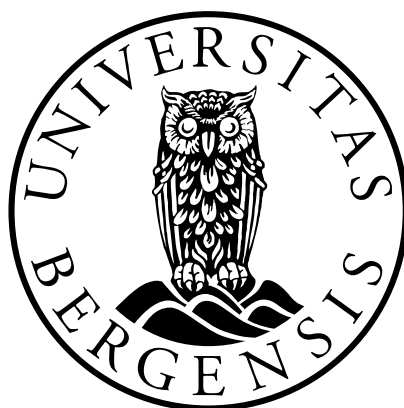


Tvilsrisiko i forvaltningsretten

*Særlig om EØS-rettens krav til reglene om
tvilsrisikoen*

Kandidatnummer: 104

Antall ord: 37 281



JUS396 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

2. juni 2021

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	5
1.1	Tema og aktualitet.....	5
1.2	Problemstillinger og avgrensninger	6
1.3	Metode og opplegg.....	7
2	Særtrekk ved rettsområdene	10
2.1	Bevisretten.....	10
2.1.1	Bevisrett og bevisvurdering	10
2.1.2	Om tvilsrisikoen	11
2.1.3	Forholdet til andre bevisregler	12
2.1.4	Terminologi.....	15
2.2	EU/EØS-retten	16
2.2.1	Forholdet mellom EU-retten, EØS-retten og norsk rett	16
2.2.2	Medlemsstatenes prosessuelle og forvaltningsrettslige autonomi	17
2.2.3	Generelle EU/EØS-rettslige prinsipper	19
2.2.4	EU- og EFTA-domstolens praksis	21
2.3	Forvaltningsretten.....	22
2.3.1	Forvaltningsrettens mangfold.....	22
2.3.2	Domstolskontrollen med forvaltningen.....	23
2.3.3	Utredningsplikt og bevisføringsplikt.....	24
3	Tvilsrisikoen i norsk forvaltningsrett	26
3.1	Innledning.....	26
3.2	Tradisjonelle hovedregler om tvilsrisikoen.....	26
3.3	Søknadssituasjoner	28
3.3.1	Utgangspunkt	28
3.3.2	Unntak	29
3.3.3	Sammenfatning.....	32
3.4	Inngrepssituasjoner.....	32
3.4.1	Utgangspunkt	32
3.4.2	Unntak	34
3.4.3	Sammenfatning.....	36
3.5	Særskilt om administrative sanksjoner.....	36

3.5.1	Utgangspunkt	36
3.5.2	Unntak	38
3.5.3	Sammenfatning.....	41
3.6	Myndighetsmisbrukslæren	42
3.6.1	Overordnet.....	42
3.6.2	Utenforliggende hensyn	42
3.6.3	Usaklig forskjellsbehandling.....	44
3.6.4	Vilkårlig eller sterkt urimelig	45
3.6.5	Sammenfatning.....	45
3.7	Sammenfatning og vurdering	46
4	Tvilsrisikoen i EU/EØS-retten	48
4.1	Innledning.....	48
4.2	Tradisjonelle hovedregler om tvilsrisikoen?	48
4.3	Søknadssituasjoner	50
4.3.1	Utgangspunkt	50
4.3.2	EU/EØS-lovgivningen	50
4.3.3	Generelle EU/EØS-rettslige prinsipper	52
4.3.4	Sammenfatning.....	58
4.4	Inngrepssituasjoner.....	59
4.4.1	Utgangspunkt	59
4.4.2	EU/EØS-lovgivningen	60
4.4.3	Generelle EU/EØS-rettslige prinsipper	61
4.4.4	Sammenfatning.....	62
4.5	Særskilt om administrative sanksjoner.....	63
4.5.1	Utgangspunkt	63
4.5.2	EU/EØS-lovgivningen	66
4.5.3	Generelle EU/EØS-rettslige prinsipper	66
4.5.4	Sammenfatning.....	67
4.6	Krav til restriksjoner på EU/EØS-rettigheter	68
4.6.1	Overordnet.....	68
4.6.2	Restriksjonsspørsmålet.....	68
4.6.3	Krav om legitime hensyn	69
4.6.4	Proporsjonalitetsprinsippet.....	70

4.6.5	Sammenfatning.....	73
4.7	Sammenfatning og vurdering	73
5	Tvilsrisikoen i tre eksempler	76
5.1	Innledning.....	76
5.2	Vedtak om oppholdskort for EØS-borgeres ektefeller.....	77
5.2.1	Overordnet.....	77
5.2.2	EU/EØS-retten	78
5.2.3	Norsk rett.....	80
5.2.4	Sammenfatning.....	82
5.3	Vedtak på føre-var-prinsippets område.....	83
5.3.1	Overordnet.....	83
5.3.2	EU/EØS-retten	85
5.3.3	Norsk rett.....	92
5.3.4	Sammenfatning.....	97
5.4	Overtredelsesgebyr i konkurranseretten.....	98
5.4.1	Overordnet.....	98
5.4.2	EU/EØS-rett	100
5.4.3	Norsk rett.....	104
5.4.4	Sammenfatning.....	106
5.5	Sammenfatning og vurdering	107
6	Sammenfatning og refleksjoner	109
	Kildeliste	112
	Regelverk	112
	Norske lover og forarbeider	112
	Traktater og konvensjoner.....	125
	Sekundærretten.....	126
	Avgjørelser	130
	Avgjørelser fra norske domstoler.....	130
	Avgjørelser fra EFTA-domstolen.....	133
	Rettsmøterapport fra EFTA-domstolen.....	136
	Avgjørelser fra EU-domstolen	137
	Generaladvokatens forslag til avgjørelse	151
	Avgjørelser fra EMD.....	152

Meddelelser fra EU/EØS-institusjoner.....	154
Litteratur.....	155
Juridiske fremstillinger.....	155
Netthenvvisninger	165

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Temaet for avhandlingen er reglene om tvilsrisiko i forvaltningsretten. Det skal foretas en analyse av reglene i norsk forvaltningsrett og EØS-rettens krav til reglene.

Forvaltningen treffer daglig vedtak om enkeltpersoners rettigheter og plikter.¹ Visse rettslige og faktiske forhold må foreligge før det kan treffes slike enkeltvedtak. De faktiske forholdene avklares ved innhenting og vurdering av bevis. Dersom det er usikkerhet knyttet til forholdene, må det avgjøres hvem av partene det skal gå ut over. Dette reguleres av reglene om tvilsrisikoen.

I 1992 ble Norge knyttet til EU-samarbeidet gjennom EØS-avtalen, og siden har EØS-retten blitt stadig mer omfattende. Dette gjelder også forvaltningsretten, hvor nærmest alle deler er berørt av EØS-retten.² Utgangspunktet etter EØS-retten er at reglene om tvilsrisikoen fastsettes etter nasjonal rett i tråd med prinsippet om prosessuell autonomi. Utviklingen i EØS-retten har imidlertid gått i retning av stadig tilstramming av kravene til nasjonale myndigheters anvendelse og håndheving av EØS-retten. Dette gjelder også reglene om tvilsrisikoen.

Reglene om tvilsrisikoen kan avgjøre utfallet av enkeltsaker. Likevel er reglene i liten grad berørt i norske fremstillinger om alminnelig forvaltningsrett.³ Juridisk teori om bevisretten tar dessuten ofte utgangspunkt i andre rettsområder.⁴ EØS-rettens krav til reglene om tvilsrisikoen er i desto mindre grad berørt i teorien. I tillegg er reglene stort sett ulovfestede, og må utledes av rettspraksis, noe som gjør rettskildematerialet fragmentert og lite oversiktlig. Det er derfor behov for systematisering på dette området.

Etter flere tiår med stadig flere overnasjonale krav til nasjonal prosess- og forvaltningsrett, er ikke et rent internrettslig perspektiv tilstrekkelig for å systematisere gjeldende rett. Hendelser i nyere tid har avdekket at EØS-retten er viet for lite oppmerksomhet i norsk rett,⁵ og det er viktig å unngå at det samme skjer med EØS-rettens krav til reglene om tvilsrisikoen.

¹ Se NOU 2020:11 s. 64.

² Se NOU 2012:2 s. 136.

³ Tilsvarende Graver (2019) s. 461 og Stub (2006) s. 629.

⁴ Ofte tas utgangspunkt i erstatnings- eller strafferetten, se Strandberg (2012), Løvlie (2014) og Jerkø (2017). Se imidlertid Robberstad (2021), hvor forvaltningsrettslige saksområder også behandles.

⁵ Dette er omtalt som at EØS-retten er havnet i «blindsonen», se NOU 2020:9.

1.2 Problemstillinger og avgrensninger

Avhandlingens formål er todelt, og har dels en rettsdogmatisk side og dels en teoretisk og metodisk side. For det første søkes å avdekke gjeldende rett om tvilsrisikoen i norsk forvaltningsrett og EØS-retten. Det skal dessuten undersøkes hvordan reglene kommer til uttrykk i rettskildebildet, herunder i hvilken grad de vies oppmerksomhet i rettskildene, om de begrunnes i underliggende hensyn og hvilke begreper og termer som finnes om tvilsrisikoen. Ut fra formålet kan det formuleres tre hovedproblemstillinger: (i) hvilke regler gjelder om tvilsrisikoen i norsk forvaltningsrett, (ii) hvilke krav stiller EØS-retten til reglene, og (iii) hvordan kommer reglene til uttrykk i rettskildebildet.

Forvaltningsretten og EØS-retten omfatter en rekke ulike rettsområder og sakstyper, hvor forskjellige hensyn aktualiseres. Dette taler for at tvilsrisikoen må fastsettes konkret for hvert typetilfelle.⁶ Den tradisjonelle tilnærmingen til tvilsrisikoen er imidlertid at det oppstilles generelle hovedregler på tvers av de materielle rettsområdene.⁷ Et gjennomgående spørsmål er derfor om det lar seg gjøre å oppstille slike generelle hovedregler, og om det er hensiktsmessig å forholde seg til reglene om tvilsrisikoen på dette abstraksjonsnivået.

Den videre analysen bygger på flere avgrensninger. For det første er andre bevisregler enn reglene om tvilsrisikoen vel så viktige for avklaring av vedtakets faktiske side, slik som forvaltningens utredningsplikt, beviskrav og legalpresumsjoner. Ideelt sett skulle derfor avhandlingen tatt for seg flere bevisregler. Innenfor avhandlingens rammer ville imidlertid dette hindret muligheten for dyptgående analyse av reglenes bakgrunn og innhold. Temaet er derfor avgrenset til *reglene om tvilsrisikoen*. Både forståelsen og fastsettelsen av tvilsrisikoen er likevel avhengig av de øvrige bevisreglene, som derfor i noen grad vil trekkes inn i analysen.

I en forvaltningssak kan spørsmål om tvilsrisiko oppstå i to omganger: først når forvaltningen avgjør om et vedtak skal treffes, og deretter når domstolen prøver om vedtaket er gyldig. Selv om reglene ofte er de samme i de to situasjonene, er det også visse ulikheter, og det er derfor grunn til å skille mellom dem.⁸ Jeg har valgt å avgrense til reglene om tvilsrisikoen knyttet til *domstolskontrollen* med forvaltningens enkeltvedtak.

⁶ Slik Robberstad (2021), hvor reglene analyseres ut ifra ulike saksområder, se s. 39 om begrunnelsen.

⁷ Se Robberstad (2021) s. 41–61 om teoritradisjonen.

⁸ Se Strandberg (2013) s. 18, Graver (2019) s. 463 og Prop. 62 L (2015–2016) s. 122.

Videre består forvaltningsretten av ulike typer regler. Det er materielle regler om hvilke vedtak som kan treffes og hvilket innhold de kan ha, personelle regler om hvem som kan treffe avgjørelsene, og prosessuelle regler om hvordan de kan treffes. I tillegg finnes regler om når feil leder til ugyldighet. Under domstolskontrollen oppstår spørsmål om tvilsrisikoen ved anvendelse av alle reglene. Av hensyn til avhandlingens rammer, er den avgrenset til reglene om tvilsrisikoen ved anvendelse av de *materielle reglene*.

Forvaltningssaker kan dessuten hvile på ganske ulike partskonstellasjoner. I tradisjonelle forvaltningssaker har forvaltningen truffet et vedtak rettet mot en eller flere private parter i form av tildeling av et gode, et inngrep eller ileggelse av en sanksjon. I slike tilfeller står tvisten mellom forvaltningsorganet og de(n) private parten(e). En annen sakstype er der forvaltningsorganet har en domstollignende funksjon ved at det kan avgjøre tvister mellom to private parter.⁹ Hvem som er sakens parter har betydning for plasseringen av tvilsrisikoen, og i sistnevnte sakstyper vil reglene om tvilsrisikoen ligne det som gjelder i privatretten. Det avgrenses derfor til *tradisjonelle forvaltningssaker mellom forvaltningen og en privat part*.

1.3 Metode og opplegg

Avhandlingen er delt inn i tre hoveddeler. Reglene om tvilsrisikoen i norsk forvaltningsrett behandles i **kapittel 3**, mens EØS-rettens krav til reglene behandles i **kapittel 4**. Prinsipielt kan ikke norsk rett avgrenses mot EØS-retten, all den tid EØS-retten er en del av norsk rett. Begrunnelsen for opplegget er at det muliggjør en komparativ analyse av tradisjonelle norske rettskilder og EØS-retten, og gjør det enklere å fremheve forskjeller og likheter. Det er dessuten lang tradisjon for å se EØS-retten som et supplerende og korrigerende regelsett.

Kapittel 3 og 4 bygger på den tradisjonelle tilnærmingen til tvilsrisikoen, ved at det forsøkes å utlede generelle trekk ved reglene. Den generelle drøftelsen utdypes og utfordres så gjennom en analyse av reglene om tvilsrisikoen for tre konkrete typetilfeller i **kapittel 5**. Formålet er dels å vurdere om det er hensiktsmessig å forholde seg til tvilsrisikoen på et abstrakt nivå, eller om hvert tilfelle bør vurderes konkret. Dels er siktemålet å avklare om norske regler om tvilsrisikoen er i tråd med EØS-rettens krav, og å analysere i hvilken grad EØS-retten vies oppmerksomhet i norske rettskilder.

⁹ Se NOU 2019:5 s. 96 og Bernt/Rasmussen (2010) s. 31. En rekke EØS-direktiver og forordninger regulerer tvilsrisikoen i denne typen saker, f.eks. Forbrukerrettighetsdirektivet 2011 (direktiv 2011/83/EU) artikkel 6 nr. 9.

Hovedformålet med avhandlingen er å redegjøre for gjeldende rett, og problemstillingene besvares gjennom en studie av skriftlige rettskilder. Etersom reglene om tvilsrisikoen ofte er ulovfestede, ligger hovedvekten på rettspraksis. En utfordring er at norske domstoler og EU- og EFTA-domstolen sjeldent tar uttrykkelig stilling til tvilsrisikoen, og i den grad det gjøres formuleres regelen ofte på en abstrakt og/eller flertydig måte. Den skriftlige avgjørelsen gjengir dessuten sjeldent selve bevisvurderingen, og kan ha begrenset informasjonsverdi om tvilsrisikoens betydning for resultatet.¹⁰ Slike utfordringer fremheves der det er relevant.

I avhandlingen vises gjennomgående til ulike typer forvaltningsvedtak ut ifra tre kategorier. *Søknadssituasjoner* er der en privat part søker om et gode eller tillatelse fra det offentlige. Det kan være tildeling av egentlige goder, som økonomisk bistand, eller dispensasjoner fra lovbestemte forbud.¹¹ *Inngrepssituasjoner* er der forvaltningen treffer et vedtak som griper inn i borgerens rettsstilling ved å pålegge plikter eller begrense rettigheter. Også bortfall, reduksjon og omgjøring av tildelte rettigheter anses som inngrepssituasjoner.¹² Den tredje kategorien, *administrative sanksjoner*, er en type inngrepssituasjoner og defineres på samme måte som i forvaltningsloven (fvl.) § 43 andre ledd: en «negativ reaksjon» som ilegges for en «overtredelse av lov, forskrift eller individuell avgjørelse», og som «regnes som straff etter den europeiske menneskerettskonvensjon» (EMK). Dette skilles ut som en egen kategori fordi karakteriseringen som straff etter EMK utløser uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2, som er ansett å ha betydning for plasseringen av tvilsrisikoen. Det må likevel understrekes at dette er en underkategori av inngrepssituasjoner. Et mer velkjent uttrykk er forvaltningssanksjoner, men det favner videre enn hva som menes med administrative sanksjoner, ettersom også reaksjoner som ikke utgjør straff etter EMK omfattes.¹³

Et hovedgrep for strukturen er at kapittel 3 og 4 er inndelt etter denne tredelingen av forvaltningsvedtak. Begrunnelsen er at det i norsk rett er tradisjon for å hevde at skillet mellom søknads- og inngrepssituasjoner har betydning for plasseringen av tvilsrisikoen.¹⁴ Administrative sanksjoner behandles for seg, med sikte på å undersøke om uskyldspresumsjonen gir grunn til å skille gruppen fra alminnelige inngrepssituasjoner. Som en

¹⁰ Tilsvarende Kolflaath (2004) s. 280.

¹¹ Se Bernt/Rasmussen (2010) s. 26–27 om forskjellen mellom disse situasjonene.

¹² Det er ikke gitt at «inngrep» i min fremstilling er sammenfallende med begrepets grensedraining i Grl. § 113, se f.eks. Hopsnes/Solberg (2005) s. 113–119.

¹³ Se Berg (2005) s. 17, hvor «forvaltningssanksjon» omfatter f.eks. inndragning av skjenkebevilling basert på skikkethetsvurderinger, noe som ikke anses som straff etter EMK, se *Tre Traktörer mot Sverige* (dom 7. juli 1989, sak 10873/84), avsnitt 46, og Strandberg (2013) s. 23.

¹⁴ F.eks. Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) s. 92, NOU 2004:20 s. 229, og Graver (2019) s. 464–465.

type inngrep er det upresist å behandle kategorien på samme nivå som inngrepssituasjoner. For å bøte på dette er delkapitlene kalt «særskilt om administrative sanksjoner».

Hva slags forvaltningsvedtak det er tale om beror på den nasjonale lovgiverens valg av regulering. For eksempel kan den tyske lovgiveren ha valgt å innføre et generelt forbud med krav om søknad for å gjøre unntak, mens den franske lovgiveren har valgt å gi forvaltningen kompetanse til å gjøre inngrep i konkrete situasjoner. Det er derfor langt fra sikkert at skillet mellom ulike forvaltningsvedtak har betydning ved EØS-rettens krav til reglene om tvilsrisikoen i kapittel 4. Kapitlet er likevel delt inn etter kategoriene ut ifra systematikken i norsk rett. Formålet er å undersøke om det er holdbart å tillegge skillet betydning der EØS-retten gjør seg gjeldende. Opplegget muliggjør dessuten en komparativ analyse der sammenligningsgrunnlaget er det samme i kapittel 3 og 4.

I kapittel 6 oppsummeres konklusjonene for avhandlingens tre hovedproblemstillinger, før det reflekteres over avhandlingens funn.

Avhandlingen inneholder ikke et eget metodekapittel som tar for seg alle metodiske spørsmål som oppstår i avhandlingen. Disse behandles heller som en del av den løpende fremstillingen. Dette vil vise når og hvordan metodiske utfordringer gjør seg gjeldende, og understreker den praktiske relevansen av drøftelsene. Før avhandlingens problemstillinger analyseres nærmere, redegjøres likevel for visse overordnede særtrekk ved de tre rettsområdene avhandlingens tema berører i **kapittel 2**.

2 Særtrekk ved rettsområdene

2.1 Bevisretten

2.1.1 Bevisrett og bevisvurdering

Bevisretten er, som ordet antyder, rettsreglene om bevis. Reglene er av ulik karakter, og det er viktig å skille mellom dem. Formålet med dette punkt 2.1 er å etablere et språk for å forstå, forklare og systematisere reglene som analyseres i avhandlingen. Dette fordrer kunnskap om sammenhengen reglene inngår i. Først redegjøres derfor for bevisrettens anvendelsesområde og sentrale prinsipper.

Bevisregler anvendes på faktiske forhold som er relevante for en rettsavgjørelse, og angår hverken spørsmål om lovtolkning eller subsumsjon. De skal anvendes på faktum, ikke juss.¹⁵ De faktiske forholdene fastsettes gjennom innhenting og vurdering av bevis. Med *bevis* menes forhold som peker utover seg selv og som kan gi opplysninger om andre faktiske forhold. Dette består av *bevisdata*, som er informasjon som gir grunnlag for slutninger om fakta, og *alminnelige erfaringssetninger*, som gir informasjon om hvordan forhold henger sammen.¹⁶ Rettsanvenderen får kunnskap om bevis på ulike måter. Innen forvaltningsretten spiller forvaltningens utredningsplikt en viktig rolle, og ved domstolskontrollen er partenes bevisførsel sentral.¹⁷ Etter bevisførselen foretas en bevisvurdering, som går ut på å avstemme bevisene mot hverandre. Et grunnleggende utgangspunkt i bevisretten er *prinsippet om fri bevisvurdering*.¹⁸ Dette betyr at rettsanvenderen står fritt til å trekke slutninger fra bevisdata ved hjelp av alminnelige erfaringssetninger, og ved avveining av bevisene.¹⁹ Sakens bevistema setter rammen for bevisførselen og bevisvurderingen. Med *bevistema* menes det som skal bevises.²⁰

Rettsregler er utformet for å regulere bestemte forhold i verden, og det er derfor viktig at reglene ikke gis anvendelse på andre faktiske forhold enn de er ment å omfatte. Formålet med

¹⁵ Se tvisteloven (tvl.) § 21-1, Fenger (2004) s. 817 og Robberstad (2021) s. 33.

¹⁶ Se Løvlie (2019a) s. 151.

¹⁷ Se tvl. § 11-2 andre ledd første punktum.

¹⁸ Prinsippet gjelder i norsk rett, se tvl. § 21-2, og i EU/EØS-retten, se f.eks. C-407/04 *Dalmine*, avsnitt 63.

¹⁹ Se Løvlie (2019a) s. 148–153.

²⁰ Tilsvarende Løvlie (2019a) s. 151. Uttrykket bevistema brukes av noen kun om sakens rettsfakta, se Strandbakken (2003) s. 47, Strandberg (2013) s. 17 og Robberstad (2021) s. 26, men kan rent språklig omfatte andre faktiske forhold som er gjenstand for bevisførsel, såkalte bevisfakta.

faktafastsettelsen, og dermed for bevisretten, er derfor at forholdene som legges til grunn for avgjørelsen avspeiler virkeligheten.²¹ Absolutt sannhet kan imidlertid sjeldent oppnås gjennom rettslig faktafastsettelse, og kan heller ikke søkes for enhver pris. Verken tid eller ressurser er evigvarende, og det må kunne treffes avgjørelser innen rimelig tid og uten unødig ressursbruk. Jussen må derfor tillate usikkerhet om fakta.²² Ut ifra dette kan det skilles mellom bevisregler som fremmer sannhet og bevisregler som regulerer usikkerhet.

Av bevisreglene som antas å fremme sannhet har forvaltningens utredningsplikt betydning for avhandlingen. Denne behandles i punkt 2.3.3 som et særtrekk ved forvaltningsretten. Ellers er det reglene som regulerer usikkerhet som er viktige for avhandlingen. Behovet for disse skyldes at rettsanvenderen må treffe en avgjørelse i saken på tross av usikkerhet om faktiske forhold. Reglene om beviskrav, tvilsrisiko og legalpresumsjoner er da sentrale.

2.1.2 Om tvilsrisikoen

Med *reglene om tvilsrisiko* menes hvem av partene som bærer risikoen for usikkerhet om faktiske forhold som det knyttes rettsvirkninger til. Det er først når beviskravet ikke er oppfylt at det foreligger rettslig relevant usikkerhet, og at reglene om tvilsrisiko får betydning. Altså angir tvilsrisikoen hvem av partene saken avgjøres mot dersom beviskravet ikke oppfylles.²³ Det er først når bevisførselen og bevisvurderingen er avsluttet at rettsanvenderen tar stilling til om beviskravet er oppfylt, og dermed om saken skal avgjøres mot den som bærer tvilsrisikoen.²⁴

Tvilsrisikoen handler ikke om at en av partene må foreta seg noe, og må ikke forveksles med en plikt til å føre bevis. Det er likegyldig hvem av partene som fører bevisene, og beviskravet kan likeså godt oppfylles gjennom bevisførsel fra motparten eller ligge uventet i et bevis.²⁵

Tvilsrisikoen retter seg mot det faktum som må foreligge for at en rettsregel skal komme til anvendelse, også omtalt som *rettsfaktum*.²⁶ Der rettsregelen inneholder flere vilkår, må flere rettsfakta foreligge for å utløse rettsfølgen. Tvilsrisikoen kan være ulikt plassert for hvert vilkår,

²¹ Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 203, og Strandberg (2012) s. 170.

²² Tilsvarende Løvlie (2019a) s. 163 og Kalintiri (2019) s. 13 og 73.

²³ Se Strandberg (2012) s. 295–300, Løvlie (2019a) s. 164 og Robberstad (2021) s. 23 for en slik definisjon.

²⁴ Slik Robberstad (2021) s. 34.

²⁵ Se Strandberg (2012) s. 296 og Robberstad (2021) s. 21.

²⁶ Se Løvlie (2019a) s. 151 og Robberstad (2021) s. 26.

og spørsmålet om tvilsrisikoen oppstår like mange ganger som antall rettsfakta. For hvert rettsfaktum ligger imidlertid tvilsrisikoen fast hos én av partene gjennom hele saken.²⁷

Det må skilles mellom plasseringen av tvilsrisikoen og vurderingen av hvordan tvilsrisikoen løftes. Førstnevnte er rettsanvendelse, mens sistnevnte er bevisvurdering. Bevisvurdering er noe annet enn bevisreglene, og *reglene* om tvilsrisikoen retter seg kun mot plasseringen av tvilsrisikoen. Derfor er det også kun plasseringen av tvilsrisikoen som er gjenstand for analyse i avhandlingen, og ikke vurderingen av hvordan denne løftes. Det korte svaret på hvordan tvilsrisikoen løftes er at det føres tilstrekkelig bevis til at beviskravet er oppfylt.²⁸

2.1.3 Forholdet til andre bevisregler

Tvilsrisikoen som problem har preget rettslig bevisteori i europeiske land til enhver tid.²⁹ I norsk bevisteori har det vært omfattende diskusjon om tvilsrisikoen som begrep, og om det overhodet finnes rettsregler om tvilsrisikoen.³⁰ Det samme gjelder innen EØS-retten, der medlemsstatenes forskjellige rettstradisjoner vanskeliggjør dette ytterligere. Mye skyldes at tvilsrisikoen sammenblandes med andre bevisregler. Her redegjøres derfor for forholdet mellom reglene om tvilsrisikoen og øvrige bevisregler.

Det må skilles mellom tvilsrisiko og *bevisføringsbyrde*.³¹ Der tvilsrisikoen handler om hvem av partene det skal gå ut over at beviskravet ikke er oppfylt, er bevisføringsbyrden en betegnelse på bevissituasjonen på ulike stadier i bevisvurderingen. Bevisføringsbyrden handler om hvem av partene det på et gitt tidspunkt i saken vil gå ut over dersom det ikke føres flere bevis.³² Bevisføringsbyrden vil derfor, til forskjell fra tvilsrisikoen, veksle frem og tilbake mellom partene underveis i saken. Heller ikke bevisføringsbyrden pålegger imidlertid noen plikt til å føre bevis, og må derfor skilles fra egentlige bevisføringsplikter.³³

Videre må det skilles mellom tvilsrisiko og *beviskrav*. Med beviskrav menes regler om hvor sikker en påstand om faktiske forhold må være for at den skal kunne legges til grunn for avgjørelsen.³⁴ Beviskravet knyttes ofte til grader av sannsynlighet, slik som krav om tilnærmet

²⁷ Slik Robberstad (2021) s. 27.

²⁸ Tilsvarende Kalintiri (2019) s. 34 og Robberstad (2021) s. 19.

²⁹ Strandberg (2012) s. 299.

³⁰ Se bl.a. Eckhoff (1943) s. 64, Jerkø (2017) s. 117, Strandberg (2012) s. 48 og Robberstad (2011) s. 66 og s. 86.

³¹ Se Graver (2019) s. 460 og Strandberg (2012) s. 296, med noe ulik terminologi.

³² Tilsvarende Strandberg (2012) s. 296 og Robberstad (2011) s. 66.

³³ Se Robberstad (2021) s. 27. Nærmere om slike i punkt 2.3.3.

³⁴ Se Robberstad (2011) s. 65 og Løvlie (2019a) s. 163.

visshet, kvalifisert sannsynlighetsovervekt eller alminnelig sannsynlighetsovervekt. I norsk rett anses «overvektsprinsippet» som hovedregelen i sivile saker, noe som også gjelder for forvaltningsretten.³⁵ Dette innebærer at det faktum som er mest sannsynlig skal legges til grunn for avgjørelsen. Overvektsprinsippet kan imidlertid ikke anvendes uten videre, og unntak kan følge av den materielle rettsregelen eller hensyn på det materielle rettsområdet.³⁶ For forvaltningsretten og EØS-retten kan det stilles spørsmål ved om overvektsprinsippet er noen hovedregel i det hele tatt.³⁷

Forholdet mellom tvilsrisikoen og beviskravet har vært gjenstand for omfattende diskusjon i juridisk teori.³⁸ Termen tvilsrisiko stammer fra Eckhoffs bok ved samme navn fra 1943, men Eckhoff benyttet uttrykket som en samlebetegnelse på beviskravet og det som her omtales som tvilsrisikoen.³⁹ I ettertid har dette ført til uttalelser om at beviskravet og tvilsrisikoen er to sider av samme sak, og at det ikke finnes egne regler om tvilsrisikoen.⁴⁰

Slike uttalelser gir bare mening i svensk-norsk bevisteori, der det er vanlig at beviskravet gis en retning ved å koble dette sammen med bevistemaet. Istedenfor å uttale at beviskravet er klar sannsynlighetsovervekt, uttales for eksempel at det kreves klar sannsynlighetsovervekt *for at det foreligger en lovovertrjedelse*.⁴¹ Dermed er det også gitt at den som anfører at det foreligger en lovovertrjedelse har risikoen for at beviskravet ikke er oppfylt. På denne måten tas det stilling til både tvilsrisikoen og beviskravet i én vending. I andre rettstradisjoner, slik som tysk bevisteori, angis imidlertid beviskravet uten noen retning. Partenes faktumpåstand vurderes så opp mot beviskravet, og dersom ingen av dem oppfyller dette avgjør reglene om tvilsrisikoen utfallet av saken.⁴² Dermed skilles også mellom tvilsrisikoen og beviskravet.

Den svensk-norske tilnærmingen følges riktignok ikke konsekvent i norsk rett, der det ofte tas stilling til tvilsrisikoen og beviskravet hver for seg.⁴³ Forskjellen er også rent systematisk, og beror på hvordan man definerer beviskravet og tvilsrisikoen. Man kommer uansett ikke utenom

³⁵ Se bl.a. Prop. 62 L (2015–2016) s. 122, Rt. 1999 s. 14, s. 22, og HR-2019-2344-A, avsnitt 33.

³⁶ Løvlie (2019a) s. 163.

³⁷ Se Strandberg (2012) s. 90 om at det for forvaltningsretten kan være andre beviskrav som gjelder oftere enn overvektsprinsippet. Se også Fredriksen/Mathisen (2018) s. 132 og Robberstad (2021) s. 24, hvor det hevdes at EU-domstolen anvender et strengere beviskrav.

³⁸ Se Jerkø (2017) s. 89–228 og Strandberg (2012) s. 298–308.

³⁹ Eckhoff (1943).

⁴⁰ F.eks. Hov (2017) s. 249–250, hvor andre teoretikere kritiseres for å bygge på «(vrang)forestillinger om at det må skilles mellom bevisbyrde og beviskrav».

⁴¹ Slik Rt. 2007 s. 1217, avsnitt 67.

⁴² Se Strandberg (2012) s. 301–307.

⁴³ F.eks. Rt. 2006 s. 1657, avsnitt 36, og HR-2019-2336-A, avsnitt 31 og 32.

at det er tale om to ulike tankemessige operasjoner: 1) hvilken grad av sannsynlighet kreves, og 2) hvem av partenes faktumpåstand må oppfylle sannsynlighetsgraden.⁴⁴ Nesten alle norske forfattere skiller dessuten i dag mellom beviskrav og tvilsrisiko.⁴⁵

Et annet synspunkt som har vært hevdet i norsk teori, er at det ikke er behov for regler om tvilsrisikoen når beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Reglene om tvilsrisikoen får først avgjørende betydning når beviskravet ikke er oppfylt, og ved alminnelig sannsynlighetsovervekt vil det bare være tilfellet dersom partenes faktumpåstander er akkurat like sannsynlige. Dette omtales som tilfeller av «absolutt tvil». I teorien har enkelte ment at man har behov for regler om tvilsrisikoen ved «absolutt tvil», mens andre har hevdet at slike tilfeller ikke forekommer i praksis.⁴⁶ Hvor ofte dette forekommer er et empirisk spørsmål, og følges ikke her. Rettspraksis viser uansett at Høyesterett anser det nødvendig å ta stilling til plasseringen av tvilsrisikoen også der beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁴⁷

Til slutt nevnes forholdet mellom tvilsrisikoen og *legalpresumsjoner*. Legalpresumsjoner er rettsregler som angir at et rettsfaktum skal antas å foreligge ved bevis for et annet faktisk forhold.⁴⁸ For at det skal være tale om en presumsjon, må det være adgang til å føre motbevis. Regler som angir at rettsvirkningen utløses av et annet faktum enn det rettsregelen egentlig oppgir, såkalte «uavbeviselige lovsformodninger», er derfor ikke legalpresumsjoner slik uttrykket anvendes her.⁴⁹ Legalpresumsjoner kan være lovbestemte eller ulovfestede,⁵⁰ og kan være ulikt begrunnet. Enkelte er kunnskapsteoretisk begrunnet, ved at et påstått faktum normalt sammenfaller med et annet faktum. Andre er verdibaserte, for eksempel ved å være begrunnet i at en av partene bør sikre bevis om et bestemt forhold.⁵¹

Legalpresumsjoner omhandler bevisvurderingen ved å angi at rettsanvenderen skal legge til grunn et bestemt bevisresultat i mangel av motbevis. Reglene kan derfor anses som hjelpemidler for å oppfylle beviskravet og dermed løfte tvilsrisikoen.⁵² Samtidig snur legalpresumsjoner

⁴⁴ Tilsvarende Robberstad (2011) s. 73.

⁴⁵ Se Graver (2019) s. 460, Løvlie (2019a) s. 163–164, og Robberstad (2021) s. 23.

⁴⁶ Se Strandberg (2016) s. 13 og Robberstad (2021) s. 28–29.

⁴⁷ F.eks. Rt. 2015 s. 1246, avsnitt 35, og HR-2019-2336-A, avsnitt 30–31.

⁴⁸ Tilsvarende Løvlie (2019a) s. 164.

⁴⁹ Dette er derimot materielle rettsregler, se NOU 2001:32 A s. 458, og Strandbakken (2003) s. 64.

⁵⁰ I norsk rett er de som regel lovbestemte, selv om det kan finnes ulovfestede. I EU/EØS-retten er det vanligere med ulovfestede presumsjoner, se punkt 5.3 og 5.4.

⁵¹ Se Løvlie (2019a) s. 165. Legalpresumsjoner må skilles fra «faktiske presumsjoner», som er alminnelige erfaringssetninger om sammenhenger mellom fenomener, se Robberstad (2021) s. 63.

⁵² Se Kalintiri (2019) s. 7 og s. 74.

tvilsrisikoen bort fra den parten som ellers ville hatt tvilsrisikoen.⁵³ Reglene omtales derfor ofte som «snudd» eller «omvendt» bevisbyrde.⁵⁴

2.1.4 Terminologi

Det er ikke bare forvirring om tvilsrisikoen som begrep som fører til sammenblanding med andre bevisregler. Også terminologien som anvendes for å uttrykke reglene om tvilsrisikoen er preget av flertydighet og inkonsekvens. Ofte anvendes samme uttrykk om ulike bevisregler, og ulike uttrykk om samme bevisregel. Dette gjelder også i EØS-retten, selv om det på regelnivå skilles mellom tvilsrisiko, bevisføringsbyrde, beviskrav og legalpresumsjoner.⁵⁵

Tvilsrisikoen omtales ofte som *objektiv* eller *ekte bevisbyrde*. Et mer velkjent uttrykk er *bevisbyrde*, men dette er tvetydig ved at det også benyttes om bevisføringsbyrden, som til tider omtales *subjektiv* eller *falsk bevisbyrde*. Jeg har valgt å bruke «tvilsrisiko» fremfor de øvrige uttrykkene ettersom dette angir hva regelen går ut på – nemlig risiko for tvil.⁵⁶ I tillegg unngås tvetydigheten ved «bevisbyrde».

I norske og EØS-rettslige kilder benyttes ofte det flertydige uttrykket *bevisbyrde*, uten at det presiseres om det siktes til tvilsrisikoen eller bevisføringsbyrden.⁵⁷ Til tider benyttes det samme uttrykket om beviskravet. Illustrerende er de tre votaene i Rt. 2006 s. 1657. Førstvoterende uttalte i avsnitt 36 at forvaltningen hadde «tvilsrisikoen» dersom det ikke forelå sannsynlighetsovervekt i noen retning. Annenvoterende sluttet seg til dette i avsnitt 44, men brukte «bevisbyrde» om det samme. Tredjevoterende uttalte seg også om «bevisbyrde» i avsnitt 52, men da som en samlebetegnelse på tvilsrisikoen og beviskravet. Denne flertydigheten gjenfinnes i EØS-retten.⁵⁸ Noen ganger skilles likevel tydelig mellom de tre reglene, slik som i GA Kokotts forslag til avgjørelse i C-8/08 *T-Mobile*:

«Af *beviskravet* fremgår det, på hvilke betingelser en kendsgerning skal anses for bevist. Der skal sondres mellem dette begreb og *bevisbyrden*, der ikke er omtvistet i denne sag. *Bevisbyrden* er for det første afgørende for, hvem der skal fremføre faktiske

⁵³ Tilsvarende Rt. 2015 s. 1246, avsnitt 38, og Robberstad (2021) s. 63. Ikke alle er enig i denne definisjonen, se f.eks. Jerkø (2017) s. 168–181, særlig s. 170.

⁵⁴ Vi har også det som omtales som «delt bevisbyrde» i likestillingslovene, se Robberstad (2021) s. 75–92.

⁵⁵ Bl.a. Oliver (2010) s. 980, og Kalintiri (2019) s. 33 og 72.

⁵⁶ Se Robberstad (2021) s. 21 om at «tvilsrisiko» er en bedre, men mindre brukt, betegnelse enn «bevisbyrde».

⁵⁷ F.eks. likestillings- og diskrimineringsloven § 37 og forordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 2 med overskriften «Bevisbyrde».

⁵⁸ F.eks. C-510/06 *Archer Daniels*, avsnitt 93, og E-3/06 *Ladbroke's*, avsnitt 42.

omstendigheter og i givet fall fremlægge beviserne herfor (subjektiv eller formel bevisbyrde, også kaldet bevisførelsesbyrden). For det andet følger det af fordelingen af bevisbyrden, hvem der bærer risikoen i tilfælde af, at en sags faktiske omstendigheder ikke kan oplyses eller en påstand ikke kan dokumenteres (objektiv eller materiel bevisbyrde)». ⁵⁹

Til tider anvendes ingen av de ovennevnte uttrykkene. Andre vanlige måter å omtale tvilsrisikoen på er å si at en part må «bevise», «sannsynliggjøre» eller «godtgjøre» noe. Dette leder tanken hen til en plikt til å føre bevis, og er derfor egentlig upresist. Det er likevel en mye brukt uttrykksmåte, og anvendes for enkelthets skyld også i avhandlingen. I tråd med svensk-norsk bevisteori kan tvilsrisikoen også være innbakt i angivelsen av beviskravet, for eksempel ved at det sies at det kreves klar sannsynlighetsovervekt *for at det foreligger en lovovertrjedelse*.

Hva gjelder EU/EØS-retten, viser enkelte forfattere til at EU-domstolen bruker ordet «bevisbyrde» også om hvem av partene som må overbevise retten om sin forståelse av rettsreglene, altså en form for argumentasjonsbyrde. ⁶⁰ Dette er noe annet enn hva som menes med tvilsrisiko i denne avhandlingen.

Hvilken bevisregel det siktes til beror i hvert tilfelle på tolkning. I avhandlingen er det kun reglene om tvilsrisikoen som analyseres. Rettskildene som trekkes frem angår derfor disse reglene, selv om andre formuleringer enn «tvilsrisikoen» anvendes.

2.2 EU/EØS-retten

2.2.1 Forholdet mellom EU-retten, EØS-retten og norsk rett

Formålet med EØS-retten er å reprodusere en del av EU-retten for å utvide dens virkeområde til EFTA-statene. ⁶¹ Som det vil fremgå kan det ikke redegjøres for EØS-rettens krav til tvilsrisikoen uten også å undersøke EU-rettens krav. Betegnelsen *EU/EØS-retten* anvendes derfor i det videre.

⁵⁹ GA Kokotts forslag til avgjørelse, fotnote 60 (opprinnelig kursivering).

⁶⁰ Se Fenger (2004) s. 816–817, og Nordback (2007) s. 433–435.

⁶¹ Se Arnesen (2017) s. 131.

Så langt EØS-avtalen rekker, kan man som hovedregel gå ut ifra at EU-rettens krav til reglene om tvilsrisikoen gjelder tilsvarende innen EØS-retten.⁶² Bakgrunnen for dette er målet om et ensartet EØS med like konkurransevilkår og overholdelse av samme regler.⁶³ Dette omtales som homogenitetsmålsettingen, og innebærer at reglene må tolkes og håndheves likt i EFTA- og EU-medlemsstatene. EFTA-domstolen har gått langt i å tolke EØS-retten i tråd med EU-retten ved å anlegge en virkningsorientert tilnærming til homogenitetsmålsettingen.⁶⁴ I visse tilfeller er det likevel ikke fullt sammenfall mellom EU- og EØS-retten. Det påpekes der slike særskilte EØS-rettslige utfordringer oppstår.

EØS-retten er gjort til norsk rett gjennom EØS-loven § 1, og skal ved motstrid gå foran annen norsk lov etter § 2. EU/EØS-retten er likevel ikke relevant for alle forvaltningssaker som går for norske domstoler. For det første må rettsspørsmålet materielt sett falle inn under EØS-retten.⁶⁵ Det kreves at saken har tilknytning til EØS-området, for eksempel ved at en vare har opprinnelsesland i et EØS-land. I tillegg kommer kravet om grenseoverskridende aspekt, slik at varen må krysse en landegrense mellom EØS-land.⁶⁶ EØS-rettslig sekundærrett kan imidlertid ha et bredere anvendelsesområde, slik at reglene får virkning selv om kravet til grenseoverskridende aspekt ikke er oppfylt.⁶⁷

2.2.2 Medlemsstatenes prosessuelle og forvaltningsrettslige autonomi

EU/EØS-retten stiller krav om gjennomføring av materielle regler i nasjonal rett, men mangler langt på vei et eget gjennomførings- og håndhevingsapparat. Den forvaltes derfor i hovedsak av nasjonale forvaltningsorganer og pådømmes av nasjonale domstoler.⁶⁸ Heller ikke inneholder EU/EØS-retten alminnelige prosessregler eller generelle regler om forvaltningens saksbehandling. Utgangspunktet er derfor at rettighetene forvaltes og håndheves etter nasjonal prosess- og forvaltningsrett. Dette omtales som *prinsippet om medlemsstatenes prosessuelle og forvaltningsrettslige autonomi*.⁶⁹

⁶² Se Eriksen/Fredriksen (2019) s. 33.

⁶³ Se EØS-avtalen artikkel 1, og fortalen avsnitt 5 og 16.

⁶⁴ Eksempler på dette er E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir*, og E-1/04 *Fokus Bank*.

⁶⁵ Kjernen i EØS-avtalen er reglene om de fire friheter og konkurranse, se Sejersted (2011) s. 86.

⁶⁶ Tilsvarende Eriksen/Fredriksen (2019) s. 42–43. Innen konkurranseretten, se EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

⁶⁷ Se Eriksen/Fredriksen (2019) s. 44–45.

⁶⁸ Se Sejersted (2011) s. 46.

⁶⁹ Se C-33/76 *Rewe*, C-120/97 *Upjohn*, avsnitt 32, og C-8/08 *T-mobile*, avsnitt 46, om prosessuell autonomi, og E-1/04 *Fokus Bank*, avsnitt 41, om forvaltningsrettslig autonomi.

Prinsippet fordel er at EU/EØS-retten håndheves etter samme regler som nasjonal rett, og blir en integrert del av de nasjonale rettssystemene.⁷⁰ Det innebærer imidlertid også at den materielle EU/EØS-rettens gjennomslag blir avhengig av nasjonale prosessregler. Med ulike prosessuelle og forvaltningsrettslige tradisjoner kan dette føre til ulik håndhevelse av rettsreglene, og dermed skape en utfordring for målet om ensartet anvendelse av EU/EØS-retten.⁷¹ Dette har hverken EU-lovgiver eller EU-domstolen adressert ordentlig, og i juridisk teori er det beskrevet som «an overlooked dimension of the Court's conventional emphasis on the uniformity of EU law and associated remedies».⁷²

Innen EU-retten har det pågått et visst arbeid for harmonisering av andre prosessuelle regler enn bevisretten.⁷³ EFTA-statenes oppfatning er imidlertid at harmonisering av nasjonal prosessrett som hovedregel faller utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde.⁷⁴ Dette kan gi inntrykk av at EØS-retten ikke stiller noen krav til prosessuelle regler, herunder reglene om tvilsrisikoen.

