

Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen

Halvard Haukeland Fredriksen

Forord

Boken er basert på min ph.d-avhandling med samme tittel, som ble innlevert til bedømmelse ved Universitetet i Bergen i januar 2013. Fremstillingen er oppdatert med rettspraksis og litteratur frem til medio juni i år. Ut over dette er det bare foretatt mindre endringer.

En stor takk rettes til mine tålmodige veiledere, høyesterettsdommer Henrik Bull og professor juris Bjarte Askeland. Takk også til bedømmelseskomiteens medlemmer, professorene Niels Fenger (København), Erling Hjelmeng (Oslo) og Erik Monsen (Bergen) for konstruktiv kritikk og en disputas i god akademisk tradisjon.

I et mer overordnet perspektiv er det på sin plass å takke professor Kai Krüger for å ha vekket min interesse for EU/EØS-rett, professor Ernst Nordtveit for (blant annet) å ha sendt meg til Tyskland på et fruktbart studieopphold, professor Kåre Lilleholt for (blant annet) noen formative år som hans redaksjonssekretær i Lov og Rett og fakultets tidligere og nåværende ledelse for all mulig støtte og tilrettelegging. En stor takk også til fakultetsbiblioteket v/Jørn Ruud og til vitenskapelig assistent Ingse Fatnes.

Blant de øvrige kollegene på fakultetet er det mange som fortjener takk for å ha tatt seg tid til å diskutere store og små spørsmål av større eller mindre relevans for avhandlingen. Uten pretensjoner om fullstendighet er det særlig grunn til å nevne Christian Franklin, Herdis Helle, Eirik Holmøyvik, Roald Hopsnes, Ronny Gjendemsjø, Bent Liisberg, Knut Einar Skodvin, Magne Strandberg, Jørn Øyrehagen Sunde og Ørnulf Øyen. Blant gode kolleger utenfor fakultetet går en særlig takk til Finn Arnesen og Gjermund Mathisen.

Dragefjellet, juni 2013

Halvard Haukeland Fredriksen

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	AVHANDLINGENS TEMA OG OPPBYGNING	1
1.2	METODE	5
1.3	RETTSKILDEMATERIALE, LITTERATUR MV.	8
1.4	TERMINOLOGI, HENVISNINGER MV.	10
2	EØS-ANSVARETS RETTSLIGE GRUNNLAG	13
2.1	BAKGRUNNEN: EU-ANSVARET	13
2.2	KORT OM RETTSKILDEBILDET FØR <i>SVEINBJÖRNSDÓTTIR</i>	16
2.3	RETTSPRAKSIS	21
2.3.1	<i>Sveinbjörnsdóttir i EFTA-domstolen</i>	21
2.3.2	<i>Rechberger og Andersson i EU-domstolen</i>	24
2.3.3	<i>Sveinbjörnsdóttir i Hæstiréttur Íslands</i>	25
2.3.4	<i>Karlsson i EFTA-domstolen</i>	26
2.3.5	<i>Andersson i Högsta domstolen</i>	29
2.3.6	<i>Finanger II i Høyesterett</i>	31
2.3.7	<i>Dr. Tschannet II i liechtensteinske domstoler</i>	32
2.3.8	<i>Senere rettspraksis</i>	34
2.4	VURDERING AV EØS-ANSVARETS RETTSLIGE GRUNNLAG	34
2.4.1	<i>Innledning</i>	34
2.4.2	<i>EØS-ansvaret som resultat av en egen EØS-rettsorden sui generis?</i>	35
2.4.3	<i>Individuelle rettigheter som forutsetning</i>	38
2.4.4	<i>Lojalitetsprinsippet i EØS-avtalen artikkel 3</i>	41
2.4.5	<i>Avtalepartenes felles rettstradisjoner</i>	44
2.4.6	<i>Folkerettslige ansvarsregler</i>	47
2.4.7	<i>Forutsetningen om gjensidighet mellom avtalepartenes forpliktelser</i>	47
2.4.8	<i>Homogenitetsmålsettingen</i>	50
2.4.9	<i>Avtalepartenes oppfatninger</i>	54
2.4.10	<i>Fraværet av prinsipper om forrang og direkte virkning</i>	57
2.4.11	<i>Oppsummering: Et vel etablert homogenitetsansvar</i>	62
2.5	OMFATTER EØS-ANSVARET OGSÅ RETTSBRUDD FORÅRSAKET AV NASJONALE DOMSTOLER?	66
2.6	EØS-ANSVARETS GRUNNLAG I NORSK RETT	72
3	EØS-ANSVARETS INNHOLD – INNLEDENDE MERKNADER	77
3.1	OVERSIKT OVER ANSVARSVILKÅRENE	77
3.2	FORHOLDET MELLOM EØS-ANSVARET OG EU-ANSVARET	81
3.3	FORHOLDET MELLOM EØS-ANSVARET OG EUS EGET ERSTATNINGSANSVAR	87
3.4	EØS-ANSVARETS FORMÅL OG FUNKSJON	94

3.5	EØS-ANSVARETS FORHOLD TIL NASJONAL RETT – SUBSIDIARITET, EFFEKTIVITET OG EKVIVALENS	104
3.6	KORT OM KOMPETANSEFORDELINGEN MELLOM EU-DOMSTOLEN/EFTA-DOMSTOLEN OG NASJONALE DOMSTOLER ...	112
4	ANSVARSSUBJEKTET	117
4.1	DEN EU/EØS-RETTLIGE FORSTÅElsen AV STATEN SOM ANSVARSSUBJEKT	117
4.2	NÆRMERE OM HVILKE HANDLINGER ANSVARET OMFATTER	122
4.3	INTERNRETTLIGE FØLGER AV DEN EU/EØS-RETTLIGE FORSTÅElsen AV STATEN SOM ANSVARSSUBJEKT	124
4.4	REKKEVIDDEN AV DET OFFENTLIGES ANSVAR FOR ANSATTES RETTSSTRIDIGE HANDLINGER.....	127
4.5	STATENES ANSVAR VED GJENNOMFØRING AV RETTSSTRIDIGE RETTSAKTER FRA EU/EØS-INSTITUSJONER	133
5	SKADEN	139
5.1	INNLEDNING	139
5.2	ET AUTONOMT EU/EØS-RETTLIG SKADEBEGREP?	141
5.3	DET EU/EØS-RETTLIGE SKADEBEGREPET	144
5.4	SÆRLIG OM IKKE-ØKONOMISKE SKADER	147
5.5	SÆRLIG OM MILJØSKADE	152
5.6	SÆRLIG OM STRAFFEERSTATNING	154
5.7	KRAVET TIL AT SKADEN ER REELL OG SIKKER	155
5.7.1	<i>Innledning</i>	155
5.7.2	<i>Reell og sikker skade som forutsetning for EUs eget erstatningsansvar</i>	157
5.7.2.1	Generelt om beviskravet	157
5.7.2.2	Bevis for fremtidig skade.....	160
5.7.2.3	Bevis for tapte inntekter	161
5.7.2.4	Særlig om bevis for tappt fortjeneste i anbudssaker.....	165
5.7.2.5	Bevis for ikke-økonomisk skade	167
5.7.2.6	Plassering av tvilsrisikoen.....	170
5.7.3	<i>Reell og sikker skade som forutsetning for EØS-statenes erstatningsansvar</i>	170
6	BESKYTTELSESFORMÅLET	177
6.1	INNLEDNING	177
6.2	EU-DOMSTOLENS UTLEGNING AV VILKÅRET	178
6.3	DET EU/EØS-RETTLIGE RETTIGHETSBEGRPET	181
6.4	FORHOLDET MELLOM DIREKTE VIRKNING OG BESKYTTELSESFORMÅL.....	185
6.5	FORHOLDET MELLOM DE FIRE FRIHETER OG SEKUNDÆRRETEN	190
6.5.1	<i>Innledning</i>	190
6.5.2	<i>Danske Slagterier</i>	190
6.5.3	<i>EU-domstolens øvrige praksis</i>	196
6.5.4	<i>EFTA-domstolens praksis</i>	198
6.6	SÆRLIG OM KOMPETANSEFORDELINGSREGLER	198
6.7	SÆRLIG OM SAKSBEHANDLINGSREGLER	203
6.8	NÆRMERE OM VURDERINGEN AV BESKYTTELSESFORMÅLET	207

6.8.1	<i>Innledning</i>	207
6.8.2	<i>Hensynet til EU/EØS-rettens effektivitet</i>	209
6.8.3	<i>Frykten for flodbølger av erstatningssøksmål</i>	211
6.8.4	<i>Betydningen av rettsområdets kompleksitet</i>	213
6.8.5	<i>Betydningen av allmennhetens interesser</i>	214
6.8.6	<i>Avsluttende betraktninger</i>	215
6.9	KRAVET TIL IDENTIFISERBARE RETTIGHETER	217
6.10	SAMMENLIGNING MED ETABLERT NORSK ERSTATNINGSRETT	219
6.10.1	<i>Argumentasjonsmønstrene</i>	219
6.10.2	<i>Den nærmere vurdering av beskyttelsesformålet</i>	222
7	ANSVARSGRUNNLAGET	227
7.1	INNLEDNING	227
7.2	EU-DOMSTOLENS UTLEGNING AV VILKÅRET «TILSTREKkelig KVALIFISERT BRUDD»	227
7.3	FORHOLDET TIL VURDERINGSTEMAET «ÅPENBART OG GROVT» BRUDD.....	229
7.4	FORHOLDET TIL CULPABEGREPET	233
7.5	BETYDNINGEN AV SONDRINGEN MELLOM DE ULIKE STATSMAKTENE	236
7.6	BETYDNINGEN AV STATENES SKJØNNSFRIHET	245
7.6.1	<i>Innledning</i>	245
7.6.2	<i>Introduksjonen av skjønn som et moment i ansvarsvurderingen</i>	247
7.6.3	<i>Brasserie du Pêcheur/Factortame og Bergaderm</i>	249
7.6.4	<i>Kort om senere rettspraksis</i>	251
7.6.5	<i>Nærmere om EU-domstolens praksis</i>	252
7.6.6	<i>Nærmere om EFTA-domstolens praksis</i>	258
7.6.7	<i>Innebærer en uklar rettsstilstand skjønnsfrihet?</i>	260
7.6.8	<i>Objektivt ansvar i tilfeller av sterkt begrenset eller ingen skjønnsfrihet?</i>	261
7.6.9	<i>Skjønnsfrihet knyttet til fastlegging av faktum?</i>	Error! Bookmark not defined.
7.6.10	<i>Skjønn knyttet til komplekse faglige vurderinger</i>	263
7.6.11	<i>Oppsummering</i>	266
7.7	EU-DOMSTOLENS MOMENTLISTE	270
7.7.1	<i>Innledning</i>	270
7.7.2	<i>Skjæringstidspunktet for ansvarsvurderingen</i>	272
7.7.3	<i>Den overtrådte bestemmelsens klarhet</i>	275
7.7.3.1	<i>Innledning</i>	275
7.7.3.2	<i>British Telecommunications</i>	276
7.7.3.3	<i>Brinkmann</i>	278
7.7.3.4	<i>Sveinbjörnsdóttir</i>	280
7.7.3.5	<i>Robins</i>	282
7.7.3.6	<i>Synthon</i>	285
7.7.3.7	<i>HOB-vín</i>	285
7.7.3.8	<i>Nærmere om vurderingen</i>	286

7.7.4	<i>Om overtredelsen er begått, eller tapet forvoldt, forsettelig</i>	291
7.7.5	<i>Om en eventuell rettsvillfarelse er unnskyldelig eller ei</i>	294
7.7.5.1	Innledning	294
7.7.5.2	Rettsvillfarelsens unnskyldelighet som moment i ansvarsvurderingen.....	296
7.7.5.3	Betydningen av momentet.....	297
7.7.5.4	Målestokken for vurderingen.....	297
7.7.5.5	Nærmere om vurderingen	298
7.7.5.6	Tilfeller hvor myndighetene er kjent med at deres fortolkning av EU/EØS-retten er omdiskutert....	301
7.7.5.7	Handlingssituasjonen	305
7.7.5.8	Er det rom for subjektive unnskyldningsgrunner?	307
7.7.5.9	Avsluttende betraktninger	310
7.7.6	<i>Om en EU/EØS-institusjon har medvirket til rettsbruddet</i>	312
7.7.7	<i>Betydningen av praksis fra EU-domstolene og EFTA-domstolen</i>	318
7.7.7.1	Innledning	318
7.7.7.2	Rettsavgjørelser rettet mot vedkommende EØS-stat	320
7.7.7.3	Fravær av klar rettspraksis som unnskyldningsgrunn.....	325
7.7.7.4	Vurderingen av foreliggende rettspraksis	329
7.7.7.5	Betydningen av den prosessuelle behandling av tidligere saker	340
7.7.7.6	Betydningen av acte éclairé-doktrinen	342
7.7.7.7	Adgangen til å gjøre «opprør» mot EU-domstolen	343
7.7.7.8	EU-domstolens praksis i EØS-rettslig sammenheng	345
7.7.7.9	Praksis fra Underretten	347
7.7.7.10	Uttalelser fra EU-domstolens generaladvokater	348
7.7.7.11	Praksis fra EFTA-domstolen	350
7.7.7.12	Tidsaspektet i tilfeller hvor det blir klart at nasjonal rett er i strid med EØS-retten.....	352
7.7.7.13	Avsluttende betraktninger.....	358
7.8	ANDRE MOMENTER.....	359
7.8.1	<i>Innledning</i>	359
7.8.2	<i>Den overtrådte EU/EØS-regelens formål</i>	360
7.8.3	<i>Myndighetenes beveggrunner</i>	360
7.8.4	<i>Den overtrådte bestemmelsens tilblivelseshistorie</i>	363
7.8.5	<i>Andre EØS-staters oppfatning</i>	365
7.8.6	<i>Den overtrådte regelens karakter</i>	367
7.8.7	<i>Den overtrådte regelens stilling i nasjonal rett</i>	368
7.8.8	<i>Betydningen av om skaden rammer en begrenset og klart definert gruppe</i>	370
7.8.9	<i>Betydningen av om konsekvensene av rettsbruddet overstiger forretningslivets risiko</i>	371
7.8.10	<i>Betydningen av de påregnelige konsekvensene av rettsbruddet</i>	372
7.9	KUMULASJON AV FLERE RETTSBRUDD	374
7.10	ANSVARSVURDERINGEN VED MANGLENDE GJENNOMFØRING AV DIREKTIVER OG FORORDNINGER.....	375
7.11	ANSVARSTERSKELEN FOR DOMSTOLSANSVARET	380
7.12	ANSVARSTERSKELEN VED BRUDD PÅ GRUNNLEGGENDE RETTIGHETER	388

