

Er ESA og EFTA-statenes erstatnings- ansvar for brudd på EØS-avtalen ulikt?

Kandidatnummer: 193163

Veileder: Halvard Haukeland Fredriksen

Antall ord: 12 087



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2013

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	2
1 Innledning.....	4
1.1 Den overordnede problemstilling.....	4
1.2 Rettslig kontekst: Nærmere om EØS, herunder institusjonelt og statlig erstatningsansvar.....	4
1.3 EFTA-domstolens avgjørelse i <i>Schenker</i> -saken og presisering av den overordnede problemstilling.....	6
1.4 Ansvarsgrunnlaget for EFTA-statenes erstatningsansvar: Oversikt over mulige standpunkt.....	9
2 Homogenitetsprinsippets betydning for EFTA-statenes erstatningsansvar.....	11
2.1 Om homogenitetsprinsippets rettsgrunnlag og prinsippets rolle i EØS-avtalen.....	11
2.2 To mulige tilnæringsmåter til homogenitetsprinsippets rekkevidde.....	12
2.3 Avtalepartenes intensjoner som rettslig skranke for homogenitetsprinsippets rekkevidde.....	13
2.4 EFTA-domstolens tilnærming til homogenitetsprinsippet: Like rettsvirkninger som overordnet formål.....	15
2.5 Homogenitetsprinsippet som grunnlag for EFTA-domstolen til å se bort fra EU-domstolens avgjørelser.....	16
2.6 Homogenitetsprinsippets yttergrense: Må bero på de rammer som trekkes opp av EU-rettens grunnleggende prinsipper.....	17
3 EFTA-statenes erstatningsansvar: Sammenfallende, mildere eller strengere enn erstatningsansvaret i EØS for øvrig?	19
3.1 Rettslig grunnlag for EFTA-statenes erstatningsansvar.....	19
3.2 EFTA-statenes erstatningsansvar: Mildere enn erstatningsansvaret i EØS for øvrig?	21
3.3 Sammenfallende erstatningsansvar i EFTA- og EU-pilaren?	25
3.4 Strengere erstatningsansvar for EFTA-statene for å avhjelpe fraværet av prinsippet om direkte virkning?	27

3.4.1	Tilstrekkelig kvalifisert brudd på EØS-retten: Skjønnsmargin som sentralt vurderingsmoment.....	28
3.4.2	Betydningen av ESAs skjønnsmargin.....	30
3.4.3	EFTA-domstolens nyere praksis: Holdepunkter for å ilegge EFTA-statene et strengere ansvar ved brudd på direktiver som har direkte virkning, men som ikke er operative i angjeldende EFTA-stat.....	31
3.5	Generelt strengere erstatningsansvar for EFTA-statene?.....	33
3.5.1	Endret pliktsubjekt: Bereder EFTA-domstolen grunnlaget for et generelt strengere erstatningsansvar for EFTA-statene?.....	34
3.5.2	Lovgiver i EFTA-statene som ansvarssubjekt for de fleste erstatningskrav: Påvirker dette ansvarsgrunnlaget?.....	35
3.5.3	Generelt strengere ansvar for EFTA-statene problematisk hensett til kompetansefordelingen med ESA.....	38
4	Konklusjon.....	39
	Kilder.....	40

1 Innledning

1.1 Den overordnede problemstilling

Oppgavens overordnede problemstilling er hvorvidt ESA og EFTA-statenes erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen er ulikt. Spørsmålet er nylig blitt aktualisert i EFTA-domstolens avgjørelse i *Schenker*.¹ For å danne grunnlag for den videre problematisering, vil det først kort bli redegjort for den strukturelle konteksten og erstatningsansvaret i EØS for øvrig.

Det påpekes innledningsvis at problemstillingen knytter seg til ansvarsgrunnlaget, som i EØS-retten formuleres som et krav om ”tilstrekkelig kvalifisert brudd” på en EØS-rettslig forpliktelse som har til formål å tilkjenne private og økonomiske aktører rettigheter.² De to øvrige grunnvilkårene om at det må foreligge skade og årsakssammenheng mellom det erstatningsbetingende regelbruddet og skaden for at erstatningsansvar kan ilegges, vil ikke bli behandlet nærmere.³

1.2 Rettslig kontekst: Nærmere om EØS, herunder statlig og institusjonelt erstatningsansvar

Avtalen om et Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde, heretter EØS-avtalen, trådte i kraft 1. januar 1994. I dag omfatter avtalen EU og de 28 EU-statene på den ene siden og EFTA-statene Norge, Island og Liechtenstein på den andre. Det overordnede formålet med avtalen er å integrere EFTA-statene i EUs indre marked. Målsettingen om fri fly av kapital, varer, personer og tjenester, herunder like konkurranseforhold og markedsadgang innenfor EØS-

¹ Sak E-7/12, *Schenker mot ESA* (ennå ikke i EFTA Ct. Rep.).

² Vilkårene fremgår blant annet av EU-domstolens forente saker C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du pêcheur mot Tyskland* og *The Queen mot Secretary of State for Transport*, Sml. 1996 s. I-01029, avsnitt 4 og EFTA-domstolens sak E-2/12, *HOB-vin mot Afengis- og tobaksverslun rikisins*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 1092, avsnitt 121.

³ For en oversikt vises det til Sejersted m. fl, *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo 2011 s. 214 flg. En mer omfattende behandling er gjort av Halvard Haukeland Fredriksen, *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*, Bergen 2013 s. 151 flg og 417 flg.

området, utgjør kjernen i avtalen.⁴

Verken EU-traktatene eller EØS-avtalen regulerer spørsmålet om hvorvidt medlemsstatene skal kunne holdes erstatningsansvarlig i de tilfeller private eller økonomiske aktører påføres tap som følge av offentlige myndigheters brudd på EØS-retten. For å utfylle det tomrom som eksisterte på dette punkt etablerte EU-domstolen erstatningsansvar for EU-statene i *Francovich*.⁵ Avgjørelsen ble fulgt opp i *Brasserie du Pêcheur* og er slått fast i flere nyere avgjørelser.⁶

EFTA-domstolen ble for første gang forelagt spørsmålet for EFTA-statenes vedkommende i *Sveinbjörnsdóttir*-saken.⁷ EFTA-domstolen uttalte at ”it is a principle of the EEA Agreement that the Contracting Parties are obliged to provide for compensation for loss and damage caused to individuals by breaches of the obligations under the EEA Agreement for which the EFTA States can be held responsible”.⁸ Dette er bekreftet i en rekke nyere avgjørelser i EFTA-domstolen, blant annet i *Karlsson*, *Nguyen*, *Kolbeinsson* og senest i *HOB-vín*.⁹ Også Norges Høyesterett har sluttet seg til det syn at ”det ligger en forutsetning om erstatningsansvar i EØS-avtalen”.¹⁰

Også kontrollorganene ESA og EU-kommisjonen kan bli ilagt erstatningsansvar ved brudd på EØS-retten. Prinsippet om EU-institusjonenes, herunder EU-kommisjonens ansvar, knettes i Lisboa-traktaten artikkel 340, 2. ledd. ESAs erstatningsansvar har sin hjemmel i ODA¹¹ artikkel 46.

EU-domstolen har i flere avgjørelser lagt til grunn at det er sammenfall mellom statenes og institusjonenes ansvar i EU-pilaren. Dette er blitt begrunnet med at beskyttelsen av borgerne rettigheter ikke kan være avhengig av om det er nasjonal myndighet eller et EU-organ

⁴ EØS-avtalen artikkel 1 nr. 2.

⁵ Forente saker C-6/90 og C-9/90, *Francovich mot Italia*, sml. 1991 s. I-5357.

⁶ *Brasserie du Pêcheur*, Sak C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo mot Italia*, Sml. 2006 s. I-5177, sak C-224/01, *Köbler mot Østerrike*, Sml. 2003 s. I-10239, sak C-445/06, *Danske Slagterier mot Tyskland*, Sml. 2009 s. I-2119.

⁷ Sak E-9/97, *Erla María Sveinbjörnsdóttir mot Island*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 95.

⁸ *Sveinbjörnsdóttir*, avsnitt 62.

⁹ Sak E-4/01, *Karlsson mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 240, sak E-8/07, *Nguyen mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 224, sak E-2/10, *Kolbeinsson mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2009-2010 s. 234, *HOB-vín*.

¹⁰ Rt. 2005 s. 1635, *Finanger II*, avsnitt 52. Se også Rt. 2010 s. 1500, *Edquist*.

¹¹ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol, inngått i desember 1994.

som har forårsaket skaden.¹² Også ansvarsgrunnlaget for ESA og EU-kommisjonen er sammenfallende. Dette ble slått fast i EFTA-domstolens avgjørelse i *Schenker*.¹³ Spørsmålet har hittil vært uavklart og det var ikke åpenbart hvordan domstolen ville forholde seg til spørsmålet. Konklusjonen er likevel ikke overraskende. Den ble begrunnet i at ESAs kompetanse langt på vei er overlappende med EU-kommisjonens kompetanse på konkurranserettens område.¹⁴ Hvorvidt private og økonomiske aktører skal få dekket et tap gjennom erstatningskrav, skal ikke avhenge av hvilket kontrollorgan som har begått det erstatningsbetingende bruddet på EØS-retten. Resonnementet leder dermed til at ESAs erstatningsansvar må være sammenfallende med kommisjonens. Dette er i tråd med homogenitetsprinsippet, som behandles inngående under punkt 2.

Igjen står da EFTA-statenes erstatningsansvar. Hvor terskelen for dette ansvaret skal trekkes, er ikke fastlagt verken i EFTA- eller EU-domstolens avgjørelser eller gjennom juridisk diskurs. Av hensyn til enhetlig anvendelse og håndhevelse av EØS-reglene, synes det i utgangspunktet nærliggende å betrakte EFTA-statenes ansvar som sammenfallende med erstatningsansvaret i EØS for øvrig. Spørsmålet om hvorvidt EFTA-statenes ansvar likevel avviker fra den ellers enhetlige regulering av erstatningsansvaret i EØS, er nylig blitt berørt i EFTA-domstolens avgjørelse i *Schenker*-saken. Det vil først bli redegjort for faktum i saken for å danne grunnlag for den videre problematisering.

1.3 Nærmere om EFTA-domstolens avgjørelse i *Schenker*-saken og presisering av den overordnede problemstillingen

EFTA-domstolen avsa 9. juli 2013 dom i sak E-7/12. Søksmålet ble reist av flere selskaper i Schenker-konsernet mot ESA. Et av spørsmålene i saken var om Schenker-selskapene kunne gjøre gjeldende erstatningskrav mot ESA i medhold av ODA artikkel 46 på grunnlag av manglende respons på begjæringer om innsyn i dokumenter tilknyttet ESAs sak mot Posten

¹² *Brasserie du Pêcheur*, avsnitt 42. Stadfestet i sak C-352/98 P, *Bergaderm mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. I-5291.

¹³ *Schenker*, avsnitt 111. Også Pekka Aalto har lagt til grunn at et erstatningsansvar mot ESA ville bli inspirert av EU-domstolens rettspraksis vedrørende EU-kommisjonens erstatningsansvar, jfr. *Public Liability in EU Law*, Oxford/Portland Oregon 2011 s. 67.

¹⁴ EØS-avtalen artikkel 56 nr. 1 bokstav a.

Norge ("Post i butikk-saken").¹⁵ EFTA-domstolen konkluderte med at det forelå både ansvarsgrunnlag i form av tilstrekkelig kvalifisert brudd på RAD¹⁶ fra ESAs side samt at Schenker hadde lidd et økonomisk tap. Erstatningskravet ble imidlertid ikke tatt til følge idet det ikke ble påvist en direkte årsakssammenheng mellom ESAs brudd på sine forpliktelser og de økonomiske tap.

Schenker-saken er den nyeste avgjørelsen fra EFTA-domstolen vedrørende erstatningsansvar i EØS. Den kan sies å representere EFTA-domstolens aktuelle syn på området og er dermed av særlig interesse for avhandlingen. Det er også den hittil eneste saken hvor domstolen har omtalt og behandlet ESAs erstatningsansvar. På denne bakgrunn fremstår det som nødvendig å redegjøre noe nærmere for saken.

Den 3. august 2010 anmodet Schenker ESA om å fremlegge alle dokumentene i "post-i-butikk"-saken i medhold av artikkel 7 i RAD. Deler av dokumentene skulle Schenker videre- sende til Oslo tingrett i forbindelse med en verserende sak mellom Posten Norge og Schenker. ESAs tilbakemelding på henvendelsen var at det aktuelle materialet var omfattende og inneholdt konfidensielle uttalelser, og at behandlingen dermed ville bli tidkrevende. Den i utgangspunktet fem dager lange fristen for fremleggelse, jfr. RAD artikkel 7, 1. avsnitt, ble i medhold av artikkelens andre avsnitt forlenget til 7. september.¹⁷ Imidlertid ble også denne fristen oversittet.

Etter betydelig skriftlig korrespondanse mellom Schenker og ESAs juridiske direktør, hvor Schenker gjentok oppfordringen om å få fremlagt alle dokumenter som inngikk i anmodningen av 3. august, og hvor sistnevnte forsvarte den sendretlige saksbehandlingen, reiste Schenker sak for EFTA-domstolen 9. juli 2012.

