
EU/EØS-RETTLIGE PROPORSJONALITETSVURDERINGER I NORDISKE DOMSTOLER

Halvard Haukeland Fredriksen*

1. INNLEDNING

Temaet for dette bidraget er den nasjonale anvendelsen av det EU/EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet i saker hvor det er spørsmål om konflikt mellom nasjonal lov og EU/EØS-rettens grunnregler om fri bevegelse av varer, personer, tjenester og kapital. Mer presist er det spørsmål om hvordan domstolene i de nordiske land håndterer saker hvor det hevdes at nasjonal lovgivning som griper inn i de fire friheter, ikke er egnet til eller nødvendig for å ivareta de (forutsetningsvis legitime) hensyn som staten anfører til sitt forsvar, eventuelt at lovgivningen uansett fører til et inngrep i de fire friheter som fremstår som helt uforholdsmessig.¹ I bakgrunnen kan det ligge en forhåndsavgjørelse fra EU-domstolen eller en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen som er innhentet i sakens anledning og som gir mer eller mindre klare føringer for anvendelsen av proporsjonalitetsprinsippet, men det kan også tenkes at de nasjonale domstolene ikke har sett noe behov for å be om veiledning fra de to domstolene i Luxembourg og derfor helt og fullt avgjør saken på egen hånd.

Det må erkjennes at det er krevende å kartlegge og analysere nasjonale domstolers anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet. Særlig gjelder dette om man vil forsøke å sammenligne anvendelsen i flere land, fordi man da nødvendigvis må gi seg i kast med utenlandsk rettspraksis, med de åpenbare farer for mangler

* Professor Halvard Haukeland Fredriksen, Universitetet i Bergen. Artikkelen er basert på et foredrag holdt på Det 40. nordiske juristmøtet i Oslo 21–22. august 2014. Manuskriptet er imidlertid bearbeidet og utvidet, slik at det nå inkluderer en rekke avgjørelser og problemstillinger som det ikke var plass til i foredraget.

¹ For en oppdatert fremstilling av det EU/EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet som sådan vises det til Niels Fenger, «EU-rettens proporsjonalitetsprinsipp», *Ugeskrift for Retsvæsen* 2014 B side 227.

og misforståelser som dette fører med seg. Det er derfor ingen tilfeldighet at jeg i det følgende vil være nokså forsiktig i min omtale av praksis fra de øvrige nordiske land. Egentlig burde de nasjonale domstolars anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet i de nordiske land vært undersøkt av en forskergruppe bestående av danske, finske, islandske, norske og svenske EU/EØS-jurister.

Det er ingen grunn til å la de nordiske landenes ulike tilknytning til EUs indre marked stå i veien for et slikt forsknings samarbeid. Det er i og for seg forståelig at finske, danske og svenske EU-jurister retter oppmerksomheten annetsteds enn mot utenforlandene Island og Norge, men det er likevel beklagelig. Dessverre er det nok også en tendens til at islandske og norske EØS-jurister ikke vier EU-rettslig teori og praksis i de øvrige nordiske landene den oppmerksomhet som den fortjener. Særlig når det gjelder den nasjonale anvendelsen av proporsjonalitetsprinsippet, er det all mulig grunn til å se hen til hva som skjer i de nordiske nabolandene. Det er ikke grunnlag for å hevde at proporsjonalitetsprinsippet har noe annet innhold eller må anvendes på noen annen måte i EØS-rettslig og i EU-rettslig sammenheng. Det er mulig at særegenhetene i forholdet mellom islandske og norske domstoler og EFTA-domstolen kan ha en viss betydning, men i utgangspunktet er islandske og norske domstoler i samme situasjon som finske, danske og svenske domstoler i saker som reiser spørsmål om nasjonal lovgivning som griper inn i de fire friheter.

At temaet er krevende kan uansett ikke være noen grunn til å la være å undersøke det. I hvert fall ikke når det er så viktig, både praktisk og prinsipielt, som spørsmålet om nasjonal anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet. Jurister som arbeider med de fire friheter vet at det i de fleste tilfeller er nasjonale domstoler som til syvende og sist avgjør om nasjonal lovgivning er forenlig med proporsjonalitetsprinsippet. Selv i tilfeller hvor en sak forelegges for EU-domstolen eller EFTA-domstolen vil den endelige proporsjonalitetsvurderingen høre under de nasjonale domstolene. Det er riktig at de to domstolene i Luxembourg i noen tilfeller kommer med føringer som er så detaljerte at de i realiteten avgjør hele saken, men mitt tema er det store flertall av saker hvor så ikke er tilfellet.

2. FORDELER OG ULEMPER KNYTTET TIL DE NASJONALE DOMSTOLENES SENTRALE ROLLE VED ANVENDELSE AV PROPORSJONALITETS-PRINSIPPET

Det er velkjent at det er både fordeler og ulemper med den sentrale rolle som EU/EØS-retten tillegger de nasjonale domstolene i saker hvor det er spørsmål om nasjonal lovgivning er forenlig med proporsjonalitetsprinsippet.

En treffende sammenfatning tilbys av Ida Otken Eriksson i siste utgave av boken *EU-rettslig metod – Teori og genomslag i svensk rättstillämpning*.² Vi begynner med ulempene:

«Faran med prinsen er att domstolar tvingas ta ställning i politiska frågor på ofte relativt ”minerad mark” och att det är svårt att bestämma vilken proportionalitetsmåttstock som skal användas samt hur omfattande bedömningen ska vara i ett enskilt fall. Detta ger givetvis upphov til rättsosäkerhet, eftersom det är svårt att förutse utfallet av bedömningen. Dessutom kan överlämnandet av bedömningen till de nationella domstolerna leda till ulike proportionalitetsbedömningar i skilda medlemsstater och alltså hota den enhetliga tillämpningen av unionsrätten.»

Men tilnærmingen har også fordeler:

«Förtjänsten med proportionalitetsprinsen er att den utgör ett smidigt och flexibelt instrument som kan anpassas till de särskilda omständigheterna i enskilda fall och därmed förhindra att orimliga resultat uppstår. Den omständigheten att domstolen överlämnar proportionalitetsbedömningar til de nationella domstolarna tycks också stämma väl överens med ett ökat intresse av att ta hänsyn till speciella förhållanden i enskilda medlemsstater och i förlängningen subsidiaritetsprinsen.»

Forståelsen av at proporsjonalitetsprinsippet åpner for nasjonal tilpasset anvendelse av EU/EØS-retten fremheves for øvrig i en helt fersk svensk doktoravhandling skrevet av en islandsk kollega – Gunnar Thor Peturssons avhandling med den lett provokative tittelen «The Proportionality Principle as a Tool for Disintegration in EU Law», som han i vår forsvarte ved Universitetet i Lund.³ Hans innfallsvinkel er EU-domstolens tilnærming til proporsjonalitetsprinsippet, men det er jo nettopp den som gjør spørsmålet om de nasjonale domstolenes anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet aktuelt. Jo mer av vurderingen EU-domstolen overlater til de nasjonale domstolene, jo viktigere er det å undersøke hvordan de nasjonale domstolene forvalter dette ansvaret.

3. ET KONKRET EKSEMPEL: PRØVING AV NASJONALE FORBUD MOT ALKOHOLREKLAME

Med unntak for Danmark har det i Norden tradisjonelt vært svært strenge regler rettet mot reklame for alkoholholdig drikke.⁴ Dette har gitt opphav til

² Ida Otken Eriksson, ”Proportionalitetsprinsen i nasjonal rettstillämpning” i: Jörgen Hettne og Ida Otken Eriksson (red.), *EU-rettslig metod – Teori og genomslag i svensk rättstillämpning*, 2. utgave, Norstedts Juridik, Stockholm, 2011, side 260–272 på side 271–272.

³ Gunnar Thor Petursson, *The Proportionality Principle as a Tool for Disintegration in EU Law – of Balancing and Coherence in the Light of the Fundamental Freedoms*, Lund 2014.

⁴ Også Danmark har for øvrig forbud mot alkoholreklame rettet mot ungdom under 18 år, se den danske markedsføringslovens § 8, stk. 2.

flere rettsavgjørelser hvor nasjonale domstoler har måttet ta stilling til om mer eller mindre omfattende forbud mot alkoholreklame er forenlig med EU/EØS-rettens hovedregler om fri flyt av varer og tjenester. Fra Island er jeg kjent med tre avgjørelser om dette fra Hæstiréttur Islands, fra Norge foreligger det to avgjørelser fra Høyesterett og fra Sverige foreligger det flere avgjørelser fra Marknadsdomstolen, som er den øverste instans i Sverige for blant annet rettslig prøving av Konsumentombudsmannen inngripen mot alkoholreklame. I bakgrunnen ligger to avgjørelser fra henholdsvis EU-domstolen og EFTA-domstolen: EU-domstolens dom fra 2001 i den svenske Gourmet-saken og EFTA-domstolens rådgivende uttalelse fra 2005 i den norske Vinforum-saken.⁵ Felles for disse to avgjørelsene er at de nasjonale domstolene fikk lite veiledning for den konkrete anvendelsen av proporsjonalitetsprinsippet. Nettopp dette gjør det særlig interessant å se nærmere på de ulike nasjonale avgjørelsene som fulgte.

Den første avgjørelsen fra Norges Høyesterett om alkoholreklame falt imidlertid allerede året før EU-domstolens dom i Gourmet-saken. I dommen inntatt i Rt. 2000 side 46 hevdet to bryggerier at et reklameforbud som rammet bruk av bryggerienes logoer på draktene til to norske fotballklubber var uforenlig med EØS-avtalen. Bryggeriet viste til at Stockholm tingsrätt nettopp hadde besluttet å innhente en forhåndsavgjørelse fra EU-domstolen i Gourmet-saken. Høyesterett avfeide imidlertid hele anførselen med en enkel bemerkning om at man «ikke kunne se at draktreklamen reiste særlige spørsmål i forhold til EØS-retten som skulle tilsi en nærmere drøftelse» (s. 52). Allerede året etter kom EU-domstolens svar til Stockholm tingsrätt i Gourmet-saken, som klart viste at Høyesterett i dette tilfeller hadde tatt for lett på EØS-rettens potensielle innvirkning på det norske alkoholreklameforbudet.

Langt mer inngående var Marknadsdomstolens prøving da Gourmet-saken til sist endte opp på dens bord i 2003.⁶ Dommen fikk naturlig nok stor oppmerksomhet i Sverige og den er utførlig kommentert av en rekke fremtredende svenske EU-jurister.⁷ I denne sammenheng får det være tilstrekkelig å fremheve Marknadsdomstolens oppfatning av at proporsjonalitetsprinsippet i dette tilfellet krevet at det ble foretatt en interesseavveining mellom reklameforbudets fordeler for allmennheten og dets ulemper for den frie vareflyten i EU:

«Enligt Marknadsdomstolens mening bör proportionalitetsprövningen i detta fall innefatta en fullständig intressevägning mellan annonsförbudets fördelar för det allmänna och förbudets nackdelar för gemenskapshandeln. Står den fördel som det all-

⁵ Sak C-405/98 *Gourmet* [A5] ECLI:EU:C:2001:135 og sak E-4/04 *Pedical* («*Vinforum*»), EFTA Court Report 2005 side 1.

