk rettskildelære

5.1 Forholdet til EØS-loven § 2 og bestemmelser med folkerettsforbehold

På bakgrunn av det innholdet som til nå har blitt lagt i prinsippet om EØS-konform tolkning slik dette gjelder som norsk rett etter EØS-loven § 1, skal det nå drøftes om dette prinsippet gir bidrag til løsningen av konflikter mellom norsk rett og EØS-rett utover det presumsjonsprinsippet og andre tradisjonelle norske rettskildeprinsipper gir. Norske tolkningsregler som presumsjonsprinsippet er imidlertid ikke de eneste mekanismene vi har i norsk rett for å løse konflikter mellom norsk rett og EØS-retten. EØS-loven § 2 og særskilte bestemmelser om folkerettsforbehold, innebærer at en del konfliktsituasjoner mellom norsk rett og EØS-retten uansett vil slå ut i EØS-rettens favør. I det følgende vil jeg først kvittere ut disse situasjonene, slik at vi får dannet oss et bilde av hvilken praktisk betydning det har å fastlegge yttergrensene til prinsippet om EØS-konform tolkning.

Bestemmelsene i *EØS-avtalens hoveddel* er gjennomført som sådan i norsk rett, jf. EØS-loven § 1. Teknisk sett har vi dermed en norsk «versjon» av EØS-avtalens hoveddel i norsk rett, og en underliggende EØS-«versjon» Norge som EØS-avtalepart er forpliktet etter.²⁶⁷ Strengt tatt er det et spørsmål for seg om den norske versjonen kan tolkes i overensstemmelse med den underliggende EØS-versjonen.²⁶⁸ Fordi man har valgt å gjennomføre hoveddelen ved *henvisning*, er imidlertid dette uproblematisk i nær sagt alle situasjoner.²⁶⁹ Tolkningsutfordringene oppstår først og fremst der *øvrige bestemmelser* i norsk rett står i konflikt med bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel. Dette har det vært mange

²⁶⁷ Slik også Arnesen og Stenvik (2015) s. 18.

²⁶⁸ Arnesen (2021) § 1 note 1.

²⁶⁹ Se likevel LF-2003-8380 *Fokus Bank* der staten forgesves anførte at etableringsfriheten i EØS-avtalens art. 31 *som norsk rett* ikke omfattet restriksjoner på skatteområdet.

eksempler på.²⁷⁰ Det kan stilles spørsmål ved om plikten til EØS-konform tolkning i det hele tatt kommer til anvendelse på konflikter mellom to bestemmelser som begge er norske. Ettersom løsningen av en slik konflikt er et nødvendig ledd i en EØS-konform tolkning av norsk rett, vil den antagelig det. Det er imidlertid av begrenset praktisk interesse å fastlegge rekkevidden av tolkningsprinsippet for slike konflikter, ettersom vi her kan støtte oss på forrangsregelen i EØS-loven § 2, som gir den norske «versjonen» av reglene i EØS-avtalens hoveddel forrang fremfor øvrige norske regler.²⁷¹ For alle praktiske formål vil derfor reglene i EØS-avtalens hoveddel få gjennomslag for norske domstoler helt uavhengig av prinsippet om EØS-konform tolkning.

Det samme gjelder langt på vei for bestemmelser inntatt i *EØS-forordninger*, som gjennom ulike lov- og forskriftsvedtak tas inn i norsk rett som sådan, jf. EØS-avtalens art. 7 bokstav a. Også her vil eventuelle øvrige regler som står i strid med forordningene måtte vike på grunn av EØS-loven § 2, med mindre forordningen er gjennomført ved forskrift, og er i konflikt med en eldre lov, jf. EØS-loven § 2 annet punktum. I den grad forordningene ikke er gjennomført overhodet, vil imidlertid ikke EØS-loven § 2 komme forordningene til hjelp, ettersom forordningene *som sådan* ikke er gitt forrang etter EØS-loven § 2. Med unntak av områder omfattet av særskilte folkerettsforbehold (se like under), er det i slike situasjoner bare EØS-konform tolkning av motstridende nasjonal rett som kan gi forordningene gjennomslag.

For *direktivene* er stillingen en annen. Disse gjennomføres i norsk rett på to måter. Enten ved lov- eller forskriftsvedtak som sikrer at den retts-tilstanden direktivet krever, gjelder i norsk rett (aktiv transformasjon), eller ved at lovgiver konstaterer at eksisterende norsk lovgivning allerede

²⁷⁰ Et eksempel er NAV-saken, der oppholdskravet i folketrygdloven § 11-3 i tiden før trygdeforordningen trådte i kraft var i strid med tjenestefriheten i EØS-avtalens art. 36. Andre eksempler er LF-2003-8380 (EØS-avtalens artikkel 40 og skattelovens regler om kildeskatt) og LF-2006-24118 (EØS-avtalens artikkel 28 og økonomisk sonelovens regler om bosteds- og nasjonalitetskrav).

²⁷¹ Her vil det lett oppfattes kunstig å si at det er den norske, inkorporerte «versjonen» av EØS-regelen som er gitt forrang, og ikke EØS-regelen direkte. For direktivenes vedkommende er imidlertid denne nyansen dønn sentral, som vi skal se like under.

sikrer dette (passiv transformasjon).²⁷² Felles for begge er at gjennomføringsbestemmelsene sjeldent er utformet identisk som de underliggende direktivbestemmelsene. Behovet for EØS-konform tolkning blir da større. I den utstrekning det er uoverensstemmelser mellom de underliggende direktivbestemmelsene og den norske gjennomføringsbestemmelsen, kommer nemlig ikke EØS-loven § 2 direktivbestemmelsen til hjelp, slik det feilaktig har blitt lagt til grunn i en del tilfeller.²⁷³ Det er bare *gjennomføringsbestemmelsen* som etter EØS-loven § 2 har forrang, og dermed er det bare i den utstrekning vi har øvrige bestemmelser i norsk rett som står i strid med gjennomføringsbestemmelsen, at EØS-loven § 2 kommer til anvendelse.

På enkelte rettsområder har lovgiver inntatt folkerettsforbehold. Eksempler på dette er tvisteloven § 1-2, straffeprosessloven § 4, tvangsfyllbyrdelsesloven § 1-4, straffeloven § 2 og utlendingsloven § 3. Disse bestemmelsene slår fast at lovenes bestemmelser gjelder med de begrensninger som er anerkjent av traktatretten og folkeretten for øvrig, og dermed omfatter de også forpliktelser som følger av EØS-retten. Folkerettsforbeholdene medfører *ikke* at EØS-retten på det aktuelle området gis direkte virkning i norsk rett, men at lovens bestemmelser skal anvendes med de begrensninger som følger av EØS-retten.²⁷⁴ Det er nettopp dette plikten til EØS-konform tolkning tar sikte på, og folkerettsforbeholdene «konsumerer» derfor prinsippet om EØS-konform tolkning innenfor sine områder.

Oppsummert er det altså bare der norske bestemmelser på rettsområder uten sektormonisme står i konflikt med direktiver og ikke-gjennomførte forordninger, at det har praktisk betydning å fastlegge rekkevidden av prinsippet om EØS-konform tolkning. I den utstrekning slike konfliktsituasjoner ikke kan løses ved EØS-konform tolkning, er

²⁷² Arnesen mfl. (2022).

²⁷³ Det var dette lagmannsretten feilaktig la til grunn i *Finanger I*, se LF-1998-998. Se også Rt. 2006 s. 179 (støvletthælddommen) der Høyesterett siterer Hagstrøm på at «EØS-retten» skal ha forrang etter EØS-loven § 2.

²⁷⁴ NOU 2021:8 s. 252 og s. 272–273. For straffelovens § 2 og utlendingslovens § 3 gjelder dessuten den begrensning at folkeretten bare kan komme individet til gunst.

situasjonen i norsk rett at den norske bestemmelsen går foran, jf. Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I*.

Det må likevel understrekes at det ikke dermed er sagt at prinsippet om EØS-konform tolkning bare sjeldent vil være den eneste mekanismen som kan løse konflikter mellom norsk rett og EØS-rett. Ved gjennomføring av direktiver i nasjonal rett er uoverensstemmelser mellom gjennomføringsbestemmelsene og direktivet uunngåelig.²⁷⁵ Mange direktivforpliktelser er uklare og kan tolkes på flere måter. Ved gjennomføringen er det ikke gitt at det foreligger praksis fra EU-domstolen som avklarer innholdet i de aktuelle bestemmelsene. Lovgiver må derfor ofte ta et valg mellom flere alternative, men like nærliggende tolkninger av direktivbestemmelsene.²⁷⁶ Hvis valget som tas viser seg å være feil ved etterfølgende avklaringer fra EU-domstolen, kan forskjellen mellom ordlyden i den norske gjennomføringsbestemmelsen og tolkningen av den underliggende direktivforpliktelsen, bli stor. Dette finnes det mange eksempler på.

Et eksempel er gjennomføringen av direktiv 2006/43/EF, som endret ved direktiv 2014/56/EU (revisjonsdirektivet) i norsk rett. Direktivets artikkel 22a nr. 1 bokstav a pålegger medlemsstatene å sikre at den revisor eller ansvarlige revisorpartner som foretar lovfestet revisjon på vegne av et revisjonsselskap ikke «påtar seg» ledende stilling i det foretaket som revideres før etter utløpet av en karenperiode. Revisorloven § 8-8 og § 12-5 er ment å gjennomføre denne bestemmelsen, jf. Prop.37 LS (2019–2020) på s. 231 og 234. Disse bestemmelsene slår fast at personer som har vært oppdragsansvarlig eller valgt revisor for den reviderte, ikke kan «tiltre» en ledende stilling hos den reviderte før etter utløpet av karenperioden. Valget av uttrykket «tiltre» fremfor «påtar seg» er ikke begrunnet nærmere i forarbeidene. Denne forskjellen i ordlyd kan fremstå som en bagatell, men i mars i år slo EU-domstolen i sak C-950/19 fast at «påtar seg» skal forstås som inngåelse av arbeids-

²⁷⁵ Som mindretallet i Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* formulerer det: «Med den store mengde av direktiver som dels er gjennomført i norsk rett og dels skal gjennomføres i fremtiden, fremstår det for meg som nær sagt uunngåelig at det fra tid til annen vil gjøres feiltolkninger».

²⁷⁶ Nærmere om denne problematikken, se Arnesen mfl. (2022) punkt 28.4.

kontrakt, slik at stillingen «påtas» på avtaletidspunktet. Det norske uttrykket «tiltrer» gir anvisning på nettopp det, tiltredelsen, ikke avtaleinngåelsen, og er derfor ikke i samsvar med EU-domstolens tolkning av den underliggende direktivbestemmelsen.

Et annet eksempel er gjennomføringen av de ulike motorvognforsikringsdirektivene i norsk rett. Bilansvarsloven tjener til å gjennomføre disse i norsk rett, og har blitt endret flere ganger for å holde tritt med utviklingen i EU-domstolens praksis, jf. eksempelvis Prop. 137 L (2018–2019) der det heter at:

«Bilansvarslova gjennomfører Noreg sine forpliktingar etter motorvognforsikringsdirektivet i norsk rett. Dei seinare åra har det komme rettspraksis frå EU-domstolen som har avklart og presisert verkeområdet for direktivet. På grunn av dette foreslår departementet endringar i bilansvarslova § 2.»

Heller ikke ved forordninger er det helt upraktisk at det bare er en EØS-konform tolkning av norske bestemmelser som kan gi forordningene gjennomslag i norsk rett. Som nevnt er det bare der forordningene *ikke* er gjennomført at dette er tilfelle, ettersom forordningene – når de er gjennomført – uansett får gjennomslag ved EØS-loven § 2.²⁷⁷ Forordningene gjennomføres i norsk rett ved at en lov- eller forskriftsbestemmelse fastsetter at den aktuelle forordningen – med de tilpasninger som eventuelt er gjort i EØS-komiteen – gjelder som henholdsvis lov eller forskrift. Når forordningen endres, må da også disse gjennomføringsbestemmelsene endres.²⁷⁸ Ettersom mange EU-forordninger endres hyppig, kan det ikke alltid påregnes at lov- og forskriftsgiver klarer å holde tritt med endringene. I den grad dette er tilfelle, er det bare en EØS-konform tolkning av den «utdaterte» gjennomføringsbestemmelsen som i tilfelle kan gi endringsbestemmelsene gjennomslag. Dette kan by på vanskelige tolkningsproblemer.

²⁷⁷ Riktignok med unntak for de situasjoner der forordningen er gjennomført ved forskrift, og er i konflikt med en eldre lov, jf. EØS-loven § 2 annet punktum.

²⁷⁸ Jf. NOU 2021:8 s. 267 med videre henvisninger til veilederen «Lovteknikk og Lovforberedelse» punkt 12.8 s. 179.