Schenker hevdet for det første at ESA hadde krenket artikkel 37, 1. ledd i ODA ved å ikke ta standpunkt til anmodningen om fremleggelse av dokumentene. Schenker anmodet EFTA-domstolen om å slå fast at ESA ikke hadde overholdt plikten til å ta stilling til søknaden. EFTA-domstolen viste imidlertid til at ESA i sin avgjørelse av 5. september 2012 hadde akseptert innsyn i en rekke dokumenter. Selv om det ville gå noe tid før dokumentene ble gjort

¹⁵ Sak nr. 34250, *Posten Norge*, vedtaksnummer 322/10/COL.

¹⁶ "Rules on access to documents": ESAs forretningsorden, opprettet i medhold av EØS-avtalen artikkel 13.

¹⁷ Henvisningene gjelder RAD slik den forelå da søksmål ble anlagt. I revidert versjon av 5. september 2012 er utgangspunktet at behandling skal skje innen 10 dager, jfr. artikkel 7, 2. ledd, med mulig utvidet frist til 30 dager, jfr. 3. ledd.

tilgjengelige, konkluderte EFTA-domstolen med at ESA med dette hadde ”clearly defined its position” vedrørende anmodningen, og at det dermed ikke forelå brudd på artikkel 37.¹⁸

For det andre anførte Schenker at ESA var erstatningsansvarlig på grunnlag av ESAs manglende oppfølging av anmodningen innen tidsfristen. Utgangspunktet for forespørselen om fremleggelse av dokumenter var, som allerede nevnt, saken mellom ESA og Posten Norge, der spørsmålet var om Postens innføring av ”post-i-butikk”-ordningen innebar et brudd på EØS-avtalen artikkel 54 som forbyr ”utilbørlige utnyttelse av (...) dominerende stilling (...)”. Etter en inngående vurdering av de avtaler som forelå mellom Posten og de ledende dagligvare-, kiosk- og bensinstasjonskjedene, konkluderte ESA med at Posten hadde begått en ”overtrødelse av EØS-avtalens artikkel 54 (...) ved å forfølge en strategi basert på eksklusivitet og preferert behandling ved etableringen og opprettholdelsen av sitt Post-i butikk-nettverk (...)”.¹⁹

I kjølvannet av ESAs vedtak reiste Schenkerkonsernet erstatningssak mot Posten Norge for Oslo tingrett 24. juni 2010 for å få erstattet de tap konsernet hevdet å ha blitt påført som følge av Postens konkurransebegrensende virksomhet. I september 2010 bragte imidlertid Posten ESAs vedtak inn for EFTA-domstolen med begjæring om annullering.²⁰ 1. november samme år ble erstatningssaken i Oslo tingrett stanset ved kjennelse, i påvente av EFTA-domstolens behandling av ESAs vedtak. Den 18. april 2012 traff domstolen avgjørelse i saken. ESAs konklusjon ble opprettholdt, men med en mindre reduksjon av boten (fra 12, 89 millioner euro til 11, 112 millioner euro).

Etter avgjørelsen i EFTA-domstolen, ble erstatningssaken for Oslo tingrett igangsatt igjen. Dokumentene som Schenker begjærte fremlagt 3. august 2010 skulle inngå i deres saksforberedelse og utgjøre grunnlaget for bevisføringen for Oslo tingrett. Som følge av at dokumentene ikke ble gjort tilgjengelige i tide, gikk Schenker til søksmål mot ESA på grunnlag av manglende respons på begjæring om innsyn. Schenker begjærte også stansing av saken for Oslo tingrett i påvente av avgjørelsen i EFTA-domstolen.²¹

¹⁸ *Schenker mot ESA*, avsnitt 87.

¹⁹ *Posten Norge*, avsnitt 808.

²⁰ Sak E-15/10, *Posten Norge mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 246.

²¹ Beslutning og kjennelse avsagt av Oslo tingrett 29. oktober 2012. Saksnummer 10-104268TVI-OTIR/08 (ikke publisert). Erstatningssaken mellom Schenkerkonsernet og Posten Norge i Oslo tingrett er ikke begjært igangsatt (bekreftet av saksbehandler i Oslo tingrett 5. desember 2013).

Schenker hevdet at ESAs trenering påførte dem tap for det første som følge av den betydelige korrespondansen knyttet til innsynsbejæringen, og for det andre som følge av påløpte utgifter i tilknytning til stansingen av erstatningssaken mot Posten.²² Innledningsvis i vurderingen av erstatningskravet uttalte EFTA-domstolen følgende:

”First, it must be noticed that application of the condition of a sufficiently serious breach in a case concerning the non-contractual liability of ESA may not necessarily be coextensive with its application under the EEA State liability rules. As has been repeatedly held, the principle of State liability which follows from the EEA Agreement itself differs, as it must, from the development in the case-law of the ECJ of the principle of State liability”.²³

Domstolen åpner med dette for at ESAs erstatningsansvar ikke nødvendigvis er sammenfallende med EFTA-statenes ansvar. Etersom ESA, EU-kommisjonen og EU-statenes erstatningsansvar er likt, forstås uttalelsen dithen at EFTA-statenes ansvar avviker fra den enhetlige reguleringen av erstatningsansvaret i EØS for øvrig.

Uttalelsen fremstår i utgangspunktet som kontroversiell og reiser en rekke problemstillinger. Uttalelsen representerer et unntak fra den enhetlige reguleringen av erstatningsansvaret i EØS. En slik avvikende praktisering av EFTA-statenes erstatningsansvar kan for det første medføre at en skadelidt i en EFTA-stat og en skadelidt i en EU-stat ikke blir stilt likt ved erstatnings-søksmål mot staten. Det kan også ha som konsekvens at utfallet av et erstatningssøksmål avhenger av om ESA eller EFTA-staten, eksempelvis v/Konkurransetilsynet, har begått et erstatningsbetingende brudd på EØS-retten. Dette strider tilsynelatende mot den grunnleggende målsettingen om et enhetlig økonomisk samarbeid med like rettsvirkninger i hele EØS-området. Uttalelsen danner dermed grunnlag for avhandlingens overordnede problemstilling, og vil søkes klarlagt i det følgende.

1.4 Ansvarsgrunnlaget for EFTA-statenes erstatningsansvar: Oversikt over mulige standpunkt

For å løse den overordnede problemstillingen, kreves en inngående behandling av EFTA-

²² *Schenker mot ESA*, avsnitt 144.

²³ *Schenker mot ESA*, avsnitt 120.

statenes erstatningsansvar. Hvorvidt dette er sammenfallende med ESAs ansvar og ansvaret i EU-pilaren er å anse som uavklart, og fire mulige standpunkt kan inntas: For det første kan EFTA-statenes ansvar være sammenfallende med erstatningsansvaret i EØS-retten for øvrig, slik at det statlige og institusjonelle ansvaret i både EU- og EFTA-pilaren er likt. Et annet mulig standpunkt er at EFTA-statenes ansvar anses som mildere enn ansvaret i EØS for øvrig. For det tredje kan EFTA-statenes ansvar være strengere generelt og for det fjerde kan det være strengere kun i nærmere angitte typetilfeller.

Standpunktene har alle i større eller mindre grad støtte i enten EFTA-domstolens praksis, EU-domstolens praksis, Høyesteretts praksis eller juridisk teori på området. Underveis i avhandlingen vil det bli påvist hvilke standpunkt som har støtte i ulike rettskilder og hvordan juridisk teori forholder seg til problemstillingen, med det for øye å klarlegge den rettslige situasjonen på området og innta et ståsted.

De ulike standpunkt vitner om et komplekst regelverk og ulike oppfatninger om en materielt sett sammensatt og krevende materie. Dette kan søkes forklart i EØS-avtalens særegne natur. Avtalen er i utgangspunktet en alminnelig folkerettslig avtale. Samtidig inneholder den en rekke overnasjonale elementer, så som etableringen av EØS-komiteen og ESA. Det springende punkt og løsningen på problemstillingen synes imidlertid alene å ligge i forståelsen av et prinsipp: Homogenitetsprinsippet og dets rekkevidde.

Homogenitetsprinsippet innebærer en målsetting om en uniform rettstilstand i EØS. Prinsippet utgjør et grunnleggende og tungtveiende hensyn ved tolking av EØS-retten, og dermed også for tolkingen av erstatningsansvaret og fastleggelsen av dette.²⁴ Overført til erstatningsansvaret tilsier målsettingen at EFTA-statenes erstatningsansvar må harmoniseres med erstatningsansvaret i EØS før øvrig, slik at private og økonomiske aktører oppnår den samme rettsbeskyttelse i EFTA- og EU-pilaren. I hvor stor utstrekning dette lar seg gjøre, beror på homogenitetsprinsippet rekkevidde. Den nærmere fastleggelsen av dette synes dermed å være avgjørende for å kunne besvare den overordnede problemstilling, og dette må behandles først.

²⁴ Sejersted m.fl. s. 87.

2 Homogenitetsprinsippets betydning for EFTA-statenes erstatningsansvar

2.1 Om homogenitetsprinsippets rettsgrunnlag og rolle i EØS-avtalen

Homogenitetsprinsippet innebærer at EØS-avtalen så fremt mulig skal tolkes og anvendes i samsvar med den underliggende EU-retten. Prinsippet utgjør en grunnleggende forutsetning for realiseringen av avtalens overordnede målsetning som er kommet til uttrykk gjennom en rekke bestemmelser både i EØS-avtales hoveddel og dens fortale. Av avtalens artikkel 1 nr. 1 fremgår følgende:

”Formålet med denne assosieringsavtale er å fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler, med sikte på å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde (...).”

I praksis forutsetter dette at EØS-bestemmelser som tilsvarer allerede foreliggende EU-rettslige bestemmelser må tolkes på en slik måte at rettstilstanden i de to pilarene blir sammenfallende. EFTA-domstolen har slått fast at homogenitetsprinsippet etablerer en presumsjon for slik enhetlig tolking.²⁵

Homogenitetsprinsippet fremgår av avtalens del VII artikkel 105 nr. 1. Her uttrykkes avtalepartenes mål om å nå frem til en ”mest mulig lik fortolkning av bestemmelsene i [EØS-avtalen] og de bestemmelser i [EU-regelverket] som i det vesentlige er gjengitt i avtalen.” I forlengelsen av dette slås det fast at ”EØS-komiteen (...) skal arbeide for å bevare den ensartede fortolkningen av avtalen”, jfr. artikkel 105 nr. 2.

Det fremgår videre av fortalens fjerde betraktning at formålet med avtalen er å oppnå et ”ensartet Europeisk Samarbeidsområde” på grunnlag av ”likhet og gjensidighet og en samlet

²⁵ Forente saker E-9/07 og E-10/07, *L'Oréal mot Per Aarskog m.fl.*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259.

balanse av fordeler, rettigheter og forpliktelser for avtalepartene”. I den femtende betraktning slås det videre fast at avtalepartenes formål er å ”nå frem til og opprettholde en *lik fortolkning og anvendelse*” av EØS-avtalen og å ”nå frem til *lik behandling av enkeltpersoner og markedsdeltakere* med hensyn til det indre marked og konkurransevilkårene” (mine kursivering). Homogenitetsprinsippet stiller her krav til både tolking og resultat.

Av dette fremgår det at prinsippet har to dimensjoner. For det første utgjør det et rettskildesprinsipp hvoretter tolkingen av EØS-regelverket og fastleggelsen av dets innhold skal være sammenfallende med den underliggende EU-retten. Den andre dimensjonen består i det som Stephan L. Jervell treffende betegner som ”virkningshomogenitet”²⁶ som innebærer en målsetting om like rettsvirkninger av EØS-avtalen i EFTA- og EU-pilaren og som forutsetter en dynamisk tolking av avtalen. I islandsk teori er dette blitt omtalt som ”effect-related homogeneity”.²⁷

2.2 To mulige tilnæringsmåter til homogenitetsprinsippet rekkevidde

Det synes etter dette lite problematisk å fastlegge prinsippet utgangspunkt. Det som derimot kan problematiseres er dets nærmere innhold og rekkevidde. Det finnes ingen klare holdpunkter i EØS-avtalen om avgrensning av homogenitetsprinsippet anvendelsesområde. I det følgende skal det presiseres hva som menes med homogenitet i EØS-rettslig sammenheng, utover det noe vage utgangspunktet om lik tolking og anvendelse av EØS-avtalen.

Det kan synes som at det i all hovedsak er rom for to ulike tilnæringer. Terskelen for EFTA-statenes erstatningsansvar vil bero på hvilken tilnærming som velges, ettersom homogenitetsprinsippet er avgjørende for tolkingen av de EØS-rettslige regler. En snever forståelse av prinsippet vil innebære at EFTA-statenes ansvar må anses mildere enn erstatningsansvaret i EØS for øvrig. En slik streng avgrensning av prinsippet vil i stor grad ivareta EFTA-statenes suverenitet og dermed begrense erstatningsansvaret slik at EFTA-statene tilkjennes et større rom for skjønn og nasjonal tilpasning av EØS-avtalen. Det motsatte ytterpunkt, en bredere forståelse av prinsippet, vil innebære at EFTA-statenes erstatningsansvar er å anse som gene-

²⁶ Stephan L. Jervell, *Lovgivning i EØS: Beslutningsprosessen, gjennomføringen og konsekvensene*, Oslo 2002 s. 135.