⁶ Marknadsdomstolens dom av 5. februar 2003 *Gate Gourmet* (MD 2003:5).

⁷ Jf. bl.a. Ulf Bernitz, «Gourmet-målet: Marknadsdomstolen finner annonseringsforbudet för alkohol otillåtet enligt EU-rätten», *Europarettlig Tidskrift* 2003 side 572 og Ida Otken Eriksen, «Marknadsdomstolens dom i Gourmet-målet: resonemang kring proportionalitet», *Europarättslig Tidskrift* 2003 side 585.

männa vinner genom ingreppet i rimlig proportion till en skada som ingreppet förorsakar den enskilde?»

Basert på denne forståelsen av proporsjonalitetsprinsippet, kom Marknadsdomstolen til følgende konklusjon:

«Sammanfattningsvis finner Marknadsdomstolen i likhet med tingsrätten att förbudet – när skyddssyftet ställs mot förbudets betydelse som handelshinder enligt artiklarna 28 och 49 i EG-fördraget – måste betecknas som alltför långtgående och därmed oproportionellt i EG-rättslig mening.»

Dommen ble fulgt opp av Riksdagen og detaljerte lovregler om alkoholreklame finnes nå i Alkohollagen fra 2010 (2010:1622) 7 kapittel. De svenske reglene åpner blant annet for reklame i aviser og blader for drikkevarer med et alkoholinnhold opp til 15 volumprosent, men det gjelder strenge krav til reklamens form og innhold.

Fire år etter Marknadsdomstolens dom i Gourmet-saken kom Hæstiréttur Islands til at det islandske forbudet mot alkoholreklame var i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet. Uten noen egentlig drøftelse av nødvendigheten av forbudet, slo Høyesterett fast at det ikke var fremlagt noe bevis som tilsa at beskyttelsen av folkehelsen kunne sikres ved tiltak som i mindre grad hindrer handelen innen EØS.⁸ Høyesteretts lite inngående proporsjonalitetsprøving er blitt kritisert av islandske forfattere som Bjarnveig Eiríksdóttir og Dóra Sif Tynes.⁹ Hæstiréttur Islands har imidlertid hold fast ved denne tilnærmingen i flere senere saker. I en sak fra 2008 grep domstolen inn og stanset en foreleggelse for EFTA-domstolen fra byretten i Reykjavik. Byretten ville be EFTA-domstolen om mer utfyllende retningslinjer for proporsjonalitetsprøvingen, men Høyesterett avviste behovet for dette under henvisning til sin egen tidligere vurdering av spørsmålet.¹⁰ Standpunktet er gjentatt i flere senere saker.¹¹ I sin doktoravhandling fra 2012 om forholdet mellom EFTA-domstolen og nasjonale domstoler antyder Ólafur Ísberg Hannesson at dette henger sammen rettsspørsmålets sensitive karakter.¹² Marknadsdomstolens dom er for øvrig ikke omtalt i noen av de islandske dommene.

Så tilbake til Norge, hvor Marknadsdomstolens dom i Gourmet-saken førte til at utgiveren av spesialtidsskriftet Vinforum ville teste om det norske alkohol-

⁸ Dom 14. juni 2007 i sak nr. 599/2006.

⁹ Bjarnveig Eiríksdóttir og Dóra Sif Tynes, «Dómar EFTA dómstólsins 2006–2007 og framkvæmd EES samningsins hjá Íslenkum dómstólum», *Úlfjótur* 2008 s. 139–166, på s. 160.

¹⁰ Sak 60/2008.

¹¹ Se nærmere Ólafur Ísberg Hannesson, *Giving effect to EEA Law – Examining and Rethinking the Role and Relationship between the EFTA Court and the Icelandic National Courts in the EEA Legal Order*, Florence 2012, s. 386.

¹² Ibid.

reklameforbudet var forenlig med EØS-avtalen. Som alt nevnt ble spørsmålet forelagt EFTA-domstolen. EFTA-domstolen avklarte en del særegne EØS-rettslige spørsmål (EØS-avtalen omfatter handel med sprit og øl, men ikke handel med vin),¹³ men fulgte for øvrig EU-domstolens eksempel og overlot langt på vei proporsjonalitetsprøvingen til de nasjonale domstolene.¹⁴ Oslo tingrett lot seg inspirere av Marknadsdomstolens vurdering og kom til at det norske totalforbudet mot alkoholreklame var i strid med EØS-avtalen for så vidt som det også rammet reklame i spesialtidsskrift som Vinforum. Så vel Borgarting lagmannsrett som, i siste instans, Høyesterett var imidlertid av en annen oppfatning. Lagmannsrettens nevnte ikke Marknadsdomstolens dom, men det gjorde Høyesterett som uttrykkelig avviste Marknadsdomstolens oppfatning av at proporsjonalitetsprinsippet gir anvisning på en avveining av reklameforbudets fordeler for folkehelsen og dets ulemper for vareflyten i EØS:

«Jeg kan ikke se at det kan utledes av den påberopte praksis fra EF-domstolen og EFTA-domstolen [...] at det skal foretas en slik interesseavveining, unntagen kanskje som en alternativ uttrykksmåte i forhold til restriksjoner som det ellers kunne være aktuelt å anse som vilkårlige eller som en skjult hindring på handelen, eller i andre ekstraordinære tilfeller.»¹⁵

Tidligere i premissene uttalte dessuten Høyesterett at det i proporsjonalitetsvurderingen, «i tråd med det føre var prinsipp som gjelder i andre sammenhenger», måtte kunne tas hensyn til den indirekte effekt som et noe mer liberalt regime for alkoholreklame kunne tenkes å ha på alkoholbruken i samfunnet,¹⁶ selv om EFTA-domstolen uttrykkelig hadde uttalt at føre-var-prinsippet *ikke* kunne anvendes i saken.¹⁷ EFTA-domstolen begrunnet dette med at usikkerheten ikke var knyttet til de helsemessige virkningene av økt alkoholkonsum, men derimot til virkningene av reklameforbudet. Høyesterett var tilsynelatende uenig, men uten at man kommenterte EFTA-domstolens uttalelser om føre-var-prinsippet.¹⁸

¹³ I følge EFTA-domstolen gjelder ikke EØS-avtalens regler om fri bevegelse for tjenester for reklametjenester som er direkte knyttet til handel med varer som faller utenfor EØS-avtalen artikkel (som vin), se *PediceL*, avsnitt 30–40.

¹⁴ EFTA-domstolen gav imidlertid noe mer veiledning enn EU-domstolen, blant annet ved at domstolen (som svar på et direkte spørsmål fra Markedsrådet) uttalte at føre-var-prinsippet ikke kom til anvendelse i saken (avsnitt 60). Se nærmere om dette i teksten nedenfor.

¹⁵ Rt. 2009 side 839, avsnitt 41.

¹⁶ Avsnitt 37.

¹⁷ Avsnitt 60 i EFTA-domstolens rådgivende uttalelse.

¹⁸ Se nærmere om dette Henrik Bull i Norsk Lovkommentar (2014), note 34 til EØS-avtalen artikkel 11. Bull omtaler EFTA-domstolens utlegning av føre-var-prinsippet som «restriktiv» og antyder at den ikke er i samsvar med EU-domstolens praksis, som illustrert ved den senere sak C-333/08 *Kommisjonen mot Frankrike* [A5] ECLI:EU:C:2010:44, avsnitt 92–93.

Høyesterett fulgte opp med en nokså uheldig uttalelse om at det først vil foreligge et brudd på proporsjonalitetsprinsippet dersom det er «åpenbart» at alternativene til et reklameforbud vil være likeverdige med hensyn til måloppnåelse.¹⁹ Videre uttalte Høyesterett at ettersom alternativet som var foreslått av Vinforum – strenge regler for tillatte reklamekanaler og strenge regler for utforming av reklamen – ikke var noe annet enn en ren kvantitativ begrensning i totalforbudet, så måtte det være opp til *den private part* å føre bevis for at dette ville være like effektivt som det rådende totalforbudet:

«Etter mitt syn følger det videre allerede av at den enkelte stat bestemmer beskyttelsesnivået, og at et virkemiddel anses egnet, at bevisføringsplikten må snus i forhold til alternative virkemidler som ikke kvalitativt, men bare kvantitativt atskiller seg fra det virkemiddel som er tatt i bruk.»²⁰

Endelig fremhevet Høyesterett at EU-domstolen har anerkjent statenes behov for å kunne oppstille generelle og praktikable regler.²¹

Med disse utgangspunktene, var resultatet gitt: Høyesterett konkluderte med at det norske totalforbudet mot alkoholreklame var forholdsmessig og derfor i overensstemmelse med EØS-retten. Inntil videre er dette siste ord i debatten om EØS og alkoholreklame i Norge, selv om regjeringen visstnok for tiden vurderer en viss liberalisering.

Tilbake til Sverige, som i 2010 fikk en ny alkohollag, med et eget kapittel om *Marknadsføring av alkoholdrykker*. Lovforarbeidene viser at den svenske regjeringen ønsker strengere regler for alkoholreklame og det vises til at man arbeider for å få gjennomslag for dette internt i EU.²² Hverken den islandske eller den norske Høyesteretts vurdering av at et totalforbud kan være forenlig med EU/EØS-retten, nevnes. I all hovedsak viderefører alkohollagen fra 2010 de reglene for alkoholreklame som i 2003 ble skrevet inn i den dagjeldende alkohollagen som en konsekvens av Gourmet-saken.

Hva så med svenske domstoler? Har de merket seg alkoholreklamedommene fra Island og Norge? Så langt jeg har kunnet se er svaret nei. Med det betyr ikke

¹⁹ Avsnitt 47. Vurderingskriteriet stammer fra den norske versjonen av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i saken, hvor det engelske uttrykket «unless it is apparent that ... the protection of public health against the harmful effects of alcohol can be secured by measures having less effect on intra-EEA trade» er oversatt med «med mindre det er åpenbart at beskyttelse av folkehelsen ... kan sikres ved tiltak som i mindre grad hindrer handelen innen EØS». EU-domstolens dom i *Gourmet*-saken viser klart at den norske oversettelsen av EFTA-domstolens uttalelse er misvisende, jf. formuleringen «s'il apparaît» i den franske versjonen av *Gourmet* (treffende oversatt med «för så vitt det inte ... framgår» i den svenske versjonen av dommen).