5.2 Overordnet om forholdet mellom prinsippet om EØS-konform tolkning og norske rettskildeprinsipper

Prinsippet om EØS-konform tolkning er ikke noe prinsipielt nytt i norsk rettskildelære. Norske domstoler er også etter *presumsjonsprinsippet* forpliktet til å gi EØS-retten betydning ved tolkningen av norske bestemmelser,²⁷⁹ og dette prinsippet har røtter tilbake til lenge før EØS-avtalen ble innlemmet i norsk rett.²⁸⁰ I *Finanger I* slo Høyesterett som kjent fast at prinsippet om EU-konform tolkning ikke går lenger enn presumsjonsprinsippet i norsk rett, og at det derfor ikke var nødvendig å ta stilling til eller forholde seg til prinsippet om EØS-konform tolkning. Til grunn for dette standpunktet ligger det som nevnt i punkt 4 en forutsetning om at presumsjonsprinsippet og prinsippet om EØS-konform tolkning er to «konkurrerende» prinsipper som man må sammenlikne rekkevidden av. Ikke alle er enig i denne tilnærmingen. Dersom man forstår prinsippet om EØS-konform tolkning som en ren *henvisning* til nasjonale tolkningsprinsipper, vil presumsjonsprinsippetets innhold og rekkevidde samtidig avgjøre rekkevidden av prinsippet om EØS-konform tolkning. I så fall ville det ikke gitt mening å sammenlikne rekkevidden av de to prinsippene.²⁸¹

Med den forståelsen av prinsippet om EØS-konform tolkning som i denne avhandlingen legges til grunn, er det ingenting å utsette på Høyesteretts tilnærming i *Finanger I*, prinsipielt sett. Prinsippet om EØS-konform tolkning stiller, i likhet med presumsjonsprinsippet, selvstendige krav til nasjonale domstolars tolkning og rettsanvendelse. Forholdet mellom dem kan dermed beskrives som to prinsipper som begge krever at folkeretten – i varierende grad – tillegges betydning ved tolkningen

²⁷⁹ Rt. 2001. s. 1811 *Finanger I*.

²⁸⁰ Jf. eks. Rt. 1984 s. 1175 *Sikring*.

²⁸¹ Arnesen og Stenvik (2015) s. 80 mener Høyesteretts tilnærming i *Finanger I* ikke er helt treffende, nettopp fordi prinsippet om EØS-konform etter deres oppfatning er «lite annet enn en henvisning» til nasjonale rettskildeprinsipper. Se også Venemyr (2017) s. 43–44 som beskriver forholdet mellom presumsjonsprinsippet og prinsippet om EØS-konform tolkning slik at førstnevnte «begynner» der sistnevnte «slutter».

av norsk rett. Såfremt det er riktig at de to prinsippene gir opphav til helt likelydende forpliktelser, er det EØS-retten uvedkommende om man velger å bruke presumsjonsprinsippet fremfor prinsippet om EØS-konform tolkning. I den utstrekning presumsjonsprinsippet går «kortere» enn prinsippet om EØS-konform tolkning, må imidlertid prinsippet om EØS-konform tolkning gis forrang fordi dette har grunnlag i lov (EØS-loven § 1), mens presumsjonsprinsippet er ulovfestet og domstolskapt.²⁸²

Vi kommer imidlertid ikke helt i mål ved å sammenlikne de to prinsippene på et abstrakt plan. For det første fordi EØS-retten uansett kan ha betydning som rettskilde etter intern norsk rett av andre grunner enn presumsjonsprinsippet.²⁸³ Hvis man har holdepunkter i forarbeidene for at en bestemmelse er vedtatt med sikte på å oppfylle Norges folkerettslige forpliktelser, er det uten videre klart at den underliggende folkerettslige forpliktelsen har betydning som rettskildefaktor. Dette kan forankres direkte i lovgiverviljen, og folkeretten kan i slike tilfeller karakteriseres som forarbeider til den aktuelle bestemmelsen.²⁸⁴ Det samme gjelder der lovgiver gjennomfører folkerett ved konstatering av rettsharmoni, selv om lovgiverviljen i slike tilfeller kommer til uttrykk i det som formelt har karakter av etterarbeider.²⁸⁵ Også i disse tilfellene må prinsippet om EØS-konform tolkning overholdes, slik at det blir en for snever tilnærming å forholde seg til presumsjonsprinsippet alene. Dessuten er det viktig å holde fast ved at plikten til EØS-konform tolkning stiller krav til domstolenes konkrete tolkning og rettsanvendelse, ikke til innholdet

²⁸² Det er noen spor av dette i *Finanger I*, når flertallet under punkt 7 synes å legge til grunn et utvidet presumsjonsprinsipp som følge av EØS-avtalens lojalitetsplikt. Prinsippet om EØS-konform tolkning kan for øvrig også anses omfattet av forrangsprinsippet i EØS-loven § 2, jf. tilsvarende Rt. 2005 s. 597 *Allseas* der Høyesterett legger til grunn at effektivitets- og ekvivalensprinsippet omfattes av forrangsregelen i EØS-loven § 2.

²⁸³ Narvestad (2022) s. 120 flg. viser til tre ulike «relevansgrunnlag» for folkeretten som rettskildefaktor i norsk rett: transformasjon, konstatering av rettsharmoni og presumsjonsprinsippet.

²⁸⁴ Skoghøy (2018) s. 83. Se f.eks. Rt. 2006 s. 71 *SAS* avsnitt 68.

²⁸⁵ Se HR-2021-822-A (bilbrann) avsnitt 81–83 der motorvognforsikringsdirektivet tillegges vekt på grunnlag av lovgivers konstatering av rettsharmoni, uten at presumsjonsprinsippet nevnes.

i nasjonale rettskildeprinsipper. Det avgjørende er hva norske domstoler *gjør*, ikke hva rettskildeprinsippene i sin generelle form går ut på.

I den videre fremstillingen vil jeg derfor ikke bare sammenlikne prinsippet om EØS-konform tolkning med de prinsipputtalelsene som finnes om presumsjonsprinsippets generelle innhold, men også analysere Høyesteretts konkrete fremgangsmåte ved EØS-konforme tolkninger av norsk rett. Herunder skal jeg drøfte om resultatet i *Finanger I* hadde blitt et annet dersom Høyesterett hadde brukt prinsippet om EØS-konform tolkning fremfor presumsjonsprinsippet, og om øvrig Høyesteretts praksis viser at de kravene som stilles etter prinsippet om EØS-konform tolkning, oppfylles av tradisjonell rettskildelære.

5.3 Presumsjonsprinsippet generelle innhold vs. prinsippet om EØS-konform tolkning

Navnet «presumsjonsprinsippet» tilsier at norsk rett skal presumeres å være i samsvar med folkeretten. Slik har Høyesterett formulert det i en del tilfeller.²⁸⁶ Mer vanlig er det at Høyesterett formulerer det slik at norsk rett «så vidt mulig» eller «så langt som mulig» skal tolkes i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.²⁸⁷ Formuleringen er identisk med den standardformuleringen av prinsippet om EU-/EØS-konform tolkning som vi har sett i henholdsvis EU- og EFTA-domstolens praksis («as far as possible»). I likhet med «as far as possible» markerer «så vidt mulig»/«så langt som mulig» at det går en grense for hvor langt domstolene kan legge tolkningen av en bestemmelse på strekk. Det skal ikke utelukkes at Høyesterett har valgt denne formuleringen nettopp fordi det er slik prinsippet om EØS-konform tolkning formuleres. En mer plausibel forklaring finner vi imidlertid i forarbeidene til EØS-loven, der presumsjonsprinsippet ble viet adskillig oppmerksomhet. Om presumsjonsprinsippet generelle innhold uttalte departementet at «norske

²⁸⁶ Se Rt. 2001 s. 1006 på s. 1015 og Rt. 2007 s. 234 (Kongsberg/Nes) avsnitt 54.

²⁸⁷ Se Rt. 2001 s. 1811 *Finanger I* på s. 1826, Rt. 2010 s. 1445 *krigsforbryter* avsnitt 133, HR-2016-2030-A avsnitt 77, HR-2016-2591-A *CRPD* avsnitt 48, HR-2018-456-P avsnitt 103, HR-2020-1167-A avsnitt 88.

domstoler må forventes å utnytte alle de muligheter som anerkjente prinsipper for tolkning og anvendelse av rettsregler gir, for å unngå et folkerettsstridig resultat».²⁸⁸ Dette sluttet Høyesterett seg til i Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I*, og det var også der Høyesterett første gang brukte «så vidt mulig» om presumsjonsprinsippets innhold.²⁸⁹ «Så langt som mulig» synes dermed å være kortform for en plikt til å utnytte alle de muligheter som finnes innenfor rammen av anerkjente tolkningsprinsipper. Parallellen til «as far as possible» etter EU-/EØS-retten er dermed tydelig: som fremholdt i punkt 2.3 forplikter «as far as possible» nasjonale domstoler å utnytte det tolkningsrommet de har tilgjengelig etter anerkjente nasjonale tolkningsprinsipper, fullt ut. På dette punkt synes det følgelig å være fullt ut samsvar mellom de to prinsippene.

Hvor langt man etter formuleringen «så langt som mulig» kan gå i å gi folkeretten gjennomslag, kan ikke besvares generelt ut fra ordlyden alene. Presumsjonsprinsippets rekkevidde er, i likhet med prinsippet om EØS-konform tolkning, som utgangspunkt *relativ*. Høyesterett har imidlertid klargjort vurderingstemaet ved å angi *hvilke momenter* gjennomslagskraften av presumsjonsprinsippet beror på. I *Finanger I* uttalte nemlig Høyesterett:

«Gjennomslagskraften av dette prinsippet vil være avhengig av karakteren av de aktuelle folkerettslige forpliktelser og av hvilket rettsområde som den nasjonale rettsregel er knyttet til. Også før Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) ble gjort til en del av norsk rett, ble grunnleggende menneskerettigheter tillagt meget stor vekt ved fortolkning av norske rettsregler. Den 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»

²⁸⁸ Ot.prp.nr.79 (1991–1992) s. 4.

²⁸⁹ Søk på lovdata etter ordene «så vidt mulig» / «så langt som mulig» i kombinasjon med «presumsjonsprinsipp» gir ingen relevante treff i tiden før *Finanger I*.

Presumsjonsprinsippets gjennomslagskraft beror altså på karakteren av den aktuelle folkerettslige forpliktelsen, hvilket rettsområde den nasjonale regel er knyttet til, og partskonstellasjonen. Dette er fulgt opp i senere praksis.²⁹⁰

EFTA- og EU-domstolen har ikke på samme måte gitt retningslinjer for vurderingen av hvilken gjennomslagskraft EØS-retten skal tillegges i møte med nasjonal rett. De har riktignok oppstilt *metodiske krav*, som innebærer at det i enkelte rettskildesituasjoner vil foreligge en plikt til å tolke EØS-konformt. Disse kravene lar seg imidlertid fullt ut forene med de momentene Høyesterett har trukket opp, ettersom momentene ikke oppstiller absolutte regler for når det er mulig eller ikke mulig å tolke folkerettskonformt. I fravær av momenter/retningslinjer fra EU-/EFTA-domstolen, står nasjonale domstoler fritt til å oppstille og anvende slike momenter.

Et presumsjonsprinsipp som forplikter norske domstoler til å tolke folkerettskonformt så langt som mulig, der folkerettens gjennomslagskraft beror på nærmere angitte momenter, lar seg følgelig fullt ut forene med prinsippet om EØS-konform tolkning.

Jeg er derfor ikke enig med Franklin i at presumsjonsprinsippet generelt er mer begrenset enn prinsippet om EØS-konform tolkning.²⁹¹ Franklin angir to grunner for sitt syn. For det første presumsjonsprinsippet som følge av Norges dualistiske tilnærming til folkeretten har en negativ tilnærming til spørsmålet om norske bestemmelser kan tolkes EØS-konformt: utgangspunktet er at den norske bestemmelsen legges til grunn (dualismen), med mindre man kan tolke den i overensstemmelse med folkeretten (presumsjonsprinsippet). Dette mener han er annerledes fra den tilnærmingen prinsippet om EØS-konform tolkning gir anvisning på. Jeg er ikke enig dette. At presumsjonsprinsippet ses på som et unntak fra dualismen, er ikke noe mer enn en karakteristikk av prinsippet, uten at denne karakteristikken i seg selv gjør presumsjonsprinsippet mer eller mindre vidtrekkende enn prinsippet om EØS-konform tolkning. Plikten til EU/EØS-konform tolkning

²⁹⁰ F. eks. Rt. 2007 s. 234 *Kongsberg/Nes* avsnitt 54–55.

²⁹¹ Franklin (2018) s. 327 flg.

er dessuten utviklet nettopp fordi medlemsstatene i større eller mindre grad har en «dualistisk» tilnærming til folkeretten, og Norge er derfor neppe alene om å betrakte nasjonale «presumsjonsprinsipper» som unntak fra eller modifikasjoner til det dualistiske utgangspunktet.²⁹²

Den andre grunnen til at presumsjonsprinsippet er mer begrenset ifølge Franklin, er at presumsjonsprinsippet utelukkende relaterer seg til tolkningsresultatet, og ikke til prosessen eller metoden for å nå dette. Med dette sikter han til, så vidt jeg forstår, de metodiske kravene som er utviklet av EU- og EFTA-domstolen. De metodiske kravene kan imidlertid fint forenes med et presumsjonsprinsipp som utelukkende relaterer seg til tolkningsresultatet, så lenge det er tilstrekkelig vidtgående til at de metodiske kravene vil bli overholdt i praksis. Mer om dette like under.