7.13	ANSVARSTERSKELEN VED KRAV OM ERSTATNING FOR IKKE-ØKONOMISK SKADE	390
7.14	FAKTISKE VILLFARELSER	390
7.15	VILLFARELSER KNYTTET TIL FORSTÅElsen AV NASJONAL RETT.....	395
7.16	EN SAMMENLIGNING MED ETABLERT NORSK ERSTATNINGSRETT	397
7.16.1	<i>Innledning</i>	397
7.16.2	<i>Ansvarsvurderingen i tilfeller av ugyldige enkeltvedtak</i>	398
7.16.3	<i>Ansvarsvurderingen i tilfeller av ugyldige forskrifter</i>	406
7.16.4	<i>Ansvarsvurderingen i tilfeller av stortingsvedtak i strid med gjennomførte EØS-forpliktelser</i>	406
7.16.5	<i>Ansvarsvurderingen i tilfeller av EØS-stridige rettsavgjørelser</i>	409
7.16.6	<i>Ansvarsvurderingene i visse andre typetilfeller</i>	410
7.16.7	<i>Særlig om erstatning for ikke-økonomisk skade</i>	414
8	ÅRSAKSSAMMENHENGEN	417
8.1	INNLEDNING – EU-DOMSTOLENS FORMULERING AV ÅRSAKSKRAVET	417
8.2	ER ÅRSAKSKRAVET ET AUTONOMT EU/EØS-RETTLIG BEGREP?	419
8.2.1	<i>Innledning – rettskildebildet før Danfoss</i>	419
8.2.2	<i>Generaladvokat Kokotts innstilling i Danfoss</i>	421
8.2.3	<i>EU-domstolens dom i Danfoss</i>	423
8.2.4	<i>Nærmere om dommen og dens konsekvenser</i>	424
8.3	ÅRSAKSKRAVETS FAKTISKE SIDE	428
8.3.1	<i>Nødvendige, (u)vesentlige og avgjørende årsaker</i>	428
8.3.2	<i>Forutsetningen om at årsakssammenhengen er «sikker» – bevisspørsmål</i>	432
8.3.2.1	<i>Innledning</i>	432
8.3.2.2	<i>Kravet til bevis for årsakssammenhengen</i>	433
8.3.2.3	<i>Plassering av tvilsrisikoen</i>	435
8.4	DEN RETTLIGE AVGRENSNINGEN AV ÅRSAKSSAMMENHENGEN	439
8.4.1	<i>Innledning</i>	439
8.4.2	<i>Forutsetningen om skaden som en påregnelig følge av rettsbruddet</i>	442
8.4.2.1	<i>Innledning</i>	442
8.4.2.2	<i>Dorsch Consult</i>	442
8.4.2.3	<i>FIAMM m.fl.</i>	443
8.4.2.4	<i>Nikolaou</i>	444
8.4.2.5	<i>Franchet og Byk</i>	445
8.4.2.6	<i>Nærmere om forutsetningen om påregnelighet</i>	446
8.4.3	<i>Forutsetningen om rettsbruddet som «den avgjørende årsag» til skadelidtes tap</i>	448
8.4.3.1	<i>Innledning</i>	448
8.4.3.2	<i>Dumortier</i>	449
8.4.3.3	<i>Bertrand og GAEC</i>	450
8.4.3.4	<i>Blackspur</i>	451
8.4.3.5	<i>CAS Succhi di Frutta</i>	452
8.4.3.6	<i>Utvalgte avgjørelser fra Underretten</i>	454

8.4.3.7	Kort oppsummering	455
8.4.4	<i>Tap som skyldes senere ledd i en årsakskjede</i>	455
8.4.4.1	Innledning	455
8.4.4.2	Hamill	456
8.4.4.3	Bühning og Jansma	457
8.4.4.4	Holcim og Atlantic Container Line	458
8.4.4.5	É.R. og Pérez	461
8.4.4.6	Internationaler Hilfsfond	462
8.4.4.7	Schneider	463
8.4.4.8	Gutknecht	465
8.4.4.9	Kort oppsummering	465
8.4.5	<i>Skadelidtes forsømmelser som «brudd i årsakskjeden»</i>	466
8.4.5.1	Innledning	466
8.4.5.2	Aciéries du Temple og Compagnie Continentale France	467
8.4.5.3	Oleifici Mediterranei	469
8.4.5.4	FIAMM	470
8.4.5.5	Bouychou og FG Marine	470
8.4.5.6	Trubowest	471
8.4.5.7	Azienda Agricola Bracesco	473
8.4.5.8	Kort oppsummering	474
8.4.6	<i>Tap som går via andre subjekters tap (tredjemannstap)</i>	474
8.4.7	<i>Betydningen av forretningslivets risiko</i>	479
8.4.7.1	Innledning	479
8.4.7.2	Eksplisitt argumentasjon om forretningslivets risiko som ledd i årsaksvurderingen.....	481
8.4.7.3	Uttalte betraktninger om forretningslivets risiko som ledd i årsaksvurderingen?	483
8.4.8	<i>Betydningen av om tapet rammer en begrenset og klart definert gruppe</i>	484
8.4.9	<i>Betydningen av om skaden er et rent formuestap</i>	486
8.4.10	<i>Betydningen av særlig klanderverdige forhold</i>	487
8.4.11	<i>Betydningen av om tapet er forårsaket av en generell rettsakt</i>	488
8.4.12	<i>Særlig om krav om erstatning for ikke-økonomisk skade</i>	488
8.4.13	<i>Sammenfatning</i>	489
8.5	EFFEKTIVITETSPRINSIPPETS BETYDNING FOR NASJONALE DOMSTOLERS ÅRSAKSVURDERINGER	490
8.6	EKVIVALENSPRINSIPPET BETYDNING FOR NASJONALE DOMSTOLERS ÅRSAKSVURDERINGER	496
8.7	NÆRMERE OM EØS-RETTENS FØRINGER FOR NORSKE DOMSTOLERS ÅRSAKSVURDERINGER	497
8.8	SÆRLIG OM TILFELLER HVOR EN RETTIGHETSPOSISJON ER BLITT NEKTET PÅ EU/EØS-STRIDIG VIS	499
8.9	SÆRLIG OM HYPOTETISKE SKADEÅRSAKER	501
9	ERSTATNINGSKRAVET	509
9.1	UTGANGSPUNKTET: KRAV PÅ FULL ERSTATNING	509
9.1.1	<i>Effektivitetsprinsippet og kravet til «passende» erstatning</i>	509
9.1.2	<i>Gjenoppretting in natura som alternativ til penger</i>	510

9.1.3	<i>Særlig om renter</i>	511
9.1.4	<i>Bevissspørsmål</i>	513
9.1.5	<i>Erstatning for ikke-økonomiske skader</i>	513
9.2	SKADELIDTES TAPSBEGRENSNINGSPLIKT	514
9.2.1	<i>Innledning</i>	514
9.2.2	<i>Generelt om EØS-rettens føringer for vurderingen av skadelidtes tapsbegrensningsplikt</i>	514
9.2.3	<i>Særlig om krav til bruk av klagemuligheter og rettsmidler</i>	516
9.3	AVKORTING SOM FØLGE AV SKADELIDTES MEDVIRKNING	519
9.3.1	<i>Innledning</i>	519
9.3.2	<i>Rettspraksis knyttet til EUs eget erstatningsansvar</i>	520
9.3.3	<i>EØS-rettens føringer for norske domstolars vurdering av skadelidtes medvirkning</i>	522
9.4	LEMPNING	523
10	PROSESSFØRUTSETNINGER OG FORELDELSE	525
10.1	INNLEDNING	525
10.2	PROSESSUELLE KRAV TIL BRUK AV KLAGEMULIGHETER OG RETTSMIDLER	525
10.3	FORELDELSE	533
11	EØS-ANSVARETS DIREKTE ANVENDELSESOMRÅDE I NORSK RETT	535
12	AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER	539
	REGISTER	547
	LITTERATUR	547
	RETTSPRAKSIS	561
	<i>Alfabetisk register over avgjørelser fra EU-domstolen, Underretten og EFTA-domstolen som er omtalt ved kortnavn</i>	561
	<i>EU-domstolen</i>	567
	<i>Underretten</i>	577
	<i>Personalretten</i>	580
	<i>EFTA-domstolen</i>	580
	<i>EMD</i>	581
	<i>Permanent Court of International Justice</i>	581
	<i>Nasjonal rettspraksis</i>	581
	Norges Høyesterett	581
	Underinstanspraksis publisert i Rettens Gang	582
	Upublisert underinstanspraksis	582
	Utenlandsk rettspraksis	583

FORKORTELSER

[A3]	Avdeling med tre dommere (i EU-domstolen)
[A5]	Avdeling med fem dommere (i EU-domstolen)
AJDA	L'Actualité juridique, Droit administratif
All ER	All England Law Reports
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BHG	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CMLR	Common Market Law Reports
CMLRev.	Common Market Law Review
EC	European Community [EF]
ECJ	European Court of Justice [EU-domstolen]
EEA	European Economic Area [EØS]
EF	De(t) europeiske fellesskap
EFTA	European Free Trade Association
EFTA Ct. Rep.	EFTA Court Report
EGTL	The European Group on Tort Law
EKSF	Det europeiske kull- og stålfellesskapet
EMD	Den europeiske menneskerettsdomstol
EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjon
ESA	EFTA Surveillance Authority
EU	Den europeiske union
Eu L.R.	European Law Reports
EØF	Det europeiske økonomiske fellesskap
EØS	Det europeiske økonomiske samarbeidsområde
EWCA	Court of Appeal of England and Wales
EWHC	High Court of England and Wales
KOFA	Klagenemnda for offentlige anskaffelser
NJA	Nytt juridisk arkiv
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NOU	Norges offentlige utredninger
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
ODA	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol
OLAF	Office européen de Lutte Antifraude
Ot.prp.	Odelstingsproposisjon
[P]	Plenum (i Høyesterett, EMD eller EU-domstolen)
P	<i>Purvoir</i> (angir at en sak for EU-domstolen er en ankesak)
PCIJ	Permanent Court of International Justice
PEL bok VI	Principles of European Law, Book VI
PETL	Principles of European Tort Law
RG	Rettens Gang
RJD	Reports of Judgments and Decisions (fra EMD)
Rt.	Norsk Rettstidende
Sml	Samling af Afgørelser (fra EU-domstolen og Underretten)
[SK]	Storkammer (i Høyesterett, EMD eller EU-domstolen)
St.prp.	Stortingsproposisjon
TEU	Traktaten om Den europeiske union
TEUV	Traktaten om Den europeiske unions virkemåte
[U]	Høyesteretts ankeutvalg (tidl. kjæremålsutvalg)
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
UKSC	Supreme Court of the United Kingdom
WTO	World Trade Organization

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og oppbygning

På tidspunktet for undertegning og ratifisering av EØS-avtalen var norske myndigheter av den oppfatning at avtalen ikke inneholdt noe uskrevet prinsipp om offentlig erstatningsansvar for tap private måtte lide som følge av myndighetenes eventuelle brudd på EØS-rettslige forpliktelser. Relevansen av EU-domstolens skjellsettende dom om medlemsstatenes erstatningsansvar i tilfeller av manglende gjennomføring av direktiver i *Francovich*¹ ble avvist under henvisning til at den var «et utslag av EF-rettens direkte virkning, som ikke skal gjelde i EØS-sammenheng».² Da spørsmålet havnet på spissen for EFTA-domstolen i *Sveinbjörnsdóttir* i 1998, svarte den imidlertid med å slå fast at EØS-avtalen selv, tilsynelatende uavhengig av EU-retten, på nærmere vilkår gir private rett til å kreve erstatning for tap forårsaket av offentlige myndigheters brudd på avtalen.³ Innvendingene mot eksistensen av et slikt ansvar fra Island, Norge, Sverige og – interessant nok – EU v/Kommisjonen ble alle avvist. Allerede året etter gav tilsynelatende EU-domstolen sin tilslutning i *Rechberger*.⁴ Under henvisning til denne støtten stadfestet EFTA-domstolen sitt standpunkt da den norske regjeringen benyttet *Karlsson* til omkamp, samtidig som det ble understreket at det er snakk om et særegent EØS-ansvar som ikke nødvendigvis i ett og alt samsvarer med EU-ansvaret.⁵ Senere har EFTA-domstolen stadfestet EØS-ansvarets eksistens i avgjørelser som *Nguyen*, *Kolbeinsson* og *HOB-vín*.⁶ Standpunktet har også vunnet gehør i nasjonal rett, hvor ansvarets eksistens er anerkjent ikke bare av en samlet Høyesterett i Rt. 2005 s. 1365 [P] *Finanger II*, men også for eksempel av de øverste domstolene i Island, Liechtenstein og Sverige.⁷ Etter forsøket på omkamp i *Karlsson* synes dessuten EØS-ansvaret akseptert av samtlige avtaleparter som har gitt uttrykk for sitt

¹ Forente saker C-6/90 og C-9/90, *Francovich mot Italia*, Sml. 1991 s. I-5357.

² Jf. Ot.prp. nr. 61 (1991-92), s. 7.

³ Sak E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir mot Island*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 95 (avsnitt 62).

⁴ Sak C-140/97, *Rechberger mot Østerrike*, [P] Sml. 1999 s. I-3499 (avsnitt 39).

⁵ Sak E-4/01, *Karlsson mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 240 (avsnitt 30).

⁶ Hhv. sak E-8/07, *Nguyen mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 223 (avsnitt 31); sak E-2/10, *Kolbeinsson mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2009-2010 s. 234 (avsnitt 78) og sak E-2/12, *HOB-vín mot Áfengis- og tobaksverslun ríkisins*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 1092 (avsnitt 119). Jf. også henvisningene til ansvaret i sak E-1/07, *Straffesak mot A*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 245 (avsnitt 42); sak E-18/10, *ESA mot Norge («Gullenke II»)*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 202 (avsnitt 28) og i sak E-18/11, *Irish Bank mot Kaupþingi*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 592 (avsnitt 125).

⁷ Jf. hhv. Hæstiréttur Islands avsluttende dom i *Sveinbjörnsdóttir* 16. desember 1999 (sak 236/1999), Fürstlicher Oberster Gerichtshofs avsluttende dom i *Dr. Tschannet II* 7. mai 2010 (sak CO.2004.2) og Högsta Domstolens avsluttende dom i *Andersson* (NJA 2004 s. 662).

syn på spørsmålet.⁸ På samme måte som i EU-retten må eksistensen av et uskrevet EØS-rettslig prinsipp om offentlig erstatningsansvar for tap private måtte lide som følge av myndighetenes brudd på EØS-rettslige forpliktelser, i dag betraktes som sikker rett.