²⁷ Skúli Magnússon og Ólafur Í. Hannesson, ”State Liability in EEA Law: Towards Parallelism or Homogeneity?”, *European Law Review*, 2. utgave 2013 s. 167.

relt strengere enn ellers i EØS. En noe snevrere anvendelse av prinsippet vil medføre at det statlige erstatningsansvaret i EFTA-pilaren vil avvike fra erstatningsansvaret i EØS på nærmere angitte områder. Det er nødvendig å klargjøre de posisjoner som kan inntas.

2.3 Avtalepartenes intensjoner som rettslig skranke for homogenitetsprinsippets rekkevidde

Bekkedal tar til orde for å trekke homogenitetsmålsettingens yttergrense slik at den er i samsvar med avtalepartenes intensjoner.²⁸ Dette er i overensstemmelse med alminnelige prinsipper for avtaletolkning, hvoretter partenes felles forutsetninger for avtaleforholdet skal anses avgjørende for innholdet i avtalen.²⁹ EU-domstolen har også på generelt grunnlag gitt uttrykk for at denne tilnæringsmåten er relevant i EØS-sammenheng.³⁰ Bekkedals standpunkt er følgelig i utgangspunktet ikke særlig oppsiktsvekkende.

Bekkedals uttalelse om at Norges kanskje viktigste intensjon er ”fullstendig homogenitet” kan imidlertid hevdes å være noe mer kontroversiell.³¹ Han begrunner standpunktet blant annet med henvisning til at Norge hittil har implementert samtlige direktiver som er vedtatt i EØS-komiteén og dermed ikke gjort gjeldende sin reservasjonsrett.³² Denne argumentasjonen kan det rettes innvendinger mot. At Norge implementerer direktiver, innebærer ikke nødvendigvis noe mer enn at staten opptrer i tråd med lojalitetsplikten som er nedfelt i EØS-avtalen artikkel 3 og kan vanskelig tas til inntekt for noe som av Bekkedal fremstilles som en ukritisk tilnærming til homogenitetsprinsippet fra statens side.

Det som imidlertid må kunne legges til grunn er at Norge har som intensjon å oppfylle EØS-avtalen innenfor homogenitetsprinsippets rammer. EØS er et ambisiøst prosjekt som etter sin karakter krever dynamisk tolking av de materielle bestemmelser for å oppnå formålet om integrering i det indre marked. På den annen side kan ikke homogenitetsprinsippet trekkes så langt at det vil undergrave EFTA-statenes forutsetninger for avtaleinngåelsen.

²⁸ Bekkedal s. 145.

²⁹ Wien-konvensjonen artikkel 31 antas å gi uttrykk for alminnelige tolkningsprinsipper.

³⁰ EU-domstolens uttalelse 1/91, *EØS (I)*, Sml. 1991 s. I-6079, avsnitt 14.

³¹ Bekkedal s. 146.

³² Kravet til enstemmige vedtak (”enighet”) i EØS-komiteén, jfr. EØS-avtalen artikkel 93, 2. ledd sammenholdt med artikkel 102, utgjør reservasjonsretten.

Forutsetningene det her siktes til er i hovedsak fraværet av prinsippet om direkte virkning i EØS-avtalen og opprettholdelsen av EFTA-statenes suverenitet ved å ikke avgi lovgivningskompetanse til overnasjonale organer. Ved fremforhandlingene av EØS-avtalen, slo EU-domstolen fast at det ved avtaleinngåelsen ”ikke overføres suverenitet til de mellomstatlige organer, der opprettes”.³³ Norge og Islands avtaleinngåelse bygger på at nasjonal lovgiver må foreta særskilt gjennomføring av EØS-direktiver for at disse skal kunne få rettsvirkninger i intern rett, det såkalte dualistiske prinsipp.³⁴ Disse forutsetninger vil kunne undergraves dersom homogenitetsprinsippet virkeområde trekkes for langt.

Christian Franklin kan forstås dithen at EFTA-statenes dualistiske tilnærming til EØS ikke er ivaretatt. Han hevder at EFTA-domstolens utvikling av prinsippet om statlig erstatningsansvar er skjedd ”i strid med avtalepartenes intensjoner” da EØS-avtalen ble inngått.³⁵ Han uttaler i forlengelsen av dette at EFTA-statenes forutsetning om et dualistisk prinsipp som grunnlag for i det hele tatt å inngå avtalen ”mer eller mindre er blitt ignorert på denne fronten”.³⁶ Også Fredriksen er av den oppfatning at denne rettsutviklingen har funnet sted i ”direkte strid med avtalepartenes intensjoner” med avtalen.³⁷

I denne sammenheng må det imidlertid tas til etterretning at EFTA-domstolen *de facto* har inntatt en vid tilnærming til homogenitetsprinsippet, eksemplifisert like over med etableringen av statlige erstatningsansvar i EFTA-pilaren. Erstatningsansvaret kan synes å innebærer en uthuling av dualitetsprinsippet. Det ser likevel ut til at EFTA-domstolen i sin rettsutvikling på dette området har vurdert det slik at like rettsvirkninger for rettssubjekter i hele EØS har avgjørende betydning, og viser med dette at den trekker homogenitetsprinsippet langt.³⁸

³³ EU-domstolens uttalelse 1/91, avsnitt 20.

³⁴ EØS-avtalen artikkel 7 b.

³⁵ Christian Franklin, ”Om innholdet i og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning”, *Jussens Venner* nr. 5 2012 s. 313.

³⁶ Samme sted.

³⁷ Halvard Haukeland Fredriksen, ”Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen? – noen betraktninger om størrelsen ”gjeldende EØS-rett”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2010 s. 247-287, på s. 257.

³⁸ Tilsvarende Bekkedal s. 138

2.4 EFTA-domstolens tilnærming til homogenitetsprinsippet: Like rettsvirkninger som overordnet formål

Homogenitetsprinsippet er gjennomgående i flere av EFTA-domstolens avgjørelser. Særlig aktuelt i denne sammenheng er *Sveinbjörnsdóttir*, der domstolen, som nevnt, etablerte statlig erstatningsansvar for EFTA-statene i de tilfeller private eller økonomiske aktører påføres tap som følge av feilaktig implementering av EØS-direktiver. Fra begrunnelsen hitsettes:

”The Court finds that the homogeneity objective and the objective of establishing the right of individuals and economic operators to equal treatment and equal opportunities are so strongly expressed in the EEA Agreement that the EFTA States must be obliged to provide for compensation for loss and damage caused to an individual by incorrect implementation of a directive”.³⁹

Erstatningsansvaret ble forankret i hensynet til like rettsvirkninger for individer i EU- og EFTA-pilaren. Prinsippet utgjør dermed etter domstolens oppfatning det rettslig grunnlaget for å etablere en regel om statlig erstatningsansvar. Domstolen tillegger homogenitetsprinsippet tilsynelatende en vid forståelse og stor vekt i resonnementet.

Også i nyere avgjørelser, blant annet *Irish Bank Resolution*, inntar EFTA-domstolen en virkningsorientert tilnærming til homogenitetsprinsippet.⁴⁰ EFTA-domstolen ble i saken forelagt et tolknings spørsmål fra Reykjavik tingrett knyttet til forståelsen av artikkel 14 i Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/24/EF av 4. april 2001 om sanering og avvikling av kredittinstitusjoner. Implementeringen av direktivet i islandsk rett hadde resultert i en annen ordlyd og et annet innhold enn i de øvrige EU- og EFTA-stater. I motsetning til de øvrige statenes versjoner av direktivet inneholdt ikke den islandske språkversjonen krav om at kreditorer med fordringer mot debitor, her Kaupthing Bank, skulle bli individuelt varslet om å anmelde sine krav i forbindelse med bankens konkursbehandling innen en satt frist. Irish Bank Resolution Corporation Limited hadde to Kaupthing-obligasjoner, og krevde å bli inkludert i listen over anmeldte krav, selv om dette ikke var fremsatt rettidig grunnet manglende underretning.

³⁹ *Sveinbjörnsdóttir*, avsnitt 60.

⁴⁰ Sak E-18/11, *Irish Bank Resolution Corporation Ltd mot Kaupthing Bank*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 592.

EFTA-domstolen fremholdt i sin rådgivende uttalelse at i tråd med homogenitetsprinsippet og behovet for enhetlig anvendelse av EØS-avtalen, sammenholdt med prinsippet om likebehandling, må begreper i EØS-avtalen og dens tilhørende direktiver tolkes uniformt og autonomt i hele EØS-området.⁴¹ Domstolen understreket videre at EØS-avtalen må tolkes slik at rettssubjekter, i dette tilfellet kreditorer, sikres ”equal treatment” etter de foreliggende regler uten hensyn til hvilken stat rettssubjektet måtte tilhøre. EFTA-domstolen gir med dette uttrykk for en tydelig virkningsorientert tilnærming til homogenitetsprinsippet. Dette understrekes gjennom den generelle uttalelsen om at homogenitetsmålsetningen bare kan oppfylles dersom individer og økonomiske aktører i EFTA- og EU- statene etter EØS-avtale tilkjennes de samme rettighetene.⁴²

Tilsvarende forståelse av homogenitetsprinsippet kan utledes av EFTA-domstolens avgjørelse i *Schenker I*.⁴³ Domstolen er her av den oppfatning at full homogenitet i EØS-området kun kan oppnås dersom rettssubjekter tilkjennes like rettigheter i EU- og EFTA-statene og støtter med dette oppom domstolens ståsted i *Irish Bank Resolution* ved å legge avgjørende vekt på at det ikke skal forekomme forskjellsbehandling mellom individer i EU- og EFTA-pilaren.⁴⁴

2.5 Homogenitetsprinsippet som grunnlag for EFTA-domstolen til å se bort fra EU-domstolens avgjørelser?

De to islandske forfatterne Skúli Magnússon og Ólafur Í. Hannesson inntok i sin nylig publiserte artikkel et standpunkt som må betegnes som et ytterpunkt i diskusjonen om hvor langt homogenitetsprinsippet kan trekkes.⁴⁵ De synes å være av den oppfatning at homogenitetsprinsippet i enkelte tilfeller må føre til at EØS-regler må tolkes annerledes i EFTA-statene sammenliknet med den EU-rettslige forståelsen.

Allerede tittelen på deres nylig publiserte artikkel, ”(...) Towards Parallelism or Homogeneity (...)”, tilsier at forfatterne har en annen tilnærming til homogenitetsprinsippet enn den almin-

⁴¹ *Irish Bank Resolution*, avsnitt 89.

⁴² *Irish Bank Resolution*, avsnitt 122.

⁴³ Sak E-14/11, *Schenker mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 1178.

⁴⁴ *Schenker I*, avsnitt 119.

⁴⁵ Magnússon og Hannesson 2013.

nelige etablerte forståelsen. De hevder at homogenitetsprinsippet må trekkes så langt at EFTA-domstolen ikke bør tilstrebe parallellitet med EU-domstolens avgjørelser, og at ulik tolking kan være påkrevet nettopp for å sikre sammenfallende rettsfølger i EFTA-statene og EU-statene. I dette må det ligge en oppfatning av at like rettsvirkninger ikke oppnås ved enhetlig tolking - at førstnevnte ikke er en forutsetning for å oppnå sistnevnte. Dette er oppsiktsvekkende idet det avviker fra det etablerte standpunktet om at tolkningsenhet er én av to dimensjoner i homogenitetsprinsippet.

En situasjon hvor det kan tenkes å være riktig at EFTA-domstolen kommer frem til et annet resultat enn EU-domstolen er de tilfeller hvor EU-domstolen ikke tolker EØS-avtalen i samsvar med den etablerte rettspraksisen på det aktuelle området. Dersom dette forekommer bør EFTA-domstolen ta stilling til om en slik endret rettsoppfatning er forenelig med EØS-avtalen. Men å trekke prinsippet så langt at EFTA-domstolen på generelt grunnlag skal se bort fra EU-domstolens avgjørelser synes å være noe langt. I ytterste konsekvens vil en slik tilnærming til prinsippet kunne medføre at EU- og EFTA-domstolen utvikler sin praksis i ulike retninger, med den følge at det ikke lenger er tale om noe *enhetlig* økonomisk samarbeid. Overført til erstatningsansvaret kan dette føre til at dersom EU-domstolen i en gitt sak kommer til at en EU-stat ikke skal kjennes erstatningsansvarlig for brudd på EØS-avtalen, kan EFTA-domstolen i et tilsvarende tilfelle komme til motsatt konklusjon dersom dette gagnar det rettssubjekt som mener at det er påført erstatningsbetingende skade. Dette strider tilsynelatende mot hele forutsetningen for at avtalen ble inngått.