Det relative utgangspunktet til tross, så finnes det spor av mer firkantede regler for hvilken gjennomslagskraft folkeretten skal ha etter presumsjonsprinsippet. I forarbeidene til EØS-loven definerte departementet grensen for hvor langt «anerkjente prinsipper for tolkning og anvendelse» kan strekkes for å unngå folkerettsstridige resultater:

«Noe forenklet kan man vel si at bare dersom Stortinget helt klart har gitt uttrykk for at en lov skal anvendes på en viss måte uten hensyn til om dette er i strid med internasjonale forpliktelser, eller dersom vedkommende lovbestemmelse ellers ville være helt uten innhold, vil norske domstoler føle seg tvunget til å anvende loven i strid med folkeretten.»²⁹³

Departementet angir i dette sitatet i hvilke situasjoner presumsjonsprinsippet når sin grense: for det første der Stortinget «helt klart har gitt uttrykk for at en lov skal anvendes på en viss måte uten hensyn til om dette er i strid med internasjonale forpliktelser», og for det andre der en folkerettskonform tolking vil gjøre en nasjonal lovbestemmelse

²⁹² Se for eksempel Tværnø og Nielsen (2017) s. 53 der det fremheves at den danske «fortolkningsregel» og «formodningsregel» tradisjonelt har blitt betraktet som en modifikasjon til Danmarks dualistiske utgangspunkt.

²⁹³ Ot.prp.nr.79 (1991–1992) s. 4.

«helt uten innhold». Departementet uttaler at det «bare» er i disse to situasjonene norske domstoler vil føle seg tvunget til å anvende norsk rett i overensstemmelse med folkeretten, og pretenderer dermed at de nevnte situasjonene er uttømmende. Høyesterett sluttet til seg disse uttalelsene i Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I*, og I HR-2016-2591-A *CRPD II* uttalte Høyesterett at disse uttalelsene er uttrykk for «alminnelige prinsipper».

Dersom presumsjonsprinsippet har en slik absolutt grense som departementet her gir uttrykk for, er presumsjonsprinsippet meget vidtrekkende, og går åpenbart lenger enn prinsippet om EØS-konform tolkning. Etter det sistnevnte er det ingen generell grense for hvor langt man skal gå i å tolke EØS-konformt, men de metodiske kravene kan ha som konsekvens at det i enkelte situasjoner foreligger en plikt til å tolke EØS-konformt, f. eks. der det utelukkende er nasjonal rettspraksis som står i veien for et EØS-konformt resultat,²⁹⁴ eller forarbeidsuttalelser som – uten at dette har vært tilsiktet – er i strid med EØS-retten, og rettskildene for øvrig tillater et EØS-konformt resultat.²⁹⁵ Dette er vesensforskjellig fra der man står overfor helt klare lovgiverutsagn, eller dersom en bestemmelse vil bli helt uten innhold dersom den tolkes folkerettskonformt.

Departementet har imidlertid ikke formulert seg slik at norske domstoler ikke har *adgang* til å tolke folkerettskonformt i andre situasjoner enn de beskrevne. Det ikke grunnlag for å tolke uttalelsene antitetisk, slik at de i alle andre situasjoner enn de to angitte gjelder en *plikt* til å tolke folkerettskonformt. I så fall har domstolene etter presumsjonsprinsippet adgang til å anvende norsk rett på bekostning av EØS-retten i de situasjonene der man etter prinsippet om EØS-konform tolkning ikke har det, og i så fall gir presumsjonsprinsippet ingen garanti for at prinsippet om EØS-konform tolkning overholdes.

Det er imidlertid flere omstendigheter som tilsier at presumsjonsprinsippets grenser ikke er så generelle og absolutte som departementet her gir uttrykk for. For det første sier departementet selv at uttalelsene er «noe forenklet». At det bare er en forenklet fremstilling av presumsjonsprinsip-

²⁹⁴ C-441/14 *Ajos*.

²⁹⁵ C-371/02 *Björnekulla*.

pets rekkevidde, ble understreket av flertallet i *Finanger I*.²⁹⁶ Dette gir i seg selv grunn til å legge begrenset vekt på uttalelsene. For det andre skiller ikke departementet mellom ulike situasjoner og rettsområder. Det er for eksempel neppe riktig at det bare er der bestemmelsen ellers ville vært «helt uten innhold» eller vil stå i strid med «helt klare» lovgiverutsagn at norske domstoler vil føle seg tvunget til å tolke en norsk *straffebestemmelse* i overensstemmelse med folkeretten dersom dette slår ut til ugunst for tiltalte. Lovkravet i Grunnloven § 96 medfører at presumsjonsprinsippet når sin grense vesentlig tidligere enn dette.²⁹⁷ På andre områder er det derimot ikke gitt at lovens ordlyd eller lovgiverviljen er noen absolutt skranke for hva domstolen kan finne at er riktig i den konkrete saken. Som påpekt av mindretallet i *Finanger I*, er det flere eksempler på at en lovtekst har måttet vike for andre interne rettskilder,²⁹⁸ og det ville gitt dårlig sammenheng dersom dette skulle være utelukket der det er *folkeretten* som tilsier en tolkning i strid med ordlyden. Senere rettspraksis viser at mindretallet nok hadde rett i dette.²⁹⁹ Departementets uttalelser i forarbeidene kan følgelig ikke forstås som absolutte skranke for presumsjonsprinsippet, men heller som uttrykk for situasjoner der domstolene må argumentere svært godt for å kunne lande på et folkerettskonformt resultat.³⁰⁰

Dermed faller vi tilbake på den relative standarden som Høyesterett ga uttrykk for i *Finanger I*. Presumsjonsprinsippets gjennomslagskraft kan

²⁹⁶ Flertallets votum på s. 1831.

²⁹⁷ Jf. Rt. 2010 s. 1445 *Krigsforbryter* avsnitt 116 der det fremgår at hjemmel i folkeretten ikke er tilstrekkelig etter Grunnloven § 96. Ellers kan det nevnes at Høyesterett i Rt. 2010 s. 593 *Røde Kors* avsnitt 20 presiserte at en konvensjonsforpliktelse bare kunne tillegges vekt «innenfor rammen av straffebestemmelsens ordlyd».

²⁹⁸ Mindretallets votum s. 1839, med henvisning til Rt. 1939 s. 229, Rt. 1978 s. 1430 og Rt. 1979 s. 1079 *Sinnssykes ankerett*.

²⁹⁹ Det finnes riktignok ingen helt «rene» eksempler, men i Rt. 2004 s. 122 *Tannlege* avsnitt 31 synes Høyesterett tilsynelatende ikke å anse ordlyden i produktansvarsloven § 1-1 (2) som noe argument mot en direktivkonform tolkning, og Rt. 2006 s. 1473 *Vesta Forsikring* ble det føyet til et tilleggsvilkår i varemerkeloven § 14 nr. 7 under henvisning til varmerkedirektivets krav. Mer om disse avgjørelsene under.

³⁰⁰ Slik forstår jeg også Narvestad (2021) s. 240 som etter en gjennomgang av rettspraksis konkluderer med at «lovens ordlyd alltid står på prøve overfor den ikke-inkorporerte folkeretten».

ikke angis generelt, men beror på en konkret vurdering under hensyn til de momentene Høyesterett trakk opp i *Finanger*.³⁰¹ Dette er ikke i seg selv i strid med prinsippet om EØS-konform tolkning, men stenger heller ikke døren for at Høyesterett i enkelttilfeller unnlater å tolke EØS-konformt der de etter prinsippet om EØS-konform tolkning skulle gjort det. Hvorvidt norske domstoler oppfyller kravene som stilles etter prinsippet om EØS-konform tolkning kan dermed – som antydnet i starten av dette kapittelet – ikke besvares ved å sammenlikne det EØS-rettslige prinsippet med de prinsipputtalelsene som finnes om presumsjonsprinsippet. Det avgjørende må bli hva Høyesterett rent faktisk gjør. Dette skal jeg gå over til i det følgende.

5.4 EØS-konform tolkning i Høyesteretts praksis

5.4.1 Skulle Høyesterett ha tolket EØS-konformt i *Finanger I*?

5.4.1.1 Høyesteretts vurdering

I *Finanger I* var spørsmålet om en kvinne som ble skadet etter en bilulykke, kunne nektes erstatning fra bilforsikringssselskapet fordi hun frivillig satt på med en alkoholpåvirket sjåfør.

Høyesterett fant at bilansvarsloven § 7 tredje ledd bokstav b lest isolert ikke ga kvinnen krav på erstatning, samtidig som de tre EØS-direktivene om motorvognforsikring stilte krav om forsikringsdekning i en slik situasjon. Spørsmålet var da om bal. § 7 tredje ledd bokstav b kunne tolkes i overensstemmelse med motorvognforsikringsdirektivet. På dette spørsmålet delte Høyesterett seg i et flertall på 10 dommere og et mindretall på 5. Her omtales bare flertallets votum.

Flertallet løste som kjent spørsmålet på grunnlag av presumsjonsprinsippet, fordi dette ble ansett å svare innholdsmessig til prinsippene om EU/EØS-konform tolkning. I den konkrete vurderingen viste flertallet til at

³⁰¹ Slik også Arnesen og Stenvik (2015) s. 53 og Narvestad (2021) s. 241: «Til sammenlikning skjer det, der hvor konflikten er med ikke-inkorporert folkerett, mer av en balansering: Høyesterett foretar en konkret avveining av lovens ordlyd opp mot folkeretten krav. En slik avveining er kjernen i de såkalte *Finanger*-momentene.»

«lovgiveren, etter å ha vurdert forholdet til EØS-direktivene for passasjerenes vedkommende, fant at bestemmelsen i bilansvarsloven § 7 tredje ledd bokstav b skulle opprettholdes uendret. Forholdet til EØS-direktivene var således ikke oversett. På den annen side var unnlatelsen av å endre passasjerregelen i § 7 tredje ledd bokstav b ikke begrunnet i noen oppfatning hos lovgiveren om at denne regelen skulle bli stående, uansett om den skulle vise seg å være i strid med de tre direktivene om motorvognforsikring.»

Flertallet klarte følgelig ikke å trekke noen entydig slutning fra lovgiverviljen, og fortsatte:

«Når lovgiveren i dette tilfellet valgte å opprettholde bestemmelsen uendret for passasjerenes vedkommende, kan jeg ikke se at domstolene likevel kan legge til grunn at bestemmelsen ikke gjelder. Ordlyden i bilansvarsloven § 7 tredje ledd bokstav b setter etter min mening en grense for anvendelsen av presumsjonsprinsippet. Vi er utenfor de tilfeller hvor en bestemmelse «lar seg ... forstå på flere alternative måter», jf. det jeg foran har sitert fra Ot.prp.nr.79 (1991–1992), og vi er dermed også utenfor det som med rimelighet kan anses som tolkning av bestemmelsen.»

Det er altså ordlyden som ifølge førstvoterende først og fremst stengte for en direktivkonform tolkning i saken. Begrunnelsen for dette kommer senere i dommen.

Flertallet kommer deretter med noen uttalelser om hvorfor det ikke er grunnlag for å *tilsidesette* bal. § 7 tredje ledd bokstav b til fordel for direktivene. Spørsmålet om tilsidesettelse er prinsipielt sett et annet spørsmål en harmoniserende fortolkning, men Høyesterett synes ikke å tillegge dette skillet noen betydning i seg selv.³⁰² Flertallet mente en tilsidesettelse ville innebære at direktivene gis direkte virkning med forrang fremfor formell lov, hvilket ville være i strid med Norges forutsetninger ved inngåelsen av EØS-avtalen. Dessuten ville en tilsidesettelse gå lenger enn det prinsippet om direktivkonform tolkning krever av nasjonale domstoler.

³⁰² At presumsjonsprinsippet her ikke bare utlegges som en tolkningsnorm, men også en kollisjonsnorm, er kritisert av Arnesen og Stenvik (2015) s. 64.

Flertallet viste deretter til de reelle hensyn som gjorde seg gjeldende, og la vekt på at saken sto mellom private parter, der presumsjonsprinsippet ikke har samme gjennomslagskraft. Et direktivkonformt resultat ville ikke bare medføre at Finanger fikk erstatning, men også at forsikringsselskapets erstatningsplikt ble utvidet. Deretter uttales det:

«Lovgiverens behandling av de øvrige spørsmål som § 7 reiste, viste en vilje til å oppfylle Norges forpliktelser. Dette kan likevel ikke være avgjørende. Det er lovgiveren som har til oppgave å gjennomføre direktivene i norsk rett, og det er også lovgiveren som – i et tilfelle som det foreliggende – må rette opp eventuelle feilvurderinger som senere blir fastslått. [...] Domstolene kan ikke avgjøre saken ut fra en hypotese om hva de øvrige statsmakter vil foreta seg når det nå er avklart at det foreligger motstrid»

Her kommer det tydeligere frem hvorfor et EØS-konformt resultat ikke kunne forankres i lovgiverviljen. Det ville i tilfelle innebære slutning fra hypotetisk lovgivervilje.