Ut ifra prinsippet om prosessuell autonomi er utgangspunktet riktignok at tvilsrisikoen reguleres av nasjonal rett. Det betyr likevel ikke at EU/EØS-retten ikke stiller noen krav til reglene. Som forutsatt av EU-domstolen i C-33/76 *Rewe*, avsnitt 5, gjelder prinsippet om prosessuell autonomi bare «i mangel af fællesskabsbestemmelser». Det samme fremkommer i en rekke avgjørelser som direkte gjelder bevisregler, som regel gjennom standardfrasen:

«Da der [...] ikke findes fællesskabsretlige bestemmelser på området, tilkommer det hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at udpege de kompetente domstole og fastsætte de processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som fællesskabsrettens direkte virkning medfører for borgerne, men disse regler må dog ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret (ækvivalensprincippet), og de må heller ikke i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden (effektivitetsprincippet)».⁷⁵

⁷⁰ Se Fenger (2004) s. 51.

⁷¹ Tilsvarende Eriksen/Fredriksen (2019) s. 95, og Fredriksen (2011) s. 60.

⁷² Shuibne/Maci (2013) s. 969.

⁷³ Se NOU 2001:32 A s. 152–154.

⁷⁴ Illustrerende er EFTA-statenes EEA EFTA Comment (2013), særlig avsnitt 6. Se også NOU 2001:32 A s. 154.

⁷⁵ Se C-526/04 *Laboratoires Boiron*, avsnitt 51, som gjaldt tvilsrisiko ved statsstøtteregele. Se også C-449/13 *CA Consumer Finance*, avsnitt 23, C-199/82 *San Giorgio*, avsnitt 12, og C-8/08 *T-Mobile*, avsnitt 46.

Dette har fått gjenklang i norsk rettspraksis. Illustrerende er LB-2018-161470, der følgende ble uttalt om EØS-rettens betydning for bevisreglene i en konkurransesak:

«Med mindre spørsmål om bevis (beviskrav, tvilsrisiko eller presumsjoner) er en integrert del av en EØS-rettslig norm, følger det av det EØS-rettslige prinsippet om prosessuell autonomi at rammene for bevisbedømmelsen bestemmes av tradisjonell norsk rett, med de begrensningene som følger av prinsippene om ekvivalens og effektivitet.»⁷⁶

EU/EØS-retten stiller altså flere krav til nasjonale bevisregler. For det første kan bevisregler utgjøre en integrert del av en EU/EØS-rettslig norm.⁷⁷ Videre kan mer detaljerte krav følge av sekundærretten. Og selv om EU/EØS-lovgivningen ikke stiller krav til bevisreglene, kan dette følge av EU/EØS-rettslige prinsipper. Den prosessuelle autonomi er derfor bare en restkompetanse som gjelder i mangel av EU/EØS-rettslige krav.

Prinsippet om prosessuell autonomi har altså ikke hindret EU-institusjonene fra å stille krav til nasjonale bevisregler. Heller ikke har EFTA-statenes motstand mot sekundærrett som harmoniserer nasjonal prosessrett hindret at det er tatt inn en rekke rettsakter i EØS-avtalen som stiller krav til bevisreglene. Det kan derfor stilles spørsmål ved om det er riktig å tale om medlemsstatenes prosessuelle autonomi som et prinsipp, eller i det hele tatt som et utgangspunkt på bevisrettens område.⁷⁸ Dette skal belyses nærmere i avhandlingen.

2.2.3 Generelle EU/EØS-rettslige prinsipper

Krav til reglene om tvilsrisikoen kan altså følge av generelle EU/EØS-rettslige prinsipper. Anvendelsen av slike prinsipper er nokså uvant for norske jurister, men er et særtrekk ved EU/EØS-retten.⁷⁹ Her redegjøres for prinsippene som er av betydning for reglene om tvilsrisikoen.

⁷⁶ Ankene over lagmannsrettens dom ble forkastet i HR-2021-1086-A.

⁷⁷ F.eks. C-8/08 *T-Mobile*, se avsnitt 46–53. Se også Fredriksen (2008) s. 294.

⁷⁸ I denne retning Kakouris (1997), særlig s. 1411–1412. Se også Fenger (2004) s. 332.

⁷⁹ Se Sejersted (2011) s. 66, fotnote 60.

Først nevnes lojalitetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet.⁸⁰ *Lojalitetsprinsippet* pålegger nasjonale myndigheter å sikre etterlevelse av EU/EØS-retten.⁸¹ Dersom nasjonale regler om tvilsrisikoen åpner for flere løsninger, har forvaltningen og domstolene derfor plikt til å velge en løsning som sikrer etterlevelse av EU/EØS-retten. *Ikke-diskrimineringsprinsippet* oppstiller forbud mot nasjonalitetsbasert forskjellsbehandling. Dette innebærer at tvilsrisikoen som hovedregel ikke kan praktiseres ulikt for EU/EØS-utlendinger enn for norske borgere.

En annen viktig side ved de nevnte prinsippene er at de har gitt opphav til ekvivalens- og effektivitetsprinsippet,⁸² som stiller mer konkrete krav til reglene om tvilsrisikoen. *Ekvivalensprinsippet* krever at EU/EØS-retten håndheves etter samme bevisregler som tilsvarende nasjonale regler. *Effektivitetsprinsippet* går lenger enn ekvivalensprinsippet, og innebærer at nasjonale bevisregler må sørge for effektiv gjennomføring av EU/EØS-retten.

Videre må *prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse* nevnes. Av prinsippet utledes retten til effektive rettsmidler og rettferdig rettergang, som nå er kodifisert i EU-charteret om grunnleggende rettigheter artikkel 47. EU-charteret er ikke innlemmet i EØS-avtalen, men EFTA-domstolen har fastslått at grunnleggende rettigheter, herunder rettighetene i artikkel 47, er en del av EØS-retten.⁸³ Prinsippet innebærer at nasjonale prosessregler ikke kan legge hindringer i veien for domstolskontrollen med forvaltningen. I nær sammenheng med dette står *prinsippet om retten til forsvar*, som innebærer at private parter må sikres mulighet til å gjøre sine synspunkter gjeldende i forvaltningssaker som berører deres interesser.⁸⁴

Helt grunnleggende i EU/EØS-retten er reglene om de fire friheter, herunder fri flyt av varer, personer, tjenester og kapital.⁸⁵ Dersom nasjonal lovgivning eller forvaltningsvedtak hindrer utøvelsen av disse rettighetene, foreligger en restriksjon på EU/EØS-rettighetene. For å være i tråd med EU/EØS-retten må restriksjonen være begrunnet i legitime hensyn og overholde *proporsjonalitetsprinsippet*.⁸⁶ Prinsippet innebærer at restriksjonen må være egnet, nødvendig

⁸⁰ Lojalitetsprinsippet er nedfelt i TEU artikkel 4 nr. 3 og EØS-avtalen artikkel 3, med noe ulik utforming. Ikke-diskrimineringsprinsippet følger av bl.a. TFEU artikkel 18 og EØS-avtalen artikkel 4.

⁸¹ Forvaltningen og domstolene har ikke har plikt til å gå utenfor egen kompetanse, se C-453/00 *Kühne & Heitz*, avsnitt 20, og Eriksen/Fredriksen (2019) s. 52.

⁸² Prinsippene er utviklet i EU-domstolens praksis, se bl.a. C-68/88 *Kommisjonen mot Hellas*, avsnitt 42, og C-199/82 *San Giorgio*, avsnitt 14. De gjelder også i EØS-rettslig sammenheng, se E-4/01 *Karlsson*, avsnitt 33, E-2/10 *Kolbeinson*, avsnitt 47, og E-11/12 *Koch*, avsnitt 122–123.

⁸³ Se E-15/10 *Posten Norge*, avsnitt 86, E-4/11 *Clauder*, avsnitt 47–49, og E-28/15 *Jabbi*, avsnitt 81.

⁸⁴ Se C-298/16 *Ispas*, avsnitt 26, og EU-charteret artikkel 48 nr. 2.

⁸⁵ Se Sejersted (2011) s. 284.

⁸⁶ Prinsippet har forankring i langvarig praksis fra EU- og EFTA-domstolen, se Eriksen/Fredriksen (2019) s. 75.

og forholdsmessig ut fra formålet. EU- og EFTA-domstolen har flere ganger uttalt seg om tvilsrisikoen ved anvendelse av prinsippet, og det er derfor særlig relevant for avhandlingen.

Også prinsippet om *gjensidig anerkjennelse* må nevnes. Dette er utviklet i EU-domstolens praksis med utgangspunkt i de fire friheter.⁸⁷ Prinsippet pålegger nasjonale myndigheter å anerkjenne produkter som er lovlig fremstilt i andre EU/EØS-land, samt offentlige dokumenter fra andre medlemsstater. Prinsippet kan derfor få betydning for bevisreglene.

2.2.4 EU- og EFTA-domstolens praksis

Praksis fra EU- og EFTA-domstolen er en av avhandlingens viktigste rettskilder. Domstolene behandler ulike saker: traktatbruddssøksmål, ugyldighetssøksmål og prejudisielle avgjørelser. Det er hovedsakelig *prejudisielle avgjørelser* som er av betydning for avhandlingen. Etter anmodning fra nasjonale domstoler kan domstolene treffe prejudisielle avgjørelser om tolkningen av EU/EØS-retten i en sak som verserer for nasjonale domstoler.⁸⁸ Domstolene kan da uttale seg om EU/EØS-rettens krav til nasjonale regler om tvilsrisikoen, enten fordi den nasjonale domstolen har stilt spørsmål ved dette eller av eget tiltak.

Traktatbruddssøksmål kan reises av Kommisjonen eller EFTAs Overvåkningsorgan (ESA) mot medlemsstater for brudd på EU/EØS-retten.⁸⁹ Dette kan være brudd på EU/EØS-rettens krav til tvilsrisikoen, men det er svært sjeldent tilfelle. Eventuelle uttalelser om tvilsrisikoen gjelder oftest fordelingen mellom medlemsstaten og Kommisjonen/ESA. Ved administrative sanksjoner og restriksjoner på de fire friheter fastsettes imidlertid tvilsrisikoen etter samme regler som i prejudisielle saker, noe som tydeliggjøres av at det vises til traktatbruddsaker i prejudisielle avgjørelser og omvendt.⁹⁰ Det vises derfor til traktatbruddsaker i avhandlingen.

Ugyldighetssøksmål er i utgangspunktet ikke relevant for avhandlingen. Dette er søksmål som reises av medlemsstater mot rettsakter vedtatt av EU- eller EFTA-institusjonene.⁹¹ Uttalelser om tvilsrisikoen dreier seg her om intern EU/EØS-rett, og ikke om krav til nasjonale regler. I noen tilfeller er imidlertid reglene om tvilsrisikoen de samme for Kommisjonen/ESA og

⁸⁷ Se bl.a. C-120/78 *Cassis de Dijon*, avsnitt 14. Senere er prinsippet stadfestet i sekundærretten, se bl.a. Tjenestedirektivet (direktiv 2006/123/EF) artikkel 5 nr. 3.

⁸⁸ Sejersted (2011) s. 138 og 164.

⁸⁹ Sejersted (2011) s. 136 og 160.

⁹⁰ Slik C-45/08 *Spector*, avsnitt 42, forente saker C-171 og 172/07 *Apothekerkammer*, avsnitt 19, og C-456/10 *ANETT*, avsnitt 32.

⁹¹ Sejersted (2011) s. 137 og 162.

nasjonale myndigheter når de treffer vedtak overfor private rettssubjekter.⁹² Ugyldighetsaker vil da være relevant for avhandlingen.

«EU-domstolen» er en fellesbetegnelse for Domstolen, Retten og spesialdomstolene.⁹³ *Domstolen* har kompetanse i alle saker som ikke uttrykkelig er unntatt den. Et slikt unntak er at *Retten* som førsteinstans er gitt kompetanse på nærmere angitte områder, herunder ved ugyldighetssøksmål.⁹⁴ Videre har *spesialdomstolene* kompetanse på avgrensede områder, men disse er ikke av interesse for avhandlingen.

Medlemsstatene forelegger sjelden bevissspørsmål for EU- og EFTA-domstolen, og like sjeldent tar domstolene av eget tiltak stilling til tvilsrisikoen.⁹⁵ Dette avhjelpest noe av Generaladvokatens forslag til avgjørelse. Dette er rådgivende innstillinger før dommerne treffer avgjørelse.⁹⁶ Ved henvisning brukes forkortelsen «GA». Praksis fra EU-domstolen og Generaladvokatens forslag til avgjørelse siteres på dansk så lenge dansk versjon foreligger. I den grad det er nyanseforskjeller mellom prosessspråk,⁹⁷ brukes andre språkversjoner. Praksis fra EFTA-domstolen siteres på norsk så lenge norsk versjon finnes, og ellers på engelsk.

2.3 Forvaltningsretten

2.3.1 Forvaltningsrettens mangfold

Forvaltningsretten omfatter en rekke rettsområder, hvor forskjellige hensyn og interesser gjør seg gjeldende. Videre kan forvaltningen vedta ulike typer forvaltningsvedtak med vidt forskjellige konsekvenser for den vedtaket rettes mot. Det er klart at ulike interesser settes i spill ved tildeling av sykepenger, tvangsvedtak innen psykisk helsevern, eller gebyr for brudd på konkurransereglene. Forvaltningsretten er altså en sammensatt og mangfoldig rettsdisiplin.

Bevisreglene skal bidra til å gjennomføre den materielle retten, og reglene vil derfor variere med de hensyn og interesser som gjør seg gjeldende på rettsområdet. Dette er tydelig ved at reglene om tvilsrisikoen er svært ulike i strafferetten og sivilretten. I strafferetten er den klare

⁹² Jf. forordning 1/2003 artikkel 2, se nærmere i punkt 5.4 nedenfor.

⁹³ TEU artikkel 19.

⁹⁴ TFEU artikkel 256.

⁹⁵ Om bakgrunnen for dette, se Fenger (2004) s. 311 og Lasok (1994) s. 420.

⁹⁶ Sejersted (2011) s. 135.

⁹⁷ Etter Domstolens Prosesreglement artikkel 36 er det 23 prosessspråk i EU.

hovedregelen at tvilsrisikoen påhviler påtalemyndigheten, mens reglene i sivilretten må hvile på andre hovedregler – om det i det hele tatt finnes slike.⁹⁸ Forvaltningsrettens mangfoldighet virker i alt å være et hinder for å operere med generelle hovedregler om tvilsrisikoen. Om det er riktig undersøkes i avhandlingens hoveddel.

2.3.2 Domstolskontrollen med forvaltningen

Domstolskontrollen med forvaltningen er en viktig rettssikkerhetsgaranti.⁹⁹ Det finnes likevel visse begrensninger i domstolenes prøvingskompetanse og –intensitet. For bevisreglene er dette mindre relevant, all den tid domstolene fullt ut kan overprøve forvaltningens lovtolkning og faktumvurdering.¹⁰⁰ Plasseringen av tvilsrisikoen er nemlig en del av forvaltningens lovtolkning,¹⁰¹ mens vurderingen av om tvilsrisikoen er løftet er en del av faktumvurderingen. Noe annet er at domstolene til tider utviser tilbakeholdenhet innenfor prøvingskompetansen ved kontroll med faktumvurderingen.¹⁰²

Ved domstolskontrollen med forvaltningens faktumvurdering trekkes veksler på mer alminnelige sivilprosessuelle regler. Bevisreglene er en del av sivilprosessen, og disse gjelder også i forvaltningsretten. Generelle regler om tvilsrisikoen hentes derfor fra sivilprosessen og avstemmes mot forvaltningsretten. Maktfordelingen mellom den dømmende og utøvende makt fører likevel til begrensninger i domstolskontrollen med vedtakets faktiske side. Domstolene skal bare kontrollere om vedtaket er gyldig, og skal derfor prøve vedtaket ut ifra forholdene på vedtakstidspunktet.¹⁰³ Som hovedregel kan heller ikke domstolene avsi dom for realitet.¹⁰⁴ De nevnte utgangspunktene gjelder ikke dersom noe annet fremgår av kompetansegrunnlaget, noe som er tilfellet for administrative sanksjoner, jf. fvl. § 50.¹⁰⁵ Her kan domstolene prøve alle sider av vedtaket, se hen til fakta frem til domstidspunktet og treffe realitetsavgjørelse.

⁹⁸ Se nærmere punkt 3.2.

⁹⁹ Prinsippet fremgår av Grl. § 89.

¹⁰⁰ Se NUT 1958:3 s. 370, og Rt. 2007 s. 1573, avsnitt 49. Hensiktsmessighetsskjønnet kan som hovedregel ikke overprøves, mens det kreves konkret tolkning for subsumsjonsskjønnet, se Rt. 2015 s. 1388, avsnitt 225.

¹⁰¹ Se Rt. 1999 s. 14 og Robberstad (2021) s. 35 om at plasseringen av tvilsrisikoen er tolkning av rettsregler.

¹⁰² Se Rt. 2007 s. 1573, avsnitt 49. Typiske områder er hypoteser om fremtidige hendelser, hvor domstolene kun prøver om forvaltningens prognoser er «forsvarlige», se Rt. 1982 s. 241.

¹⁰³ Det er imidlertid adgang til å legge vekt på nye bevisfakta som kan kaste lys over faktiske forhold på vedtakstidspunktet, se Rt. 2012 s. 1985, avsnitt 81.

¹⁰⁴ Se Rt. 2012 s. 1985, avsnitt 65, og NOU 2001:32 A s. 195.

¹⁰⁵ Nærmere Prop. 62 L (2015–2016) s. 204–205.

Innen EU/EØS-retten innebærer medlemsstatenes prosessuelle autonomi at domstolenes prøvingskompetanse fastsettes etter nasjonal rett, med mindre krav følger av EU/EØS-lovgivningen eller generelle prinsipper.¹⁰⁶ I juridisk teori er det tatt til orde for at det ikke kreves mer inngående domstolsprøving enn den norske.¹⁰⁷ Noe annet er at EU- og EFTA-domstolens prøvingskompetanse er begrenset i prejudisielle saker. Domstolene skal kun ta stilling til tolkningen av EU-traktatene og EØS-avtalen,¹⁰⁸ og ikke til sakens faktiske forhold. De kan derfor ikke kontrollere bevisvurderingen knyttet til om tvilsrisikoen er løftet. Selve fastsettelsen av tvilsrisikoen beror imidlertid på tolkning av rettsregler, og kan prøves.¹⁰⁹

2.3.3 Utredningsplikt og bevisføringsplikt

Forvaltningens utredningsplikt er en bevisregel som antas å fremme sannhet, og som bidrar til fremskaffelsen av faktagrunnlaget i saken. Etter fvl. § 17 har forvaltningen selvstendig ansvar for at saken er «så godt opplyst som mulig», enten ved selv å fremskaffe opplysninger eller ved å påse at andre opplyser saken. Utredningsplikten gjenfinnes i EU/EØS-retten, men der gjelder også en øvre grense for utredningens omfang.¹¹⁰

Utredningspliktens formål er å bidra til et mer robust faktagrunnlag, og bygger på en tanke om at flere bevis øker sannsynligheten for et riktig resultat.¹¹¹ Reglene om tvilsrisikoen er derimot ikke et sannhetsfremmende middel, men en regel som fordeler risikoen for usikkerhet mellom partene. Formålet bak reglene er derfor ulikt. Videre er utredningsplikten et prosessuelt krav, mens reglene om tvilsrisikoen er en del av det materielle kompetansegrunnlaget.¹¹² Virkningen av brudd på reglene blir derfor ulike. Ved brudd på utredningsplikten er ugyldighet betinget av at feilen har virket inn på vedtaket, jf. fvl. § 41, mens brudd på reglene om tvilsrisikoen som regel er feil uten innvirkningskrav.¹¹³ Utredningsplikten og tvilsrisikoen har likevel en nær sammenheng. Ved å pålegge forvaltningen å fremskaffe bevis stiller utredningsplikten krav til forvaltningens bevisatferd. Som vi skal se i avhandlingens hoveddel kan bevisatferd få betydning for plasseringen av tvilsrisikoen gjennom bevissikringshensyn.

¹⁰⁶ Se f.eks. C-120/97 *Upjohn*, avsnitt 32.

¹⁰⁷ Moen (2019) s. 218–219.

¹⁰⁸ Se TFEU artikkel 267 og ODA-avtalen artikkel 34.

¹⁰⁹ Slik C-262/09 *Meilicke*, avsnitt 45–47.

¹¹⁰ Se Fenger (2004) s. 253–273 og Eriksen/Fredriksen (2019) s. 104–109.

¹¹¹ Tilsvarende NUT 1958:3 s. 159, Strandberg (2012) s. 529 og Løvlie (2014) s. 75.

¹¹² Se Strandberg (2013) s. 16 og Graver (2019) s. 461.

¹¹³ Se HR-2016-2017-A, avsnitt 73, og Graver (2019) s. 554–555.

Både norsk forvaltningsrett og EU/EØS-retten inneholder også bestemmelser som pålegger den private parten bevisføringsplikter. Til forskjell fra tvilsrisikoen og bevisføringsbyrden er dette nettopp en plikt til å føre bevis.¹¹⁴ På samme måte som utredningsplikten skal disse bidra til et mer robust faktagrunnlag. Bevisføringspliktene er ofte begrunnet i at den private parten har særlig mulighet til å sikre bevis om bevistemaet. Slike regler nevnes i avhandlingen der det har betydning for reglene om tvilsrisikoen.

¹¹⁴ Tilsvarende Robberstad (2021) s. 22.

3 Tvilsrisikoen i norsk forvaltningsrett

3.1 Innledning

Reglene om tvilsrisikoen kan få avgjørende betydning i enkeltsaker. Uriktig tolkning eller anvendelse av reglene om tvilsrisikoen kan i søknadssituasjoner lede til at noen får mer eller mindre enn de rettslig sett har krav på. I inngrepssituasjoner kan det føre til at forvaltningen unnlater å gripe inn i tilfeller hvor det er grunn til å gjøre det, eller griper inn uten å ha tilstrekkelig hjemmel.¹¹⁵ Ved administrative sanksjoner kan det medføre skade på interesser reguleringslovgivningen skal beskytte, eller at det feilaktig ilegges en reaksjon som regnes som straff etter EMK. Det er derfor viktig å vite hvilke regler som gjelder om tvilsrisikoen i norsk forvaltningsrett.

Et formål med kapitlet er å undersøke om det lar seg gjøre å oppstille generelle hovedregler om tvilsrisikoen i forvaltningsretten på tvers av ulike rettsområder og sakstyper. Det redegjøres derfor for hovedreglene som tradisjonelt er hevdet å gjelde om tvilsrisikoen i norsk sivilprosess (punkt 3.2), før det undersøkes om disse kan opprettholdes i forvaltningsretten. Først vurderes tvilsrisikoen ved *lovbestemte vilkår for forvaltningens kompetanse*, hvor analysen er delt inn etter de ulike kategoriene forvaltningsvedtak (punkt 3.3 til 3.5).¹¹⁶ Spørsmål om tvilsrisikoen oppstår også ved *materielle skranker for forvaltningens kompetanse*, herunder den ulovfestede myndighetsmisbrukslæren. Slike skranker gjør seg gjeldende på tvers av de ulike typene forvaltningsvedtak, og behandles derfor for seg (punkt 3.6).

3.2 Tradisjonelle hovedregler om tvilsrisikoen

Den tradisjonelle tilnærmingen til tvilsrisikoen er at det oppstilles generelle hovedregler om dens plassering. For strafferetten er dette passende, der hovedregelen er at tvilsrisikoen påhviler påtalemyndighetene.¹¹⁷ Også i sivilretten har rettslig bevisteori befattet seg med hovedregler om tvilsrisikoen, eller i det minste forsøkt å oppstille slike hovedregler. Her skal de mest sentrale hovedreglene nevnes.

¹¹⁵ Tilsvarende Stub (2006) s. 630.

¹¹⁶ Se punkt 1.3 om begrunnelsen for opplegget.

¹¹⁷ Se Robberstad (2021) s. 44.

En hovedregel som har vært hevdet å kunne løse de fleste saker er regelen om at «saksøker har bevisbyrden». Regelen stammer fra romerretten, der den ble supplert med en regel om at saksøkte har tvilsrisikoen for innvendinger mot saksøkers krav.¹¹⁸ Reglene var mest fremtredende i eldre rettspraksis, men omtales til tider som gjeldende rett også i nyere rettskilder.¹¹⁹ Hva som er begrunnelsen for regelen er ikke godt å si, all den tid det kan være tilfeldig hvilken part som starter saken. I andre tilfeller kan regelen få utilsiktede eller urimelige resultater, som i forvaltningsretten der den private part nærmest alltid er saksøker.

I norsk rettspraksis og juridisk teori er det også vist til en hovedregel om at tvilsrisikoen påhviler den parten som anfører et rettsstiftende eller rettsendrende faktum.¹²⁰ Dette er det faktum som må foreligge for å utløse en rettsfølge som endrer den bestående situasjonen. Regelen begrunnes gjerne i status quo-betraktninger.¹²¹ En annen begrunnelse er at virkningene av materielt feil domfellelse er verre enn materielt feil frifinnelse.¹²² Ofte, men ikke alltid, vil det rettsstiftende eller rettsendrende faktum samsvare med det faktum vilkåret i en rettsregel etterspør.¹²³ I slike tilfeller er denne regelen overlappende med den neste teorien.

Nyere juridisk teori har beveget seg vekk fra hovedreglene, og heller fokusert på en metodisk tilnærming om at plasseringen av tvilsrisikoen fastsettes ut fra den materielle regelens oppbygning. Dette går ut på at rettsregelen angir hvilke fakta som må bevises for å utløse rettsfølgen, og det er den parten som anfører at disse foreligger som har tvilsrisikoen.¹²⁴ Robberstad omtaler det som en «teori om tvilsrisikoen» kalt «setningsbygninglæren», og argumenterer for at man kan stole på denne der den materielle regelen er lovregulert.¹²⁵ En innvending mot setningsbygninglæren er at den egentlig kun er en beskrivelse av juridisk metode, der én rettskilde løftes frem som løsningen på rettsspørsmålet – nemlig lovteksten. Det er heller ikke gitt at lovgiver har tenkt på tvilsrisikoen ved utformingen av rettsreglene, og den kan derfor gi utilsiktede resultater. På ulovfestet område fungerer teorien dårlig, ettersom det kan være usikkert hvordan regelen skal formuleres.¹²⁶

¹¹⁸ Se Robberstad (2021) s. 41–42.

¹¹⁹ F.eks. i Prop. 81 L (2016–2017) s. 293, og TSUMO-2017-145582.

¹²⁰ Se Rt. 2015 s. 1246, avsnitt 35, Skoghøy (2017) s. 916, Løvlie (2019a) s. 164 og Strandberg (2016) s. 13.

¹²¹ Slik Skoghøy (2017) s. 916. Robberstad mener regelen samsvarer med regelen om at «saksøker har bevisbyrden», se Robberstad (2021) s. 46–47. Det er imidlertid ikke riktig, noe som illustreres i punkt 3.4.

¹²² Se Strandberg (2012) s. 508–509.

¹²³ At det ikke alltid er samsvar illustreres i punkt 3.3.2 og 5.2.3.

¹²⁴ Slik Robberstad (2021) s. 54–58. Lignende teori fremsettes i Jerkø (2017) s. 116–118.

¹²⁵ Se Robberstad (2021) s. 95–142.

¹²⁶ Om kritikken, se Robberstad (2021) s. 55–56.

Felles for de nevnte reglene og setningsbygningenslæren er at de sjeldent fremstilles som absolutte regler, men heller som utgangspunkt som gjelder med mindre det er «holdepunkter for noe annet».¹²⁷ Ofte vises til at unntak kan følge av loven selv, enten direkte eller gjennom en tolkning i lys av andre rettskilder og hensyn som gjør seg gjeldende på det materielle rettsområdet.¹²⁸ Videre er det vanlig å trekke frem at unntak kan følge av bevisrettslige hensyn. Særlig fremtredende er *bevissikringshensynet*, som tilsier at tvil skal gå ut over den som burde ha sikret bevis i saken.¹²⁹ Også hensynet til å redusere adgangen til å spekulere i uvisshet, *spekulasjonshensynet*, står sentralt.¹³⁰ Videre vises gjerne til *konsekvenshensyn*, herunder at tvilsrisikoen bør påhvile den som har minst skade av en uriktig dom.¹³¹ I det videre omtales til tider hensynene under samlebetegnelsen «generelle bevisrettslige hensyn».

For den videre analysen i kapittel 3 er problemstillingen om det lar seg gjøre å oppstille generelle hovedregler om tvilsrisikoen i dagens forvaltningsrett. Det kan være én eller flere av de nevnte reglene, eller andre regler som hittil ikke er nevnt. Det vil undersøkes om hovedregler omtales i rettskildene, og om disse i så fall forankres og begrunnes.

3.3 Søknadssituasjoner

3.3.1 Utgangspunkt

I flere rettskilder omtales en hovedregel om at tvilsrisikoen påhviler den private part i søknadssituasjoner. Eksempelvis følger det av utlendingslovens forarbeider at «[u]tgangspunktet i forvaltningsretten er at den som søker en rettighet må sannsynliggjøre at vilkårene for å bli tilkjent den aktuelle retten er oppfylt».¹³² Tilsvarende er lagt til grunn i forarbeidene til naturmangfoldloven.¹³³ Og i HR-2019-2336-A, om rett til sykepenger etter folketrygdloven, uttalte Høyesterett at tvilsrisikoen måtte påhvile søkeren «[s]om ellers i forvaltningssaker».¹³⁴

¹²⁷ F.eks. Skoghøy (2017) s. 916, og Løvlie (2019a) s. 164.

¹²⁸ Slik Robberstad (2021) s. 48 og 57, og Rt. 2015 s. 1246, avsnitt 41.

¹²⁹ Se Rt. 2015 s.1388, avsnitt 130, HR-2019-2336-A, avsnitt 35, Skoghøy (2017) s.917 og Graver (2019) s. 469.

¹³⁰ F.eks. Graver (2019) s. 469 og Robberstad (2021) s. 52–53.

¹³¹ Se Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 88, Skoghøy (2017) s. 923, og Robberstad (2021) s. 52.

¹³² Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 318.

¹³³ Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) s.92. Se også NUT 1958:3 s.210, Graver (2019) s.465 og Robberstad (2021) s. 70.

¹³⁴ Avsnitt 32. Se også Prop. 115 L (2014–2015) s. 10. For utlendingsretten, se Rt. 2015 s. 1388, avsnitt 129.

I den grad regelen forankres, vises det til «alminnelege prinsipp for bevisvurdering» eller «alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper»,¹³⁵ uten at det forklares hva disse går ut på. Heller ikke begrunnes regelen i underliggende hensyn og interesser. Det er derfor interessant å undersøke om regelen stemmer med én eller flere av hovedreglene nevnt i punkt 3.2.

Det er den private parten som bringer vedtaket inn for domstolene gjennom et søksmål mot forvaltningen, og som dermed er saksøker. Hovedregelen stemmer altså overens med regelen om at «saksøker har bevisbyrden». I søknadssituasjoner vil et innvilgende vedtak dessuten endre det bestående, og det er den private part som anfører at vilkårene for dette er oppfylt. Hovedregelen stemmer dermed også med regelen om at tvilsrisikoen påhviler den som anfører et rettsendrende eller rettsstiftende alternativ.

Lovbestemmelsene er ofte utformet slik at det er den private partens faktumpåstand som må bevises i søknadssituasjoner. For eksempel angir folketrygdloven (ftrl.) § 8-4 at sykepenger ytes til «den som er arbeidsufør på grunn av en funksjonsnedsettelse som klart skyldes sykdom eller skade».¹³⁶ Setningsbygningsslæren fører derfor ofte til samme resultat som hovedregelen. Loven er likevel ikke alltid utformet slik, noe som vises i neste punkt.

3.3.2 Unntak

Som nevnt gjelder hovedreglene om tvilsrisikoen bare så lenge det ikke er holdepunkter for noe annet. I dette punktet skal unntakene i søknadssituasjoner analyseres nærmere.

For det første kan tvilsrisikoen være regulert i selve loven. Det kan være uttrykkelige bestemmelser om tvilsrisikoen, enten ved at ordet «tvilsrisiko» eller «bevisbyrde» er brukt, eller ved formuleringer som at en av partene «må godtgjøre» noe.¹³⁷ Det kan også være i form av legalpresumsjoner. Dette kan føre til samme resultat som hovedregelen, slik som passloven § 3 som krever at «søkeren godtgjør sin identitet og sitt norske statsborgerskap».¹³⁸ Andre ganger gjøres unntak fra hovedregelen, slik som presumsjonen for årsakssammenheng i pasientskadeloven § 3 første ledd, hvor tvilsrisikoen påhviler myndighetene.¹³⁹

¹³⁵ Se henholdsvis Rt. 2015 s. 1388, avsnitt 129, og Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) s. 92.

¹³⁶ Andre eksempler er utlendl. §§ 28 og 38 om oppholdstillatelse, yrkestransportlova § 4 om drosjebestilling, og nml. § 48 om dispensasjon fra vernevedtak.

¹³⁷ Tilsvarende Robberstad (2021) s. 62, 67–68 og 92.

¹³⁸ Det samme gjelder ftrl. § 15-4 femte ledd, se Robberstad (2021) s. 69–70.

¹³⁹ Se Robberstad (2021) s. 125.

Selv om loven ikke har uttrykkelige bestemmelser om tvilsrisikoen, kan en tolkning av kompetansegrunnlaget føre til unntak fra hovedregelen. Illustrerende er vedtak om asyl for sur place-flyktninger etter utlendingsloven (utlendl.) § 28 fjerde ledd. Bestemmelsen angir at asylsøknaden kan avslås dersom «det fremstår mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med handlingene har vært å oppnå oppholdstillatelse». I rettspraksis og juridisk teori er det lagt til grunn at tvilsrisikoen påhviler forvaltningen.¹⁴⁰ Resultatet avviker fra hovedregelen i søknadssituasjoner, regelen om at «saksøker har bevisbyrden» og regelen om at tvilsrisikoen påhviler den som anfører det rettsendrende eller rettsstiftende faktum. Setningsbygningsslæren fører imidlertid til samme resultat, ettersom rettsregelen er utformet slik at forvaltningens faktumpåstand må bevises. Her er altså setningsbygningsslæren mer presis enn hovedreglene.¹⁴¹

Kompetansegrunnlaget kan imidlertid også gi et annet resultat enn setningsbygningsslæren. Et eksempel er vedtak om asyl der asylsøkeren anfører å være under 18 år. Vilklårene for asyl fremgår av utlendl. § 28 første ledd, mens det av tredje ledd fremgår at det skal tas hensyn til «om søkeren er barn». I utgangspunktet har asylsøkeren tvilsrisikoen for egen identitet og alder i tråd med hovedregelen i søknadssituasjoner.¹⁴² Lovens formulering tilsier samme resultat.¹⁴³ Etter forarbeidene skal imidlertid tvilsrisikoen for alder påhvile forvaltningen dersom det er foretatt aldersundersøkelser.¹⁴⁴ Dette ble fulgt opp i HR-2019-2344-A.¹⁴⁵ Det finnes altså unntak fra både hovedreglene og setningsbygningsslæren.

Også bevissikringshensyn kan føre til unntak fra hovedregelen om at den private part har tvilsrisikoen i søknadssituasjoner. I forvaltningsretten må hensynet ses i lys av forvaltningens utredningsplikt, som gir forvaltningen særlig oppfordring til å skaffe og sikre bevis. Ved brudd på utredningsplikten har forvaltningen derfor utvist bevisatferd i strid med bevissikringshensyn. Selv om utredningsplikten er en annen bevisregel, kan den altså få direkte betydning for tvilsrisikoen gjennom bevissikringshensyn. Illustrerende er den nevnte HR-2019-2336-A om rett til sykepengar. Etter å ha fremhevet hovedregelen om tvilsrisikoen i søknadssituasjoner, uttalte Høyesterett i avsnitt 35:

¹⁴⁰ Se LB-2015-82716, LB-2015-156827, og Vanebo (2017) s. 531.

¹⁴¹ Et annet eksempel er firl. § 4-10 første ledd bokstav c, se Robberstad (2021) s. 104.

¹⁴² Se Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 49 og HR-2019-2344-A, avsnitt 50.

¹⁴³ Motsatt Robberstad (2021) s. 106. Jeg mener regelens utforming angir «at søkeren er barn» som bevisstema, og derfor tilsier at tvilsrisikoen påhviler den som hevder å være barn – nemlig søkeren.

¹⁴⁴ Se Ot.prp. nr. 17 (2006–2007) s. 12–13 og Innst.O.nr. 44 (2006–2007) s. 3, begrunnet i skepsis om metodene.

¹⁴⁵ Avsnitt 52–54. Motsatt Robberstad (2021) s. 107, som viser til avsnitt 39. Jeg mener at avsnittene der Høyesterett uttaler at tvilsrisikoen påhviler forvaltningen er langt tydeligere, og derfor må legges til grunn.

«Men dersom Nav har forsømt sin utredningsplikt, må det tas hensyn til dette i tråd med prinsippet om at tvilen normalt må gå ut over den som skulle eller burde ha sikret bevis i saken. [...] Jeg nevner [...] at hvis legens undersøkelser eller journalnotater er mangelfulle, hører det normalt til Navs utredningsplikt å be legen om å gi flere opplysninger.»

Høyesterett kom til at Nav hadde oppfylt utredningsplikten, og tvilsrisikoen ble derfor plassert hos den private part i tråd med hovedregelen. Uttalelsen tilsier likevel at det motsatte vil gjelde dersom forvaltningen ikke har oppfylt utredningsplikten. Robberstad synes å mene at dette er usikkert, og at det kan være at uttalelsen bare gjelder bevisvurderingen.¹⁴⁶ Etter min mening kan uttalelsen om at «tvilen normalt må gå ut over» den som har forsømt bevissikring, vanskelig tolkes på noen annen måte. At tvilen går ut over en part betyr jo også at denne har tvilsrisikoen. Dette er heller ikke noe nytt, for på andre rettsområder har bevissikringshensyn flere ganger fått utslagsgivende betydning for tvilsrisikoen på denne måten.¹⁴⁷

Selv om avgjørelsen spesielt gjaldt rett til sykepenger, er uttalelsen generelt formulert og rettet mot utredningsplikten som gjelder i alle forvaltningssaker. Begrunnelsen søkes dessuten i bevissikringshensyn, og som nevnt er dette gitt tilsvarende betydning for tvilsrisikoen på andre områder. Dette tilsier at det kan oppstilles en generell regel om at tvilsrisikoen påhviler forvaltningen ved brudd på utredningsplikten. I mangel av høyesterettspraksis fra andre forvaltningsområder er dette ingen sikker regel, men som avhandlingen vil vise har den støtte i EU-domstolens praksis. Hovedreglene fra punkt 3.2 fanger imidlertid ikke opp regelen.

Videre kan konsekvenshensyn tale for unntak fra hovedregelen om at den private part har tvilsrisikoen i søknadssituasjoner. For eksempel skriver Frihagen:

«Ved vedtak som bare er til gunst for [den private parten] og hvor det ikke er større offentlige interesser som står på spill, vil det ellers gjerne være naturlig å legge en ‘mildere’ bevisbedømmelse til grunn. Der en avgjørelse i favør av parten heller ikke går ut over andre, kan det etter forholdene være forsvarlig med en nokså summarisk vurdering hvor en lar tvil gå i partens favør.»¹⁴⁸

¹⁴⁶ Robberstad (2021) s. 104.

¹⁴⁷ Se bl.a. Rt. 1989 s. 674, Rt. 2003 s. 713, avsnitt 85–86, og Rt. 2009 s. 920, avsnitt 36–38. Se også Rt. 2015 s. 1388, avsnitt 130, fra forvaltningsrettens område.

¹⁴⁸ Frihagen (1992) s. 188–189.

Dette kan ikke være riktig som et generelt utgangspunkt. Selv om avgjørelsen ikke går ut over andre private parter, kan samfunnsmessige hensyn bli skadelidende av et innvilgende vedtak som treffes på uriktig grunnlag. Så langt jeg kan se finnes heller ikke rettspraksis der dette er lagt til grunn uten støtte i kompetansegrunnlaget. Om forvaltningen treffer et begunstigende vedtak etter regelen Frihagen tar til orde for, og vedtaket ikke går ut over andre private parter, er det riktignok ingen grunn til at vedtaket bringes inn for domstolene. Om forvaltningen derimot treffer vedtak om avslag på søknaden, er det vanskelig å tro at domstolene vil komme til at forvaltningen var pliktig å foreta en summarisk vurdering hvor tvil går i partens favør. Frihagen skriver riktignok om forvaltningens vurdering før vedtak treffes, og ikke om den etterfølgende domstolskontrollen. Uttalelsen kan derfor angå hvordan forvaltningen *bør* foreta faktumvurderingen, og ikke reglene om tvilsrisikoen ved domstolskontrollen.

3.3.3 Sammenfatning

I forvaltningsretten oppstilles tradisjonelt en hovedregel om at tvilsrisikoen påhviler private parter i søknadssituasjoner. Det stemmer med regelen om at «saksøker har bevisbyrden», og at tvilsrisikoen påhviler den som anfører det rettsstiftende eller rettsendrende faktum. Så langt synes derfor de eldre hovedreglene å ha fått gjennomslag i forvaltningsretten.

Analysen har vist at hovedregelen legges til grunn i mange søknadssituasjoner, men også at den må tåle enkelte unntak. Unntak kan følge av kompetansegrunnlaget. I noen tilfeller gir lovens formulering uttrykk for dette, for eksempel ved å angi et rettsbevarende alternativ som rettsvilkår. Setningsbygningsslæren gir da flere riktige svar enn de øvrige hovedreglene. Lovens formulering er likevel ikke alene avgjørende, og forarbeider eller rettspraksis kan lede til et annet resultat. Det samme gjelder bevissikringshensyn, som må ses i lys av utredningsplikten.

3.4 Inngrepssituasjoner

3.4.1 Utgangspunkt

For inngrepssituasjoner omtales en hovedregel om at tvilsrisikoen påhviler forvaltningen.¹⁴⁹ For eksempel fastslår naturmangfoldlovens forarbeider at det «alminnelige utgangspunkt i

¹⁴⁹ Se Graver (2019) s. 464 og Robberstad (2021) s. 97–102 om dette som en generell hovedregel.

forvaltningsretten er at forvaltningen har bevisbyrden i inngrepssaker».¹⁵⁰ Det samme er lagt til grunn i utlendingslovens forarbeider.¹⁵¹ Og i Rt. 1995 s. 109, om inndragning av skjenkebevilling, uttalte Høyesterett på side 115 at det ikke var tvilsomt at «kommunen har bevisbyrden når det gjelder det faktiske grunnlaget for inndragningsvedtaket».

Også for inngrepssituasjoner forankres regelen normalt i «alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper» og lignende formuleringer,¹⁵² og den begrunnes sjelden i underliggende hensyn. I juridisk teori argumenterer imidlertid Robberstad for at legalitetsprinsippet i Grunnloven (Grl.) § 113 kan underbygge regelen.¹⁵³ At § 113 stiller krav til det *rettslige* grunnlaget for inngrep sier ikke egentlig noe om hvordan usikkerhet om faktum bør reguleres. Tanken bak § 113 er imidlertid at det er verre om forvaltningen anvender makt der de ikke har hjemmel til det, enn at de lar være å bruke makt der de har hjemmel.¹⁵⁴ Dette tilsier at tvil om faktiske forhold bør gå ut over forvaltningen.

Hovedregelen kan også begrunnes i generelle bevisrettslige hensyn. Konsekvenshensyn underbygger regelen ettersom den private parten har størst skade av en uriktig dom. Sentralt står også bevissikringshensyn, som må ses i sammenheng med utredningsplikten. Det er klart at saksbehandlingskravene, herunder utredningsplikten, øker i takt med vedtakets inngripende karakter,¹⁵⁵ noe som tilsier at forvaltningen har desto større oppfordring til å innhente og sikre bevis i inngrepssituasjoner. Utredningsplikten og bevissikringshensyn underbygger derfor hovedregelen om at tvilsrisikoen påhviler forvaltningen i inngrepssituasjoner.

Ved inngrep er det den private parten som er saksøker, og regelen om at «saksøker har bevisbyrden» stemmer derfor ikke med hovedregelen i inngrepssituasjoner. Et inngripende vedtak vil imidlertid endre det bestående, og det er forvaltningen som anfører at vilkårene for inngrep er oppfylt. Hovedregelen samsvarer derfor med at tvilsrisikoen påhviler den som anfører det rettsstiftende eller rettsendrende faktum. Videre er lovbestemmelsene ofte utformet slik at det er forvaltningens faktumpåstand som må bevises i inngrepssituasjoner. For eksempel

¹⁵⁰ Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) s. 92.

¹⁵¹ NOU 2004:20 s. 229.

¹⁵² Slik Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) s. 92.

¹⁵³ Robberstad (2021) s. 97–98. I Rt. 1928 s. 823 synes regelen å være begrunnet i legalitetsprinsippet.

¹⁵⁴ Tilsvarende Strandberg (2012) s. 508–509 om beviskravet i forvaltningsretten.

¹⁵⁵ Se Rt. 1981 s. 745, s. 748, og HR-2020-2472-P, avsnitt 183.

angir utlendl. § 122 at EØS-borgere kan utvises «når hensynet til offentlig orden eller sikkerhet tilsier det».¹⁵⁶ Setningsbygningslæren fører derfor ofte til samme resultat.

3.4.2 Unntak

Hovedreglene om tvilsrisikoen gjelder bare så lenge det ikke er holdepunkter for noe annet. I dette punktet skal unntakene for inngrepssituasjoner analyseres nærmere.