²⁰ Avsnitt 53.

²¹ Avsnitt 54, under henvisning til EU-domstolens dom i sak C-110/05 *Kommisjonen mot Italia* [SK] ECLI:EU:C:2009:66.

²² Prop. 2009/10:125 *Ny alkohollag*, side 91.

at det ikke er flere interessante dommer fra Marknadsdomstolen hvor ulike sider ved de svenske reklamereglene vurderes opp mot EU-retten. Et interessant eksempel av nyere dato er dommen 11. mars i år i saken Konsumentombudsmannen mot Berntson Brands, som gjelder ulike former for såkalt utendørsreklame for Jägermeister.²³ En del av saken handlet om reklame i form av to biler, nærmere bestemt en Chevrolet Caprice og en Dodge Ram, som var hellakkert i Jägermeisters farger og med Jägermeisters varemerke.

Marknadsdomstolens tilnærming i denne dommen er en interessant kontrast til Høyesteretts tilnærming i Rt. 2009 side 839 *Pedidel*. Marknadsdomstolen er påpasselig med å fremheve utgangspunktet om fri vareflyt:

«Av grunnleggende betydelse för utformningen och tillämpningen av de svenska nationella bestämmelserna om marknadsföring av alkoholdrycker mot konsumenter är regleringen av fri rörlighet för varor i fördraget om Europeiska unionens funktionsätt (EUF-fördraget). En utgångspunkt för dessa bestämmelser är att en vara som lagligen saluförs i en medlemsstat också ska få säljas i övriga.»²⁴

Og:

«Förbud mot ett visst slag av reklam kan [...] medföra att marknadstillträdet för varor från andra medlemsstater försvåras i större utsträckning än vad som är fallet för inhemska varor. En förutsättning för att de som marknadsför alkoholdrycker med ursprung i andra medlemsstater ska kunna konkurrera med dem som marknadsför svenska produkter av detta slag är därför, att de har tillgång till fungerande kanaler för marknadskommunikation.»²⁵

Og:

«Av grundläggande betydelse för kommunikation med en omsättningskrets eller målgrupp är, oavsett vilka varor eller tjänster som marknadsföringen avser, att kunna använda varu- och näringskännetecken...»²⁶

Dette ledet frem til følgende vurdering:

«Även den som marknadsför alkoholdrycker har ... ett berättigat intresse av att kunna använda kännetecken i sin marknadskommunikation. Den som marknadsför varor av detta slag från andra medlemsstater kan bl.a. ha ett behov av att över landsgränserna använda inte bara fordon för distribution utan också fordon för annan verksamhet som är ändamålsenlig för rörelsen. Det kan därför inte anses finnas sakliga skäl att i detta hänseende skilja mellan t.ex. distributionsfordon och fordon som används av säljare.»²⁷

²³ Marknadsdomstolens dom 11. mars 2014 (MD 2014:4) *Berntson Brands (Jägermeister)*.

²⁴ Avsnitt 77.

²⁵ Avsnitt 97.

²⁶ Avsnitt 98.

²⁷ Avsnitt 99.

Og følgende konklusjon:

«Vid dessa förhållanden finner Marknadsdomstolen, att ett allmänt förbud mot användning av kännetecken på fordon av det slag som Berntson brukat och som är nödvändiga i en verksamhet som inbegriper marknadsföring av alkoholdrycker inte skulle vara proportionerligt när syftet att skydda folkhälsan ställs mot betydelsen av fri rörlighet för varor.»²⁸

Merk at Marknadsdomstolen her fastholder den tilnærmingen til proporsjonalitetsvurderingen som domstolen fulgte i Gourmet-saken, men som altså Norges Høyesterett avviste i Vinforum-saken: Proporsjonalitetsprinsippet gir ifølge Marknadsdomstolen anvisning på en avveining av reklameforbudets fordeler for folkehelsen og dets ulemper for vareflyten i EU/EØS.

Så er spørsmålet: Hvem har rett? Er et totalt forbud mot alkoholreklame forenlig med proporsjonalitetsprinsippet eller ikke? Ettersom det må foretas en konkret vurdering av reklameforbudet i hvert enkelt land, så er det i prinsippet fullt mulig å hevde at Marknadsdomstolen hadde rett i at det svenske forbudet var uforholdsmessig, samtidig som Islands og Norges høyesteretter har rett i at det islandske og det norske forbudet er forholdsmessig. Det kan jo tenkes at Island og Norge har valgt et enda høyere beskyttelsesnivå enn Sverige, eventuelt at islandske og norske myndigheter fører en mer konsistent politikk på dette området enn det man gjorde i Sverige på tidspunktet for Marknadsdomstolens prøving. Etter å ha studert de svenske lovforarbeidene må jeg imidlertid si at jeg har vanskelig for å akseptere at det var avgjørende forskjell på henholdsvis islandsk og norsk alkoholpolitikk på den ene side og svensk på den annen på tidspunktet for Gourmet-saken. Jeg vil derfor hevde at alkoholreklamesakene er en illustrasjon på den rettsulikhet som uunngåelig vil kunne oppstå i tilfeller hvor proporsjonalitetsvurderingene nærmest fullt og helt overlates til nasjonale domstoler. Men jeg har ikke tenkt å prøve å svare på om det var Marknadsdomstolen som var for streng i sin prøving av det svenske forbudet, eller om det var som Islands og Norges Høyesterett som var for mild i sin prøving av det islandske og det norske forbudet.²⁹

²⁸ Avsnitt 100.

²⁹ Sml. Fredrik Sejersted, "Rettsliggjøring og reklame. En studie i europeisk rettsliggjøring og nasjonalt handlingsrom", i: Dag Harald Claes, Knut Heidar og Cathrine Holst (red.), *Politikk i grenseland – Festskrift til Øyvind Østerud* (Universitetsforlaget 2014), s. 255–275, som på s. 263 gir uttrykk for at Marknadsdomstolens prøving av det svenske reklameforbudet var strengere enn EU-rettslig påkrevd. Det følger av dette standpunktet at Sejersted nok mener at Marknadsdomstolen også i senere saker (som den ovenfor omtalte dommen i Berntson Brands-saken) operer med en for streng forståelse av proporsjonalitetsprinsippet.

4. ANDRE SAKER HVOR NASJONALE DOMSTOLER HAR FUNNET NASJONAL LOVGIVNING I STRID MED PROPORSJONALITETSPRINSIPPET

Innledning

Spørsmålet er så om Marknadsdomstolens dom i *Gourmet*-saken er enestående, eller om det også finnes andre saker fra de nordiske land hvor nasjonale domstoler har konkludert med at nasjonal lovgivning er i strid med det EU/EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet.

I forsøket på å besvare dette spørsmålet må man holde utenfor saker som har vært forelagt EU-domstolen og EFTA-domstolen, og hvor svarene fra dommerne i Luxembourg har vært så entydige at det ikke er rom for noen reell proporsjonalitetsvurdering fra de nasjonale dommerne. Både fra Danmark, Finland, Norge og Sverige finnes det eksempler hvor nasjonale dommere i slike tilfeller i ettertid har konstatert at nasjonal lovgivning er i strid med proporsjonalitetsprinsippet. Et mye omtalt dansk eksempel er *Festersen*-saken, hvor EU-domstolen i realiteten slo fast at de danske reglene om boplikt for landbruks-eiendommer var i strid med EU-rettens regler om frie kapitalbevegelser.³⁰ Et finsk eksempel er *Paranova*-saken, hvor EU-domstolen fant finske regler om tilbakekall av markedsføringstillatelse for parallellimporterte legemidler i strid med EU-rettens regler om fri vareflyt.³¹ Et norsk eksempel er *Fokus Bank*-saken, hvor EFTA-domstolen slo fast at de norske reglene om kildeskatt på utbytte var i strid med EØS-avtalens regler om frie kapitalbevegelser.³² Velkjente svenske eksempler er *Rosengren*-saken, hvor EU-domstolen underkjente det svenske forbudet mot at privatpersoner importerte vin til personlig bruk, og *Laval*-saken, hvor EU-domstolen i realiteten – om enn indirekte – slo fast at de svenske regler om kollektive kampmidler i arbeidslivet var i strid med EU-traktatens regler om fri utveksling av tjenester.³³ At de nasjonale domstolene i slike

³⁰ Sak C-370/05 *Festersen* [A5] ECLI:EU:C:2007:59, jf. Vestre Landsret frifinnende dom av 25. mai 2007.

³¹ Sak C-15/01 *Paranova Läkemedel* [A5] ECLI:EU:C:2003:256, jf. Högsta förvaltningsdomstolens dom 11. november 2003 (HFD:2003:78).

³² Sak E-1/04 *Fokus Bank*, EFTA Court Report 2004 s. 11, jf. Frostating lagmannsretts dom 18. mai 2005 (RG 2005 s. 1542).

³³ Sak C-170/04 *Rosengren* [SK] ECLI:EU:C:2007:313, jf. Högsta domstolens frifinnende dom av 4. desember 2007 (NJA 2007 side 941), og sak C-341/05 *Laval* [SK] ECLI:EU:C:2007:809, jf. Arbetsdomstolens dom 2. desember 2009 (sak nr A 268/04). Et annet eksempel er sak C-15/01 *Paranova Läkemedel* [A5] ECLI:EU:C:2003:256, jf. Regeringsrättens dom 25. september 2003 (RÅ 2003 ref. 71). Også i de svenskene sakene C-438/02 *Hanner* [SK] ECLI:EU:C:2005:332 og C-447/08 og C-448/08 *Sjöberg og Gerdin* [A5] ECLI:EU:C:2010:415 gikk EU-domstolen så konkret til verks at den «i praktiken själv avgjort målen och inte gett de nationella domstolarne någon möjlighet att göra en proportionalitetsbedömning», jf. Ida

tilfeller lojalt følger opp de svar som mottas fra EU-domstolen og EFTA-domstolen, er selvsagt bra, men disse avgjørelsene sier lite om hvordan de nasjonale domstolene selv forstår og anvender proporsjonalitetsprinsippet. Det bør dessuten tilføyes at det nok er noe tilfeldig om det overhodet avsies noen endelig dom i saker som dette – i en del tilfeller leder klare direktiver fra EU-domstolen eller EFTA-domstolen til at staten erkjenner nederlaget og inngår utenrettslige forlik. Et norsk eksempel er Seabrokers-saken, hvor det ble inngått forlik etter at EFTA-domstolen i realiteten hadde slått fast at de aktuelle norske skattereglene var i strid med etableringsfriheten som følger av EØS-avtalen artikkel 31 (som tilsvarer TEUV artikkel 49).³⁴

I det følgende rettes oppmerksomheten mot tilfeller hvor det ikke foreligger en avgjørelse fra EU-domstolen eller EFTA-domstolen som løser saken – enten fordi nasjonale domstoler ikke har funnet grunn til å involvere dem eller fordi det foreligger et svar fra Luxembourg som i hvert fall delvis overlater proporsjonalitetsvurderingen til de nasjonale domstolene.