Avslutningsvis tok Høyesterett stilling til anførselene om at ordlyden i § 7 tredje ledd bokstav b på to punkter kunne tolkes i overensstemmelse med direktivene. Erstatningsbortfall etter bestemmelsen var bare aktuelt hvis passasjeren «måtte vita» at sjåføren var beruset og det ikke forelå «særlege grunnar». Skadelidte hadde for det første anført at hun ved bedømmelsen av om hun «måtte vita» at sjåføren var beruset, måtte vurderes ut fra sin alkoholpåvirkede tilstand. Høyesterett avviste dette under henvisning til at det var funnet bevist at skadelidte var klar over at sjåføren var beruset, og at det derfor ikke var nødvendig å ta stilling til. For det andre anførte skadelidte at man i vurderingen av om det forelå «særlege grunnar» i større grad tok hensyn til omstendigheter rundt selve kjøringen, og etterfølgende omstendigheter. Høyesterett foreslår dessuten – selv om det ikke var anført – om EØS-direktivene i seg selv kan utgjøre «særlege grunnar». Begge alternativene avvises, under henvisning til at saken befant seg i

«kjerneområdet for anvendelsen av § 7 tredje ledd bokstav b. Skulle en tolkning eliminere motstriden, måtte den uansett de nærmere omstendigheter alltid lede til det resultat at det er særlig grunn til å gjøre unntak fra regelen om at passasjerer som nevnt i § 7 tredje ledd bokstav b skal utelukkes fra erstatningsdekning. Det som var ment å være en snever unntaksregel, ville da bli lovens hovedregel»

Høyesterett konkluderte etter dette med at bilansvarsloven § 7 tredje ledd bokstav b «har en slik ordlyd at det ikke er mulig ved fortolkning ut fra anerkjente tolkningsprinsipper å komme til et resultat som ikke står i motstrid til det pålegg som EØS-direktivene inneholder».

5.4.1.2 Vurdering i lys av prinsippet om EØS-konform tolkning³⁰³

Etter prinsippet om EØS-konform tolkning er nasjonale domstoler forpliktet til å tolke nasjonal rett – i sin helhet og så langt som mulig – EØS-konformt. Hva som i den konkrete saken er mulig, er som utgangspunkt opp til nasjonale domstoler å vurdere, men likevel slik at de metodiske kravene som EU- og EFTA-domstolen har utviklet, må respekteres.

Hvorvidt det var *mulig* for flertallet å tolke direktivkonformt i saken, kan diskuteres. Det kan for eksempel spørres om unntaket for «særlige grunner» var vidt nok til å omfatte den «grunn» at Norge hadde påtatt seg en direktivforpliktelse som var til hinder for å nekte erstatning for den som frivillig lar seg kjøre av en alkoholpåvirket sjåfør.³⁰⁴ Det kan også spørres om det i denne situasjonen var grunnlag for å tilsidesette ordlyden i § 7 tredje ledd bokstav b, slik mindretallet gikk inn for.³⁰⁵ For min egen del mener jeg begge disse spørsmålene kan besvares benektende. Selv om «særlige grunner» isolert tolket kan sies å omfatte direktivforpliktelser, kommer man seg likevel ikke utenom flertallets argument om at man i så fall ville gjort unntaket til hovedregelen, ettersom man i denne

³⁰³ Viktige avgjørelser som C-397-403/01 *Pfeiffer*, C-371/02 *Björnekulla* eller C-441/14 *Ajos* var ikke avsagt da Høyesterett avsa dom i *Finanger I*. Den følgende vurderingen gjøres med utgangspunkt i rettskildebildet slik det er i dag.

³⁰⁴ Arnesen mfl. (2022) siste fotnote i punkt 30.3.1, Franklin (2012) s. 287–289.

³⁰⁵ Skjerven (2001) s. 374–375.

situasjon befant seg i kjerneområdet for anvendelsen av § 7 tredje ledd bokstav b. En eventuell EØS-konform tolkning måtte derfor etter min mening i tilfelle bygge på en tilsidesettelse av bestemmelsen. Hvorvidt en slik tilsidesettelse var «mulig» beror på hvilken gjennomslagskraft man tillegger presumsjonsprinsippet i møte med klar ordlyd. Etter mitt syn er det ikke grunnlag for tilsidesettelse i en situasjon som i *Finanger I*, der dette var ensbetydende med en utvidelse av forsikringssselskapets dekningsplikt, altså ileggelse av forpliktelser overfor private.

Flere argumenter for og imot muligheten for en direktivkonform tolkning i *Finanger I* kunne vært nevnt. Siktemålet her er imidlertid å vurdere om Høyesterett på grunnlag av prinsippet om EØS-konform tolkning skulle kommet til motsatt resultat, og da blir dette en meningsløs øvelse. Hvorvidt det innenfor rammen av anerkjente tolkningsmetoder er mulig å tolke en norsk bestemmelse i overensstemmelse med EØS-retten, er et spørsmål om tolkningen av norsk rett, der Høyesterett har siste ord. Det avgjørende er at Høyesterett pretenderte å strekke seg så langt som mulig, noe de uomtvistelig gjorde i denne saken, jf. konklusjonen om at det «ikke [var] mulig ved fortolkning ut fra anerkjente tolkningsprinsipper å komme til et resultat som ikke står i motstrid til det pålegg som EØS-direktivene inneholder». En kritikk av Høyesterett på dette punkt må derfor komme «innenfra» og ikke «utenfra» på grunnlag av prinsippet om EØS-konform tolkning.

Dette illustrerer for så vidt at det er vanskelig å se for seg en traktatbruddsak mot en medlemsstat for at landets domstoler ikke har overholdt plikten til å tolke nasjonal rett «as far as possible» i overensstemmelse med EØS-retten.³⁰⁶ EU/EFTA-domstolen kan umulig avgjøre en slik sak uten å gjøre seg til herre over tolkningen av nasjonal rett, noe som ligger utenfor deres kompetanse etter traktatene. Men dersom en nasjonal domstol åpent skulle si at en EØS-konform tolkning er mulig, men likevel velger et annet tolkningsalternativ, ville saken vært en annen. At noe slikt skulle skje i praksis, er imidlertid vanskelig å tenke seg.

³⁰⁶ For ikke å nevne at Kommisjonen generelt er svært tilbakeholdne med å gå til traktatbruddsak mot et medlemsland for at landets domstoler har brutt EU-retten, jf. Craig og de Búrca (2021) s. 482.

En eventuell overprøving av Høyesteretts unnlattelse av å tolke EØS-konformt må i tilfelle finnes i *begrunnelsen*. De metodiske kravene vi har sett fra *Pfeiffer*, *Björnekulla* og *Ajos* medfører som kjent at det i visse rettskildesituasjoner vil foreligge en plikt til å tolke EØS-konformt. Spørsmålet blir derfor om Høyesterett befant seg i noen av disse situasjonene i *Finanger I*.

Flertallets forsøk på å fastlegge lovgiverviljen har i denne forbindelse interesse. Flertallet hadde vanskeligheter med å trekke entydige slutninger fra lovgiverviljen i relasjon til bal. § 7 tredje ledd bokstav a, ettersom lovgiver på den ene siden viste en generell vilje til å etterleve direktivforpliktelsene, men på den annen side vurderte det slik at bal. § 7 tredje ledd bokstav b ikke var nødvendig å endre ved gjennomføringen av motorvognforsikringsdirektivene. Høyesterett landet på at domstolene «ikke kunne avgjøre saken ut fra en hypotese om hva de øvrige statsmaktene ville foreta seg». Flertallet fant det altså ikke riktig å legge vekt (i alle fall ikke avgjørende vekt) på lovgiverviljen, ettersom dette ville innebære slutning fra hypotetisk lovgivervilje. I en slik situasjon gir den EØS-rettslige *presumsjonsregelen* en løsning. Presumsjonsregelen krever at når lovgiver har implementert et direktiv i nasjonal rett, skal det presumeres at lovgiverviljen har vært å oppfylle forpliktelsene etter direktivet *fullt ut*. Dersom det i en implementeringslov – slik som bilansvarsloven – finnes bestemmelser som ikke helt lar seg forene med det underliggende direktivet, kan domstolene ikke uten videre legge til grunn at dette var tilsiktet: lovgiverviljen skal fortsatt presumeres å ha vært å oppfylle forpliktelsene etter direktivet fullt ut. I dette ligger det at man i noen grad må akseptere å gjøre bruk av hypotetisk lovgivervilje.

Den omstendighet at lovgiver uttrykkelig vurderte bal. § 7 tredje ledd bokstav b i forhold til direktivene, men likevel ikke fant grunn til å endre eller oppheve bestemmelsen, kan imidlertid tilsi at det var holdepunkter for at lovgiverviljen var en annen, og at presumsjonen dermed kunne tilbakevises. I en slik situasjon kommer imidlertid *Björnekulla*-regelen til anvendelse, som innebærer at presumsjonen om EØS-konform lovgivervilje ikke kan tilbakevises av uttalelser i nasjonale forarbeider som ubevisst er EØS-stridige. Anvendt på *Finanger* medfører

dette at departementets uttalelser om at bal. § 7 tredje ledd bokstav a var forenlige med direktivet, ikke kunne lede til at lovgivers hensikt ble ansett å være noe annet enn oppfyllelse av direktivet.

Dersom flertallet hadde anvendt de metodiske kravene fra *Pfeiffer/Björnekulla*, kunne de derfor sett bort fra betenkelighetene ved å trekke slutninger fra hypotetiske lovgiverforutsetninger, og lagt til grunn at den regelen som fulgte av ordlyden i bal. § 7 tredje ledd bokstav b, ikke var tilsiktet fra lovgiver.

Når det likevel kan aksepteres at Høyesterett ikke tolket EØS-konformt, er det fordi flertallets motvilje mot å bygge på en hypotetisk lovgivervilje fikk begrenset betydning for utfallet av tolkningsspørsmålet. Det var etter flertallets syn først og fremst *ordlyden* som sto i veien for å tolke direktivkonformt, og nasjonale domstoler er etter prinsippet om EØS-konform tolkning ikke forpliktet til å tolke i strid med ordlyden av nasjonal lovgivning (med mindre dette i den konkrete saken anses «mulig», noe Høyesterett står fritt til å avgjøre). Av samme grunn ville heller ikke *Ajos*-regelen om fravikelse av nasjonal rettspraksis ha ført til noe annet resultat. Når *Franklin* legger til grunn at kun var Høyesteretts egen rettspraksis som sto i veien for å tolke «særlege grunnar» slik at det omfattet vedtagelsen av et nytt EØS-direktiv, er dette ikke riktig.³⁰⁷ Selv om en slik forståelse av unntaket for «særlege grunnar» ville vært i strid med eldre rettspraksis, var unntakelsen av å tolke unntaket på denne måten hovedsakelig begrunnet i at man i dette tilfellet befant seg i kjerneområdet for bal. § 7 tredje ledd bokstav a, slik at unntaket i praksis ville blitt til hovedregelen.

Høyesterett befant seg følgelig ikke i noen av de situasjonene der EØS-retten foreskriver hvilken tolkning som er den rette, og sto dermed fritt til å konkludere med at det ikke var mulig å tolke EØS-konformt. Dersom *Finanger I* hadde kommet opp i dag, ville det følgelig ikke vært noe brudd på plikten til EØS-konform tolkning ikke å tolke EØS-konformt i et slikt tilfelle.

³⁰⁷ Franklin (2012) s. 289.

5.4.2 Nærmere om de EØS-rettslige metodekravene i Høyesteretts praksis

5.4.2.1 Presumsjonen om EØS-konform lovgivervilje

EU-domstolen i *Wagner Miret* og *Pfeiffer* og EFTA-domstolen i *Irish Bank* og *Liti-Link* har slått fast at nasjonale domstoler må gå ut fra at lovgiver hadde til hensikt å oppfylle forpliktelsene etter et direktiv fullt ut. Som vist over kunne Høyesterett i *Finanger I* et stykke på vei løst «problemet» med slutning fra hypotetisk lovgivervilje dersom de hadde presumert at lovgiver hadde til hensikt å oppfylle forpliktelsene etter motorvognforsikringsdirektivene fullt ut. I det følgende skal vi gjennom andre eksempler undersøke om Høyesterett gjør bruk av en slik presumsjon, og hvilket bidrag presumsjonsregelen kan gi til norsk rettskildelære.

Ettersom vi i Norge har tradisjon for å gi forholdsvis omfangsrike lovforarbeider,³⁰⁸ er presumsjonsregelen i mange tilfeller overflødig. Forarbeidene kan for det første gi anvisning på at siktemålet med en bestemmelse er å oppfylle forpliktelsene etter EØS-retten. I så fall er implementeringsviljen åpenbar, og det er ikke behov for å gjøre bruk av noen presumsjon om den. Et eksempel på dette kan være reglene om arbeidstakers rettigheter ved virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven kapittel 16. Det fremgår av forarbeidene til bestemmelsene i dette kapitlet at reglene gjennomfører direktiv 2001/23/EF.³⁰⁹ I Rt. 2006 s. 71 SAS viste Høyesterett til disse forarbeidsuttalelsene, og la uten videre til grunn at det nærmere innhold av reglene om virksomhetsoverdragelse «etter dette [må] fastlegges på grunnlag av EU-direktivene.» Det var der ikke behov for å operere med noen presumsjon om at bestemmelsene tjente til å oppfylle forpliktelsene etter direktivet.