Som for søknadssituasjoner kan tvilsrisikoen være regulert i selve loven, enten gjennom uttrykkelige bestemmelser om tvilsrisikoen eller i form av legalpresumsjoner. Slike kan gjøre unntak fra hovedregelen om at tvilsrisikoen påhviler myndighetene i inngrepssituasjoner. Et eksempel er vedtak om avliving av «farlige hunder» etter hundeloven § 24, jf. § 19. Av hundeforskriften § 2 fjerde ledd følger at hunden regnes som farlig dersom ikke fremlagt bevis «fjerner tvilen på stedet», slik at tvilsrisikoen påhviler hundeeieren.¹⁵⁷

Selv om loven ikke har uttrykkelige bestemmelser om tvilsrisikoen, kan unntak følge av en tolkning av kompetansegrunnlaget. Som eksempel kan skattevedtak nevnes. Hva som er skattepliktig inntekt følger av skatteloven § 5-1, mens § 6-1 angir hovedregelen om fradrag. Ettersom skattevedtak utgjør et inngrep, tilsier hovedregelen at tvilsrisikoen for samtlige vilkår påhviler forvaltningen. Av rettspraksis og juridisk teori følger imidlertid at skattyter har tvilsrisikoen for at en kostnad er fradragsberettiget.¹⁵⁸ Dette gjenspeiles i utformingen av § 6-1, ved at det er skattyters påstand som må bevises. Her fanger altså setningsbygningslæren opp regelen fra kompetansegrunnlaget, til forskjell fra hovedregelen i inngrepssituasjoner.

Også bevissikringshensyn kan få betydning for plasseringen av tvilsrisikoen. For eksempel kan det vises til Rt. 1977 s. 629, om tvangsmulkt for ikke å etterkomme pålegg om tildekking av ulovlig søppelplass etter sunnhetsloven 1860.¹⁵⁹ Det var anført at tvangsmulkt ikke kunne ilegges for hele tidsrommet som følge av usikkerhet om fyllplassens tilstand i et gitt tidsrom. Høyesterett uttalte at risikoen for slik usikkerhet måtte gå ut over den private parten, ettersom han ikke etterkom pålegg om å kontakte helserådet når han mente påbudet var etterfulgt. Det var altså partens bevisatferd som vanskeliggjorde bevissituasjonen, og bevissikringshensyn

¹⁵⁶ Andre eksempler er yrkestransportlova § 29 og helsepersonelloven § 57 om tilbakekalling av tillatelser, og nml. §§ 35 til 39 om vernevedtak.

¹⁵⁷ Se også merverdiavgiftsloven § 15-10 andre ledd om at den avgiftspliktige må «godtgjøre» at omsetningen er avgiftsfri, jf. Rt. 2005 s. 968, avsnitt 32.

¹⁵⁸ Se bl.a. LB-2015-131877, punkt 4.2, Gjems-Onstad/Matre (2011) s. 277–278, og Robberstad (2021) s. 118.

¹⁵⁹ Tvangsmulkt er ikke straff etter EMK, se Prop. 62 L (2015–2016) s. 178.

førte derfor til at tvilsrisikoen påhvilde han.¹⁶⁰ Dette gjør unntak fra både hovedregelen i inngrepssituasjoner og setningsbygningsslæren.

En rekke forvaltningslover pålegger den private part bevisføringsplikt, og angir at forsettlig eller uaktsomme feil medfører konsekvenser til skade for parten. Graver tar til orde for en generell regel om at den private parten da har tvilsrisikoen for at feilen ikke skyldes han selv.¹⁶¹ Det oppgis ingen begrunnelse for regelen, men den kan ha støtte i bevisrettslige hensyn. Det er den private parten som har best mulighet til å skaffe bevis om egen atferd, og vanskelighetene ved å bevise skyld kan lede til spekulering i uvisshet. Bevissikrings- og spekulasjonshensyn taler derfor for regelen. Samtidig vil regelen stride mot hovedreglene om tvilsrisikoen. Også setningsbygningsslæren vil gi et annet resultat, med mindre loven er utformet slik at det skal bevises at det «ikke er utvist skyld». Videre undersøkes om rettskildematerialet gir støtte for dette som en generell regel.

Enkelte bestemmelser gir forvaltningen kompetanse til å omgjøre opprinnelige begunstigende vedtak til ugunst for parten ved opplysningssvikt. Til støtte for at tvilsrisikoen for subjektiv skyld påhviler den private part i slike tilfeller, viser Graver til SOMB-1998-82 om etterberegningsskrav etter tolloven 1966 § 58. Sivilombudsmannen uttalte at dette generelt «er et riktig utgangspunkt innen selvdeklarasjonssystemet». Bestemmelsen er i dag videreført i tolloven § 12-12, og lignende bestemmelser finnes i skatteforvaltningsloven (sktflv.) kapittel 12. Her finnes hverken forarbeidsuttalelser eller rettspraksis som omtaler tvilsrisikoen, og det er derfor vanskelig å bekrefte at det gjelder en generell regel som omtalt i SOMB-1998-82. Selv om man ikke alltid kan stole på setningsbygningsslæren, er det et argument mot regelen at utformingen av de nevnte lovene tilsier at tvilsrisikoen påhviler myndighetene.¹⁶²

Det er enda vanskeligere å se hvordan regelen skal gjelde for andre inngrepsvedtak som bygger på opplysningssvikt. I mange tilfeller vil nemlig konsekvenshensyn tale sterkt for å plassere tvilsrisikoen hos forvaltningen. Et eksempel er utvisningsvedtak etter utlendl. § 66. Ettersom utvisning er svært inngripende, og kan ha enorme konsekvenser for utlendingen, kan ikke tvilsrisikoen knyttet til subjektiv skyld for opplysningssvikt pålegges utlendingen selv. I

¹⁶⁰ Slik også Frihagen (1992) s. 188–189. I Robberstad (2021) s. 99, jf. s. 58–59 omtales dette som «en form for bevissikringshensyn» under merkelappen «klanderverdige forhold».

¹⁶¹ Slik Graver (2019) s. 465.

¹⁶² Se også Robberstad (2021) s. 119, men da knyttet til objektive vilkår fremfor subjektiv skyld som her.

rettspraksis er dessuten tvilsrisikoen pålagt myndighetene i slike tilfeller.¹⁶³ Det samme gjelder for tilbakekall av statsborgerskap ved opplysningssvikt etter statsborgerloven § 26 andre ledd.¹⁶⁴

3.4.3 Sammenfatning

Tradisjonelt oppstilles en hovedregel om at tvilsrisikoen påhviler forvaltningen i inngrepssituasjoner. Dette stemmer med regelen om at den som anfører det rettsstiftende eller rettsendrende alternativ har tvilsrisikoen. Også setningsbygningsslæren vil i mange tilfeller gi samme resultat. Regelen om at «saksøker har bevisbyrden» kan imidlertid ikke opprettholdes i inngrepssituasjonene.

Analysen har vist at hovedregelen legges til grunn i mange inngrepssituasjoner, men også at den må tåle unntak. Som i søknadssituasjoner kan unntak følge av kompetansegrunnlaget. Dette kan komme til uttrykk gjennom lovens formulering, slik at setningsbygningsslæren gir flere riktige svar enn hovedreglene. Lovens formulering er imidlertid heller ikke her avgjørende, og forarbeider eller rettspraksis kan gi andre resultater. Også bevissikringshensyn kan føre til at tvilsrisikoen plasseres hos en annen part enn hva setningsbygningsslæren skulle tilsi. Det finnes altså unntak fra både hovedreglene og setningsbygningsslæren.

3.5 Særskilt om administrative sanksjoner

3.5.1 Utgangspunkt

Ved ileggelse av administrative sanksjoner gjøres inngrep i borgernes rettsstilling, slik at det er tale om inngrepssituasjoner. Den tradisjonelle hovedregelen om at tvilsrisikoen påhviler forvaltningen gjelder derfor også for denne vedtakstypen.¹⁶⁵ Administrative sanksjoner behandles likevel for seg, med sikte på å undersøke om uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 gjør at reglene om tvilsrisikoen skiller seg fra det som gjelder i alminnelige inngrepssituasjoner.

¹⁶³ Se Rt. 2009 s. 705, avsnitt 46, hvor beviskravet formuleres mot forvaltningen i tråd med svensk-norsk bevisteori. Mer uttrykkelig i LB-2018-172335 og LB-2017-104980.

¹⁶⁴ Se LB-2017-78631, der retten legger til grunn at staten har «bevisbyrden og tvilsrisikoen».

¹⁶⁵ Se Prop. 62 L (2015–2016) s. 122.

Uskyldspresumsjonen fremgår av både Grl. § 96 andre ledd og EMK artikkel 6 nr. 2. Administrative sanksjoner regnes imidlertid ikke som straff etter Grunnloven, og § 96 kommer derfor ikke til anvendelse.¹⁶⁶ Straffebegrepet i EMK artikkel 6 er derimot ikke avgrenset til den nasjonale klassifiseringen, og hva som utgjør straff beror på de såkalte *Engel-kriteriene* utviklet av Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD).¹⁶⁷ Basert på disse har EMD ansett en rekke administrative sanksjoner som straff etter EMK, herunder ileggelse av tilleggs�katt og overtredelsesgebyr innen konkurranseretten.¹⁶⁸ Også Høyesterett har ansett en rekke administrative sanksjoner som straff etter EMK.¹⁶⁹ Administrativ inndragning og visse former for rettighetstap er derimot ikke straff etter EMK,¹⁷⁰ og behandles ikke i dette punktet. En rekke administrative sanksjoner i norsk rett er rettet mot foretak, og det presiseres derfor for ordens skyld at uskyldspresumsjonen i EMK også gjelder i slike tilfeller.¹⁷¹

EMK er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2, men EMK artikkel 6 nr. 2 er ikke en tradisjonell norsk rettskilde. Det er noe inkonsekvent å avgrense kapittel 3 mot EU/EØS-retten, og samtidig vise til EMK i redegjørelsen. Bestemmelsen har imidlertid en helt sentral plass i norske rettskilder hva gjelder administrative sanksjoner, og det er nærmest umulig å redegjøre for reglene om tvilsrisikoen for vedtakstypen uten å vise til EMK artikkel 6 nr. 2:

«Enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven.»

Formuleringen «skal antas uskyldig», og «skyld er bevist» tilsier at den som påstår at skyld foreligger, også forvaltningen, har tvilsrisikoen. Slik er bestemmelsen også tolket av EMD, som fremholder at «the burden of proof is on the prosecution».¹⁷² Dette gjelder både de objektive og subjektive vilkårene for å ilegge sanksjonen. Også i norske rettskilder er bestemmelsen forstått slik at tvilsrisikoen skal påhvile forvaltningen.¹⁷³ EMK artikkel 6 nr. 2 gir også samme regel

¹⁶⁶ Lovgivers karakteristikk er normalt avgjørende, men § 96 har en kjerne som lovgiveren må respektere, se NOU 2003:15 s. 57 og Rt. 2014 s. 620, avsnitt 51.

¹⁶⁷ *Engel m.fl. mot Nederland* (dom 8. juni 1976, 5370/72), avsnitt 82.

¹⁶⁸ Se *Bendenoun mot Frankrike* (dom 24. februar 1994, 12547/86), og *Menarini mot Italia* (dom 27. september 2011, 43509/08).

¹⁶⁹ F.eks. Rt. 2008 s. 1409, avsnitt 73, om tilleggs�katt, og Rt. 2014 s. 620, avsnitt 47, og Rt. 2011 s. 910, avsnitt 48 om overtredelsesgebyr etter akvakulturloven og konkurranseloven.

¹⁷⁰ Se Prop. 62 L (2015–2016) s. 182 om administrativ inndragning, og *Tre Traktörer Aktiebolag mot Sverige* (dom 7. juli 1989, 10873/84) om rettighetstap.

¹⁷¹ Se Emberland (2006) s. 34 og 110.

¹⁷² *Barber, Messegue og Jabardo mot Spania* (dom 6. desember 1988, 10590/83), avsnitt 77.

¹⁷³ F.eks. NOU 2003:15 s. 82, Ot.prp. nr. 70 (2003–2004) s. 36, Prop. 38 L (2015–2016) s. 222, Rt. 2007 s. 1217, avsnitt 51, Graver (2019) s. 466–467 og Skoghøy (2014) s. 314.

som hovedregelen i alminnelige inngrepssituasjoner. Spørsmålet er om hovedregelens forankring i EMK gjør at det skal mer til for å gjøre unntak.

3.5.2 Unntak

Da forvaltningsloven fikk et nytt kapittel om administrative sanksjoner, ble reglene om tvilsrisikoen drøftet i forarbeidene. Her fremgår at uskyldspresumsjonen ikke er til hinder for regler som plasserer tvilsrisikoen hos den private part, så lenge disse «holdes innenfor rimelighetens grenser».¹⁷⁴ Det samme er lagt til grunn i rettspraksis og teori.¹⁷⁵ Robberstad ser det imidlertid som en «helgardering» når regelen om forvaltningens tvilsrisiko fremstilles som et «utgangspunkt». Hun mener man kan gå ut fra at «myndighetens bevisbyrde er en rettsregel» med mindre «en annen regel er lovfestet».¹⁷⁶ Dette undersøkes i det videre.

Først ses nærmere på de nevnte forarbeidene. Her påpekes nemlig at unntak må «holdes innenfor de rammene som EMK oppstiller», og det vises til EMD-avgjørelsen *Salabiaku mot Frankrike*.¹⁷⁷ Saken gjaldt franske regler om at bøter kunne ilegges uten krav om subjektiv skyld, men at lovovertrедeren kunne frikjennes ved å bevise at forholdet var uunngåelig. EMD uttalte at EMK prinsipielt ikke var til hinder for slike regler, men at de måtte anvendes «within reasonable limits». I senere praksis er dette omtalt som at statene må «strike a balance between the importance of what is at stake and the rights of the defence».¹⁷⁸ Det kreves altså en proporsjonalitetsvurdering, der handlingens alvorlighet, sanksjonens karakter og retten til forsvar står sentralt. Om dette har Høyesterett uttalt at EMD «aksepterer nasjonale lovregler som stiller opp presumsjoner og/eller snur bevisbyrden, såfremt den nasjonale reguleringen samlet sett ikke krenker kravet om rettferdig rettergang og uskyldspresumsjonen».¹⁷⁹

At sanksjonens karakter er relevant for proporsjonalitetsvurderingen må ses i sammenheng med at EMD har anerkjent at det er «'criminal charges' of different weight», og at «the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency» utenfor «the hard core of

¹⁷⁴ Prop. 62 L (2015–2016) s. 123 og 124.

¹⁷⁵ Se f.eks. Rt. 2005 s. 833, avsnitt 50, Graver (2004) s. 491, og Skoghøy (2014) s. 317.

¹⁷⁶ Robberstad (2021) s. 99.

¹⁷⁷ Prop. 62 L (2015–2016) s. 76 og 123. Se *Salabiaku mot Frankrike* (dom 7. oktober 1988, 10519/83).

¹⁷⁸ *Janosevic mot Sverige* (dom 21. mai 2003, 34619/97), avsnitt 101.

¹⁷⁹ Rt. 2008 s. 1409, avsnitt 103.

criminal law».¹⁸⁰ Administrative sanksjoner avviker fra «hard core»-straffesaker, noe som kan tilsi at det skal mindre til for å gjøre unntak fra regelen om myndighetenes tvilsrisiko.

Det må påpekes at regler som pålegger den private parten tvilsrisikoen er noe annet enn objektivt straffansvar. EMD og Høyesterett har nemlig slått fast at objektivt straffansvar er i strid med EMK artikkel 7.¹⁸¹ I slike tilfeller kan subjektiv skyld overhodet ikke gjøres til et relevant bevisstema for frifinnelse. Der tvilsrisikoen påhviler den private part kan imidlertid vedkommende fri seg fra straffansvar ved å bevise at det ikke er utvist subjektiv skyld. EMK er ikke til hinder for sistnevnte regler så lenge de holdes innenfor de nevnte rammene.¹⁸²

At det kan gjøres unntak fra regelen om at forvaltningen har tvilsrisikoen ved administrative sanksjoner har altså støtte både i norske rettskilder og i EMDs praksis. Unntak må likevel holdes innenfor grensene som EMK oppstiller. Det er vanskelig å trekke opp generelle grenser for i hvilke tilfeller tvilsrisikoen kan plasseres på den private part, og regelen må vurderes konkret opp mot retningslinjene i EMD og Høyesteretts praksis. Helt sikkert er at hele tvilsrisikoen for samtlige bevisstema ikke kan plasseres på den private part.¹⁸³ De nevnte rettskildene oppstiller imidlertid ikke krav om at unntak må være lovfestet, slik Robberstad argumenterer for. Videre undersøkes om det finnes slike unntak i norsk forvaltningsrett.

Som i *Salabiaku*-dommen kan unntak følge av lovbestemmelser som plasserer tvilsrisikoen for et eller flere vilkår hos den private part. Dette kan være uttrykkelige bestemmelser om tvilsrisikoen eller legalpresumsjoner. Eksempler er viltloven §§ 20 fjerde ledd og 34 første ledd om at jegeren har tvilsrisikoen for lovlig påskyting og lovlig forfølgning.¹⁸⁴ Også der unntak ikke fremgår av loven selv, kan det følge av en tolkning av kompetansegrunnlaget. Unntak kan fremgå av forarbeider, rettspraksis eller internasjonale rettskilder. Eksempler på dette finnes i konkurranseretten, noe som behandles nærmere i punkt 5.4.

Videre undersøkes om det kan oppstilles mer generelle unntaksregler for visse typetilfeller. Først ses nærmere på foretakssanksjoner, hvor flere lover angir at slike kan ilegges selv om

¹⁸⁰ *Jussila mot Finland* (dom 23. november 2006, 73053/01), avsnitt 43. Se også Rt. 2007 s. 1217, avsnitt 64–65.

¹⁸¹ Se *G.I.E.M. S.R.L. m.fl. mot Italia* (dom 28. juni 2018, 1828/06), og HR-2021-797-A, avsnitt 24.

¹⁸² Et spørsmål er om forbudet mot objektivt straffansvar gjelder for administrative sanksjoner, se Rui (2018) s. 206–207, s. 209–210 og s. 215.

¹⁸³ F.eks. *Telfner mot Østerrike* (dom 20. mars 2001, 33501/96), avsnitt 15, og *Geerings mot Nederland* (dom 1. mars 2007, 30810/03), avsnitt 47.

¹⁸⁴ Se Robberstad (2021) s. 70.

ingen enkeltperson har utvist skyld.¹⁸⁵ Det gjelder likevel unntak for hendelige uhell og force majeure,¹⁸⁶ og spørsmålet er da hvem av partene som har tvilsrisikoen for at dette foreligger.

Bevisrettslige hensyn kan tilsi at tvilsrisikoen bør påhvile den private part. For myndighetene er det vanskelig å bevise at det ikke foreligger unnskyldelige forhold, noe som særlig gjelder der det ikke kan identifiseres hvem som har handlet på foretakets vegne. Det er også den private parten som har best mulighet til å skaffe bevis om bevisetemaet. Både spekulasjons- og bevissikringshensyn taler altså for å plassere tvilsrisikoen hos den private part.¹⁸⁷

Tvilsrisikoen nevnes ikke i noen av forarbeidene om foretakssanksjoner, og spørsmålet har ikke vært oppe i rettspraksis. Forvaltningslovens forarbeider har enkelte uttalelser som kan tilsi at tvilsrisikoen er ment å påhvile den private part. Her vises til «vanskeligheter med å bevise skyld», og at en mellomløsning kan være å innføre «ordninger med skyld med omvendt bevisbyrde».¹⁸⁸ Dette er imidlertid generelle uttalelser om skyldkravet, og ikke konkret om unntaket for hendelige uhell og force majeure ved foretakssanksjoner. I lys av uskyldpresumsjonens klare hovedregel om at tvilsrisikoen skal påhvile forvaltningen, kan det vanskelig oppstilles en slik regel uten klarere støtte i rettskildene.

Videre undersøkes administrative sanksjoner for brudd på lovpålagt opplysningsplikt. Graver tar, som nevnt, til orde for en generell regel om at den private parten har tvilsrisikoen for at opplysningssvikten ikke skyldes ham selv. Som i alminnelige inngrepssituasjoner kan både bevissikrings- og spekulasjonshensyn tale for dette.

En slik regel gjaldt etter ligningsloven 1980, hvor tilleggsskatt kunne ilegges ved brudd på lovens opplysningsplikt. Unntak gjaldt for unnskyldelige forhold, og tvilsrisikoen for dette påhvilde skattyter.¹⁸⁹ Ved gjennomgang av reglene i 2003, konkluderte Tilleggsskatteutvalget med at regelen ikke var i strid med EMK artikkel 6 nr. 2.¹⁹⁰ Under lovendringen i 2009 synes imidlertid lovgiver å ha gått vekk fra regelen, uten nærmere begrunnelse. I forarbeidene gis nemlig klart uttrykk for at det er ligningsmyndighetene som har tvilsrisikoen for at det ikke

¹⁸⁵ F.eks. fvl. § 46, akvakulturloven § 30, mineralloven § 67 og hvitvaskingsloven § 49.

¹⁸⁶ Bestemmelsene er utformet etter strl. § 27 om foretaksstraff, se Prop. 62 L (2015–2016) s. 73–74. Om de kan opprettholdes opp mot forbudet mot objektivt straffansvar vurderes ikke her, men se Rui (2018) s. 209–210.

¹⁸⁷ Tilsvarende NOU 2003:15 s. 125.

¹⁸⁸ Prop. 62 L (2015–2016) s. 76. I Berg (2005) s. 210 argumenteres for en slik løsning.

¹⁸⁹ Ligningsloven 1980 §§ 10-2 og 10-3. Se Rt. 1995 s. 1278, NOU 2003:7 s. 35 og Berg (2005) s. 273.

¹⁹⁰ Se NOU 2003:7 s. 73–74, med henvisning til *Västberga Taxi* og *Janosevic*.

foreligger unnskyldningsgrunner.¹⁹¹ I dag fremgår regelen av sktfvl. § 14-3, med unntaket for unnskyldelige forhold i andre ledd. Lovens utforming tilsier at tvilsrisikoen påhviler den private part, men dette er ikke kommentert i forarbeidene, og i juridisk teori er det uten videre lagt til grunn at tvilsrisikoen påhviler myndighetene.¹⁹² Om det var meningen å gå tilbake til ordningen fra 1980 burdet det vært kommentert i forarbeidene. Samlet sett synes derfor ikke regelen om skattyters tvilsrisiko for unnskyldelige forhold å gjelde i dag. Så langt jeg kan se finnes heller ingen andre eksempler der parten er pålagt tvilsrisikoen for at opplysningssvikt ikke skyldes vedkommende selv.

Det er vanskelig å finne unntak fra hovedregelen om forvaltningens tvilsrisiko ved administrative sanksjoner. Unntak foreligger først og fremst der lovgiver uttrykkelig har vedtatt regler om «omvendt tvilsrisiko», eller det fremgår tydelig av forarbeider eller rettspraksis. Til forskjell fra søknads- og inngrepssituasjoner har jeg ikke funnet eksempler fra rettspraksis der tvilsrisikoen er pålagt den private part kun ut ifra bevissikringshensyn. Det kan tilsi at unntak fra hovedregelen krever klar støtte i rettskildene ved administrative sanksjoner, og at det ikke kan gjøres unntak basert på generelle bevisrettslige hensyn.

3.5.3 Sammenfatning

Hovedregelen om at tvilsrisikoen påhviler forvaltningen i inngrepssituasjoner gjelder også for administrative sanksjoner. Som for alminnelige inngrepssituasjoner stemmer hovedregelen med at tvilsrisikoen påhviler den som anfører det rettsendrende eller rettsstiftende faktum, men ikke med regelen om at «saksøker har bevisbyrden». Særsilt for administrative sanksjoner er imidlertid at regelen om forvaltningens tvilsrisiko er et krav etter EMK artikkel 6 nr. 2, noe som gir hovedregelen et sterkere legislativt grunnlag.

Uskyldspresumsjonen er likevel ikke til hinder for at det innen visse grenser kan gjøres unntak fra regelen om forvaltningens tvilsrisiko. Det virker ikke å stilles krav om at unntak er lovfestet, slik at unntak kan fremgå av forarbeider eller rettspraksis. Eksempler finnes i konkurranseretten, se punkt 5.4, uten at dette er ansett i strid uskyldspresumsjonen. En viktig begrensning er likevel at unntaksreglene må holdes innenfor grensene EMK oppstiller.

¹⁹¹ Ot.prp. nr. 82 (2008–2009) s. 57.

¹⁹² Tvilsrisikoen nevnes ikke i Prop. 38 L (2015–2016), men i Skatteforvaltningshåndboken (2020) s. 595 fremgår at den påhviler forvaltningen. Tilsvarende Robberstad (2021) s. 100.

Det er vanskelig å finne unntak fra hovedregelen i forvaltningsretten. Dette virker også å måtte fremgå tydelig av rettskildegrunnlaget, slik at unntak ikke kan gjøres alene basert på generelle bevisrettslige hensyn. Ved administrative sanksjoner står derfor hovedregelen om myndighetenes tvilsrisiko sterkt. Setningsbygningenslæren fører som regel til samme resultat, men ved å anvende denne teorien reduseres hovedregelen til en løsning som følger av lovens formulering. Dermed skjules at EMK artikkel 6 nr. 2 innebærer at det kreves mer for å gjøre unntak ved administrative sanksjoner enn ved alminnelige inngrepssituasjoner.

3.6 Myndighetsmisbrukslæren

3.6.1 Overordnet

Frem til nå har analysen dreid seg om tvilsrisikoen ved lovbestemte vilkår for forvaltningens kompetanse. Spørsmål om tvilsrisikoen oppstår imidlertid også ved materielle skranker for forvaltningens kompetanse. Disse gjelder, som nevnt, uavhengig av hva slags type forvaltningsvedtak det er tale om, og behandles derfor for seg.¹⁹³

Forvaltningens kompetanse begrenses av den ulovfestede myndighetsmisbrukslæren. Denne oppstiller forbud mot å bygge på (i) utenforliggende hensyn, (ii) usaklig forskjellsbehandling, og (iii) vilkårlige eller sterkt urimelige avgjørelser.¹⁹⁴ Forbudene retter seg normalt mot skjønnsmessige avgjørelser der domstolene har begrenset prøvingskompetanse, men kan i særlige tilfeller oppstille skranker også for vedtak som bygger på rettsanvendelsesskjønn.¹⁹⁵

I dette punktet vurderes hvem av partene som bærer tvilsrisikoen knyttet til de tre ulike forbudene i myndighetsmisbrukslæren. Særlig undersøkes det om de nevnte hovedreglene om tvilsrisikoen passer der forbudene påberopes som ugyldighetsgrunn.

3.6.2 Utenforliggende hensyn

Ved forbudet mot utenforliggende hensyn kan det oppstå spørsmål om hvilke hensyn vedtaket i realiteten forfølger.¹⁹⁶ Dette er spørsmål om faktiske forhold som aktualiserer reglene om

¹⁹³ Se punkt 3.1.

¹⁹⁴ F.eks. Rt. 2007 s. 257, avsnitt 36. Om dette som materielle eller prosessuelle regler, se Bernt (1978) s. 309.

¹⁹⁵ Se Rt. 2007 s. 302, avsnitt 56 og 63, HR-2019-273-A, avsnitt 68, Graver (2019) s. 122 og Emberland (2020).

¹⁹⁶ Se Eckhoff/Smith (2018) s. 399.

tvilsrisikoen. Når dette er fastlagt gjenstår en rent rettslig vurdering av om hensynet er utenfor eller innenfor kompetansegrunnlaget, og her oppstår ikke spørsmål om tvilsrisikoen.

Det finnes svært få kilder om tvilsrisikoen ved forbudet mot utenforliggende hensyn. I Rt. 1965 s. 712, som gjaldt søknad om utvidet skjenketid, uttalte Høyesterett at det måtte «finnes bevis at [voteringen] har vært bestemt av grunner som ligger utenfor lovens formål».¹⁹⁷ Dette tyder på at tvilsrisikoen påhviler den private part. Det samme er lagt til grunn av Bernt i juridisk teori.¹⁹⁸ Ingen av kildene oppgir noen forankring eller begrunnelse for en slik regel.

Muligens anvendte Høyesterett den eldre regelen om at «saksøker har bevisbyrden». Det kan også være at hovedregelen om at tvilsrisikoen påhviler søkeren i søknadssituasjoner ble lagt til grunn. I så fall vil regelen være en annen ved inngrepssituasjoner og administrative sanksjoner. Det foreligger imidlertid ingen rettspraksis som kan bekrefte eller avkrefte dette.

Fra de øvrige hovedreglene er det vanskelig å utlede noe svar på spørsmålet om hvem som har tvilsrisikoen. Hva som er det rettsstiftende eller rettsendrende alternativ er vanskelig å avgjøre. Er det vedtaket som skal anses som det bestående, slik at det er den som angriper det som anfører en endring, eller er det situasjonen forut for vedtaket som er det bestående, slik at selve vedtaket utgjør en endring? Også setningsbygninglæren er vanskelig å anvende ettersom regelen er ulovfestet, og det ikke er gitt hvordan denne skal formuleres. I rettspraksis er for eksempel bevistemålet både formulert som at det «er tatt utenforliggende hensyn», og som at vedtaket bygger på «relevante og saklige grunner etter hjemmelsloven».¹⁹⁹

Så langt jeg kan se foreligger ingen senere avgjørelser som bekrefter regelen fra Rt. 1965 s. 712. Bevissikringshensyn tilsier dessuten at tvilsrisikoen plasseres hos forvaltningen, ettersom de klart nok er nærmest til å skaffe bevis om hvilke hensyn vedtaket reelt forfølger.²⁰⁰ I samme retning trekker hensynet til tilliten til forvaltningen, samt til å forebygge misbruk.²⁰¹ Samlet sett taler både forvaltningsrettslige og bevisrettslige hensyn for å plassere tvilsrisikoen hos forvaltningen. Uten avklaring i rettspraksis er det likevel vanskelig å trekke klare slutninger om tvilsrisikoen ved forbudet mot utenforliggende hensyn.

¹⁹⁷ Avgjørelsen s. 716. Fra Byrettens dom: «Det må bli Georges som her har bevisbyrden», se s. 732.

¹⁹⁸ Se Bernt (1978) s. 251–252.

¹⁹⁹ Henholdsvis Rt. 1996 s. 78, s. 85, og Rt. 2007 s. 257, avsnitt 36.

²⁰⁰ Tilsvarende Løvlie (2019b) s. 86 om andre saksbehandlingsfeil.

²⁰¹ Se Eckhoff/Smith (2018) s. 399–400.

3.6.3 Usaklig forskjellsbehandling

Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling reiser spørsmål om den private parten er behandlet i strid med fast og entydig praksis i kvalifisert like tilfeller, og om hvilke hensyn som reelt begrunner forskjellsbehandlingen.²⁰² Dette er spørsmål om faktiske forhold som aktualiserer reglene om tvilsrisikoen.

Så langt jeg kan se har ikke tvilsrisikoen ved usaklig forskjellsbehandling vært behandlet i Høyesterett. Enkelte avgjørelser kan tilsa at det er forvaltningen som har tvilsrisikoen for at forskjellsbehandlingen er begrunnet i saklige hensyn.²⁰³ Samtidig virker tvilsrisikoen for at det foreligger forskjellsbehandling å påhvile den private part.²⁰⁴ I juridisk teori oppstilles en presumsjon om at forskjellsbehandlingen presumeres å være usaklig dersom det foreligger «tilsynelatende umotivert forskjellsbehandling».²⁰⁵ Hverken praksis eller teori oppgir imidlertid noen forankring eller begrunnelse for regelen.

Hva gjelder hovedreglene om tvilsrisikoen, synes ikke skillet mellom søknadssituasjoner, inngrepssituasjoner og administrative sanksjoner å tillegges betydning for forbudet mot usaklig forskjellsbehandling.²⁰⁶ Også her er det vanskelig å utlede noe svar fra de øvrige hovedreglene, se punkt 3.6.2. Setningsbygningens læren kan imidlertid gi en viss veiledning, dersom det ses hen til nærliggende lovbestemmelser.²⁰⁷ Grunnloven § 98 andre ledd fastsetter at ingen må utsettes for «usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling». Her formuleres beviset mot den private parten, noe som taler for å plassere tvilsrisikoen på denne. Det leder i så fall til en annen regel enn det som fremgår av juridisk teori.

Om det ses hen til bevisrettslige hensyn, er det klart nok forvaltningen som er nærmest til å skaffe bevis om egen praksis og hvilke hensyn som reelt begrunner forskjellsbehandlingen. Bevissikringshensyn tilsier derfor at den samlede tvilsrisikoen plasseres hos forvaltningen. Ettersom det ikke finnes et klart svar i rettspraksis eller juridisk teori, kan det argumenteres for at bevissikringshensyn bør få gjennomslag i dette tilfellet.

²⁰² Se Rt. 2012 s. 1547, avsnitt 49, Rt. 2014 s. 310, avsnitt 70, og HR-2019-273-A, avsnitt 71.

²⁰³ Slik Rt. 1974 s. 149 på s. 157, og Rt. 1994 s. 60 på s. 67.

²⁰⁴ I Rt. 2011 s. 111, avsnitt 68, uttales at enkeltsakene ikke var «bevis» for entydig praksis, noe som tilsier at tvilsrisikoen påhvile den private part.

²⁰⁵ Bernt (1978) s. 251–252. Se også Stub (2016) s. 506 om at det «reelt sett» vil være opp til forvaltningen å påvise at det var saklig grunn til å gjøre forskjell.

²⁰⁶ F.eks. gjaldt Rt. 1994 s. 60 søknad om utvidet skjenkebevilning, mens Rt. 2014 s. 310 gjaldt tilbakekall av drosjeløyver, uten at dette fikk betydning.

²⁰⁷ Se Robberstad (2021) s. 154 om dette som hjelpemiddel på ulovfestet område.

3.6.4 Vilkårlig eller sterkt urimelig

Forbudet mot vilkårlige og sterkt urimelige avgjørelser kan virke som en rent rettslig vurdering, der reglene om tvilsrisikoen ikke kommer til anvendelse. Rettsregelen skal likevel anvendes på et faktisk forhold. For eksempel kan det oppstå spørsmål om hvilke faktiske virkninger vedtaket har for den det rettes mot, noe som aktualiserer reglene om tvilsrisikoen.

Jeg kan ikke finne noen rettskilder som omtaler tvilsrisikoen ved forbudet mot vilkårlige eller sterkt urimelige avgjørelser. Hovedreglene om tvilsrisikoen i forvaltningsretten tilsier at plasseringen av tvilsrisikoen varierer ut ifra om det er tale om en søknadssituasjon, inngrepssituasjon eller administrative sanksjoner. Av de tradisjonelle hovedreglene tilsier regelen om at «saksøker har bevisbyrden» at tvilsrisikoen påhviler den private part. Fra de øvrige reglene er det vanskelig å utlede noe svar, se punkt 3.6.2.

I mangel av andre holdepunkter kan det argumenteres for at tvilsrisikoen bør fastsettes ut ifra bevissikringshensyn. Plasseringen av tvilsrisikoen vil da bero på hvilke forhold det er tale om å bevise. For eksempel har den private parten best mulighet for å skaffe bevis om vedtakets faktiske virkninger for vedkommende selv. Derimot er forvaltningen nærmest til å klargjøre fordelene vedtaket har for offentlige interesser.

3.6.5 Sammenfatning

For myndighetsmisbrukslæren foreligger svært få holdepunkter om tvilsrisikoen. Ikke bare er det sparsomt med rettspraksis og uttalelser i juridisk teori, men de tradisjonelle hovedreglene om tvilsrisikoen gir heller ikke gode svar. Det kan argumenteres for at tvilsrisikoen i et slikt tilfelle bør plasseres ut ifra generelle bevisrettslige hensyn. I så fall vil tvilsrisikoen påhvile forvaltningen ved forbudet mot utenforliggende hensyn og usaklig forskjellsbehandling, mens den vil fordeles mellom partene ut ifra de ulike bevistemaene under forbudet mot vilkårlige og sterkt urimelige avgjørelser.

Myndighetsmisbrukslærens innhold er det samme uavhengig av om det er tale om en søknadssituasjon, inngrepssituasjon eller administrative sanksjoner. Rettskildematerialet gir heller ingen grunn til å tillegge skillet betydning for reglene om tvilsrisikoen i disse tilfellene.

3.7 Sammenfatning og vurdering

Hvilke regler som gjelder om tvilsrisikoen i norsk forvaltningsrett har vist seg å være et vanskelig spørsmål å besvare. Dels skyldes dette at det sjeldent finnes lovbestemte regler om tvilsrisikoen. Dels skyldes det at omtalen av tvilsrisikoen i rettskildene er preget av forvirring om hvordan begrepet skal forstås og av flertydig og inkonsekvent språkbruk. Det er derfor behov for klargjøring av begrepet og et oppgjør med språkbruken.

Analysen har vist at det lar seg gjøre å oppstille generelle hovedregler om tvilsrisikoen i norsk forvaltningsrett, basert på skillet mellom søknadssituasjoner, inngrepssituasjoner og administrative sanksjoner. Dette er ikke absolutte hovedregler, og unntak kan følge av kompetansegrunnlaget, hensyn på det materielle rettsområdet, og generelle bevisrettslige hensyn. Ved administrative sanksjoner er det likevel noe snevrere rom for å gjøre unntak fra hovedregelen, ettersom slike må holdes innenfor EMKs rammer. Det må fremheves at hovedreglene kun passer for tvilsrisikoen ved lovbestemte vilkår for forvaltningens kompetanse. Ved myndighetsmisbrukslæren gir derimot ingen av hovedreglene noe godt svar på hvor tvilsrisikoen skal plasseres. Her må tvilsrisikoen fastsettes ut fra høyesterettspraksis, om det foreligger, og ellers generelle bevisrettslige hensyn.

De nevnte hovedreglene samsvarer med regelen om at tvilsrisikoen påhviler den som anfører et rettsstiftende eller rettsendrende faktum. Regelen om at «saksøker har bevisbyrden» fører imidlertid til at tvilsrisikoen alltid påhviler den private part, og kan derfor ikke opprettholdes i forvaltningsretten. Setningsbygningens læren kan på sin side gi noen flere riktige svar enn hovedreglene, ved at teorien fanger opp enkelte unntak gjennom lovens formulering. Heller ikke denne teorien vil imidlertid alltid gi korrekt svar, da noe annet kan følge av kompetansegrunnlaget eller generelle bevisrettslige hensyn. For administrative sanksjoner skjuler dessuten setningsbygningens læren at hovedregelen har forankring i EMK artikkel 6 nr. 2, og at det er snevrere rom for unntak.

Selv om det lar seg gjøre å oppstille generelle hovedregler, er det ikke nødvendigvis hensiktsmessig å forholde seg til reglene på et slikt abstraksjonsnivå. Dersom det må gjøres mange unntak på de enkelte materielle rettsområdene, bør heller hvert typetilfelle vurderes konkret. Omfanget av unntak avgjøres ved å se nærmere på de forskjellige rettsområdene i forvaltningsretten. I kapittel 5 gjøres dette ved å undersøke tvilsrisikoen i tre konkrete eksempler.

Avslutningsvis fremheves at det sjeldent finnes faste regler om at tvilsrisikoen må påhvile en bestemt part i forvaltningssaker. Det er heller tale om en konkret vurdering der hensynene som gjør seg gjeldende på det materielle rettsområdet inngår i avveiningen. Reglene er derfor egnet til å tolkes i tråd med eventuelle EU/EØS-rettslige krav til tvilsrisikoen. Hvorvidt EU/EØS-retten stiller slike krav, og hva som er innholdet av dem, vurderes i kapittel 4.

4 Tvilsrisikoen i EU/EØS-retten

4.1 Innledning

Reglene om tvilsrisikoen kan få avgjørende betydning for hvilket faktagrunnlag som legges til grunn for avgjørelsen. Dersom medlemsstatene har ulike regler om tvilsrisikoen, kan samme situasjon medføre at det gis tillatelse eller gjøres inngrep i én medlemsstat, men ikke i en annen. Dette truer målsettingen om et indre marked og ensartet anvendelse av EU/EØS-retten.²⁰⁸ Prinsippet om medlemsstatenes prosessuelle autonomi innebærer på tross av dette at reglene om tvilsrisikoen i utgangspunktet fastsettes etter nasjonal rett. Prosessuell autonomi er likevel bare en restkompetanse som gjelder i mangel av EU/EØS-rettslige krav. Slike krav utledes dels av EU/EØS-lovgivningen, og dels av generelle EU/EØS-rettslige prinsipper.

I det videre undersøkes om det, som i norsk rett, er tradisjon for å oppstille hovedregler om tvilsrisikoen i EU/EØS-retten (punkt 4.2). Deretter ses nærmere på EU/EØS-rettens krav til tvilsrisikoen ved *vilkår for forvaltningens kompetanse* (punkt 4.3 til 4.5). Analysen er delt inn etter de tre kategoriene forvaltningsvedtak. Formålet er, som nevnt, å undersøke om det er holdbart å tillegge skillet betydning der EU/EØS-retten gjør seg gjeldende, og å muliggjøre en komparativ analyse der sammenligningsgrunnlaget er det samme i kapittel 3 og 4.²⁰⁹ I punkt 4.6 undersøkes tvilsrisikoen ved *materielle skranker for nasjonale myndigheters kompetanse til å innføre restriksjoner på EU/EØS-rettigheter*. Til slutt gis en sammenfatning av analysens funn, og en vurdering av EU/EØS-rettens samlede betydning for reglene om tvilsrisikoen i forvaltningsretten (punkt 4.7).

4.2 Tradisjonelle hovedregler om tvilsrisikoen?

Når et overnasjonalt rettssystem som EU/EØS-retten skal fungere for en rekke ulike nasjonale rettssystemer oppstår utfordringer. Spesielt gjelder dette bevisretten, som ofte er gjennomsyret av nasjonale rettstradisjoner.²¹⁰ Prinsippet om medlemsstatenes prosessuelle autonomi innebærer da også at tvilsrisikoen i utgangspunktet fastsettes etter nasjonal rett, og ikke etter

²⁰⁸ Tilsvarende Eriksen/Fredriksen (2019) s. 96–97.

²⁰⁹ Se punkt 1.3 om begrunnelsen.

²¹⁰ Se HR-2016-2579-A, avsnitt 41, og Strandberg (2013) s. 28–29.

felleskapsregler som gjelder likt for alle medlemsland. Dette tilsier at det ikke er tradisjon for å oppstille generelle hovedregler om tvilsrisikoen i EU/EØS-retten.

Reglene i EU/EØS-retten er likevel ikke alltid rettet mot medlemslandene, men kan også være rettet mot felleskapsinstitusjonene. Ved ugyldighetssøksmål kan det for eksempel oppstå spørsmål om Kommisjonen har overholdt reglene om tvilsrisikoen etter intern EU-rett. I den forbindelse oppstilles gjerne generelle hovedregler om tvilsrisikoen, og disse samsvarer med det som tradisjonelt hevdes å være hovedregler i norsk rett. For det første gjenfinnes regelen om at «saksøker har bevisbyrden», supplert med at saksøkte får tvilsrisikoen ved innvendinger mot saksøkers krav (*actori incumbit probatio, reus in excipiendo fit actor*).²¹¹ Også regelen om at tvilsrisikoen påhviler den som anfører et rettsstiftende eller rettsendrende faktum er trukket frem som en hovedregel.²¹² Setningsbygningsslæren virker imidlertid ikke å være fremtredende som teori om tvilsrisikoen i EU/EØS-rettslige kilder.

Ettersom hovedreglene gjelder tvilsrisikoen etter intern EU/EØS-rett, har de ikke uten videre betydning for nasjonale myndigheter ved håndhevelsen av EU/EØS-retten. Hovedreglene kan imidlertid påvirke EU/EØS-rettslige krav til nasjonale regler om tvilsrisikoen. Et eksempel er C-127/92 *Enderby*, som gjaldt nasjonal håndhevelse av prinsippet om likelønn. EU-domstolen uttalte at det «normalt» påhviler «den, der fremfører omstendigheter til støtte for en påstand, at bevise at de er rigtige».²¹³ Dette er et utslag av regelen om at «saksøker har bevisbyrden».

Også i intern EU/EØS-rett gjelder hovedreglene bare i mangel av holdepunkter for noe annet. Unntak kan følge av kompetansegrunnlaget, materielle hensyn og generelle bevisrettslige hensyn. For eksempel er bevissikringshensyn også relevant i EU/EØS-retten.²¹⁴ Videre kan unntak følge av grunnleggende rettigheter, slik som uskyldspresumsjonen.

²¹¹ Slik Kalintiri (2019) s. 33, fotnote 6, og Lasok (2017) s. 980 med henvisninger til praksis i fotnote 6.

²¹² Se Kalintiri (2019) s. 33, fotnote 6.

²¹³ Avsnitt 13. Se også Robberstad (2021) s. 44.

²¹⁴ Se C-254/85 *Irish Grain Board*, avsnitt 19, og Kalintiri (2019) s. 33.

4.3 Søknadssituasjoner

4.3.1 Utgangspunkt

Prinsippet om prosessuell autonomi innebærer at reglene om tvilsrisikoen normalt overlates til nasjonal rett. Herunder kan medlemsstatene fritt avgjøre om tvilsrisikoen skal påhvile den private part eller forvaltningen i søknadssituasjoner. Et eksempel er C-340/89 *Vlassopoulou*, som gjaldt godkjenning av yrkeskvalifikasjoner og etableringsfriheten.²¹⁵ EU-domstolen kom til at vertsstaten kunne kreve at den private part «godtgjør, at han har erhvervet de manglende kundskaper og kvalifikasjoner» dersom eksamensbeviset ikke samsvarte med nasjonale krav.²¹⁶ Domstolen uttalte ikke at tvilsrisikoen *måtte* påhvile den private part, men kun at det ikke var i strid med EU/EØS-retten. Dette er et utslag av den prosessuelle autonomi.

Her gjelder altså ingen hovedregel om tvilsrisikoen i søknadssituasjoner, men et utgangspunkt om prosessuell autonomi. Dette gjelder imidlertid bare i mangel av EU/EØS-rettslige krav til tvilsrisikoen. Slike krav kan inndeles i to kategorier. Den første er der EU/EØS-lovgivningen oppstiller konkrete regler om tvilsrisikoen som nasjonale myndigheter må anvende. Slike kan følge av direktiver eller forordninger, eller være en integrert del av en EU/EØS-rettslig norm. Den andre kategorien gjelder yttergrenser for når nasjonale regler kan plassere tvilsrisikoen hos den private part. Slike følger av generelle EU/EØS-rettslige prinsipper.