Norsk rettspraksis

For Norges del er fasiten etter 20 år med EØS-avtalen at staten har vunnet så godt som samtlige saker hvor det har stått strid om norsk lovgivning er i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet. Foruten den alt omtale sakene om forbudet mot alkoholreklame er det særlig grunn til å nevne Spilleautomat-saken om Norsk Tippings monopol på drift av spilleautomater, Ladbrokes-saken om Norsk Tippings og Norsk Rikstotos pengespillmonopol, Phillip Morris-saken om det norske forbudet mot synlig oppstilling av tobakksprodukter og STX-saken om allmenngjøring av lønns- og arbeidsbetingelser i den norske verftsindustrien.³⁵ Nå må det straks legges til at jeg på ingen måte hevder at norske domstoler anvendte proporsjonalitetsprinsippet feil i alle disse sakene og at utfallet derfor ville blitt et annet om sakene var blitt avgjort av EFTA-domstolen. Tvert i mot er jeg av den oppfatning at norske domstoler etter hvert har fått godt grep om proporsjonalitetsprinsippet og stort sett anvender det i tråd med de føringer som følger av praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen.³⁶

Otken Eriksson, i: Jörgen Hettne og Ida Otken Eriksson (red.) *EU-rättslig metod*, 2. utg., Stockholm, Norstedts Juridik, 2012, s. 270–271.

³⁴ Sak E-7/07 *Seabrokers*, EFTA Court Report 2008 side 172.

³⁵ Jf. hhv. Rt. 2007 side 1003; Oslo tingretts rettskraftige dom 3. oktober i Ladbrokes-saken (TOSLO-2004-91873); Oslo tingretts rettskraftige dom 14. september 2012 (saksnr. 10-041388TVI-OTIR/02) og Høyesteretts dom i Rt. 2013 side 258.

³⁶ Se nærmere Halvard Haukeland Fredriksen, «EU/EØS-rett i norske domstoler», *Rapport nr. 3 til Europautredningen* (Oslo 2011), s. 86 (tilgjengelig fra www.europautredningen.no/eksterne-utredninger/).

Selv om det ikke kan trekkes slutninger alene av den omstendighet at staten har vunnet alle de store EØS-sakene, så må det være en oppgave for universitetsjurister å påpeke at det i flere av sakene er et visst spenningsforhold mellom de mer eller mindre subtile antydningene i EFTA-domstolens rådgivende uttalelser og norske domstolers etterfølgende anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet. Et eksempel fra underinstanspraksis – som samtidig viser hvor vanskelig det er å vurdere den konkrete anvendelsen av proporsjonalitetsprinsippet – er Ladbrokes-saken. Etter mitt syn er det grunnlag for å hevde at Oslo tingrett i dette tilfellet foretok en mindre inngående etterprøving av de norske pengespillmonopolene enn det EFTA-domstolen la opp til i sin rådgivende uttalelse i saken.³⁷ Tingretten kan imidlertid forsvare seg med at EFTA-domstolen i dette tilfellet nok gav anvisning på en mer intensiv prøving enn det tidligere praksis fra EU-domstolen tilsa, og også mer inngående enn det EU-domstolens stor-kammer senere la til grunn i Liga Portuguesa-saken.³⁸ Det er betegnende at Ladbrokes valgte å trekke anken mot tingrettens dom etter at dommen i Liga Portuguesa-saken forelå. Men mot dette igjen kan EFTA-domstolen innvende at senere praksis fra EU-domstolen kanskje tyder på en noe mer inngående prøving, særlig med tanke på eventuelle inkonsistenser i den nasjonale pengespillpolitikken.³⁹

Et annet – og klarere – eksempel er Høyesteretts dom i STX-saken.⁴⁰ Ett av flere kontroversielle spørsmål i denne saken var om norske bestemmelser om et utenbystillegg for arbeidere på norske skipsverft var forenlige med EØS-avtalen artikkel 36 om friheten til å yte tjenester over landegrensene i EØS (tilsvarende TEUV artikkel 56). I sin rådgivende uttalelse i saken gikk EFTA-domstolen langt i å antyde et benektende svar.⁴¹ EFTA-domstolen påpekte at etter fast rettspraksis kan tiltak som utgjør en restriksjon på den frie bevegelighet for tjenester ikke begrunnes i økonomiske mål, slik som beskyttelse av innenlandske virksomheter. EFTA-domstolen gav deretter norske domstoler følgende oppdrag:

«It is for the national court to verify whether, on an objective view, the rules at issue in the main proceedings promote the protection of posted workers. In this respect, it is necessary for the national court to determine whether those rules confer *a genuine benefit* on the workers concerned which *significantly* adds to their social protection. In this context, the stated purpose of the rules may lead to *a more careful assess-*

³⁷ Oslo tingretts dom 3. oktober i sak TOSLO-2004-91873. Dommen kritiseres temmelig hardhendt av Tor-Inge Harbo, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Brill, Leiden, 2014 (under utgivelse), s. 183 flg.

³⁸ Sak C-42/07 *Liga Portuguesa* [SK] ECLI:EU:C:2009:519.

³⁹ Se forente saker C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 og C-410/07 *Markus Stoß m.fl.* [SK] ECLI:EU:C:2010:504.

⁴⁰ Rt. 2013 side 258.

⁴¹ Sak E-2/11 *STX Norway Offshore*, EFTA Court Report 2012 side 4, avsnitt 75–88.

ment of the alleged benefits conferred on workers (see, for comparison, Wolff & Müller, paragraph 38, and Portugaia Construções, paragraphs 28 to 29, and the case-law cited).»⁴²

Domstolen tillot seg imidlertid å gi følgende vurdering av de norske reglene med på veien:

«The Court notes in this context that the Norwegian rules may reduce the job opportunities for workers from other EEA States to the extent that an employer may be deterred, due to the costs involved with the terms and conditions in question, from exercising its freedom to provide services by pursuing activities in Norway. In that case, the rules cannot be held to confer a genuine benefit on posted workers.»⁴³

Høyesterett lot seg imidlertid ikke overbevise av EFTA-domstolens forståelse av proporsjonalitetsprinsippet i dette tilfellet:

«De ankende parter har anført at tillegget ikke innebærer noen egentlig fordel fordi det angivelig fører til at markedet for utsendte arbeidstakere forsvinner på grunn av kostnadsøkninger. *EFTA-domstolens merknader i avsnitt 85 går i samme retning.* Synspunktet er at de norske reglene kan svekke jobbmulighetene for utsendte arbeidstakere ved at tillegget kan være med på å prise arbeidstakeren ut av markedet, hvilket ikke kan bedømmes som noen fordel. *Jeg kan ikke se at de ankende parter her har dekning for sitt syn.»⁴⁴*

Etter å ha vist til at det i praksis er et stort antall arbeidstakere som har krav på utenbystillegg, avviste Høyesterett argumentet knyttet til svekkede utsikter til jobb på norske skipsverft som følger:

«Svekket arbeidsmarked som følge av fordyrelse, vil for øvrig alltid være en risiko ved ytelser som skal gi økt sosial beskyttelse, enten det er minstelønn i form av betaling pr. time, tillegg for overtid eller tillegg for arbeid utenbys. *Etter mitt syn sier det seg selv at slike tillegg ikke mister sin karakter av objektiv fordel for arbeidstakeren selv om fordyrelsen gir risiko for redusert etterspørsel etter tjenesten. ...»⁴⁵*

Høyesterett fant på dette grunnlag utenbystillegget forenlig med friheten til å yte tjenester over landegrensene i EØS.

EFTA-domstolens svarte i form av et oppsiktsvekkende *obiter dictum* i Jonsen-saken:

«Where the national legislation of the host State defines restrictive terms and conditions of employment that undertakings established in other EEA States must

⁴² Avsnitt 84. Mine kursiveringer.

⁴³ Avsnitt 85.

⁴⁴ Rt. 2013 side 258, avsnitt 110. Mine kursiveringer.

⁴⁵ Avsnitt 115. Min kursivering. Merk at Høyesterett fant støtte for sin forståelse av proporsjonalitetsprinsippet på dette punkt i EU-domstolens dom i sak C-60/03 *Wolff & Müller* [A5] ECLI:EU:C:2004:610, avsnitt 40.

observe when they post workers to their territory, such restrictions may be justified where it meets overriding requirements relating to the public interest, including the social protection of workers (see *STX and Others*, cited above, paragraph 80). However, the fact that the legal basis for Directive 96/71 is Article 56 of the Treaty on the Functioning of the European Union (“TFEU”), which is equivalent to Article 36 EEA, entails that Directive 96/71 *primarily intends to protect the free movement of services rather than the protection of workers*. Nevertheless, this freedom must not be *abused* in order to manifestly circumvent the protection of workers, inter alia through social dumping, while measures intended to address such abuse must be justified and proportionate [...].⁴⁶

EFTA-domstolen fulgte opp med en anerkjennelse av EØS-statenes skjønnsmargin på dette området, men la deretter til følgende bredside mot Høyesterett:

«... it is important, in order to render the EEA Agreement effective, that EEA States apply the margin of appreciation ... in respect *inter alia* of the right of EEA workers to move freely and the economic operators to exercise their freedom to provide services, as the case may be. It is equally important that such questions are referred to the Court under the procedure provided for in Article 34 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority if the legal situation lacks clarity [...]. Thereby *unnecessary mistakes in the interpretation and application of EEA law are avoided* and the coherence and reciprocity in relation to rights of EEA citizens, including EFTA nationals, in the EU are ensured [...].»⁴⁷

Det får stå åpent om det er EFTA-domstolen eller Høyesterett som traff best i sin utlegning av proporsjonalitetsprinsippet.⁴⁸ Poenget i vår sammenheng er at saken klart avdekker en forskjell i EFTA-domstolen og Høyesteretts tilnærming.

Selv om STX-saken er et sjeldent klart eksempel, finnes det også flere andre saker som tyder på at Høyesteretts generelle tilnærming til proporsjonalitetsprinsippet er nokså forsiktig. I den alt omtalte Vinforum-dommen er det særlig uttalelsene om at det må være *åpenbart* at et alternativt tiltak vil være likeverdig med hensyn til måloppnåelse, uttalelsene om bevisføringsplikten og uttalelsene om at det normalt ikke er grunn til å foreta noen vurdering av hvilke konsekvenser en restriksjon vil ha for den frie vareflyten i EEØ som er problematiske om de blir retningsgivende for norske domstoler i andre EØS-saker.⁴⁹ Et annet eksempel er spilleautomatdommen fra 2007, hvor Høyesterett på liknende vis uttalte at det skal «mye til» før en restriksjon som er egnet til å ivareta legitime

⁴⁶ Sak E-3/12 *Jonsson*, EFTA Court Report 2013 s. 136, avsnitt 58. Min kursivering.