Emnet for denne avhandlingen er dette EØS-ansvaret – dets grunnlag og dets nærmere innhold. Målsettingen er å gi en mest mulig helhetlig fremstilling og analyse av EØS-ansvaret slik det i dag fremstår som en integrert del av norsk rett. Helt sentralt står spørsmålet om det nærmere innhold i de tre grunnvilkårene som EFTA-domstolen har oppstilt: Vilkåret om at den EØS-regel som er overtrådt, tillegger private erstatningsrettslig beskyttede rettigheter (kapittel 6), vilkåret om at overtredelsen fremstår som tilstrekkelig kvalifisert (kapittel 7) og vilkåret om direkte årsakssammenheng mellom overtredelsen og skadelidtes tap (kapittel 8). Før grunnvilkårene omtales nærmere, er det imidlertid påkrevd å avklare hvordan det særegne EØS-ansvaret forholder seg til EU-statenes EU-rettslige erstatningsansvar (kapittel 3, punkt 3.2). I forlengelsen av denne problemstillingen må det også tas stilling til det praktisk meget viktige spørsmål om hvordan prinsippene om statlig erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-retten forholder seg til EU-institusjonenes erstatningsansvar i henhold til TEUV artikkel 340 annet ledd (kapittel 3, punkt 3.3). Fremstillingen av de tre grunnvilkårene må dessuten suppleres med ytterligere vilkår, herunder forutsetningen om at rettsbruddet kan tilskrives «staten» (kapittel 4) og at det er tilstrekkelig sikkert at skadelidte virkelig er påført en erstatningsrettslig relevant skade (kapittel 5). Mot slutten følger en redegjørelse for prinsippene for erstatningsutmålingen, herunder betydningen av skadelidtes medvirkning og tapsbegrensningsplikt (kapittel 9), og en kort omtale av noen prosessuelle spørsmål (kapittel 10).

Tilsvarende som for EU-ansvaret er gjennomføringen av EØS-ansvaret overlatt til nasjonal rett. EØS-statenes mulighet til å utnytte dette for å begrense ansvarets rekkevidde, avgrenses imidlertid av henholdsvis ekvivalensprinsippet og effektivitetsprinsippet. Mens førstnevnte etablerer et generelt EØS-rettslig forbud mot nasjonale særregler som behandler EØS-baserte erstatningskrav mindre fordelaktig enn andre, sammenlignbare erstatningskrav mot offentlige myndigheter, innebærer sistnevnte at nasjonal rett uansett ikke kan gjøre det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å vinne frem med krav om erstatning for tap lidt som følge av myndighetenes overtredelse av EØS-rettslige forpliktelser (se kapittel 3, punkt 3.5). Til dette kommer at det ikke uten videre er klart hvilke bestanddeler av EØS-ansvaret som er «ren» EØS-rett og hvilke som i utgangspunktet er overlatt til nasjonal rett (se særlig kapittel 5 om skade-

⁸ Jf. innleggene for EFTA-domstolen fra EU v/Kommisjonen, Island og Norge (og ESA) i senere erstatningssaker som *Nguyen*, *Kolbeinsson* og *Vín Trío*. Liechtenstein har ikke gitt uttrykk for sitt syn for EFTA-domstolen, men aksepterte i prinsippet ansvarets eksistens for nasjonale domstoler i *Dr. Tschannet II* (se forrige note).

vilkåret og kapittel 8 om kravet til direkte årsakssammenheng). Alt i alt leder dette til at det er av begrenset praktisk interesse å fremstille EØS-ansvaret alene *qua EØS-rett*, løsrevet fra den nasjonale sammenheng som det alltid vil operere i.⁹ Emnet for denne avhandlingen er følgelig – naturlig nok i en norsk avhandling i norsk språkdrakt – EØS-ansvaret slik det i dag fremstår som en integrert del av norsk rett. EØS-ansvarets forhold til, og betydning for norsk rett vil bli løpende omtalt i fremstillingen, men drøftes også særskilt i egne punkt avslutningsvis i hovedkapitlene.

Samtidig er det all mulig grunn til å understreke at avhandlingens tema er *EØS-ansvaret*, ikke norsk retts regler om offentligrettslig erstatningsansvar mer generelt. Det følger av dette at tyngdepunktet i fremstillingen klart vil ligge på EØS-retten og de føringer den legger på norsk erstatningsrett – det er primært på dette plan avhandlingen tar mål av seg til å bringe ny kunnskap. De etablerte norske reglene om offentligrettslig erstatningsansvar utgjør i denne sammenheng et bakteppe som EØS-retten vil bli holdt opp mot. Mens det vil bli redegjort utførlig for EØS-ansvarets bakgrunn og innhold, vil de etablerte norske reglene i større grad forutsettes kjent. Dette vil også prege omtalen av rettspraksis, hvor sentrale avgjørelser fra EU-domstolen og EFTA-domstolen vil bli presentert og analysert langt mer utførlig enn avgjørelser fra norske domstoler. Med tanke på norsk rettspraksis som direkte berører EØS-ansvaret er siktemålet å få med alt av interesse, mens omtalen av rettspraksis utenfor EØS-rettens anvendelsesområde ikke har samme ambisjonsnivå.

Det EU/EØS-rettslige utgangspunktet er også styrende for avhandlingens struktur. Systematikken er lagt opp etter EU-domstolens og EFTA-domstolens utlegning av EU/EØS-ansvaret. Etter min oppfatning er det bare en slik tilnærming som sikrer en helhetlig fremstilling av EØS-ansvaret og den er derfor klart å foretrekke fremfor en alternativ systematikk basert på etablert norsk erstatningsrett og hvor EØS-ansvaret bare «dukker opp» i tilfeller hvor det er grunn til å stille spørsmål ved om etablerte norske regler om det offentliges erstatningsansvar oppfyller EØS-rettens krav. Hermed er ikke sagt at ikke også en slik fremstilling av norsk erstatningsrett i lys av EØS-rettens krav vil være av interesse, men fundamentet for et slikt arbeid må etter mitt syn være en helhetlig analyse av EØS-ansvaret: Det er bare en fremstilling med utgangspunkt i EU/EØS-rettens egen struktur som gir rom for å forstå hvilke krav EØS-retten stiller til norsk erstatningsrett i ulike typetilfeller. Siktemålet med denne avhandlingen er å bidra til dette fundamentet, så får det være opp til andre å integrere

⁹ Jf. tilsvarende Fenger 2004 s. 953, som med rette fremhever behovet for å forstå det EU-rettslige erstatningsansvaret som en hybrid bestående av et – for hver enkelt medlemsstat særegent – samspill mellom nasjonal rett og EU-retten.

EØS-rettens krav i mer tradisjonelle fremstillinger av norsk erstatningsrett.¹⁰ Strukturen i EU-domstolens og EFTA-domstolens utlegning av EU/EØS-ansvaret korresponderer for øvrig i hvert fall i grove trekk med etablert norsk rett, slik at norske erstatningsrettsjurister nok stort sett vil kunne nikke gjenkjennende til kapitteloverskriftene og de fleste av de problemstillinger som drøftes under disse.

At strukturen i EU-domstolens og EFTA-domstolens utlegning av EU/EØS-ansvaret legges til grunn for fremstillingen, betyr selvsagt ikke at det ikke er rom for å kritisere denne i tilfeller hvor den fremstår som lite hensiktsmessig, noe som også vil bli gjort i enkelte sammenhenger i det følgende. Dersom norske rettsforskere og rettsanvendere skal kunne delta i en grenseoverskridende diskusjon om EU/EØS-ansvarets innhold, må det imidlertid være en forholdsvis høy terskel for å forkaste systematikken i EU-domstolens og EFTA-domstolens rettspraksis. Det kan etter mitt syn ikke være tilstrekkelig at man mener at det nok kunne være ønskelig å drøfte en nærmere angitt problemstilling under en annen overskrift og med en annen innfallsvinkel enn den EU-domstolen har valgt. Med noen få unntak har jeg følgelig lagt til grunn EU-domstolens systematikk og begrepsbruk også i tilfeller hvor jeg har tillatt meg å påpeke at den kanskje ikke er den beste.

Før det redegjøres for EØS-ansvarets innhold, er det på sin plass å se nærmere på hvordan det som i utgangspunktet fremstår som en tradisjonell folkerettslig avtale kunne gi grunnlag for uskrevet prinsipp om statlig erstatningsansvar som til forveksling ligner på EU-statenes erstatningsansvar for brudd på EU-retten (kapittel 2). I tilfeller hvor det er spørsmål om erstatningsansvar for brudd på EØS-regler som ikke er gjennomført i nasjonal rett, er det ikke til å komme forbi at det er et spenningsforhold mellom EØS-ansvaret og det dualistiske prinsipp: Så fremt den manglende eller mangelfulle gjennomføringen kan karakteriseres som tilstrekkelig kvalifisert, leder EØS-ansvaret til at EØS-regler som ikke er gjennomført i norsk rett, likevel får internrettslige virkninger. I EU-rettslig sammenheng hevder en forfatter som Tridimas at prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på EU-retten «signals the transition from the perception of the nation-state as a sovereign legislature to its perception as a constituent part of a quasi-federal legal order».¹¹ På liknende vis uttaler Biondi at erstatningsansvaret er «the clearest example of what it really means to lose its full sovereignty».¹² Den omstendighet at EØS-ansvaret i dag fremstår som sikker rett, kan ikke være til hinder for en rettsvitenskapelig analyse av hvordan denne rettsstilstanden ble etablert. En analyse av EØS-ansvarets grunnlag vil dessuten bidra til å kaste lys

¹⁰ Enkelte steder, og da særlig i kapittel 6, punkt 6.10 og kapittel 7, punkt 7.16, gjøres det imidlertid forsøk på å «dreie scenen» og betrakte EØS-ansvaret med utgangspunkt i etablerte norske regler om det offentlige erstatningsansvar.

¹¹ Tridimas 2006 s. 503.

¹² Biondi 2010 s. 413.

over de hensyn og resonnementer som ansvaret hviler på, noe som vil være av betydelig interesse for den etterfølgende behandling av ansvarets innhold.

Det er uunngåelig at en nærmere etterprøving av EFTA-domstolens argumentasjon for EØS-ansvarets eksistens vil måtte forholde seg til EU-domstolens resonnementer da den etablerte det EU-rettslige prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på EU-retten. Noen frittstående, helhetlig redegjørelse for EU-ansvarets tilblivelseshistorie og rettslige begrunnelse vil imidlertid ikke bli gitt i denne sammenheng – dette er et emne som har vært gjenstand for en meget omfattende, nærmest overveldende, oppmerksomhet i europeisk rettslitteratur over et tidsrom på mer enn 20 år. Med dette er ikke sagt at det ikke fremdeles er rom for ytterligere rettsvitenskapelig behandling også av EU-ansvarets grunnlag, men det synes i herværende sammenheng hensiktsmessig å konsentrere innsatsen om EØS-ansvaret. Den etterfølgende omtale av EU-domstolens argumentasjon for prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på EU-retten må derfor hele tiden lese i lys av formålet: Etterprøving av EØS-ansvarets rettslige begrunnelse og analyse av dets nærmere innhold.

1.2 Metode

Den følgende fremstilling av EØS-ansvarets rettslige grunnlag og nærmere innhold tar utgangspunkt i et systeminternt, rettsdogmatisk perspektiv, basert på hhv. EU-rettens, EØS-rettens og norsk retts egne premisser.

I EU-rettslig sammenheng fremgår det av TEU artikkel 19 at EU-domstolen er den øverste autoritet på EU-rettens område, noe som i all enkelthet leder til at den som setter seg fore å klarlegge rettstilstanden i EU må ta utgangspunkt i EU-domstolens tolkningsmetode. Noen generell, teoretisk utlegning av denne metoden vil ikke bli gitt i denne sammenheng – min forståelse av den EU-rettslige tolkningslæren torde fremgå av, og kunne etterprøves gjennom, den rettsdogmatiske fremstillingen av EU-ansvarets innhold. Konkrete metodiske utfordringer knyttet til slikt som betydningen av divergerende språkversjoner av det foreliggende rettskildematerialet, EU-statenes mer eller mindre felles rettstradisjoner, upublisert eller bare summarisk publisert praksis fra EU-domstolen, EU-domstolens sammensetning i ulike saker, obiter dicta, generaladvokatens innstillinger, praksis fra Underretten og EFTA-domstolen, folkerettslige regler om statlig erstatningsansvar, EMK og praksis fra EMD mv., vil bli håndtert etter hvert som de måtte dukke opp.

Den omstendighet at prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på EU-retten er etablert og utviklet av EU-domstolen – med den følge at EU-domstolens praksis ikke bare utgjør kilden til den tolkningsmetode som vil bli anvendt, men også det klart viktigste rettskildematerialet for arbeidet med å kartlegge EU-ansvarets innhold – tilsier likevel at det bør redegjøres særskilt for ett aspekt ved tolkningen av EU-domstolens avgjørelser som etter mitt syn ikke alltid får den påkrevde oppmerksomhet: Utfordringene knyttet til de nyansforskjeller som i enkelte tilfeller foreligger mellom ulike

språkversjoner av en og samme avgjørelse. EU-domstolens rettspraksis foreligger på opptil 22 ulike språk og det er nokså uunngåelig at det tidvis er enkelte uoverensstemmelser mellom ulike versjoner. Som den videre fremstilling vil vise, gjelder dette også for enkelte av de vurderingskriterier som EU-domstolen har stilt opp for medlemsstatenes erstatningsansvar for brudd på EU-retten. I slike tilfeller er min enkle oppfatning at det bør sees hen til at EU-domstolens arbeidsspråk er fransk og at det følgelig er den franske versjonen av en avgjørelse som rent faktisk gir uttrykk for den formulering av vurderingskriteriene som dommerne har drøftet seg frem til og som de vil ta utgangspunkt i ved neste korsvei.¹³ Selv om det i det følgende, ut fra et ønske om en mest mulig leservennlig fremstilling, gjennomgående vil bli vist til de danske versjonene av EU-domstolens avgjørelser, vil angivelsene av sentrale vurderingskriterier bli holdt opp mot formuleringene i de franske originalene.

I enkelte tilfeller hvor den danske oversettelsen av en avgjørelse fremstår som mindre vellykket, gjengis EU-domstolens praksis på svensk eller engelsk (avhengig av hvilken versjon som etter min oppfatning best gjengir den franske originalen). Etter behov vil også andre språkversjoner bli trukket inn i fremstillingen.