4.3.2 EU/EØS-lovgivningen

I EU/EØS-retten finnes en rekke direktiver og forordninger som stiller materielle krav til nasjonal lovgivning i søknadssituasjoner. Prinsippet om prosessuell autonomi gjelder også i slike tilfeller, og derfor overlates ofte til nasjonal rett å regulere tvilsrisikoen. Et eksempel er Varemerkedirektivet (direktiv (EU) 2015/2436), hvor artikkel 5 fastsetter at søknad om registrering av varemerke kan avslås ved forvekslingsfare med et eldre varemerke.²¹⁷ Fortalen avsnitt 16 fastsetter at «bevisbyrden» for forvekslingsfare «hører inn under de nasjonale saksbehandlingsreglene, som ikke berøres av dette direktiv».

²¹⁵ Dommen er avsagt før det første Yrkeskvalifikasjonsdirektivet (direktiv 89/48/EØF) trådte i kraft, se avsnitt 12. Domstolen baserte drøftelsen på etableringsfriheten i dagens TFEU artikkel 49 og EØS-avtalen artikkel 31.

²¹⁶ Se avgjørelsen avsnitt 10, 19 og 23.

²¹⁷ Direktivet er inntatt i EØS-avtalen vedlegg XVII, og gjennomføres i norsk rett ved lov 12. juni 2020 om endringer i varemerkeloven og tolloven. Artikkel 5 bygger på det tidligere Varemerkedirektivet (direktiv 2008/95/EF), og gjenfinnes i dagens varemerkeloven § 16 (per 18. mai 2021).

Andre ganger finnes bestemmelser som angår tvilsrisikoen i søknadssituasjoner. Dette er sektorielle regler som kun gjelder for det aktuelle rettsområdet, og som må forstås i lys av det samlede, og ofte nokså komplekse, regelverket.²¹⁸ Det redegjøres derfor ikke utførlig for slike sektorielle regler om tvilsrisikoen. Her vises likevel hvordan tvilsrisikoen kan være regulert i sekundærretten gjennom enkelte eksempler.

Som i norsk lovgivning kan tvilsrisikoen være regulert gjennom uttrykkelige bestemmelser, ved at ordet «bevisbyrde» er brukt eller ved formuleringer som at en part må «godtgjøre» noe, «bevise» noe eller lignende. Et eksempel er Legemiddeldirektivet (direktiv 2001/83/EF), som stiller krav om tillatelse for markedsføring av legemidler. Artikkel 10 første ledd bokstav a angir at søkeren kan unngå undersøkelseskrav «dersom vedkommende kan godtgjøre» at en rekke ulike vilkår er oppfylt.²¹⁹ Tilsvarende fastsetter forordning (EF) 1071/2009 om yrkestransport artikkel 9 at medlemsstatene kan fritta personer fra eksamenskravet i artikkel 8, dersom vedkommende «framlegger bevis» for at visse vilkår er oppfylt.²²⁰ Flere bestemmelser i sekundærretten er bygget opp på denne måten.²²¹

Spørsmålet er om bestemmelsene innebærer en forpliktelse til å plassere tvilsrisikoen hos den private part, eller om nasjonale myndigheter selv kan påta seg tvilsrisikoen. For dem begge gir ordlyden uttrykk for at tvilsrisikoen skal påhvile søkeren, noe som taler mot en slik valgfrihet. Noe annet kan gå utover hensynet til sikkerhet vektlagt i begge rettsaktene fortaler, idet tvilen ikke vil komme sikkerheten, men den private parten til gode.²²² Til dette kommer at valgfrihet med hensyn til tvilsrisikoen kan lede til ulik praksis i medlemsstatene og dermed forskjellsbehandling av søkere. Dette strider med rettsaktene målsetting om harmonisering av søknadsprosessene,²²³ og mer overordnet mot målet om ensartet anvendelse av EU/EØS-retten. Samlet tilsier dette at rettsaktene stiller krav om at tvilsrisikoen må påhvile den private part, og at dette er bindende for nasjonale myndigheter.

Regler om tvilsrisiko kan også være en integrert del av en materiell regel i EU/EØS-lovgivningen, og må i så fall utledes av rettspraksis. For eksempel følger det av fast praksis fra

²¹⁸ Tilsvarende Jans (2015) s. 404.

²¹⁹ Gjennomført ved legemiddelloven og legemiddelforskriften.

²²⁰ Gjennomført ved yrkestransportforskriften § 1a.

²²¹ F.eks. Unionsborgerdirektivet (direktiv 2004/38/EF) artikkel 5 nr. 4, artikkel 7 nr. 1 og artikkel 12.

²²² Legemiddeldirektivets fortale avsnitt 20, 23 og 25, og forordningens fortale avsnitt 1 og 2.

²²³ Legemiddeldirektivets fortale avsnitt 34, 29, og 32, og forordningens fortale avsnitt 1.

EU-domstolen at den private part har tvilsrisikoen for at samtlige vilkår for å innvilge en markedsføringstillatelse etter Legemiddeldirektivet er oppfylt.²²⁴

Et fellestrekk synes å være at i den grad EU/EØS-lovgivningen inneholder regler om tvilsrisikoen, plasseres den som oftest hos den private part i søknadssituasjoner. Det kan skyldes påvirkning av de tradisjonelle hovedreglene i intern EU/EØS-rett. Samme resultat følger nemlig av reglen om at «saksøker har bevisbyrden», og at tvilsrisikoen påhviler den som anfører et rettsstiftende eller rettsendrende faktum. Det stemmer også med hovedregelen i norsk forvaltningsrett om at tvilsrisikoen påhviler søkeren i søknadssituasjoner. Å tillegge vedtakstypen betydning for tvilsrisikoen er også mindre problematisk der den materielle regelen følger av EU/EØS-lovgivningen. Her er det EU-lovgivers valg av regulering som avgjør om det er tale om en søknadssituasjon, slik at det ikke er fare for ulike utfall i de forskjellige medlemsstatene som følge av nasjonal regulering. Den enkelte rettsakten kan imidlertid, som i norsk rett, fastsette avvikende regler.

4.3.3 Generelle EU/EØS-rettslige prinsipper

4.4.3.1 Overordnet

Krav til tvilsrisikoen kan også følge av generelle EU/EØS-rettslige prinsipper.²²⁵ Disse er sektorovergrepene, og derfor bedre egnet for en generell analyse. Dette er ikke konkrete regler om plasseringen av tvilsrisikoen, slik som de nevnte reglene i EU/EØS-lovgivningen, men yttergrenser for når tvilsrisikoen *kan* plasseres hos den private part. Yttergrensene gjelder både der nasjonale myndigheter håndhever bestemmelser i sekundærretten, og ved anvendelse av nasjonal rett som har en side til EU/EØS-retten.

4.4.3.2 Ekvivalens- og effektivitetsprinsippet

Det er hovedsakelig ekvivalens- og effektivitetsprinsippet som trekkes frem som skranker for nasjonale regler om tvilsrisikoen i EU- og EFTA-domstolens praksis.²²⁶

I søknadssituasjoner innebærer *ekvivalensprinsippet* at reglene om tvilsrisikoen ikke kan være mindre gunstige for den private part der søknaden berører EU/EØS-rettigheter enn der

²²⁴ F.eks. forente saker T-74, 76, 83, 85, 132, 137 og 141/00 *Artegodan*, avsnitt 188.

²²⁵ Se generelt om prinsippene i punkt 2.2.3.

²²⁶ Se punkt 2.2.2 og 2.2.3, og den der nevnte praksis.

søknaden berører tilsvarende nasjonale rettigheter. I rettspraksis er det først og fremst nasjonale prosessforutsetninger som er underkjent med grunnlag i ekvivalensprinsippet.²²⁷ Det er få eksempler på at reglene om tvilsrisikoen er underkjent på samme grunnlag.²²⁸

Et mulig eksempel er C-302/97 *Konle*, som gjaldt et østerriksk krav om tillatelse for erverv av fast eiendom. Et vilkår for å få tillatelse var at det ikke skulle opprettes fritidsbolig på eiendommen. For østerrikske borgere var det tilstrekkelig å avgi erklæring med forsikring om at det ikke skulle gjøres. For utledninger gjaldt imidlertid krav om at dette måtte bevises, og tvilsrisikoen påhvile søkeren.²²⁹ Ekvivalensprinsippet ble ikke uttrykkelig omtalt, men EU-domstolen konstaterte at regelen utgjorde en diskriminerende begrensning på retten til fri kapitalbevegelse.²³⁰ Dette viser at tvilsrisikoen ikke kan reguleres ulikt basert på om parten er nasjonal statsborger eller EØS-utlending.

Ekvivalensprinsippets skranker for reglene om tvilsrisikoen i søknadssituasjoner kan illustreres gjennom et hypotetisk tilfelle. Etter frtl. § 8-2 gjelder et vilkår om opptjeningstid for rett til sykepenger, og etter Trygdeforordningen (forordning (EF) 883/2004) artikkel 6 skal opptjeningstid i andre EØS-land likestilles med opptjeningstid i vertsstaten.²³¹ Dersom tvilsrisikoen for opptjeningstid vanligvis påhvile forvaltningen, men ble plassert hos søkeren ved opptjeningstid i et annet EU/EØS-land, ville det være i strid med ekvivalensprinsippet. Her må tvilsrisikoen påhvile forvaltningen også ved opptjeningstid i et annet medlemsland.

Videre innebærer *effektivitetsprinsippet* at reglene om tvilsrisikoen ikke må gjøre det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve EU/EØS-rettigheter. Illustrerende er C-199/82 *San Giorgio*, hvor en melkefabrikk var ilagt gebyrer i strid med EU-retten og derfor kunne søke om tilbakebetaling. Etter italiensk lovgivning var imidlertid tilbakebetaling betinget av at utgiftene ikke var veltet over på forbrukerne, og tvilsrisikoen påhvile den private part. I tillegg gjaldt en regel om at utgiftene skulle anses veltet over på forbrukerne med mindre det forelå skriftlig bevis for det motsatte. EU-domstolen uttalte i avsnitt 14:

«Derimod findes det stridende mod fællesskabsretten, at der indføres bevisregler, der gør det praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig at opnå tilbagebetaling af

²²⁷ Se C-33/76 *Rewe* om frister for forvaltningsklage, og E-11/12 *Koch* om adgang til rettsmidler.

²²⁸ F.eks. C-449/13 *CA Consumer Finance*, avsnitt 24.

²²⁹ Se avgjørelsen avsnitt 6 og 20 om den østerrikske lovgivningen.

²³⁰ Avsnitt 23. Prinsippet fremgår nå av TFEU artikkel 63 og EØS-avtalen artikkel 41.

²³¹ Gjennomført i norsk rett ved forskrift om inkorporasjon av trygdeforordningene i EØS-avtalen.

avgifter opkrævet i strid med fællesskabsretten. Dette vil især være tilfældet i forbindelse med formodninger eller bevisregler, der pålægger den afgiftspligtige byrden ved at bevise, at de med urette betalte avgifter ikke er blevet overvæltet på andre retssubjekter, eller i forbindelse med særlige begrensninger med hensyn til formen for det krævede bevis, så som udelukkelse af ethvert andet bevismiddel end det skriftlige bevis.»

Uttalelsen tilsier at det var i strid med effektivitetsprinsippet å pålegge den private parten tvilsrisikoen i dette tilfellet. I den nærmere vurderingen la imidlertid EU-domstolen særlig vekt på bevisregelen om at det krevdes skriftlig bevis, slik at det er usikkert om regelen om tvilsrisiko alene ville være i strid med effektivitetsprinsippet. En avklaring kom med forente saker C-331, 376 og 378/85 *Bianco*, som også gjaldt tilbakebetalingskrav av avgifter oppkrevd i strid med EU-retten. Etter fransk rett påhvilde tvilsrisikoen den private part, men det gjaldt ikke en bevisregel som krevde skriftlige bevis som i *San Giorgio*. Likevel kom EU-domstolen til at det var i strid med effektivitetsprinsippet dersom «bevisbyrden for, at [utgiftene ikke var overvæltet på forbrukerne], udelukkende påhviler den fysiske eller juridiske person, der søger afgiften tilbakebetalt».²³²

Det må fremheves at begge de nevnte avgjørelsene gjaldt tilfeller der det allerede forelå brudd på EU-retten, slik at det var spørsmål om å tilbakeføre en uriktig oppkrevd avgift.²³³ Det var derfor ikke tale om ordinære søknadssituasjoner, som der det søkes om et gode parten ikke har krav på. Avgjørelsene gir derfor ikke grunnlag for en slutning om at effektivitetsprinsippet er til hinder for å plassere tvilsrisikoen hos den private part i alle søknadssituasjoner. Som vist har EU-domstolen flere ganger tillatt slik regulering av tvilsrisikoen.

Hvorvidt effektivitetsprinsippet er til hinder for å plassere tvilsrisikoen hos den private part beror på en konkret vurdering.²³⁴ I C-449/13 *CA Consumer Finance*, som gjaldt reglene om tvilsrisikoen i en kredittgivingssak, uttalte Domstolen i avsnitt 25:

«Hvad angår effektivitetsprinsippet skal det bemærkes, at hvert enkelt tilfælde, hvor det opstår spørgsmål om, hvorvidt en national processuel bestemmelse før det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig at anvende EU-retten, skal bedømmes under hensyn til,

²³² Avgjørelsen avsnitt 13. Se også forente saker C-192 og 218/95 *Comateb* avsnitt 27.

²³³ For et tilsvarende tilfelle i norsk rett, se Rt. 2008 s. 738, avsnitt 54, hvor tvilsrisikoen ble plassert hos staten.

²³⁴ Se GA Maduros forslag til avgjørelse i forente saker C-222 til 225/05 *van der Weerd*, avsnitt 23.

hvilken stilling bestemmelsen inntar i den samlede procedure, herunder dens forløp og den særlige kendetegn, for de forskjellige nasjonale rettsinstanser.»²³⁵

Domstolen bemerket at effektivitetsprinsippet særlig var til hinder for å plassere tvilsrisikoen hos en part som ut ifra beviset ikke har tilgang til bevisene som kreves.²³⁶ Det kan være der beviset er vanskelig å skaffe bevis om, slik som i *San Giorgio* og *Bianco*, hvor det som skulle bevises var et negativt faktum – at utgiftene *ikke* var veltet over på forbrukerne. Eller det kan være at forvaltningen har bedre tilgang til bevisene som kreves. Også bevissikringshensyn er derfor relevant for vurderingen.

Ekvivalens- og effektivitetsprinsippet gjelder så vel i EØS-retten som i EU-retten. I visse tilfeller kan prinsippenes utstrekning og innhold likevel være noe annerledes for EØS-retten. Når det gjelder reglene om tvilsrisikoen må EFTA-statenes oppfatning om at nasjonal prosessrett i utgangspunktet faller utenfor EØS-avtalen tas i betraktning. Ekvivalens- og effektivitetsprinsippet kan derfor ikke tolkes slik at de oppstiller krav til tvilsrisikoen som helt eller delvis tilsvarer krav som følger av sekundærrett som ikke er tatt inn i EØS-avtalen.²³⁷

4.4.3.3 Utredningsplikten

Videre kan krav til reglene om tvilsrisikoen følge av utredningsplikten. Også i EU/EØS-retten er det nemlig sammenheng mellom utredningsplikten og tvilsrisikoen. EU-domstolen har flere ganger uttalt at tvilsrisikoen bare kommer på spissen der utredningsplikten er oppfylt. Illustrerende er C-254/85 *Irish Grain Board*, som gjaldt søknad om eksportrestitusjon etter kompensasjonsordninger for valutasvingninger. Det var tvil om varen faktisk hadde nådd markedet i Storbritannia. Til dette uttalte Domstolen i avsnitt 16 at det var forvaltningens oppgave å «gjennomføre denne administrative undersøkelse med al mulig omhu for at fjerne foreliggende tvil», og at «[s]pørsmålet om bevisbyrden melder sig først, etter at det ikke ved denne undersøkelse har kunnet fastslås, hvorledes den omhandlede vare er blevet anvendt». Videre uttalte Domstolen i avsnitt 19:

²³⁵ Slik også C-246/09 *Bulicke*, avsnitt 35. Se også Sejersted (2011) s. 82.

²³⁶ Avsnitt 27. Se også C-86/19 *SL*, avsnitt 43, og C-526/04 *Laboratoires Boiron*, avsnitt 55.

²³⁷ Slik E-6/17 *Fjarskipti*, avsnitt 44, der det uttales at effektivitetsprinsippet ikke kan tolkes slik at det oppstiller samme krav som dem som følger av direktiv 2014/104/EU, som ikke er gjort til en del av EØS-avtalen, se Eriksen/Fredriksen (2019) s. 36–37.

«Såfremt forvaltningen på objektivt grunnlag nærer tvivl om de fremlagte dokumenters nøjagtighet og indleder en administrativ undersøgelse af, om der foreligger svig eller andre uregelmæssigheder vedrørende det i kontroleksempelret angivne bestemmelsessted for varene, og såfremt undersøgelsen til trods for de anstrengelser, forvaltningen er forpligtet til at udfolde, ikke har ryddet nævnte tvivl af vejen, kan forvaltningen retmæssigt betinge udbetalingen af monetære udligningsbeløb af, at det bevises, at varene virkelig er bragt i omstætning.»

Uttalelsen tilsier at tvilsrisikoen bare kan plasseres på den private part dersom forvaltningen har oppfylt sin utredningsplikt.²³⁸ Dette ligner den norske regelen i punkt 3.3.2. Domstolen viste også til bevissikringshensyn, ved å påpeke at dersom tvil ikke kunne ryddes av veien gjennom utredning, var eksportøren «den nærmeste til at fremskaffe beviset for, at varen virkelig er bragt i omsætning som angivet». Hva som blir virkningen for tvilsrisikoen ved brudd på utredningsplikten, er imidlertid ikke helt klart. Uttalelsen kan tolkes slik at tvilsrisikoen da må plasseres hos forvaltningen, slik som i norsk rett. En annen mulighet er at vedtaket blir kjent ugyldig som følge av utredningssvikt, uten at det er nødvendig å ta stilling til tvilsrisikoen. Noe svar får man ikke av dommen, ettersom EU-domstolen overlot den konkrete vurderingen til den nasjonale domstolen.

Irish Grain Board gjaldt EU-regelverk utenfor EØS-avtalen. Uttalelsene gir imidlertid uttrykk for generelle betraktninger om sammenhengen mellom utredningsplikten og tvilsrisikoen. Det tilsier at avgjørelsen er relevant også for andre deler av EU-retten, herunder reglene for det indre marked. Dessuten taler homogenitetsmålsetningen for at et tilsvarende utgangspunkt gjelder innenfor EØS-retten.²³⁹

4.4.3.4 Proporsjonalitetsprinsippet

Også proporsjonalitetsprinsippet kan utgjøre en skranke mot å plassere tvilsrisikoen hos den private part. Selv om vedtaket gjelder en søknadssituasjon etter nasjonal rett, kan nemlig selve søknadskravet utgjøre en restriksjon på EU/EØS-rettigheter. Et eksempel er nasjonale krav om tillatelse for å omsette en vare som er lovlig omsatt i en annen medlemsstat.²⁴⁰ I slike tilfeller

²³⁸ Se også GA Tizzanos forslag til avgjørelse i C-112/02 *Kolpharma*, avsnitt 88.

²³⁹ Tilsvarende Eriksen/Fredriksen (2019) s. 98.

²⁴⁰ Se C-456/10 *ANETT*, avsnitt 33, der det vises til prinsippet om gjensidig anerkjennelse av varer. Se om restriksjonsbegrepet i punkt 4.6.2.

stiller proporsjonalitetsprinsippet krav om at forvaltningen pålegges tvilsrisikoen for at vilkårene for å avslå søknaden er oppfylt.

Illustrerende er C-174/82 *Sandoz*, som gjaldt et nederlandsk krav om tillatelse for salg av varer selv om varen var lovlig omsatt i andre medlemsstater. Nederlandsk rett betinget innvilgelse av søknaden av at varen ikke medførte helserisiko, og at varene var etterspurt på det nederlandske markedet. Tvilsrisikoen var plassert hos den private part.²⁴¹ Spørsmålet var om retten til fri flyt av varer var til hinder for dette.²⁴² EU-domstolen uttalte at søknadskravet utgjorde en handelsrestriksjon, og at det samme ville gjelde hvert enkelt vedtak om avslag på søknader. Domstolen påpekte så at unntaksregelen i TFEU artikkel 36, som oppstiller proporsjonalitetskravet, skulle tolkes innskrenkende, og at det derfor «påhviler de nasjonale myndigheter [...] i hvert tilfælde at godtgøre, at den påtænkte foranstaltning oppfyller denne bestemmelses kriterier». EU-retten var dermed til hinder for å anvende nasjonal lovgivning som «gør tilladelse til at forhandle den pågældende vare betinget af, at importøren beviser, at varen ikke er sundhedsfarlig».²⁴³ Kravet om etterspørsel i markedet kunne overhodet ikke opprettholdes ettersom det ikke var begrunnet i et legitimt hensyn.²⁴⁴

Avgjørelsen viser at nasjonale myndigheter må pålegges tvilsrisikoen for at en restriksjon er begrunnet i legitime hensyn og er i tråd med proporsjonalitetsprinsippet, noe som uansett fremgår av gjennomgående praksis, se punkt 4.6. Det interessante er at dette også får betydning for tvilsrisikoen ved vilkårene for forvaltningens kompetanse etter nasjonal lovgivning. Hvert vilkår må nemlig være begrunnet i legitime hensyn, og det er nasjonale myndigheter som har tvilsrisikoen for at slike hensyn foreligger i den konkrete saken.

Det er ikke bare søknadskrav som kan utgjøre restriksjoner på EU/EØS-rettigheter – det kan også selve bevisregelen, som da må være begrunnet i legitime hensyn og være i tråd med proporsjonalitetsprinsippet. EU-domstolen har hovedsakelig underkjent andre regler enn tvilsrisikoen på dette grunnlag.²⁴⁵ Også reglene om tvilsrisiko kan imidlertid utgjøre restriksjoner, for eksempel ved å medføre nasjonalitetsbasert forskjellsbehandling. Den nevnte *Konle*-saken er et eksempel, der utlendinger var pålagt tvilsrisikoen for vilkårene for å oppnå

²⁴¹ Se s. 2448–2449 om nederlandsk rett.

²⁴² Retten til fri flyt av varer fremgår av TFEU artikkel 34 og EØS-avtalen artikkel 11.

²⁴³ Avgjørelsen avsnitt 22–24. Det samme legges til grunn i C-319/05 *Kommisjonen mot Tyskland*, avsnitt 88, C-41/02 *Kommisjonen mot Nederland*, avsnitt 47 og 69, og C-176/84 *Kommisjonen mot Hellas*, avsnitt 40.

²⁴⁴ Se avgjørelsen avsnitt 26.

²⁴⁵ F.eks. C-104/75 *De Peijper*, avsnitt 24–29, C-181/95 *Biogen*, avsnitt 45, og C-281/98 *Angonese*, avsnitt 44, om underkjennelse av bevisføringsplikter for den private part på dette grunnlag.

konsesjon, uten at det samme gjaldt østerrikske borgere. Etersom bevisregelen ikke var i tråd med proporsjonalitetsprinsippet, utgjorde dette et brudd på EU-retten.²⁴⁶

4.4.3.5 Andre generelle prinsipper

Prinsippet om gjensidig anerkjennelse kan også ha betydning for bevisreglene. Prinsippet er utviklet av EU-domstolen med utgangspunkt i reglene om fri flyt av varer, og forplikter medlemsstatene til å anerkjenne produkter som er lovlig fremstilt i andre medlemsstater.²⁴⁷ Det gjenfinnes også i sekundærretten ved plikt til å anerkjenne dokumenter, undersøkelser og vurderinger fra forvaltningsorganer i andre medlemsstater.²⁴⁸ Prinsippet legger føringer for hvordan en part kan løfte tvilsrisikoen – nemlig ved å fremlegge tillatelser eller dokumenter fra andre medlemsstater. Jeg kan imidlertid ikke finne avgjørelser der prinsippet er anvendt som grunnlag for krav til selve plasseringen av tvilsrisikoen.

Videre kan *prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse* stille krav til bevisreglene. EU- og EFTA-domstolen har imidlertid kun anvendt prinsippet som begrensning for andre bevisregler enn tvilsrisikoen. Prinsippet setter skranker mot bevisregler som hindrer domstolene i å overprøve forvaltningens vedtak. I C-222/84 *Johnston* ble for eksempel en bevisregel om at erklæringer fra statssekretæren skulle ha endelig beviskraft underkjent, ettersom den frarøvet borgeren enhver mulighet for rettslig kontroll av forvaltningsvedtaket.²⁴⁹ Det er imidlertid vanskelig å se hvordan en regel om tvilsrisikoen kan ha slik virkning, uten at også beviskravet trekkes inn i vurderingen.

4.3.4 Sammenfatning

I tråd med prinsippet om prosessuell autonomi er utgangspunktet at reglene om tvilsrisikoen fastsettes etter nasjonal rett. Analysen har likevel avdekket at EU/EØS-retten stiller en rekke krav til tvilsrisikoen i søknadssituasjoner. Det er hensiktsmessig å skille mellom konkrete regler om tvilsrisikoen i EU/EØS-lovgivningen, og mer overordnede yttergrenser som følger av generelle EU/EØS-rettslige prinsipper.

²⁴⁶ Avgjørelsen avsnitt 42.

²⁴⁷ Den grunnleggende avgjørelsen er C-120/78 *Cassis de Dijon*, se avsnitt 14.

²⁴⁸ F.eks. Yrkeskvalifikasjonsdirektivet (direktiv 2005/36/EF) artikkel 13.

²⁴⁹ Avgjørelsen avsnitt 20.

I den grad det stilles krav til tvilsrisikoen der den materielle regelen bygger på EU/EØS-lovgivning, synes det normalt å være at tvilsrisikoen plasseres hos den private part i søknadssituasjoner. Det kan skyldes påvirkning av hovedreglene i intern EU/EØS-rett, og samsvarer med hovedregelen i norsk rett. Når den materielle regelen er fastsatt i EU/EØS-lovgivningen er det EU-lovgiver som avgjør om det er tale om en søknadssituasjon, noe som forklarer at vedtakstypen kan tillegges betydning for tvilsrisikoen.

Der den materielle regelen følger av nasjonal rett, kan det ikke spores noen hovedregler om tvilsrisikoen. Nasjonale regler avgjør da om denne skal plasseres hos den private part eller forvaltningen, men reglene må holdes innenfor grensene som følger av generelle EU/EØS-rettslige prinsipper.

4.4 Inngrepssituasjoner

4.4.1 Utgangspunkt

Også for inngrepssituasjoner innebærer prinsippet om prosessuell autonomi at reglene om tvilsrisikoen normalt overlates til nasjonal rett. Dette betyr at tvilsrisikoen kan plasseres hos forvaltningen, men også hos den private part. Et eksempel er C-602/17 *Benoît Sauvage*, hvor et belgisk vedtak om beskatning av luxembourgsk inntekt ble vurdert opp mot retten til fri bevegelighet for arbeidstakere. Domstolen uttalte at EU-retten ikke var til hinder for nasjonale regler som betinget skattefordeler av at den skattepliktige «godtgjør, at betingelserne for indrømmelse af denne ret er opfyldt».²⁵⁰

Det gjelder altså heller ingen hovedregel om tvilsrisikoen i inngrepssituasjoner, men et utgangspunkt om prosessuell autonomi. Utgangspunktet rekker imidlertid bare så langt EU/EØS-retten ikke stiller krav til reglene om tvilsrisikoen. Også for inngrepssituasjoner kan kravene inndeles i ulike kategorier ut ifra om de fremgår av EU/EØS-lovgivningen eller generelle EU/EØS-rettslige prinsipper.

²⁵⁰ Avgjørelsen avsnitt 33–34. Slik også C-136/00 *Danner*, avsnitt 50, C-262/09 *Meilicke*, avsnitt 45, og C-544/11 *Petersen*, avsnitt 51, som alle gjaldt vedtak om skatt. EØS-retten omfatter ikke skatterett, men EFTA-statene må utøve beskatningskompetansen i samsvar med EØS-retten, se E-1/04 *Fokus Bank*, avsnitt 20, og E-15/16 *Yara*, avsnitt 32. Dommene er derfor relevante for EØS-retten.

4.4.2 EU/EØS-lovgivningen

I EU/EØS-lovgivningen finnes en rekke bestemmelser med krav om at det gjøres inngrep i gitte situasjoner. I tråd med prinsippet om prosessuell autonomi overlates tvilsrisikoen til nasjonal rett også i slike tilfeller. Illustrerende er det nevnte Varemerkedirektivet 2015, hvor det fremgår av fortalen at «bevisbyrden» for forvekslingsfare ikke berøres av direktivet, slik at tvilsrisikoen følger nasjonal rett for inngrep under direktivet.

Andre ganger inneholder direktiver og forordninger bestemmelser om tvilsrisiko. Dette kan være uttrykkelige bestemmelser om tvilsrisikoen, gjennom bruk av ordet «bevisbyrde» eller ved formuleringer som at en part må «godtgjøre» noe eller lignende. Regler om tvilsrisikoen kan også være en integrert del av en materiell regel i EU/EØS-lovgivningen, og må i så fall utledes av rettspraksis. Et eksempel er Legemiddeldirektivet artikkel 117, som krever at nasjonale myndigheter tilbakekaller markedsføringstillatelse for legemidler i bestemte situasjoner. Til forskjell fra søknadssituasjoner etter samme direktiv, følger det av EU-domstolens praksis at tvilsrisikoen for tilbakekall påhviler nasjonale myndigheter.²⁵¹

Domstolen gir ingen annen begrunnelse for regelen om at tvilsrisikoen påhviler myndighetene enn at det følger av «det generelle princip for fordeling af bevisbyrden» eller at regelen «uomtvistelig» er slik.²⁵² Det kan tilsi at det samme gjelder ved andre bestemmelser i EU/EØS-lovgivningen om tilbakekall av tillatelse.²⁵³ Et fellestrekk synes altså å være at i den grad EU/EØS-lovgivningen inneholder regler om tvilsrisikoen, påhviler denne som regel forvaltningen i inngrepssituasjoner. Utenom regelen om at «saksøker har bevisbyrden», stemmer dette med de tradisjonelle hovedreglene i intern EU/EØS-rett, og med hovedregelen i norsk forvaltningsrett. Det kan altså være grunn til å skille mellom søknads- og inngrepssituasjoner der den materielle regelen følger av EU/EØS-lovgivningen. Som nevnt er det EU-lovgivers regulering som da avgjør hva slags situasjon det er tale om, slik at det ikke er fare for ulike resultater ut fra den nasjonale lovgiverens regulering.

Den enkelte rettsakten kan imidlertid fastsette avvikende reguleringer, noe som også er tilfellet for Legemiddeldirektivet artikkel 117. Selv om utgangspunktet er at tvilsrisikoen påhviler myndighetene, er det innehaveren som må «godtgjør[e]» at kontrollene i artikkel 112 er utført

²⁵¹ Se f.eks. C-269/13 *Acino*, avsnitt 64, og GA Mengozzis forslag til avgjørelse i C-680/16 *Wolff m.fl. mot Kommissjonen*, avsnitt 146 og 149.

²⁵² Slik forente saker T-74, 76, 83, 85, 132, 137 og 141/00 *Artegodan*, avsnitt 191.

²⁵³ F.eks. forordning 1071/2009 artikkel 13, og MIFID II (direktiv 2014/65/EU) artikkel 8.

for å unngå tilbakekall for manglende kontroller. Sikkerhets- og harmonihensynet i direktivets fortale tilsier at reglene om tvilsrisikoen er bindende for nasjonale myndigheter.

4.4.3 Generelle EU/EØS-rettslige prinsipper

4.5.3.1 Overordnet

Selv om et forvaltningsvedtak etter nasjonal rett utgjør et inngrep i borgerens rettsstilling, stiller ikke EU/EØS-retten av den grunn krav til at tvilsrisikoen må påhvile forvaltningen. Som ved søknadssituasjoner står medlemsstatene i utgangspunktet fritt til å plassere denne hos den private part. Også ved inngrepssituasjoner må imidlertid nasjonale regler om tvilsrisikoen holdes innenfor grensene som følger av generelle EU/EØS-rettslige prinsipper.²⁵⁴

4.5.3.2 Ekvivalens- og effektivitetsprinsippet

For det første må reglene være i tråd med ekvivalens- og effektivitetsprinsippet.²⁵⁵ Som eksempel kan det vises til C-213/96 *Outokumpu Oy*, som gjaldt ileggelse av avgift på importert elektrisitet. EU-domstolen uttalte at importøren måtte sikres mulighet til å «bevise» at elektrisiteten var fremstilt etter en bestemt metode på lik linje med produsenter av innenlandsk fremstilt elektrisitet, og at finsk lovgivning uansett måtte foreskrive «nogen mulighed for importøren for at bevise» dette.²⁵⁶

4.5.3.3 Utredningsplikten

Videre gjelder den EU/EØS-rettslige utredningsplikten uavhengig av om det er tale om en søknads- eller inngrepssituasjon etter nasjonal rett. Også for inngrepssituasjoner gjelder derfor at tvilsrisikoen bare kan plasseres på den private part dersom utredningsplikten er oppfylt. Illustrerende er forente saker C-205 til 215/82 *Deutsche Milchkontor*, som gjaldt vedtak om tilbakebetalingsplikt av utbetalte støttebeløp for melkepulver. Som svar på om EU-retten inneholdt bevisregler i et slikt tilfelle, uttalte Domstolen i avsnitt 35:

²⁵⁴ Se f.eks. E-15/16 *Yara*, avsnitt 32, om at EFTA-statene må utøve kompetansen i samsvar med EØS-retten, og C-262/09 *Meilicke*, avsnitt 38, at medlemsstatene må overholde «de krav, der følger af EU-retten»,

²⁵⁵ Fastslått bl.a. i C-262/09 *Meilicke*, avsnitt 55.

²⁵⁶ Se også C-262/09 *Meilicke*, avsnitt 46, og C-326/12 *van Caster*, avsnitt 49.

«I så henseende bemærkes, at spørgsmålet om bevisbyrden, [...], i sager af den foreliggende art kun opstår i begrænset omfang. De nationale myndigheder skal først ex officio udtømme alle bevismuligheder med hensyn til, om de i fællesskabsbestemmelserne forudsatte faktiske omstændigheder foreligger i den enkelte sag. Kun i de tilfælde, hvor det er umuligt at fastslå, hvorvidt disse omstændigheder foreligger, kan der opstå spørsmål om, hvem der bærer risikoen for denne umulighed, og om de nationale myndigheder desuagtet kan retsforfølge den pågældende virksomhed.»

Dette er samme regel som i *Irish Grain Board*. Heller ikke her gis uttrykk for virkningene av at utredningsplikten ikke er oppfylt, slik at alternativene i punkt 4.3.3 gjelder også her.

4.5.3.4 Proporsjonalitetsprinsippet

Dersom vedtaket ikke bare utgjør et inngrep etter nasjonal rett, men også en restriksjon på EU/EØS-rettigheter,²⁵⁷ krever proporsjonalitetsprinsippet at forvaltningen har tvilsrisikoen for at de nasjonale vilkårene for å treffe inngrepet er oppfylt. Dette fastslo EU-domstolen, som nevnt, i C-174/82 *Sandoz*. Saken gjaldt en søknadssituasjon etter nasjonal rett, men kravet til tvilsrisikoen ble begrunnet i at den materielle regelen utgjorde en restriksjon på EU/EØS-rettigheter. Om noe annet skulle gjelde der vedtaket er et inngrep etter nasjonal rett, ville kravet til tvilsrisikoen variert ut ifra den nasjonale lovgiverens valg av regulering.

Selve regelen om tvilsrisikoen kan også utgjøre en restriksjon på EU/EØS-rettigheter.²⁵⁸ Den må da være begrunnet i legitime hensyn og overholde proporsjonalitetsprinsippet.

4.4.4 Sammenfatning

Prinsippet om prosessuell autonomi innebærer at reglene om tvilsrisikoen i utgangspunktet fastsettes etter nasjonal rett. Analysen har likevel avdekket at EU/EØS-retten stiller en rekke krav til tvilsrisikoen i inngrepssituasjoner. Det kan være konkrete regler om tvilsrisikoen i EU/EØS-lovgivningen eller mer overordnede yttergrenser etter generelle prinsipper.

²⁵⁷ Slik E-15/16 *Yara*, avsnitt 35–36.

²⁵⁸ Se f.eks. C-262/09 *Meilicke*, avsnitt 40, og C-326/12 *van Caster*, avsnitt 33–38.

I den grad det stilles krav til tvilsrisikoen der den materielle regelen fremgår av EU/EØS-lovgivning, synes det normalt å være at tvilsrisikoen skal påhvile forvaltningen i inngrepssituasjoner. Det kan skyldes påvirkning fra hovedreglene i intern EU/EØS-rett, og samsvarer med hovedregelen i norsk rett. Grunnen til at vedtakstypen kan tillegges betydning for tvilsrisikoen der den materielle regelen fremgår av EU/EØS-lovgivning, er at det da er EU-lovgivers regulering som avgjør om det er tale om en søknads- eller inngrepssituasjon.

Der den materielle regelen følger av nasjonal rett, kan det heller ikke for inngrepssituasjoner oppstilles noen hovedregel om tvilsrisikoen. Nasjonale regler avgjør om denne skal plasseres hos den private part eller forvaltningen, men reglene må holdes innenfor grensene som følger av generelle prinsipper. I slike tilfeller gir EU/EØS-retten ingen grunn til å skille mellom søknads- og inngrepssituasjoner. Dette må ses i lys av at samme faktiske forhold kan utløse en søknadssituasjon i en medlemstat, og en inngrepssituasjon i en annen. Å tillegge vedtakstypen betydning for tvilsrisikoen vil derfor medføre forskjeller i den nasjonale håndhevingen, og dermed motarbeide målet om ensartet anvendelse av EU/EØS-retten.

4.5 Særskilt om administrative sanksjoner

4.5.1 Utgangspunkt

Prinsippet om prosessuell autonomi gjelder også for administrative sanksjoner, men bare så lenge EU/EØS-retten ikke stiller krav til tvilsrisikoen. På samme måte som for søknads- og inngrepssituasjoner, kan dette følge av EU/EØS-lovgivningen og generelle prinsipper. Administrative sanksjoner behandles likevel for seg, for å vurdere om uskyldspresumsjonen i EU/EØS-retten gjør at reglene om tvilsrisikoen avviker fra alminnelige inngrepssituasjoner.

Retten til rettferdig rettergang er lovfestet i EU-charteret artikkel 47, og uskyldspresumsjonen fremgår av artikkel 48:

«Enhver, der anklages for en lovovertrædelse, skal anses uskyldig, indtil hans eller hendes skyld er bevist i overensstemmelse med loven.»

EU-charteret er ikke en del av EØS-avtalen, og er derfor egentlig ikke relevant innen EØS-retten. Under henvisning til at samtlige EØS-stater er parter til EMK, har imidlertid EFTA-

domstolen flere ganger uttalt at grunnleggende rettigheter er en del av EØS-retten.²⁵⁹ Det gjelder særlig for rettighetene i Charteret som er en kodifisering av tidligere prinsipper. Artikkel 47 og 48 faller inn under denne kategorien,²⁶⁰ og av E-15/10 *Posten Norge* avsnitt 86 fremgår at EMK artikkel 6 og Charterets artikkel 47 er «a general principle of EEA law».

Charteret artikkel 47 og 48 utgjør EU-ekvivalenten av EMK artikkel 6, og artikkel 52 nr. 3 slår uttrykkelig fast at rettighetene i Charteret har «samme betydning og omfang» som rettighetene etter EMK. Det samme er flere ganger stadfestet i EU-domstolens praksis.²⁶¹ Det skulle tilsi at de samme sanksjonene utgjør straff i EU-retten som etter EMK. Flere EU/EØS-rettslige kilder gir imidlertid uttrykk for at administrative sanksjoner ikke skal anses som straff innen EU/EØS-retten. For eksempel er administrative sanksjoner uttrykkelig unntatt fra virkeområdet til direktiv (EU) 2016/343 om visse aspekter ved uskyldspresumsjonen.²⁶² Også EU-domstolen har flere ganger uttalt at administrative sanksjoner ikke er straff.²⁶³ Og selv om EMD i *Menarini*-saken fastslo at gebyr i konkurranseretten er straff etter EMK,²⁶⁴ fremgår uttrykkelig av forordning 1/2003 artikkel 23 nr. 5 at dette ikke skal anses som straff i EU-retten. Det samme er lagt til grunn av EU-domstolen, som har uttalt at noe annet «ville være et alvorlig indgrep i Fællesskabets konkurrenceregler effektivitet».²⁶⁵

De prosessuelle garantiene i Charteret artikkel 47 og 48 kan imidlertid få anvendelse selv om administrative sanksjoner ikke anses som straff i EU/EØS-retten. På konkurranserettenens område er det for eksempel helt klart at uskyldspresumsjonen kommer til anvendelse ved ileggelse av administrative sanksjoner. Den grunnleggende dommen er C-199/92 *Hüls*, hvor Domstolen uttalte følgende i avsnitt 150:

«Det må også erkendes, at henset til karakteren af de pågældende overtrædelser samt til karakteren og den grad af hårdhed af de hertil knyttede sanktioner, finder den principielle formodning om uskyldighed anvendelse på sager vedrørende

²⁵⁹ F.eks. E-4/11 *Clauder*, avsnitt 47–49, E-28/15 *Jabbi*, avsnitt 81, og senest i E-1/20 *Kerim*, avsnitt 43.

²⁶⁰ Se C-199/92 *Hüls*, og Eriksen/Stubberud (2017) s. 234.

²⁶¹ Se C-439/11 *Ziegler mot Kommisjonen*, avsnitt 126, og C-386/10 *Chalkor*, avsnitt 51.

²⁶² Fortalen avsnitt 11. Direktivet er ikke EØS-relevant.

²⁶³ F.eks. C-240/90 *Tyskland mot Kommisjonen*, avsnitt 25, og C-210/00 *Käserei*, avsnitt 43.

²⁶⁴ *Menarini mot Italia* (dom 27. september 2011, 43509/08), avsnitt 40–42.

²⁶⁵ C-338/00 *Volkswagen mot Kommisjonen*, avsnitt 96–97. Det kan ses i lys av at EU-institusjonene tidligere manglet kompetanse på strafferettens område, se Herlin-Karnell (2016) s. 233.

tilsidesættelser af konkurrencereglerne, der gælder for virksomhederne, og som vil kunne føre til at pålægge bøder eller tvangsbøder.»²⁶⁶

Begrunnelsen knyttet til overtredelsens og sanksjonens karakter tilsier at det samme gjelder tilsvarende administrative sanksjoner på andre områder. Dette underbygges av C-45/08 *Spector*, som gjaldt bøter for overtredelse av det tidligere Markedsmisbruksdirektivet 2003 (direktiv 2003/6/EF).²⁶⁷ Domstolen viste til *Hüls*, og overtredelsens og sanksjonens karakter, og konstaterte at uskyldspresumsjonen kom til anvendelse.²⁶⁸ Det samme må gjelde for andre administrative sanksjoner hvor det ilegges gebyrer av en viss størrelse. Det kan for eksempel være gebyr etter Hvitvaskingsdirektivet 2015 (direktiv (EU) 2015/849), som kan være opptil 10 % av virksomhetens årsomsetning.²⁶⁹

Hva gjelder uskyldspresumsjonens betydning for tvilsrisikoen, legger EU- og EFTA-domstolen seg på samme linje som EMD. Gjennomgående vises til at Kommisjonen/ESA eller de nasjonale myndighetsorganet må «bevise de overtrædelser, den fastslår», og dermed at tvilsrisikoen påhviler dem.²⁷⁰ Heller ikke i EU/EØS-retten er likevel uskyldspresumsjonen til hinder for regler om at tvilsrisikoen påhviler den private part, så lenge disse «holdes inden for rimelige grænser, som tager hensyn til, hvad der er på spil, og som opretholder forsvarsrettighederne».²⁷¹ Dette tilsvarer vurderingen EMD gir anvisning på, og som legges til grunn i norsk rett. Slike unntaksregler kan følge av nasjonal lovgivning, men også av EU/EØS-lovgivningen eller generelle EU/EØS-rettslige prinsipper.

Avslutningsvis presiseres at uskyldspresumsjonens krav til tvilsrisikoen, slik de er formulert av EU-domstolen, er bindende for nasjonale domstoler. Selv om noen av de nevnte avgjørelsene gjaldt sanksjoner ilagt av Kommisjonen/ESA, er også flere av dem prejudisielle avgjørelser der uttalelsene er rettet direkte mot nasjonale myndigheter. I *Spector* var for eksempel gebyret ilagt av det belgiske bank-, finans- og forsikringstilsynet (CBFA).²⁷²

²⁶⁶ Også C-235/92 *Montecatini mot Kommisjonen*, avsnitt 176, og Kalintiri (2019) s. 27.

²⁶⁷ Nå erstattet av Markedsmisbruksforordningen 2014 (forordning 596/2014), gjennomført i norsk rett ved verdipapirhandelloven fra 1. mars 2021.

²⁶⁸ Avsnitt 42. Se også C-537/16 *Garlsson*, avsnitt 34–35.

²⁶⁹ Se artikkel 59 nr. 3. Det tilsvarer gebyr i konkurranseretten, jf. forordning 1/2003 artikkel 23 nr. 2.

²⁷⁰ Se C-199/92 *Hüls*, avsnitt 154, C-185/95 *Baustahlgewebe*, avsnitt 58, og C-235/92 *Montecatini*, avsnitt 179. For EFTA-domstolen, se E-15/10 *Posten Norge*, avsnitt 93, og E-3/16 *Ski Taxi*, avsnitt 62.

²⁷¹ Se C-45/08 *Spector*, avsnitt 43, forente saker T-56 og 73/09 *Saint-Gobain*, avsnitt 215, og C-521/09 *Elf Aquitaine*, avsnitt 62.