⁴⁷ Avsnitt 60. Min kursivering.

⁴⁸ For en grundig analyse vises det til Catherine Barnard, «Posting matters», *Arbeidsrett* 2014 side 1–28.

⁴⁹ Se nærmere Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 2. utg. (Bergen 2014), henholdsvis side 99, 102 og 108. For en noe annerledes kritikk av norske domstolers håndtering av Vinforum-saken, se Harbo, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, s. 188 flg.

hensyn, er uforholdsmessig. Resultatet i spilleautomatdommen er det lite å innvende mot – EFTA-domstolen hadde jo allerede frikjent monopolet i den parallelle traktatbruddssaken som ESA hadde anlagt mot Norge. Men med tanke på fremtiden er det ikke uproblematisk at Høyesterett knyttet prøvingen av EØS-rettens proporsjonalitetsprinsipp til «den norske tradisjon ved domstolsprøving av vurderinger av utpreget politisk karakter».⁵⁰ I den konkrete saken var det klart nok at EFTA-domstolen hadde utvist forsiktighet i sin prøving av det norske spilleautomatmonopolet, men dette må nok sees i sammenheng med de moralske og religiøse særegenheter som er forbundet med pengespill. Dersom tilnærmingen utvides til alle saker som er av «politisk karakter», kan resultatet bli at norske domstoler blir *for* forsiktige i proporsjonalitetsvurderingene.

I en gjennomgang av norsk rettspraksis hører det imidlertid med å fremheve to saker hvor norske domstoler konkluderte med at norsk lovgivning var i strid med proporsjonalitetsprinsippet – Nordea Bank-saken fra 2003 og Leinebris-saken fra 2006.⁵¹

I Nordea Bank-saken slo Oslo tingrett fast at de daværende norske reglene om kildeskatt på utbytte var i strid med EØS-avtalens regler om frie kapitalbevegelser. EFTA-domstolen kom senere til samme konklusjon i Fokus Bank-saken, men tatt i betraktning at Oslo tingrett avsa sin dom før EU-domstolen hadde avgjort den finske Manninen-saken, må Nordea Bank karakteriseres som en sak hvor en norsk domstol på egenhånd anvendte proporsjonalitetsprinsippet på en nokså offensiv måte.

Det samme kan sies om Leinebris-saken, hvor Frostating lagmannsrett blant annet fant at det var motstrid mellom EØS-avtalens regler om arbeidskraftens frie bevegelighet og norsk lovgivning som krevde at skipperen på fiskebåter som fisket i norsk økonomisk sone måtte være bosatt i Norge. I strid med lovgivers vurderinger i lovforarbeidene fant lagmannsretten det klart at et bostedskrav for fartøyskipperen ikke kunne ha nevneverdig betydning for de norske fiskeripolitiske hovedmålsettinger. Forskjellsbehandlingen tilfredstilte derfor ikke proporsjonalitetsprinsippet krav. Påtalemyndigheten anken dommen til Høyesterett, men anken ble trukket tilbake før Høyesterett rakk å behandle saken.

Disse to sakene til tross: Generelt er det grunnlag for å hevde at norske domstoler er nokså forsiktige i prøvingen av norsk lov opp mot proporsjonalitetsprinsippet. Eller som Europautredningen formulerte det i sin sluttrapport fra 2012:

«Prinsipielt innebærer EØS-avtalen en vesentlig utvidelse av den gamle statsrettslige læren om domstolenes prøvelsesrett med Stortingets lovgivning. Når det i praksis så

⁵⁰ Rt. 2007 side 1003, avsnitt 106.

⁵¹ Hhv. Oslo tingretts dom 14. november 2003 i sak TOSLO-2002-8443 og Frostating lagmannsretts dom 21. september 2006 i sak LF-2006-24118.

langt bare har skjedd i et lite antall saker kan det i noen grad skyldes at norske domstoler er varsomme.»⁵²

Islandsk rettspraksis

Hva så med islandske domstoler? Det er allerede nevnt at islandske domstoler har vært svært forsiktige i sin prøving av det islandske forbudet mot alkoholreklame. Vurderingen av islandsk rettspraksis kompliseres imidlertid av at Islands høyesterett i en del tilfeller velger å løse EØS-relaterte saker alene basert på konstitusjonell rett. Et eksempel er en sak fra 2006 om det islandske forbudet mot synlig oppstilling av tobakksprodukter. Byretten i Reykjavik avviste hele EØS-problematikken under henvisning til at tobakkslovgivningen uansett var av nyere dato enn loven som gjennomfører EØS-avtalens hoveddel i islandsk rett (lex posterior-prinsippet). Dette standpunktet er uforenlig med Islands forpliktelser i henhold til EØS-avtalen protokoll 35. Høyesterett tok dessverre ikke avstand fra byrettens forståelse av forholdet mellom gjennomførte EØS-regler og senere islandsk lovgivning, men konkluderte samtidig med at det absolutte utstillingsforbudet var grunnlovsstridig fordi det var uforholdsmessig.⁵³ Saken er slik et interessant eksempel på rettslig overprøving av lovgivers vurderinger, men altså basert på et nasjonalt snarere enn et EØS-rettslig proporsjonalitetsprinsipp.

Basert på den nokså begrensede litteratur som finnes på engelsk eller på skandinaviske språk om EØS-rettens gjennomslag i islandsk rett, synes det å være grunnlag for å stille visse spørsmål ved islandske domstolars vilje til reell prøving av islandsk lovgivning opp mot EØS-avtalens hovedregler om de fire friheter.⁵⁴ Men jeg tar forbehold om at det kan finnes islandske rettsavgjørelser som jeg ikke er kjent med og som tilsier at denne bekymringen er grunnløs. Det hører dessuten med at antall islandske foreleggelses for EFTA-domstolen har tatt seg opp i de senere år.

⁵² Se NOU 2012:2 s. 835. Men det hører med at utrederne la til at hovedårsaken var «at norsk lovgiver har gjennomført EU/EØS-retten på en grundig og systematisk måte, slik at motstrid sjelden oppstår.»

⁵³ Dom av 6. april 2006 i sak 220/2005. Omtalen her er basert på fremstillingen av saken i Hannesson 2012 s. 125–127.

⁵⁴ Se særlig Hannesson 2012 og M. Elvira Méndez-Pinedo, *EC and EEA Law – A Comparative Study of the Effectiveness of European Law*, Europa Law Publishing, Groningen 2009, kapittel 5. Men se også Páll Hreinsson, “The Interaction between Icelandic Courts and the EFTA Court”, i: EFTA Court (red.), *Judicial Protection in the European Economic Area*, German Law Publishers, Stuttgart 2012, side 90–99.

Dansk rettspraksis

Så til Danmark, som etter 40 års medlemskap i EU har klart mest erfaring med EU/EØS-retten av de nordiske land. Det sier seg selv at tilfanget av dansk rettspraksis av denne grunn er meget stort. Jeg har dessverre ikke kunnet finne noen dansk avhandling som drøfter danske domstolars anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet mer generelt,⁵⁵ men det finnes selvsagt et stort antall arbeider som tar for seg anvendelsen i konkrete saker og på avgrensede rettsområder. Jeg får i denne sammenheng nøye meg med noen få avgjørelser i noen mye omtalte saker fra de senere år.

Et interessant eksempel på Høyesterets selvstendige anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet, gir dommen i straffesaken *Rigsadvokaten mod Nielsen* fra 2010.⁵⁶ Saken gjaldt det daværende danske forbudet mot bruk av vannscootere. EU-domstolens dom over de liknende svenske reglene i saken *Mickelsson och Roos* stod sentralt, men for det første er *Mickelsson och Roos* et eksempel på en sak hvor EU-domstolen langt på vei overlot den konkrete anvendelsen av proporsjonalitetsprinsippet til nasjonale domstoler og for det annet hevdet den danske riksadvokaten at de danske reglene uansett skilte seg markant fra de svenske. Riksadvokaten argumenterte uttrykkelig for en lempelig proporsjonalitetsvurdering:

«Ved vurderingen af, om indgrebet har været nødvendigt, eller om målet kan nås med mindre restriktive foranstaltninger, stiller EU-Domstolen efter praksis relativt lempelige krav til medlemsstaterne. På et retsområde, hvor der ikke er sket harmonisering af reglerne om anvendelse af det pågældende produkt, tilkommer det som udgangspunkt medlemsstaterne at fastlægge beskyttelsesniveauet. EU-Domstolen indrømmer således medlemsstaterne en betydelig skønsmargin ved vurderingen af, om et indgreb har været nødvendigt. Medlemsstaterne er ikke forpligtede til at gennemføre de mindst muligt indgribende regler. Medlemsstaten kan endvidere nå de beskyttelsesværdige formål ved at indføre almene og enkle regler, som tager højde for f.eks. geografiske særegenheder i medlemsstaten, og som de nationale myndigheder let kan forvalte og håndhæve.»⁵⁷

Riksadvokaten viste også til at EU-kommisjonen hadde gått gjennom de danske reglene og praktiseringen av disse, uten å innlede noen traktatbruddssak.

Høyesteret lot seg imidlertid ikke overbevise:

«Den danske ordning giver mulighed for, at den enkelte kommune (oprindelig det enkelte amtsråd) udpeger områder, hvori sejlads med vandscootere generelt er til-

⁵⁵ Den for øvrig meget interessante antologien *Europæiseringen af dansk ret* (Birgitte Egelund Olsen og Karsten Ensigt Sørensen (red.), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2008, inneholder dessverre ikke noen egen undersøkelse av denne problematikken.

⁵⁶ UfR 2011 side 539 H.

⁵⁷ Riksadvokatens generelle anførsler knyttet til proporsjonalitetsprinsippet, slik de er gjengitt av Høyesterett i dommen i saken.

ladt. Det følger således også af de danske regler, at der er grund til at antage, at der vil være områder, som kan anvendes til vandscootersejls uden at medføre risiko eller skade, der skønnes at være uacceptable for miljøet. Imidlertid er tilladelsesordningen i vandscooterbekendtgørelsen som nævnt blevet administreret således, at der i dag kun er udpeget to mindre områder, hvor sejlads med vandscootere er tilladt, selv om det må antages, at der i videre omfang vil kunne udpeges områder, hvor sådan sejlads kan ske uden gener eller risici for mennesker eller miljø. Den danske ordning må derfor som følge af EU-Domstolens bedømmelse i dommen af 4. juni 2009 anses for en foranstaltning, der går videre end nødvendigt for at sikre de påberåbte hensyn til mennesker og miljø.»