2.6 Homogenitetsprinsippets yttergrense: Må bero på de rammer som trekkes opp av EU-rettens grunnleggende prinsipper

Så langt er det påvist et fundamentalt spenningsforhold mellom en snever tilnærming til homogenitetsprinsippet av hensyn til dualismen og EFTA-statenes autonomi på den ene siden, omtalt av Niels Fenger som formell og institusjonell suverenitet i EFTA-statene⁴⁶, og på den annen side hensynet til enkeltindividers rettsstilling og fravær av forskjellsbehandling av rettssubjekter i henholdsvis EFTA- og EU-pilaren.

⁴⁶ Niels Fenger, "Limits to a dynamic homogeneity between EC law and EEA Law", *Festskrift til Claus Gullman*, København 2006 s. 133.

En for snever tilnærming til homogenitetsprinsippet vil kunne innebære en formalistisk og lite dynamisk forståelse av EØS-avtalens forutsetninger, med den konsekvens at private og økonomiske aktører sin rettsstilling ikke ivaretas i tilstrekkelig grad. På den annen side må ikke homogenitetsprinsippet trekkes så langt at det går på bekostning av de dualistiske tradisjonene i EFTA-statene Island og Norge. Det er imidlertid grunn til å si seg enig med Fredriksen i at den dualistiske tilnærmingen synes å være av større betydning i prinsippet enn i praksis.⁴⁷ EFTA-domstolen synes å tilstrebe en enhetlig rettstilstand i EØS både for rettssubjekter og statene ved å tolke og håndheve EØS-avtalen på en mest mulig lik måte som EU-domstolen. Det dualistiske prinsipp fremstår ikke som noen reell skranke for domstolens rettsutvikling.

EFTA-domstolens tolkning av EØS-avtalen samsvarer i all hovedsak med EU-domstolens tilnærming til den underliggende EU-retten. En viktig følge av dette synes å være at homogenitetsprinsippets ytre grense må trekkes i samsvar med EU-rettens grunnleggende prinsipper. Fredriksen er av denne oppfatning, og synspunktet kan tiltres.⁴⁸ Et sentralt EU-rettslig prinsipp i denne sammenheng er rettssikkerhetsprinsippet, som for øvrig også utgjør en grunnpilar i de nasjonale rettssystemene i EFTA-statene, og har en side til legalitetsprinsippet og forutberegnelighet. Rettssikkerhetsprinsippet stiller krav til at inngrep i individers rettssfære bygger på en rettslig hjemmel, slik at rettssubjekter kan forutse sin rettsstilling. Som påpekt av Takis Tridimas kan prinsippet også påberopes av statene i den forstand at de ikke kan pålegges plikter det ikke er grunnlag for i regelverket.⁴⁹ Det er følgelig tale om et tolkningsprinsipp som setter en skranke for hvor utvidende og dynamisk tolkning som kan foretas, herunder hvor langt homogenitetsprinsippet kan gis virkning.⁵⁰

Overført til EØS-retten sikrer prinsippet på den ene side at EFTA-statene ikke pålegges plikter som ikke kan utledes av EØS-avtalen og på den annen side at private og økonomiske aktører ikke blir fratatt rettigheter som de er tilkjent etter avtalen. EFTA-domstolen tilkjennes ved en slik tilnærming til homogenitetsprinsippet et relativt vidt spillerom, samtidig som det må kreves at ethvert tolkningsresultat er forankret i avtalen. Det kan følgelig ikke være grunnlag for å trekke homogenitetsprinsippet så langt at rettssikkerhetsprinsippet undergraves. Rettssikkerhetsprinsippet utgjør således en rettslig skranke for homogenitetsprinsippet rekkevidde,

⁴⁷ Halvard Haukeland Fredriksen, "One Market, Two Courts: Legal Pluralism vs. Homogeneity in the European Economic Area", *Nordic Journal of International Law* 2010 s. 481.

⁴⁸ Fredriksen 2010, s. 280.

⁴⁹ Takis Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2. utgave, Oxford 2006 s. 244.

⁵⁰ Samme sted.

og er dermed også av avgjørende betydning for fastleggelsen av EFTA-statenes erstatningsansvar i det følgende.

3 EFTA-statenes erstatningsansvar: Sammenfallende, mildere, eller strengere enn i EØS for øvrig

3.1 Rettslig grunnlag for EFTA-statenes erstatningsansvar

Som nevnt innledningsvis etablerte EFTA-domstolen prinsippet om EFTA-statenes erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen i *Sveinbjörnsdottir*- og *Karlsson*-sakene. Ansvaret ble begrunnet hovedsakelig i homogenitetsmålsetningen i EØS, herunder lik behandling og like konkurransevilkår for rettssubjekter i EFTA- og EU-pilaren. Domstolen la også vekt på avtalepartenes plikt til å ta i bruk ethvert egnet virkemiddel for å oppfylle sine forpliktelser etter avtalen i tråd med dens artikkel 3 og 10.⁵¹ Samlet sett fant EFTA-domstolen at statlig erstatningsansvar er et ”principle of the EEA Agreement” som må anses som en integrert del av avtalen.⁵²

Ved etableringen av det statlige erstatningsansvaret viste ikke domstolen eksplisitt til utviklingen av erstatningsansvaret i EU-domstolen, verken i *Sveinbjörnsdottir* eller i senere avgjørelser. Den understreker tvert om konsekvent EØS-avtalens egenart som en ”international treaty *sui generis*” som utgjør ”a distinct legal order of its own”.⁵³ EFTA-domstolen har i forlengelsen av dette i flere avgjørelser uttalt at EFTA-statenes erstatningsansvar ikke nødvendigvis er sammenfallende med EU-domstolens utvikling av ansvaret, senest i *Schenker*-saken. Fra *Karlsson*-saken hitsettes:

⁵¹ *Sveinbjörnsdottir*, avsnitt 52, 57 og 61.

⁵² *Sveinbjörnsdottir*, avsnitt 62 og 63.

⁵³ *Karlsson*, avsnitt 25.

”The finding that the principle of State liability is an integral part of the EEA Agreement differs, as it must, from the development in the case law of the Court of Justice of the European Communities of the principle of State liability under EC law. Therefore, the application of the principles may not necessarily be in all respects coextensive”.⁵⁴

Som Fredriksen påpeker må det antas at årsaken til at domstolen understreker EØS-avtalens særegenhet først og fremst er et ønske om å etablere et særskilt EØS-ansvar, ”prinsipielt løst fra EU-ansvaret”.⁵⁵ Dette kan ha sammenheng med at EU-statenes ansvar ble utledet av unionens overnasjonale karakter: EU-domstolen uttalte at statlig erstatningsansvar i EU er ”den nødvendigste konsekvens af den direkte virkning, der er tillagt de fællesskabsbestemmelser, hvis overtrædelse er årsag til det forvoldte tab”.⁵⁶ Henvisningen til prinsippet om direkte virkning er av sentral betydning i EU-retten og krever en noe nærmere behandling.

Prinsippet kan ikke utledes av EØS-avtalen og følgelig ikke overføres til EFTA-statenes retts-systemer.⁵⁷ Både EU-, EFTA-domstolen og Høyesterett har lagt dette til grunn.⁵⁸ I EU innebærer prinsippet at forordninger får direkte anvendelse i medlemsstatenes interne rett uten at nasjonal lovgiver må gå veien om lovvedtak, slik som er tilfelle i EFTA-statene.⁵⁹ Også direktiver får direkte virkning i EU-statenes rettssystemer i de tilfeller de er implementert på feil måte eller etter den satte tidsfristen forutsatt at direktivet tilkjenner private og økonomiske aktører rettigheter og er tilstrekkelig presist og ubetinget.⁶⁰ Prinsippet om direkte virkning medfører i realiteten en overføring av lovgivningsmyndighet fra nasjonal lovgiver til de lovgivende organene i EU. Dette understrekes også ved det EU-rettslige prinsipp om forrang som krever at rettsakter som har direkte virkning må prioriteres til foretrengsel for en nasjonal regel i tilfelle motstrid.⁶¹

Dette prinsipielt viktige motsetningsforholdet mellom EFTA- og EU-statene kan tilsi at det er grunn til å differensiere mellom det materielle innholdet i det EU-rettslige erstatningsansvaret

⁵⁴ *Karlsson*, avsnitt 30. Tilsvarende *Schenker*, avsnitt 120.

⁵⁵ Fredriksen 2013 s. 94.

⁵⁶ *Brasserie du pêcheur*, avsnitt 22.

⁵⁷ Senest slått fast av EFTA-domstolen i sak E-1/07, *Straffesak mot A*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 246.

⁵⁸ Se eksempelvis EFTA-domstolen i *Karlsson*-saken avsnitt 29, Høyesterett i Rt. 2000 s. 1811, *Finanger I*, på s. 1826.

⁵⁹ Med unntak av Liechtenstein som praktiserer monisme.

⁶⁰ Sak C-41/74, *Van Duyn mot Home Office*, Sml. 1974 s. 01337, bekreftet i sak C-280/10, *Dominguez mot Frankrike* (ennå ikke i Sml.).

⁶¹ Steiner & Woods, *EU Law*, 11. utgave, Oxford 2012 s. 100.

og EFTA-statenes ansvar. Å hevde at EFTA-statenes erstatningsansvar skal finne sitt rettslige grunnlag i et prinsipp som kun gjelder innenfor EU-pilaren synes å være i strid med EFTA-statenes grunnleggende intensjoner ved inngåelsen av EØS-avtalen. M. Elvira Méndez-Pinedo synes å være av samme oppfatning idet hun uttaler at EFTA-domstolen må sikre sammenfallende rettigheter for borgerne på grunnlag av prinsippet om homogenitet mellom EU- og EØS-retten ”without relying on the supranational character, features and instruments of EC law” som EU-domstolen har anvendt.⁶²

Uttalelsen i *Karlsson* fikk ingen utslag i den konkrete ansvarsvurderingen i saken og kan i denne sammenhengen forstås som et generelt forbehold uten noe nærmere fastlagt innhold. Det må også understrekes at EFTA-domstolen ikke ved noen anledning har uttalt at det er faktiske ulikheter i anvendelsen av vilkåret til tilstrekkelig kvalifisert brudd i EFTA-pilaren sammenlignet med EU-pilaren. Den har imidlertid i en rekke saker hatt mulighet til å klargjøre dette nærmere, senest i *Schenker* inneværende år. I tillegg har EFTA-domstolen åpenbart overført grunnvilkårene og vurderingsmomentene for erstatningsansvar fra EU-domstolens praksis.⁶³ EFTA-domstolen har tilsynelatende ikke etablert verken selvstendige vilkår eller vurderingsmomenter.

Spørsmålet i det følgende er om det er grunnlag for å differensiere mellom ESA, EU-Kommisjonen og EU-statenes ansvar på den ene siden, og EFTA-statenes ansvar på den annen, eller om statlig og institusjonelt ansvar er sammenfallende i hele EØS. Herunder må det tas stilling til innholdet i og konsekvensen av forbeholdet i *Karlsson* og *Schenker*.

3.2 EFTA-statenes ansvar: Mildere enn erstatningsansvaret for EU-kommisjonen, EU-statene og ESA?

Den norske stat har som et ytterpunkt lenge inntatt det standpunkt at EFTA-statenes erstatningsansvar er mildere enn ansvaret i EØS for øvrig. I *Finanger II* tok Høyesterett i plenum stilling til spørsmålet om staten kunne ilegges erstatningsansvar etter feilaktig implementering av EUs motorvognforsikringsdirektiver som hadde medført at en skadelidt sto tilbake uten

⁶² M. Elvira Méndez-Pinedo, *EC and EEA Law*, Groningen 2009 s. 21.

⁶³ Gjengivelse av vilkårene fra *Brasserie du pêcheur* i *Sveinbjörnsdóttir* avsnitt 66 og henvisninger til sak C-424/97, *Haim II*, Sml. 2000 s. I-05123 i *Karlsson* avsnitt 37, 40 og 47.

forsikringsutbetaling etter en bilulykke. Staten v/Justisdepartementet hevdet at det måtte gjelde en ”noe høyere terskel” for EFTA-statenes ansvar ved brudd på EØS-avtalen sammenholdt med erstatningsansvaret i EU-pilaren.⁶⁴ Standpunktet ble blant annet begrunnet i effektivitetsbetraktninger, ut fra det synspunkt at et for strengt ansvar vil kunne medføre at EFTA-statene ”overoppfyller sine gjennomføringsplikter av frykt for ansvar” med den konsekvens at lovgivningsprosessen hemmes.⁶⁵ Høyesterett avviste statens anførsler og uttalte følgende:

”Når et direktiv skal gjelder både innenfor [EU] og EØS, bør det legges avgjørende vekt på homogenitetshensynet og den forventning samtlige land og dets borgere har til at direktivene følges opp. De direktivene det her gjelder, er direktiver som skal gi borgerne bestemte rettigheter, og erstatningsansvaret skal sikre at rettighetene blir en realitet. Det virker da lite rimelig om borgerne skulle ha en ulik rettsstilling når det gjelder vernet for disse rettigheter.”⁶⁶

Høyesterett viser med dette for det første at homogenitetsmålsettingen tilsier at EFTA-statenes ansvar ikke kan være lempeligere enn EU-statenes ansvar for brudd på samme avtale. At erstatningsvernet for skadelidte i EFTA-statene skulle vært svakere enn skadelidte i EU-statene, ville utgjort en vilkårlig og usikker rettstilstand. For det andre kan hensynet til en effektiv lovgivningsprosess som ble påberopt av Staten, vanskelig utgjøre grunnlag for å tilside-sette målsettingen om lik behandling av rettssubjekter i EFTA- og EU-pilaren. At lovgiver må implementere EØS-direktivene på riktig måte i norsk rett, kan hevdes å være nettopp en sentral grunn til at EFTA-domstolen har utledet et erstatningsansvar av EØS-avtalen. Eksistensen av erstatningsansvaret medfører at statene får et sterkere insentiv til å implementere direktivene innen den gitte frist og å overholde sine rettslige forpliktelser etter avtalen. Uten et slikt sanksjonsmiddel, ville EU-rettens effektivitet og gjennomslagskraft i de dualistiske EFTA-statene Norge og Island trolig blitt svekket. Her kan erstatningsansvaret sees på som et effektivt middel som kompenserer for fraværet av direkte virkning av den materielle EU-retten i EFTA-statene.