Et annet eksempel er bilansvarsloven. I HR-2021-822-A *Bilbrann* viste Høyesteretts flertall til uttalelser i forarbeidene til bilansvarsloven § 2 om at bestemmelsen ikke ble funnet nødvendig å endre på grunn av nyere praksis fra EU-domstolen om tolkningen av motorvognforsikringsdirektivet. Selv om bal. § 2 ikke ble endret, og uttalelsene i forarbeidene derfor

³⁰⁸ Mestad (2019) s. 85.

³⁰⁹ Ot.prp.nr.49 (2004–2005) s. 256 flg.

– som flertallet også påpeker – formelt hadde karakter av etterarbeider, viste uttalelsene ifølge Høyesterett at lovgiver hadde til hensikt å oppfylle forpliktelsene etter direktivet fullt ut.³¹⁰ Ved tolkningen av denne bestemmelsen er det følgelig ikke noe behov for å operere med en presumsjon om lovgivers implementeringsvilje, og Høyesterett tolket bestemmelsen i overensstemmelse med EU-domstolens praksis utelukkende på grunnlag av forarbeidsuttalelsene.³¹¹

For det andre kan forarbeidene gi uttrykk for at siktemålet ikke har vært å oppfylle forpliktelsene etter EØS-retten, eller rettere sagt at de aktuelle bestemmelsene skal forstås på en bestemt måte uten hensyn til om de måtte være i strid med folkeretten. Dette er sjeldent tilfelle, men vi har i alle fall ett eksempel – Rt. 1997 s. 580 *OFS*. Saken gjaldt riktignok ikke EØS rett, men eksempelet er likevel illustrerende. Spørsmålet var om en provisorisk anordning om lønnsnemdsbehandling og streikeforbud var i strid med Norges forpliktelser etter ILO-konvensjonene nr. 87 og 89. ILOs organer hadde ved flere anledninger erklært at Norges bruk av tvungen lønnsnemd var i strid med disse konvensjonene. I foredraget til anordningen ble dette omtalt, men det ble likevel uttalt at departementet «etter nøye overveielser» hadde kommet til at det «uansett er riktig og nødvendig å gripe inn i konflikten». Høyesterett uttalte i et *obiter dictum* at den provisoriske anordningen som følge av disse uttalelsene måtte anses gyldig. I en slik situasjon er det ikke bare manglende behov for å operere med en presumsjon for at lovgiver viljen har vært å oppfylle forpliktelsene etter folkeretten – det er også rettslig sett galt å gjøre det, fordi man har et klart holdepunkt for at lovgivers hensikt *ikke* har vært dette.

Mellom disse ytterpunktene kan det imidlertid oppstå vanskelige grensetilfeller, der det ikke uten videre er klart om en bestemmelse har til hensikt å oppfylle direktivforpliktelser eller om den isteden eller i tillegg har andre formål. En ikke upraktisk situasjon er at lovgiver vedtar endringer av en lov med sikte på å etterleve forpliktelsene etter

³¹⁰ Dommens avsnitt 77–78.

³¹¹ Mindretallet fant derimot at det aktuelle skadetilfellet falt utenfor direktivets virkeområde, slik at det ikke oppsto noe spørsmål om EØS-(direktiv-)konform tolkning.

et direktiv, men lar enkelte bestemmelser bli stående uendret, fordi de antas å ikke være omfattet av direktivets krav. Når denne antagelsen viser seg å være feil på grunn av senere praksis fra EU-domstolen, kan det oppstå vanskelige tolkningsproblemer. Dette var situasjonen i *Finanger I*, og som vist over kunne Høyesterett der gjennom presumsjonsregelen tilbakevist innvendingene mot å slutte fra hypotetisk lovgivervilje. Også Rt. 2002 s. 391 *God Morgon* og Rt. 2006 s. 1473 *Vesta forsikring* kan tjene som eksempler på dette. Begge sakene gjaldt vilkårene for registrering av varemerke etter dagjeldende varemerkelov og varemerkedirektiv.

I *God Morgon* var spørsmålet om uttrykket «GOD MORGON» oppfylte vilkårene for registrering som varemerke. Etter dagjeldende varemerkeloven § 13 første ledd første punktum måtte det i tilfelle «være egnet til å skille søkerens varer fra andres». Etter direktiv 89/104/EØF (varemerkedirektivet) var medlemsstatene forpliktet til å gi «trade marks which are devoid of any distinctive character» rett til registrering som varemerke. Denne bestemmelsen var konkretisert gjennom rikholdig praksis fra EU-domstolen. Høyesterett måtte ta stilling til om den norske bestemmelsen skulle tolkes i overensstemmelse med direktivbestemmelsen, med tilhørende praksis. Høyesterett konstaterte at varemerkedirektivet var gjennomført i norsk rett ved endringer av 27. november 1992 i varemerkeloven. Lovens § 13 første ledd første punktum ble imidlertid stående uendret ved gjennomføringen, og i forarbeidene til lovendringen var det ingen kommentarer til denne bestemmelsen.³¹² Det var altså ingen holdepunkter for at lovgiver med akkurat denne bestemmelsen mente å oppfylle forpliktelsene etter varemerkedirektivet. Høyesterett tolket likevel bestemmelsen i tråd med direktivet og tilhørende praksis, men noen egentlig begrunnelse for hvorfor de gjorde dette, leter man forgjeves etter. Høyesterett viste til at lovgiver i kommentarene til bestemmelsens *annet punktum* hadde uttalt at «Styret for det industrielle rettsvern må i alle tilfeller tilpasse sin praktisering av bestemmelsen til den praksis som utvikler seg innen EØS-området for øvrig dersom det skulle vise seg at norsk praksis er strengere mot søkerne enn EØS-avtalen tillater». Disse kommentarene rettet seg imidlertid uttrykkelig til annet og ikke første

³¹² Ot.prp.nr.72 (1991–1992) s. 80.

punktum, og ga derfor ingen holdepunkter for at første punktum også skulle tolkes i overensstemmelse med direktivet og praksis i tilknytning til denne. Det Høyesterett kunne ha gjort, var å konstatere at man etter prinsippet om EØS-konform tolkning måtte presumere at lovgiver hadde til hensikt å oppfylle forpliktelsene etter varemerkedirektivet fullt ut, og via denne presumsjonen tolket bestemmelsen i lys av varemerkedirektivet.

I Rt. 2006 s. 1473 *Vesta forsikring* ser man det samme. Også denne saken gjaldt tolkningen av dagjeldende varemerkelov og dagjeldende varemerkedirektiv, men denne gjaldt vilkårene for å nekte registrering etter § 14 nr. 7. I likhet med § 13 første ledd første punktum ble også denne bestemmelsen stående uendret ved gjennomføringen av varemerkedirektivet, uten at det forelå noen kommentarer til denne bestemmelsen i forarbeidene til gjennomføringen. Høyesterett tolket likevel bestemmelsen i overensstemmelse med direktivet. Begrunnelsen er den samme som i *God Morgon*: Høyesterett hevdet at det i «lovens forarbeider gis uttrykk for at loven må praktiseres i lys av den praksis som utvikler seg innenfor EØS-området, jf. Ot.prp.nr.72 (1991–1992) side 80, jf. tilsvarende betraktninger i Rt-2002-391, «God Morgon»-dommen, side 395–396». Dette er imidlertid, som vist over, en feilaktig gjengivelse av forarbeidsuttalelsene. Forarbeidsuttalelsene knytter seg til regelen i lovens § 13 første ledd annet punktum, og er derfor ikke noe argument for å tillegge direktivforpliktelsen vekt ved tolkningen av § 13 første ledd første punktum, og i alle fall ikke § 14 nr. 7. Også i denne saken kunne resonnetet vært mer overbevisende dersom man hadde vist at man etter prinsippet om EØS-konform tolkning måtte presumere at lovgiver hadde til hensikt å oppfylle forpliktelsene etter direktivet *fullt ut*.

Verken i *God Morgon* eller i *Vesta forsikring* hadde altså Høyesterett dekning for påstanden om at forarbeidene ga grunnlag for å tillegge varemerkedirektivet betydning ved tolkningen av de konkrete bestemmelsene i varemerkeloven. I HR-2018-1036-A *Thue* var dette annerledes. Spørsmålet i saken var om reisetid var arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 10-1. Når det gjelder denne bestemmelsen har vi, i motsetning til de aktuelle bestemmelsene i varemerkeloven som nevnt over, uttrykkelige uttalelser i forarbeidene om at bestemmelsen tjener til å gjennomføre

direktiv 2003/88/EF (arbeidstidsdirektivet), jf. Ot.prp.nr.49 (2004–2005) side 152. Høyesterett tolket bestemmelsen i overensstemmelse med EFTA-domstolens tolkning av den underliggende direktivbestemmelsen. Høyesterett begrunnet dette med å vise til forarbeidsuttalelsene, for så å konstatere at «det følger da av presumsjonsprinsippet at arbeidstidsbegrepet i disse vernebestemmelsene tolkes på samme måte som artikkel 2 i arbeidstidsdirektivet». Ettersom lovgivers konstatering av rettsharmoni gir et selvstendig grunnlag for å tolke aml. § 10-1 i overensstemmelse med arbeidstidsdirektivet, var det strengt tatt unødvendig å forankre tolkningen i presumsjonsprinsippet. Ideelt sett skulle følgelig Høyesteretts begrunnelse i *Vesta forsikring* og *God Morgon* vært erstattet med den Høyesterett gjorde i HR-2018-1036-A *Thue*, og vice versa.

Dette siste illustrerer mitt neste poeng, som er at presumsjonsregelens primære funksjon er at EØS-retten ikke avskrives som irrelevant bare fordi man ikke har konkrete holdepunkter for at lovgiver hadde til hensikt å oppfylle forpliktelsene etter et direktiv fullt ut. Denne funksjonen ivaretas ved andre prinsipper også, både av EØS-rettslig og av nasjonal karakter. Fra EØS-retten kan nevnes at EFTA-domstolen flere ganger har slått fast at nasjonale domstoler skal ta hensyn til («consider») EØS-retten uansett om den er gjennomført eller ikke, og at dette gjelder for all nasjonal rett.³¹³ Videre har vi presumsjonsprinsippet, som gir et selvstendig grunnlag for å tolke norske bestemmelser i overensstemmelse med EØS-retten, uten hensyn til om lovgiver har transformert den eller ikke. Den egentlige begrunnelsen for å tolke norske bestemmelser i overensstemmelse med ikke-gjennomført EØS-rett er å finne i en av disse tre grunnlagene. Når vi derimot har holdepunkter for at lovgiver har transformert EØS-retten, er det tilstrekkelig å vise til dette.

Avgjørelsene etterlater inntrykk av manglende bevissthet fra Høyesterett om *hvorfor* EØS-direktiver kan og skal tillegges vekt ved tolkningen av norsk lov der man ikke har holdepunkter for lovgivers transformasjon eller konstatering av rettsharmoni. I ingen av avgjørelsene var det imidlertid nødvendig å vise til den EØS-rettslige presumsjonsregelen.

³¹³ E-1/04 *Karlsson* og E-13/11 *Irish Bank*.

Presumsjonsprinsippet ivaretar nemlig den samme funksjon, men Høyesterett viste ikke til denne heller.

5.4.2.2 Fravikelse av EØS-stridige uttalelser i norske forarbeider

Det følger av *Björnekulla*-dommen at nasjonale domstoler må tolke EU-konformt uansett om det i forarbeidene til den aktuelle bestemmelsen finnes uttalelser som peker i en annen retning. Denne forpliktelsen må som fremholdt under punkt 2.5.3 antakelig tolkes innskrenkende slik at den kun gjelder ved tolkningen av implementeringslovgivning der lovgiver i forarbeidene har gitt uttrykk for en tolkning av bestemmelsen som viser seg å være i strid med direktivet, uten at dette har vært tilsiktet.

Vi har ingen prinsipputtalelser fra Høyesterett om at EØS-stridige forarbeidsuttalelser må fravikes som ledd i en EØS-konform tolkning, verken på grunnlag av presumsjonsprinsippet eller på grunnlag av prinsippet om EØS-konform tolkning. Det finnes imidlertid eksempler på at det har blitt gjort.

Høyesteretts tolkning av produktansvarsloven i Rt. 2004 s. 122 *Tannlege* kan tjene som eksempel. Loven er eldre enn EØS-avtalen, men ved innlemmelsen av EØS-avtalen i norsk rett ble det gjort endringer i loven for å gjennomføre direktiv 85/374/EØF (produktansvarsdirektivet). I lovens § 1-1 (2) heter det at loven «begrenser ikke retten til å kreve erstatning på annet grunnlag». Om bakgrunnen for dette heter det i Ot.prp.nr. 72 (1991–1992) på s. 25:

«Produktansvarsdirektivet er ikke til hinder for at skadelidte kan påberope andre erstatningsregler i stedet for produktansvarsreglene. Dette følger av artikkel 13, som lyder:

«Dette direktiv berører ikke de rettigheter som en skadelidte måtte ha etter rettsregler om erstatningsansvar i eller utenfor kontraktsforhold eller etter særregler for erstatningsansvar som måtte foreligge på det tidspunkt det gis underretning om dette direktiv.»