En del andre saker tyder imidlertid på at også danske domstoler er nokså forsiktede i sin prøving av nasjonal lovgivning opp mot EU-rettens fire friheter. I årene forut for EU-domstolens dom i Festersen-saken var det flere saker hvor danske domstoler fant lovgivningen om boplikt for landbrukseieendommer forenlig med EU-retten.⁵⁸ Højesteret anså lovgivningen rettferdiggjort av hensyn til ønsket om å unngå jordspekulasjon og sikre befolkningsgrunnlaget i landdistriktene. Standpunktet ble kritisert fra akademisk hold,⁵⁹ men det var først etter at Festersen-saken havnet på EU-domstolens bord at danske domstoler ble tvunget til å revurdere tilnærmingen.⁶⁰

Et annet eksempel som tyder på samme tilnærming er saken *Ladbrokes mod Skatteministeriet* om lovligheten av det danske spillemonopolet. Østre Landsret fant monoopolet forenlig med proporsjonalitetsprinsippet i en dom av 15. november 2006, selv om EU-kommisjonen var av en annen oppfatning. Ladbrokes anket til Højesteret, men valgte å trekke anken da den danske regjeringen kunngjorde at man ville avskaffe spillemonopolet og erstatte det med en konsesjonsordning. Av samme grunn avstod Kommisjonen fra å forfølge spørsmålet for EU-domstolen.

En siste avgjørelse som må nevnes er Højesterets dom fra i fjor i HK Danmark-saken.⁶¹ Det må understrekes at saken gjaldt rådsdirektiv 2000/78/EF om likebehandling i arbeidslivet og altså ikke hovedreglene om de fire friheter. Det underliggende spørsmål i saken var imidlertid om lovgiver hadde overholdt det EU-rettslige proporsjonalitetsprinsippet når man hadde åpnet for at arbeidslivets parter ved kollektiv overenskomst kunne innføre særlige regler om avlønning av unge under 18 år og mulighet for at avskjedige dem når de fyller 18 år. Højesteret avviste en begjæring om foreleggelse for EU-domstolen og fant deretter at loven var i overensstemmelse med EU-rettens krav, men først etter en grundig proporsjonalitetsvurdering.

⁵⁸ Jf. særlig UfR 2001 side 1249 H, men se også UfR 2007 side 99 H.

⁵⁹ Se for eksempel Peter Pagh, «Bopælspligt, menneskerettigheder og EU-ret», *Ugeskrift for Retsvæsen* 2007 B s. 126.

⁶⁰ Jf. Vestre Landsrets frinnende dom av 25. mai 2007 i straffesaken mot Festersen.

⁶¹ UfR 2014 side 470 H.

Innledningsvis la Høyesteret til grunn at lovens formål er «at fremme den erhvervsmæssige integration af unge ved at lette deres mulighed for at opnå beskæftigelse i perioden, indtil de fylder 18 år» og omtalte dette som et legitimt formål i henhold til EU-retten. Den omstændighed at arbejdsgiverne sparer penge på å ansette unge under 18 år var ifølge Høyesterett ikke formålet med ordningen, men blott er en følge den.

Deretter vurderte Høyesteret om de danske reglene var hensiktsmessige for å nå det angitt formål:

«For så vidt angår kravet om hensigtsmæssighed finder Høyesteret, at lavere aflønning af unge under 18 år end voksne og muligheden for at afskedige dem, når de fylder 18 år, må anses for egnet til at fremme deres erhvervsmæssige integration. Det må således som anført af landsretten lægges til grund, at arbejdsgivere ved ansættelse af nye medarbejdere vil foretrække voksne personer, hvis unge under 18 år skal have samme løn som voksne, bl.a. fordi der i lovgivningen, herunder i arbejdsmiljøloven, er begrænsninger i arbejdsgivernes adgang til at anvende unge under 18 år. Muligheden for afskedigelse, når den unge fylder 18 år, alene med henvisning hertil, skal ses på baggrund af, at alternativet – fortsat ansættelse til voksenløn eller afskedigelse med respekt af overenskomstens regler om beskyttelse mod afskedigelse af voksne – ville gøre ordningen væsentlig mindre egnet til at fremme den erhvervsmæssige integration af unge under 18 år. Afskedigelsesadgangen giver plads til nye unge, således at formålet løbende kan blive opfyldt. Uden denne mulighed for afskedigelse ville arbejdsgivere være mindre tilbøjelige til at ansætte medarbejdere under 18 år.»

Endelig vurderte Høyesteret om reglene var nødvendige:

«Spørsmålet er herefter, om midlerne går videre end nødvendigt. Ved bedømmelsen heraf må der lægges vægt på, at det efter forskelsbehandlingslovens § 5 a, stk. 5, kun er muligt at fravige forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder med hensyn til ansættelse, aflønning og afskedigelse af unge under 18 år, men ikke i forhold til andre arbejdsvilkår. Det må endvidere tages i betragtning, at bestemmelsen ikke giver arbejdsgiverne en generel adgang til at behandle unge under 18 år ulige med hensyn til aflønning og afskedigelse, men kun i det omfang ansættelsen er omfattet af en kollektiv overenskomst, der indeholder særlige regler om aflønning af unge under 18 år. Herved er det overladt til arbejdsmarkedets parter under udøvelsen af deres grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger at finde en balance mellem deres respektive interesser under hensyntagen til den overordnede situation på det berørte arbejdsmarked og til de særlige kendetegn ved de pågældende stillinger. Det forhold, at ulige behandling af unge under 18 år med hensyn til aflønning og afskedigelse ikke må finde sted uden for et overenskomstdækket område, er således ikke udtryk for, at formålet med at fremme integrationen af de unge under 18 år på arbejdsmarkedet forfølges på en inkonsekvent eller usammenhængende måde, men er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet med til at sikre, at ulige behandling på grund af alder kun sker i de tilfælde, hvor arbejdsmarkedets parter finder det nødvendigt.»

Fra et norsk perspektiv er det særlig interessant at denne nødvendighetsvurderingen langt på vei fremstår som en vurdering av de danske lovreglenes for-

holdsmessighet *sensu stricto*, altså nettopp den form for vurdering som Norges Høyesterett avviste behovet for i Vinforum-saken.

Svensk rettspraksis

Så til Sverige. Her er jeg i den heldige situasjon at jeg har funnet flere rettsvitenskapelige arbeider av nyere dato som tar for seg EU-rettens gjennomslag i svensk rett. Særlig Karin Åhmans bok *Normprövning* fra 2011 inneholder – i tillegg til mye annet – utførlige redegjørelser for svenske domstolars kontroll med om svensk lovgivning er i overensstemmelse med EU-rettens krav.⁶² Mange av sakene hun omtaler gjelder andre EU-rettslige spørsmål, men det er også flere eksempler på anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet.

Kjente saker hvor den daværende Regeringsrätten (nå Högsta förvaltningsdomstolen) anvendte det EU-rettslige proporsjonalitetsprinsippet på egen hånd – altså uten noen forhåndsavgjørelse fra EU-domstolen – inkluderer Barsebäck-saken fra 1999 om nedstengning av kjernekraftreaktoren Barsebäck 1⁶³ og Wermdö Krog-saken fra 2004 om det svenske pengespillmonopolet.⁶⁴ Selv om Regeringsrätten i den sistnevnte saken kritiserte flere sider ved det svenske spillemonopolet, konkluderte den med at monopolet «totalt sett» var forenlig med EU-retten. EU-kommisjonen deler imidlertid ikke denne vurderingen og har sendt Sverige flere begrunnede uttalelser hvor man truer med traktatbrudds-søksmål for EU-domstolen om ikke de svenske reglene blir endret.

En annen en interessant sak, fra 2009, gjaldt forbudet mot at andre enn forhåndsgodkjente importører importerer alkoholvarer til Sverige med tanke på kommersielt videresalg.⁶⁵ Saken er særlig interessant fordi det var dissens: En av Regeringsrättens medlemmer mente de svenske reglene var i strid med EU-rettens krav. Mindretallet synes å ha lagt avgjørende vekt på at det uansett eksisterte et strafferettslig sanksjonert forbud mot kommersielt videresalg til andre enn Systembolaget eller næringsdrivende. Mot dette innvendte flertallet at ordningen med forhåndsgodkjenning av importører var mer effektivt og derfor nødvendig:

«Med avseende på den kommersielle importen av sådana alkoholvaror erfordras således, för att tillgodose det bakomliggande syftet med lagstiftningen, *ett system som ur kontroll- och effektivitetssynpunkt är mer tillförlitligt än vad som kan uppnås genom t.ex. enbart olika former av anmälningsförfaranden förenade med straffrättsliga sanktioner*. Bestämmelser som innebär att rätten att för kommersiellt ändamål till Sverige importera spritdrycker, vin och starköl begränsas till dem som godkänts som upp-

⁶² Karin Åhman, *Normprövning*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2011.

⁶³ RÅ 1999 ref. 76.

⁶⁴ RÅ 2004 ref. 95.

⁶⁵ RÅ 2009 ref. 83.

lagshavare eller registrerats som varumottagare kan i detta avseende inte anses gå utöver vad som får anses både lämpligt och proportionerligt och är även i övrigt förenliga med gemenskapsrätten.»

Selv om jeg for min del har lite å innvende mot flertallets vurdering i denne saken, så er spørsmålet om hvor mye vekt man kan legge på kontrollhensyn i en proporsjonalitetsvurdering ikke uomstridt. Dommen bidrar slik til å styrke inntrykket av at også svenske domstoler er noe forsiktige i sin prøving av lovgivers vurderinger av forholdet til proporsjonalitetsprinsippet.