Også i sin argumentasjon i nyere saker for EFTA-domstolen, har den norske stat inntatt det standpunkt at EFTA-statenes erstatningsansvar må være lempeligere enn EU-ansvaret for øvrig. Fra regjeringens anførsler i *Kolbeinsson* vedrørende vilkårene for statlig erstatningsan-

⁶⁴ *Finanger II*, avsnitt 33.

⁶⁵ Samme sted.

⁶⁶ *Finanger II*, avsnitt 58.

svar hitsettes:

”The Norwegian Government (...) finds reason to state that even though these criteria are formulated in the same way as the criteria for State liability under EU law, it should be recalled that the basis for State liability differs under EEA law and EU law, respectively. Therefore, the application of the criteria may not necessarily be identical in all respect.”⁶⁷

Som begrunnelse for sitt ståsted viste regjeringen til at et sammenfallende ansvar i enkelte tilfeller kan resultere i at EFTA-statenes ansvar kommer ”so close to direct effect that such form of liability would hardly be compatible with the characteristic of the EEA Agreement”.⁶⁸ Tilsvarende argumentasjon fremgår av gjengivelsen av regjeringens anførsler i *Vín Trió*.⁶⁹

Det synes som at regjeringen her har tilpasset sitt standpunkt noe. Den er tilsynelatende ikke lenger av den oppfatning at EFTA-statenes ansvar generelt er lempeligere enn EU-statenes, men hevder at sammenfallende erstatningsansvar i enkelte typetilfeller vil innebære en omgåelse av det dualistiske prinsipp. For det første innebærer erstatningsansvar som sanksjon på offentligrettslig brudd på EØS-avtalen at Stortinget ikke reelt sett står fritt til å vedta lovgivning som strider med EØS-avtalen. Utøvelsen av lovgivningsmyndighet må skje innenfor avtalens rammer og er følgelig noe begrenset. Slik sett kan erstatningsansvaret representere en modifikasjon av det dualistiske prinsipp. For det andre innebærer erstatningsansvaret at private og økonomiske aktører oppnår de rettigheter de er tilkjent ved direktivene, selv om direktivet ikke er korrekt implementert av lovgiver. Rettsvirkningene blir dermed reelt sett de samme som for rettssubjekter i EU-statene og betegnelsen direkte virkning kan således ha noe for seg.

Mot dette kan det innvendes at det statlige erstatningsansvaret utviklet av EFTA-domstolen er gjennomført i norsk rett gjennom EØS-loven § 1. Dette innebærer at ansvaret etter bestemmelsen skal ”gjelde som norsk lov”. Høyesterett slo dette fast i *Finanger II*:

”Jeg slutter meg til det syn at det ligger en forutsetning om erstatningsansvar i EØS-avtalen, og det må legges til grunn at EØS-loven [§ 1](#), som gjorde hoveddelen i EØS-

⁶⁷ Kolbeinsson, rettsmøterapporten avsnitt 94.

⁶⁸ Samme sted.

⁶⁹ Sak E-19/11, *Vín Trió*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 974, rettsmøterapporten avsnitt 95-96.

avtalen til norsk lov, må forstås slik at den også omfatter dette ansvaret”.⁷⁰

At erstatningsansvaret er gjennomført i nasjonal lovgivning, innebærer at Stortinget i prinsippet kan oppheve eller begrense denne forpliktelsen gjennom ny lovgivning. Som Fredriksen påpeker er dette lite praktisk.⁷¹ Likevel illustrerer det at Stortinget har den nødvendige kompetanse som gjør at det dualistiske prinsipp formelt sett synes å være tilstrekkelig ivaretatt. Stortinget er suveren lovgiver og tiltredelsen til EØS-avtalen ”utgjør ikke formelt noen skranke for Stortingets egen lovgivningsmyndighet”.⁷² Betegnelsen direkte virkning synes dermed å være noe upresis. Mer presist vil det være å omtale de rettslige følgene av et statlig erstatningsansvar som en indirekte virkning av ikke-implementerte direktiver: Direktivene får indirekte rettsvirkninger i norsk rett med EØS-avtalen § 1 som rettslig grunnlag for statlig erstatningsansvar. Argumentasjonen om at EFTA-statenes erstatningsansvar ved mangelfull implementering av EØS-direktiver er ”to close to direct effect” og at dette ansvaret må være lempeligere enn i EØS for øvrig, kan vanskelig opprettholdes.

I forlengelsen av dette, er det betimelig å stille spørsmål ved hva som var intensjonen ved å ikke la EØS-avtalen romme prinsippet om direkte virkning. Dette må søkes begrunnet i konstitusjonelle og statsrettslige hensyn. Intensjonen kan ikke ha vært å tilkjenne private og økonomiske aktører i EFTA-statene svakere rettsvern enn skadelidte i EU-statene. Forståelsen av homogenitetsprinsippet som en målsetting om sammenfallende rettsvirkninger i EØS, tilsier dermed at det ikke kan praktiseres et lempeligere ansvar for EFTA-statenes brudd på EØS-avtalen. Synspunktet har også en side til enhetlig regulering av statenes forpliktelser: Dersom EFTA-statenes ansvar skulle være mildere enn EU-statenes, ville tilknytningen til det indre marked innebære en mindre risiko og omkostning for førstnevnte enn hva som er tilfelle for EU-statene.

Det må i forlengelsen av dette understrekes at *Sveinbjörnsdóttir* er akseptert i EØS som uttrykk for gjeldende rett hva gjelder erstatningsansvarets eksistens og begrunnelse.⁷³ Dette innebærer i realiteten en erkjennelse av at fraværet av direkte virkning i EFTA-statene verken utelukker statlig erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen eller begrunner et lempeligere

⁷⁰ *Finanger II*, avsnitt 52. Som Høyesterett påpeker er dette også slått fast i *Sveinbjörnsdóttir* (avsnitt 63). Tilsvarende Fredriksen 2013 s. 86.

⁷¹ Fredriksen 2013 s. 88.

⁷² NOU 2012:2 Utenfor og innenfor: Norges avtaler med EU, punkt 11.6.2.

⁷³ Carl Baudenbacher, ”If not EEA State Liability, Then What? Reflections Ten Years after the EFTA Court’s *Sveinbjörnsdóttir* Ruling”, *Chicago Journal of International Law*, 2009 s. 344 med henvisninger til juridisk teori.

ansvar. Tilsvarende er også slått fast av EFTA-domstolen i *Karlsson*:

”It is correct, as the Government of Norway has pointed out, that the principle of State liability under Community law is regarded as a necessary corollary of the direct effect of Community provisions (...). However, this cannot mean that the finding of a principle of State liability, based directly on the EEA Agreement as such, is in any way contingent upon recognition of a corollary principle of direct effect of EEA rules.”⁷⁴

I denne forbindelse kan det også vises til *HOB-vin* der den norske regjering ikke bestred eksistensen av et statlig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen.⁷⁵

3.3 Sammenfallende erstatningsansvar i EFTA- og EU-pilaren?

Høyesterett synes å være av den oppfatning at erstatningsansvaret i EU-og EFTA-pilaren er sammenfallende. Som fremhevet over, forkastet Høyesterett i plenum regjeringens standpunkt om mildere ansvar for EFTA-statene og uttalte at ”hensynene bak erstatningsansvaret innen EØS [tilsier] at dette har samme omfang og ligger på samme nivå som ansvaret innenfor [EU].”⁷⁶ Standpunktet er fulgt opp av Høyesterett i flere avgjørelser, senest i *Personskadeforbundet* hvor domstolen ikke fant grunnlag for å praktisere en lavere terskel enn innen EU.⁷⁷

Det kan synes som at den norske regjering har modifisert seg noe etter *Finanger II*. For Høyesteretts behandling av *Personskadeforbundet*-saken anførte den ved Justis- og beredskapsdepartementet at ”terskelen for ansvar er den samme” i EØS-retten som i EU-retten. Dette må kunne sies å være uttrykk for regjeringens subsidiære standpunkt etter at den tilsynelatende har måttet vike fra sitt prinsipielle ståsted.

Mot dette standpunktet kan det rettes den innvending at det synes å være lite egnet til å oppfylle EFTA-statenes forpliktelser på en effektiv måte. Leif Sevón kan også forstås dithen at et

⁷⁴ *Karlsson*, avsnitt 27.

⁷⁵ *HOB-vin*, avsnitt 118. Regjeringen prosederte på fastleggelsen av det nærmere innholdet i ansvarsgrunnlaget, men problematiserte ikke hvorvidt statlig erstatningsansvar var å anse som en del av EØS-avtalen.

⁷⁶ *Finanger II*, avsnitt 58.

⁷⁷ Rt. 2012 s. 1793, *Personskadeforbundet*, avsnitt 29. Tilsvarende i *Edquist*, avsnitt 91 flg.

sammenfallende ansvar ikke er tilstrekkelig for å ivareta målsetningen om like rettsvirkninger i EØS. Han hevder at "the application of State liability can (...) never be a substitute for, but rather a complement to, the application of the principles of direct effect and primacy". Dette begrunner han med at vilkårene for å bli tilkjent erstatning er relativt strenge.⁷⁸ Hva gjelder det siste har Sevón et poeng: I og med at et erstatningskrav vil bero på skjønsmessige vurderingen av blant annet om det aktuelle rettsbruddet har vært tilstrekkelig kvalifisert, vil ikke skadelidte nødvendigvis få kompensasjon for det tapet som er lidt. Slik sett kan Sevóns påstand om at statlig erstatningsansvar ikke sidestiller skadelidte i EFTA-statene fullt ut med skadelidte i EU-statene ha noe for seg. Som en følge av dette anfører han at "if the balance of rights and obligations under the Agreement is to be maintained and the homogeneity objective not to be jeopardised (...), the principles of direct effect and primacy, possibly in a slightly modified form to fit the EEA, would have to apply also in the EEA."⁷⁹ Han anser dette som naturlig og at prinsippene om direkte virkning og forrang kan utledes direkte av EØS-avtalen.⁸⁰ Han understreker videre at dette ikke er et spørsmål om å avgi lovgivningssuverenitet.⁸¹

Dette kan det rettes innvendinger mot. For det første er kjernen i prinsippet om direkte virkning nettopp at EU som overnasjonalt lovgivningsorgan, etablerer EU-rett som direkte kan påberopes av private og økonomiske aktører i medlemsstatene. Det er dermed vanskelig å se hvordan EFTA-statene skal kunne operere med direkte effekt uten å frasi seg lovgivningssuverenitet. Sagt på en annen måte: Prinsippet om direkte virkning og lovgivningssuverenitet synes å være gjensidig utelukkende.

Samtidig reiser Sevón en interessant problemstilling: Statlig erstatningsansvar i sin alminnelige form synes ikke å være tilstrekkelig for å oppnå homogenitetsmålsettingen. Hans løsning på problemet synes imidlertid ikke å være forenelig med det dualistiske prinsipp som var en grunnleggende forutsetning for EFTA-statenes deltakelse i EUs undre marked. En modifikasjon i EFTA-statenes erstatningsansvar er derimot en løsning som synes å være i bedre overensstemmelse med partenes intensjoner. Det kan se ut til at et skjerpet ansvar for EFTA-statene kan være påkrevet i enkelte typetilfeller for å oppfylle EØS-avtalens overordnede målsetning. Dette fremstår som en mellomløsning som ivaretar EFTA-statenes suverenitet og samtidig

⁷⁸ Leif Sevón, "The ECJ, the EFTA Court and the national courts of the EFTA countries", *Rettssteori og rettsliv - festskrift til Carsten Smith*, Oslo 2002, s. 721, på s. 730.

⁷⁹ S. 732.

⁸⁰ Samme sted.

⁸¹ Samme sted.

tilkjenner skadelidte kompensasjon for skade påført som følge av mangelfull implementering av direktiver. Her må det sondres mellom strengere ansvar generelt og strengere ansvar i de tilfeller det er særskilt påkrevet for å avhjelpe fraværet av direkte virkning i EFTA-statene. I det følgende vil disse tilnærmingene bli behandlet.