For ordens skyld bør det også påpekes at anvendelsen av EU-domstolens tolkningsmetode selvsagt ikke er til hinder for en kritisk vurdering av domstolens utlegning av medlemsstatenes erstatningsansvar. Som den videre fremstilling vil vise, finnes det flere eksempler på avgjørelser hvor det kan hevdes at EU-domstolen selv ikke fullt ut lever opp til egne, systeminterne forventninger om en helhetlig og koherent ansvarslære. Det kan eksempelvis tenkes at domstolen har oversett rettskilder som ifølge dens egen tolkningsmetode skulle vært hensyntatt, at domstolens henvising til medlemsstatenes felles rettstradisjoner ikke tåler nærmere etterprøving, at en avgjørelse fra en avdeling med tre eller fem dommere synes i utakt med standpunkter som tidligere er inntatt av domstolens plenum eller storkammer mv. Målestokken som EU-domstolen vil bli vurdert ut i fra, er imidlertid hele tiden domstolens egen tolkningsmetode – kritikk som forutsetter en helt annen metodisk tilnærming til EU-retten faller utenfor rammene for denne avhandlingen.

Avhandlingens tema er imidlertid ikke EU-statenes ansvar for brudd på EU-retten, men EØS-statenes ansvar for brudd på EØS-avtalen. Det er derfor påkrevd å knytte noen bemerkninger til de metodiske utfordringer som følger av forskjellen mellom EU-retten som en overnasjonal rettsorden med vidtrekkende formål om politisk integrasjon og EØS-avtalen som en folkerettslig avtale med en langt mer begrenset mål-

¹³ Se for en nærmere redegjørelse for dette standpunktet Fredriksen/Mathisen 2012 s. 215-217. For rettsanvendere og -forskere med begrensede franskkunnskaper kan dette fortone seg nokså avskrekkende, men i praksis lettes arbeidet betydelig av at man kan ta utgangspunkt i andre språkversjoner og slik lete seg frem til de sentrale formuleringene i den franske originalen. Deretter er det «bare» å søke hjelp i ordbøker, de stadige bedre oversettelsesverktøyene som er tilgjengelige på internett og gode kolleger med større språkkunnskaper.

setting om deltakelse i EUs indre marked.¹⁴ Forskjellene i kontekst og formål innebærer at man ikke uten videre kan anvende EU-domstolens tolkningsmetode på EØS-avtalen.¹⁵ Samtidig tilsier avtalens grunnleggende målsetting om rettsenhet mellom EØS-retten og den underliggende EU-retten (homogenitetsmålsettingen) at EU-domstolens metodiske tilnærming må være avgjørende også i EØS-rettslig sammenheng *så langt denne målsettingen rekker*.¹⁶ Homogenitetsmålsettingens gjennomslagskraft beror imidlertid selv på en tolkning av EØS-avtalen, noe som leder til den erkjennelse at spørsmålet om EØS-rettslig tolkningsmetode og homogenitetsmålsettingens grenser langt på vei er to sider av samme sak.¹⁷

For en rettsdogmatisk fremstilling av EØS-ansvaret har dette etter min oppfatning følgende betydning: For vurderingen av EFTA-domstolens begrunnelse for EØS-ansvarets eksistens, er denne uatskillelig knyttet nettopp til spørsmålet om homogenitetsmålsettingens rekkevidde. Som det vil fremgå av kapittel 2, beror vurderingen av EFTA-domstolens tilnærming i *Sveinbjörnsdóttir* etter mitt syn på om man aksepterer at homogenitetsmålsettingen finner anvendelse også på spørsmål som gjelder *EØS-reglens rettsvirkninger i nasjonal rett*. Det følger av dette at mitt syn på den metodiske tilnærming til spørsmålet om EØS-avtalen gir opphav til et uskrevet prinsipp om statlig erstatningsansvar for brudd på avtalen, vil fremgå implisitt av min vurdering av EØS-ansvarets rettslige grunnlag i kapittel 2.

For fremstillingen av EØS-ansvarets nærmere omfang og innhold, må EU-domstolens tolkningsmetode finne anvendelse så langt det ikke foreligger særegne EØS-rettslige omstendigheter som tilsier at det er forskjell på EØS-ansvaret og EU-ansvaret på det aktuelle punkt. Dette får betydning også for prejudikatverdien av EU-domstolens praksis knyttet til EU-ansvaret: Så fremt det ikke er holdepunkter for et brudd med homogenitetsmålsettingen, vil EU-domstolens utlegning av EU-ansvaret være gyldig også i EØS-rettslig sammenheng. Som det vil fremgå av drøftelsene i kapittel 3, punkt 3.2, er min oppfatning at det generelt er tilnærmet fullt innholdsmessig sammenfall mellom EØS-ansvaret og EU-ansvaret. I tilfeller hvor homogenitetsmålsettingens rekkevidde synes usikker, vil imidlertid spørsmålet bli tatt opp til nærmere vurdering.

For spørsmål om norsk rett, herunder spørsmål knyttet til EØS-ansvarets stilling og gjennomslag i norsk rett, er norske tolkningsprinsipper styrende. Riktignok sørger

¹⁴ Jf. generelt Fredriksen 2010 s. 247-287.

¹⁵ Noe som i norskspråklig litteratur bl.a. er påpekt av Rognstad 2001 s. 439 og Bekkedal 2008 s. 137. Av engelskspråklig EØS-litteratur er det særlig grunn til å fremheve Fengers artikkel «Limits to a dynamic homogeneity between EC Law and EEA Law» (Fenger 2006 s. 132-154).

¹⁶ Jf. for eksempel Rognstad 2011 s. 469 og Fredriksen 2012 s. 333-334.

¹⁷ Utenfor homogenitetsmålsettingens rekkevidde må det metodiske utgangspunkt for tolkning av EØS-avtalen være de alminnelige folkerettslige regler for traktattolkning, jf. Fredriksen/Mathisen 2012 s. 231.

presumsjonsprinsippet for at underliggende EØS-rettslige forpliktelser vil kunne få avgjørende betydning for tolkningen av norsk rett, men det er norske tolkningsprinsipper, slik disse er utmeislet av Høyesterett, som avgjør om så er tilfellet.¹⁸

1.3 Rettskildemateriale, litteratur mv.

Gitt at så vel EØS-ansvaret som dets EU-rettslige forbilde er utviklet i rettspraksis, utgjør praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen den klart viktigste kilde i arbeidet med å kartlegge ansvarets innhold. For EFTA-domstolens vedkommende er det en overkommelig oppgave å leve opp til det fullstendighetsideal som gjelder for en rettsvitenskapelig avhandling – dens samlede praksis siden starten i 1994 utgjør «bare» omkring 140 avgjørelser.¹⁹ EU-domstolens praksis er derimot langt mindre håndterlig – den består nå av mer enn 18.000 avgjørelser.²⁰ Til dette kommer nærmere 10.000 avgjørelser fra Underretten.²¹ Stilt overfor slike tall må det erkjennes at fremstillingen av EU-retten i denne avhandling ikke er basert på noen fullstendig gjennomgang av EU-domstolenes rettspraksis. Noe særlig til innrømmelse er dette likevel neppe – det er trolig de færreste EU/EØS-jurister som har lest samtlige avgjørelser fra EU-domstolene og det er nok heller ikke mange som mener at et slikt foretagende ville representere særlig hensiktsmessig bruk av en rettsforskers tid og krefter. Når utfordringen knyttet til rettskildematerialets omfang likevel omtales her, skyldes det at man etter min oppfatning ikke bør oppgi kravet til fullstendighet uten å erstatte det med noe mer systematisk enn en tilnærming hvor man bare forholder seg til den rettspraksis som man måtte støte på gjennom studier av allerede kjente avgjørelser eller av EU/EØS-rettslig litteratur. Riktignok vil man vel også på denne måten etter hvert komme over de viktigste avgjørelsene, men i en situasjon hvor blant annet EUs EUR-Lex base gir mulighet for systematiske søk i EU-domstolenes samlede praksis, forekommer dette meg unødig tilfeldig.

Til grunn for min fremstilling av medlemsstatenes erstatningsansvar for brudd på EU-retten ligger først og fremst det domsmaterialet som i EUR-Lex' systematisering av EU-domstolenes rettspraksis er henført til kategorien «medlemsstaternes ansvar i tilfælde af tilsidesættelse af EU-retten».²² Som følge av koblingen mellom statenes og EUs eget erstatningsansvar, er imidlertid de omkring 150 sakene i nevnte kategori

¹⁸ Den grunnleggende dommen er Rt. 2000 s. 1811 [P] *Finanger I*.

¹⁹ Jf. EFTA Court Report 2012.

²⁰ Jf. EU-domstolens årsrapport 2012 s. 110.

²¹ Jf. EU-domstolens årsrapport 2012 s. 199.

²² Rettspraksis registerkode 1.05.02.03, se http://eur-lex.europa.eu/RECH_jurisprudence.do, velg «Oversigt over afgørelser» / «Systematisk klassificeringsordning efter Lissabontraktaten»/«1. Den Europæiske Unions rettsorden»/«1.05 EU-ret og nationell ret»/«1.05.02 Gennemførelse af EU-retten i den interne retsorden».

supplert med de mer enn 400 avgjørelsene i kategorien «Erstatningssøgsmaal» (underforstått: mot EU).²³ Denne tilnærmingen gir håp om at jeg har fått med de fleste avgjørelser som direkte berører spørsmål om medlemsstatenes og EUs erstatningsansvar. Samtidig må dette domsmaterialet selvsagt suppleres med en lang rekke andre avgjørelser fra EU-domstolene i saker som mer indirekte er av betydning for avhandlingens tema. For dette formål er det foretatt en rekke søk i EUR-lex, primært med utgangspunkt i EUR-Lex' systematisering av EU-domstolenes rettspraksis, men også mer generelt etter nærmere angitte tema, standardfraser fra tidligere praksis, senere henvisninger til sentrale avgjørelser mv.²⁴ Sammen med studier av relevante litteratur gir dette håp om at jeg har fått med de fleste avgjørelser som måtte være av interesse.

Med tanke på nasjonal rettspraksis fra andre EØS-stater enn Norge, er det ikke til å komme forbi at utvalget er noe tilfeldig. Riktignok er det gjort forsøk på å avdekke det endelige utfall av samtlige av de saker om EU-ansvaret som har vært forelagt EU-domstolen i henhold til TEUV artikkel 267, men bare med begrenset hell.²⁵ De fleste av de utenlandske avgjørelsene som omtales, er jeg blitt oppmerksom på gjennom litteraturen.²⁶ Noe stort problem er dette likevel ikke – selv om nasjonal rettspraksis via EU-domstolens hensyntagen til EU-statenes felles rettstradisjoner vil kunne ha en viss rettskildemessig interesse, så tjener avgjørelsene fra nasjonale domstoler primært til å illustrere hvilke utfordringer den nasjonale gjennomføringen av EU-ansvaret vil kunne by på. I den grad det tas til orde for at man bør følge den løsning som er foretrukket av en nasjonal domstol, skyldes dette kvaliteten på resonneringen snarere enn den omstendighet at standpunktet er lagt til grunn i en nasjonal rettsavgjørelse.

Ut over utfordringene knyttet til domsmaterialets omfang, bør det også sies noe om de liknende utfordringene som følger av den voldsomme oppmerksomhet som EU-ansvaret har fått i EU-rettslig litteratur. I løpet av de nå mer enn 20 år som er gått siden *Francovich*, er ulike aspekter ved EU-ansvaret behandlet i et etter hvert helt

²³ Rettspraksis registerkode 3.05, se http://eur-lex.europa.eu/RECH_jurisprudence.do, velg «Oversikt over avgjørelser» og deretter «Systematisk klassifiseringsordning etter Lissabontraktaten»/ «3. Domstolskontrollen»/«3.05 Erstatningssøgsmaal».

²⁴ Jeg har, under tvil, kommet til at det ikke er grunn til å belaste fremstillingen med detaljerte opplysninger om alle søk som er foretatt i EUR-lex.

²⁵ EUR-Lex fulltekstvisning av rettsavgjørelser («Bibliografisk note + Tekst») inneholder et eget punkt med informasjon om den nasjonale behandlingen av saken. Til tross for at EU-domstolen oppfordrer de nasjonale domstolene til å melde fra om sakenes endelige utfall (se EU-domstolens «Orientering om foreleggelse af præjudisielle spørsmål fra de nationale retter» i EU-tidende 2011 C 160 s. 1 flg., punkt 32), synes det klart at dette bare skjer i et fåtall tilfeller.

²⁶ Det kan nevnes at EUR-Lex nå også, i samarbeid med *Sammenslutningen af Statsråd og Forvaltningsdomstole i EU*, inneholder en base med oversikt over nasjonal rettspraksis. Denne inneholder enkelte avgjørelser om medlemsstatenes erstatningsansvar, men alt i alt fremstår basen (foreløpig) som svært ufullstendig.

uhåndterlig stort antall rettsvitenskapelige arbeider på en rekke ulike språk.²⁷ Det har ikke vært noen målsetting med denne avhandlingen å forsøke å få full oversikt over denne litteraturen, i det jeg i stedet har prioritert selvstendige studier av EU-domstolens praksis. Studiene av litteraturen er av denne grunn stort sett begrenset til det som fremstår som grundigere rettsvitenskapelige analyser av EU-ansvaret (ikke bare korte omtaler av enkeltstående dommer) fra det jeg oppfatter som toneangivende forfattere på feltet. Av språklige årsaker har jeg begrenset meg til arbeider som foreligger på dansk, engelsk, norsk, svensk eller tysk.

To rettsvitenskapelige prosjekter som påkaller særskilt oppmerksomhet, selv om de ikke direkte omhandler verken EU/EØS-ansvaret spesielt eller offentligrettslig erstatningsansvar mer generelt, er *Principles of European Tort Law (PETL)* og *Principles of European Law, Book VI—Non-contractual liability arising out of damage caused to another (PEL bok VI)*. Bak begge prosjektene står grupper av akademiskere – PETL er utformet av *The European Group on Tort Law (EGTL)*, mens PEL bok VI er forfattet av *The Study Group on a European Civil Code*. Begge prosjektene tilsikter å bidra til harmonisering av erstatningsretten i Europa. Selv om prosjektene uttrykkelig er avgrenset mot offentligrettslig erstatningsansvar,²⁸ skisserer de på flere punkter tilnærminger som har interesse også for EU/EØS-ansvaret. I tilfeller hvor det fremstår som fruktbart, vil det derfor bli foretatt sammenligninger med prinsippene nedfelt i PETL og PEL bok VI.