Bildet er imidlertid ikke entydig. Marknadsdomstolens dom i Gourmet-saken er allerede nevnt. Andre eksempler er knyttet til det tidligere svenske forbudet mot at privatpersoner importerte vin til personlig bruk. Som nevnt underkjente EU-domstolen i 2007 dette forbudet i Rosengren-saken, men allerede i 2003, altså før Högsta domstolens beslutning i 2004 om å legge spørsmålet frem for EU-domstolen, frifant Hovrätten över Skåne och Blekinge tiltalte i en straffesak under henvisning til at de svenske reglene var i strid med proporsjonalitetsprinsippet.⁶⁶ Dette ble fulgt opp i en avgjørelse fra 2005, hvor samme hovrätt, denne gang under henvisning til Kommisjonens innlegg i den da verterende Rosengren-saken, opphevet beslaget av 30 privatimporterte vinflasker med den begrunnelse at det fantes «skäl som talar för att införselreglerna inte kommer att anses vara förenliga med gemenskapsrätten».⁶⁷

Ytterligere ett eksempel, om enn noe mer indirekte, er en dom fra Svea Hovrätt fra 2009 i en sak som gjaldt påstått diskriminering av to kvinnelige søkere til veterinærstudiet ved Sveriges Lantbruksuniversitet.⁶⁸ Som tingsrätten kom hovrätten til at den positive særbehandling av mannlige søkere som i dette tilfellet var støttet på en unntaksbestemmelse i den svenske likebehandlingslagen, var i strid med det EU-rettslige proporsjonalitetsprinsippet. Hverken tingsrätten eller hovrätten formulerte dette som et tilfelle hvor svensk lov stred mot EU-retten, men som anført av Karin Åhman synes det å ha vært realiteten i saken.⁶⁹

Interessant er også svenske domstolers oppfølging av EU-domstolens dom i Mickelsson och Roos-saken. Jeg har alt nevnt Mickelsson och Roos, et eksempel på en sak hvor EU-domstolen langt på vei overlot den konkrete anvendelsen av proporsjonalitetsprinsippet til nasjonale domstoler.⁷⁰ I straffesakene mot Mickelsson og Roos unngikk Luleå tingsrätt hele dette spørsmålet da den frifant begge de tiltalte under henvisning til at usikkerheten knyttet til lovligheten av

⁶⁶ Hovrätten över Skåne och Blekinges dom 27. mai 2003 i mål B 194-99 (som omtalt i den senere avgjørelsen inntatt i RH 2005:5).

⁶⁷ RH 2005:5.

⁶⁸ RH 2009:90.

⁶⁹ Åhman, *Normprövning*, s. 112.

⁷⁰ Se f.eks. Hugo Tiber, «Vattenskottrar efter EG-dom 2009», SvJT 2009 s. 791–800.

det svenske forbudet førte til at legalitetsprinsippet var tilsidesatt.⁷¹ Hovrätten för Nedre Norrland valgte imidlertid en annen tilnærming i sin dom i straffesaken mot von Heideken:

«Enligt domen den 15 april 2010 i mål C-433/05 p. 38 ankommer det på den nationella domstolen att kontrollera huruvida det rimligen kan anses att samtliga vattenområden inom länet uppfyller villkoren i vattenskoterförordningen. Ett förbud mot användning av vattenskoter inom ett område, på grund av att det inte har anvisats, men om användningen trots detta inte innebär risker eller störningar, måste enligt domstolen utgöra en åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet att skydda miljön.

Svenska domstolar har begränsade möjligheter att genomföra sådana kontroller som EU-domstolen anger. Det måste därför i en brottmålsprocess ankomma på åklagaren att föra bevisning om att länsstyrelsen har gjort en korrekt bedömning inför sina föreskrifter och verkligen har anvisat de områden som uppfyller kraven i vattenskoterförordningen. Om åklagaren inte uppfyller sin bevisbörda måste domstolen presumera att regleringen inte är förenlig med EU-rätten. Någon bevisning som ger stöd för att länsstyrelsen har anvisat samtliga de områden som uppfyller villkoren i vattenskoterförordningen har inte presenterats. Snarare talar den utredning som ligger till grund för länsstyrelsens föreskrifter för att länsstyrelsen har varit mycket restriktiv när den har anvisat områden. I det enskilda fallet saknas vidare stöd för att det inte har varit möjligt att anvisa det område i Härnösands hamnområde där Per Anders von Heideken har fört vattenskotern. Hovrätten har därför att utgå från att den svenska vattenskoterregleringen inte uppfyller de krav som gemenskapslagstiftningens bestämmelser om fri rörlighet för varor ställer. Eftersom resultatet härav innebär att den fria rörligheten (försäljning och användning) av vattenskotrar begränsas på ett icke-tillåtligt sätt ska EU-rätten ha företräde framför den nationella lagstiftningen.»⁷²

Dommen er en nyttig påminnelse om at domstolene først og fremst har til oppgave å løse konkrete saker, ikke abstrakte spørsmål om nasjonal lov er i tråd med EU-rettens krav mer generelt. Tilnærmingen er i samsvar med EU-domstolens praksis – det er staten som må føre bevis for at en restriksjon på de fire friheter forfølger er i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet. Det virker rimelig at dette fremheves særskilt i en straffesak, men fra en EU-rettslig synsvinkel er det neppe påkrevd å operere med særskilt høye krav til proporsjonalitetsvurderingen bare fordi spørsmålet dukker opp i en strafferettslig sammenheng. Dersom dette synspunktet trekkes for langt, vil det gjøre det vanskelig for statene å sikre effektiv etterlevelse av nasjonale regler som kanskje ville «overlevd» i en sivil sak.

⁷¹ Luleå tingsrätts frifinnende dommar av 27. juli 2009 i sak B 1874-04, s. 4–5 og i sak B 1895-04, s. 4–5.

⁷² Dom av 16. juni 2010. Dommen det vises til innledningsvis er EU-domstolens dom i nok en svensk sak om bruk av vannscootere (sak C-433/05 *Sandström* [A5] ECLI:EU:C:2010:184). Med henblikk på proporsjonalitetsvurderingen gjentok EU-domstolen her bare sine tidligere uttalelser i Mickelsson og Roos-saken.

Snarere enn å forsøke meg på en egen oppsummering av svenske domstolars anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet, gjengir jeg her konklusjonen til Ida Otken Erikssons i den allerede omtalte boken *EU-rettslig metod – Teori och genomslag i svensk rättslämning* fra 2011.

«Det råder inte någon tvekan om att det vid proportionalitetsbedömningar i svenska domstolar inte har tillämpats något allmänt uppenbarhetskriterium som det som tidigare stadgades i RF 11:14.»⁷³

Finsk rettspraksis

Størstedelen av finsk rettspraksis er dessverre av rent språklige årsaker utilgjengelig for de fleste jurister fra de øvrige nordiske land. Det finnes imidlertid enkelte avgjørelser på svensk. Her skal bare kort nevnes en viktig dom fra 2005, hvor Högsta domstolen foretok en inngående vurdering av det finske pengespillmonopolet.⁷⁴ Anførsler om manglende konsistens og at det reelle formålet med monopolet var å sikre inntekter til statskassen førte ikke frem. Högsta domstolen la avgjørende vekt på EU-domstolens vurdering av det finske monopolet i *Läära*-dommen fra 1999,⁷⁵ og avviste at senere praksis fra EU-domstolen tilsa noen annen vurdering. Uttalelsene i den senere *Gambelli*-saken⁷⁶ om betydningen av manglende konsistens ble oppfattet som et spørsmål om hvilke formål monopolet reelt sett forfulgte, og ikke (også) som et moment i vurderingen av beskyttelsesnivået som det finske monopolet skulle ivareta. EU-kommisjonen var imidlertid av den oppfatning at det finske monopolet var traktatstridig og innledet året etter en traktatbruddprosedyre mot Finland. Denne ble senere innstilt etter at Finland hadde strammet opp pengespillpolitikken. Kommisjonens kritikk, og finske myndigheters aksept av denne, tilsier vel at Högsta domstolen vurdering av monopolet bærer preg av den samme forsiktighet som vi har sett i liknende saker fra de øvrige nordiske land.

Ut over saker om det nasjonale spillemonopolet, så har også Finland hatt store saker om ulike sider ved den nasjonale alkoholpolitikken. Den aller første saken for EFTA-domstolen var *Restamark*-saken om det finske importmonopolet og senere har finske domstoler forelagt EU-domstolen flere saker om EU-rettens føringer for ulike sider ved finsk alkohollovgivning.⁷⁷ De fleste av disse sakene har i realiteten blitt avgjort av domstolene i Luxembourg, slik at det ikke

⁷³ Eriksson 2011 side 271 (fotnote utelatt).

⁷⁴ Högsta domstolens dom 24. februar 2005 (KKO:2005:27).

⁷⁵ Sak C-124/97 *Läära* [SK] ECLI:EU:C:1999:435.

⁷⁶ Sak C-243/01 *Gambelli* [SK] ECLI:EU:C:2003:597.

⁷⁷ Sak E-1/94 *Restamark*, EFTA Court Report 1994–1995 s. 15 og for eksempel sak C-394/97 *Straffesak mot Sami Heinonen* [A5] ECLI:EU:C:1999:308.

har vært rom for noen nasjonal proporsjonalitetsvurdering. Et unntak er imidlertid straffesakene mot Ahokainen og Leppik, som Högsta domstolen forela for EU-domstolen i 2004.⁷⁸ Det sentrale spørsmålet i saken var om finske regler med krav til forhåndsgodkjenning for import av sprit med et alkoholinnhold over 80 volumprosent var forenlig med EU-rettens regler om fri vareflyt. EU-domstolen aksepterte at formålet med de finske reglene var å beskytte folkehelsen, men overlot deretter proporsjonalitetsvurderingen til Högsta domstolen:

«Det ankommer således på den hänskjutande domstolen att kontrollera huruvida åklagarmyndighetens och den finländska regeringens påståenden, rörande riskerna med att förtära sprit och effektiviteten av systemet med förhandstillstånd, är tillförlitliga. Det är även den hänskjutande domstolens uppgift att kontrollera resultatet av de restriktiva åtgärderna, det vill säga om dessa har kunnat begränsa, om så endast delvis, den störning av allmän ordning och den skada för folkhälsan som åklagarmyndigheten och den finländska regeringen har gjort gällande. Slutligen skall den, med beaktande av att även användning och försäljning av sprit omfattas av ett tillståndssystem, också undersöka huruvida det mål som eftersträvas med de omtvistade bestämmelserna även skulle kunna uppnås genom att importören inger en anmälan jämte eventuella intyg som utfärdats av den medlemsstat från vilken sändningen härrör, vilket gör det möjligt för de behöriga myndigheterna att erhålla den information som krävs för att kontrollera vad importerad sprit skall användas till och för att förhindra missbruk.»⁷⁹

For min del oppfatter jeg EU-domstolen her som forholdsvis skeptisk. I selve domsslutningen valgte EU-domstolen likevel å slå fast at EU-retten *ikke* var til hinder for den finske ordningen «försåvitt det inte mot bakgrund av de faktiska och rättsliga omständigheter som kännetecknar förhållandena i den berörda medlemsstaten framgår att det är möjligt att skydda folkhälsan och allmän ordning mot alkoholens skadeverknningar genom åtgärder som i mindre utsträckning påverkar handeln inom gemenskapen.»

Med dette som utgangspunkt kom Högsta domstolen til at kravet til forhåndsgodkjenning for import av sprit med et alkoholinnhold over 80 volumprosent var nødvendig av hensyn til folkehelsen og derfor forenlig med EU-rettens regler om fri vareflyt.⁸⁰ Denne dommen foreligger dessverre bare på finsk, men så langt jeg har vært i stand til å finne ut så fremstår proporsjonalitetsvurderingen som noe mer forsiktig enn det EU-domstolen synes å ha lagt opp til i sin forhåndsavgjørelse i saken.