²⁷² Og i E-3/16 *Ski Taxi* var gebyret ilagt av det norske Konkurransetilsynet.

4.5.2 EU/EØS-lovgivningen

I sekundærretten finnes en rekke krav til at medlemsstatene må reagere med administrative sanksjoner for brudd på EU/EØS-regelverk.²⁷³ Uskyldspresumsjonen gjelder også i slike tilfeller, og den klare hovedregelen er derfor at tvilsrisikoen påhviler forvaltningen. Innenfor uskyldspresumsjonens rammer har imidlertid medlemsstatene prosessuell autonomi,²⁷⁴ og står derfor fritt til å regulere tvilsrisikoen. Dette gjelder likevel ikke dersom krav til tvilsrisikoen fremgår av EU/EØS-lovgivningen.

Et eksempel på slike regler finner man i Markedsmisbruksforordningen artikkel 12 nr. 1 bokstav a, hvor det fremgår at tvilsrisikoen for at en transaksjon er foretatt av legitime grunner påhviler den private part. Innen konkurranseretten fastsetter forordning 1/2003 artikkel 2 at tvilsrisikoen for at handlingen kan rettfærdiggjøres påhviler den private part.²⁷⁵ Reglene må praktiseres innenfor rammene av uskyldspresumsjonen, og må vurderes opp mot sanksjonens alvorlighetsgrad og inngripende karakter, samt om retten til forsvar er overholdt.

4.5.3 Generelle EU/EØS-rettslige prinsipper

Krav om bruk av administrative sanksjoner kan også følge av generelle EU/EØS-rettslige prinsipper. Der EU/EØS-retten pålegger private plikter, og forutsetter at disse håndheves av nasjonale myndigheter, krever nemlig lojalitetsprinsippet at nasjonal rett sørger for effektive og avskrekkende sanksjoner ved pliktbrudd.²⁷⁶ Innenfor uskyldspresumsjonens rammer fastsettes tvilsrisikoen av nasjonal rett i tråd med den prosessuelle autonomi, men reglene må være i overensstemmelse med generelle EU/EØS-rettslige prinsipper.

For administrative sanksjoner krever *ekvivalensprinsippet* at pliktbrudd sanksjoneres etter samme regler om tvilsrisikoen som tilsvarende nasjonale regler.²⁷⁷ Prinsippet kan derfor stille krav om at tvilsrisikoen for et lovbestemt vilkår plasseres hos den private part, dersom dette gjelder ved administrative sanksjoner for brudd på tilsvarende nasjonale regler. Videre krever *effektivitetsprinsippet* at pliktreglene sanksjoneres på en effektiv måte. Dette kan innebærer at

²⁷³ Se f.eks. Markedsmisbruksforordningen 2014 artikkel 30.

²⁷⁴ F.eks. forordning (EF) 561/2006 fortalen avsnitt 26 om at den ikke berører «nasjonale regler om bevisbyrde».

²⁷⁵ Se punkt 5.4.2 nedenfor.

²⁷⁶ Se C-68/88 *Kommisjonen mot Hellas*, avsnitt 24, og E-2/10 *Kolbeinsson*, avsnitt 47.

²⁷⁷ Op.cit., og Eriksen/Fredriksen (2019) s. 62.

tvilsrisikoen for et bestemt bevisstema, slik som den subjektive skyld, må plasseres på den private part dersom noe annet gjør det umulig for forvaltningen å bevise lovbruddet.

Proporsjonalitetsprinsippet setter grenser for hvor strenge sanksjonene kan være.²⁷⁸ Det kan tenkes at regelen om tvilsrisiko er i strid med proporsjonalitetsprinsippet. Så lenge regelen er innenfor uskyldspresumsjonens snevre grenser for unntak, er det imidlertid vanskelig å se hvordan regelen likevel kan anses å være i strid med proporsjonalitetsprinsippet.

4.5.4 Sammenfatning

Ved administrative sanksjoner oppstiller uskyldspresumsjonen et klart utgangspunkt om at tvilsrisikoen må påhvile nasjonale myndigheter ved ileggelse av administrative sanksjoner. For denne vedtakstypen kan det altså sies å gjelde en hovedregel om myndighetenes tvilsrisiko. Foruten regelen om at «saksøker har bevisbyrden», stemmer dette med de tradisjonelle hovedreglene om tvilsrisiko i intern EU/EØS-rett, og med hovedregelen i norsk forvaltningsrett.

Uskyldspresumsjonen er likevel ikke til hinder for at det innen visse grenser kan gjøres unntak fra regelen om myndighetenes tvilsrisiko. I tråd med prinsippet om prosessuell autonomi overlates det i utgangspunktet til nasjonal rett å fastsette slike unntaksregler. For den bestemte sanksjonstypen kan imidlertid særlige regler om tvilsrisikoen følge av EU/EØS-lovgivningen, og nasjonale regler må uansett være i tråd med generelle EU/EØS-rettslige prinsipper.

Avslutningsvis påpekes at selv om skillet mellom søknads- og inngrepssituasjoner generelt ikke bør tillegges betydning for EU/EØS-rettens krav til tvilsrisikoen, er det grunn til å skille administrative sanksjoner fra øvrige forvaltningsvedtak. Dette er fordi uskyldspresumsjonen gjør at det for administrative sanksjoner, til forskjell fra andre forvaltningsvedtak, gjelder en klar hovedregel om tvilsrisikoen, og snevre grenser for å gjøre unntak fra denne. Det er derfor lite igjen av den prosessuelle autonomi.

²⁷⁸ Op.cit., og Eriksen/Fredriksen (2019) s. 80–81.

4.6 Krav til restriksjoner på EU/EØS-rettigheter

4.6.1 Overordnet

Til nå har analysen dreid seg om tvilsrisikoen ved nasjonale vilkår for forvaltningens kompetanse. Innen EU/EØS-retten gjelder imidlertid også et regelsett om materielle skranker for nasjonale myndigheters kompetanse til å innføre restriksjoner på EU/EØS-rettigheter.

De materielle skrankene gjelder dersom det foreligger en (i) restriksjon på EU/EØS-rettigheter. I så tilfelle stilles krav om at restriksjonen (ii) er begrunnet i legitime hensyn, og (iii) at den overholder proporsjonalitetsprinsippet. Over de siste årene har EU-domstolen fokusert mer på bevis, bevisføring og bevisvurdering ved disse spørsmålene.²⁷⁹ Derfor finnes også mange uttalelser om tvilsrisikoen i rettspraksis. Det må påpekes at de fleste avgjørelsene gjelder nasjonale lovbestemmelser, og ikke forvaltningsvedtak. I begge tilfeller er imidlertid spørsmålet om det nasjonale tiltaket utgjør et inngrep i EU/EØS-rettigheter, og det er ingen grunn til at reglene om tvilsrisikoen skal være annerledes for forvaltningsvedtak. EU- og EFTA-domstolen ser heller ikke ut til å tillegge dette skillet betydning. For eksempel gjaldt *Sandoz*-saken et forvaltningsvedtak,²⁸⁰ hvor uttalelsene om tvilsrisikoen samsvarer med det som legges til grunn i saker om nasjonal lovgivning.

Videre undersøkes om EU/EØS-retten inneholder regler om tvilsrisikoen for hver av de nevnte vurderingene. I den forbindelse tas det stilling til om vurderingene reiser faktiske spørsmål, eller om det er tale om rent rettslige vurderinger der reglene om tvilsrisiko ikke kommer til anvendelse. Det vurderes også om det er tale om bindende regler som nasjonale myndigheter må følge, og hva det i så fall betyr for den prosessuelle autonomi.

4.6.2 Restriksjonsspørsmålet

Først må det vurderes om det foreligger en restriksjon på EU/EØS-rettigheter. Herunder må det tas stilling til virkningene av det nasjonale tiltaket.²⁸¹ Dette reiser klart nok faktiske spørsmål som er gjenstand for bevisførsel, slik at reglene om tvilsrisikoen kommer til anvendelse.²⁸²

²⁷⁹ I samme retning, se Shuibne/Maci (2013) s. 965.

²⁸⁰ Det samme gjelder E-3/00 *ESA mot Norge*, og C-224/97 *Enrich Ciola*, avsnitt 32.

²⁸¹ Se C-333/14 *Scotch Whisky*, avsnitt 31, C-8/74 *Dassonville*, avsnitt 5, og C-481/12 *Juvelta*, avsnitt 16.

²⁸² Se f.eks. E-6/96 *Wilhelmsen*, avsnitt 66–70, der det vises til bevis for faktiske forhold.

Praksis fra EU- og EFTA-domstolen viser at tvilsrisikoen for at det foreligger en restriksjon påhviler den som anfører at det er tilfellet. I traktatbruddsaker er dette Kommisjonen/ESA, mens den private parten vil ha tvilsrisikoen i prejudisielle saker.²⁸³ Et forvaltningsvedtak kan utgjøre en restriksjon uavhengig av om det er tale om en søknads- eller inngrepssituasjon etter nasjonal rett, og vedtakstypen tillegges derfor naturlig nok ikke betydning for tvilsrisikoen.²⁸⁴

4.6.3 Krav om legitime hensyn

Hvilke hensyn som er legitime er dels fastsatt i traktatfestede unntaksbestemmelser, og må dels utledes av EU-domstolens praksis.²⁸⁵ Hvis det er klart hvilke hensyn tiltaket forfølger, er det et rent rettslig spørsmål om hensynet er legitimt etter EU/EØS-retten. Det kan imidlertid også oppstå spørsmål om hvilke hensyn tiltaket reelt forfølger. I E-3/06 *Ladbrokes* var det for eksempel spørsmål om «hvilke hensyn lovgivningen det gjelder virkelig tar sikte på å ivareta».²⁸⁶ Dette gjelder faktiske forhold og aktualiserer reglene om tvilsrisikoen. EU- og EFTA-domstolens praksis er helt klar på at tvilsrisikoen i slike tilfeller skal påhvile nasjonale myndigheter.²⁸⁷ Heller ikke her har vedtakstypen etter nasjonal rett noen betydning.

Det må likevel påpekes at bevisspørsmålene er noe spesielle. Vanligvis kreves *bevis for faktiske forhold som normen knytter rettsvirkninger til*, for eksempel ved at loven krever at en person er «arbeidstaker» eller lignende. Dersom den nasjonale lovbestemmelsen utgjør en restriksjon på EU/EØS-rettighetene, etterspør imidlertid kravet om legitime hensyn *bevis for faktiske forhold som begrunner normen*. Dette er en type kontroll med lovgiver som er nokså ukjent i norsk rett. Riktignok overprøver norske domstoler også lovgiver vurderinger ved spørsmål om en lov er forenlig med Grunnloven eller EMK, men dette går sjeldent ut på å vurdere om lovgiver «i virkeligheten» forfulgte en skjult agenda.²⁸⁸ Tvilsrisikoen ved denne type spørsmål er derfor ikke tematisert i kapittel 3 om norsk rett.

Dersom det er et nasjonalt forvaltningsvedtak som utgjør restriksjonen, kan imidlertid dette sammenlignes med bevisvurderingen under forbudet mot utenforliggende hensyn, se punkt

²⁸³ Se C-110/05 *Kommisjonen mot Italia*, avsnitt 55–57, C-512/08 *Kommisjonen mot Frankrike*, avsnitt 56 (traktatbruddsaker), og E-4/04 *Pedice*, avsnitt 45, med henvisning til E-1/94 *Restamark*, avsnitt 47 (prejudisielle avgjørelser). Se også Oliver (2010) s. 153.

²⁸⁴ Se C-174/82 *Sandoz* som søknadssituasjon, og C-262/09 *Meilicke* og E-15/16 *Yara* som inngrepssituasjoner.

²⁸⁵ Se Sejersted (2011) s. 294.

²⁸⁶ Avgjørelsen avsnitt 43 og 46. Se også E-15/16 *Yara*, avsnitt 38.

²⁸⁷ Se C-110/05 *Kommisjonen mot Italia*, avsnitt 62, E-3/06 *Ladbrokes*, avsnitt 42. Se også Oliver (2010) s. 153 og Fredriksen/Mathisen (2018) s. 132.

²⁸⁸ Tilsvarende Fredriksen (2011) s. 42.

3.6.2. Etter EU/EØS-retten er regelen da at forvaltningen pålegges tvilsrisikoen for hvilke hensyn vedtaket reelt forfølger, uavhengig av om det samme gjelder etter norsk rett.

4.6.4 Proporsjonalitetsprinsippet

Proporsjonalitetsprinsippet stiller krav om at restriksjonen er egnet, nødvendig og forholdsmessig sett opp mot formålet. I juridisk teori er det hevdet at kravene aktualiserer rent rettslige vurderinger, og at reglene om tvilsrisikoen derfor ikke kommer til anvendelse. For eksempel har Graver skrevet følgende:

«De spørsmål som skal godtgjøres er imidlertid ikke faktiske, men rettslige spørsmål. Det er derfor ikke snakk om en bevisbyrde i vanlig forstand, men snarere om en argumentasjonsbyrde. Hvis medlemsstaten gjennom sin argumentasjon ikke kan vise at restriksjonen er forholdsmessig, vil domstolen avgjøre at den strider mot traktatens restriksjonsforbud.»²⁸⁹

Synspunktet er altså at EU-domstolen viser til en argumentasjonsbyrde i betydningen hvem av partene som skal overbevise retten om at deres forståelse av jussen er korrekt. En slik argumentasjonsbyrde er fremmed i norsk rett, der retten har ansvar for rettsanvendelsen.²⁹⁰ Til støtte for sitt syn viser Graver til at det sjeldent føres bevis for at tiltaket er nødvendig, og at det avgjørende heller er om myndighetene kan argumentere overbevisende for dette.

Graver kan ha rett i at EU-domstolen anvender «bevisbyrde» også om en bredere argumentasjonsbyrde. Man kommer likevel ikke utenom at den rettslige normen skal anvendes på et faktum, og at det til grunn for denne må ligge en bevisvurdering.²⁹¹ Det er nemlig umulig å ta stilling til om et tiltak er egnet eller nødvendig uten å vurdere hvilke virkninger tiltaket faktisk har.²⁹² Dette er faktiske forhold som aktualiserer tvilsrisikoen. Når disse er avklart, er selve vurderingen av om forholdene tilfredsstillende egnethets- og nødvendighetskravet et rent rettslig spørsmål som er overlatt til domstolen.²⁹³

²⁸⁹ Graver (1995) s. 224–225. Se også Shuibne/Maci (2013) s. 996 og s. 970, Nordback (2007) s. 434, og Fenger (2004) s. 816–817.

²⁹⁰ Se tvl. § 11-3.

²⁹¹ Tilsvarende Røberstad (2021) s. 144 om barnets beste-vurderingen.

²⁹² I E-3/06 *Ladbrokes*, avsnitt 57 og 61, nevnes flere faktiske forhold som måtte avklares.

²⁹³ I samme retning, se E-16/10 *Philip Morris*, avsnitt 86, om at proporsjonalitetsvurderingen «bygger på faktiske forhold». Se også Fredriksen/Mathisen (2018) s. 132, fotnote 395.

Også ved proporsjonalitetsprinsippet er imidlertid bevisspørsmålene av spesiell karakter. For det første er det ikke faktisk-historiske hendelser som skal bevises, men forhold av fremtidig og hypotetisk karakter.²⁹⁴ Dette kan få betydning for reguleringen av usikkerhet. Dersom restriksjonen er en nasjonal lovbestemmelse, er også dette en type domstolskontroll som er ukjent i norsk rett. Norske domstoler kontrollerer sjeldent lovgivers faktagrunnlag for å avgjøre om loven er egnet og nødvendig for å møte formålet den er satt til å fremme.²⁹⁵ Heller ikke denne typen tvilsrisiko er derfor tematisert i kapittel 3. Der forvaltningsvedtak utgjør restriksjonen kan imidlertid vurderingen sammenlignes med forbudet mot sterkt urimelige avgjørelser.

I henhold til langvarig praksis fra EU- og EFTA-domstolen har nasjonale myndigheter tvilsrisikoen for at restriksjonen er proporsjonal. Det gjelder klart nok uavhengig av om restriksjonen utgjør en søknads- eller inngrepssituasjon etter nasjonal rett. Standardfrasen lyder slik:

«Ifølge fast retspraksis tilkommer det medlemsstaterne, når de har indført en foranstaltning, der udgør en undtagelse til et EU-retligt princip, i hvert enkelt tilfælde at godtgøre, at nævnte foranstaltning er egnet til at sikre, at det påberåbte mål nås, og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt med henblik på at nå dette mål. De hensyn, der kan påberåbes af en medlemsstat, skal derfor ledsages af en analyse af egnetheden og forholdsmæssigheden af den foranstaltning, som medlemsstaten har truffet, så vel som præcise oplysninger til støtte for dens argumentation [...].»²⁹⁶

Enkelte avgjørelser kan likevel skape tvil ved om det alltid er myndighetene som har tvilsrisikoen. Et eksempel er C-110/05 *Kommisjonen mot Italia*, som gjaldt et italiensk lovbestemt forbud mot mopedtilhengere.²⁹⁷ I tråd med standardsetningen ovenfor, uttalte Domstolen først at «ifølge fast retspraksis påhviler det de kompetente nationale myndigheter at godtgøre» at tiltaket er proporsjonalt.²⁹⁸ For nødvendighetsvurderingen, hadde både GA Léger og GA Bot lagt avgjørende vekt på at italienske myndigheter ikke hadde fremlagt «noget

²⁹⁴ Tilsvarende Fredriksen/Mathisen (2018) s. 132.

²⁹⁵ Se Løvlie (2019a) s. 140–141.

²⁹⁶ Utdraget er hentet fra C-379/11 *Caves Krier Frères*, avsnitt 49. Se også C-651/16 *DW*, avsnitt 34, C-73/08 *Bressol*, avsnitt 71, og E-3/06 *Ladbrokes*, avsnitt 42.

²⁹⁷ Saken gjaldt forbudet mot importrestriksjoner som fremgår av TFEU artikkel 34 og EØS-avtalen artikkel 11.

²⁹⁸ Avgjørelsens avsnitt 62, jf. avsnitt 59.

konkret bevis» for at forbudet var nødvendig.²⁹⁹ EU-domstolen var imidlertid av en annen oppfatning, og uttalte i avsnitt 66:

«Selv om det er korrekt, at det påhviler den medlemsstat, der påberåber sig tvingende hensyn for at berettigede en hindring for de frie varebevægelser, at bevise, at dens lovgivning er passende og nødvendig for at nå det forfulgte formål, kan man ikke på grundlag af denne bevisbyrde gå så vidt som til at kræve, at medlemsstaten positivt skal bevise, at ingen anden tænkelig foranstaltning kan gøre det muligt at nå det nævnte formål på de samme vilkår [...]».

I juridisk teori er avgjørelsen tolket slik at tvilsrisikoen ble pålagt Kommisjonen istedenfor medlemsstaten.³⁰⁰ Domstolens formulering, herunder at det «påhviler den medlemsstat [...] at bevise, at dens lovgivning er passende og nødvendig», tilsier imidlertid klart at tvilsrisikoen påhvilde myndighetene. Noe annet er at EU-domstolens uttalelser innebærer at det ikke er vanskelig å løfte tvilsrisikoen, ettersom myndighetene ikke behøver å «positivt» bevise at ingen andre tiltak kunne oppfylle formålet i samme grad. Dette tyder på at det var beviskravet som ble omtalt, og ikke tvilsrisikoen. At proporsjonalitetsvurderingen er av hypotetisk og fremtidig karakter får altså betydning for reguleringen av usikkerhet gjennom beviskravet, men ikke gjennom reglene om tvilsrisikoen.³⁰¹

Samlet sett tolker jeg C-110/05 *Kommisjonen mot Italia* slik at tvilsrisikoen ble plassert hos nasjonale myndigheter i tråd med hovedregelen, men at Domstolen lempet på beviskravet.³⁰² I motsatt fall innebærer avgjørelsen et avvik fra fast og entydig rettspraksis, uten at dette begrunnes.³⁰³ I utenlandsk litteratur er det fastholdt at tvilsrisikoen for at restriksjonen er proporsjonal alltid påhviler nasjonale myndigheter, og at dette er «entirely understandable, since national measures that restrict or potentially restrict free movement are justifiable only as exceptions to the rights conferred by EU law».³⁰⁴

²⁹⁹ GA Légers forslag til avgjørelse, avsnitt 56, og GA Bots forslag til avgjørelse, avsnitt 169.

³⁰⁰ Se f.eks. Oliver (2010) s. 221–222.

³⁰¹ I samme retning, se Sejersted (2011) s. 295.

³⁰² Den etterfølgende C-400/08 *Kommisjonen mot Spania*, hvor EU-domstolen viste til uttalelsen i C-110/05 *Kommisjonen mot Italia*, underbygger dette, se avsnitt 75, og særlig avsnitt 83–85.

³⁰³ Se Oliver (2010) s. 221–222 for kritikk av dommen på dette grunnlag.

³⁰⁴ Shuibne/Maci (2013) s. 972.

4.6.5 Sammenfatning

Analysen har vist at det kan oppstilles klare regler om tvilsrisikoen ved de materielle skrankene for nasjonale myndigheters kompetanse til å innføre restriksjoner på EU/EØS-rettighetene. Tvilrisikoen for (i) at det foreligger en restriksjon påhviler den private parten, mens nasjonale myndigheter har tvilsrisikoen for at (ii) restriksjonen er begrunnet i legitime hensyn, og (iii) at den er i tråd med proporsjonalitetsprinsippet. Hvorvidt restriksjonen er en søknads- eller inngrepssituasjon etter nasjonal rett har ingen betydning for tvilsrisikoen i disse tilfellene. Dette er ikke overraskende all den tid noe annet ville innebære at reglene varierte ut ifra den nasjonale lovgiverens regulering.

De nevnte reglene stemmer ikke med regelen om at «saksøker har bevisbyrden». Videre er det vanskelig å avgjøre hvem som anfører det rettsstiftende eller rettsendrende alternativ – er det myndighetene som ønsker å innføre restriksjonen, eller den private part som ønsker å oppheve den?³⁰⁵ Restriksjoner kan imidlertid anses som inngrep i EU/EØS-rettighetene, og reglene kan derfor sammenlignes med hovedregelen i norsk forvaltningsrett om at myndighetene har tvilsrisikoen for at inngrepsvilkårene er oppfylt.

Til slutt må det fremheves at reglene klart nok er bindende for nasjonale domstoler der de skal ta stilling til om restriksjonen er i tråd med EU/EØS-retten. Flere av avgjørelsene nevnt i dette punktet er nemlig prejudisielle avgjørelser, der uttalelsene er direkte rettet mot behandlingen i nasjonale domstoler. Også i juridisk teori fremheves at reglene er bindende for nasjonale myndigheter.³⁰⁶ Det tas til og med til orde for at reglene er en integrert del av den EU/EØS-rettslige normen om restriksjoner på de fire friheter, ved at de «traverses procedural law and manifests as part of the material development of free movement law too».³⁰⁷ Nasjonal rett kan altså ikke fastsette andre regler om tvilsrisikoen for disse spørsmålene. Reglene gjør derfor et innhugg i medlemsstatenes prosessuelle autonomi.

4.7 Sammenfatning og vurdering

Undersøkelsen av EU/EØS-rettens krav til tvilsrisikoen har vist seg å være vanskelig. Dette skyldes dels at reglene må utledes av rettspraksis, noe som gjør rettskildebildet fragmentert og

³⁰⁵ Se Skoghøy (2017) s. 917 om reglene som unntak fra utgangspunktet om rettsendrende/rettsstiftende alternativ, og at dette begrunnes i bevissikringshensyn.

³⁰⁶ Se Oliver (2010) s. 221.

³⁰⁷ Shuibne/Maci (2013) s. 968.

lite oversiktlig, og dels at språkbruken om reglene er flertydig og inkonsekvent. Også innen EU/EØS-retten er det derfor behov for opprydning i språket om tvilsrisikoen.

Gjennom kapittelet er det fremhevet at prinsippet om prosessuell autonomi innebærer at reglene fastsettes etter nasjonal rett, og at det derfor vanskelig kan utledes generelle regler om tvilsrisikoen på EU/EØS-rettslig nivå. Der den materielle regelen bygger på EU/EØS-lovgivning, synes det likevel som at eventuelle krav oftest innebærer at tvilsrisikoen skal påhvile den private part i søknadssituasjoner, og forvaltningen i inngrepssituasjoner. Der den materielle regelen følger av nasjonal rett kan det overhodet ikke oppstilles noen hovedregel om tvilsrisikoen. Nasjonale regler avgjør om tvilsrisikoen skal plasseres hos den private part eller forvaltningen, men reglene må holdes innenfor grensene som følger av generelle EU/EØS-rettslige prinsipper. Prinsippene stiller samme krav til tvilsrisikoen uavhengig av om det er tale om en søknads- eller inngrepssituasjon, og det er derfor ingen grunn til å skille mellom disse i slike tilfeller.

På generelt grunnlag er det likevel hensiktsmessig å skille mellom administrative sanksjoner og andre vedtakstyper. Også i EU/EØS-retten gjelder nemlig uskyldspresumsjonen i slike tilfeller, og denne oppstiller en klar hovedregel om at tvilsrisikoen må påhvile forvaltningen. Innenfor rammene av uskyldspresumsjonen har riktignok medlemsstatene prosessuell autonomi, men bare så lenge hverken EU/EØS-lovgivningen eller generelle prinsipper stiller krav til tvilsrisikoen. Videre er det grunn til å behandle reglene om tvilsrisikoen ved restriksjoner på de fire friheter som en egen kategori. I slike tilfeller oppstiller EU/EØS-retten faste regler om tvilsrisikoen som er bindende for nasjonale myndigheter. For reglene om tvilsrisikoen er det derfor ingenting igjen av den prosessuelle autonomi.

Hva gjelder EU/EØS-rettens betydning for reglene om tvilsrisikoen i norsk forvaltningsrett, må det fremheves at EØS-retten er en del av norsk rett, og skal ved motstrid gå foran norske bestemmelser som regulerer samme forhold, jf. EØS-loven § 2. Forrangsbestemmelsen kommer imidlertid sjelden på spissen i praksis.³⁰⁸ Før det konstateres motstrid, må nemlig de norske reglene, så langt det er mulig, tolkes i tråd med EU/EØS-retten. Dette følger av det alminnelige

³⁰⁸ Se Sejersted (2011) s. 286, som viser til at bestemmelsen egentlig ikke gir uttrykk for noe forrangsprinsipp, men snarere et tolkningsprinsipp eller et «forsterket presumsjonsprinsipp».

presumsjonsprinsippet, og særskilt av lojalitetsprinsippet og prinsippet om EØS-konform fortolkning innen EU/EØS-retten.³⁰⁹

I kapittel 3 er det fremhevet at tvilsrisikoen fastsettes etter tolkning av kompetansegrunnlaget. Der den materielle regelen har en side til EU/EØS-retten, er de internasjonale kildene en del av kompetansegrunnlaget, og må derfor trekkes inn i tolkningen. Ved fastsettelsen av tvilsrisikoen må det altså ses hen til den norske lovbestemmelsen, EU/EØS-lovgivningen, generelle EU/EØS-rettslige prinsipper og praksis fra EU- og EFTA-domstolen. I slike tilfeller bør norske rettsanvendere ta inn over seg at det tradisjonelle skillet mellom søknads- og inngrepssituasjoner ikke kan opprettholdes ved EU/EØS-rettens krav til tvilsrisikoen.

Fastsettelsen av tvilsrisikoen i norsk forvaltningsrett er, som nevnt, påvirkelige av en rekke hensyn og interesser, og reglene er derfor tilbøyelige til å tolkes i tråd med EU/EØS-rettens krav. Til dette kommer at hensynene som påvirker fastsettelsen av tvilsrisikoen stort sett er de samme i EU/EØS-retten som i norsk forvaltningsrett. For eksempel viser *Deutsche Milchkontor* og *Irish Grain Board* at utredningsplikten og bevissikringshensyn virker inn på tvilsrisikoen slik som i norsk rett. Videre påvirkes tvilsrisikoen av grunnleggende rettigheter som uskyldpresumsjonen innenfor begge rettssystem. Av den grunn vil det sjelden oppstå kollisjonstilfeller mellom norske regler og EU/EØS-regler om tvilsrisikoen, uten at motstrid lar seg tolke vekk i tråd med presumsjonsprinsippet. Dette fordrer imidlertid at norske rettsanvendere er oppmerksomme på EU/EØS-rettens krav til tvilsrisikoen. Hvorvidt det er tilfellet, drøftes nærmere i kapittel 5.

³⁰⁹ Se Rt. 2000 s. 1811, s. 1827. Se nærmere om presumsjonsprinsippet i Sejersted (2011) s. 265–273.

5 Tvilsrisikoen i tre eksempler

5.1 Innledning

Kapittel 3 og 4 gjaldt generelle trekk ved reglene om tvilsrisikoen i norsk forvaltningsrett og EU/EØS-retten. I kapittel 5 utdypes dette gjennom en analyse av tvilsrisikoen for tre konkrete typetilfeller. Dette er (i) vedtak om oppholdskort for ektefeller av EØS-borgere, (ii) vedtak på føre-var-prinsippets område, og (iii) overtredelsesgebyr i konkurranseretten. Eksemplene er valgt fordi de på ulike måter illustrerer og utdyper den generelle drøftelsen i kapittel 3 og 4.

Formålet er for det første å vurdere om det er hensiktsmessig å forholde seg til reglene om tvilsrisikoen på abstraksjonsnivået i de tidligere kapitlene, eller om hvert typetilfelle bør vurderes konkret.³¹⁰ Videre undersøkes om reglene om tvilsrisikoen i norsk forvaltningsrett er i tråd med EU/EØS-rettens krav. Overholdelse av kravene fordrer at norske rettsanvendere er oppmerksomme på dem. Et annet siktemål er derfor å vurdere om, og i hvilken grad, EU/EØS-rettens krav til tvilsrisikoen kommer til uttrykk i norske rettskilder.

Ved tolkning av norske regler med en side til EU/EØS-retten gjelder presumsjonsprinsippet. Herunder skal norske regler tolkes i tråd med *den ferdig fortolkede internasjonale regelen*. Først bør derfor EU/EØS-regelen identifiseres og fastlegges, før de norske rettskildene tolkes i lys av denne.³¹¹ I tråd med dette vil EU/EØS-rettslige kilder tolkes først for å avklare hvilke krav som stilles til tvilsrisikoen. Deretter redegjøres for den norske regelen. Det korrekte er da å tolke norske rettskilder i lys av EU/EØS-regelen. Ettersom formålet er å vurdere om norske regler er i tråd med EU/EØS-retten, og om EU/EØS-retten hensyntas i norske rettskilder, vil det likevel kun ses hen til hvordan tvilsrisikoen omtales i de norske rettskildene.

³¹⁰ For sistnevnte, se Robberstad (2021) s. 39.

³¹¹ Arnesen/Stenvik (2015) s. 71–72. Høyesteretts fremgangsmåte er ikke konsekvent, f.eks. fastlegges til tider den «rent nasjonale regelen» først, se Rt. 2005 s. 833. Arnesen/Stenvik støttes i Fredriksen (2010) s. 98.

5.2 Vedtak om oppholdskort for EØS-borgeres ektefeller

5.2.1 Overordnet

Utlendingsloven kapittel 13 har egne regler om oppholdskort for EØS-borgere og deres familiemedlemmer, for å oppfylle Norges forpliktelser etter Unionsborgerdirektivet (direktiv 2004/38/EF).³¹² Bestemmelsene gir tredjelandsborgere avledet rett til opphold innenfor EØS-området dersom de er familiemedlemmer av EØS-borgere. Begrunnelsen er at noe annet kan hindre EØS-borgeres mulighet til å utøve retten til fri bevegelighet innen EØS-området.³¹³ Reglene sikrer altså at EØS-borgeren effektivt kan utøve sine rettigheter.

EØS-borgeres familiemedlemmer plikter å skaffe oppholdskort ved opphold i Norge for mer enn tre måneder, jf. utlendl. § 118 første ledd.³¹⁴ Et vilkår for utstedelse er at utlendingen har rett til opphold, for eksempel ved å være EØS-borgerens «ektefelle».³¹⁵ Utlendl. § 120 sjette ledd fastsetter at oppholdskort kan nektes utstedt dersom «det er sannsynlig at ekteskapet er inngått [...] med det hovedformål å skaffe søkeren lovlig opphold innenfor EØS-området». Bestemmelsen bygger på Unionsborgerdirektivet artikkel 35 om misbruk av rettigheter,³¹⁶ som lyder:

«Medlemsstatene kan treffe de nødvendige tiltak for å nekte, oppheve eller tilbakekalle rettigheter i henhold til dette direktiv ved misbruk av rettigheter eller bedrageri, f.eks. proformaekteskap.»

I fortalen avsnitt 28 omtales proformaekteskap som «forhold som er inngått bare for å utnytte retten til fri bevegelighet og fritt opphold».³¹⁷ I dette punktet drøftes reglene om tvilsrisikoen ved domstolskontrollen med forvaltningens avslag på oppholdskort med grunnlag i proformaekteskap.³¹⁸ Spørsmålet er om tredjelandsborgeren må bevise at ekteskapet er reelt, eller om myndighetene må bevise at ekteskapet er proforma.

³¹² Se Ot.prp. nr. 72 (2007–2008) s. 6. Direktivet er inntatt i EØS-avtalen vedlegg V og VIII.

³¹³ Se f.eks. E-1/20 *Kerim*, avsnitt 41, og E-4/19 *Campbell*, avsnitt 61.

³¹⁴ En slik ordning er også foreskrevet i direktivet artikkel 9.

³¹⁵ Se direktivets artikkel 2 nr. 2 bokstav a og utlendl. § 110 tredje ledd bokstav a.

³¹⁶ Prop. 30 L (2009–2010) s. 7.

³¹⁷ Det har vært spørsmål om direktivet oppstiller en snevrere definisjon av proformaekteskap enn utlendl. § 120 sjette ledd, slik at sistnevnte må tolkes innskrenkende, se E-1/20 *Kerim*, avsnitt 47–50.

³¹⁸ Muligheten for domstolskontroll ble tatt inn i utlendingsforskriften § 19-23 tredje ledd i 2018 for å oppfylle saksbehandlingsgarantiene etter direktivet, se TOSLO-2017-137376.

5.2.2 EU/EØS-retten

Prinsippet om medlemsstatenes prosessuelle autonomi tilsier at reglene om tvilsrisikoen er overlatt til nasjonal rett. Dette gjelder imidlertid bare så lenge hverken direktivet selv eller EU/EØS-rettslige prinsipper stiller krav til tvilsrisikoen.

Hverken Unionsborgerdirektivet eller dets fortale nevner tvilsrisikoen ved avslag på søknad om oppholdskort. Heller ikke har EU-domstolen uttalt seg om tvilsrisikoen ved misbruk av rettigheter som følge av proformaekteskap.³¹⁹ En slik anledning hadde EFTA-domstolen i den nylig avsatte E-1/20 *Kerim*. Saken var foranlediget av at norske utlendingsmyndigheter hadde avslått en afghansk manns søknad om oppholdskort begrunnet i at ekteskapet med en rumensk kvinne var proforma. Foreleggelsen fra Høyesterett gjaldt hovedsakelig tolkningen av den materielle regelen, men i innleggene for EFTA-domstolen ble også bevisreglene nevnt.

I innleggene fra Danmark, ESA og Kommisjonen, påpekte samtlige at nasjonale myndigheter har tvilsrisikoen for at det foreligger misbruk i form av proformaekteskap.³²⁰ Kommisjonen påpekte videre at den ankende parts anførsler krevde en vurdering av om myndighetene hadde «anvendt reglene om bevisbyrde feil, og at den ankende part med urette måtte bevise at ekteskapet var reelt».³²¹ Kommisjonen oppfordret EFTA-domstolen til å gi opplysninger «om både innsamlingen og vurderingen av fakta».³²²

Det er likevel uklart om EFTA-domstolen uttalte seg om tvilsrisikoen. Det ble riktignok vist til tilfeller med «tvil om ekteskapet er reelt»,³²³ hvor tvilsrisikoen aktualiseres. Domstolen virker imidlertid kun å uttale seg om utredningsplikten, og ikke om reglene om tvilsrisikoen. Gjennomgående vises til «undersøkelsen» av ekteskapet og at myndighetene må «bringe på det rene» hva som var formålet med ekteskapet. I avsnitt 55 uttales at forvaltningen må «bringe på det rene, ved hjelp av relevante bevis, om arten av det aktuelle ekteskapet *ikke er reelt*» (min utheving). Her er bevistemaet utformet mot myndighetene, noe som kan tilsi at tvilsrisikoen skal påhvile dem. Det er imidlertid en vidtrekkende tolkning av en uttalelse som egentlig synes å rette seg mot utredningsplikten. Samlet sett gir dommen lite veiledning om tvilsrisikoen.

³¹⁹ Sist sjekket 18. mai 2021.

³²⁰ Se Rettsmøterapporten, E-1/20-16 *Kerim*, henholdsvis avsnitt 71, 99 og 153–154.

³²¹ Op.cit. avsnitt 152.

³²² Op.cit. avsnitt 134.

³²³ Se E-1/20 *Kerim*, avsnitt 49–50.

EU-domstolen har tidligere behandlet andre typer misbruk enn proformaekteskap etter Unionsborgerdirektivet artikkel 35. Heller ikke i disse sakene har Domstolen tatt uttrykkelig stilling til tvilsrisikoen. I C-456/12 *O. og B.*, og C-202/13 *McCarthy m.fl.*, vises imidlertid til at det kreves bevis *for misbruk*.³²⁴ At bevistemålet utformes mot myndighetene, tilsier at tvilsrisikoen påhviler dem. Det samme bør i så fall gjelde for misbruk ved proformaekteskap.

I E-1/20 *Kerim* påpekte EFTA-domstolen at direktivet artikkel 35 gir uttrykk for et generelt prinsipp om forbud mot misbruk av EU/EØS-rettighetene.³²⁵ Prinsippet gjelder innenfor hele EU/EØS-retten, og er av EU-domstolen omtalt som «det almindelige fællesskabsretlige princip om forbud mot retsmisbrug».³²⁶ Det er derfor relevant å se hen til rettspraksis om tvilsrisikoen ved misbruksregelen fra andre rettsområder.

Et eksempel er forente saker C-116 og 117/16 *T Danmark*, hvor spørsmålet var om to selskap kunne nektes skattefritak som følge av misbruk av EU/EØS-rettigheter. Om plasseringen av tvilsrisikoen påpekte EU-domstolen at det påhvilde «de selskaber [...] at godtgøre, at de opfylder de objektive betingelser» for skattefritak. Dersom nasjonale myndigheter hadde til hensikt å nekte skattefritak begrunnet i retsmisbruk, «påhviler det derimod denne myndighed at godtgøre, at de elementer, som udgør et sådant misbruk, foreligger».³²⁷ Dette er en klar uttalelse om at tvilsrisikoen skal påhvile nasjonale myndigheter ved spørsmål om misbruk av EU/EØS-rettigheter. Den generelle formuleringen tilsier videre at det samme må gjelde ved misbruk i form av proformaekteskap etter Unionsborgerdirektivet artikkel 35.

At tvilsrisikoen må påhvile nasjonale myndigheter støttes også av Kommisjonens håndbok om proformaekteskap. Her fremgår at tvilsrisikoen for at det foreligger et *gyldig* ekteskap påhviler ektefellene, men at det ikke kan kreves at ektefellene beviser at ekteskapet er *genuint*. For sistnevnte spørsmål mener Kommisjonen at «[t]he burden of proof clearly rests on the national authorities».³²⁸ Selv om dette ikke er en bindende rettskilde,³²⁹ stemmer det med EU-domstolens praksis på andre områder, og virker derfor å gi uttrykk for gjeldende rett.

³²⁴ Se henholdsvis formuleringen «bevis for et sådant misbrug» i avsnitt 58, og «bevis på, at der er tale om misbrug» i avsnitt 54.

³²⁵ Avgjørelsen avsnitt 36–39, der det også vises til EU-domstolens praksis på andre områder.

³²⁶ Se bl.a. C-321/05 *Kofoed*, avsnitt 38. Også EFTA-domstolen har lagt til grunn at dette er «et grunnleggende prinsipp i EØS-retten», se E-15/16 *Yara*, avsnitt 49.

³²⁷ Se avgjørelsen avsnitt 116–117. Tilsvarende er lagt til grunn i C-251/16 *Cussens m.fl.*, avsnitt 60.

³²⁸ KOM (2014) s. 28.

³²⁹ Se Sejersted (2011) s. 57 om den praktiske betydningen til Kommisjonens praksis og retningslinjer.

Begrunnelsen for kravet om at tvilsrisikoen må påhvile nasjonale myndigheter, synes å være at konstatering av misbruk utgjør en restriksjon på EU/EØS-rettigheter. Kommisjonen viser for eksempel til «the principle of law that the person who lays charges has to prove the charges», og omtaler avgjørelser om å nekte oppholdskort som følge av misbruk som «a decision restricting EU rights to free movement and residence».³³⁰ Umiddelbart virker dette unaturlig, ettersom direktivet selv oppstiller søknadskrav for oppholdskort. Retten til fri bevegelse gjelder dessuten kun for EØS-borgeres reelle familiemedlemmer. Avslaget på søknaden synes derfor å være en konstatering av at søkeren ikke har den rettigheten det søkes om, og ikke som en restriksjon på allerede etablerte rettigheter.

På den annen side oppstiller direktivet bare som vilkår at tredjelandsborgeren er «ektefelle» av EØS-borgeren, og ikke tilleggsvilkår som at ekteskapet er «reelt» eller lignende. Det virker derfor som at retten til opphold utløses av at ekteskapet formelt er gyldig. Proformaekteskap er også gyldig, og unntaket kan derfor anses som en restriksjon på retten til opphold. Artikkel 35 er dessuten utformet som en inngrepsbestemmelse, ved at nasjonale myndigheter gis kompetanse til å «nekte, oppheve eller tilbakekalle rettigheter etter dette direktiv». Direktivet og EFTA-domstolen oppstiller dessuten krav om at avgjørelsen må være proporsjonal.³³¹ Dette taler ytterligere for at avslag utgjør en restriksjon på EU/EØS-rettigheter. Dermed er det helt i tråd med praksis fra andre områder at tvilsrisikoen påhviler myndighetene, se punkt 4.6.

Samlet trekker EU/EØS-rettslige kilder klart i retning av at tvilsrisikoen må påhvile nasjonale myndigheter ved avslag på oppholdskort som følge av proformaekteskap. Dette er altså et EU/EØS-rettslig krav som gjør unntak fra prinsippet om prosessuell autonomi. Regelen om myndighetenes tvilsrisiko kan anses som en integrert del av den EU/EØS-rettslige normen om misbruk, noe uttalelsene i *T Danmark* tyder på. Det samsvarer også med den generelle regelen om myndighetenes tvilsrisiko ved restriksjoner på EU/EØS-rettigheter.

5.2.3 Norsk rett

Her vurderes hvem som har tvilsrisikoen etter norske rettskilder. Etter utlendl. § 118 må tredjelandsborgeren søke om oppholdskort, og det er derfor tale om en søknadssituasjon etter

³³⁰ KOM (2014) s. 28 og 29.

³³¹ Se direktivet artikkel 35 siste setning, og E-1/20 *Kerim*, avsnitt 36. Se også KOM (2014) s. 29.

norsk rett. Den generelle hovedregelen i forvaltningsretten tilsier derfor at tvilsrisikoen påhviler den private part. Unntak kan likevel følge av kompetansegrunnlaget, og dette må derfor tolkes.

Tvilsrisikoen ved utstedelse av oppholdskort nevnes hverken i utlendingsloven eller i forarbeidene til utlendl. § 120. I forarbeidene omtales imidlertid tvilsrisikoen ved den tilsvarende § 40 fjerde ledd i utlendingslovens alminnelige regler.³³² Utvalget viste til at spørsmål om proformaekteskap kan oppstå både ved søknad om opphold, og ved tilbakekall av en gitt tillatelse. Dette aktualiserer skillet mellom søknads- og inngrepsituasjoner, noe utvalget også kommenterte:

«Det forhold at de sakene som faller inn under den første kategorien av tilfeller gjelder en søknad om et begunstigende vedtak, mens sakene i den andre kategorien gjelder tilbakekall av en gitt tillatelse/endring av en begunstigende vurdering, tilsier at bevisspørsmålet kan vurderes forskjellig, slik at det i den første typen av tilfeller skulle være søkeren som må sannsynliggjøre at ekteskapet er reelt, mens det i den andre typen av tilfeller er myndighetene som må sannsynliggjøre at ekteskapet er proforma.»³³³

Om dette hadde blitt regelen ville det være i strid med EU/EØS-retten. Utvalget stoppet imidlertid ikke der, men uttalte at «[s]terke rimelighetsgrunner taler for at det også i søknadstilfellene bør påhvile myndighetene å sannsynliggjøre at ekteskapet er inngått proforma eller tilsvarende». Departementet sluttet seg til denne betraktningen, og det er senere lagt til grunn i rettspraksis knyttet til § 40 fjerde ledd.³³⁴

Høyesterett har ikke uttalt seg om tvilsrisikoen ved utlendl. § 120 sjette ledd. I juridisk teori og underrettspraksis er det imidlertid lagt til grunn at tvilsrisikoen påhviler forvaltningen, med henvisning til rettspraksis knyttet til utlendl. § 40 fjerde ledd.³³⁵ Ved utlendl. § 120 sjette ledd gjøres altså unntak fra hovedregelen i norsk forvaltningsrett om at tvilsrisikoen påhviler den private part i søknadssituasjoner. Unntaket fanges imidlertid opp av setningsbygningslæren ettersom utlendl. § 120 sjette ledd er utformet slik at det er myndighetenes faktumpåstand som må bevises.

³³² NOU 2004:20 s. 226–230.

³³³ NOU 2004:20 s. 229.

³³⁴ Se Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 190, Rt. 2006 s. 1657, avsnitt 33, og Rt. 2013 s. 937, avsnitt 36.