1.4 Terminologi, henvisninger mv.

Prinsippene om offentligrettslig erstatningsansvar for brudd på hhv. EU- og EØS-retten omtales i det følgende oftest bare med kortformene «EU-ansvaret» og «EØS-ansvaret», altså slik at disse betegnelse ikke må forstås som generelle henvisninger til noen felles, altomfattende ansvarslære som også tar opp i seg regler om privates eventuelle erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-retten.²⁹

²⁷ Til illustrasjon inneholder EUR-Lex henvisninger til flere hundrede arbeider (på en rekke ulike europeiske språk) bare tilknyttet de to grunnleggende avgjørelsene *Francovich* og *Brasserie du Pêcheur/Factortame*.

²⁸ Jf. hhv. Moréteau i EGTL 2006 s. 119 (kommentarene til PETL artikkel 6:102) og, uttrykkelig, PEL bok VI artikkel 7:103, jf. nærmere von Bar 2009 s. 1010 flg. (Det kan imidlertid tilføyes at European Group on Tort Law visstnok er i gang med et prosjekt om «Public authority liability».)

²⁹ I litteraturen er det særlig tidligere generaladvokat van Gerven som i en rekke sammenhenger har tatt til orde for en slik «grand theory», jf. for eksempel hans innstilling i sak C-128/92, *Banks mot British Coal Corporation*, Sml. 1994 s. I-1209 og senere akademiske arbeider med titler som «Non-contractual Liability of Member States, Community Institutions and Individuals for Breaches of Community Law with a View to a Common Law for Europe» (van Gerven 1996) og «Mutual Permeation of Public and Private Law at the National and Supranational Level» (van Gerven 1998). Dommen i sak C-453/99, *Courage mot Crehan*, [P] Sml. 2001 s. I-6297, hvor EU-domstolen slo fast at brudd på EUs konkurranseregler kan påføre private foretak et EU-basert erstatningsansvar, passer inn i en slik tilnærming. Samtidig finnes det etter hvert en lang rekke særregler i sekundærretten som ikke like lett lar seg innpasse i noen enhetlig ansvarslære. Til dette kommer den mer grunnleggende innvending at EU-domstolen har fulgt tilnærmingen i fransk rett ved å etablere egne, offentligrettslige regler for så vel EUs som medlemsstatenes erstatningsansvar. Selv om det nok er mulig å etablere en felles ytre ramme rundt det offentlige og privates erstatningsansvar for brudd på EU-retten, spør det om ikke de særlige hensyn som

For enkelthets skyld benyttes gjennomgående betegnelsene EU, EU-rett, EU-institusjoner mv. også i omtalen av forhold som er fra tidspunkt og sammenhenger hvor det formelt sett ville vært korrekt å skrive EF, EØF eller EKSF, med mindre det er spesielle historiske forhold som omtales. Tilsvarende vises det stort sett til traktatverket i dets nåværende form (TEU og TEUV), selv om de saker som omtales stammer fra tiden forut for Lisboatraktatens ikrafttredelse. Forutsetningen er selvsagt at dagens traktatbestemmelser i hvert fall i det vesentligste viderefører den tidligere rettstilstand på området. I sitater fra rettspraksis er det derimot ikke foretatt tilsvarende oppdateringer – mens det i egen tekst er rom for å ta med påkrevde presiseringer og forbehold når det henvises til tidligere bestemmelsers etterfølgere i TEU og TEUV, ville dette tyngre sitatene i en grad som fremstår som lite hensiktsmessig.³⁰

Henvisninger til *EU-domstolen* er i det følgende – i samsvar med etablert terminologi i norsk sammenheng – begrenset til den øverste av de tre domstoler som for tiden utgjør institusjonen *Den Europæiske Unions Domstol* (jf. TEU artikkel 19). Den underordnete instans som tidligere gikk under navnet *Førsteinstansdomstolen*, og som i den danske versjonen av traktatene nå omtales som «Retten», betegnes i det følgende, i samsvar med Utenriksdepartementets forslag i den norske oversettelsen av TEU og TEUV, som *Underretten*. Også navnene EU-domstolen og Underretten brukes «med tilbakevirkende kraft», altså også i omtalen av eldre praksis. Hvor det er hensiktsmessig å omtale de to domstolene samlet, benyttes tidvis flertallsformen *EU-domstolene*.

Generelle henvisninger til *statens* erstatningsansvar må leses i lys av den vide EU/EØS-rettslige forståelse av hvilke internrettslige rettssubjekt som må tilregnes «staten» i denne sammenheng og som det redegjøres nærmere for i kapittel 4.

Som en konsekvens av min oppfatning av at EU-domstolens sammensetning i en sak er av betydning for avgjørelsens prejudikatverdi, er det i henvisninger til domstolens praksis (post Maastrichttraktaten) lagt til en hakeparentes som viser om avgjørelsen er truffet i plenum [P],³¹ storkammer [SK], avdeling med fem dommere [A5], eller «bare» en liten avdeling med tre dommere [A3].³² For norsk høyesterettspraksis er det på

gjør seg gjeldende med tanke på offentlig myndighetsutøvelse leder til at et felles utgangspunkt vil kunne virke villedende snarere enn veiledende, jf. bl.a. Ward 2007 s. 252. Det faller imidlertid utenfor emnet for denne avhandlingen å forfølge denne problemstillingen nærmere.

³⁰ De historiske versjonene av traktatverket er tilgjengelig i EUR-Lex og så vel Amsterdamtraktaten (1997) som Lisboatraktaten (2007) har vedlagte «traktatspeil» som letter sammenligningen med nummereringen i tidligere versjoner av traktatene.

³¹ Min angivelse av at en avgjørelse er truffet i plenum ([P] før henvisningen til hvor avgjørelsen er publisert) må ikke forveksles med EU-domstolens egen angivelse av at det er snakk om en ankesak (noe som markeres med at det tilføyes P etter saksnummeret).

³² Forut for Maastrichttraktatens ikrafttredelse 1. november 1993 var hovedregelen at EU-domstolen avgjorde langt de fleste saker i plenum og en angivelse av domstolens sammensetning i eldre saker er derfor av begrenset interesse. Det gjøres oppmerksom på at ordningen med storkammer og små avdelinger med bare tre dommere

liknende vis, og av samme grunn, angitt om avgjørelser stammer fra andre sammensetninger enn ordinær avdeling med fem dommere, nærmere bestemt plenum [P], storkammer [SK] eller ankeutvalget [U].³³

Ved gjentatte henvisninger til alt omtalte avgjørelser fra EU-domstolen og EFTA-domstolen er det, for ikke å tyngte teksten unødig, stort sett vist til avgjørelsene i kursivert kortform.³⁴ Dette gjelder også for de mange henvisninger til Høyesteretts tre dommer om EØS-ansvaret, Rt. 2005 s. 1365 [P], Rt. 2010 s. 1500 og Rt. 2012 s. 1793, som i det følgende gjennomgående omtales som hhv. *Finanger II*, *Edquist* og *Personskadeforbundet*.

Avgjørelser fra EU-domstolen eller Underretten som bare er summarisk publisert i *Samling af Afgørelser* er, i samsvar med praksis i EUR-Lex, merket med *.

Summarisk publisering innebærer (dessverre) at lite annet enn selve slutningen publiseres, men avgjørelsene er tilgjengelige i fulltekst på fransk og prosessspråket i saken fra EU-domstolens hjemmeside på Internet (www.curia.europa.eu).

I en del tilfeller vises til til avgjørelser fra Underretten selv om sakene ble anket til EU-domstolen, men selvsagt bare i tilfeller for EU-domstolens avgjørelse i ankesaken ikke rokker ved de aktuelle sidene ved Underrettens vurderinger. Ved omtale av nyere avgjørelser fra Underretten understrekes det imidlertid at leseren selv må undersøke om avgjørelsene er rettskraftige eller om de i ettertid er påanket til EU-domstolen.

ble innført først ved Nicetraktaten (i kraft 2003), slik at valget i tidsrommet 1994-2003 stod mellom plenum og avdelinger med fem dommere.

³³ Altså slik at alle henvisninger til Retstidende som ikke inneholder noen nærmere angivelse av Høyesteretts sammensetning, er til avgjørelser avgjort i avdeling.

³⁴ Av denne grunn er det utarbeidet et eget, alfabetisk ordnet register over de avgjørelsene dette gjelder.

2 EØS-ansvarets rettslige grunnlag

2.1 Bakgrunnen: EU-ansvaret

Mens EUs eget erstatningsansvar for den skade som unionens institusjoner eller ansatte volder i tjenesten har et positivt grunnlag i TEUV artikkel 340 annet ledd, er traktatene tause om medlemstatenes erstatningsansvar for brudd på EU-retten. Selv om EU-domstolen allerede i 1960 i *Humblet* uttalte at lojalitetsplikten nedfelt i EKSF-traktaten artikkel 86 (jf. nå TEU artikkel 4 nr. 3) medførte at en medlemsstat etter å ha blitt dømt i en traktatbruddsak, plikter å råde bot på de ulovlige virkninger, den eventuelt har frembragt,³⁵ syntes det nokså klart at domstolen opprinnelig var av den oppfatning at et eventuelt erstatningsansvar overfor private markedsaktører var overlatt til nasjonal rett.³⁶ Særlig den omstendighet at manglende eller mangelfull gjennomføring av EU-retten i nasjonal rett i mange tilfeller må tilskrives medlemsstatenes lovgivende organer, ledet imidlertid til at det i de fleste medlemsstater var helt eller i det minste så godt som utelukket å vinne frem med krav om erstatning basert på nasjonal rett.³⁷ Den praktiske betydningen av dette problemet øket da arbeidet med å etablere det indre marked skjøt fart på siste halvdel av 1980-tallet. Kommissjonens årsberetninger om kontrollen med den nasjonale gjennomføringen av EU-retten avdekket betydelige problemer.³⁸ Særlig Italia hadde en svært dårlig statistikk når det gjaldt gjennomføring av nye direktiver. Av kapasitetsmessige årsaker var det ikke mulig for Kommissjonen å forfølge alle de klager over påstått traktatstridige handlinger fra medlemsstatene som den årlig mottok. Enda mer problematisk var det at selv i tilfeller hvor Kommissjonen gikk til sak og fikk en medlemsstat dømt for traktatbrudd, så foreskrev

³⁵ Sak 6/60, *Humblet mot Belgia*, Sml. (fransk utgave) 1960 s. 1125.

³⁶ Jf. for eksempel sak 13/68, *Salgoil mot Italia*, Sml. 1968 (fransk utgave) s. 661; sak 69/75, *Russo mot AIMA*, Sml. 1976 s. 45; sak 101/78, *Granaria mot Hoofdprodukschap voor Akkerbouwprodukten*, Sml. 1979 s. 623; sak 33/76, *Rewe-Zentralfinanz mot Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Sml. 1976 s. 1989; sak 45/76, *Comet mot Produktschap voor Siergewassen*, Sml. 1976 s. 2043 og forente saker 106-120/87, *Asteris mot Hellas og EF*, Sml. 1988 s. 5155.

³⁷ I sin innstilling i sak C-5/94, *The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd.*, [P] Sml. 1996 s. I-2553 påpekte generaladvokat Léger at ansvar for lovgiverfeil syntes helt utelukket i seks av de daværende tolv medlemsstatene (Belgia, Irland, Italia, Luxembourg, Tyskland, Storbritannia). Samtidig hevdet han at dette i det minste var en mulighet i de øvrige seks (Danmark, Frankrike, Hellas, Nederland, Portugal og Spania), men at vilkårene var svært strenge (avsnitt 98-99). Dette var ingen overdrivelse – med unntak av noen enkeltstående avgjørelser fra Frankrike (jf. avsnitt 119 flg. i Légers nevnte innstilling) var det så vidt vites *ingen* eksempler på at erstatningssøksmål mot en medlemsstat for tap lidt som følge av manglende eller mangelfull gjennomføring av direktiver hadde ført frem.

³⁸ Se for eksempel Kommissjonens syvende årsberetning om kontrollen med gjennomføringen av fellesskapsretten, EF-tidende 1990 C/232/1.

ikke EU-retten noen effektive sanksjoner dersom avgjørelsen ikke ble etterkommet.³⁹ Ut over 1980-tallet steg antall utestående traktatbruddsdommer – og da særlig mot Italia – til bekymringsfulle høyder.⁴⁰

På denne bakgrunn var det ikke overraskende at det var italienske domstoler som forela EU-domstolen spørsmålet om EU-retten selv kunne danne grunnlag for erstatningskrav mot medlemsstater. Da spørsmålet havnet på spissen i *Francovich*,⁴¹ svarte EU-domstolen med å slå fast at «det er et princip i fællesskapsretten, at medlemsstatene er forpliktet til at erstatte tab, som er forvoldt private som følge af tilsidesættelser af fællesskapsretten, der må tilregnes medlemsstatene» (avsnitt 37).

Til grunn for avgjørelsen lå et sjeldent klart brudd på fellesskapsrettslige forpliktelser – på tidspunktet for domsavsigelsen var det ikke bare mer enn åtte år siden Italia skulle ha gjennomført konkursgarantidirektivet (80/987/EØF), men også nærmere tre år siden den manglende gjennomføringen var blitt pådømt av EU-domstolen i en traktatbruddssak.⁴²

Under henvisning til de grunnleggende avgjørelsene *van Gend & Loos*⁴³ og *Costa*⁴⁴ tok EU-domstolen utgangspunkt i at det med EF-traktaten ble opprettet «en særlig retsorden», hvis rettssubjekter ikke utelukkende er medlemsstatene, men også deres borgere. Domstolen minnet deretter om at det påhviler de nationale domstolene å sikre EU-rettens fulle virkning og å beskytte de rettigheter, som denne tillegger private,⁴⁵ før den slo fast at (avsnitt 33):

«Fællesskapsrettens fulde virkning ville blive afsvækket, og beskyttelsen af de i fællesskapsretten anerkendte rettigheder ville blive forringet, såfremt private var afskåret fra at opnå erstatning for

³⁹ Inntil 1993 var Kommissjonens eneste virkemiddel å anlegge en ny traktatbruddssak, se som eksempel sak 281/83, *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 1985 s. 3397. Det var først gjennom Maastrichttraktaten at det ble åpnet for at manglende etterlevelse kan sanksjoneres ved at vedkommende medlemsstat ilegges en bot og/eller en tvangsmulkt, jf. nå TEUV artikkel 260 nr. 2.