3.4 Strengere erstatningsansvar for EFTA-statene for å avhjelpe fraværet av prinsippet om direkte virkning?

På grunnlag av systemulikhetene i EU- og EFTA-statene kan det være betimelig å stille spørsmål ved om EFTA-statenes ansvar bør være strengere i de tilfeller det er særskilt påkrevet utfra hensynet til enhetlig anvendelse av EØS-avtalen. I utgangspunktet kan prinsippet om enhetlig tolking av EØS-reglene tale mot en slik differensiering. Spørsmålet som da kan reises i det følgende, er om hensynet til å oppnå sammenfallende rettsvirkninger for skadelidte i EU- og EFTA-pilaren kan begrunne en ulik praktisering av ansvarsgrunnlaget for EFTA-statenes erstatningsansvar sammenliknet med EU-statenes.

For det første må det påpekes at en slik snever tilnærming til problemstillingen som er skissert over vanskelig kan forenes med forståelsen av homogenitetsprinsippet som et virkningsorientert prinsipp som det er blitt tatt til orde for under punkt 2.6. Nettopp med holdepunkt i dette kan det problematiseres hvorvidt EFTA-statenes ansvar ved overtredelse av EØS-avtalen som kan tilskrives lovgivers manglene gjennomføring av EØS-avtalen, er eller bør være strengere sammenliknet med ansvaret i EØS for øvrig. Ved en slik praktisering vil en skadelidt kunne få kompensasjon for de tap som er påført ved å gå veien om erstatningssøksmål.

Magnússon og Hannesson har i sin artikkel argumentert for et slikt standpunkt. Dette synes i utgangspunktet å være i tråd med målsettingen om like rettsvirkninger i EØS. Forfatterens resonnement grunner imidlertid tilsynelatende på feilaktig oppfatning av EFTA-domstolens tilnærming til vilkåret om tilstrekkelig kvalifisert brudd på EØS-retten. Det fremstår som nødvendig å imøtegå dette først.

3.4.1 Tilstrekkelig kvalifisert brudd på EØS-retten: Skjønnsmargin som sentralt vurderingsmoment

I EU-domstolen og EFTA-domstolen har vilkåret om ”tilstrekkelig kvalifisert brudd” på EØS-retten mer eller mindre konsekvent blitt praktisert slik at statene tilkjennes en videre skjønnsmargin i de tilfeller direktivet som skal implementeres, er upresist og vagt.⁸² EFTA-domstolen har lagt til grunn at ethvert brudd på en klar og utvetydig direktivbestemmelse ”may be sufficient to establish the existence of a sufficiently serious breach”.⁸³ Dette forstås som at statene i disse tilfeller tilkjennes liten eller ingen adgang til skjønnsutøvelse ved nasjonal tilpassning av direktiver, og EFTA-domstolen ilegger et strengt, nærmest objektivt ansvar. Med den regeltiltheten som følger med avtalen er strenge sanksjonsmuligheter tilsynelatende påkrevet, både som insentiv og en oppfordring til statene om å sikre at den interne retten er i overensstemmelse med EØS-direktivene slik at ansvar ikke aktualiseres, og som middel for å straffe den aktuelle stat og tilkjenne skadelidte de rettigheter som følger av EØS-avtalen når erstatningsbetingende brudd er begått.

I *Nguyen*-saken ble EFTA-domstolen forelagt spørsmål om fravær av rett til oppreisning ved ikke-økonomiske skader etter trafikkulykke var i strid med EUs motorvognforsikringsdirektiver.⁸⁴ Dette ble besvart bekreftende idet direktivene stiller krav om at hele det personlige ansvaret, inkludert oppreisningsansvaret, må være omfattet av forsikringen. Ettersom en slik full forsikringsdekning ikke forelå i norsk rett, kom EFTA-domstolen til at dette innebar uriktig gjennomføring av direktivene og dertil et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EØS-retten.

Magnússon og Hannesson hevder imidlertid at det av direktivene ikke fremgikk noe tydelig krav om et slikt fullstendig oppreisningsansvar for ikke-økonomisk skade. Etter deres forståelse fremsto direktivene som noe upresise i dette henseende, slik at den norske stat i tråd med praksis derfor skulle blitt tilkjent en videre skjønnsmargin og følgelig ikke nødvendigvis blitt ansett erstatningsansvarlig i den angjeldende sak. Når EFTA-domstolen mer eller mindre avskjærer den norske lovgivers skjønnsrom, mener forfatterne at domstolen viser tilbøyelighet til å ”provide a higher level of protection under the EEA State liability rules as compared with

⁸² EU-domstolen: *Brasserie du pêcheur, Bergaderm*. EFTA-domstolen: *Sveinbjörnsdóttir, Nguyen, HOB-vín*. Inngående om dette: Fredriksen 2013 s. 237 flg.

⁸³ *HOB-vín*, avsnitt 130.

⁸⁴ Direktiv 72/166/EØF, 84/5/EØF og 90/232/EØF, inntatt i EØS-avtalens fjerde annekst.

the European union”.⁸⁵

Argumentasjonen synes å være tuftet på en uriktig forståelse av det foreliggende rettskildematerialet. Den uklarheten forfatterne mener ligger i de aktuelle direktivene, ble ryddet av veien allerede i EU-domstolens avgjørelse i *Bernaldez*-saken i 1996.⁸⁶ I avgjørelsen ble det gjort klart at motorvognforsikringen skal dekke erstatning for samtlige person- og tingsskader forårsaket av motorkjøretøy, noe som for øvrig også ble slått fast av Høyesterett i *Personskade-forbundet*. Da motorvognforsikringsdirektivene ble implementert av norsk lovgiver forelå det altså ingen uklarheter vedrørende direktivenes materielle innhold og følgelig ingen skjønnsmargin. Nguyen-saken kan derfor vanskelig tas til inntekt for at EFTA-domstolen ilegger EFTA-statene et strengere ansvar enn det som gjelder for ESA og EU for øvrig, slik som Magnússon og Hannesson tar til orde for.

Forfatterne tar også EFTA-domstolens avgjørelse i *HOB-vín* til inntekt for at EFTA-statene ilegges et strengere ansvar.⁸⁷ Det islandske alkohol- og tobakksselskapet ble av EFTA-domstolen kjent erstatningsansvarlig etter at en produsent av alkoholholdige drikkevarer ikke ble tillatt markedsadgang på Island. Bakgrunnen for avslaget var at produktene presentasjon og merking ikke svarte til de krav som ble stilt i islandsk lovgivning. Den aktuelle islandske lovbestemmelsen var ikke blitt innmeldt til ESA i tråd med direktivets artikkel 19. EFTA-domstolen slo fast at artikkel 19 var presis og utvetydig og fant følgelig at manglende innmelding oppfylte kravet til tilstrekkelig kvalifisert brudd på EØS-retten.⁸⁸

Tilsvarende som ved behandlingen av under *Nguyen*-saken synes Magnússon og Hannessons argumentasjon vedrørende *HOB-vín* å bygge på sviktende grunnlag. De ser ut til å mene at EFTA-domstolens avgjørelse indikerer en tendens til strengere vurdering av EFTA-statenes ansvar i tilfelle brudd på EØS-avtalen. Hva som skulle tilsi et slikt standpunkt i denne sammenheng er vanskelig å se og burde vært presisert. Artikkel 19 stiller tydelig krav om at ESA i den foreliggende sak skulle blitt notifisert om den aktuelle lovbestemmelsen, og den manglende notifiseringen representerer følgelig et tydelig direktivbrudd fra islandske myndigheters side. EFTA-domstolen kan kanskje kritiseres for å ikke ha behandlet andre vurderingsmomenter før den slo fast at det forelå et tilstrekkelig kvalifisert brudd. Likevel synes det ikke å være

⁸⁵ Magnússon og Hannesson s. 176.

⁸⁶ Sak C-129/94, *Bernaldez mot Spania*, Sml. 1996 s. I-01829, avsnitt 18.

⁸⁷ Artikkelens fotnote 91.

⁸⁸ *HOB-vín*, avsnitt 136.

grunnlag for å ta avgjørelsen til inntekt for et strengere ansvar for EFTA-statene.

3.4.2 Betydningen av ESAs skjønnsmargin

Det kan også nevnes at Magnússon og Hannesson i forbindelse med behandlingen av skjønnsmarginens betydning for ansvarsvurderingen, uttaler at ESA ikke innehar lovgivningskompetanse og følgelig sjelden har den vide skjønnsmarginen som EU-domstolen i sin praksis henviser til.⁸⁹ At ESA ikke har lovgivningskompetanse er uomtvistelig, men hvordan det utfra dette kan konkluderes med at ESA sjelden har en vid adgang til å utvise skjønn i sin virksomhet fremstår som uklart. ESA, og for så vidt også EU-Kommisjonen, har i sin kontrollutøvelse betydelig adgang til å foreta skjønsmessige vurderinger i de enkelte sak. Vurderingene må selvsagt skje innenfor EØS-avtalens fastlagte rammer, men enhver rettsanvendelse vil nødvendigvis innebære en større eller mindre grad av skjønsmessige vurderinger.

Et eksempel på dette er behandlingen av hvorvidt det er adgang til å gi dispensasjon til statsstøtte. Etter EØS-avtalen artikkel 61 vil ”støtte gitt av statsmidler (...) som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak” være i strid med EØS-avtalen dersom støtten ”påvirker samhandelen mellom avtalepartene”. Uten å gå inn på de materielle vurderingene som ligger her, nevnes bestemmelsen kort for å illustrere at ESAs vedtak nødvendigvis bygger på en rekke skjønsmessige vurderinger og grensetrekkinger i den konkrete subsumsjonen.

Magnússon og Hannesson påstand fremstår dermed som lite treffende. Både ESA og EFTA-statene er i utgangspunktet tilkjent en skjønnsmargin ved gjennomføringen av EØS-avtalen. Det ser så langt ikke ut til at graden av skjønnsutøvelse er ulik for henholdsvis ESA og EFTA-statene. Det er følgelig ikke holdepunkter for å differensiere mellom terskelen for henholdsvis ESA og EFTA-statenes ansvar med grunnlag i dette vurderingsmomentet.

⁸⁹ Magnússon og Hannesson 2013 s. 177.

3.4.3 EFTA-domstolens nyere praksis: Holdepunkter for å ilegge EFTA-statene et strengere ansvar ved brudd på direktiver som har direkte virkning i EU, men som ikke er operative i angjeldende EFTA-stat

Det foreligger nyere avgjørelser av EFTA-domstolen som kan tas til inntekt for at EFTA-statene skal ilegges strengere ansvar for å avhjelpe fraværet av direkte virkning. Det minnes her særlig om EFTA-domstolens uttalelse i *Irish Bank Resolution*-saken om målsettingen om et dynamisk og homogent EØS kun kan oppnås ”if EFTA and EU citizens and economic operators enjoy, relying upon EEA law, the same rights in both the EU and EFTA-pillars of the EEA”.⁹⁰ Uttalelsen er særlig interessant idet den faller like etter konstateringen av at EØS-avtalen ikke rommer et prinsipp om direkte virkning. Dette kan tas til inntekt for at EFTA-domstolen ved å ilegge EFTA-statene et skjerpet ansvar slik sett kan kompensere for fraværet av dette prinsippet. EU-borgerne får innfridd sine rettigheter idet direktivene virker direkte i hver stats interne rett, mens EØS-avtalen får effektiv virkning for EFTA-borgerne ved at disse kan gå veien om erstatningskrav mot staten. Fredriksen tar til orde for en slik løsning med henvisning til EFTA-domstolens virkningsorienterte tilnærming til homogenitetsmålsettingen.⁹¹

Baudenbacher synes å være av tilsvarende oppfatning idet han hevder at EFTA-statenes erstatningsansvar må ”compensate” for fraværet av de EU-rettslige prinsippene om direkte effekt og forrang.⁹² Han fremhever at erstatningsansvaret er av ”particular importance” i de tilfeller et direktiv ikke er korrekt implementert, nettopp fordi direktivene ikke har direkte virkning i EFTA-statene.⁹³ Et strengere erstatningsansvar i disse tilfeller kan følgelig være nødvendig for å sikre EFTA-statenes gjennomføring av EØS-avtalen.

EFTA-domstolens uttalelse allerede i *Sveinbjörnsdottir* om at EFTA-statene må ”provide for compensation” ved brudd på EØS-avtalen tale i tilsvarende retning. Dette er særlig interessant ettersom uttalelsen fremsettes like etter at domstolen har slått fast viktigheten av ”the homogeneity objective and the objective of establishing the right of individuals and economic operators to equal treatment and equal opportunities.” Dersom EFTA-statenes ansvar ikke er

⁹⁰ *Irish Bank Resolution*, avsnitt 122.

⁹¹ Fredriksen 2013 s. 95.

⁹² Baudenbacher 2009 s. 358.

⁹³ S. 357.

skjerpet ved skade påført som følge av feilaktig implementering av direktiver, kan det hevdes at rettssubjektene vil ha et svakere rettsvern enn i EU.