⁷⁸ Sak C-434/04 *Ahokainen og Leppik* [A5] ECLI:EU:C:2006:609.

⁷⁹ Avsnitt 39.

⁸⁰ Dom 16. februar 2007 i sak R 2003/706.

5. AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER

Om man skal forsøke å trekke noen slutninger av den ovenfor omtalte rettspraksis, så kan det konstateres at tilnærmingen til proporsjonalitetsprinsippet stort sett synes ganske lik i de nordiske landene. Noen nyanseforskjeller er det selvsagt, men gjennomgående er min oppfatning at proporsjonalitetsvurderingene av nasjonal lovgivning er preget av en viss tilbakeholdenhet i alle de nordiske land. I hvert fall i noen av de sakene som har vært forelagt EU-domstolen eller EFTA-domstolen, er det en viss forskjell på de foreløpige vurderingene fra dommerne i Luxembourg og de endelige vurderingene fra nasjonale dommere. Dette kan selvsagt skyldes at de nasjonale domstolene har bedre kjennskap til saken enn EU-domstolen eller EFTA-domstolen, men det er etter min oppfatning ikke helt urimelig å anta at skepsisen til nasjonale regler som begrenser de fire friheter generelt er noe større i Luxembourg enn i nasjonale domstoler.

Spørsmålet er imidlertid om dette er noe problem, eller om det snarere er en form for nasjonalt filter som gir lovgiver et visst handlingsrom og som kanskje reduserer spenningene mellom EU/EØS-retten og nasjonal rett. Det kan vel heller ikke utelukkes at EU-domstolen og EFTA-domstolen tar med i betraktningen at de nasjonale domstolene er noe forsiktige i sin prøving, og at dette er årsaken til at de to domstolene i Luxembourg i en del tilfeller «overtar» så godt som hele proporsjonalitetsvurderingen. I så fall kan det jo hevdes at EU-domstolen og EFTA-domstolen er innforstått med og dermed implisitt har akseptert det sannsynlige utfallet i saker hvor de overlater proporsjonalitetsvurderingen til nasjonale domstoler – nemlig at staten vil bli frikjent.

Problemet med en slik tolkning av EU-domstolens praksis er imidlertid at det kan være ulike årsaker til at EU-domstolen overlater proporsjonalitetsprøvingen til nasjonale domstoler: Det kan skyldes at EU-retten innrømmer medlemsstatene en viss skjønnsmargin på det aktuelle området, men det kan også skyldes formelle betraktninger om kompetansefordelingen mellom EU-domstolen og nasjonale domstoler i foreleggelsessaker og/eller den faktiske omstendighet at hverken den foreleggende domstol eller noen andre har gitt EU-domstolen de opplysninger om saksforholdet som er nødvendige for en nærmere proporsjonalitetsvurdering.⁸¹ Mitt inntrykk er at myndighetene og de private partene svært ofte er uenige på nettopp dette punkt – statens oppfatning er at EU-domstolen har gitt anvisning på en forsiktig proporsjonalitetsvurdering (altså innrømmet medlemsstatene en skjønnsmargin), mens de private partene hevder at EU-domstolen ikke har gjort noe annet enn å overlate jobben til de nasjonale domstolene.

⁸¹ Se Niels Fenger og Morten Broberg, *Preliminary References to the European Court of Justice*, 2. utgave, OUP, Oxford 2014, side 428 flg.

Dette gir opphav til to betraktninger. For det første bør EU-domstolen i større grad enn i dag klargjøre om man overlater proporsjonalitetsvurderingen til nasjonale domstoler fordi medlemsstatene råder over en viss skjønnsmargin i det aktuelle typetilfellet, eller «bare» fordi den foreleggende domstol er i en bedre posisjon enn EU-domstolen for å foreta vurderingen.

For det annet bør nasjonale domstoler eksplisitt spørre EU-domstolen om nettopp dette.

Et særegent problem for EFTA-domstolen i denne sammenheng er den omstendighet at klare instruksjoner til de nasjonale domstolene om å utføre en intensiv proporsjonalitetsprøving, gjerne fører til at statens advokater – med rette eller urette – hevder at EFTA-domstolen har gått lenger enn EU-domstolens praksis gir dekning for. Som demonstrert i STX-saken reiser slike innvendinger komplekse spørsmål om forholdet mellom EU-domstolen, EFTA-domstolen og norske domstoler.⁸² Det får være tilstrekkelig i denne sammenheng å bemerke at Høyesteretts skepsis overfor EFTA-domstolen leder til at det særlig for norske domstoler er ønskelig at EU-domstolen i større utstrekning avklarer intensiteten i proporsjonalitetsvurderingen i ulike typetilfeller.

Et annet interessant funn er en tendens til at saker som oppfattes dithen at de «bare» gjelder konkret anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet, gjerne blir nektet forelagt under henvisning til kompetansefordelingen mellom nasjonale domstoler og EU-domstolen/EFTA-domstolen. Et velkjent norsk eksempel er Høyesteretts kjæremålsutvalgs beslutning om ikke å innhente noen rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen i spilleautomatsaken,⁸³ men det finnes liknende saker fra flere av de nordiske land.⁸⁴ Et temmelig påfallende svensk eksempel av nyere dato er den fremdeles verserende Fonnship-saken. Arbetsdomstolen forela her EU-domstolen spørsmål om et norsk rederi som eier og driver et panamaregistrert skip som driver sjøtransport innen EØS kan påberope seg EU-rettens regler om fri utveksling av tjenesteytelser, men hvor man samtidig avviste å spørre om de faglige aksjoner som Svenska Transportarbetareförbundet og Facket för Service och Kommunikation hadde iverksatt for å fremtvinge en tariffavtale, var forenelige med EØS-retten.⁸⁵ Arbetsdomstolen begrunnet dette med at det ifølge Viking Line- og Laval-dommene tilkommer den å avgjøre om aksjonene var i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet. Dette er riktig, men rederiet ba bare om at EU-domstolen skulle gi nærmere føringer for anvendelsen av prinsippet, ikke overta hele vurderingen. Begrens-

⁸² For en innføring i problematikken, se Jonas W. Myhre, «The EFTA Court: Gradually more or less relevant?», *Europarättslig Tidskrift* 2014 side 13–53.

⁸³ Høyesteretts kjæremålsutvalgs beslutning av 17. oktober 2005 i sak HR-2005-01630-U.

⁸⁴ Se for eksempel Danmarks Højesterets kjennelse 16. mars 2012 i den ovenfor omtalte sak 185/2010 *HK Danmark*.

⁸⁵ Sak C-83/13 *Fonnship* [SK] ECLI:EU:C:2014:2053.

ningen av foreleggelsen er interessant fordi det neppe vil ført til nevneverdige forsinkelser eller merarbeid om man hadde inkludert spørsmålet om forholdet til proporsjonalitetsprinsippet når man uansett valgte å sende spørsmål til EU-domstolen. For EU-domstolen kritiserte Fonnship denne begrensningen, blant annet under henvisning til at Arbeidsdomstolen dømmer i siste instans og derfor er omfattet av foreleggelsesplikten nedfelt i TEUV artikkel 267 tredje ledd. Generaladvokat Mengozzi hadde en viss sympati med rederiets argumentasjon, men rådet likevel EU-domstolen til å begrense seg til det forelagte spørsmålet i saken. I sin dom 8. juli i år fulgte EU-domstolen dette rådet.

Interessant er også tendensen til at nasjonale domstoler unngår hele proporsjonalitetsvurderingen dersom det er mulig å løse saken på annet grunnlag. Svenske domstolars oppfølging av EU-domstolens dom over det svenske forbudet mot bruk av vannscootere er allerede nevnt, men liknende eksempler finnes også fra andre land. Et islandsk eksempel er overprøvingen av oppstillingsforbudet for tobakksprodukter. Et norsk eksempel er den verserende skattesaken Arcade Drilling, hvor EFTA-domstolen ble spurt til råds. EFTA-domstolen svarte med å gi norske domstoler i oppdrag å foreta en proporsjonalitetsvurdering av de aktuelle norske skattereglene, men Oslo tingrett avgjorde i stedet saken – i favør av den private part – uten å gå inn på EØS-retten.⁸⁶ Så lenge domstolenes vurderinger ikke påvirkes av et ønske om å unngå komplekse EU/EØS-rettslige vurderinger, så er det lite å innvende mot en slik fremgangsmåte. Og det er ikke egentlig overraskende om domstolene foretrekker å avgjøre sakene på mer håndfaste rettsgrunnlag. Som påpekt av Karin Åhman fører nok EU-retten til at nasjonale dommere «emellanåt får döma i mål som de egentligen inte önskar döma i eftersom det föreligger sådana svåra gränsdragningar mellom juridik och politik, eller snarare dömande och rättsskapande verksamhet».⁸⁷

Om man avslutningsvis skal våge seg ut på en normativ vurdering av hvor stor frihet de nasjonale domstolene bør ha i sin anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet, er det nærliggende å knytte an til Karin Åhmans sammenfatning av den svenske debatten:

«I diskussionen om hur domstolarna ska hantera europarätten förekommer begrepp som lojalitet och servilitet. Frågan är om domstolarna är lojala (och mot vem) eller om de enbart är servila mot europarätten? ... Ska domstolarna (våga) stå emot en viss rättsutveckling för att hävda en svensk ordning, eller ska de "lägga sig platta" för europarätten? Med tanke på att de förväntas vara lojala mot både den svenska lagstiftaren och de grundläggande värden som denne ger uttryck för i bl.a. RF och mot den europeiska lagstiftaren är uppgiften inte lätt. Men skal europarätten utvecklas i

⁸⁶ Se Oslo tingretts dom i sak TOSLO-2010-147861, hvor tingretten underkjente ligningen uten å gå inn på sakens EØS-rettslige side (dommen er anket for lagmannsretten).

⁸⁷ Åhman, *Normprövning*, side 212.

en riktning som upplevs legitim måste också de nationella domstolarna emellanåt kunne ta nationella hänsyn inom ramen för det godtagbara.»⁸⁸

Dette er dekkende også for mitt syn. Og dette synes også å være oppfatningen i Kommisjonen og ESA i tilfeller hvor man får klager fra private parter som mener at nasjonale domstoler har vært for forsiktige i sine proporsjonalitetsvurderinger. Terskelen for å gå til traktatbruddssak synes i praksis noe høyere dersom nasjonale domstoler allerede har foretatt det som fremstår som en adekvat proporsjonalitetsvurdering av de aktuelle reglene.

⁸⁸ Åhman, *Normprövning*, side 214.