⁴⁰ Da *Francovich* ble forelagt EU-domstolen i 1990 var antall utestående traktatbruddsdommer kommet opp i 86, hvorav om lag en tredjedel rettet seg mot Italia, jf. Kommissjonens syvende årsberetning om kontrollen med gjennomføringen av fellesskapsretten (EF-tidende 1990 C/232/1).

⁴¹ Spørsmålet dukket først opp i sak 380/87, *Enichem Base mot Cinisello Balsamo Kommune*, Sml. 1989 s. 2491, men EU-domstolen unnlot å besvare det da den fant at den saksbehandlingsregel som var overtrådt, ikke gav private noen rettigheter som kunne håndheves for de nasjonale domstolene (jf. nærmere om dette i kapittel 6 nedenfor). Generaladvokat Jacobs benyttet imidlertid anledningen til å påpeke at nasjonale domstoler etter hans oppfatning var forpliktet til å «træffe afgørelser om en passende, effektiv erstatning for nasjonale myndigheters tilsidesættelse af rettigheder, der tilkommer private i henhold til fællesskapsretten» (avsnitt 19).

⁴² Sak 22/87, *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 1989 s. 143. Se treffende Tridimas 2006, s. 501: «the facts of *Francovich* lent themselves to the recognition of State liability in damages given the manifest and inexcusable breach of Community law in the circumstances of the case».

⁴³ Sak 26/62, *van Gend & Loos mot Nederland*, Sml. (fransk utgave) 1963 s. 3.

⁴⁴ Sak 6/64, *Costa mot ENEL*, Sml. (fransk utgave) 1964 s. 1141.

⁴⁵ Under henvisning til sak 106/77, *Det Italienske Finansministerium mot Simmenthal*, Sml. 1978 s. 629 (avsnitt 16) og sak C-213/89, *The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame*, Sml. 1990 s. I-2433 (avsnitt 19).

en krænkelse af deres rettigheder som følge af en tilsidesættelse af fællesskabsretten, der må tilregnes en medlemsstat.»

På dette grunnlag, og med ytterligere støtte i lojalitetsplikten nedfelt i EF-traktaten artikkel 10 (jf. nå TEU artikkel 4 nr. 3), konkluderte EU-domstolen med at prinsippet om statlig erstatningsansvar fulgte «af selve Traktatens system» (avsnitt 35).

I kjølvannet av *Francovich* fulgte flere avgjørelser hvor EU-domstolen stadfestet erstatningsansvarets eksistens⁴⁶ og presiserte dets nærmere innhold og anvendelsesområde.⁴⁷ Klart viktigst for forståelsen av ansvarets grunnlag er *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, hvor domstolen bygget ut argumentasjonen fra *Francovich* ved å vise til dens plikt til «at verne om lov og rett» ved tolkningen av traktatene (jf. nå TEU artikkel 19) og ved å trekke paralleller til medlemsstatenes felles rettstradisjoner, til EUs eget erstatningsansvar i tilfeller hvor institusjonene på rettsstridig vis påfører private skade (jf. nå TEUV artikkel 340 annet ledd) og til de folkerettslige ansvarsreglene.⁴⁸ Med tanke på EU-regler som allerede er operative i nasjonal rett i henhold til prinsippene om EU-rettens direkte virkning og forrang, uttalte domstolen at retten til erstatning er «den nødvendige konsekvens af den direkte virkning, der er tillagt de fællesskabsbestemmelser, hvis overtrædelse er årsag til det forvoldte tab» (avsnitt 22).

Etter *Brasserie du Pêcheur/Factortame* har EU-domstolen videreutviklet ansvaret gjennom en lang rekke avgjørelser, men uten å gi noen noen nærmere redegjørelse for ansvarets eksistensberettigelse.⁴⁹ Noe praktisk behov for ytterligere presiseringer synes det heller ikke å ha vært: Selve ansvarets eksistens er nå for lengst akseptert – om enn kanskje motvillig – av så vel medlemsstatenes regjeringer som deres domstoler.⁵⁰

Dermed er imidlertid på ingen måte sagt at det hersker noen form for enighet om at EU-domstolens begrunnelse for medlemsstatenes erstatningsansvar var overbevisende, bare at dette nå må betraktes som et rent akademisk spørsmål. En av de sterkeste kritikerne av *Francovich*-

⁴⁶ De første henvisningene til *Francovich*-ansvaret kom i sak C-334/92, *Wagner Miret mot Fondo de garantía salarial*, [A5] Sml. 1993 s. I-6911 (avsnitt 22); sak C-91/92, *Faccini Dori mot Recreb*, [P] Sml. 1994 s. I-3325 (avsnitt 27 flg.), og sak C-192/94, *El Corte Inglés mot Rivero*, [A5] Sml. 1996 s. I-1281 (avsnitt 22), men ingen av disse avgjørelsene gir noe bidrag til forståelsen av ansvarets grunnlag.

⁴⁷ Se nærmere om dette i kapittel 3 flg.

⁴⁸ Forente saker C-46/93 og C-48/93, *Brasserie du Pêcheur mot Tyskland og The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd*, [P] Sml. 1996 s. I-1029 (avsnitt 27 flg.).

⁴⁹ Med et visst forbehold for sak C-224/01, *Köbler mot Østerrike*, [SK] Sml. 2003 s. I-10239, hvor EU-domstolen slo fast at medlemsstatene også kan holdes erstatningsansvarlig for brudd på EU-retten som må tilskrives nasjonale domstoler, jf. nærmere om dette nedenfor i punkt 2.5.

⁵⁰ Med dette er ikke sagt at de nasjonale domstolenes anvendelse av *Francovich*-ansvaret alltid er i samsvar med EU-domstolens direktiver, bare at ansvarets eksistens synes akseptert. Et unntak er for øvrig italienske Corte di Cassazione, som lenge nektet å anerkjenne *Francovich*-ansvaret. Denne posisjonen ble imidlertid endelig oppgitt i 1998, jf. nærmere Baudenbacher 2005 s. 408. Under forhandlingene som ledet frem til Amsterdam-traktaten i 1998 fremmet den britiske regjeringen et forslag om å begrense ansvarets nærmere innhold gjennom en egen «Article on Damages» i den daværende EF-traktaten, men dette førte ikke frem.

ansvaret er Harlow, som fastholder den oppfatning at «[n]o adequate basis for this brave – or reckless – decision has ever been clearly articulated» og som omtaler etableringen av ansvaret som «an assertion of power or even act of defiance by the ECJ».⁵¹ Som nevnt innledningsvis faller det utenfor rammene for denne avhandlingen å drøfte dette nærmere, men det er uenkelig tankevekkende at USAs føderale høyesterett har konkludert helt motsatt av EU-domstolen på dette punkt: Med utgangspunkt i *Hans v. Louisiana* fra 1890 ble det i *Seminole Tribe v. Florida* fra 1996 slått fast at prinsippet om delstatenes «sovereign immunity» er til hinder for føderal lovgivning som åpner for private erstatningssøksmål i føderale domstoler mot delstater som måtte krenker føderale markedsregler gitt med hjemmel i grunnlovens *Commerce Clause* (artikkel 1, § 8 tredje ledd).⁵² I *Alden v. Maine* fra 1999 ble immuniteten utvidet til også å omfatte søksmål anlagt i delstatenes egne domstoler.⁵³ Resultatet synes å være at «private parties simply cannot recover money damages against the state for violation of commercial regulation».⁵⁴ Nå må det selvsagt tas hensyn til forskjellene mellom de to rettsystemene som domstolene opererer innenfor, men ifølge Pfander etterlater selv «a careful comparison of the relevant texts and the key institutional features ... the divergence largely unexplained.»⁵⁵ I en situasjon hvor verken EU-traktatene eller den amerikanske grunnloven gir noe klart svar, er det noe av et paradoks at domstolen i den yngste og minst etablerte føderale strukturen etablerer et prinsipp om medlemsstatenes erstatningsansvar, samtidig som U.S. Supreme Court ikke bare selv avstår fra å utvikle et lignende prinsipp (dét synes ikke engang å ha vært en aktuell problemstilling), men også langt på vei avskjærer den føderale *lovgivningsmaktens* adgang til å vedta lignende ansvarsregler.

2.2 Kort om rettskildebildet før *Sveinbjörnsdóttir*

Gitt EU-traktatens taushet om medlemsstatenes erstatningsansvar, er det knapt noen overraskelse at heller ikke EØS-avtalen inneholder noen uttrykkelig regulering av spørsmålet. I tråd med EU-domstolens tilnærming i *Francovich* måtte derfor en eventuell hjemmel søkes i EØS-avtalens oppbygning og grunnleggende prinsipper. Det forhold at EU-domstolen allerede hadde etablert prinsippet om medlemsstatenes EU-

⁵¹ Jf. Harlow 2004 s. 56 flg., hvor hun fastholder kritikken fremsatt i Harlow 1996 s. 199-225. I skandinavisk sammenheng kan det vises til Rasmussen, en velkjent kritiker av EU-domstolen, som omtaler utviklingen av ansvaret som «endnu et eksempel på utilsløret, sværkalibret dommerskapt ret» (Rasmussen 2003 s. 600), samt også til den nokså kraftige kritikken mot resonnementet i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* hos Wiklund 1997 s. 403-412. Også i tysk litteratur ble EU-domstolen utsatt for til dels meget kraftig kritikk (jf. de mange henvisningene hos Ruffert i Calliess/Ruffert 2011, TEUV artikkel 340, avsnitt 38).

⁵² *Seminole Tribe v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996), jf. *Hans v. Louisiana*, 134 U.S. 1 (1890).

⁵³ *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), jf. også avgjørelsene *Florida Prepaid Postsecondary Educ. Expense Bd. v. College Savings Bank*, 527 U.S. 627 (1999) og *College Savings Bank v. Florida Prepaid Postsecondary Educ. Expense Bd.*, 527 U.S. 666 (1999).

⁵⁴ Jf. Pfander 2003 s. 248. Den senere avgjørelsen *Central Virginia Community College v. Katz*, 546 U.S. 356 (2006) viser imidlertid at det må gjøres et unntak for føderal konkurslovgivning vedtatt med hjemmel i grunnlovens *Bankruptcy Clause* (artikkel 1, § 8 fjerde ledd).

⁵⁵ Jf. Pfander 2003 s. 255.

rettslige erstatningsansvar, medførte imidlertid at det EØS-rettslige rettskildebildet ikke uten videre lot seg sammenligne med situasjonen i EU forut for *Francovich*.

Ettersom *Francovich*-dommen ble avsagt 19. november 1991, om lag et halvt år før undertegningen av EØS-avtalen 2. mai 1992, utgjorde tilsynelatende EØS-avtalen artikkel 6 et naturlig utgangspunkt for diskusjonen.⁵⁶ I henhold til denne bestemmelsen skal bestemmelser i EØS-avtalen «så langt de i sitt materielle innhold er identiske» med tilsvarende regler i EU-retten, fortolkes i samsvar med de «relevante» avgjørelser fra EU-domstolen truffet før avtalens undertegning. Konkret gjaldt *Francovich* manglende gjennomføring av EUs konkursgarantidirektiv (80/987/EØF), et direktiv som var gjort til en del av EØS-avtalen. Om erstatningsansvaret relaterte seg til direktivets «materielle innhold» (i motsetning til dets rettsvirkninger i nasjonal rett) var imidlertid omstridt.⁵⁷ I *Francovich* hadde ikke EU-domstolen utledet prinsippet om statlig erstatningsansvar av en tolkning av det konkrete direktivet, men derimot «af selve Traktatens system».⁵⁸ Det lot seg derfor hevde at overordnede forskjeller mellom EØS-avtalens og EU-traktatens system medførte at *Francovich* ikke var «relevant» i en EØS-sammenheng.⁵⁹ Imidlertid hadde EU-domstolen også anført lojalitetsplikten nedfelt i EF-traktaten artikkel 10 (jf. nå TEU artikkel 4 nr. 3) som hjemmel for ansvaret, en bestemmelse som har en parallell i EØS-avtalen artikkel 3.⁶⁰ For ansvar for manglende eller mangelfull gjennomføring av direktiver, kunne det dessuten anføres at gjennomføringsforpliktelsene etter EØS-avtalen artikkel 7 tilsvarer EF-traktaten artikkel 249 tredje ledd (nå TEUV artikkel 288 tredje ledd).⁶¹ Det var imidlertid på ingen måte opplagt at verken lojalitetspliktene eller gjennomføringsforpliktelsene «i sitt materielle innhold» var «identiske» i EØS-avtalen artikkel 6 sin forstand.

De ulike oppfatningene av hvilke avgjørelser som var «relevante» etter EØS-avtalen artikkel 6, viste at spørsmålet om *Francovich*-ansvarets stilling i EØS vanskelig kunne avgjøres ut fra en tolkning av dennes bestemmelsen alene.⁶² Spørsmålet om *Francovich* var relevant i en EØS-sammenheng måtte i stedet vurderes ut fra om EU-

⁵⁶ Jf. van Gerven 1992-1993 s. 971 flg.; Jervell 2002 s. 129; Koller 1992 s. 825; Sejersted i Sejersted mfl. 1995 s. 145; Sevón 1994 s. 341 flg.

⁵⁷ van Gerven 1992-1993 s. 971 hevdet at EU-domstolens anerkjennelse av at en traktat- eller direktivbestemmelse har direkte virkning og forrang «is an inseparable part of the Court's interpretation of those provisions» – en oppfatning som bl.a. fikk tilslutning fra Baudenbacher 1997 s. 195. Overført til erstatningsspørsmålet skulle dette tilsi at *Francovich*-ansvaret var blitt en del av EØS-retten via konkursgarantidirektivet. Mot dette innvendte imidlertid Bull 2002 s. 78 at formuleringen «i sitt materielle innhold» i EØS-avtalen artikkel 6 nettopp var ment å avgrense mot EU-domstolens krav mht. bestemmelsenes rettsvirkninger i nasjonal rett.

⁵⁸ *Francovich*, avsnitt 35.

⁵⁹ Slik Jervell 2002 s. 129.

⁶⁰ Jf. Norberg m.fl. 1993 s. 207 og Sejersted i Sejersted mfl. 1995 s. 145.

⁶¹ Slik Norberg m.fl. 1993 s. 207.

⁶² Jf. Arnesen 1997 s. 658.

domstolens resonnement i dommen lot seg overføre til EØS-retten. Gitt EU-domstolens henvisninger i *Francovich* til EU-rettens karakter av «en særlig retsorden» og de grunnleggende avgjørelsene om EU-rettens direkte virkning (*van Gend en Loos*) og forrang (*Costa*),⁶³ var det klart at problemstillingen gikk til kjernen i diskusjonen av om også EØS-avtalen var «noe mer» enn en ordinær frihandelsavtale.