³³⁵ Se Einarsen, Norsk Lovkommentar (2015) note 331A, LB-2018-32774 og TOSLO-2012-112718.

Den norske regelen om myndighetenes tvilsrisiko stemmer med EU/EØS-rettens krav om det samme. EU/EØS-rettslige kilder er imidlertid ikke trukket inn i vurderingen av tvilsrisikoen i de norske kildene knyttet til utlendl. § 120 sjette ledd. Dette til tross for at forarbeidene fremhever at bestemmelsen er en oppfølging av Unionsborgerdirektivet artikkel 35.³³⁶ At bestemmelsen likevel ble utformet etter § 40 fjerde ledd som modell, fremfor direktivet, er ikke begrunnet. Også i juridisk teori og underrettspraksis er regelen om tvilsrisiko kopiert fra § 40 fjerde ledd, uten at det vises til EU/EØS-rettslige kilder. Regelen om myndighetenes tvilsrisiko begrunnes altså etter norske kilder i systembetraktninger og i «sterke rimelighetshensyn», men ikke i at dette er et EU/EØS-rettslig krav.

For øvrig tar ikke norske rettskilder hensyn til at avslag på oppholdskort begrunnet i proformaekteskap utgjør en restriksjon på EU/EØS-rettigheter. Dette er hverken problematisert i forarbeidene eller i rettspraksis. Lagmannsretten foretok heller ingen vurdering av vedtakets proporsjonalitet i *Kerim*-saken,³³⁷ noe som er et materielt krav ved slike restriksjoner. Dette er riktignok nevnt i lovkommentaren til utlendl. § 120, hvor det vises til «sanksjoner mot bekvemmelighetsekteskap», og at disse må være «proporsjonale (forholdsmessige)».³³⁸ Hva dette innebærer for tvilsrisikoen nevnes imidlertid ikke.

5.2.4 Sammenfatning

Analysen har avdekket at EU/EØS-retten stiller krav til at tvilsrisikoen påhviler nasjonale myndigheter ved avslag på oppholdskort som følge av proformaekteskap. Dette begrunnes i at slike avslag utgjør restriksjoner på retten til fri bevegelighet. Regelen stemmer derfor med EU/EØS-rettens generelle krav om at tvilsrisikoen må påhvile myndighetene i slike tilfeller.

Samme resultat følger av en tolkning av utlendl. § 120 sjette ledd i lys av norske rettskilder. At myndighetene pålegges tvilsrisikoen utgjør her et unntak fra hovedregelen om at søkeren har tvilsrisikoen i søknadssituasjoner, men stemmer med setningsbygningens læren. I dette tilfellet kan man altså i større grad stole på lovens formulering fremfor det tradisjonelle skillet mellom søknads- og inngrepssituasjoner i norsk forvaltningsrett.

³³⁶ Se Prop. 30 L (2009–2010), henholdsvis side 7 og 10.

³³⁷ LB-2019-33460.

³³⁸ Einarsen, Norsk Lovkommentar (2015) note 331A.

Det er problematisk at EU/EØS-rettslige kilder overhodet ikke nevnes i vurderingen av tvilsrisikoen i de norske kildene. Regelen om myndighetenes tvilsrisiko fremstår derfor å være den norske lovgiverens valg med grunnlag i sterke rimelighetshensyn. Det kan lede til en misoppfatning av at lovgiver fritt kan endre regelen, eller at det kan gjøres unntak i konkrete situasjoner, uten at det vil være problematisk ut fra EU/EØS-retten. Eksempelet illustrerer derfor hvordan EU/EØS-rettens krav til tvilsrisikoen tildekkes ved ikke å vies oppmerksomhet i norske rettskilder.

5.3 Vedtak på føre-var-prinsippets område

5.3.1 Overordnet

I dette punktet undersøkes tvilsrisikoen ved vedtak på føre-var-prinsippets område. Prinsippet omtales «forsiktighedsprincippet» på dansk, og «precautionary principle» på engelsk. Føre-var-prinsippet er imidlertid en godt innarbeidet betegnelse i norsk rett,³³⁹ og brukes derfor videre.

Føre-var-prinsippet ble utviklet innen internasjonal miljørett for å møte problemer knyttet til manglende kunnskap om naturens reaksjon på inngrep.³⁴⁰ Prinsippet er sentralt i EU/EØS-retten, og er nedfelt i TFEU artikkel 191 og EØS-avtalens fortale avsnitt 9 på området for miljøbeskyttelse. I praksis er prinsippets anvendelsesområde utvidet til å omfatte saker som berører menneskers helse og sikkerhet, samt dyr og planters sunnhet.³⁴¹ I norsk rett er føre-var-prinsippet tradisjonelt knyttet til miljøretten, hvor det er nedfelt i Grl. § 112 og nml. § 9. Prinsippet er ikke lovfestet på andre områder, men har gjennom praksis fått tilsvarende virkeområde som i EU/EØS-retten. Det anvendes blant annet i forvaltningen av matloven, genteknologiloven, vannressursloven, konsesjonsloven og legemiddeloven.³⁴² Til forskjell fra de to andre eksemplene, angår analysen i punkt 5.3 altså et regelsett som gjør seg gjeldende på tvers av flere rettsområder, og ikke et konkret rettsspørsmål.

³³⁹ «Føre-var-prinsippet» anvendes også i EØS-avtalens fortale avsnitt 9, og E-4/04 *Pedical* avsnitt 59.

³⁴⁰ Se bl.a. Klimakonvensjonen artikkel 3 nr. 3, og Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) s. 103.

³⁴¹ Se forente saker T-74, 76, 83, 85, 132, 137 og 141/00 *Artegodan*, avsnitt 183–184, C-192/01 *Kommisjonen mot Danmark*, og E-3/00 *ESA mot Norge*. Dette har fått gjennomslag i f.eks. Matlovsforordningen (forordning (EF) nr. 178/2002) artikkel 7, som er gjennomført i norsk rett ved matlovsforskriften § 1.

³⁴² Se henholdsvis Ot.prp. nr. 100 (2002–2003) s. 51–52, NOU 2000:29 s. 32, Ot.prp. nr. 39 (1998–1999) s. 343, Ot.prp. nr. 79 (2002–2003) s. 14, og Ot.prp. nr. 55 (2001–2002) s. 33.

Føre-var-prinsippet kan påberopes av myndighetene for å iverksette tiltak for å avbøte negative konsekvenser for de vernede interessene, selv om det ikke finnes sikre bevis på at slike konsekvenser foreligger.³⁴³ Kjernen i føre-var-prinsippet er nemlig at man ved usikkerhet om faktiske forhold skal la tvilen komme miljøet, sunnheten og sikkerheten til gode.³⁴⁴ Prinsippet er derfor ansett å ha betydning for tvilsrisikoen, ved at det «would tend to shift the burden of proof and require the person who wishes to carry out an activity to prove that it will not cause harm».³⁴⁵ Dette er bakgrunnen for at det er interessant å se nærmere på vedtak på føre-var-prinsippets område.

For at føre-var-prinsippet skal få betydning for tvilsrisikoen, må prinsippet komme til anvendelse i den konkrete saken. Prinsippet kan nemlig ikke påberopes i enhver situasjon, men forutsetter at visse vilkår er oppfylt. Herunder kreves at det identifiseres potensielle farlige følger av et produkt eller handling, og at det påvises at det ikke er mulig ut ifra vitenskapelige bevis å definere risikoen med sikkerhet, men at sannsynligheten for reell skade foreligger dersom risikoen inntreffer.³⁴⁶ Det er nasjonale myndigheter som har tvilsrisikoen for at prinsippet kommer til anvendelse.³⁴⁷ Myndighetene må altså bevise at prinsippet kan anvendes, før prinsippet kan få betydning for tvilsrisikoen ved de øvrige vilkårene for å treffe vedtaket. I det videre forutsettes at prinsippet kommer til anvendelse.

Prinsippet kan påberopes av myndighetene i ulike tilfeller, og dets betydning for tvilsrisikoen analyseres derfor ut ifra ulike situasjoner. For det første vurderes tvilsrisikoen ved *vilkårene for forvaltningens kompetanse* til å treffe vedtak. Herunder undersøkes både tilfeller der den materielle regelen fremgår av EU/EØS-lovgivningen, og der den materielle regelen bygger på nasjonal rett. For det andre undersøkes prinsippets betydning for tvilsrisikoen ved *materielle skranker for forvaltningens kompetanse til å innføre restriksjoner på EU/EØS-rettighetene*. Prinsippet kan påberopes som grunnlag både for å avslå en søknad, og for å gjøre inngrep overfor den enkelte. Det kan imidlertid ikke begrunne administrative sanksjoner. Det er derfor søknads- og inngrepssituasjoner som analyseres. Først analyseres EU/EØS-rettslige kilder om tvilsrisikoen, før det ses hen til norske rettskilder.

³⁴³ Se f.eks. C-333/08 *Kommisjonen mot Frankrike*, avsnitt 91, og NOU 2000:29 s. 32.

³⁴⁴ Se Bugge (2014) s. 55.

³⁴⁵ Se Sands/Peel (2018) s. 234, som riktignok påpeker at det er usikkert om dette har slått gjennom i praksis.

³⁴⁶ Se C-192/01 *Kommisjonen mot Danmark*, avsnitt 48–51, C-333/08 *Kommisjonen mot Frankrike*, avsnitt 92–93 og E-3/00 *ESA mot Norge*, avsnitt 30–31. Se også KOM (2000) 1 s. 3 og s. 13.

³⁴⁷ Dette er fastslått i C-333/08 *Kommisjonen mot Frankrike*, avsnitt 96, og E-3/00 *ESA mot Norge*, avsnitt 35.

5.3.2 EU/EØS-retten

5.3.2.1 Vilkår for forvaltningens kompetanse i EU/EØS-lovgivningen

Her vurderes om føre-var-prinsippet får betydning for tvilsrisikoen ved søknadskrav eller inngrepshjemler i EU/EØS-lovgivningen. Eksempler er krav om tillatelse for å utsette GMO-er i miljøet etter Utsettingsdirektivet (direktiv 2001/18/EF),³⁴⁸ og inngrepshjemmelen i Legemiddeloven artikkel 117. Prinsippet om prosessuell autonomi innebærer at tvilsrisikoen fastsettes etter nasjonal rett, med mindre EU/EØS-retten stiller krav til disse reglene. Det må derfor vurderes om slike krav gjelder der føre-var-prinsippet gjør seg gjeldende.

På området for matsikkerhet kan Åpenhetsforordningen EFSA (forordning (EU) 2019/1381) tilsi at det stilles krav om at tvilsrisikoen pålegges den som søker om en tillatelse på føre-var-prinsippets område. Av fortalen avsnitt 19 fremgår:

«Godkendelsesprocedurer er baseret på princippet om, at det påhviler ansøgeren eller anmelderen at bevise, at genstanden for en ansøgning eller anmeldelse opfylder Unionens krav. Dette princip er baseret på den antagelse, at menneskers sundhed, dyresundheden og, hvis det er relevant, miljøet er bedre beskyttet, når det er ansøgeren eller anmelderen, der har bevisbyrden, da det er denne, der skal bevise, at genstanden for en ansøgning eller underretning er sikker forud for dens markedsføring, og ikke de offentlige myndigheder, der for at få den forbudt på markedet skal bevise, at den er farlig.»

Forordningen gjelder direkte risikovurderinger som foretas av EUs matsikkerhetsbyrå (EFSA), og ikke av nasjonale myndighetsorganer. Heller ikke er den innlemmet i EØS-avtalen ennå.³⁴⁹ Uttalelsen gjelder imidlertid gjeldende rett etter søknadsordninger på området for matsikkerhet. Dette omfatter vurderinger foretatt av nasjonale myndighetsorganer etter sekundærrett som allerede er en del av EØS-avtalen.³⁵⁰ Den siterte uttalelsen tilsier derfor at ved nasjonale myndigheters håndhevelse av søknadskrav i EU/EØS-retten må tvilsrisikoen plasseres hos

³⁴⁸ Føre-var-prinsippet er uttrykkelig nevnt i direktivets fortale avsnitt 8. Utsettingsdirektivet er gjennomført i norsk rett ved genteknologiloven.

³⁴⁹ Se departementets EØS-notat (2. desember 2020).

³⁵⁰ F.eks. Matlovsforordningen artikkel 14, som er gjennomført i norsk rett gjennom matlovsforskriften § 1.

søkeren på føre-var-prinsippets område. Begrunnelsen er at dette vil gi bedre beskyttelse av interessene som føre-var-prinsippet skal verne.

Samme regel gjelder utenfor matsikkerhetsområdet. Et eksempel er T-74, 76, 83, 85, 132, 137 og 141/00 *Artegodan*, som gjaldt søknad om markedsføringstillatelse etter det tidligere Legemiddeldirektivet (direktiv 65/65/EØF). Retten uttalte at «bevisbyrdeordningen» skulle benyttes «i overensstemmelse med forsigtighedsprinsippet», og at det derfor påhvilde «den virksomhet, der anmoder om en markedsføringstilladelse for et lægemiddel, at påvise» at vilkårene for søknaden var oppfylt.³⁵¹

På føre-var-prinsippets område stilles altså krav om at tvilsrisikoen må plasseres hos den private part ved søknadsordninger i EU/EØS-lovgivningen. Spørsmålet er om det samme gjelder der EU/EØS-lovgivningen oppstiller inngrepshjemler. At kjernen i føre-var-prinsippet er at tvilen skal komme miljøet, sunnheten og sikkerheten til gode, kan tilsa at tvilsrisikoen også her skal påhvile den private part.

EU-domstolens praksis støtter imidlertid ikke opp om en slik regel. I *Artegodan*-saken uttalte Retten seg også om tvilsrisikoen ved inngrep etter Legemiddeldirektivet. Retten viste til at den generelle regelen «uomtvistelig» var at tvilsrisikoen påhvilde myndighetene ved endring, tilbakekall eller suspensjon av en markedsføringstillatelse. Det var anført at føre-var-prinsippet snudde om på dette, slik at tvilsrisikoen påhvilde innehaveren av tillatelsen. Til dette uttalte Retten:

«I modsætning til det af sagsøgerne anførte kan erkendelsen af, at berettiget tvivl vedrørende et lægemiddels effekt eller uskadelighed i tilfælde av videnskabelig usikkerhed kan retfærdiggøre en sikkerhedsforanstaltning, *ikke sidestilles med, at bevisbyrden vendes om.*»³⁵²

Dette tilsier at føre-var-prinsippet får betydning for beviskravet, ved at «berettiget tvivl» er tilstrekkelig. Det medfører derimot ikke at tvilsrisikoen vendes fra myndighetene til den private. Det samme er uttalt av *GA Mengozzi* i C-680/16 *Wolff m.fl. mot Kommisjonen*. Her fremheves at «selv om det beviskrav som Kommissionen skal opfylde, er mindre omfattende i dette

³⁵¹ Avsnitt 174 og 188.

³⁵² Avsnitt 191 (min utheving).

tilfælde, påhviler forpligtelsen til at fastslå de faktiske omstændigheder [...] fortsat denne institution». Det kunne derfor ikke oppstilles noen «omvendt bevisbyrde».³⁵³

Det kan riktignok innvendes at når beviskravet settes så lavt som «berettiget tvivl», går tvil om faktiske forhold i realiteten ut over den private part. Tvilsrisikoen, i betydningen risikoen for at beviskravet ikke er oppfylt, påhviler likevel myndighetene. Føre-var-prinsippet gir altså ikke grunnlag for å snu tvilsrisikoen til den private part ved inngrepshjemler i EU/EØS-lovgivningen. Det motsatte gjelder ved søknadskrav, der tvilsrisikoen må plasseres hos den private part som følge av føre-var-prinsippet. At føre-var-prinsippet får betydning for tvilsrisikoen i søknadssituasjoner, men ikke inngrepssituasjoner, begrunnes ikke. Det kunne vært begrunnet i at konsekvenshensyn går foran beskyttelsen av de interesser føre-var-prinsippet verner om i inngrepstilfellene, men dette løftes ikke frem av EU-domstolen.

Der den materielle regelen følger av EU/EØS-lovgivningen, tillegges altså skillet mellom søknads- og inngrepssituasjoner betydning for tvilsrisikoen. Som påpekt tidligere er det EU-lovgiver som foretar kategoriseringen av vedtakstypen i slike tilfeller. Å tillegge vedtakstypen betydning utgjør derfor ikke fare for ulik håndhevelse i medlemsstatene.

5.3.2.2 *Vilkår for forvaltningens kompetanse i nasjonal rett*

Videre vurderes om EU/EØS-retten åpner for å tillegge føre-var-prinsippet betydning for tvilsrisikoen ved søknadskrav og inngrepshjemler i nasjonal lovgivning. Prinsippet om prosessuell autonomi innebærer at tvilsrisikoen i utgangspunktet fastsettes etter nasjonal rett. Dersom vedtaket utgjør en restriksjon på EU/EØS-rettigheter, stilles imidlertid normalt krav om at myndighetene har tvilsrisikoen for at vilkårene i nasjonal rett er oppfylt, se punkt 4.3.3 og 4.4.3. Spørsmålet er om føre-var-prinsippet kan påberopes for å snu tvilsrisikoen til den private part. Dette omtales i Kommisjonens meddelelse om føre-var-prinsippet:

«Lande, som kræver en forudgående godkendelse (salgstilladelse) for produkter, som de forlods vurderer som farlige, *har indført omvendt bevisbyrde*, idet disse produkter behandles som farlige, indtil og med mindre erhvervslivet udfører det videnskabelige arbejde, der er nødvendigt for at påvise at de er sikre.

³⁵³ Se forslaget til avgjørelsen avsnitt 147–149. Se også C-269/13 *Acino*, avsnitt 84, og T-189/13 *Nature-Balance*, avsnitt 43.

Hvis der ikke findes en forudgående godkendelsesprocedure, kan det være forbrugerens eller de offentlige myndigheders ansvar å påvise farens art og risikoen ved et produkt eller en proces. I disse tilfælde træffes det måske en *specifik forsigtighedsforanstaltning for at placere bevisbyrde hos producenten eller importøren*, men dette kan ikke gøres til en generel regel.»³⁵⁴

Dette tilsier at på føre-var-prinsippets område kan tvilsrisikoen plasseres hos den private part både i søknads- og inngrepssituasjoner etter nasjonal rett, selv om vedtaket utgjør en restriksjon på EU/EØS-rettigheter. Riktignok må myndighetene først bevise at føre-var-prinsippet kommer til anvendelse, jf. «forlods vurderer som farlige». Myndighetene kan derfor ikke uten videre avslå en søknad eller gjøre inngrep fordi den private part ikke har løftet tvilsrisikoen knyttet til at produktet ikke er helseskadelig.

Kommisjonens meddelelse er ikke bindende,³⁵⁵ og det kan stilles spørsmål ved om uttalelsen bygger på korrekt rettsoppfatning. Den strider mot det EU-domstolen ellers legger til grunn, herunder at tvilsrisikoen må påhvile myndighetene ved restriksjoner på EU/EØS-rettigheter. Dette ble lagt til grunn i *Sandoz*, selv om føre-var-prinsippet kom til anvendelse i saken.³⁵⁶ I samme retning kan det vises til E-3/00 *ESA mot Norge*, hvor næringsmiddelmyndighetene hadde avslått en søknad om salg av cornflakes under henvisning til føre-var-prinsippet. EFTA-domstolen uttalte at det forelå et brudd på retten til fri flyt av varer fordi søknaden var avslått uten at myndighetene hadde «showed that the fortification in question would present any danger to public health».³⁵⁷

Både *Sandoz* og *ESA mot Norge* tilsier at tvilsrisikoen må påhvile nasjonale myndigheter der vedtaket utgjør en restriksjon. Dette gjelder uavhengig av om vedtaket er en søknads- eller inngrepssituasjon, og selv om føre-var-prinsippet kommer til anvendelse. Kommisjonens meddelelse kan altså ikke anses å gi uttrykk for gjeldende rett. At føre-var-prinsippet ikke kan snu tvilsrisikoen i disse tilfellene er imidlertid ikke begrunnet nærmere. En mulig forklaring er også her at konsekvenshensyn, og særlig hensynet til den private parts EU/EØS-rettigheter, tillegges vekt fremfor interessene føre-var-prinsippet skal beskytte.

³⁵⁴ KOM (2000) 1, s. 4 og s. 21 (min utheving).

³⁵⁵ Se Sejersted (2011) s. 57.

³⁵⁶ Se avgjørelsen avsnitt 15, der Domstolen viser til føre-var-prinsippet.

³⁵⁷ Avsnitt 35.

5.3.2.3 Restriksjoner på EU/EØS-baserte rettigheter

Til slutt undersøkes tvilsrisikoen ved proporsjonalitetsprinsippet som materiell skranke for nasjonale myndigheters kompetanse til å innføre restriksjoner på EU/EØS-rettigheter. Den EU/EØS-rettslige regelen er vanligvis at tvilsrisikoen må påhvile nasjonale myndigheter. Spørsmålet er om noe annet gjelder på føre-var-prinsippets område.

Forente saker C-171 og 172/07 *Apothekerkammer* kan tolkes i denne retning. Spørsmålet var om det var i strid med etableringsretten å forbeholde drift av apotek til farmasøyter.³⁵⁸ Dette var en prejudisiell avgjørelse, men Kommisjonen hadde inngitt uttalelse i saken, og anførte at nødvendighetskravet ikke var oppfylt. Domstolen viste imidlertid til føre-var-prinsippet, og uttalte i avsnitt 55:

«Kommissionen har bortset fra almindelige betragtninger ikke fremlagt noget forhold der kan godtgøre, hvilket konkret system der med samme effektivitet som regelen om udelukkelse af personer, der ikke er farmaceuter, kan sikre at de nævnte lovregler i praksis ikke tilsidesættes uanset de bemærkninger, der er fremført i foregående præmis i denne dom.»

I avsnitt 57 fastholdt Domstolen at det ikke var «godtgjort» at mindre inngripende tiltak kunne oppfylle formålet i samme grad.³⁵⁹ Formuleringene tilsier at tvilsrisikoen ikke påvilte nasjonale myndigheter, men *Kommisjonen*. Dette er en merkelig uttalelse all den tid Kommisjonen ikke er part i prejudisielle saker. Dersom tvil skal komme myndighetene til gode i en slik sak, betyr det i realiteten at tvilsrisikoen pålegges den private part. Følgelig synes føre-var-prinsippet å gjøre unntak fra regelen om myndighetenes tvilsrisiko.

Partenes bevisførsel fremgår imidlertid ikke av den skriftlige avgjørelsen. Det kan derfor være at tyske myndigheter hadde ført bevis for at tiltaket var nødvendig, uten at Kommisjonen hadde ført noen motbevis. I så fall kan Domstolens uttalelser egentlig dreie seg om en annen regel enn tvilsrisikoen – nemlig bevisføringsbyrden. Det er klart at denne vil skifte til Kommisjonen eller den private part dersom nasjonale myndigheter først har lagt frem tilstrekkelige bevis for sin

³⁵⁸ Etableringsretten er fastsatt i TFEU artikkel 49 og EØS-avtalen artikkel 31.

³⁵⁹ Se i samme retning C-375/90 *Kommisjonen mot Hellas*, avsnitt 20–25.

påstand. Dette er, som GA Kokott har uttalt, uttrykk for «den normale forpliktelse til skiftevis at fremlægge beviser».³⁶⁰

Fredriksen og Mathisen tolker *Apothekerkammer* slik at Domstolen oppstilte en presumsjon om at tiltaket var nødvendig, og at det var opp til Kommisjonen å føre motbevis.³⁶¹ De sier imidlertid ingenting om begrunnelsen for eller innholdet av en slik presumsjon. Om det skal forsøkes å gi denne et innhold, kan det være at restriksjonen presumeres å være nødvendig dersom myndighetene beviser at føre-var-prinsippet kommer til anvendelse. Det er så opp til Kommisjonen/ESA eller den private part å føre motbevis.

Avgjørelsen i E-16/10 *Philip Morris* kan underbygge at det gjelder en slik presumsjon, men denne gangen for egnethets- og ikke nødvendighetskravet. Saken gjaldt det norske utstillingsforbudet for tobakk. EFTA-domstolen viste til føre-var-prinsippet, og at forbudet «etter sin art synes egnet til å begrense, i alle fall på lang sikt, forbruket av tobakk». Deretter uttalte domstolen at «[i] mangel av klare bevis for det motsatte, kan et tiltak av denne type således ses som egnet til å beskytte folkehelsen».³⁶² Dette kan tilsi at tiltaket presumeres å være egnet dersom myndighetene beviser at føre-var-prinsippet kommer til anvendelse. EFTA-domstolen går likevel et skritt lenger enn *Apothekerkammer*, ved å kreve «klare bevis» for at mindre inngripende tiltak kunne oppfylle formålet i samme grad. Dette er et høyt beviskrav som gjør det vanskeligere for den private part å motbevise presumsjonen.

Det er interessant at EFTA-domstolen oppstilte presumsjonen ved egnethetskravet, fremfor nødvendighetskravet som i *Apothekerkammer*. Fredriksen og Mathisen fremholder at nødvendighetsvurderingen ble overlatt til norske domstoler uten tilsvarende føringer.³⁶³ Det er imidlertid ikke riktig, all den tid EFTA-domstolen uttalte seg om dette i avsnitt 85:

«Det følger av rettspraksis at EØS-avtalen artikkel 13 må tolkes strengt fordi den gjør unntak fra det frie varebytte innenfor EØS-området. Derfor er det de nasjonale myndigheter som må godtgjøre at reglene er nødvendige for å oppnå det erklærte mål, og at målet ikke kan nås ved bruk av mindre omfattende forbud eller restriksjoner som påvirker samhandelen innenfor EØS-området i mindre grad [...].»

³⁶⁰ GA Kokotts forslag til avgjørelse i C-105/04 *FEG*, avsnitt 73 og 74.

³⁶¹ Se Fredriksen/Mathisen (2018) s. 133.

³⁶² Avgjørelsen avsnitt 84.

³⁶³ Se Fredriksen/Mathisen (2018) s. 133.

Her finnes ikke spor av tilnærmingen i *Apothekerkammer*. Derimot uttales helt uforbeholdent at tvilsrisikoen for at tiltaket er nødvendig påhviler nasjonale myndigheter. Dette er i tråd med regelen som gjelder utenfor føre-var-prinsippet.³⁶⁴ Årsaken til at EFTA-domstolen oppstilte legalpresumsjonen ved egnethetskravet, og ikke nødvendighetskravet, er uklar. Det må likevel nevnes at EFTA-domstolen oppstilte et så lavt beviskrav ved nødvendighetskravet, «rimelig grunn til å tro»,³⁶⁵ at risikoen for tvil i realiteten ble plassert hos den private part.

Det er uansett ingen konsekvent praksis på føre-var-prinsippets område. I andre avgjørelser legger nemlig EU-domstolen uten videre til grunn at tvilsrisikoen påhviler nasjonale myndigheter, selv om føre-var-prinsippet gjør seg gjeldende.³⁶⁶ Prinsippet får imidlertid innvirkning på beviskravet i samtlige avgjørelser, ved at det er tilstrekkelig for myndighetene å bevise at det er «rimelig grund til at antage» at tiltaket er egent og nødvendig for å redusere eller forhindre risikoen.³⁶⁷

Praksis fra EU- og EFTA-domstolen er altså nokså uklar og sprikende. Ikke bare er det innbyrdes motstrid mellom avgjørelsene, men det er også vanskelig å fastslå hvilken bevisregel domstolene uttaler seg om. Det kan være tvilsrisikoen, bevisføringsbyrden, beviskravet eller presumsjoner. Stort sett uttaler domstolene uttrykkelig at tvilsrisikoen påhviler nasjonale myndigheter, men tar deretter i bruk andre virkemidler for å gjøre det lettere å løfte denne – slik som et lavt beviskrav, eller en presumsjon i myndighetenes favør. Dette kan være bakgrunnen for at det i norske fremstillinger om EU/EØS-retten fremholdes at føre-var-prinsippet gjør unntak fra regelen om myndighetenes tvilsrisiko.³⁶⁸ Som Graver skrev i 2002, har EU-domstolen ført en praksis hvor «tvilen [må] komme sunnheten til gode».³⁶⁹

³⁶⁴ EFTA-domstolen henviste også til C-421/09 *Humanplasma*, hvor føre-var-prinsippet ikke kom til anvendelse.

³⁶⁵ Avsnitt 83.

³⁶⁶ Se f.eks. C-333/14 *Scotch Whisky*, avsnitt 54, C-28/09 *Kommisjonen mot Østerrike*, avsnitt 140 og 150–151, C-649/18 *Daniel B m.fl.*, avsnitt 110–111, og GA Saugmandsgaard ØEs forslag til avgjørelse i C-649/18 *Daniel B m.fl.*, avsnitt 131. Tilsvarende Oliver (2010) s. 221.

³⁶⁷ F.eks. C-649/18 *Daniel B m.fl.*, avsnitt 113.

³⁶⁸ Se f.eks. Fredriksen/Mathisen (2018) s. 132 og NOU 2019:5 s. 736.

³⁶⁹ Graver (2002) s. 92–93.

5.3.3 Norsk rett

5.3.3.1 Vilkår for forvaltningens kompetanse i EU/EØS-lovgivningen

Her undersøkes om norske kilder omtaler føre-var-prinsippets betydning for tvilsrisikoen ved søknadskrav eller inngrepshjemler med grunnlag i EU/EØS-lovgivningen. Eksempler på dette er genteknologiloven § 10 med søknadskrav for utsetting av GMO-er,³⁷⁰ matloven § 23 som blant annet hjemler forbud mot import,³⁷¹ og legemiddelforskriften § 5-12 om tilbakekall av markedsføringstillatelse for legemidler.

Ingen av de nevnte lovene har bestemmelser om tvilsrisikoen. Stort sett nevnes heller ikke tvilsrisikoen i forarbeidene,³⁷² og spørsmålet er ikke behandlet i Høyesterett for noen av de nevnte bestemmelsene. De norske rettskildene gir altså ingen veiledning for plasseringen av tvilsrisikoen, noe som tilsier at man må falle tilbake på hovedreglene om tvilsrisikoen i forvaltningsretten. Det betyr at den private part har tvilsrisikoen i søknadssituasjonene, mens forvaltningen har tvilsrisikoen i inngrepssituasjonene. For de nevnte bestemmelsene ville for øvrig setningsbygningsslæren ført til samme resultat på grunn av lovens utforming.

EU/EØS-rettslige kilder nevnes overhodet ikke i de nevnte rettskildene. Dermed vises ikke at etter EU/EØS-retten innebærer føre-var-prinsippet at tvilsrisikoen må påhvile søkeren, mens det ikke kan snu tvilsrisikoen bort fra myndighetene i inngrepssituasjoner. Ut ifra norske rettskilder virker EU/EØS-retten ikke å stille noen krav til tvilsrisikoen.

5.3.3.2 Vilkår for forvaltningens kompetanse i nasjonal lovgivning

Videre undersøkes tvilsrisikoen ved søknadskrav og inngrepshjemler etter nasjonal lovgivning på føre-var-prinsippets område. Som eksempler kan nevnes vannressursloven § 8 og konsesjonsloven § 2 med krav om konsesjon, og naturmangfoldloven med både søknadskrav og inngrepshjemler.³⁷³

³⁷⁰ Se Ot.prp. nr. 8 (1992–1993) s. 79.

³⁷¹ Ot.prp. nr. 100 (2002–2003) s. 108 og 112.

³⁷² Forarbeidene til legemiddeloven omtaler tvilsrisikoen ved omklassifisering av produkter, men ikke ved vedtak om tillatelser eller inngrep etter loven, se Ot.prp. nr. 55 (2001–2002) s. 78–80.

³⁷³ F.eks. nml. §§ 16, 29, og 30 med søknadskrav, og kapittel V med flere inngrepshjemler.

Ingen av de nevnte lovene har bestemmelser om tvilsrisikoen ved forvaltningsvedtak,³⁷⁴ og tvilsrisikoen nevnes sjeldent i forarbeidene. I forarbeidene til naturmangfoldloven er det en generell omtale av tvilsrisikoen ved ulike vedtak etter loven. Her fremgår at det «alminnelige utgangspunktet i forvaltningsretten» er at forvaltningen har tvilsrisikoen i inngrepssaker, mens den private parten har tvilsrisikoen i søknadssaker.³⁷⁵ Her vises altså til hovedreglene i forvaltningsretten, med det tradisjonelle skillet mellom søknads- og inngrepssituasjoner. Før-var-prinsippet trekkes ikke frem som et grunnlag for å gjøre unntak fra dette.

Der forvaltningen avslår søknader eller treffer inngrep etter de nevnte bestemmelsene, kan dette utgjøre restriksjoner på EU/EØS-rettigheter – for eksempel dersom vedtaket bygger på nasjonalitetsbasert forskjellsbehandling. At EU/EØS-retten krever at myndighetene har tvilsrisikoen i slike tilfeller, omtales ikke i noen av de nevnte lovene eller deres forarbeider.

Både før-var-prinsippet og EU/EØS-rettens betydning for tvilsrisikoen nevnes imidlertid i NOU 2000:29 GMO-mat:

«Det grunnleggende utgangspunkt i norsk og europeisk rett er at bevisbyrden påligger den som påstår at noe er lovstridig. EU hevder i sitt dokument at krav til forhåndsgodkjenning av næringsmidler for omsetning innebærer at man i utgangspunktet anser næringsmidlene som farlige, og derved snur bevisbyrden i den søkende parts disfavør gjennom at virksomhetene selv må legge fram vitenskapelig dokumentasjon som sannsynliggjør at næringsmidlene er trygge. Bevisbyrden snus på samme måte i forhold til tilsetningsstoffer, plantevernmidler, legemidler m.v ved at godkjenningsordninger er etablert også innenfor slike områder, både i Norge og i EU.

Dersom et land ikke har noen godkjenningsprosedyre, vil det i tråd med alminnelige bevisbyrderegler, i utgangspunktet være forvaltningen selv som må dokumentere helserisikoen ved produktet eller prosessen. Begrunnet i før-var-prinsippet, anser imidlertid EU at ved helserisiko, kan også i slike saker bevisbyrden snus og plasseres på den enkelte næringsmiddelvirksomhet, slik at virksomheten selv må dokumentere at næringsmidlene ikke er helseskadelige. Utredningen går imidlertid ikke nærmere inn på i hvilke tilfelle det i så fall anses rimelig å snu bevisbyrden.»³⁷⁶

³⁷⁴ Vannressursloven § 48 regulerer tvilsrisikoen ved erstatning der tiltaket volder skade.

³⁷⁵ Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) s. 92.

³⁷⁶ NOU 2000:29 s. 35.

Dette tilsvarer Kommisjonens meddelelse om føre-var-prinsippet, som også er det utvalget henviser til som hva «EU hevder i sitt dokument».³⁷⁷ Som vist i punkt 5.3.2 strider imidlertid Kommisjonens meddelelse med EU-domstolens praksis, og gir ikke uttrykk for gjeldende rett. Dermed er heller ikke uttalelsen i NOU 2000:29 GMO-mat riktig ut ifra EU/EØS-retten.

Tilsvarende synspunkter finnes i norsk juridisk teori, men da uten henvisning til EU/EØS-retten. For eksempel argumenterer Graver for at det er liten grunn til å ha forskjellige regler om tvilsrisikoen avhengig av om det søkes om en tillatelse til en aktivitet som kan utgjøre miljøfare, eller om myndighetene søker å gripe inn overfor et foretak begrunnet i at virksomheten kan medføre miljøfare. I begge tilfeller mener Graver at tvilsrisikoen må påhvile den private part.³⁷⁸ Dette stemmer godt med at kjernen i føre-var-prinsippet er at tvilen skal komme miljøet til gode.

Gravers synspunkt synes imidlertid ikke å ha fått gjennomslag i andre norske rettskilder. Som nevnt gir forarbeidene til naturmangfoldloven uttrykk for en annen regel. Så langt jeg kan se har aldri Høyesterett uttalt seg om tvilsrisikoen på føre-var-prinsippets område, men i lagmannsrettspraksis er tvilsrisikoen plassert hos forvaltningen i inngrepssaker selv om prinsippet kommer til anvendelse.³⁷⁹ Dette tilsier at føre-var-prinsippet ikke kan gjøre unntak fra regelen om myndighetenes tvilsrisiko i inngrepssaker. Flere rettskilder gir imidlertid uttrykk for at prinsippet medfører et dempet beviskrav.³⁸⁰ Prinsippet får altså betydning for regulering av usikkerhet, men gjennom beviskravet fremfor tvilsrisikoen.

5.3.3.3 Restriksjoner på EU/EØS-baserte rettigheter

Til slutt undersøkes tvilsrisikoen ved proporsjonalitetsprinsippet på føre-var-prinsippets område. Norske rettskilder omtaler sjeldent denne problemstillingen. Illustrerende er at matlovens forarbeider eksplisitt nevner både føre-var- og proporsjonalitetsprinsippet, men ingenting om deres betydning for tvilsrisikoen ved vedtak etter loven.³⁸¹

I NOU 2019:5 Ny forvaltningslov vises imidlertid til hovedregelen om at tvilsrisikoen påhviler myndighetene, men at «i saker hvor det gjør seg gjeldende føre-var-betraktninger, kan

³⁷⁷ Se NOU 2000:29 s. 33.

³⁷⁸ Graver (2019) s. 465 og s. 472.

³⁷⁹ Se LB-2017-52429 om tilbakekall av våpenkort. Lagmannsretten viste til føre-var-prinsippet, men uttalte uttrykkelig at tvilsrisikoen for at vilkårene for tilbakekall var oppfylt påhvile staten.

³⁸⁰ Se Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) s. 103, og LB-2017-52429 om at det er tilstrekkelig med «begrunnet tvil».

³⁸¹ Ot.prp. nr. 100 (2002–2003), se b.la. s. 19, 48–52, 112, og 157.

imidlertid EØS-rettens føringer for nasjonale bevisregler avvike fra dette utgangspunktet».³⁸² Dette tilsier at føre-var-prinsippet gjør unntak fra regelen om myndighetenes tvilsrisiko ved proporsjonalitetsprinsippet som skranke for restriksjoner på EU/EØS-rettigheter. Det henvises også til Fredriksen og Mathisen, hvor *Apothekerkammer* og *Philip Morris* tolkes slik at det oppstilles en presumsjon for at tiltaket er proporsjonalt.³⁸³

Fra rettspraksis er det få avgjørelser om tvilsrisikoen ved proporsjonalitetsprinsippet på føre-var-prinsippet område. Jeg har bare funnet eksempler der EFTA-domstolen har avgitt prejudisiell avgjørelse i saken. I slike tilfeller er norske domstoler klart nok oppmerksomme på EU/EØS-retten, og følger i hovedsak opp EFTA-domstolens uttalelser.

For eksempel kan det vises til Rt. 2009 s. 839 *Pedicel*, om vedtak om tvangsmulkt for brudd på forbudet mot alkoholloven § 9-2. For Høyesterett var spørsmålet om nødvendighetskravet var oppfylt. I avsnitt 50 viste Høyesterett til at begge parter hadde gitt uttrykk for at «staten har bevisbyrden», men at de hadde markert ulike syn på hva dette innebar. I avsnitt 53 uttales:

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

Det er flere momenter ved avgjørelsen som er kritikkverdige. For det første er det svært uklart hvilken bevisregel Høyesterett egentlig mente å uttale seg om. Først nevnes «bevisbyrden», og i avsnittet over omtales «bevisføringsplikten». Høyesterett henviste dessuten til EU-rettslig litteratur om *bevisføringsbyrden*.³⁸⁴ Slik sett kan det synes som at Høyesterett ikke mente å omtale tvilsrisikoen, men bevisføringsbyrden. Den videre vurderingen og konklusjonen tilsier imidlertid noe annet. Høyesterett viste nemlig til at den private parten ikke hadde fremlagt «forskningmessig belegg» for at mindre inngripende tiltak kunne oppnå formålet i samme grad som totalforbudet, men heller argumentert for at «staten ikke har fylt sin bevisbyrde». Dette må ses i lys av at den private parten mente tvilsrisikoen påhvilde staten, slik at tvil om faktiske forhold måtte gå ut over dem. Til dette uttalte Høyesterett i avsnitt 62:

³⁸² NOU 2019:5 s. 736.

³⁸³ Fredriksen/Mathisen (2018) s. 133–134.

³⁸⁴ Se f.eks. Krämer (2006) s. 114, hvor det vises til at «[t]he more substantiated the arguments from one side are, the more detailed those from the other side have to be».

«Det må sies å være en naturlig formodning for at reklame, også med innholdsmessige begrensninger, vil ha betydning for totalforbruket, og det er ikke særlige omstendigheter som kan begrunne en bevisføringsplikt for staten utover dette, jf. EFTA-domstolens angivelse av at det må være åpenbart at de alternative tiltak vil sikre den samme måloppnåelse.»

Tvil om faktiske forhold gikk altså i statens favør, noe som tilsier at tvilsrisikoen ble plassert hos den private part. Det synes som at Høyesterett kom frem til dette ved å oppstille en presumsjon for at tiltaket var nødvendig, jf. formuleringen «naturlig formodning». Hva som er begrunnelsen for dette er imidlertid uklart, og Høyesterett viser ikke til noen EU/EØS-rettslige kilder som kan underbygge at det gjelder en slik presumsjon. Tidligere i avgjørelsen vises imidlertid til det «føre var prinsipp som gjelder i andre sammenhenger»,³⁸⁵ noe som kan tilsi at Høyesterett implisitt anvendte presumsjonen fra *Apothekerkammer*. Denne utløses av at myndighetene først beviser at føre-var-prinsippet kommer til anvendelse.

I den prejudisielle avgjørelsen, E-4/04 *Pedicel*, hadde imidlertid EFTA-domstolen eksplisitt uttalt at føre-var-prinsippet ikke kunne anvendes i saken. Det forelå nemlig ingen usikkerhet knyttet til konsekvensen av overdrevent alkoholforbruk for folkehelsen, og usikkerhet knyttet til reklameforbudets virkninger for alkoholforbruket kunne ikke utløse føre-var-prinsippet.³⁸⁶ I så fall er det problematisk om Høyesterett hentet presumsjonen fra *Apothekerkammer*. På den annen side er uttalelsene om prinsippet's anvendelsesområde i overkant restriktiv sett opp mot domstolens praksis i andre saker. For eksempel bygde EFTA-domstolen på føre-var-prinsippet i *Philip Morris*, selv om det heller ikke der forelå usikkerhet om virkningene av tobakk for folkehelsen. Usikkerheten knyttet seg til forbudets virkning for totalforbruket, akkurat som i *Pedicel*. Den ulike tilnærmingen er ikke begrunnet, og fremstår derfor uavklart.

Det er også problematisk at Høyesterett viste til «EFTA-domstolens angivelse av at det må være åpenbart at de alternative tiltak vil sikre den samme måloppnåelse». Anvendelsen av uttrykket «åpenbart» viser til et høyt beviskrav. Beviskravet er dessuten rettet mot den private partens faktumpåstand, noe som tilsier at tvilsrisikoen påhviler denne. Riktignok uttales det samme i EFTA-domstolens konklusjon i avsnitt 61, men EFTA-domstolen viser ikke til praksis som kan underbygge et slikt beviskrav. Til dette kommer at den norske avgjørelsen virker å bygge på en

³⁸⁵ Avsnitt 37.

³⁸⁶ Se avgjørelsen avsnitt 60.

misvisende oversettelse. På engelsk brukes «unless it is apparent», noe som er mindre bastant. I C-405/98 *Gourmet*, om et tilsvarende svensk reklameforbud, brukes formuleringen «med mindre det [...] fremgår» i den danske versjonen, og «för så vitt det inte [...] framgår att det er möjligt» i den svenske.³⁸⁷ Det er klart at dette peker på et langt lavere beviskrav enn «åpenbart».³⁸⁸

Samlet sett er Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2009 s. 839 *Pedicel* svært uklar og inneholder flere problematiske aspekter.³⁸⁹ Det er riktignok ikke bare Høyesterett som kan lastes for dette, all den tid EFTA-domstolens avgjørelse i E-4/04 *Pedicel* lider av noen av de samme svakhetene. Det er likevel oppsiktsvekkende at Høyesterett ikke ser hen til noen andre avgjørelser som gjelder tvilsrisikoen ved proporsjonalitetsvurderingen – hverken generelt eller på føre-var-prinsippets område.

5.3.4 Sammenfatning

Analysen av EU/EØS-rettslige kilder har vist at det er grunn til å skille mellom tre situasjoner for spørsmålet om føre-var-prinsippet påvirker tvilsrisikoen. Der (i) vedtaket er truffet etter materielle regler i EU/EØS-lovgivningen, krever føre-var-prinsippet at tvilsrisikoen pålegges den private part i søknadssituasjoner. For inngrepsituasjoner kan imidlertid ikke prinsippet endre utgangspunktet om at tvilsrisikoen påhviler forvaltningen. Ved (ii) vilkår for forvaltningens kompetanse i nasjonal rett, må tvilsrisikoen påhvile staten ved restriksjoner på EU/EØS-rettigheter. Føre-var-prinsippet endrer ikke dette. For (iii) proporsjonalitetsprinsippet, gir EU- og EFTA-domstolens praksis et uklart bilde av tvilsrisikoen. Enkelte avgjørelser tilsier at det gjelder en presumsjon for at tiltaket er egnet eller nødvendig, mens andre oppstiller et lavt beviskrav. Det er ikke nærmere begrunnet hvorfor føre-var-prinsippet får betydning for tvilsrisikoen i noen tilfeller, men ikke i andre. Praksisen virker å være nokså tilfeldig, og uten forankring i de underliggende interessene.

³⁸⁷ Avgjørelsen avsnitt 34.

³⁸⁸ Tilsvarende Fredriksen (2014) s. 713, fotnote 19.