Også EFTA-domstolens avgjørelse i *Straffesak mot A* kan tas til inntekt for et slikt standpunkt. Domstolen fant at den liechtensteinske bestemmelsen om at en advokat fra et annet europeisk land måtte la seg bistå av en nasjonal advokat var uforenelig med EØS-avtalens artikkel 36 om fri flyt av tjenester og direktiv 77/249/EEC om forenkling av advokaters tjenesteyting. EFTA-domstolen slo fast at direktiver som ikke ennå er implementerte i nasjonal rett, i utgangspunktet ikke går foran interne lovbestemmelser. Den presiserte imidlertid at dersom et rettssubjekt som følge av for sen eller feilaktig gjennomføring av direktivet lider tap, vil den angjeldende staten måtte kompensere for tapet gjennom erstatningsansvar, forutsatt at de tre grunnvilkårene er oppfylt.

I *Sveinbjörnsdóttir* uttalte EFTA-domstolen at EØS-avtalen artikkel 3 kunne utgjøre et alternativt hjemmelsgrunnlag for det statlige erstatningsansvar.⁹⁴ Det vil føre for langt å foreta en inngående drøftelse av erstatningsansvarets rettsgrunnlag i denne sammenheng, men det vises til at det tilsynelatende er enighet om at artikkel 3, i tillegg til homogenitetsprinsippet, kan tjene som grunnlag for å etablere nye plikter for EFTA-statene.⁹⁵ Det festes også lit til Fredriksens gjennomgang av nyere avgjørelser i EFTA-domstolen og hans konklusjon om at tilsvarende oppfatning også ligger til grunn for flere av disse.⁹⁶ Utfra et fra-det-mer-til-det-mindre-synspunkt må det i forlengelsen av dette kunne hevdes at artikkel 3, sammenholdt med homogenitetsprinsippet, kan utgjøre et mulig rettslig grunnlag for et skjerpet ansvar for EFTA-statene i de omtalte typetilfeller. Det fremgår av bestemmelsen at avtalepartene skal ”treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtalen”. Aksepten av et skjerpet erstatningsansvar kan anses som et slikt ”særlig tiltak” for å sikre at rettssubjekter tilhørende EFTA-statene får sine rettigheter etter avtalen oppfylt.

Hvorvidt et rettssubjekt får oppfylt sine rettigheter, skal ikke avhenge av om vedkommende er tilhørende en dualistisk EFTA-stat eller en EU-stat. Som også Magnússon og Hannesson påpeker utgjør et skjerpet erstatningsansvar ”the *only means* for giving effect to unimplemented

⁹⁴ *Sveinbjörnsdóttir*, avsnitt 61.

⁹⁵ Fredriksen 2013 s. 55 flg., med henvisninger til Sejersted og Arnesen og Stenvik.

⁹⁶ Fredriksen 2013 s. 59.

or wrongfully implemented EEA ruled in the legal order of the EFTA States”.⁹⁷ Dette synes å være i tråd med Baudenbachers argumentasjon om at erstatningsansvaret tjener som et ”tool to secure member state compliance.”⁹⁸ Det ser etter dette ut til at nyere avgjørelser av EFTA-domstolen kan tas til inntekt for at EFTA-statenes erstatningsansvar er en særegen EØS-rettslig sanksjon som er påkrevet for å sikre en enhetlig og effektiv gjennomføring av avtalen i EFTA-pilaren og som må praktiseres på en slik måte at dette blir en realitet. En skjerpet praktisering av EFTA-statenes ansvar synes å sikre en slik effektiv gjennomføring og er tilsynelatende også i overenstemmelse med homogenitetsmålsettingen idet skadelidte får kompensasjon for de tap som følger av manglende eller feilaktig implementering av direktiver ved å gå veien om erstatningssøksmål.

3.5 Generelt strengere erstatningsansvar for EFTA-statene?

Et mulig standpunkt vedrørende ansvarsgrunnlaget for EFTA-statenes erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen er at det bør være generelt strengere enn ansvaret i EU-pilaren og ansvaret for ESA. En slik tilnærming vil innebære at enhver myndighetshandling som aktualiserer spørsmålet om erstatning må bedømmes strengere i EFTA-statene enn i EØS for øvrig. Dette reiser for det første prinsipielle problemstillinger knyttet til EØS-avtalens natur. At det på grunnlag av EØS-avtalen skal kunne etableres et strengere ansvar for EFTA-statene fremstår som et avvik fra utgangspunktet om ytelse mot ytelse og like rettsvirkninger for begge parter i et avtaleforhold.⁹⁹ For det andre kan en slik praktisering av erstatningsansvaret på sviktende grunnlag i ytterste konsekvens svekke avtalens legitimitet. Trekkes ansvaret for langt, kan det resultere i at EFTA-statene vedtar færre rettsakter i EØS-komiteen slik at samarbeidet blir svekket.

⁹⁷ Magnússon og Hannesson s. 178.

⁹⁸ Baudenbacher 2009 s. 358.

⁹⁹ Fredriksen mener det er ”prinsipielt utelukket at EØS-avtalen som sådan kan gi opphav til ulike forpliktelser for avtaleparter i EFTA-pilaren og avtaleparter i EU”, jfr. Fredriksen 2013 s. 96, fotnote 315.

3.5.1 Endret pliktsubjekt: Bereder EFTA-domstolen grunnlaget for et generelt strengere erstatningsansvar for EFTA-statene?

Ut fra homogenitetsbetraktninger og grunnleggende avtalerettslige prinsipper som er behandlet over må det kunne hevdes at utgangspunktet ved ansvarsvurderingen er at statenes ansvar ved brudd på EØS-avtalen er sammenfallende, med mindre særskilte omstendigheter skulle tilsi noe annet. I denne forbindelse er EFTA-domstolens endrede begrepsbruk vedrørende pliktsubjektet interessant. I *HOB-vín* synes domstolen ved den nærmere fastleggelsen av ansvarsgrunnlagets innhold å tale om EFTA-statenes ansvar, og ikke EØS-statenes eller avtalepartenes ansvar. Domstolen uttalte følgende vedrørende ansvarsgrunnlaget:

”As regards the condition that the breach must be sufficiently serious, it follows from the Court’s case law that this depends on whether, in the exercise of its legislative powers, an EFTA State has manifestly and gravely disregarded the limits on the exercise of its powers (...).”¹⁰⁰

Betydningen av denne endringen i begrepsbruken er uklar. Den er ikke blitt gjort rede for av domstolen selv, men endringen har neppe vært tilfeldig. Domstolen bruker begrepet EØS-statene gjennomgående i dommen, men idet erstatningsansvaret og innholdet i ansvarsgrunnlaget omtales skjer dette med EFTA-statene som pliktsubjekt.

Som Fredriksen påpeker henviste domstolen også i *Sveinbjörnsdóttir* vekselvis til EØS-statene, avtalepartene og EFTA-statene.¹⁰¹ Domstolen slår i avgjørelsen fast at ”the *EFTA States* must be obliged to provide for compensation for loss and damage caused to an individual by incorrect implementation of a directive”.¹⁰² I domsslutningens punkt 2 heter det imidlertid at ”*The Contracting Parties* to the EEA Agreement are obliged to provide for compensation (...)” (mine kursiveringer). Det er vanskelig å finne noe mønster for når og hvorfor EFTA-domstolen i dommen bruker de ulike begrepene om hverandre. I motsetning til *HOB-vín* fremstår begrepsbruken som tilfeldig.

Denne dreiningen til EFTA-statene som pliktsubjekt i *HOB-vín*, sammenholdt med få henvisninger til EU-domstolens avgjørelser på området, kan hevdes å tale i retning av at domstolen

¹⁰⁰ *HOB-vín*, avsnitt 129.

¹⁰¹ Fredriksen 2010 s. 96, fotnote 315 med henvisninger til rettspraksis.

¹⁰² *Sveinbjörnsdóttir*, avsnitt 60.

bereder grunnen for å utvikle et særegent erstatningsansvar for EFTA-statene, uavhengig av EØS-ansvaret for øvrig. Om dette er tilfelle, gjenstår å se av fremtidige avgjørelser. Dersom så skulle være, bør de prinsipielle problemer et slikt generelt skjerpet erstatningsansvar for EFTA-statene reiser, både vedrørende spørsmålet om tilstrekkelig rettslig grunnlag og EFTA-statenes suverenitet, bli nærmere behandlet og problematisert av domstolen.

3.5.2 Lovgiver i EFTA-statene som ansvarssubjekt for de fleste erstatningskrav: Påvirker dette ansvarsgrunnlaget?

Magnússon og Hannesson hevder tilsynelatende at et strengere statlig ansvar ikke skal begrensnes til typetilfellet behandlet like ovenfor. I sin artikkel inntar de det synspunkt at EFTA-statenes erstatningsansvar skal skjerpes ytterligere ved å ilegge et strengere ansvar generelt. Dette synes å ha sammenheng med deres standpunkt om at domstolen i medhold av homogenitetsprinsippet skal kunne anvende EØS-retten annerledes enn i EU-pilaren for å oppnå en effektiv gjennomføring av avtalen.

EU-domstolen har slått fast at erstatningsansvar kan bli aktuelt ved rettsbrudd begått av ethvert statlig organ og at det er staten som sådan som står som erstatningsrettslig ansvarlig.¹⁰³ Dette forstås som staten representert ved dens høyeste ansvarlige instans. En slik rettstilstand synes påkrevet for at pulverisering av ansvaret mellom ulike offentlige forvaltningsorganer, administrative organer og domstoler, ikke skal forekomme. EU-domstolen uttalte i denne sammenheng følgende:

”It is for each Member State to ensure that individuals obtain reparation for damage caused to them by non-compliance with Community law, whichever public authority is responsible for the breach, and whichever public authority is in principle, under the law of the Member State concerned, responsible for making reparation”.¹⁰⁴

EFTA-domstolen har aldri måttet ta stilling til om også EFTA-statene kan bli erstatningsansvarlig for brudd på EØS-retten begått av nasjonale domstoler. Den uttalte imidlertid i et *obiter dictum* i *Kollbeinsson* at dersom EFTA-statene skal anses erstatningsansvarlig for domsto-

¹⁰³ *Brasserie du pêcheur* og sak C-302/97, *Konle mot Østerrike*, Sml. 1999 s. I-3099.

¹⁰⁴ *Konle*, avsnitt 62.

lenes brudd på EØS-retten, må overtredelsen være ”manifest in character”.¹⁰⁵ Baudenbacher finner i dette tilstrekkelige holdepunkter for at EFTA-domstolen overfører det EU-rettslige prinsippet om statlig erstatningsansvar for domstolars rettsbrudd til EFTA-statene.¹⁰⁶ Et slik forståelse kan vanskelig utledes av domstolens uttalelse. Det er mer nærliggende å forstå domstolen dithen at *dersom* en slik regel inngår i EØS-avtalen, må bruddet være ”manifest in character” for å medføre erstatningsansvar. Den inntar derimot ikke et standpunkt om at staten *er* ansvarlig for domstolens rettsbrudd, jfr. ”if the states are to incur liability (...)” (min kursivering).

EFTA-domstolens forbehold kan imidlertid forklares i at den i *Kolbeinsson* ble forelagt spørsmål om statlig erstatningsansvar grunnet feilaktig implementering av direktiver. At domstolsansvar kun ble nevnt i et *obiter dictum* og ikke realitetsbehandlet må anses som et naturlig følge av at dette ikke ble satt på spissen. Det må her understrekes at domstolen ikke avskar muligheten for statlig erstatningsansvar som følge av nasjonale domstolars overtredelse av EØS-retten.

Det kan i flere av EFTA-domstolens avgjørelser finnes støtte for statlig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen begått av den dømmende makt. I *Sveinbjörnsdóttir* og *Karlsson* la domstolen til grunn at en EFTA-stat plikter å kompensere for skade og tap ”for which the that State can be held responsible”.¹⁰⁷ Begrepet *State* gir i utgangspunktet ikke anvisning på noen sontring mellom lovgivende, utøvende og dømmende makt. At enhver statlig myndighet skal kunne stilles til ansvar for brudd på EØS-retten kan også forankres i hensynet til effektiv rettsbeskyttelse. Det ville vært i dårlig overenstemmelse med homogenitetsprinsippet dersom en skadelidt ikke skulle få kompensasjon for feil begått av en nasjonal domstol. Domstolers feiltolkning av implementert EØS-rett må kunne aktualisere erstatningsansvar på denne bakgrunn.¹⁰⁸

Eksistensen av EFTA-statenes ansvar når et administrativt organ krenker EØS-avtalen er slått fast i *Karlsson*.¹⁰⁹ Det må kunne legges til grunn at det statlige ansvaret både for administrative organer og nasjonale domstoler i utgangspunktet skal samsvare med terskelen for at erstat-

¹⁰⁵ *Kolbeinsson*, avsnitt 77.

¹⁰⁶ Baudenbacher, ”Some thoughts on the EFTA Court’s phases of Life”, i EFTA-court *Judicial Protection in the European Economic Area*, Stuttgart 2012 s. 2-28 på s. 8.

¹⁰⁷ *Sveinbjörnsdóttir*, avsnitt 62, *Karlsson*, avsnitt 25.

¹⁰⁸ Fredriksen 2013 s. 65 flg. for utførlig behandling.

¹⁰⁹ *Karlsson*, avsnitt 32.

ningsansvar kan ilegge i ESA og EU for øvrig. Argumentasjonen som gjør seg gjeldende for strengere erstatningsansvar for EFTA-statene ved feilaktig implementering av EØS-direktiver som har direkte virkning i EU, ser ikke ut til å få tilsvarende relevans i dette typetilfellet.