Forut for undertegning og ratifisering av avtalen hadde EU-domstolen nokså kategorisk avvist at EØS-avtalen kunne sammenlignes med EUs traktatverk. Foranledningen var at EU-domstolen i 1991 fikk seg forelagt spørsmålet om planen om å opprette en en felles EØS-domstol med jurisdiksjon både i EU og i EFTA-statene var i forenlig med EF-traktaten. EU-domstolen besvarte dette benektende, primært fordi den mente at forslaget gav den foreslåtte EØS-domstolen kompetanse som ville gripe inn i EU-domstolens stilling som den autoritative fortolker av den underliggende EF-retten (jf. nå TEU-artikkel 19). Som grunnlag for denne oppfatningen fremhevet domstolen EØS-avtalens folkerettslige karakter, som en avtale som «i det alt væsentlig kun skaber rettigheter og plikter for de kontraherende parter, mens der ikke overføres suverenitet til de mellomstatlige organer, der opprettes».⁶⁴ Om EØS-avtalens artikkel 6 uttalte domstolen at det ikke fremgikk klart av bestemmelsen om den omfattet «samtlige afgørelser fra Domstolen, herunder afgørelser om fællesskabsrettens direkte virkning og forrang». Under henvisning til avtalens protokoll 35, som ifølge EU-domstolen «kun» forpliktet EFTA-statene til «at skabe en national lovhjemmel for at give aftalens bestemmelser forrang for modstående lovbestemmelser uden derved at anerkende fællesskabsrettens direkte virkning og forrang», konkluderte imidlertid domstolen med at «den overholdelse af Domstolens praksis, som foreskrives i aftalens artikel 6, ikke kommer til at omfatte væsentlige elementer i denne retspraksis, fordi disse ikke kan forenes med aftalens karakter» (avsnitt 27-28). Selv om erstatningsansvaret ikke ble nevnt særskilt, synes det i lys av henvisningene til EU-rettens direkte virkning og forrang i *Francovich* nærliggende å anta at EU-domstolen regnet erstatningsansvaret til de omtalte «væsentlige elementer» i dens rettspraksis.

Norske myndigheter delte EU-domstolens oppfatning av at prinsippene om direkte virkning og forrang ikke var en del av EØS-avtalen da avtalen ble lagt frem for Stortinget til godkjenning.⁶⁵ Proposisjonen om samtykke til ratifikasjon av EØS-avtalen

⁶³ *Francovich*, avsnitt 31.

⁶⁴ Uttalelse 1/91, *EØS (I)*, Sml. 1991 s. I-6079 (avsnitt 20). Resonnementet synes å være at EØS-avtalens folkerettslige karakter via en felles EØS-domstol ville kunne legge føringer for EU-domstolens tolkning av tilsvarende bestemmelser i EU-retten og dermed legge folkerettslige begrensninger på EU-rettens dynamiske utvikling, jf. særlig uttalelsens avsnitt 47-52 om utfordringene EU-dommerne angivelig ville få med å skille mellom deres roller som medlemmer av en (underforstått) tradisjonell folkerettslig EØS-domstol på den ene og en (underforstått) overnasjonal og dynamisk EU-domstol på den annen side.

⁶⁵ St.prp. nr. 100 (1991-92) s. 318-319.

tok ikke på tilsvarende vis uttrykkelig avstand fra erstatningsansvaret, men det er nærliggende å anta at dette fulgte implisitt av avvisningen av EU-rettens overnasjonale elementer.⁶⁶ I en senere sammenheng avviste dessuten departementet *Francovich*-ansvaret uttrykkelig ved å påpeke at avgjørelsen «kan [...] sees på som et nytt utslag av EF-rettens direkte virkning, som ikke skal gjelde i EØS-sammenheng».⁶⁷

EU-domstolens oppfatning av EØS-avtalen i Uttalelse 1/91 fremstod imidlertid som nokså unyansert. I litteraturen ble det påpekt at domstolen åpenbart ikke ønsket noen konkurrerende EØS-domstol,⁶⁸ og at dette nok ledet til at oppmerksomheten ensidig ble rettet mot forskjellene mellom EU-retten og EØS-retten.⁶⁹ Lest i en slik sammenheng, var det ikke sikkert at domstolen hadde ment å avvise muligheten for at prinsippene om direkte virkning og forrang (og dermed heller ikke *Francovich*-ansvaret) kunne være en del av EØS-retten.⁷⁰ Den versjon av EØS-avtalen som EU-domstolen vurderte i Uttalelse 1/91 inneholdt dessuten ikke en oppdatert versjon av avtalens fortale. Mens EU-domstolen uttalte at avtaleutkastet bare hadde et avsnitt, var avtalepartene enige om en fortale med fjorten ledd.⁷¹ Særlig viktig blant disse var det som nå er åttende ledd om «den viktige rolle individene vil spille i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde ved at de utøver de rettigheter som er gitt dem i avtalen, og ved domstolens forsvar av disse rettigheter». Som påpekt av Norberg er det vanskelig å forene EU-domstolens oppfatning av at EØS-avtalen bare stifter rettigheter og plikter mellom avtalepartene med denne uttalelsen.⁷² I kjølvannet av Uttalelse 1/91 ble det dessuten tilføyd et nytt ledd i fortalen hvor det for første gang fremgikk klart at målsettingen om rettsenhet ikke bare gjelder tolkningen av EØS-reglene i hhv. EU og EFTA-statene, men også – og i praksis langt viktigere – mellom tolkningen av EØS-reglene og deres EU-rettslige forbilder (femtende ledd).

Til tross for Uttalelse 1/91 tok flere forfattere tidlig til orde for at homogenitetsmålsettingen medførte at prinsippene om direkte virkning og forrang måtte innfortolkes i EØS-avtalen. Særlig oppmerksomhet fikk det da en av EU-domstolens generaladvo-

⁶⁶ Slik Jervell 2002 s. 127.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 62 (1991-92) Om lov om fri utveksling av tjenesteytelser innen sjøtransport mellom stater tilsluttet Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (mv.), s. 7.

⁶⁸ Jf. bl.a. Hartley 1992 s. 847.

⁶⁹ Jf. Sejersted i Sejersted mfl. 2011 s. 109.

⁷⁰ Jf. Brandtner 1992 s. 307: «An *a priori* denial of direct effects to the future EEA seems however not to have been the ECJ's goal». Tilsvarende Bruha 1999 s. 114, som hevder at EU-domstolen i Uttalelse 1/91 «left the question deliberately open».

⁷¹ Jf. nærmere Norberg 2012 s. 44-47. Norberg antar at feilen dels skyldes at Kommisjonen opprinnelig oversendte EU-domstolen en uoffisiell fransk oversettelse av et tidligere avtaleutkast og dels at EU-domstolen tydeligvis ikke fikk med seg at det var gjort endringer i den endelige, engelske versjonen som Kommisjonen senere la frem (EØS-forhandlingene ble ført på engelsk, mens EU-domstolens arbeidsspråk er fransk).

⁷² Norberg 2012 s. 46-47.

kater, van Gerven, gav uttrykk for dette i en artikkel publisert kort tid etter EU-domstolens Uttalelse 1/91.⁷³ Det fulgte naturlig av dette standpunktet at van Gerven også anså *Francovich*-ansvaret som en del av EØS-retten.⁷⁴ Utenfor Norden fikk oppfatningen av prinsippene om direkte virkning og forrang som en integrert del av EØS-retten, støtte fra en rekke forfattere.⁷⁵ I nordisk (og da i første rekke norsk) litteratur ble derimot standpunktet nokså kategorisk avvist som uforenlig med EØS-avtalens ordlyd og avtalepartenes klare forutsetninger.⁷⁶

Interessant nok åpnet imidlertid enkelte nordiske forfattere samtidig for at EØS-avtalen kunne inneholde et erstatningsansvar for avtalepartene *uavhengig* av prinsippene om direkte virkning og forrang.⁷⁷ Utgangspunktet for denne mellomløsningen synes å ha vært en oppfatning av at avtalens ordlyd ikke på samme måte er til hinder for erstatningsansvar som for direkte virkning og forrang, kombinert med en henvisning til fortalens åttende ledd om domstolens forsvar av rettigheter tillagt private «i avtalen» (og følgelig ikke først i kraft av nasjonale gjennomføringshandlinger) og det forhold at også ikke-gjennomførte EØS-rettsakter etter avtalens artikkel 7 og 103 er bindende for avtalepartene. Mot dette ble det innvendt at medlemsstatenes erstatningsansvar i EU-retten var så nært knyttet opp til prinsippene om direkte virkning og forrang, at man ikke godt kunne tenke seg det ene uten det andre.⁷⁸ I høyden kunne det derfor være snakk om et EØS-rettslig erstatningsansvar for brudd på EØS-regler som allerede var (korrekt) gjennomført i nasjonal rett.⁷⁹

Etter EØS-avtalens ikrafttredelse argumenterte Kommisjonen, tilsynelatende uberørt av EU-domstolens Uttalelse 1/91, for EØS-avtalens direkte virkning i *Restamark*, den aller første saken for EFTA-domstolen.⁸⁰ Fordi EØS-avtalens hoveddel var gjennomført i finsk rett, kunne imidlertid EFTA-domstolen nøye seg med å påpeke at avtalens protokoll 35 må forstås slik at private for nasjonale domstoler må kunne påberope seg

⁷³ van Gerven 1992-1993. Foruten homogenitetsmålsettingen viste van Gerven særlig til fortalens åttende ledd om domstolens forsvar av rettigheter tillagt private i avtalen, noe han leste som «an unmistakable reference to direct effect and primacy» (s. 973).

⁷⁴ van Gerven 1992-1993 s. 973 og i note 75 på s. 974.

⁷⁵ Jf. Baudenbacher 1997 s. 195 flg.; Blanchet/Piiponen/Westman-Clément 1994 s. 21; Bruha 1999 s. 115 flg. Blant ikke-nordiske forfattere var tilsynelatende Müller-Graff 1997 s. 33-36 nokså alene i sin avvisning av EØS-avtalens overnasjonale elementer.

⁷⁶ Jf. Bull 1992 s. 595 og 1994 s. 295-296; Dyrberg 2001 s. 198-199; Jervell 2002 s. 129; Sejersted i Sejersted mfl. 1995 s. 139-145; Sejersted 1997 s. 56-57 og Sevón 1994 s. 351. Også i Norden fantes det imidlertid etter hvert dem som argumenterte for EØS-rettens direkte virkning, jf. Norberg 2000 s. 374 og Sevón/Johansson 1999 s. 384-385.

⁷⁷ Slik Norberg mfl. 1993 s. 207-208; Sejersted 1997 s. 57-58; Sevón 1994 s. 352.

⁷⁸ Slik Arnesen 1997 s. 679-680 og 684; Jervell 2002 s. 128.

⁷⁹ Arnesen 1997 s. 684.

⁸⁰ Se gjengivelsen av Kommisjonens standpunkt i Rettsmøterapporten i sak E-1/95, *Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark*, EFTA Ct. Rep. 1994-1995 s. 35 (avsnitt 96).

gjennomførte EØS-bestemmelser som på en tilstrekkelig ubetinget og presis måte tillegger dem rettigheter (avsnitt 77-81). I deler av litteraturen ble avgjørelsen oppfattet dit hen at EFTA-domstolen implisitt åpnet for at prinsippet om direkte virkning var en del av EØS-avtalen.⁸¹ Denne tolkningen fremstod som (svært) anstrengt, men det var liten tvil om at EFTA-domstolen allerede gjennom sine første avgjørelser nokså konsekvent nedtonet EØS-avtalens tradisjonelle folkerettslige karakter til fordel for målsettingen om ensartet tolkning og beskyttelse av individuelle rettigheter.⁸² Det var derfor betydelig spenning knyttet til utfallet da domstolen i *Sveinbjörnsdóttir* fikk seg forelagt spørsmålet om EØS-avtalen inneholdt et prinsipp om statlig erstatningsansvar.

2.3 Rettspraksis

2.3.1 Sveinbjörnsdóttir i EFTA-domstolen

Erstatningskravet Erla Maria Sveinbjörnsdóttir rettet mot den islandske stat hadde sin bakgrunn i mangelfull gjennomføring av konkursgarantidirektivet (80/987/EØF) – samme direktiv som i lå til grunn for EU-domstolens avgjørelse i *Francovich*. Etter foreleggelse fra Reykjavik herredsrett fant EFTA-domstolen det uforenlig med direktivet at Island hadde unntatt nærstående slektninger (søsken) av aksjonærer fra lønns-garantiordningen, noe som medførte at erstatningsspørsmålet kom på spissen.⁸³

For EFTA-domstolen avviste Island, Norge, Sverige og – interessant nok – EU v/Kommisjonen at EØS-avtalen inneholdt et erstatningsansvar for avtalepartene ved brudd på avtalen. Begrunnelsen var i all hovedsak knyttet til de grunnleggende forskjellene mellom den overnasjonale EU-retten og den folkerettslige EØS-avtalen, noe som medførte av *Francovich* ikke var «relevant» i henhold EØS-avtalen artikkel 6. Standpunktet ble særlig underbygget med henvisninger til EU-domstolens nevnte Uttalelse 1/91 og partenes intensjoner ved inngåelsen av avtalen. Den islandske regjeringen avviste også uttrykkelig tanken på et særegent EØS-ansvar.⁸⁴

Sveinbjörnsdóttir og ESA var av motsatt oppfatning, men med til dels ulik begrunnelse.⁸⁵ Sveinbjörnsdóttir argumenterte i hovedsak med at *Francovich*-ansvaret var blitt en del av EØS-retten via EØS-avtalen artikkel 6. ESA var av den oppfatning at

⁸¹ Slik Baudenbacher 1997 s. 201 og Bruha 1999 s. 117. Se også Forman 1999 s. 776: «the ‘direct effect door’ was, at least, left ajar».

⁸² Jf. for eksempel Arnesen i Sejersted mfl. 1995 s. 173-175.

⁸³ Det materielle spørsmålet i saken omtales noe nærmere nedenfor i kapittel 7, punkt 7.7.3.4.

⁸⁴ Jf. den mer utførlige gjengivelsen av anførselene fra den islandske, norske og svenske regjering samt Kommisjonen i rettsmøterapporten i *Sveinbjörnsdóttir*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 95 (avsnitt 52 flg.).