³⁸⁹ Avgjørelsen har ført til en uheldig uttalelse i tingrettens avgjørelse i *STX*-saken (TOSLO-2009-50176), om at staten i utgangspunktet hadde tvilsrisikoen, men at det følger av Rt. 2009 s. 839 *Pedicel*, at ved vurderingen av om et virkemiddel er *egnet*, «snus denne bevisbyrden når alternativet bare skiller seg kvantitativt fra det virkemiddel [sic] som er tatt i bruk». Føre-var-prinsippet kom ikke til anvendelse, og presumsjonen er dermed gitt virkning utenfor dens tiltenkte område. Hverken lagmannsretten (LB-2010-60176-2), Høyesterett (Rt. 2013 s. 258), eller EFTA-domstolen (E-2/11 *STX*) uttalte seg om tvilsrisikoen.

Norske rettskilder gir grunn til å skille mellom to situasjoner. Ved (i) vilkår for forvaltningens kompetanse, virker ikke føre-var-prinsippet å få betydning for tvilsrisikoen. Hovedreglene om skillet mellom søknads- og inngrepssituasjoner legges til grunn som ellers. Rettskildene trekker ikke frem at det er grunn til å skille mellom tilfeller der den materielle regelen bygger på EU/EØS-lovgivning, og der nasjonale regler legger restriksjoner på EU/EØS-rettigheter. For (ii) proporsjonalitetsprinsippet nevnes tvilsrisikoen svært sjeldent, men her kan enkelte rettskilder tyde på at føre-var-prinsippet får betydning for tvilsrisikoen gjennom en presumsjon for at tiltaket er nødvendig. Heller ikke i norsk rett er dette nærmere begrunnet.

Resultatet blir altså stort sett det samme etter norske rettskilder som etter EU/EØS-rettslige. Det problematiske er imidlertid at EU/EØS-rettslige kilder i liten grad kommer til uttrykk i rettskildebildet. Dette fører blant annet til at norske rettskilder ikke fanger opp at tvilsrisikoen for at vilkårene i nasjonal rett er oppfylt må påhvile myndighetene dersom vedtaket utgjør en restriksjon på EU/EØS-rettigheter – uavhengig av om det er tale om en søknads- eller inngrepssituasjon. Videre bidrar det til at den feilaktige fremstillingen av EU/EØS-retten i NOU 2000:29 GMO-mat ikke blir oppdaget og avklart. Det samme gjelder for uklarheten knyttet til tvilsrisikoen ved proporsjonalitetsprinsippet. På et mer overordnet nivå bidrar det til å skjule at EU/EØS-retten faktisk stiller krav til tvilsrisikoen i norsk forvaltningsrett.

5.4 Overtredelsesgebyr i konkurranseretten

5.4.1 Overordnet

I dette punktet undersøkes tvilsrisikoen ved overtredelsesgebyr i konkurranseretten. Reglene i konkurranseretten er kompliserte. Innledningsvis redegjøres derfor kort for oppbygningen av bestemmelsene som hjemler overtredelsesgebyr i EU-retten, EØS-retten og norsk rett.

Innen EU/EØS-retten angir TFEU artikkel 101 og EØS-avtalen artikkel 53 forbud mot konkurransebegrensende avtaler og lignende mellom foretak. Bestemmelsene er bygget opp slik at de objektive vilkårene for overtredelse fremgår av TFEU artikkel 101 nr. 1 og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1. Deretter angir TFEU artikkel 101 nr. 3 og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 at bestemmelsen i nr. 1 ikke skal anvendes dersom handlingen på nærmere angitte vilkår har fordeler som overgår ulempene. Dette omtales som rettferdiggjøring av handlingen. Brudd på forbudene sanksjoneres etter forordning 1/2003 artikkel 23 nr. 2. Denne gir Kommisjonen

kompetanse til å ilegge bøter ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av TFEU artikkel 101. Forordningen er innlemmet i EØS-avtalen, slik at Kommisjonen og ESA har tilsvarende kompetanse til å ilegge bøter ved overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53.³⁹⁰

Forordningen artikkel 5 gir også EU-medlemsstatenes konkurransemyndigheter kompetanse til å anvende TFEU artikkel 101, og for dette formål ilegge bøter som er fastsatt i nasjonal lovgivning. Håndhevingskompetansen er altså delt mellom Kommisjonen og medlemsstatene innen EU-retten.³⁹¹ Ved innlemmelse av forordningen i EØS-avtalen, mente Kommisjonen at slik desentralisert håndhevingskompetanse ikke kunne gjennomføres for EFTA-statene. Etter Kommisjonens syn ga nemlig EØS-avtalen artikkel 56 Kommisjonen og ESA eksklusiv kompetanse til å håndheve bestemmelsene i artikkel 53. Forordningen ble riktignok innlemmet i EØS-avtalen, men bare ved at Kommisjonen og ESA fikk kompetanse til å ilegge bøter for overtredelse av artikkel 53. Systemet med desentralisert håndheving, og de prosessuelle bestemmelsene om dette, ble derimot ikke gjennomført i EØS-avtalen.³⁹²

Manglende plikt til desentralisert håndheving ble likevel ikke oppfattet som et hinder for at EFTA-statene gjennom nasjonal lovgivning ga egne konkurransemyndigheter kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53.³⁹³ I norsk rett følger dette av EØS-konkurranseloven § 6, hvor hjemmelen for å ilegge overtredelsesgebyr i konkurranse-loven (krll.) § 29 gis tilsvarende anvendelse ved brudd på EØS-avtalen artikkel 53. I forarbeidene presiseres at myndighetenes håndheving reguleres på samme måte som forordning 1/2003.³⁹⁴ Forordningens prosessuelle regler gjelder derfor tilsvarende for norske konkurransemyndigheter.

I utgangspunktet er det norske konkurransemyndigheters ileggelse av overtredelsesgebyr for brudd på EØS-avtalen artikkel 53 som er det riktige sammenligningsgrunnlaget i norsk rett. Konkurransetilsynet treffer imidlertid få vedtak om overtredelsesgebyr,³⁹⁵ og dermed avsie enda færre rettsavgjørelser om dette. Å begrense analyseobjektet til gebyr for brudd på EØS-avtalen artikkel 53 ville derfor gitt lite relevant materiale. Av den grunn undersøkes også overtredelsesgebyr etter krll. § 29, jf. § 10.

³⁹⁰ Se EØS-komiteens beslutning nr. 130/2004, og Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 195.

³⁹¹ I Wils (2010) s. 11 fremheves det at de fleste overtredelser håndheves av nasjonale konkurransemyndigheter.

³⁹² Se Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 193–195.

³⁹³ Op.cit. s. 195.

³⁹⁴ Se Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 199 og s. 206.

³⁹⁵ Se Konkurransetilsynets Årsrapport fra årene 2010–2020. Årsrapporten fra 2020 viser at det maksimalt har blitt truffet to vedtak om overtredelsesgebyr for konkurranseskadelig atferd i året siden 2017.

Konkurranseloven § 10 samsvarer stort sett med TFEU artikkel 101 og EØS-avtalen artikkel 53, med unntak av et vilkår om påvirkning av samhandelen mellom medlemsstatene. Også denne er bygget opp med vilkår for at det foreligger en overtredelse i første ledd, og vilkår for unntak i tredje ledd. I forarbeidene er det dessuten fastsatt at EU/EØS-rettslige kilder skal «veie tungt som rettskilde ved anvendelse av den norske forbudsbestemmelsen».³⁹⁶ Det er derfor fullt mulig å sammenligne EU/EØS-rettens krav til reglene om tvilsrisikoen ved EU-medlemsstatenes håndhevelse av TFEU artikkel 101, med de norske reglene om tvilsrisikoen ved Konkurransetilsynets håndhevelse av krrl. § 10.

5.4.2 EU/EØS-rett

Etter prinsippet om prosessuell autonomi er tvilsrisikoen overlatt til nasjonal rett, med mindre EU/EØS-retten stiller krav til reglene. Her undersøkes om EU/EØS-retten stiller slike krav der nasjonale myndigheter ilegger overtredelsesgebyr for brudd på TFEU artikkel 101.

Overtredelsesgebyr er en administrativ sanksjon, og utgjør straff etter EMK artikkel 6. Som nevnt har EU-domstolen vært tilbakeholden med å anse slike sanksjoner som straff, men har likevel gitt uskyldpresumsjonen anvendelse for overtredelsesgebyr i konkurranseretten.³⁹⁷ Tvilsrisikoen skal derfor som klar hovedregel påhvile konkurransemyndighetene. Innenfor uskyldpresumsjonens grenser, har medlemsstatene prosessuell autonomi. Det gjelder likevel ikke dersom krav til tvilsrisikoen følger av EU/EØS-lovgivningen eller generelle prinsipper.

Forordning 1/2003 gir prosessuelle bestemmelser om håndhevingen av konkurransereglene. Artikkel 2 har overskriften «Bevisbyrde», og lyder:

«Ved alle nasjonale framgangsmåter eller fellesskapsframgangsmåter for anvendelse av [TFEU artikkel 101 og 102] skal bevisbyrden for overtredelse av [TFEU artikkel 101 nr. 1 eller 102] påhvile den part eller myndighet som hevder at det har skjedd en overtredelse. Det foretak eller de sammenslutninger av foretak som påberoper seg [TFEU artikkel 101 nr. 3], skal ha bevisbyrden for at vilkårene i nevnte nummer er oppfylt.»

³⁹⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 224.

³⁹⁷ Se punkt 4.5.1 og den der nevnte praksis.

Bestemmelsen gir uttrykk for en fordeling av tvilsrisikoen mellom partene etter de ulike bevistemaene. Tvilsrisikoen for at det foreligger en overtredelse av artikkel 101 skal påhvile konkurransemyndighetene, mens foretaket har tvilsrisikoen for at unntakene i artikkel 101 nr. 3 er oppfylt.

At konkurransemyndighetene har tvilsrisikoen ved de objektive vilkårene for at det foreligger en overtredelse, er helt i tråd med uskyldspresumsjonen. Selv om tvilsrisikoen ligger fast hos myndighetene, vil likevel bevisføringsbyrden veksle mellom partene underveis i saken. I forente saker C-204, 205, 211, 213, 217 og 219/00 *Aalborg Portland*, avsnitt 79, påpekte EU-domstolen at «de faktiske omstendigheter, som en part gjør gjældende, [kan] forpligte den anden part til at fremkomme med en forklaring eller en begrundelse, i mangel af hvilken det kan antages, at bevisbyrden er blevet løftet». Dette er klart nok ikke noe brudd på forordning 1/2003 artikkel 2 eller uskyldspresumsjonen.³⁹⁸

Det ovennevnte viser at det er viktig å skille mellom tvilsrisikoen og bevisføringsbyrden. I C-105/04 *FEG* hadde et foretak anket Rettens avgjørelse inn for Domstolen med anførsel om at tvilsrisikoen uriktig var plassert på dem. GA Kokott viste imidlertid til at foretakets anførsel bygget på en uriktig forståelse av tvilsrisikoen, og at Retten hadde omtalt bevisføringsbyrden. Når Kommisjonen hadde underbygget påstanden om overtredelse med «objektivt verificerbare beviser», kunne nemlig ikke foretaket imøtegå dette «uden at underbygge det nærmere»:

«Tværtimod påhviler det dem udførligt at godtgøre, hvorfor de oplysninger, som Kommissionen har baseret sig på, ikke er korrekte, hvorfor de i givet fald ikke har bevisværdi, eller hvorfor Kommissionens konklusioner ikke er overbevisende. Dette krav er ikke et udtryk for en omvendt bevisbyrde, som FEG har antaget, men derimod den normale forpligtelse til skiftevis at fremlægge beviser.»³⁹⁹

Selv om tvilsrisikoen for overtredelse påhviler myndighetene, har EU-domstolen utviklet en rekke legalpresumsjoner som gjør det enklere å løfte denne. Et eksempel er vilkåret om «samordnet praksis» i TFEU artikkel 101 nr. 1, som krever årsakssammenheng mellom koordinering mellom foretakene og etterfølgende adferd på markedet. Gjennom praksis har Domstolen utviklet en presumsjon for årsakssammenheng. Dersom myndighetene beviser at foretakene har utvekslet informasjon, og forblitt aktive på markedet, presumeres altså at det er

³⁹⁸ Slik C-235/92 *Montecatini mot Kommisjonen*, avsnitt 181.

³⁹⁹ GA Kokotts forslag til avgjørelse i C-105/04 *FEG*, avsnitt 74.

årsakssammenheng mellom de to.⁴⁰⁰ Det er så opp til foretakene å motbevise presumsjonen. EU-domstolen har for øvrig eksplisitt uttalt at denne presumsjonen er en integrert del av artikkel 101 nr. 1, og derfor er bindende for nasjonale myndigheter.⁴⁰¹

Det finnes en rekke slike presumsjoner i tilknytning til artikkel 101 nr. 1, og EU-domstolens praksis må undersøkes for å finne frem til disse.⁴⁰² Enkelte er kunnskapsteoretisk begrunnet, men de bygger ofte på verdibaserte betraktninger. Det kan nemlig være vanskelig å skaffe bevis for overtredelser, noe som ikke minst gjelder fordi foretakene ofte er klar over at de deltar i konkurransehindrende atferd og derfor skjuler bevis. Videre er det som regel foretaket selv som er nærmest til å sikre bevis om egen opptreden. Presumsjonene kan derfor begrunnes i bevissikrings-, spekulasjons- og effektivitetshensyn.⁴⁰³

Når vilkårene i TFEU artikkel 101 nr. 1 er oppfylt, har foretakene tvilsrisikoen for at handlingen kan rettferdiggjøres etter artikkel 101 nr. 3. Allerede før forordningen fulgte det samme av EU-domstolens praksis.⁴⁰⁴ Domstolen omtaler dette som at foretakene ved «beviser skal godtgøre, at de betingelser, der kræves for at være beguntiget af en fritagelse, er opfyldt».⁴⁰⁵ Også her vil bevisføringsbyrden veksle mellom partene underveis. Som EU-domstolen har uttalt kan «de faktiske omstændigheder, som denne virksomhed har påberåbt sig, forpligte den anden part til at fremkomme med en forklaring eller en begrundelse, i mangel af hvilken det kan antages at bevisbyrden er blevet løftet».⁴⁰⁶ Til forskjell fra vurderingen om det foreligger en overtredelse, gjelder det imidlertid ikke presumsjoner som gjør det enklere for foretakene å løfte sin tvilsrisiko.

Ved ileggelse av overtredelsesgebyr for brudd på artikkel 101 er altså regelen om tvilsrisiko helt klar. I forslaget til forordningen fremheves at bestemmelsen er «i overensstemmelse med det princip, der er meget utbredt i medlemsstaternes lovgivning, nemlig at sagens parter hver især skal bevise de elementer, de påberoper sig til deres fordel».⁴⁰⁷ Dette er en merkelig uttalelse som forutsetter at tvilsrisikoen reguleres etter samme prinsipp i alle medlemsstatene. Muligens siktes det til de tradisjonelle hovedreglene om tvilsrisikoen, men heller ikke disse kan

⁴⁰⁰ Se C-49/92 *Anic*, avsnitt 121, C-199/92 *Hüls*, avsnitt 162, og C-286/13 *Dole Food*, avsnitt 127.

⁴⁰¹ Slik C-8/08 *T-Mobile*, avsnitt 50–53.

⁴⁰² Se Kalintiri (2019) s. 142–172 for en gjennomgang av de ulike legalpresumsjonene.

⁴⁰³ Tilsvarende Kalintiri (2019) s. 168.

⁴⁰⁴ Se f.eks. forente saker C-43 og 63/82 *VBVB*, avsnitt 52.

⁴⁰⁵ Se bl.a. forente saker C-501, 513, 515 og 519/06 *GlaxoSmithKline*, avsnitt 82, C-552/03 *Unilever Bestfoods*, avsnitt 102, og T-111/08 *MasterCard*, avsnitt 196.

⁴⁰⁶ Forente saker C-501, 513, 515 og 519/06 *GlaxoSmithKline*, avsnitt 83.

⁴⁰⁷ COM/2000/0582, s. 14.

forklare reguleringen. Myndighetenes tvilsrisiko ved artikkel 101 nr. 1 stemmer nemlig med at tvilsrisikoen påhviler den som anfører et rettsstiftende eller rettsendrende faktum, men ikke med regelen om at «saksøker har bevisbyrden». Omvendt gjelder for foretakenes tvilsrisiko ved artikkel 101 nr. 3. Til dette kommer at EU-medlemsstatene er tilsluttet EMK, og at eventuelle «utbredte» regler i så fall vil være at tvilsrisikoen påhviler myndighetene ved administrative sanksjoner som dette.

Kommisjonen begrunnet imidlertid regelen også i bevissikringshensyn, ved å vise til at det er foretakene som har «bedst mulighet for at fremlægge de opplysninger» som følger av artikkel 101 nr. 3, og at det derfor er «rimelig, at denne part har bevisbyrden».⁴⁰⁸ Dette er en bedre begrunnelse enn å vise til et «prinsip» om tvilsrisikoen i medlemsstatenes lovgivning.

Et annet spørsmål er om reguleringen av tvilsrisikoen i forordning 1/2003 artikkel 2 er i tråd med uskyldspresumsjonen. Det er problematisk at EU-domstolen har utviklet en rekke presumsjoner som gjør det enklere for myndighetene å løfte tvilsrisikoen etter artikkel 101 nr. 1, uten at det samme gjelder for foretakene etter 101 nr. 3. I juridisk teori er det også påpekt at beviskravet som foretakene på oppfylle er høyere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt, og argumentert for at dette krenker uskyldspresumsjonen. Kalintiri mener for eksempel at bestemmelsen bør tolkes innskrenkende, slik at den kun pålegger foretakene bevisføringsplikt, men at den samlede tvilsrisikoen påhviler myndighetene.⁴⁰⁹ Gebyrenes størrelse, og likheten med straff, gjør også at konsekvenshensyn taler for en slik regel.⁴¹⁰

På den annen side er det tale om en administrativ sanksjon, og ikke «hard core»-straff, slik at rettssikkerhetshensyn ikke står like sterkt. Videre gjelder foretakets tvilsrisiko et avgrenset bevistema knyttet til forsvar av handlingen, mens konkurransemyndighetene fremdeles har tvilsrisikoen for at det foreligger en overtredelse. Dette oppfordrer dessuten foretakene til sikring av bevis, og reduserer faren for at bevis skjules eller holes utenfor saken.⁴¹¹ Dagens regulering ivaretar altså viktige hensyn i bevisretten, og fremmer effektiv håndhevelse av konkurransereglene.

Samlet sett finnes argumenter både for og imot at forordning 1/2003 artikkel 2 er i tråd med uskyldspresumsjonen. *De lege lata* er regelen likevel klar: konkurransemyndighetene har

⁴⁰⁸ COM/2000/0582 s. 14.

⁴⁰⁹ Se Kalintiri (2019) s. 56–60.

⁴¹⁰ Se Wils (2010) s. 11–12 om økningen i gebyrenes størrelse mellom 1990–2008.

⁴¹¹ Slik også T-321/05 *AstraZeneca*, avsnitt 686.

tvilsrisikoen for at det foreligger en overtredelse, mens tvilsrisikoen for at handlingen kan rettfærdiggjøres påhviler foretakene.

5.4.3 Norsk rett

Videre undersøkes norske rettskilder om tvilsrisikoen ved overtredelsesgebyr for brudd på EØS-avtalen artikkel 53 og krrl. § 10.

Tvilsrisikoen er ikke regulert i EØS-konkurranseloven eller konkurranseloven. Reglene er heller ikke nevnt i forarbeidene,⁴¹² noe som er overraskende ettersom beviskravet er utførlig drøftet i flere av dem. Unntaket er Innst.O.nr. 50 (2003–2004), hvor det uttales at dersom foretakene ikke aksepterer overtredelsesgebyret «er det de som har bevisbyrden og dette vil da gå etter sivilrettslige prosessregler».⁴¹³ Dette tilsier at den samlede tvilsrisikoen påhviler foretakene, noe som hverken er i tråd med EU/EØS-retten eller uskyldspresumsjonen.⁴¹⁴ Det ville derfor vært oppsiktsvekkende om dette ga uttrykk for gjeldende rett.

Det finnes ingen høyesterettsavgjørelser som uttrykkelig omtaler tvilsrisikoen ved overtredelsesgebyr i konkurranseretten, og det selv om beviskravet ble utførlig drøftet i både Rt. 2011 s. 910 *Tine* og Rt. 2012 s. 1556 *Gran & Ekran*. Implisitt legges likevel til grunn at tvilsrisikoen for at det foreligger en overtredelse påhviler myndighetene. I *Gran & Ekran* uttalte Høyesterett at «EMK artikkel 6 nr. 2 ikke bare angir at påtalemyndigheten skal ha bevisbyrden, men også stiller krav til bevisets styrke».⁴¹⁵ Det er også klart at Høyesterett mente tvilsrisikoen påhvilde myndighetene ettersom spørsmålet var om uskyldspresumsjonen krevde et *høyere beviskrav* enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. I lagmannsrettspraksis er det dessuten uttalt at det er «på det rene» at konkurransemyndighetene har tvilsrisikoen for at det foreligger en overtredelse.⁴¹⁶

Tvilsrisikoen ved rettfærdiggjøring av handlingen etter krrl. § 10 tredje ledd eller EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 omtales ikke i noen av de nevnte rettskildene. Heller ikke nevnes forordning 1/2003 artikkel 2, selv om denne eksplisitt regulerer tvilsrisikoen. Forklaringen er muligens at

⁴¹² Dette til tross for at det finnes en lang rekke forarbeider på dette området, se bl.a. NOU 2003:12, Ot.prp. nr. 6 (2003–2004), Ot.prp. nr. 94 (2003–2004), Ot.prp. nr. 35 (2007–2008), NOU 2012:7, Prop. 75 L (2012–2013), NOU 2014:11, Prop. 37 L (2015–2016), og Prop. 92 LS (2018–2019).

⁴¹³ Innstillingen s. 41.

⁴¹⁴ At uskyldspresumsjonen kommer til anvendelse følger av bl.a. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 117, NOU 2012:7 s. 58, Rt. 2011 s. 910, avsnitt 48, og Rt. 2012 s. 1556, avsnitt 38.

⁴¹⁵ Avgjørelsen avsnitt 39 (min kursivering).

⁴¹⁶ Se LB-2018-161470, nederst i punkt 1.

forordningen formelt sett ikke er bindende for norske konkurransemyndigheter, se punkt 5.4.1. Norske myndigheters håndhevelse av konkurransereglene skal likevel reguleres på tilsvarende måte som forordning 1/2003, og EU/EØS-retten skal «veie tungt som rettskilde» ved anvendelsen av krrl. § 10.⁴¹⁷ Dette tilsier at reglene om tvilsrisikoen i artikkel 2 gjelder tilsvarende i norsk rett, om enn ikke direkte.

Lovgiver synes ikke å ha vært oppmerksom på artikkel 2. I forarbeidene uttales nemlig at forordningen ikke stiller «krav om harmonisering av nasjonale saksbehandlingsregler», og det vises kun til en begrensning ved at håndhevingen må «være i samsvar med de grunnleggende prinsippene i EØS-retten».⁴¹⁸ Graver og Hjelmeng ser dette som en henvisning til ekvivalens- og effektivitetsprinsippet, samt grunnleggende rettssikkerhetsgarantier.⁴¹⁹ Det vises også til uskyldspresumsjonen og at dette kan ha betydning for *beviskravet*.⁴²⁰ EU/EØS-rettens betydning for *tvilsrisikoen*, herunder forordning 1/2003 artikkel 2, nevnes imidlertid ikke.

I den nærmere redegjørelsen av beviskravet, kommenterer Graver og Hjelmeng imidlertid også tvilsrisikoen. De fremholder at tvilsrisikoen for at det foreligger en overtredelse påhviler myndighetene, mens foretakene har tvilsrisikoen for rettferdiggjøring av handlingen. I den forbindelse vises også uttrykkelig til forordning 1/2003 artikkel 2. Hvorvidt bestemmelsen er bindende for norske konkurransemyndigheter kommenteres ikke, men forfatterne skriver at samme regel «følger av alminnelige norske forvaltningsrettslige regler».⁴²¹

Det er vanskelig å se hvordan forordning 1/2003 artikkel 2 samsvarer med «alminnelige norske forvaltningsrettslige regler». Ved administrative sanksjoner er jo hovedregelen at myndighetene har den samlede tvilsrisikoen. Bevissikrings- og spekulasjonshensyn taler riktignok, som nevnt, for å plassere tvilsrisikoen for rettferdiggjøring hos foretakene, og disse hensynene har normalt betydning for tvilsrisikoen i norsk forvaltningsrett. Som vist i 3.6.2 virker likevel unntak fra hovedregelen å måtte fremgå av kompetansegrunnlaget, slik at generelle bevisrettslige hensyn ikke alene er nok. Setningsbygningens lærer fører imidlertid til samme resultat som den EU/EØS-rettslige regelen. Formuleringen i krrl. § 10 tredje ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 tilsier nemlig at det er foretakenes faktumpåstand som skal

⁴¹⁷ Se Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 199, s. 206, og s. 224.

⁴¹⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004), s. 208. Se også s. 246–247, der det vises til «grunnleggende prinsipper for saksbehandling som gjelder i EØS».

⁴¹⁹ Graver/Hjelmeng (2006) s. 23–25.

⁴²⁰ Op.cit. s. 28–29.

⁴²¹ Op.cit. s. 154–155. Det samme legges til grunn i Graver (2004) s. 490 og Hjelmeng (2003) s. 452.

bevises. Hvilke «alminnelige norske forvaltningsrettslige regler» det vises til er altså noe uklart, men kan være generelle bevisrettslige hensyn eller setningsbygning læren.

I underrettspraksis er det eksplisitt lagt til grunn at tvilsrisikoen for rettferdiggjøring påhviler foretakene. For eksempel uttales i LB-2018-161470 at det er «på det rene at det er partene i samarbeidet – i vår sak forlagene – som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt».⁴²² Her vises hverken til forordning 1/2003 artikkel 2 eller alminnelige forvaltningsrettslige regler, men til EU-domstolens praksis.⁴²³ Overtredelsesgebyret var ilagt etter krrl. § 29, jf. § 10, noe som viser EU/EØS-rettens regler om tvilsrisiko også gjelder for denne bestemmelsen. Hvorfor forordning 1/2003 artikkel 2 ikke nevnes er uklart, men skyldes antakelig forordningens særlige stilling for EFTA-statene eller at lagmannsretten ikke er oppmerksom på den.

Presumsjonene som er utviklet i EU-domstolens praksis, er ikke nevnt i loven, forarbeidene eller høyesterettspraksis. Heller ikke Graver og Hjelmeng viser til disse i vurderingen av tvilsrisikoen ved overtredelsesgebyr. I underrettspraksis er de imidlertid trukket frem som bindende for nasjonale domstoler med henvisning til praksis fra EU-domstolen.⁴²⁴

5.4.4 Sammenfatning

Analysen har vist at forordning 1/2003 artikkel 2 oppstiller konkrete regler om tvilsrisikoen innen EU/EØS-rettens konkurranseregler. Bestemmelsen fastsetter at tvilsrisikoen for at det foreligger en overtredelse må påhvile myndighetene, mens foretakene har tvilsrisikoen for at handlingen kan rettferdiggjøres. I EU-domstolens praksis er det likevel utviklet presumsjoner som gjør det enklere for myndighetene å løfte sin tvilsrisiko.

I norsk rett har hverken lovgiver eller Høyesterett uttalt seg om tvilsrisikoen ved illeggelse av overtredelsesgebyr i konkurranseretten. Lagmannsrettspraksis og juridisk teori gir imidlertid anvisning på tilsvarende regel som i EU/EØS-retten. Det er likevel noe uklart om dette anses å følge av forordning 1/2003 artikkel 2, EU-domstolens praksis eller «alminnelige forvaltningsrettslige regler». Regelen om foretakenes tvilsrisiko er derfor langt mindre tydelig etter norske rettskilder enn EU/EØS-rettslige kilder.

⁴²² Se også LB-2013-75034.

⁴²³ Nærmere bestemt C-68/12 *Slovenská sporiteľňa*, avsnitt 32.

⁴²⁴ Slik LB-2018-161470.

For både EU/EØS-retten og norsk forvaltningsrett er dette et eksempel på unntak fra den klare hovedregelen om myndighetenes tvilsrisiko ved administrative sanksjoner. Unntakene fanges opp av setningsbygninglæren, noe som underbygger at man kan stole på lovens formulering. Det kan stilles spørsmål ved om regelen er innenfor uskyldspresumsjonens grenser, eller om foretakenes tvilsrisiko bør tolkes innskrenkende. Uansett illustrerer eksempelet at man finner nokså tekniske regler om håndtering av usikkerhet på enkelte materielle områder, og at man ikke utelukkende kan forholde seg til hovedreglene om tvilsrisikoen.

Drøftelsen har også vist at selv der EU/EØS-retten oppstiller en så klar og konkret regel om tvilsrisikoen som i dette tilfellet, vies ikke regelen oppmerksomhet i norske lover, forarbeider eller høyesterettsavgjørelser. Dette er derfor nok et eksempel på at EU/EØS-rettens krav til tvilsrisikoen er lite synlig i det norske rettskildebildet.

5.5 Sammenfatning og vurdering

I kapittel 5 har de generelle reglene om tvilsrisikoen fra kapittel 3 og 4 blitt utfordret gjennom nærmere undersøkelse. Analysen har vist at de generelle hovedreglene i forvaltningsretten må tåle unntak på flere materielle rettsområder. Det tilsier at tvilsrisikoen bør vurderes konkret for hvert typetilfelle, heller enn å forholde seg til reglene om tvilsrisikoen på et abstrakt nivå.

Arbeidet med avhandlingen etterlater imidlertid inntrykk av at det hører til sjeldenhetene at tvilsrisikoen er omtalt i kompetansegrunnlaget.⁴²⁵ Det er hensiktsmessig å ha generelle regler å forholde seg til i mangel av andre holdepunkter. I norsk forvaltningsrett kan hovedreglene i søknadssituasjoner, inngrepssituasjoner og administrative sanksjoner gi veiledning i slike tilfeller. Også setningsbygninglæren kan være et nyttig hjelpemiddel. Til forskjell fra hovedreglene, fanger denne opp regelen om tvilsrisikoen både når det gjelder vedtak om oppholdskort for ektefeller av EØS-borgere og overtredelsesgebyr i konkurranseretten. Heller ikke setningsbygninglæren gir imidlertid alle svar, og kompetansegrunnlaget må derfor alltid undersøkes nærmere. På grunn av uskyldspresumsjonen bør uansett myndighetenes tvilsrisiko fastholdes som en hovedregel ved administrative sanksjoner, selv om det også her kan være unntak. Det er fordi unntak må holdes innenfor nærmere angitte grenser.

⁴²⁵ Se Robberstad (2021) s. 12–15, om at tvilsrisikoen sjeldent er omtalt i loven eller forarbeidene.

De tre eksemplene har videre vist at norske regler om tvilsrisikoen stort sett er i tråd med EU/EØS-rettens krav. Det skyldes imidlertid ikke at EU/EØS-rettslige kilder vies oppmerksomhet i norske rettskilder. Tvert imot er EU/EØS-rettens krav til tvilsrisikoen nærmest usynlig i norske lover, forarbeider og rettsavgjørelser. Dette utgjør en utfordring for målet om et indre marked og ensartet anvendelse av EU/EØS-retten.

6 Sammenfatning og refleksjoner

Siktemålet med avhandlingen har dels vært å redegjøre for og systematisere reglene om tvilsrisikoen i norsk forvaltningsrett og EU/EØS-rettens krav til disse. Dels har formålet vært å undersøke hvordan reglene kommer til uttrykk i rettskildebildet. I dette punktet oppsummeres og reflekteres over avhandlingens funn.

Fremstillingen har vist at det lar seg gjøre å oppstille generelle hovedregler om tvilsrisikoen i norsk forvaltningsrett. Disse er at tvilsrisikoen påhviler den private part i søknadssituasjoner, og forvaltningen i inngrepssituasjoner. For administrative sanksjoner har hovedregelen om myndighetenes tvilsrisiko forankring i EMK artikkel 6 nr. 2, og det skal mer til for å gjøre unntak enn i alminnelige inngrepssituasjoner. Reglene stemmer med det tradisjonelle utgangspunktet i norsk sivilprosess om at tvilsrisikoen påhviler den som anfører et rettsstiftende eller rettsendrende faktum, men ikke med regelen om at «saksøker har bevisbyrden». Setningsbygningsslæren er også et nyttig hjelpemiddel for å fastlegge tvilsrisikoen, ved at lovens formulering ofte gir uttrykk for regelen som følger av kompetansegrunnlaget. Både hovedreglene og setningsbygningsslæren må imidlertid tåle flere unntak, enten gjennom kompetansegrunnlaget eller generelle bevisrettslige hensyn. De gir heller ikke svar på tvilsrisikoen der myndighetsmisbrukslæren påberopes som ugyldighetsgrunn. Hvert typetilfelle må derfor vurderes konkret, mens de generelle hovedreglene er nyttige verktøy i mangel av holdepunkter for noe annet.

Avhandlingen har også avdekket at EU/EØS-retten, på tross av prinsippet om prosessuell autonomi, stiller en rekke krav til reglene om tvilsrisikoen. Det er grunn til å skille mellom regler som følger av EU/EØS-lovgivningen, og krav som følger av generelle EU/EØS-rettslige prinsipper. Reglene i EU/EØS-lovgivningen er sektorbestemte, og kan være nokså tekniske. Her kan skillet mellom søknads- og inngrepssituasjoner gi veiledning for plasseringen av tvilsrisikoen. Dette kan forklares med at EU-lovgiver, og ikke den nasjonale lovgiveren, avgjør kategoriseringen av vedtakstypen. Kravene etter generelle EU/EØS-rettslige prinsipper gjelder imidlertid på tvers av ulike rettsområder og vedtakstyper, slik at skillet mellom søknads- og inngrepssituasjoner ikke kan opprettholdes. Det er likevel grunn til å skille mellom administrative sanksjoner og andre vedtakstyper, ettersom uskyldspresumsjonen også gjelder i EU/EØS-retten. Et annet typetilfelle er der forvaltningsvedtaket utgjør en restriksjon på de fire friheter. Her stiller EU/EØS-retten krav om at tvilsrisikoen for at det foreligger en restriksjon

påhviler den private part, mens den påhviler forvaltningen for kravet om legitime hensyn og proporsjonalitetsprinsippet.

Felles for reglene om tvilsrisikoen i norsk forvaltningsrett og EU/EØS-retten, er at de må utledes av rettspraksis og er viet lite oppmerksomhet i litteraturen. Reglene er derfor fragmenterte og lite tilnærmelige. Til dette kommer at de sjeldent begrunnes i underliggende hensyn, men heller forankres i «alminnelige prinsipper» og lignende. Dette kan avhjelpes gjennom lovfesting av reglene på de materielle rettsområdene, i den grad det er mulig å lovfeste reglene på en god og uttømmende måte.⁴²⁶ Under enhver omstendighet bør reglene om tvilsrisikoen vies langt mer oppmerksomhet i rettspraksis og juridisk teori enn hva som gjøres i dag. Reglene bør også fastsettes ut fra hensynene på det materielle rettsområdet eller generelle bevisrettslige hensyn, og ikke uten noen begrunnelse overhodet.

En annen grunn til at reglene er lite tilnærmelige er at språkbruken om tvilsrisikoen bidrar til å skjule og utydeliggjøre reglenes innhold og betydning. Det er treffende når Strandberg beskriver bevisretten som et «villniss av lik og ulik terminologi».⁴²⁷ Dette fører til en uavklart rettstilstand, og ikke minst til misforståelser blant både dommere og sakens parter. Det er derfor stort behov for opprydning i terminologien. En løsning er å konsekvent omtale reglene under ett uttrykk. Hvilken term som anvendes er ikke avgjørende, men det må skilles tydelig mellom tvilsrisikoen, bevisføringsbyrden, beviskravet og legalpresumsjoner.

Et tredje funn er at reglene om tvilsrisikoen i norsk forvaltningsrett ofte er i samsvar med EU/EØS-rettens krav. Det kan skyldes at reglene tradisjonelt er ansett å bygge på de samme hovedreglene, og fastsettes på grunnlag av samme bevisrettslige hensyn. De norske reglene om tvilsrisikoen er uansett mottakelige for EU/EØS-rettens krav gjennom presumsjonsprinsippet. Problemet er imidlertid at EU/EØS-rettens krav til tvilsrisikoen sjelden kommer til uttrykk i norske rettskilder. Forklaringen kan være at prinsippet om prosessuell autonomi leder til en misoppfatning av at prosessuelle regler, som tvilsrisikoen, alene fastsettes etter nasjonal rett. Resultatet kan bli at tvilsrisikoen fastsettes etter norske regler, selv om disse ikke stemmer med EØS-rettens krav. Dette kan igjen føre til at private parter ikke får de rettighetene de har krav på, eller må tåle inngrep i større grad enn hva som er berettiget. Videre kan det føre til at EU/EØS-rettens formål og effektivitet svekkes gjennom norsk rett. Dette er problematisk både

⁴²⁶ Dette ble fremholdt som et argument mot lovfesting av beviskravet i sivilprosessen, se NOU 2001:32 A s. 459–460. Se Stub (2006) s. 631 om at argumentene ikke uten videre har samme bærekraft i forvaltningsretten.

⁴²⁷ Strandberg (2005) s. 56.

fra et rettssikkerhetsperspektiv, og sett opp mot målet om ensartet anvendelse av EU/EØS-retten.

Ettersom EU/EØS-retten stiller en rekke krav til reglene om tvilsrisikoen er det grunn til å stille spørsmål ved om den prosessuelle autonomi kan omtales som et prinsipp, eller i det hele tatt som et utgangspunkt.⁴²⁸ Den prosessuelle autonomi omfatter riktignok langt mer enn reglene om tvilsrisikoen, slik som søksmålsbetingelser og domstolenes saksbehandling. Uten å undersøke EU/EØS-rettens krav til andre prosessuelle regler kan derfor ikke spørsmålet besvares. Avhandlingen har likevel avdekket at for reglene om tvilsrisikoen må et utgangspunkt om prosessuell autonomi suppleres med en rekke avvikende tolkningsregler. Det er da et temmelig spinkelt utgangspunkt man står igjen med.

⁴²⁸ Se i denne retning Kakouris (1997), særlig s. 1411–1412.

Kildeliste

Regelverk

Norske lover og forarbeider

Lest og sitert fra www.lovdato.no

Grunnloven	Lov 17. mai 1814 om Kongeriket Norges Grunnlov.
Sunnhetsloven 1860	Lov 16. mai 1860 om Sundhedscommissioner og om Foranstaltninger i Anledning af epidemiske og smitsomme Sygdomme. (Opphevet).
Tolloven 1966	Lov 10. juni 1966 nr. 5 om toll (tolloven). (Opphevet).
Forvaltningsloven (fvl.)	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
Ligningsloven 1980	Lov 13. juni 1980 nr. 24 om ligningsforvaltning (ligningsloven). (Opphevet).

Viltloven	Lov 29. mai 1981 nr. 38 om jakt og fangst av vilt (viltloven).
Alkoholloven (alkhl.)	Lov 2. juni 1989 nr. 27 om omsetning av alkoholholdig drikk m.v. (alkoholloven).
EØS-loven	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. (EØS-loven).
Legemiddelloven	Lov 4. desember 1992 nr. 132 om legemidler m.v. (legemiddelloven).
Genteknologiloven	Lov 2. april 1993 nr. 38 om framstilling og bruk av genmodifiserte organismer m.m. (genteknologiloven).
Folketrygdloven (ftrl.)	Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven).
Passloven	Lov 19. juni 1997 nr. 82 om pass (passloven).

Skatteloven	Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven).
Menneskerettsloven (mrl.)	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
Helsepersonelloven	Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell mv. (helsepersonelloven).
Vannressursloven	Lov 24. november 2000 nr. 82 om vassdrag og grunnvann (vannressursloven).
Pasientskadeloven	Lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven).
Yrkestransportlova	Lov 21. juni 2002 nr. 45 om yrkestransport med motorvogn og fartøy (yrkestransportlova).
Hundeloven (hul.)	Lov 4. juli 2003 nr. 74 om hundehold (hundeloven).

Konsesjonsloven	Lov 28. november 2003 nr. 98 om konsesjon ved erverv av fast eiendom mv. (konsesjonsloven).
Matloven	Lov 19. desember 2003 nr. 124 om matproduksjon og mattrygghet mv. (matloven).
Konkurranseloven	Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).
Straffeloven (strl.)	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).
Statsborgerloven	Lov 10. juni 2005 nr. 51 om norsk statsborgerskap (statsborgerloven).
Akvakulturloven	Lov 17. juni 2005 nr. 79 om akvakultur (akvakulturloven).
Tvisteloven (tvl.)	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Verdipapirhandellogen (vphl.)	Lov 29. juni 2007 nr. 75 om verdipapirhandel (verdipapirhandellogen).
Tollogen (toll.)	Lov 21. desember 2007 nr. 119 om toll og vareførsel (tollogen).
Utlendingslogen (utlendl.)	Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingslogen).
Merverdiavgiftslogen	Lov 19. juni 2009 nr. 58 om merverdiavgift (merverdiavgiftslogen).
Naturmangfoldlogen (nml.)	Lov 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldlogen).
Minerallogen	Lov 19. juni 2009 nr. 101 om erverv og utvinning av mineralressurser (minerallogen).
Varemerkelogen	Lov 26. mars 2010 nr. 8 om beskyttelse av varemerker (varemerkelogen).
Skatteforvaltningslogen (sktfvl.)	Lov 27. mai 2016 nr. 14 om skatteforvaltning (skatteforvaltningslogen).

Likestillings- og diskrimineringsloven	Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).
Hvitvaskingsloven (hvv1.)	Lov 1. juni 2018 nr. 23 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering (hvitvaskingsloven).
Endringslov til varemerkeloven	Lov 12. juni 2020 nr. 67 om endringer i varemerkeloven og tolloven mv. (gjennomføring av nytt varemerkedirektiv mv.).
Yrkestransportforskriften	Forskrift 26. mars 2003 nr. 401 om yrkestransport med motorvogn og fartøy (yrkestransportforskriften).
Hundeforskriften	Forskrift 20. august 2004 nr. 1204 om hunder (hundeforskriften).
Matlovsforskriften	Forskrift 22. desember 2008 nr. 1620 om allmenne prinsipper og krav i næringsmiddelregelverket (matlovsforskriften).

Utlendingsforskriften	Forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften).
Legemiddelforskriften	Forskrift 18. desember 2009 nr. 1839 om legemidler (legemiddelforskriften).
Forskrift om inkorporasjon av trygdeforordningene i EØS-avtalen	Forskrift 22. juni 2012 nr. 585 om inkorporasjon av trygdeforordningene i EØS-avtalen.
Forvaltningskomiteens innstilling (1958)	NUT 1958:3 Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning.
Ot.prp. nr. 8 (1992–1993)	Ot.prp. nr. 8 (1992–1993) Om lov om framstilling og bruk av genmodifiserte organismer (genteknologiloven).
Ot.prp. nr. 39 (1998–1999)	Ot.prp. nr. 39 (1998–1999) Lov om vassdrag og grunnvann (vannressursloven).
NOU 2000:29	NOU 2000:29 GMO-mat, Helsemessige konsekvenser ved bruk av genmodifiserte næringsmidler og næringsmiddelingsredienser.

NOU 2001:32 A

NOU 2001:32 A Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven).

Ot.prp. nr. 55 (2001–2002)

Ot.prp. nr. 55 (2001–2002) Om lov om endringer i legemiddeloven og i lov 12. januar 1995 nr. 6 om medisinsk utstyr.

Ot.prp. nr. 79 (2002–2003)

Ot.prp. nr. 79 (2002–2003) Om lov om konsesjon ved erverv av fast eiendom (konsesjonsloven) mv.

Ot.prp. nr. 100 (2002–2003)

Ot.prp. nr. 100 (2002–2003) Om lov om matproduksjon og mattrygghet mv. (matloven).

Ot.prp. nr. 70 (2003–2004)

Ot.prp. nr. 70 (2003–2004) Om lov om endring i lov 26. mars 1999 nr. 15 om retten til å delta fiske og fangst (deltakerloven) m.v.

Ot.prp. nr. 6 (2003–2004)

Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven), B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).

Ot.prp. nr. 94 (2003–2004)

Ot.prp. nr. 94 (2003–2004) Om lov om endringer i EØS-konkurranseloven og konkurranse-loven.

Innst.O.nr. 50 (2003–2004)

Innst.O.nr. 50 (2003–2004) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om A) lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og B) lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) mv.

NOU 2003:7

NOU 2003:7 Tilleggsskatt m.m.

NOU 2003:12

NOU 2003:12 Ny konkurranselov.

NOU 2003:15

NOU 2003:15 Fra bot til bedring: Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff.

NOU 2004:20

NOU 2004:20 Ny utlendingslov.

Ot.prp. nr. 51 (2004–2005)	Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
Ot.prp. nr. 75 (2006–2007)	Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).
Ot.prp. nr. 17 (2006–2007)	Ot.prp. nr. 17 (2006–2007) Om lov om endringar i utlendingsloven (DNA-testing og aldersundersøking mv.).
Innst.O.nr. 44 (2006–2007)	Innst.O.nr. 44 (2006–2007) Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om lov om endringar i utlendingsloven (DNA-testing og aldersundersøking mv.).
Ot.prp. nr. 35 (2007–2008)	Ot.prp. nr. 35 (2007–2008) Om lov om endringar i lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranselova).
Ot.prp. nr. 72 (2007–2008)	Ot.prp. nr. 72 (2007–2008) Om lov om endringar i utlendingslovgivinga (reglar for EØS- og EFTA-borgarar o.a.).

Ot.prp. nr. 52 (2008–2009)	Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) Om lov om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven).
Ot.prp. nr. 82 (2008–2009)	Ot.prp. nr. 82 (2008–2009) Om lov om endringer i ligningsloven mv. (tilleggsskatt).
Prop. 30 L (2009–2010)	Prop. 30 L (2009–2010) Endringer i utlendingsloven.
NOU 2012:2	NOU 2012:2 Utenfor og innenfor – Norges avtaler med EU (Europautredningens sluttrapport).
NOU 2012:7	NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov.
Prop. 75 L (2012–2013)	Prop. 75 L (2012–2013) Endringer i konkurranseloven.
NOU 2014:11	NOU 2014:11 Konkurranseskjagenemnda – Etablering av et uavhengig klageorgan for konkurransesaker.