Magnússon og Hannesson synes imidlertid å trekke EFTA-statenes erstatningsansvar lenger også på dette punkt. De er av den oppfatning at lovgiver i EFTA-statene ”must in many cases, and contrary to what would be the case in an EU Member State, be considered liable where the actual damage may have been caused by the administration or even by a judicial act”.¹¹⁰

Som påpekt av forfatterne vil administrative og judisielle avgjørelser i strid med EØS-direktiver ikke i seg selv kunne danne grunnlag for erstatningskrav dersom de angjeldende EØS-direktivene ikke ennå formelt sett er gjort til intern rett av nasjonal lovgiver. Den aktuelle avgjørelsen vil i disse tilfellene være i overenstemmelse med den foreliggende nasjonale retten, idet direktivene har direkte rettsvirkninger i nasjonal rett først etter formell ikrafttredelse gjennom lovvedtak. I en slik situasjon, hvor skade er påført som følge av for sent implementert direktiv, er det dermed lovgiver som har begått det erstatningsbetingende bruddet på EØS-avtalen. Et erstatningskrav som i utgangspunktet er aktualisert ved en administrativ myndighetshandling må dermed rettes mot lovgiver. Annerledes stiller det seg i EU-statene, der prinsippene om direkte virkning og forrang pålegger administrative og judisielle organer å anvende EØS-retten uten nasjonalt lovvedtak. At lovgiver i EFTA-statene vil være det rette organ å rette søksmål mot i de fleste tilfeller, er i seg selv ikke vanskelig å tiltre.

Mer problematisk er det at Magnússon og Hannesson tilsynelatende ikke sonderer mellom terskelen for statlig erstatningsansvar i disse tilfellene. Argumentasjonen fremstår som noe uklar, men forstås slik at EFTA-statenes erstatningsansvar er skjerpet i samtlige av disse type-tilfellene, sammenliknet med terskelen i EØS for øvrig. Forfatterne er å forstå slik at EFTA-statenes ansvar skal være strengere når feilaktig eller for sen implementering av direktiver medfører tap eller skade for private eller økonomiske aktører. Dette er behandlet over, og kan tiltres. At denne skjerpede terskelen skal ilegges i ethvert tilfelle av statlig ansvar, synes det imidlertid ikke å være grunnlag for å hevde. Et slikt ståsted synes heller ikke å være i overenstemmelse med målsettingen om like rettsvirkninger for rettssubjekter i henholdsvis EFTA- og EU-statene. I ytterste konsekvens kan en slik tilnærming resultere i at rettssubjekter tilhørende EFTA-statene får medhold i erstatningskrav som ikke ville blitt tatt til følge av EU-

¹¹⁰ Magnússon og Hannesson s. 186.

domstolen. Homogenitetsprinsippet kan vanskelig trekkes så langt at en slik rettstilstand aksepteres idet det tilsynelatende ikke finnes tilstrekkelig holdepunkter i avtalen for en slik praktisering. Ytterligere konsekvensbetraktninger gjør seg gjeldende og vil behandles i det følgende.

3.5.3 Generelt strengere ansvar for EFTA-statene problematisk hensett til kompetansefordelingen med ESA

Enda et problem som reiser seg i tilknytning til generelt strengere ansvar for EFTA-statene, er forholdet mellom statenes egne kontrollorgan og ESA på konkurranserettsens område. ODA artikkel 25 hjemler ESAs kompetanse til å håndheve og føre kontroll med at EØS-avtalens artikkel 53 og 54 om gjennomføring av konkurransereglene for foretak blir overholdt av EFTA-statene. Tilsvarende kompetanse blir tillagt Konkurransetilsynet i Konkurranseloven § 9, 1. ledd. Begge organene har også hjemmel til å pålegge foretak eller sammenslutninger som overtrer konkurransereglene om å bringe aktiviteten til opphør.¹¹¹ Noen nærmere regulering av fordelingen av saker mellom ESA og Konkurransetilsynet foreligger ikke. I praksis kan det altså bero nærmest på tilfeldigheter hvilket av de to organene som behandler en sak, så som kapasitet og hvilket organ den potensielt konkurransehemmende aktiviteten blir meldt inn til. ESA og Konkurransetilsynet samarbeider tett og kan i praksis overføre saker til hverandre.

Det vil i denne sammenheng føre for langt å analysere hvordan dette samarbeidet fungerer i praksis. Hovedpoenget i forbindelse med diskusjonen om likt eller ulikt erstatningsansvar er at kontrollorganenes kompetanser langt på vei er sammenfallende. Begge organene har kompetanse til å eksempelvis kreve ulovlig statsstøtte reversert. Dersom vedtaket og følgelig tilbakebetalingskravet skulle vise seg å være uriktig etter at tilbakebetaling er gjennomført, eksempelvis grunnet feiltolking av EØS-regelverket, vil det kunne oppstå en situasjon der de angjeldende foretak krever erstattet de tap de har lidd som følge av overvåkningsorganets regelbrudd. Det er da åpenbart ikke rimelig at foretakene skulle bli stilt ulikt avhengig av om saken hadde blitt behandlet av Konkurransetilsynet eller ESA. Dersom terskelen for EFTA-statenes, her Konkurransetilsynets ansvar, skulle anses som lavere enn for ESAs ansvar, vil et foretak kunne bli tilkjent erstatning dersom saken er blitt behandlet av Konkurransetilsynet,

¹¹¹ Henholdsvis Konkurranseloven § 12, 1. ledd og ODA artikkel 7 nr. 1, inntatt i protokoll 4 kapittel II.

men ikke dersom ESA har behandlet saken.¹¹² En slik rettstilstand fremstår som vilkårlig og lite rimelig sett i lys av det grunnleggende prinsippet om lik praktisering og håndheving av EØS-regelverket. Problemstillingen illustrerer konsekvensene av at EFTA-statenes ansvar generelt skal være strengere enn ESA og EU-ansvaret for øvrig.

4 Konklusjon

Det synes etter dette å være i tråd med konsekvensbetraktninger og målsetningen om virkningshomogenitet i EØS å konkludere med at EFTA-statenes erstatningsansvar må praktiseres strengere enn i ESA og EU-pilaren i de typetilfeller hvor direktiver som har direkte virkning i EU-statene, ikke er blitt implementert korrekt med den følge at et rettssubjekt er påført skade. EFTA-domstolens nyere avgjørelser synes også å trekke i denne retning.

Et skjerpet ansvar i disse tilfeller er tilsynelatende påkrevet for å avhjelpe fraværet av prinsippet om direkte virkning av EØS-retten i EFTA-statene. Slik jeg ser det er dette en nødvendig korrigerende mekanisme og en forutsetning for å oppnå EØS-avtalens overordnede målsetting om effektiv og enhetlig gjennomføring av avtalen i hele EØS. Samtidig synes EFTA-statenes dualistiske prinsipp å være ivaretatt i tilstrekkelig stor grad ved en slik begrenset praktisering av det skjerpede ansvaret.

Utover brudd som følge av feilaktig eller for sent implementerte direktiver, synes EFTA-statenes erstatningsansvar å sammenfalle fullt ut med ESAs ansvar og ansvaret i EØS for øvrig. Det er ikke påvist konkrete holdepunkter som tilsier noe annet, og det skjerpede ansvaret må dermed tilsynelatende avgrenses til de nevnte typetilfeller.

¹¹² EU-domstolen la tilsvarende argumentasjon til grunn da den slo fast at EU-kommisjonens erstatningsansvar må være sammenfallende med EU-statenes, jfr. fotnote 12.

Kilder

Litteratur

Aalto, Pekka: *Public Liability in EU law* (Oxford/Portland Oregon 2011).

Baudenbacher, Carl: "If not EEA State Liability, Then What? Reflections Ten Years after the EFTA Court's *Sveinbjörnsdóttir* Ruling", *Chicago Journal of International Law* 2009, s. 333-358.

Baudenbacher, Carl: "Some thoughts on the EFTA Court's phases of life", i EFTA Court (red.), *Judicial Protection in the European Economic Area* (Stuttgart 2012) s. 2-28.

Bekkedal, Tarjei: *Frihet, likhet og fellesskap* (Bergen 2008).

Bull, Henrik: *Kommentarer til EØS-loven, inkludert EØS-avtalen og ODA i Norsk Lovkommentar* (www.rettsdata.no - begynnelsen av desember 2013).

Fenger, Niels: "Limits to a dynamic homogeneity between EC law and EEA Law", i *Festskrift til Claus Gulman*, Niels Fenger, Karsten Hagel-Sørensen, Bo Vesterdorf (red.) (København 2006) s. 131-154.

Franklin, Christian: "On innholdet i og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning", *Jussens venner*, 2012 s. 313.

Fredriksen, Halvard Haukeland: *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen* (Bergen 2013).

Fredriksen, Halvard Haukeland: "Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen? – noen betraktninger om størrelsen "gjeldende EØS-rett", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2010 s. 247-287.

Fredriksen, Halvard Haukeland: "One market, Two Courts: Legal Pluralism vs. Homogeneity in the European Economic Area, *Nordic Journal of International Law*, 2010 s. 481-500 (bind

nr. 79).

Hannesson, Ólafur I. og Skúli Magnússon: "State Liability in EEA Law: Towards Parallelism or Homogeneity?", *European Law Review*, 2013 s. 167-186.

Jervell, Stephan L.: *Lovgivning i EØS* (Oslo 2012).

Méndez-Pinedo, M. Elvira: *EC and EEA Law – A Comparative Study of the Effectiveness of European Law* (Groningen 2009).

Sejersted, Fredrik m.fl.: *EØS-rett*, 3. utgave (Oslo 2011).

Sevón, Leif: "The ECJ, the EFTA Court and the national courts of the EFTA countries", i *Rettsteori og rettsliv – festskrift til Carsten Smith, P. Lødrup m.fl. (red.)* (Oslo 2002) s. 721-732.

Steiner, Josephine og Lorna Woods: *EU Law*, 11. utgave (Oxford 2012).

Tridimas, Takis: *The General Principles of EU Law*, 2. utgave (Oxford 2006).

Rettspraksis

EFTA-domstolen

Sak E-9/97, *Erla María Sveinbjörnsdóttir mot Island*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 95

Sak E-4/01, *Karlsson mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 240

Sak E-1/07, *Straffesak mot A*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 246

Sak E-8/07, *Nguyen mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 224

Forente saker E-9/07 og E-10/07, *L'Oréal mot Per Aarskog m.fl.*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259

Sak E-2/10, *Kolbeinsson mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2009-2010 s. 234

Sak 15/10, *Posten Norge mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 246

Sak E-14/11, *Schenker mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 1178

Sak E-18/11, *Irish Bank Resolution mot Kaupþing*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 592

Sak E-19/11, *Vín Trió mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 974

Sak E-2/12, *HOB-vín mot Áfengis- og tóbaksverslun ríkisins*, EFTA Ct. Rep 2012 s. 1092

Sak E-7/12, *Schenker mot ESA* (enná ikke i EFTA Ct. Rep.)

EU-domstolen

Sak C-41/74, *Van Duyn mot Home Office*, Sml. 1974 s. 01337

Sak C-280/10, *Dominguez mot Centre Oest Atlantique*, dom 24. januar 2012 (enná ikke i Sml.)

Forente saker C-46/93 og C-48/93, *Brasserie du pêcheur mot Tyskland* og *The Queen mot Secretary of State for Transport*, Sml. 1996 s. I-01029

Sak C-424/97, *Haim mot Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein (II)*, Sml. 2000 s. I-5213

Forente saker C-6/90 og C-9/90, *Francovich mot Italia*, Sml. 1991 s. I-5357

Sak C-173/03, *Traghetti mot Italia*, Sml. 2006 s. I-5177

Sak C-224/01, *Köbler mot Østerrike*, Sml. 2003 s. I-10239

Sak C-445/06, *Danske Slagterier mot Tyskland*, Sml. 2009 s. I-2119

Sak C-352/98, *Bergaderm mot Kommissjonen*, Sml. 2000 s. I-5291

Sak C-129/94, *Bernaldez mot Spania*, Sml. 1996 s. I-01829

Sak C-302/97, *Konle mot Østerrike*, Sml. 1999 s. I-3099

Norges Høyesterett

Rt. 2000 s. 1811, *Finanger I*

Rt. 2005 s. 1635, *Finanger II*

Rt. 2010 s. 1500, *Edquist*

Rt. 2012 s. 1793, *Personskadeforbundet*

Oslo tingrett

Beslutning og kjennelse av 29. 10. 2012 - saksnummer 10-104268TVI-OTIR/08 (ikke publisert. Tilsendes ved henvendelse til Oslo tingrett).

Vedtak truffet av ESA

Sak nr. 34250, *Posten Norge*, vedtaksnummer 322/10/COL ("*Post i butikk-saken*").

Offentlige publikasjoner

NOU 2012:2 Utenfor og innenfor: Norges avtaler med EU.

EU-domstolens uttalelse 1/91, *EØS (I)*, Sml. 1991 s. I-6079.