I forhold til direktivet kan det derfor bestemmes at ulovfestede regler om skyldansvar eller objektivt ansvar kan påberopes ved siden av direktivets regler»

Dette standpunktet kan ikke opprettholdes etter at EU-domstolen i en serie avgjørelser i 2002 slo fast at produktansvarsdirektivet skulle forstås som et totalharmoniseringsdirektiv, slik at det var til hinder for nasjonale erstatningsregler som stiller skadelidte i en mer gunstig posisjon enn det direktivet gir grunnlag for.³¹⁴ Situasjonen var (og er fortsatt) at vi har forarbeidsuttalelser som på grunn av etterfølgende fortolkningsdommer fra EU-domstolen viser seg å være i strid med direktivet, akkurat slik situasjonen var i *Björnekulla*. Forarbeidsuttalelsene til produktansvarsloven § 1-1 (2) er dermed nettopp slike man etter *Björnekulla* er forpliktet til å fravike som ledd i en EØS-konform tolkning av nasjonal rett. Forskjellen fra *Björnekulla* er imidlertid at de direktivstridige forarbeidsuttalelsene også har fått uttrykk i lovteksten, som uttrykkelig gir skadelidte mulighet til å påberope andre grunnlag for erstatning. Norske domstoler er derfor ikke forpliktet til å tolke produktansvarsloven § 1-1 (2) direktivkonformt (med mindre det anses *mulig* å fravike ordlyden i dette tilfellet).

Høyesterett så imidlertid ingen problemer med å fravike både ordlyden og forarbeidene til produktansvarsloven § 1-1 (2) i Rt. 2004 s. 122 *Tannlege*. I dommens avsnitt 31 viser Høyesterett til EU-domstolens praksis, og fremholder at «Det innebærer at tidligere norsk praksis vedrørende ulovfestet objektivt ansvar ikke kan påberopes hvis ansvaret etter denne praksis går lenger enn etter direktivets artikkel 6». Dette tilsier at plikten etter *Björnekulla* til å fravike EØS-stridige forarbeidsuttalelser ikke anses problematisk for norske domstoler, ettersom disse uten videre ble fraveket i denne dommen. At ordlyden i tillegg stengte for en direktivkonform tolkning, viser at Høyesterett er villig til å strekke seg temmelig langt.

Foruten å være et *obiter dictum*, er det flere omstendigheter som tilsier at disse uttalelsene ikke var så gjennomtenkte. Høyesterett viste verken til presumsjonsprinsippet eller prinsippet om EØS-konform tolkning, og problematiserte heller ikke om ordlyden eller forarbeidene kunne tenkes å stenge for en direktivkonform tolkning.³¹⁵ Til dette kommer også at Høyesterett uttalte at produktansvarsdirektivet «er blitt norsk rett, jf. EØS-loven § 1». Dette er feil, ettersom EØS-loven § 1 bare gjennomfører

³¹⁴ Arnesen og Stenvik (2015) s. 44 med henvisning til C-52/00, C-154/00 og C-183/00.

³¹⁵ Slik også Narvestad (2021) s. 216.

EØS-avtalens hoveddel.³¹⁶ Uttalelsen kan indikere at Høyesterett antok at produktansvarsdirektivet hadde forrang fremfor produktansvarsloven etter EØS-loven § 2. I så fall hadde det vært uproblematisk å si at den tolkningen som EU-domstolen har gitt av produktansvarsdirektivet, må legges til grunn på bekostning av den klare ordlyden og lovgiverviljen til produktansvarsloven § 1-1 (2).

Et annet og bedre eksempel er HR-2018-1036-A *Thue*, som gjaldt spørsmålet om den tiden en polititjenestemann bruker til å reise til og fra spesialoppdrag for politiet var omfattet av begrepet «arbeidstid» i arbeidsmiljøloven § 10-1. Saken hadde vært forelagt EFTA-domstolen, som konkluderte med at dette var «arbeidstid» etter direktiv 2003/88/EF (arbeidstidsdirektivet). Høyesterett måtte da ta stilling til om aml. § 10-1 kunne tolkes på tilsvarende måte. Førstvoterende viste til at det ikke ble funnet nødvendig å endre arbeidsmiljøloven § 10-1 da arbeidstidsdirektivet ble innlemmet i EØS-avtalen. Samtidig sies det i Ot.prp. nr.49 (2004–2005) side 315 at «Reise til og fra arbeidet vil som i dag falle utenfor definisjonen av arbeidstid ...». Høyesterett tolket dette slik at den reisetiden man sto overfor i saken «regnes [...] ifølge forarbeidene ikke som arbeidstid...». Situasjonen var altså at lovgiver på den ene siden hadde forsøkt å oppfylle forpliktelsene etter direktivet, men på den annen side forutsatte en tolkning av den norske gjennomføringsbestemmelsen som viste seg å være i strid med direktivet. Situasjonen *Thue* er dermed lik den i *Bjørnekulla*, og Høyesterett var derfor forpliktet etter prinsippet om EØS-konform tolkning til å fravike de aktuelle forarbeidsuttalelsene. Høyesterett fant dette uproblematisk, og uttalte i avsnitt 65:

«Arbeidstidsdirektivet er implementert i norsk rett gjennom arbeidsmiljøloven, jf. Ot.prp.nr.49 (2004–2005) side 152. Lovgiver har med andre ord forutsatt at de parallelle vernebestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 10 er i samsvar med direktivet. Det følger da av presumsjonsprinsippet at arbeidstidsbegrepet i disse vernebestemmelsene tolkes på samme måte som artikkel 2 i arbeidstidsdirektivet»

³¹⁶ Se treffende kritikk hos Arnesen og Stenvik (2015) s. 76 i note 130.

Dette underbygger ytterligere at Høyesterett ikke ser noen problemer med å fravike EØS-stridige tolkninger i forarbeidene til implementeringslovgivning på grunnlag av presumsjonsprinsippet.

5.4.2.3 Fravikelse av rettspraksis

I punkt 2.5.4 ble det redegjort for at prinsippet om EU-konform tolkning etter nyere praksis fra EU-domstolen innebærer en plikt til å fravike nasjonal, EU-stridig rettspraksis. I Rt. 2015 s. 421 *Kyrkjebygdheia* uttaler Høyesterett eksplisitt at «nye folkerettslige forpliktelser – eller ny praksis fra konvensjonsorganer som klarlegger eller endrer forståelsen av eksisterende forpliktelser – er imidlertid omstendigheter som kan gi grunnlag for prejudikatsfravikelse». At ny praksis fra konvensjonsorganer er omstendigheter som *kan* gi grunnlag for prejudikatsfravikelse, er ikke ensbetydende med at det gjelder en *plikt* til dette. Praksis viser imidlertid at Høyesterett i praksis også fraviker EØS-stridige prejudikater.

Nevnte Rt. 2006 s. 1473 *Vesta forsikring* kan igjen brukes som eksempel. Spørsmålet i saken var om registrering av avbildning av en livbøye som varemerke for Vesta Forsikring AS skulle kjennes ugyldig fordi det var «egnet til å forveksles med et varemerke som en annen hadde tatt i bruk før søkeren og søkeren var vitende om denne bruk da søknaden om registrering ble inngitt», jf. varemerkeloven 1961 § 14 nr. 7. Høyesterett fant at Trygg Hansa AB hadde «tatt i bruk» varemerket før Vesta Forsikring, og at Vesta forsikring var «vitende om denne bruk» da søknaden om registrering ble inngitt. Etter ordlyden var dermed vilkårene for å nekte Vesta Forsikring registrering oppfylt. Etter direktiv 89/104/EØF (varemerkedirektivet) artikkel 4 nr. 4 bokstav g var det et vilkår for registreringsnektelse at søkeren «handlet i ond tro» («acting in bad faith»). Høyesterett fant at dette begrepet måtte forstås slik at det forutsetter en oppreden fra registreringssøkerens side som må kunne karakteriseres som «unfair» forretningsførsel i forhold til en annen merkeinnhaver. Høyesterett fant videre at varemerkeloven § 14 nr. måtte tolkes i overensstemmelse med dette, i den forstand at bestemmelsen må «leses med den presisering at dens anvendelse forutsetter at registreringen med

søkers kunnskap om den andres bruk, vil representere et brudd på den alminnelige standard for god forretningsskikk» Høyesterett fortsatte:

«Min fortolkning av § 14 nr. 7 er i strid med det Høyesterett la til grunn i Rt-1998-1809, BUD-dommen. Den er også en annen enn det som kommer til uttrykk både i den svenske og den danske varemerkeloven. Som jeg har redegjort for, har utviklingen av praksis i EU vært avgjørende for min tolking. Dette er en utvikling som i tid har funnet sted både etter BUD-dommen og etter vedtakelse av den svenske og danske varemerkeloven»

Dommen viser altså at Høyesterett ikke anser den omstendighet at det foreligger tidligere Høyesterettspraksis i strid med den aktuelle EØS-bestemmelsen, som noe avgjørende argument imot å tolke norsk rett EØS-konformt. Begrunnelsen for at det ble funnet riktig å tillegge EU-regelen så stor gjennomslagskraft som det her ble gjort, er det imidlertid ikke lett å få tak på. I likhet med *Finanger I* sto saken sto mellom to private parter, slik at den EØS-konforme tolkningen var til ugunst for en av partene. Og Høyesteretts tolkning var ikke bare i strid med tidligere rettspraksis, men også ordlyden. Tatt i betraktning hvor inngående Høyesterett redegjorde for presumsjonsprinsippet i *Finanger I*, er det temmelig påfallende at Høyesterett i *Vesta Forsikring* ikke fant grunn til å en gang problematisere hvorvidt presumsjonsprinsippet kunne bære den aktuelle tolkningen.

Fredriksen og Mathisen og Arnesen mfl. trekker frem HR-2016-2554-P *Holship* som et eksempel på et EØS-begrunnet prejudikatsfravik.³¹⁷ Høyesterett fravek der Rt. 1997 s. 334 *Sola Havn* til fordel for etableringsretten i EØS-avtalens art. 31. For min del mener jeg denne avgjørelsen ikke helt treffer som eksempel på hvor langt Høyesterett strekker seg i en EØS-konform tolkning av norsk rett, ettersom EØS-avtalens artikkel 31 er gjennomført i norsk rett ved EØS-loven § 1, og derfor har forrang etter EØS-loven § 2. Denne situasjonen er vesensforskjellig fra harmoniserende tolkning av en norsk bestemmelse og en EØS-regel som ikke er gjennomført. Prejudikatsfraviket i *Holship* er derfor etter min mening ikke sam-

³¹⁷ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 425 og Arnesen mfl. (2022) s. 655.

menliknbart med prejudikatsfraviket i Rt. 2006 s. 1473 *Vesta forsikring*.

Også Rt. 2013 s. 1665 *Hydro/Sørøl* trekkes frem av forfatterne som et eksempel på at norske domstoler går langt i en EØS-konform tolkning av norsk rett.³¹⁸ Høyesterett fant der at foreldelsesfristens starttidspunkt ved krav på tilbakebetaling av ulovlig statsstøtte var det tidspunkt det forelå nasjonalt vedtak om tilbakebetaling, og ikke allerede da ESA traff vedtak om tilbakebetaling (eller tidligere). Som flere har påpekt i juridisk teori³¹⁹ og Høyesterett for så vidt selv erkjenner (se avsnitt 49–50), bryter dette med systematikken i foreldelsesloven og hensynene bak fl. § 3, ettersom det legger opp til at kreditor bestemmer fristutgangspunktet.

Selv om Høyesterett utvilsomt gikk svært langt i å tolke fl. § 3 på tvers av lovens systematikk og hensynene bak bestemmelsen, er det ikke grunnlag for å si at dette var EØS-rettslig motivert av Høyesterett. Hovedgrunnen til at Høyesterett mente foreldelsesfristen først begynte å løpe fra tidspunktet for det nasjonale vedtaket om tilbakebetaling, synes å være forvaltningens behov for saksbehandling for å fastlegge kravets omfang og innhold i slike saker (se avsnittene 41–45). Selv om prosedyreforordningen var til hinder for nasjonal foreldelse,³²⁰ tok ikke Høyesterett stilling til dette. Og som *Hjelmeng* har påpekt, forutsetter Høyesteretts tolkning at ulovlig utbetalt statsstøtte ikke kan kreves tilbakeført allerede i kraft av iverksettelsesforbudet, hvilket er i strid med EØS-rettens krav til rettsvirkninger av iverksettelsesforbudet.³²¹ Høyesteretts tolkning var følgelig både EØS-konform og EØS-stridig på en og samme tid, og kan da neppe vært motivert av EØS-rettens krav. Dommen er derfor etter mitt syn ikke illustrerende for hvor langt norske domstoler går i å tolke norsk rett EØS-konformt.

³¹⁸ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 425 og Arnesen mfl. (2022) s. 652.

³¹⁹ Skag (2015) og Bergsåker (2014).

³²⁰ Nærmere om dette Hjelmeng (2014) s. 213.

³²¹ *Ibid* s. 222.