Prop. 115 L (2014–2015)	Prop. 115 L (2014–2015) Endringer i folketrygdloven mv. (stønader til enslig mor eller far og tilleggsstønader til tiltaksdeltakere).
Prop. 37 L (2015–2016)	Prop. 37 L (2015–2016) Endringer i konkurranseloven (Konkurranselagenemnda, kartellforlik mm.).
Prop. 62 L (2015–2016)	Prop. 62 L (2015–2016) Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.).
Prop. 38 L (2015–2016)	Prop. 38 L (2015–2016) Lov om skatteforvaltning (skatteforvaltningsloven).
Prop. 81 L (2016–2017)	Prop. 81 L (2016–2017) Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).
Prop. 92 LS (2018–2019)	Prop. 92 LS (2018–2019) Endringer i konkurranseloven og samtykke til ratifikasjon av avtale av 8. september 2017 mellom Danmark, Finland, Island, Norge og Sverige om samarbeid i konkurransesaker (nordisk avtale om samarbeid i konkurransesaker m.m.).

NOU 2019:5	NOU 2019:5 Ny forvaltningslov, Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven).
NOU 2020:9	NOU 2020:9 Blindsonen – Granskning av feilpraktiseringen av folketrygdlovens oppholdskrav ved reiser i EØS-området.
NOU 2020:11	NOU 2020:11 Den tredje statsmakt – Domstolene i endring.
EØS-komiteens beslutning nr. 130/2004	EØS-komiteens beslutning nr. 130/2004 av 24. september 2004 om endring av EØS-avtalens vedlegg XIV (Konkurransen), protokoll 21 (om gjennomføring av konkurransebestemmelser for foretak) og protokoll 23 (om samarbeid mellom overvåkningsorganene).
Skatteforvaltningshåndboken (2020)	Skattedirektoratet, Skatteforvaltningshåndboken 2020, 5. Utgave.

Traktater og konvensjoner

Lest og sitert fra <https://eur-lex.europa.eu>

TEU	Traktaten om Den Europæiske Union av 13. desember 2007 (Lisboatraktaten). Konsolideret utgave 2016 (EUT 2016/C 202/01).
TFEU	Traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåte av 13. desember 2007 (Lisboatraktaten). Konsolideret utgave 2016 (EUT 2016/C 202/01).
EU-charteret	Den Europæiske Unions charter om grunnleggende rettigheter av 13. desember 2007 (Lisboatraktaten). Konsolideret utgave 2016 (EUT 2016/C 202/02).
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992.
ODA-avtalen	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol av 2. mai 1992.
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 4. november 1950.

Klimakonvensjonen

FNs Klimakonvensjon, Rio de Janeiro 9. mai 1992.

Sekundærretten

Lest og sitert fra www.lovdatab.no og <https://eur-lex.europa.eu>

Legemiddeldirektivet 1965

Rådskonklusjon av 26. januar 1965 om tilnærming av lover og forskrifter om farmasøytiske spesialpreparater.

Yrkeskvalifikasjonsdirektivet 1988

Rådets direktiv 89/48/EØF av 21. desember 1988 om innføring av en generell ordning for gjensidig anerkendelse av eksamensbeviser for erhvervskompetencegivende videregående utdannelse av minst tre års varighet. (Opphevet).

Utsettingsdirektivet

Europaparlaments- og rådskonklusjon 2001/18/EF av 12. mars 2001 om utsetting i miljøet av genmodifiserte organismer [Utsettingsdirektivet (GMO)].

Legemiddeldirektivet 2001

Europaparlaments- og rådskonklusjon 2001/83/EF av 6. november 2001 om innføring av et fellesskapsregelverk for legemidler for mennesker [Legemiddeldirektivet 2001].

Matlovsforordningen

Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 178/2002 av 28. januar 2002 om fastsettelse av allmenne prinsipper og krav i næringsmiddelregelverket, om opprettelse av Den europeiske myndighet for næringsmiddeltrygghet og om fastsettelse av framgangsmåter i forbindelse med næringsmiddeltrygghet [Matlovsforordningen].

Forordning 1/2003

Rådsforordning (EF) nr. 1/2003 av 16. desember 2002 om gjennomføring av konkurransereglene fastsatt i traktatens artikkel 81 og 82.

Markedsmisbruksdirektivet 2003

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/6/EF av 28. januar 2003 om innsidehandel og markedsmanipulering (markedsmisbruk) [Markedsmisbruksdirektivet 2003 om innsidehandel]. (Opphevet).

Unionsborgerdirektivet

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium [Unionsborgerdirektivet].

Trygdeforordningen 2004	Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger [Trygdeforordningen 2004].
Yrkeskvalifikasjonsdirektivet	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/36/EF av 7. september 2005 om godkjenning av faglige kvalifikasjoner [Yrkeskvalifikasjonsdirektivet].
Forordning (EF) 561/2006	Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 561/2006 av 15. mars 2006 om harmonisering av visse bestemmelser på det sosiale området innen veitransport.
Tjenstedirektivet	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/123/EF av 12. desember 2006 om tjenester i det indre marked [Tjenstedirektivet].
Varemerkedirektivet 2008	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/95/EF av 22. oktober 2008 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om varemerker [Varemerkedirektivet 2008]. (Opphevet).
Forordning 1071/2009	Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 1071/2009 av 21. oktober 2009 om innføring av felles regler med hensyn til vilkårene som må oppfylles for å utøve yrket som transportør på vei.

Forbrukerrettighetsdirektivet 2011	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2011/83/EU av 25. oktober 2011 om forbrukerrettigheter [Forbrukerrettighetsdirektivet 2011].
Markedsmisbruksforordningen 2014	Europaparlaments- og rådsforordning (EU) nr. 596/2014 av 16. april 2014 om markedsmisbruk [Markedsmisbruksforordningen 2014 om innsidehandel].
MIFID II	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/65/EU av 15. mai 2014 om markeder for finansielle instrumenter [Verdipapirmarkedsdirektivet 2014 (MIFID II)].
Direktiv 2014/104/EU	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/104/EU av 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret.
Hvitvaskingsdirektivet 2015	Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2015/849 av 20. mai 2015 om tiltak for å hindre at finanssystemet brukes til hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme [Hvitvaskingsdirektivet 2015 (fjerde)].

Varemerkedirektivet 2015

Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2015/2436 av 16. desember 2015 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om varemerker [Varemerkedirektivet 2015].

Direktiv (EU) 2016/343

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2016/343 af 9. marts 2016 om styrkelse af visse aspekter af uskyldsformodningen og retten til at være til stede under rettssagen i straffesager.

Åpenhetsforordningen EFSA

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2019/1381 af 20. juni 2019 om åbenhed og bæredygtighet i EU's risikovurdering i fødevarekæden.

Avgjørelser

Avgjørelser fra norske domstoler

Lest og sitert fra www.lovdato.no

- Rt. 1928 s. 823 [A]

Georges Rt. 1965 s. 712 [A]

- Rt. 1974 s. 149 [A]

- Rt. 1977 s. 629 [A]

Isene Rt. 1981 s. 745 [A]

<i>Alta-saken</i>	Rt. 1982 s. 241 [P]
-	Rt. 1989 s. 674 [A]
-	Rt. 1994 s. 60 [A]
-	Rt. 1995 s. 109 [A]
-	Rt. 1995 s. 1278 [A]
<i>Bjørlo Hotell</i>	Rt. 1996 s. 78 [A]
-	Rt. 1999 s. 14 [A]
<i>Finanger I</i>	Rt. 2000 s. 1811 [P]
-	Rt. 2003 s. 713 [A]
-	Rt. 2005 s. 968 [A]
-	Rt. 2005 s. 833 [P]
-	Rt. 2006 s. 1657 [A]
<i>Trallfa</i>	Rt. 2007 s. 257 [A]
-	Rt. 2007 s. 302 [A]
-	Rt. 2007 s. 1217 [A]
-	Rt. 2008 s. 738 [A]
<i>Krekar</i>	Rt. 2007 s. 1573 [A]
-	Rt. 2008 s. 1409 [S]
-	Rt. 2009 s. 705 [A]
<i>Pedicel</i>	Rt. 2009 s. 839 [A]
-	Rt. 2009 s. 920 [A]

-	Rt. 2011 s. 111 [A]
<i>Tine</i>	Rt. 2011 s. 910 [A]
-	Rt. 2012 s. 1547 [A]
<i>Gran & Ekran</i>	Rt. 2012 s. 1556 [A]
<i>Lengeværende barn I</i>	Rt. 2012 s. 1985 [P]
<i>STX</i>	Rt. 2013 s. 258 [A]
-	Rt. 2013 s. 937 [A]
-	Rt. 2014 s. 310 [A]
-	Rt. 2014 s. 620 [A]
-	Rt. 2015 s. 1246 [A]
<i>Internflukt</i>	Rt. 2015 s. 1388 [P]
-	HR-2016-2017-A
-	HR-2016-2579-A
-	HR-2019-273-A
-	HR-2019-2336-A
-	HR-2019-2344-A
<i>Klimasaken</i>	HR-2020-2472-P
-	HR-2021-797-A
-	HR-2021-1086-A
<i>STX</i>	LB-2010-60176-2
-	LB-2013-75034

-	LB-2015-82716
-	LB-2015-131877
-	LB-2015-156827
-	LB-2017-104980
-	LB-2017-52429
-	LB-2017-78631
-	LB-2018-172335
-	LB-2018-32774
-	LB-2018-161470
<i>Kerim</i>	LB-2019-33460
<i>STX</i>	TOSLO-2009-50176
-	TOSLO-2012-112718
-	TOSLO-2017-137376
-	TSUMO-2017-145582
-	SOMB-1998-82

Avgjørelser fra EFTA-domstolen

Lest og sitert fra www.lovdatab.no og <https://eftacourt.int/>

E-1/94 *Restamark*

Prejudisiell avgjørelse av 16. desember 1994, E-1/94, *Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark*.

E-6/96 <i>Wilhelmsen</i>	Prejudisiell avgjørelse av 27. juni 1997, E-6/96, <i>Tore Wilhelmsen mot Oslo kommune.</i>
E-9/97 <i>Sveinbjörnsdóttir</i>	Prejudisiell avgjørelse av 10. desember 1998, E-9/97, <i>Erla Mariá Sveinbjörnsdóttir mot Island.</i>
E-3/00 <i>ESA mot Norge</i>	Dom av 5. april 2001, E-3/00, <i>ESA mot Norge.</i>
E-4/01 <i>Karlsson</i>	Prejudisiell avgjørelse av 30. mai 2002, E-4/01, <i>Karl K. Karlsson hf. mot Island.</i>
E-1/04 <i>Fokus Bank</i>	Prejudisiell avgjørelse av 23. november 2004, E-1/04, <i>Fokus Bank mot Den norske stat v/Skattedirektoratet.</i>
E-4/04 <i>Pedical</i>	Prejudisiell avgjørelse av 25. februar 2005, E-4/04, <i>Pedical AS mot Sosial- og helsedirektoratet.</i>
E-3/06 <i>Ladbrokes</i>	Prejudisiell avgjørelse av 30. mai 2007, E-3/06, <i>Ladbrokes mot Staten v/Kultur- og kirke departementet og Landbruks- og matdepartementet.</i>

E-2/10 <i>Kolbeinsson</i>	Prejudisiell avgjørelse av 10. desember 2010, E-2/10, <i>Pór Kolbeinsson mot Island</i> .
E-4/11 <i>Clauder</i>	Prejudisiell avgjørelse av 26. juli 2011, E-4/11, <i>Arnulf Clauder</i> .
E-16/10 <i>Philip Morris</i>	Prejudisiell avgjørelse av 12. september 2011, E-16/10, <i>Philip Morris Norway AS mot Oslo tingrett</i> .
E-2/11 <i>STX</i>	Prejudisiell avgjørelse av 23. januar 2012, E-2/11, <i>STX mot Staten v/Tariffnemnda</i> .
E-15/10 <i>Posten Norge</i>	Dom av 18. april 2012, E-15/10, <i>Posten Norge AS mot ESA</i> .
E-11/12 <i>Koch</i>	Prejudisiell avgjørelse av 13. juni 2013, E-11/12, <i>Beatrix Susanne Koch, Lothar Hummel og Stefan Müller mot Swiss Life (Liechtenstein) AG</i> .
E-28/15 <i>Jabbi</i>	Prejudisiell avgjørelse av 26. juli 2016, E-28/15, <i>Yankuba Jabbi mot Den norske stat v/Utlendingsnemnda</i> .

E-3/16 <i>Ski Taxi</i>	Prejudisiell avgjørelse av 22. desember 2016, E-3/16, <i>Ski Taxi SA m.fl. mot Den norske stat v/Konkurransetilsynet.</i>
E-15/16 <i>Yara</i>	Prejudisiell avgjørelse av 13. september 2017, E-15/16, <i>Yara International ASA mot Den norske stat.</i>
E-6/17 <i>Fjarskipti</i>	Prejudisiell avgjørelse av 30. mai 2018, E-6/17, <i>Fjarskipti hf. mot Síminn hf.</i>
E-4/19 <i>Campbell</i>	Prejudisiell avgjørelse av 13. mai 2020, E-4/19, <i>Campbell mot Den norske stat v/Utlendingsnemnda.</i>
E-1/20 <i>Kerim</i>	Prejudisiell avgjørelse av 9. februar 2021, E-1/20, <i>Kerim mot Den norske stat v/Utlendingsnemnda.</i>

Rettsmøterapport fra EFTA-domstolen

E-1/20-16 <i>Kerim</i>	Rettsmøterapport, E-1/20-16, i sak E-1/20 Kerim mot Den norske stat v/Utlendingsnemnda.
------------------------	---

Avgjørelser fra EU-domstolen

Lest og sitert fra www.lovdato.no og <https://curia.europa.eu>

- | | |
|--|---|
| C-8/74 <i>Dassonville</i> | Prejudisiell avgjørelse av 11. juli 1974, C-8/74, <i>Dassonville m.fl.</i> , EU:C:1974:82. |
| C-104/75 <i>De Peijper</i> | Prejudisiell avgjørelse av 20. mai 1976, C-104/75, <i>De Peijper</i> , EU:C:1976:67. |
| C-33/76 <i>Rewe</i> | Prejudisiell avgjørelse av 16. desember 1976, C-33/76, <i>Rewe-Zentralfinanz eG m.fl. mot Landwirtschaftskammer für das Saarland</i> , EU:C:1976:188. |
| C-120/78 <i>Cassis de Dijon</i> | Prejudisiell avgjørelse av 20. februar 1979, C-120/78, <i>Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein</i> , EU:C:1979:42. |
| C-174/82 <i>Sandoz</i> | Prejudisiell avgjørelse av 14. juli 1983, C-174/82, <i>Sandoz BV.</i> , EU:C:1983:213. |
| Forente saker C-205-215/82 <i>Deutsche Milchkontor</i> | Prejudisiell avgjørelse av 21. september 1983, Forente saker C-205 til 215/82 <i>Deutsche Milchkontor GmbH et al. mot Tyskland</i> , EU:C:1983:233. |

C-199/82 <i>San Giorgio</i>	Prejudisiell avgjørelse av 9. november 1983, C-199/82, <i>Finansministeriet mot SpA San Giorgio</i> , EU:C:1983:218.
Forente saker C-43 og 63/82 <i>VBVB</i>	Dom av 17. januar 1984, Forente saker C-43 og 63/82, <i>VBVB og VBBB mot Kommisjonen</i> , EU:C:1984:9.
C-222/84 <i>Johnston</i>	Prejudisiell avgjørelse av 15. mai 1986, C-222/84, <i>Johnston mot Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary</i> , EU:C:1986:206.
C-254/85 <i>Irish Grain Board</i>	Prejudisiell avgjørelse av 11. november 1986, C-254/85 <i>Irish Grain Board Limited mot Minister for Agriculture</i> , EU:C:1986:422.
C-176/84 <i>Kommisjonen mot Hellas</i>	Dom av 12. mars 1987, C-176/84, <i>Kommisjonen mot Hellas</i> , EU:C:1987:125.
Forente saker C-331, 376 og 378/85 <i>Bianco</i>	Prejudisiell avgjørelse av 25. februar 1988, Forente saker C-331, 376 og 378/85, <i>Bianco m.fl. mot Directeur général des douanes et droits indirect</i> , EU:C:1988:97.

C-68/88 <i>Kommisjonen mot Hellas</i>	Dom av 21. september 1989, C-68/88, <i>Kommisjonen mot Hellas</i> , EU:C:1989:339.
C-340/89 <i>Vlassopoulou</i>	Prejudisiell avgjørelse av 7. mai 1991, C-340/89, <i>Irène Vlassopoulou mot Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg</i> , EU:C:1991:193.
C-240/90 <i>Tyskland mot Kommisjonen</i>	Dom av 27. oktober 1992, C-240/90, <i>Tyskland mot Kommisjonen</i> , EU:C:1992:408.
C-375/90 <i>Kommisjonen mot Hellas</i>	Dom av 27. april 1993, C-375/90, <i>Kommisjonen mot Hellas</i> , EU:C:1993:154.
C-49/92 <i>Anic</i>	Dom av 8. juli 1999, C-49/92, <i>Kommisjonen mot Anic Partecipazioni</i> , EU:C:1999:356.
C-127/92 <i>Enderby</i>	Prejudisiell avgjørelse av 27. oktober 1993, C-127/92, <i>Dr. Pamela Mary Enderby mot Frenchay Health Authority og Secretary of State for Health</i> , EU:C:1993:859.

Forente saker C-192 og 218/95 <i>Comateb</i>	Prejudisiell avgjørelse av 14. januar 1997, Forente saker C-192 og 218/95, <i>Comateb m.fl. mot Directeur général des douanes et droits indirects</i> , EU:C:1997:12.
C-181/95 <i>Biogen</i>	Prejudisiell avgjørelse av 23. januar 1997, C-181/95, <i>Biogen Inc mot Smithkline Beecham Biologicals SA.</i> , EU:C:1997:32.
C-213/96 <i>Outokumpu Oy</i>	Prejudisiell avgjørelse av 2. april 1998, C-213/96, <i>Outokumpu Oy</i> , EU:C:1998:155.
C-185/95 <i>Baustahlgewebe</i>	Dom av 17. desember 1998, C-185/95, <i>Baustahlgewebe GmbH mot Kommisjonen</i> , EU:C:1998:608.
C-120/97 <i>Upjohn</i>	Prejudisiell avgjørelse av 21. januar 1999, C-120/97 <i>Upjohn Ltd mot The Licensing Authority established by the Medicines Act 1969 m.fl.</i> , EU:C:1999:14.
C-224/97 <i>Enrich Ciola</i>	Prejudisiell avgjørelse av 20. april 1999, <i>Enrich Ciola mot Land Vorarlberg</i> , EU:C:1999:212.

C-302/97 <i>Konle</i>	Prejudisiell avgjørelse av 1. juni 1999, C-302/97, <i>Klaus Konle mot Østerrike</i> , EU:C:1999:271.
C-199/92 <i>Hüls mot Kommisjonen</i>	Dom av 8. juli 1999, C-199/92 <i>Hüls AG mot Kommisjonen</i> , EU:C:1999:358.
C-235/92 <i>Montecatini mot Kommisjonen</i>	Dom av 8. Juli 1999, C-235/92, <i>Montecatini SpA mot Kommisjonen</i> , EU:C:1999:362.
C-281/98 <i>Angonese</i>	Prejudisiell avgjørelse av 6. juni 2000, C-281/98, <i>Angonese mot Cassa di Risparmio di Bolzano SpA</i> , EU:C:2000:296.
C-405/98 <i>Gourmet</i>	Prejudisiell avgjørelse av 8. mars 2001, C-405/98, <i>Konsumentombudsmannen mot Gourmet</i> , EU:C:2001:135.
C-210/00 <i>Käserei</i>	Prejudisiell avgjørelse av 11. juli 2002, C-210/00, <i>Käserei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KG mot Hauptzollamt Hamburg-Jonas</i> , EU:C:2002:440.
C-136/00 <i>Danner</i>	Prejudisiell avgjørelse av 3. oktober 2002, C-136/00, <i>Rolf Dieter Danner</i> , EU:C:2002:558.

- C-338/00 *Volkswagen mot Kommisjonen* Dom av 18. september 2003, C-338/00, *Volkswagen mot Kommisjonen*, EU:C:2003:473.
- C-192/01 *Kommisjonen mot Danmark* Dom av 23. september 2003, C-192/01, *Kommisjonen mot Danmark*, EU:C:2003:492.
- Forente saker C-204, 205, 211, 213, 217 og 219/00 *Aalborg Portland* Dom av 7. januar 2004, Forente saker C-204, 205, 211, 213, 217 og 219/00, *Aalborg Portland A/S m.fl. mot Kommisjonen*, EU:C:2004:6.
- C-453/00 *Kühne & Heitz* Prejudisiell avgjørelse av 13. januar 2004, C-453/00, *Kühne & Heitz NV mot Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, EU:C:2004:17.
- C-112/02 *Kolpharma* Prejudisiell avgjørelse av 1. april 2004, C-112/02, *Kolpharma mot Tyskland*, EU:C:2004:208.
- C-41/02 *Kommisjonen mot Nederland* Dom av 2. desember 2004, C-41/02, *Kommisjonen mot Nederland*, EU:C:2004:762.

C-526/04 <i>Laboratoires Boiron</i>	Prejudisiell avgjørelse av 7. september 2006, C-526/04, <i>Laboratoires Boiron SA mot Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (Urssaf) de Lyon</i> , EU:C:2006:528.
C-105/04 <i>FEG</i>	Dom av 21. september 2006, C-105/04, <i>FEG mot Kommisjonen</i> , EU:C:2006:592.
C-552/03 <i>Unilever Bestfoods</i>	Kjennelse av 28. september 2006, C-552/03, <i>Unilever Bestfoods mot Kommisjonen</i> , EU:C:2006:607.
C-407/04 <i>Dalmine</i>	Dom av 25. januar 2007, C-407/04 <i>Dalmine SpA mot Kommisjonen</i> , EU:C:2007:53.
Forente saker C-222 til 225/05 <i>van der Weerd</i>	Prejudisiell avgjørelse av 7. juni 2007, Forente saker C-222 til 225/05, <i>van der Weerd m.fl. mot Minister van Landbouw</i> , EU:C:2007:318.
C-321/05 <i>Kofoed</i>	Prejudisiell avgjørelse av 5. juli 2007, C-321/05, <i>Kofoed mot Skatteministeriet</i> , EU:C:2007:408.

C-319/05 <i>Kommisjonen mot Tyskland</i>	Dom av 15. november 2007, C-319/05, <i>Kommisjonen mot Tyskland</i> , EU:C:2007:678.
C-110/05 <i>Kommisjonen mot Italia</i>	Dom av 10. februar 2009, C-110/05, <i>Kommisjonen mot Italia</i> , EU:C:2009:66.
C-510/06 <i>Archer Daniels</i>	Dom av 19. mars 2009, C-510/06, <i>Archer Daniels Midland Co. mot Kommisjonen</i> , EU:C:2009:166.
Forente saker C-171-07 og C-172/07 <i>Apothekerkammer</i>	Prejudisiell avgjørelse av 19. mai 2009, Forente saker C-171/07 og C-172/07, <i>Apothekerkammer des Saarlandes m.fl. mot Saarland og Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales</i> , EU:C:2009:316.
C-8/08 <i>T-Mobile</i>	Prejudisiell avgjørelse av 4. juni 2009, C-8/08, <i>T-mobile Netherlands BV m.fl. mot Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit</i> , EU:C:2009:343.
Forente saker C-501, 513, 515, 519/06 <i>GlaxoSmithKline</i>	Dom av 6. oktober 2009, Forente saker C-501, 513, 515, 519/06, <i>GlaxoSmithKline Services m.fl. mot Kommisjonen m.fl.</i> , EU:C:2009:610.

C-45/08 <i>Spector</i>	Prejudisiell avgjørelse av 23. desember 2009, C-45/08, <i>Spector Photo Group NV m.fl. mot Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezzen (CBFA)</i> , EU:C:2009:806.
C-333/08 <i>Kommisjonen mot Frankrike</i>	Dom av 28. januar 2010, C-333/08, <i>Kommisjonen mot Frankrike</i> , EU:C:2010:44.
C-73/08 <i>Bressol</i>	Prejudisiell avgjørelse av 13. april 2010, C-73/08, <i>Bressol m.fl. mot Gouvernement de la Communauté française</i> , EU:C:2010:181.
C-246/09 <i>Bulicke</i>	Prejudisiell avgjørelse av 8. juli 2010, C-246/09, <i>Bulicke mot Deutsche Büro Service GmbH</i> , EU:C:2010:418.
C-512/08 <i>Kommisjonen mot Frankrike</i>	Dom av 5. oktober 2010, C-512/08, <i>Kommisjonen mot Frankrike</i> , EU:C:2010:579.
C-421/09 <i>Humanplasma</i>	Prejudisiell avgjørelse av 9. desember 2010, C-421/09, <i>Humanplasma GmbH mot Østerrike</i> , EU:C:2010:760.
C-400/08 <i>Kommisjonen mot Spania</i>	Dom av 24. mars 2011, C-400/08, <i>Kommisjonen mot Spania</i> , EU:C:2011:172.

C-262/09 <i>Meilicke</i>	Prejudisiell avgjørelse av 30. juni 2011, C-262/09, <i>Meilicke m.fl. mot Finanzamt Bonn-Innenstadt</i> , EU:C:2011:438.
C-521/09 <i>Elf Aquitaine</i>	Dom av 29. september 2011, C-521/09, <i>Elf Aquitaine SA mot Kommisjonen</i> , EU:C:2011:620.
C-386/10 <i>Chalkor</i>	Dom av 8. desember 2011, C-386/10, <i>Chalkor AE mot Kommisjonen</i> , EU:C:2011:815.
C-28/09 <i>Kommisjonen mot Østerrike</i>	Dom av 21. desember 2011, C-28/09, <i>Kommisjonen mot Østerrike</i> , EU:C:2011:854.
C-456/10 <i>ANETT</i>	Prejudisiell avgjørelse av 26. april 2012, C-456/10, <i>ANETT mot Administración del Estado</i> , EU:C:2012:241.
C-379/11 <i>Caves Krier Frères</i>	Prejudisiell avgjørelse av 13. desember 2012, C-379/11, <i>Caves Krier Frères Sàrls mot Directeur de l'Administration de l'emploi</i> , EU:C:2012:9790.

C-68/12 <i>Slovenská sporiteľňa</i>	Prejudisiell avgjørelse av 7. februar 2013, C-68/12 <i>Protimonopolný úrad Slovenskej republiky mot Slovenská sporiteľňa</i> , EU:C:2013:71.
C-544/11 <i>Petersen</i>	Prejudisiell avgjørelse av 28. februar 2013, C-544/11, <i>Helga Petersen m.fl. mot Finanzamt Ludwigshafen</i> , EU:C:2013:124.
C-439/11 <i>Ziegler mot Kommisjonen</i>	Dom av 11. juli 2013, C-439/11, <i>Ziegler SA mot Kommisjonen</i> , EU:C:2013:513.
C-481/12 <i>Juvelta</i>	Prejudisiell avgjørelse av 16. januar 2014, C-481/12, <i>Juvelta mot Lietuvos prabavimo rūmai</i> , EU:C:2014:11.
C-456/12 <i>O. og B.</i>	Prejudisiell avgjørelse av 12. mars 2014, C-456/12, <i>O. og B. mot Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel</i> , EU:C:2014:135.
C-269/13 <i>Acino</i>	Dom av 10. april 2014, C-269/13, <i>Acino mot Kommisjonen</i> , EU:C:2014:255.

C-326/12 <i>van Caster</i>	Prejudisiell avgjørelse av 9. oktober 2014, C-326/12, <i>van Caster mot Finanzamt Essen-Süd</i> , EU:C:2014:2269.
C-202/13 <i>McCarthy m.fl.</i>	Prejudisiell avgjørelse av 18. desember 2014, C-202/13, <i>McCarthy m.fl. mot Secretary of State for the Home Departement</i> , EU:C:2014:2450.
C-449/13 <i>CA Consumer Finance</i>	Prejudisiell avgjørelse av 18. desember 2014, C-449/13, <i>CA Consumer Finance SA mot Ingrid Bakkaus m.fl.</i> , EU:C:2014:2464.
C-286/13 <i>Dole Food</i>	Dom av 19. mars 2015, C-286/13, <i>Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mot Kommisjonen</i> , EU:C:2015:184.
C-333/14 <i>Scotch Whisky</i>	Prejudisiell avgjørelse av 23. desember 2015, C-333/14, <i>Scotch Whisky m.fl. mot Lord Advocate og Advocate General for Scotland</i> , EU:C:2015:845.
C-298/16 <i>Ispas</i>	Prejudisiell avgjørelse av 9. november 2017, C-298/16, <i>Teodor Ispas m.fl. mot Directia Generala a Finantelor Publice Cluj</i> , EU:C:2017:8443.

C-251/16 <i>Cussens m.fl.</i>	Prejudisiell avgjørelse av 22. november 2017, C-251/16, <i>Cussens m.fl. mot T.G. Brosman</i> , EU:C:2017:881.
C-651/16 <i>DW</i>	Prejudisiell avgjørelse av 7. mars 2018, C-651/16, <i>DW mot Valsts sociālās apdrošināšanas aģentūra</i> , EU:C:2018:162.
C-537/16 <i>Garlsson</i>	Prejudisiell avgjørelse av 20. mars 2018, C-537/16, <i>Garlsson Real Estate SA m.fl. mot Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)</i> , EU:C:2018:193.
C-602/17 <i>Benoît Sauvage</i>	Prejudisiell avgjørelse av 24. oktober 2018, C-602/17, <i>Benoît Sauvage m.fl. mot État belge</i> , EU:C:2018:856.
Forente saker C-116 og 117/16 <i>T Danmark</i>	Prejudisiell avgjørelse av 26. februar 2019, Forente saker C-116 og 117/16 <i>Skatteministeriet mot T Danmark og Y Denmark Alps</i> , EU:C:2019:135.
C-680/16 <i>Wolff m.fl. mot Kommisjonen</i>	Dom av 27. mars 2019, C-680/16, <i>Wolff m.fl. mot Kommisjonen</i> , EU:C:2019:257.

C-86/19 <i>SL</i>	Prejudisiell avgjørelse av 9. juli 2020, C-86/19, <i>SL mot Vueling Airlines SA</i> , EU:C:2020:538.
C-649/18 <i>Daniel B m.fl.</i>	Prejudisiell avgjørelse av 1. oktober 2020, C-649/18, <i>A mot Daniel B m.fl.</i> , EU:C:2020:764.
Forente saker T-74, 76, 83, 85, 132, 137 og 141/00 <i>Artegodan</i>	Dom av 26. november 2002, Forente saker T-74, 76, 83, 85, 132, 137 og 141/00, <i>Artegodan mot Kommisjonen</i> , EU:T:2002:283.
T-321/05 <i>AstraZeneca</i>	Dom av 1. juli 2010, T-321/05, <i>AstraZeneca AB og AstraZeneca plc mot Kommisjonen</i> , EU:T:2010:266.
T-111/08 <i>MasterCard</i>	Dom av 24. mai 2012, T-111/08 <i>MasterCard</i> , EU:T:2012:260.
Forente saker T-56 og 73/09 <i>Saint-Gobain</i>	Dom av 27. mars 2014, Forente saker T-56 og 73/09, <i>Saint-Gobain GlassFrance SA m.fl. mot Kommisjonen</i> , EU:T:2014:160.
T-189/13 <i>Nature-Balance</i>	Dom av 11. desember 2014, T-189/13, <i>PP Nature-Balance Lizenz mot Kommisjonen</i> , EU:T:2014:1056.

Generaladvokatens forslag til avgjørelse

Lest og sitert fra www.lovdatab.no og <https://curia.europa.eu>

- | | |
|-------------------|--|
| <i>GA Tizzano</i> | Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Tizzano, fremsatt den 11. september 2003 i C-112/02 <i>Kolpharma</i> , EU:C:2003:459. |
| <i>GA Kokott</i> | Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Kokott, fremsatt den 8. desember 2005 i C-105/04 <i>FEG</i> , EU:C:2005:751. |
| <i>GA Léger</i> | Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Léger, fremsatt den 5. oktober 2006 i C-110/05 <i>Kommisjonen mot Italia</i> , EU:C:2006:646. |
| <i>GA Maduro</i> | Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Maduro, fremsatt den 1. mars 2007 i forente saker C-222 til 225/05 <i>van der Weerd</i> , EU:C:2007:124. |
| <i>GA Bot</i> | Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Bot, fremsatt den 8. juli 2008 i C-110/05 <i>Kommisjonen mot Italia</i> , EU:C:2006:646. |
| <i>GA Kokott</i> | Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Kokott, fremsatt den 19. februar 2009 i C-8/08 <i>T-Mobile</i> , EU:C:2009:110. |

GA Mengozzi

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Mengozzi, fremsatt den 4. oktober 2018 i C-680/16 *Wolff m.fl. mot Kommisjonen*, EU:C:2018:819.

Avgjørelser fra EMD

Lest og sitert fra www.hudoc.echr.coe.int

Engel m.fl. mot Nederland

Dom 8. juni 1976, 5370/72, *Engel m.fl. mot Nederland*.

Salabiaku mot Frankrike

Dom 7. oktober 1988, 10519/83, *Salabiaku mot Frankrike*.

Barberà, Messeguè og Jabardo mot Spania

Dom 6. desember 1988, 10590/83, *Barberà, Messeguè og Jabardo mot Spania*.

Tre Traktörer mot Sverige

Dom 7. juli 1989, 10873/84, *Tre Traktörer mot Sverige*.

Bendenoun mot Frankrike

Dom 24. februar 1994, 12547/86, *Bendenoun mot Frankrike*.

Telfner mot Østerrike

Dom 20. mars 2001, 22501/96, *Telfner mot Østerrike*.

<i>Västberga Taxi Aktiebolag mot Sverige</i>	Dom 3. juli 2002, 36985/97, <i>Västberga Taxi Aktiebolag mot Sverige.</i>
<i>Janosevic mot Sverige</i>	Dom 21. mai 2003, 34619/97, <i>Janosevic mot Sverige.</i>
<i>Jussila mot Finland</i>	Dom 23. november 2006, 73053/01, <i>Jussila mot Finland.</i>
<i>Geerings mot Nederland</i>	Dom 1. mars 2007, 30810/03, <i>Geerings mot Nederland.</i>
<i>Menarini mot Italia</i>	Dom 27. september 2011, 43509/08, <i>Menarini mot Italia.</i>
<i>G.I.E.M. S.R.L. m.fl. mot Italia</i>	Dom 28. juni 2018, 1828/06, <i>G.I.E.M. S.R.L. m.fl. mot Italia.</i>

Meddelelser fra EU/EØS-institusjoner

COM/2000/0582

Forslag til rådets forordning om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 og om ændring af forordning (EØF) nr. 1017/68, (EØF) nr. 2988/74, (EØF) nr. 4056/86 og (EØF) nr. 3975/87 (gennemførelsesforordning til traktatens artikel 81 og 82) (2000/C 365 E/28).

KOM (2000)

Meddelelse fra Kommissionen om forsigtighedsprincippet, 2. februar 2000.

Domstolens Procesreglement

Domstolens Procesreglement av 6. november 2012 (2012/C 337/01).

EEA EFTA Comment (2013)

EEA EFTA Comment on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, 13. november 2013.

KOM (2014)

Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet: Bistand til de nationale myndigheder med at bekæmpe misbrug af retten til fri bevægelighed: Håndbog om håndtering af angivelige proformaægteskaber mellem EU-borgere og ikke-EU-statsborgere i relation til EU-reglerne om EU-borgeres fri bevægelighed, 26. september 2014.

Litteratur

Juridiske fremstillinger

Arnesen (2017)

Arnesen, Finn, «EEA- a «distinct legal order of its own»?», *MarIus* 2017 nr. 482, s. 111–131.

Arnesen/Stenvik (2015)

Arnesen, Finn, og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode – Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2015.

Berg (2005)

Berg, Bjørn. O, *Forvaltningssanksjoner*, Universitetsforlaget 2005.

- Bernt (1978) Bernt, Jan Fridthjof, «Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn – Et bidrag til læren om forvaltningens diskresjonære kompetanse», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1978 s. 241–348.
- Bernt/Rasmussen (2010) Bern, Jan Fridthjof og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens Forvaltningsrett*, Bind 1, 2. Utgave, Fagbokforlaget 2013.
- Bugge (2014) Bugge, Hans Chr., *Lærebok i miljøforvaltningsrett*, 4. utgave, Universitetsforlaget 2014.
- Eckhoff (1943) Eckhoff, Torstein, *Tvilsrisikoen (Bevisbyrden)*, Oslo 1943.
- Eckhoff/Smith (2018) Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, Universitetsforlaget 2018.
- Emberland (2006) Emberland, Marius, *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford University Press 2006.

- Emberland (2020) Emberland, Marius, «Om kravet til likebehandling når forvaltningen treffer enkeltvedtak som beror på rettsanvendelsesskjønn», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, s. 349–392.
- Eriksen/Fredriksen (2019) Eriksen, Christoffer Conrad og Halvard Haukeland Fredriksen, *Norges europeiske forvaltningsrett: EØS-avtalens krav til norske forvaltningsorganers organisering og saksbehandling*, Universitetsforlaget 2019.
- Eriksen/Stubberud (2017) Eriksen, Christoffer og Jørgen Anton Stubberud, «Legitimacy and the Charter of Fundamental Rights Post-Lisbon» i *The Reach of Free Movement*, (red.) Andenæs m.fl., s. 229–252, T.M.C Asser Press 2017.
- Fenger (2004) Fenger, Niels, *Forvaltning & Fællesskab: Om EU-rettens betydning for den almindelige forvaltningsret: Konfrontation og frugtbar sameksistens*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004.
- Fredriksen (2008) Fredriksen, Halvard Haukeland, «Tvisteloven og EØS-avtalen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2008 s. 289–357.

- Fredriksen (2010) Fredriksen, Halvard Haukeland, «Finn Arnesen og Are Stenvik: Internasjonalisering og juridisk metode», *Lov og Rett* 2010 s. 98–101.
- Fredriksen (2011) Fredriksen, Halvard Haukeland, «EU/EØS-rett i norske domstoler», *Rapport # 3 – Europautredningen – EURU-2011-3*, 2011.
- Fredriksen (2014) Fredriksen, Halvard Haukeland, «EU/EØS-rettslige proporsjonalitetsvurderinger i nordiske domstoler», *Europarättslig tidskrift* 2014 s. 712–739.
- Fredriksen/Mathisen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Fagbokforlaget 2018.
- Frihagen (1992) Frihagen, Arvid, *Forvaltningsrett bind II*, 5. utgave, Bergen 1992.
- Gjems-Onstad/Matre (2011) Gjems-Onstad, Ole og Hugo P. Matre (red.), *Skatteprosess*, Gyldendal 2011.

- Graver (1995) Graver, Hans Petter, «Grenseområdet mellom miljøbeskyttelse og proteksjonisme i EUs miljørett», *Kritisk juss* 1995 s. 211–236.
- Graver (2002) Graver, Hans Petter, *Forvaltningsrett i markedsstaten: Studier i europeiseringen av forvaltningsretten*, Fagbokforlaget 2002.
- Graver (2004) Graver, Hans Petter, «Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2004 s. 465–498.
- Graver (2019) Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave, Universitetsforlaget 2019.
- Graver/Hjelmeng (2006) Graver, Hans Petter og Erling Hjelmeng, *Norsk konkurranserett: Bind II Prosess og sanksjoner*, Universitetsforlaget 2006.
- Herlin-Karnell (2016) Herlin-Karnell, Ester, «Is administrative law still relevant? How the battle of sanctions has shaped EU criminal law» i *Research Handbook on EU Criminal Law*, (red.) Mitsilegas m.fl., s. 233 – 248, *Research Handbooks in European Law Series* 2016.

- Hjelmeng (2003) Hjelmeng, Erling, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, Fagbokforlaget 2003.
- Hopsnes/Solberg (2005) Hopsnes, Roald og Raymond Solberg, «Legalitetsprinsippet», *Jussens Venner* 2005 s. 77–155.
- Hov (2017) Hov, Jo, *Rettergang i sivile saker*, Oslo 2017.
- Jans (2015) Jans, Jan H., S. Prechal og R.J.G.M Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, 2. utgave, Europa Law Publishing 2015.
- Jerkø (2017) Jerkø, Marcus, *Bevisvurderingens rettslige rammer: Bevistema, bevisbyrde, beviskrav*, Universitetsforlaget 2017.
- Kakouris (1997) Kakouris, Constantinos, «Do the Member States Possess Judicial Procedural Autonomy?», *Common Market Law Review* 1997, s. 1389–1412.

- Kalintiri (2019) Kalintiri, Andriani, *Evidence standards in EU Competition Enforcement: The Approach*, Hart Publishing, Oxford 2019.
- Kolflaath (2004) Kolflaath, Eivind, «Bevisbedømmelse – sannsynlighet eller fortellinger?», *Jussens Venner* 2004 s. 279.
- Krämer (2006) Krämer, Ludwig, *EC Environmental Law*, 6th Edition, Sweet & Maxwell 2006.
- Lasok (1994) Lasok, K.P.E., *The European Court of Justice: Practice and Procedure, Second Edition*, Butterworths 1994.
- Lasok (2017) Lasok, K.P.E., *Lasok's European Court Practice and Procedure*, Third Edition, Bloomsbury 2017.
- Løvlie (2014) Løvlie, Anders, *Rettslige faktabegreper*, Gyldendal Juridisk 2014.

- Løvlie (2019a) Løvlie, Anders, «Fakta og juss» i Høgberg, Alf Petter og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019.
- Løvlie (2019b) Løvlie, Anders, «Beviskrav og bevisbyrde for feil i forvaltningens saksbehandling» i Tøssebro, Henriette N. (red.), *Ugyldighet i forvaltningsretten*, Universitetsforlaget 2019.
- Moen (2019) Moen, Olav Haugen, *Forvaltningskjønn og domstolskontroll*, Gyldendal 2019.
- Nordback (2007) Nordback, Kenneth, «"Bevisbörda" i mål om undantag från gemenskapsreglerna om fri rörlighet», *Svensk Juristtidning* 2007, s. 421–443.
- Oliver (2010) Oliver, Peter J. (red.), *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*, Fifth Edition, Hart Publishing 2010.
- Robberstad (2011) Robberstad, Anne, «Om forståelser av bevisbyrde», *Jussens Venner* 2011 s. 65–86.

- Robberstad (2021) Robberstad, Anne, *Hvem har bevisbyrden?: Tvilsrisikoen i sivile saker*, Universitetsforlaget 2021.
- Rui (2018) Rui, Jon Petter, «Fra menneskerettighetsdomstolen: Ingen straff uten skyld (nulla poena sine culpa) G.I.E.M. S.R.L. og andre mot Italia, søkenummer 1828/06, storkammerdom 28. juni 2018», *Tidsskrift for strafferett* 2018 s. 202–215.
- Sands/Peel (2018) Sands, Phillipe, og Jacqueline Peel, *Principles of International Environmental Law*, Fourth Edition, Cambridge University Press 2018.
- Sejersted (2011) Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2011.
- Shuibne/Maci (2013) Shuibne, Niamh Nic og Marsela Maci, «Proving Public Interest: The Growing Impact of Evidence in Free Movement Case Law», *Common Market Law Review* 50, 2013, s. 965–1006.

- Skoghøy (2014) Skoghøy, Jens Edvin A., «Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven», *Jussens Venner* 2014 s. 297 – 339.
- Skoghøy (2017) Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 3. utgave, Oslo 2017.
- Strandbakken (2003) Strandbakken, Asbjørn, *Uskyldspresumsjonen: «In dubio pro reo»*, Fagbokforlaget 2003.
- Strandberg (2005) Strandberg, Magne, *Skadelidtes hypotetiske inntekt: om erstatningsutmåling og bevis*, Fagbokforlaget 2005.
- Strandberg (2012) Strandberg, Magne, *Beviskrav i sivile saker*, Fagbokforlaget 2012.
- Strandberg (2013) Strandberg, Magne, «Beviskrav ved inndragning av skjenkebevilling», *Tidsskrift for forretningsjus* 2013, s. 15-37.
- Strandberg (2016) Strandberg, Magne, «Beviskravet i vaksineskader etter Rt. 2015 s. 1246», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett* 2016, s. 7–29.

- Stub (2006) Stub, Marius, «Er forvaltningen kjent med beviskravene i forvaltningsretten?», *Lov og Rett* 2006, s. 628–632.
- Stub (2016) Stub, Marius, «Det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling – noen hovedtrekk», Liv, lov og lære – *Festskrift til Inge Lorange Backer* s. 491–512.
- Vanebo (2017) Vanebo, Ove A., «Unntak fra flyktningsstatus i medhold av utlendingsloven § 28 fjerde ledd fordi asylsøkeren selv har fremkalt beskyttelsesbehovet i den hensikt å oppnå opphold», *Lov og Rett* 2017, s. 526–545.
- Wils (2010) Wils, Wouter P.J., «Increased Level of EU Antitrust Fines: Judicial Review and the ECHR», *World Competition* Vol. 33 (1), 2010, s. 5–29.

Netthenvisninger

- Einarsen, Norsk Lovkommentar (2015) Einarsen, Terje, Norsk Lovkommentar: Utlendingsloven, note 331A til utlendingsloven § 120 sjette ledd, Rettsdata.no (lest 19. mai 2021 kl. 15:20).

Konkurransetilsynets årsrapport 2010–
2020 <https://konkurransetilsynet.no/publikasjoner/ars-rapporter/> (sist besøkt: 9. mars 2021 kl. 08:30).

Departementets EØS-notat (2. desember
2020) Departementets EØS-notat 2. desember 2020:
<https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2019/aug/apenhetsforordningen-efsa/id2739993/> (sist besøkt: 3. mars 2021 kl. 09:43).