6 Avsluttende refleksjoner

Gjennomgangen i forrige punkt viste at Høyesterett i praksis går temmelig langt i å sikre EØS-konformitet gjennom tolkning: *Vesta Forsikring* og *God Morgon* viste at EØS-retten tillegges betydning ved tolkningen av norske bestemmelser også uten holdepunkter for at lovgiver med de aktuelle bestemmelsene mente å oppfylle forpliktelser etter EØS-retten. *Vesta forsikring* og *Tannlege* viser dessuten at verken ordlyden, forarbeidsuttalelser eller tidligere prejudikater står i veien for å tolke norske bestemmelser EØS-konformt. De metodiske kravene som er utviklet av EU- og EFTA-domstolen synes følgelig å gå vesentlig «kortere» enn det Høyesterett gjør i sin praksis.

Samtidig har gjennomgangen vist at Høyesteretts EØS-konforme tolkninger ikke er begrunnet i en oppfatning om at presumsjonsprinsippet eller andre rettskildeprinsipper *forplikter* dem til å tolke EØS-konformt i de aktuelle situasjonene. Dommene gir derfor ingen garanti for at tilsvarende rettskildespørsmål vil bli løst på samme måte i fremtiden. Tvert imot gis det ingen (god) begrunnelse for hvorfor EØS-retten tillegges betydning, og hvorfor den får gjennomslag foran norske rettskildefaktorer som peker i en annen retning. Den manglende begrunnelsen gjør det uklart *hvorfor* Høyesterett fant det riktig å tolke EØS-konformt i de aktuelle situasjonene, og dermed blir det også vanskelig å generalisere fra disse dommene med henblikk på løsningen av fremtidige, liknende tolkningsspørsmål.

Dette gir grunnlag for noen refleksjoner. Selv om Høyesterett i praksis overholder kravene som stilles etter prinsippet om EØS-konform tolkning, kunne rettskildebruken vært mer avklarende for fremtidige saker. I stedet for å bare tolke EØS-konformt uten begrunnelse, eventuelt med en henvisning til presumsjonsprinsippet, kunne Høyesterett med fordel ha sett hen til prinsippet om EØS-konform tolkning og redegjort for hvilke metodiske krav som stilles der. Prinsippet om EØS-konform tolkning er mer velutviklet og tilpasset de EØS-spesifikke konfliktsituasjonene enn det presumsjonsprinsippet og andre norske rettskildeprinsipper er.

For eksempel gir det mer forutberegnelighet å vise til at man innenfor EØS-rettsens område er *forpliktet* til å fravike EØS-stridig rettspraksis (Ajos), enn å vise til at man etter Rt. 2015 s. 421 *Kyrkjebygdheia* har *adgang* til det.

Når det er sagt gir likevel presumsjonsprinsippet, slik Høyesterett utla det i *Finanger I*, viktige bidrag til forståelsen av hvor langt norske domstoler kan tolke EØS-konformt. Presumsjonsprinsippet og prinsippet om EØS-konform tolkning bør etter mitt syn helst brukes sammen, ettersom de hver for seg avklarer hvilke utgangspunkter som gjelder ved EØS-konforme tolkninger av norsk rett. Dette skal jeg forklare i det følgende.

Dersom domstolene står overfor et tilfelle av uoverensstemmelse mellom en norsk lovbestemmelse og en direktiv- eller forordningsregel, er det første man må gjøre å begrunne hvorfor den aktuelle EØS-regelen er en *relevant* rettskildefaktor ved tolkningen av den norske bestemmelsen. Dersom det er holdepunkter i forarbeidene for at bestemmelsen var ment å oppfylle forpliktelsene etter den underliggende EØS-regelen, kan EØS-regelen tillegges betydning for tolkningen allerede i kraft av dette, og det er da ikke nødvendig å vise til presumsjonsprinsippet eller prinsippet om EØS-konform tolkning. Dersom man ikke har slike holdepunkter, skal EØS-retten fortsatt tillegges betydning for tolkningen, men da på grunnlag av enten det norske presumsjonsprinsippet eller prinsippet om EØS-konform tolkning (som etter EØS-loven § 1 også er «norsk»). Presumsjonsprinsippet gir et selvstendig grunnlag for å tolke norsk rett i overensstemmelse med folkeretten, mens prinsippet om EØS-konform tolkning forplikter norske domstoler til å ta hensyn til EØS-bestemmelser uavhengig av om de er gjennomført eller ikke. Dersom lovgiver har forsøkt å gjennomføre, men ikke lyktes fullt ut, er man dessuten etter prinsippet om EØS-konform tolkning forpliktet til å presumere at lovgiver hadde til hensikt å oppfylle forpliktelsene etter EØS-retten fullt ut, uten at man trenger å påvise konkrete holdepunkter for dette.³²²

³²² E-18/11 *Irish Bank*, E-14/20 *Liti-Link*.

Det neste spørsmålet vil være hvilken gjennomslagskraft den aktuelle EØS-regelen skal gis ved tolkningen av den norske bestemmelsen. Både presumsjonsprinsippet og prinsippet om EØS-konform tolkning krever at norske domstoler skal strekke seg *så langt som mulig* for å tolke norsk rett EØS-konformt.³²³ Hva som er mulig kan ikke besvares generelt, men vil bero på rettskildesituasjonen i den enkelte sak. Det følger imidlertid av presumsjonsprinsippet at man i vurderingen skal legge vekt på karakteren av den aktuelle folkerettslige forpliktelsen, hvilket rettsområde man befinner seg på og hvilken partskonstellasjon man står overfor.³²⁴ I tillegg følger det av prinsippet om EØS-konform tolkning at verken tidligere prejudikater³²⁵ eller uttalelser i nasjonale forarbeider,³²⁶ som på grunn av etterfølgende praksis fra EU-domstolen viser seg å være uriktige, kan stå i veien for en EØS-konform tolkning.

Med en slik tilnærming vil domstolene få tydeligere frem hvilken norm som gjelder når nasjonal rett skal tolkes i overensstemmelse med EØS-retten.

³²³ Jf. eks. Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* og E-1/07 *Straffesak mot A.*

³²⁴ Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I.*

³²⁵ C-441/14 *Ajos.*

³²⁶ C-371/02 *Björnekulla.*

7 Litteraturliste

Litteratur

- Arnesen (1993) Arnesen, Finn. *Introduksjon til rettskildelæren i EF*. 3. utg., Oslo: Universitetsforl., 1995
- Arnesen (2021) Arnesen, Finn og Eriksen, Christoffer Conrad. «Karnov lovkommentar til EØS-loven.» I *Lovdata Pro* (2021) hentet 12.12.2021.
- Arnesen mfl. (2022) Arnesen mfl. *Oversikt over EØS-retten*. Oslo: Universitetsforl., 2022
- Arnesen og Graver (2000) Arnesen Finn og Hans Petter Graver. «Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler», Makt- og demokratiutredningens rapportserie nr. 19, (2000).
- Arnesen og Stenvik (2015) Arnesen, Finn og Stenvik, Are. *Internasjonalisering og juridisk metode: særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*. 2. utg., Oslo: Universitetsforl., 2015
- Baudenbacher (2015) Baudenbacher, Carl. «Dealing with the EEA Agreement: Where is the Beef?» (2015) https://eftacourt.int/wp-content/uploads/2019/01/CB_Oslo_06102015_short_final.pdf hentet 13.01.2022
- Bekkedal (2019) Bekkedal, Tarjei. «Har forordninger direkte virkning under EØS-avtalen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 132, nr. 03-04 (2019) s. 342–378. [Lest i Idunn.no].

- Bergsåker (2014) Bergsåker, Trygve. Obligasjonsrett – Foreldelse av statens krav på tilbakeføring av ulovlig statsstøtte–Rt-2013- 1665. *Nytt i privatretten* nr. 2 (2014) s. 24–25.
- Brenncke (2018) Brenncke, Martin. “Hybrid Methodology for the EU Principle of Consistent Interpretation” *Statute Law Review*, Volume 39, Issue 2, (2018) s. 134–154. <https://doi.org/10.1093/slr/hmw048>
- Brenncke (2019) Brenncke, Martin. *Judicial Law-Making in English and German Courts: Techniques and Limits of Statutory Interpretation*. Cambridge: Cambridge Books Online, 2019. <https://doi.org/10.1017/9781780687902>
- Bull (2002) Henrik Bull. *Det indre marked for tjenester og kapital import av finansielle tjenester*. Oslo: Universitetsforlaget, 2002.
- Craig og de Búrca (2020) Craig, Paul og Gráinne De Búrca, *EU Law. Text, cases and materials*. 7. utg., Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg., ved Jan E. Helgesen, Oslo: Universitetsforl., 2001.
- Franklin (2012) Franklin, Christian N.K. «Om innholdet i og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning» *Jussens Venner* vol. 47 nr. 5 (2012) s. 269–317.
- Franklin (2015) Franklin, Christian N.K. “Limits to the limits of the principle of consistent interpretation? Commentary on the Court’s decision in *Spedition Welter*” *European Law Review* 2015, vol. 40 nr. 6, s. 910–924.

- Franklin (2018) Christian N.K Franklin. “Norway” i *The Effectiveness and Application of EU and EEA Law in National Courts: Principles of Consistent Interpretation*. Christian Franklin red., Cambridge, Intersentia (2018) s. 317–360.
- Fredriksen (2010) Fredriksen, Halvard Haukeland. «Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen? – noen betraktninger om størrelsen ‘gjeldende EØS-rett’» *Tidsskrift for rettsvitenskap*, vol. 123, nr. 2 (2010) s. 247–287.
- Fredriksen (2011) Fredriksen, Halvard Haukeland. *EU/EØS-rett i norske domstoler*. Rapport nr. 3 til NOU 2012: 2 (Europautredningen). Oslo, (2011).
- Fredriksen (2012) Fredriksen, Halvard Haukeland, «Prinsipper, praksis og prognoser ved tolkning av EØS-avtalen: Tilsvar til Ole-Andreas Rognstad» *Tidsskrift for rettsvitenskap*, vol. 125, nr. 3, (2012) s. 333–341.
- Fredriksen (2013) Fredriksen, Halvard Haukeland. *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*. Universitetet i Bergen, 2013.
- Fredriksen og Eriksen (2019) Eriksen, Christoffer Conrad og Halvard Haukeland Fredriksen. *Norges europeiske forvaltningsrett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Fredriksen og Mathisen (2022) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*. 4. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2022.

- Frommelt (2018) Frommelt, Christian. "Lichtenstein and the EEA" i *Agreement on the European Economic Area*. Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad og Christoph Vedder red., Baden-Baden/München/Oxford: Nomos/C.H. Beck/Hart, 2018, s. 35–58
- Hjelmeng (2014) Hjelmeng, Erling. «Tilbakeføring av offentlig støtte – hva er situasjonen etter Rt-2013-1665 Hydro/Sørøal?» *Lov og Rett* vol. 53 nr. 4 (2014) s. 210–228.
- Høgberg (2019) Høgberg, Benedikte Moltumyr. «Harmonisering og motstrid.» I *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 475–497.
- Jans og Verhoeven (2015) Jans, J.H og M.J.M Verhoeven. «Europeanisation via Consistent Interpretation and Direct Effect.» i *Europeanisation of Public Law*. 2. Utg., J.H. Jans, S. Prechal and R.J.G.M. Widdershoven red., Groningen: Europa Law Publishing, 2015, s. 73–134
- Kristiansen (2014) Kristiansen, Jens. «Grænser for EU-konform fortolkning i lyset af nyere højesteretspraksis», *Juristen* vol. 96 nr. 1 (2014) s. 17–29.
- Kristiansen (2016) Kristiansen, Jens. «Ajos-dommen og Højesterets dilemma», *Ugeskrift for Retsvæsen*. Bind 2016, Nr. 36. (2016) s. 301–310.
- Mestad (2019) Mestad, Ola. «Rettens kilder og anvendelse.» I *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 77–113.

- Narvestad (2022) Narvestad, Anders. *Høyesterett og folkeretten*. Oslo: Det juridisk fakultet, Universitetet i Oslo, 2022.
- Nielsen og Tvarnø (2017) Ruth, Nielsen og Christina D. Tvarnø. *Retskilder & retsteorier*. 5. utg., København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2017
- Petursson og Runarsson (2018) Gunnar Thor Petursson og Omar Berg Runarsson. «Iceland» i *The Effectiveness and Application of EU and EEA Law in National Courts: Principles of Consistent Interpretation*. Christian Franklin red., Cambridge, Intersentia (2018) s. 317–360
- Prechal (2005) Prechal, Sacha. *Directives in EC Law*. 2. utg., Oxford University Press, 2005
- Rognstad (2011) Rognstad, Ole-Andreas, «EU-domstolen avgjør ikke alltid tolkningen av EØS-avtalen: En replikk til Halvard Haukeland Fredriksen». *Tidsskrift for rettsvitenskap*, vol. 124 nr. 5, (2011) s. 658–668.
- Rui (2004) Johansen, Jon Petter Rui. «Ikke inkorporert folkerett i konflikt med norsk rett» i *Fra Drifts-sentralen til Teorifagbygget: jubileumsskrift i anledning av at det er 20 år siden utdanning av jurister startet ved Universitetet i Tromsø og at fakultetet i 2004 flyttet inn i nye lokaler*. Per Christiansen (red.). Tromsø: Det juridiske fakultet, Universitetet i Tromsø, 2004, s. 117–130
- Sejersted mfl. (2011) Sejersted, Fredrik mfl. *EØS-rett*. 3. utg., Oslo: Universitetsforl., 2011.
- Skag (2015) Skag, Miriam. «Foreldelsesfristens start for krav fremmet ved enkeltvedtak». *Tidsskrift for forretningsjus* vol. 21 nr. 1 (2015) s. 31–53

- Skjerven (2001) Skjerven, Espen. «Bilansvarsloven § 7 og EØS-rett: noen kommentarer etter Finanger-saken» *Lov og Rett* vol. 40 nr. 6 (2001) s. 364–375
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin. *Rett og rettsanvendelse*. Oslo, Universitetsforlaget, 2018
- Sørensen (2018) Sørensen, Karsten Engsig. «Pligten til EU-konform fortolkning.» I *EU-retten i Danmark*. Birgitte Egelund Olsen og Karsten Engsig Sørensen red., København, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2018, s. 315–349.

Norske rettskilder

Lover

- 1961 Lov 3. februar 1961 om ansvar for skade som motorvogner gjer (bilansvarslova)
- 1988 Lov 23. desember 1988 nr. 104 om produktansvar (produktansvarsloven)
- 1992 Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØSloven).
- 1992 Lov 27. november 1992 nr. 113 om endringer i enkelte lover som følge av EØS-avtalen
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- 2020 Lov 20. november 2020 nr. 128 om revisjon og revisorer (revisorloven)

Forarbeider

- St.prp.nr.100 (1991–1992) *Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), undertegnet i Oporto 2. mai 1992*
- Ot.prp.nr.72 (1991–1992) *Om lov om lovvalg i forsikring, lov om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalens vedlegg V punkt 2 om fri bevegelighet for arbeidstakere m.v innenfor EØS og lov om endringer i enkelte lover som følge av EØS-avtalen*
- Ot.prp.nr.79 (1991–1992) *Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.*
- Innst.O.nr.14 (1992–1993) *Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomiteen om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.*
- Ot.prp.nr.49 (2004–2005) *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)*
- NOU 2012:2 *Utenfor og innenfor*
- Prop. 137 L (2018–2019) *Endringer i bilansvarslova (verkeområde, ansvars-grense mv)*
- Prop.37 LS (2019–2020) *Lov om revisjon og revisorer (revisorloven), lov om endringer i lov om Folketrygdfondet og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 102/2018 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2014/56/EU og forordning (EU) 537/2014*
- NOU 2021: 8 *Trygd over landegrensene: Gjennomføring og synliggjøring av Norges trygdekoordineringsforpliktelser*

Rettspraksis

Rt. 1939 s. 229	
Rt. 1947 s. 235	
Rt. 1978 s. 1430	
Rt. 1979 s. 1079	
Rt. 1984 s. 1175	<i>Sikring</i>
Rt. 1994 s. 610	
Rt. 1994 s. 1244	<i>Kvinnefengsel</i>
Rt. 1997 s. 334	<i>Sola Havn</i>
Rt. 1997 s. 580 OFS	<i>Finanger I</i>
Rt. 2001 s. 1006	
Rt. 2000 s. 1811	<i>Finanger I</i>
Rt. 2002 s. 391	<i>God Morgon</i>
Rt. 2004 s. 122	<i>Tannlege</i>
Rt. 2005 s. 1365	<i>Finanger II</i>
Rt. 2005 s. 297	<i>Allseas</i>
Rt. 2006 s. 179	<i>Støvletthæl</i>
Rt. 2006 s. 1473	<i>Vesta forsikring</i>
Rt. 2007 s. 234	<i>Kongsberg/Nes</i>
Rt. 2010 s. 593	<i>Røde Kors</i>
Rt. 2010 s. 1445	<i>Krigsforbryter</i>
Rt. 2013 s. 1665	<i>Hydro/Søral</i>
HR-2016-2030-A	
HR-2016-2554-P	<i>Holship</i>
HR-2016-2591-A	<i>CRPD</i>
HR-2018-456-P	
HR-2018-1036-A	<i>Thue</i>
HR-2020-1167-A	
HR-2021-822-A	<i>Bilbrann</i>

Underrettspraksis

LF-1998-998	
LF-2003-8380	<i>Fokus Bank</i>

LB-2013-88645
LB-2017-198620
LB-2018-168981
TOSLO-2015-99863
TRR-2020-2019

Veiledere

Justisdepartementets lovavdeling. *Lovteknikk og lovforberedelse: Veiledning om lov og forskriftsarbeid*, 2000. <https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/jd/bro/2000/0003/ddd/pdfv/108138-lovteknikkboka.pdf>

Internasjonale rettskilder

Traktater

- | | | |
|------|-------------|---|
| 1992 | EØS-avtalen | Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Oporto, 2. mai 1992. |
| 1992 | ODA-avtalen | Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol. Oporto, 2. mai 1992. |
| 2007 | TEUV | Traktat om den europeiske unions virkemåte, Lisboa 2007. Konsolidert utgave 2016 (EUT 2016/C 202/02). |
| 2016 | TEU | Traktaten om den Europeiske Union. Konsolidert utgave 2016 (EUT 2016/c 202/01) |

Direktiver

- | | |
|---------------------|---|
| Direktiv 85/374/EØF | Rådskolektiv av 25. juli 1985 om tilnærming av medlemsstatenes lover og forskrifter om produktansvar [Produktansvarsdirektivet] |
|---------------------|---|

- Direktiv 89/104 Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker
- Direktiv 2001/23/EF Rådsdirektiv 2001/23/EF av 12. mars 2001 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, virksomheter eller deler av foretak eller virksomheter
- Direktiv 2003/88/EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/88/ef av 4. November 2003 om visse aspekt ved organisering av arbeidstida.
[arbeidstidsdirektivet]
- Direktiv 2006/21/EF EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDS-
DIREKTIV 2006/21/EF av 15. mars 2006 om håndtering av avfall fra utvinningsindustrien og om endring av direktiv 2004/35/EF.
[Mineralavfallsdirektivet]
- Direktiv 2006/43/EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/43/EF av 17. mai 2006 om lovfestet revisjon av årsregnskap og konsernregnskap, om endring av rådsdirektiv 78/660/EØF og 83/349/EØF og om oppheving av rådsdirektiv 84/253/EØF.
[Revisjonsdirektivet 2006 – 8. selskapsdirektiv]

Rettspraksis

EFTA-domstolen

E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir*

E-4/01 *Karlsson*

E-2/03 *Asgeirsson*

E-1/07 *Straffesak mot A*

Forente saker E-9 og 10/07 *L'Oréal*E-15/10 *Posten Norge*

E-13/11

E-18/11 *Irish Bank*E-13/12 *ESA mot Island*E-15/12 *Wahl*E-6/13 *Metacom*E-25/13 *Engilbretsson*E-28/13 *LBI*E-28/15 *Jabbi*E-4/19 *Campbell*E-2/20 *UNE mot L*E-14/20 *Liti Link***EU-domstolen og Underretten**Sak 26/62 *van Gend & Loos*

ECLI:EU:C:1963:1

Sak 6/64 *Costa ENEL*

ECLI:EU:C:1964:66

Sak 9/70 *Grad*

ECLI:EU:C:1970:78

Sak 41/74 *van Duyn*

ECLI:EU:C:1974:133

Sak 43/75 *Defrenne*

ECLI:EU:C:1976:56

Sak 106/77 *Simmenthal*

ECLI:EU:C:1978:49

Sak 104/81 *Kupferberg*

ECLI:EU:C:1982:362

Sak 14/83 *Von Colson*

ECLI:EU:C:1984:153

Sak 152/84 *Marshall*

ECLI:EU:C:1986:84

Sak 80/86 *Kolpinghuis*

ECLI:EU:C:1987:431

Sak 157/86 *Murphy*

ECLI:EU:C:1988:62

Sak 322/88 *Grimaldi*

ECLI:EU:C:1989:646

C-106/89 *Marleasing*

ECLI:EU:C:1990:395

Forente saker C-6/90 og C-9/90 *Francovich*

ECLI:EU:C:1991:428

C-91/92 *Faccini Dori*

ECLI:EU:C:1994:292

C-334/92 *Wagner Miret*

ECLI:EU:C:1993:945

C-74/95 og C-129/95 *Straffesak mot X*

ECLI:EU:C:1996:491

C-168/95 *Arcaro*

ECLI:EU:C:1996:363

C-111/97 *EvoBus*

ECLI:EU:C:1998:434

C-262/97 <i>Engelbrecht</i>	ECLI:EU:C:2000:492
C-300/98 og C-392/98 <i>Parfums Christian Dior</i>	ECLI:EU:C:2000:688
C-456/98 <i>Centrosteeel</i>	ECLI:EU:C:2000:402
C-52/00	ECLI:EU:C:2002:252
C-76/00 <i>Petro tub</i>	ECLI:EU:C:2003:4
C-154/00	ECLI:EU:C:2002:254
C-183/00	ECLI:EU:C:2002:255
C-453/00 <i>Kühne & Heitz</i>	ECLI:EU:C:2004:17
C-397 til C-403/01 <i>Pfeiffer</i>	ECLI:EU:C:2004:584
C-60/02 <i>Straffesak mot X</i>	ECLI:EU:C:2004:10
C-371/02 <i>Björnekulla</i>	ECLI:EU:C:2004:275
C-212/04 <i>Adeneler</i>	ECLI:EU:C:2006:443
C-321/05 <i>Kofoed</i>	ECLI:EU:C:2007:408
C-246/06 <i>Navarro</i>	ECLI:EU:C:2008:19
C-268/06 <i>Impact</i>	ECLI:EU:C:2008:223
Forente saker C-378/07 til 380/07 <i>Angelidaki</i>	ECLI:EU:C:2009:250
C-555/07 <i>Kücükdeveci</i>	ECLI:EU:C:2010:21
C-240/09	ECLI:EU:C:2011:125
C-282/10 <i>Dominguez</i>	ECLI:EU:C:2012:33
C-594/10 <i>T.G. van Laarhoven</i>	ECLI:EU:C:2012:92
C-618/10 <i>Banco Español de Crédito</i>	ECLI:EU:C:2012:349
C-42/11 <i>Lopes da Silva Jorge</i>	ECLI:EU:C:2012:517
C-176/12 <i>AMS</i>	ECLI:EU:C:2014:2
C-306/12 <i>Spedition Welter</i>	ECLI:EU:C:2013:650
C-612/13 P <i>ClientEarth mot Kommisjonen</i>	ECLI:EU:C:2015:486
T-527/14 <i>Rosenich</i>	ECLI:EU:T:2017:487
C-441/14 <i>Ajos</i>	ECLI:EU:C:2016:278
C-414/16 <i>Egenberger</i>	ECLI:EU:C:2018:257
C-569/16 og C-570/16 <i>Stadt Wuppertal</i>	ECLI:EU:C:2018:337
C-68/17 <i>IR</i>	ECLI:EU:C:2018:696
C-167/17 <i>Volkmar Klohn</i>	ECLI:EU:C:2018:833
C-193/17 <i>Cresco Investigation</i>	ECLI:EU:C:2019:43
C-566/17 <i>Miedziowego Związek Gmin Zagłębia</i>	ECLI:EU:C:2019:390
C-679/18 <i>OPR-Finance vs. GK</i>	ECLI:EU:C:2020:167

C-760/18 <i>MV m.fl</i>	ECLI:EU:C:2021:113
C-726/19	ECLI:EU:C:2021:439
C-950/19	ECLI:EU:C:2021:230
C-19/20	ECLI:EU:C:2021:341
C-105/21	ECLI:EU:C:2022:511

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokaten

Forslag til avgjørelse av Generaladvokat Jacobs i C-456/98 <i>Centrosteeel</i>	ECLI:EU:C:2000:137
Forslag til avgjørelse av Generaladvokat Elmer i sak C-168/95 <i>Arcaro</i>	ECLI:EU:C:1996:107
Forslag til avgjørelse av Generaladvokat Cruz i sak C-306/12 <i>Spedition Welter</i>	ECLI:EU:C:2013:359
Forslag til avgjørelse av Generaladvokat Bot i C-441/14 <i>Ajos</i>	ECLI:EU:C:2016:278

Rettsmøterapport EFTA

Rettsmøterapporten i sak E-1/07 Straffesak mot A, EFTA Ct. Rep. 1994–1995

Utenlandske rettskilder

Lover

1993 Islandske EØS-loven § 1 Lov nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið. [Island]

Rettspraksis

Ufr 2017 s. 824 H *Ajos*

THE SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW is a part of the University of Oslo and hosts the faculty's Centre for European Law. It is also a part of the cooperation between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden through the Nordic Council of Ministers. The Institute offers one master programme and several graduate courses.

The core research areas of the Institute are maritime and other transport law as well as petroleum and energy law, but the members of the Institute also engage in teaching and research in general commercial law.

In MARIUS, issued at irregular intervals, articles are published in the Nordic languages or English.

ISSN: 0332-7868