⁸⁵ Jf. gjengivelsen av deres anførsler i rettsmøterapporten (hhv. avsnitt 46 flg. og 83 flg.)

spørsmålet måtte løses ut fra en vurdering av om statlig erstatningsansvar var «reconcilable with the basic philosophy underlying the EEA Agreement, i.e. a homogeneous EEA without the transfer of legislative powers and without EEA rules being directly applicable at the national level». I følge ESA var ikke direkte virkning og forrang noen forutsetning for statlig erstatningsansvar, noe som tilsa at erstatningsansvar ved brudd på EØS-retten ikke kunne betegnes som overføring av lovgivningsmyndighet.⁸⁶

EFTA-domstolen på sin side påpekte innledningsvis (avsnitt 46-47) at EØS-avtalen ikke inneholder noen uttrykkelig hjemmel for et statlig erstatningsansvar, noe som medførte at spørsmålet måtte løses ut fra avtalen formål og struktur. Med henblikk på formålet, viste domstolen til homogenitetsmålsettingen uttrykt i avtalen artikkel 1 og fortalens fjerde og femtende ledd. Det ble påpekt at homogenitet ikke bare fordrer like regler, men også ensartet tolkning og anvendelse av reglene, og at sistnevnte er ment ivaretatt gjennom opprettelsen av ESA og EFTA-domstolen i henhold til avtalen artikkel 108; gjennom plikten til å tolke EØS-reglene i samsvar med EU-domstolens praksis fra før avtalens undertegning i henhold til EØS-avtalen artikkel 6 og til å ta «tilbørlig hensyn» til EU-domstolens senere praksis i henhold til ODA artikkel 3; gjennom EØS-komiteens oppsyn med utviklingen i EU-domstolen og EFTA-domstolens praksis i henhold til EØS-avtalen artikkel 105, samt gjennom ordningen med utveksling av opplysninger om domstolenes avgjørelser i henhold til EØS-avtalen artikkel 106 (avsnitt 48-56).

Videre pekte EFTA-domstolen (avsnitt 57) på EØS-avtalens målsetting om å sikre enkeltpersoner og markedsaktører «equal treatment and equal conditions of competition, as well as adequate means of enforcement», jf. særlig fortalens åttende ledd. Bestemmelsene i EØS-avtalen er i stor utstrekning «intended for the benefit of individuals and economic operators throughout the European Economic Area», noe som ifølge domstolen (avsnitt 58) medfører at «the proper functioning of the EEA Agreement is dependent on those individuals and economic operators being able to rely on the rights thus intended for their benefit».

På bakgrunn av homogenitetsmålsettingen og individenes stilling i EØS karakteriserte EFTA-domstolen avtalen på følgende vis (avsnitt 59):

«The Court concludes from the foregoing considerations that the EEA Agreement is an international treaty *sui generis* which contains a distinct legal order of its own. [...] The depth of integration of the EEA Agreement is less far-reaching than under the EC Treaty, but the scope and the objective of the EEA Agreement goes beyond what is usual for an agreement under public international law»

⁸⁶ Selv om det ikke fremgår av rettsmøterapporten er det vel grunn til å anta at ESAs argumentasjon var inspirert av litteraturoppfatningene omtalt avslutningsvis i punkt 2.2 ovenfor.

EFTA-domstolen slo deretter fast at homogenitetsmålsettingen og målsettingen om å sikre enkeltpersoner og markedsaktører lik behandling og like muligheter er så sterkt uttrykt i EØS-avtalen at den forplikter EFTA-statene til å yte erstatning for tap private er påført som følge av feilaktig direktivgjennomføring (avsnitt 60). I en iøynefallende parallell til strukturen i EU-domstolens argumentasjon i *Francovich* tilføyde EFTA-domstolen at avtalepartenes lojalitetsplikt etter EØS-avtalen artikkel 3 utgjør et ytterligere grunnlag ("[a] further basis") for erstatningsansvaret (avsnitt 61).

Selv om *Sveinbjörnsdóttir* konkret handlet om erstatningsansvar for feilaktig gjennomføring av et direktiv, var EFTA-domstolens konklusjon helt generell (avsnitt 62):

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

I samsvar med ESAs innlegg i saken fulgte EFTA-domstolen opp med en merknad om at det følger av artikkel 7 og protokoll 35 at EØS-avtalen «does not entail a transfer of legislative powers» (avsnitt 63). Domstolen understreket imidlertid samtidig at erstatningsansvaret «must be seen as an integral part of the EEA Agreement as such» – et utsagn som gir visse assosiasjoner til EU-domstolens oppfatning i *Francovich* av at prinsippet om statlig erstatningsansvar fulgte «af selve Traktatens system». ⁸⁷ Interessant er det også at EFTA-domstolen senere i avgjørelsen (avsnitt 65) knyttet erstatningsansvaret for feilaktig gjennomføring av direktiver uttrykkelig til effektiviteten av gjennomføringsforpliktelsene i EØS-avtalens artikkel 7. ⁸⁸

Tilsvarende som for EU-domstolen fremgår det av artikkel 31 i EFTA-domstolens vedtekter at domstolens rådslagninger og avstemninger skal være og forbli hemmelige, noe som innebærer at eventuelle dissenser ikke offentliggjøres. Av denne grunn vil det vanskelig kunne tillegges vekt om det likevel skulle bli kjent at en avgjørelse er avsagt under dissens. Helt uten interesse er det likevel ikke at det er en offentlig kjent hemmelighet at det var dissens 2:1 i *Sveinbjörnsdóttir*, og at den dissenterende dommer var domstolens president, den norske dommeren Bjørn Haug. ⁸⁹ Betydning for vurderingen av EFTA-domstolens (les: flertallets) argumentasjon for EØS-ansvaret har dette uansett ikke.

⁸⁷ Av sammenhengen fremgår det at EFTA-domstolens uttalelse tok sikte på å sikre erstatningsansvarets anvendelse på nasjonalt plan, en problemstilling som drøftes nærmere nedenfor under punkt 2.6. Dette hindrer likevel ikke at uttalelsen også er av interesse for så vidt gjelder erstatningsansvarets grunnlag.

⁸⁸ Formuleringen er åpenbart inspirert av EU-domstolens tolkning av EF-traktaten artikkel 249 tredje ledd (jf. nå TEUV artikkel 288 tredje ledd) i *Francovich*, avsnitt 39.

⁸⁹ Jf. Baudenbacher 2010 s. 40-41, som stadfester den dissens fra «the gentleman from Norway» som Haug selv antydet i Forhandlingene ved det 35. nordiske juristmøte i Oslo 1999, Bind 2, s. 1005 flg.

2.3.2 Rechberger og Andersson i EU-domstolen

Allerede før Reykjavik herredsretts foreleggelse til EFTA-domstolen i *Sveinbjörnsdóttir*, var spørsmålet om EØS-avtalen inneholdt et uskrevet prinsipp om statlig erstatningsansvar forelagt EU-domstolen av Landesgericht Linz i *Rechberger* og av Stockholms tingsrätt i *Andersson*. Disse sakene omhandlet hhv. den svenske og den østerrikske statens eventuelle erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen i tiden da de ennå var EFTA-medlemmer. I *Rechberger* var det bl.a. spørsmål om den østerrikske stats erstatningsansvar for forsinket gjennomføring av pakkereisedirektivet (90/314/EØF), mens saksforholdet i *Andersson* langt på vei var en parallell til *Sveinbjörnsdóttir* – tilsvarende som på Island var konkursgarantidirektivet feilaktig gjennomført i svensk rett ved at nærstående var unntatt fra lønnsgarantiordningen. I begge sakene avviste imidlertid EU-domstolen å ta stilling til erstatningsspørsmålet under henvisning til at den ikke hadde kompetansen til å uttale seg om EØS-avtalens virkning i Sverige og Østerrike forut for deres tiltredelse til EU.⁹⁰

Også generaladvokat Cosmas var av den oppfatning at EU-domstolen savnet kompetanse til å besvare erstatningsspørsmålet, men i sin innstilling i *Andersson* foretok han likevel en subsidiær drøftelse av dette. Innstillingen ble fremsatt 19. januar 1999, en drøy måned etter EFTA-domstolens uttalelse i *Sveinbjörnsdóttir*. Cosmas nevnte imidlertid ikke EFTA-domstolen med et eneste ord da han under henvisning til Uttalelse 1/91 avviste at *Francovich*-ansvaret kunne anses som en del av EØS-retten. I følge Cosmas fulgte det av EU-domstolens uttalelse at prinsippene om EU-rettens forrang og direkte virkning ikke kunne gjelde for EØS-retten, noe som medførte at heller ikke *Francovich*-ansvaret, som han betegnet som «uløselig forbundet med de ovennævnte grunnleggende prinsipper» (avsnitt 49), kunne overføres til EØS. Generaladvokaten fulgte opp med å ta avstand fra Underrettens innskrenkende tolkning av Uttalelse 1/91 i *Opel Austria* og konkluderte med at et prinsipp om statlig erstatningsansvar var uforenlig med EØS-avtalens karakter av en folkerettslig avtale, uten EU-rettens overnasjonale trekk (hhv. avsnitt 50 og 53).

Da dom falt i *Andersson* 15. juni 1999, avstod EU-domstolen fra å omtale generaladvokatens synspunkter på erstatningsspørsmålet. Dom i *Rechberger* ble imidlertid avsagt samme dag, og her kom domstolen med følgende obiter-uttalelse (avsnitt 39):

«Det skal i øvrigt, henset til den målsætning om ensartet fortolkning og anvendelse, der ligger til grund for EØS-aftalen, påpeges, at de grundsætninger, der gælder for at kunne pålægge en EFTA-stat ansvar for tilsidesættelse af et direktiv, som der henvises til i EØS-aftalen, er blevet behandlet i

⁹⁰ Sak C-321/97, *Andersson mot Sverige*, [P] Sml. 1999 s. I-3551 (avsnitt 28-31) og sak C-140/97, *Rechberger mot Østerrike*, [P] Sml. 1999 s. I-3499 (avsnitt 38).

dom afsagt af EFTA-Domstolen den 10. december 1998 i Sveinbjörnsdóttir-sagen (E-9/97, endnu ikke trykt i EFTA Court Reports)»

Isolert sett fremstod ikke dette som noe annet enn en ren henvisning til EFTA-domstolens avgjørelse, uten at EU-domstolen gav uttrykk for eget syn på erstatningsspørsmålet. Det er like fullt grunn til å merke seg at EU-domstolen ikke nøyde seg med å påpeke at EFTA-domstolen hadde behandlet spørsmålet *om EØS*-avtalen rommer et prinsipp om statlig erstatningsansvar for brudd på avtalen, i det den i stedet uttalte at EFTA-domstolen hadde behandlet «de grundsætninger, *der gælder* for at kunne pålægge en EFTA-stat ansvar» (kursivert her). Uansett har det formodningen mot seg at EU-domstolen skulle gjøre den foreleggende østerrikske domstolen uttrykkelig oppmerksom på EFTA-domstolens syn på spørsmålet, dersom man selv var uenige i dette. Obiter-uttalelser av denne type er forholdsvis sjeldent i EU-domstolens praksis. Når domstolen fant grunn til å vise eksplisitt til *Sveinbjörnsdóttir*, kan dette vanskelig avskrives som en tilfeldig eller lite gjennomtenkt «slengbemerkning». Dette blir enda klarere når fraværet av en tilsvarende henvisning i *Andersson* tas i betraktning. Syv av EU-domstolens dommere deltok i begge avgjørelsene og i *Rechberger* vises det uttrykkelig til domstolens avgjørelse av kompetansespørsmålet i *Andersson*. Dommerne må derfor ha vært seg bevisst forskjellen mellom avgjørelsene for så vidt gjelder henvisningen til EFTA-domstolen – en forskjell som vanskelig kan forklares på annet vis enn domstolens noe ulike besetning i de to sakene.⁹¹ Henvisningen i *Rechberger* må derfor etter mitt syn oppfattes som en implisitt anerkjennelse av EFTA-domstolens standpunkt.⁹²

Dette synes også å være østerrikske myndigheters forståelse – i hvert fall endte *Rechberger* visstnok med et forlik som innebar at det ble utbetalt erstatning også for tap knyttet til perioden forut for Østerrikes EU-medlemskap, jf. Baudenbacher 2008 s. 102.

2.3.3 Sveinbjörnsdóttir i Hæstiréttur Íslands

Etter EFTA-domstolens rådgivende uttalelse gav Reykjavík herredsrett Sveinbjörnsdóttir medhold i erstatningskravet mot den islandske stat.⁹³ Den islandske regjering innvendte forgjeves at det som ble betegnet som en «Francovich-regel» ikke var forenlig med «det klare forbehold som EFTA-staterne har stillet om at deres suverenitet

⁹¹ Selv om begge sakene formelt sett ble avgjort av domstolens plenum, var sammensetningen noe ulik: *Andersson* ble avgjort av elleve dommere, mens ni dommere deltok i behandlingen av *Rechberger*.

⁹² Jf. bl.a. lederartikkelen i CMLRev. 1999 s. 697 (på s. 700): «With this statement [...] the EC Court appears to endorse the EFTA Court's judgement». Tilsvarende bl.a. Baudenbacher 2004 s. 216; Bruha 1999 s. 119; Eyólfsson 2000 s. 208, Forman 1999 s. 777 og nå vel også Sejersted i Sejersted m.fl. 2011 s. 209. Men se motsatt Stefánsson 2005 s. 154: «[...] there is no reason to draw any conclusion from this note».

⁹³ Upublisert dom 18. mars 1999 fra Héraðsdómur Reykjavíkur. Avgjørelsen finnes imidlertid som vedheng til Hæstiréttur Íslands dom 16. desember 1999 – ankesak 236/1999. Omtalen i det følgende baserer seg på en uoffisiell dansk oversettelse.

ikke skal innskærkes». I en iøynefallende kontrast til EFTA-domstolens tilnærming avviste herredsretten dette under henvisning til EØS-avtalen artikkel 6. Konkret fant herredsretten at staten var ansvarlig da man hadde utvist «dadelværdig skødesløshed» ved ikke å gå de EØS-stridige islandske reglene nærmere etter i sømmene.

Etter anke fra staten ble herredsrettens dom opprettholdt i Hæstiréttur Islands.⁹⁴ Et flertall på fire dommere viste til at det ved fortolkningen av EØS-avtalen bør «tages hensyn til» EFTA-domstolens rådgivende uttalelse «såfremt der ikke forekommer noget særlig der bevirker at der skal dispenseres herfra». Det ble imidlertid straks tilføyd at det i henhold til den islandske grunnloven var opp til islandske domstoler å avgjøre om det fantes et internrettslig grunnlag for Sveinbjörnsdóttirs erstatningskrav. Under henvisning til EØS-avtalens homogenitetsmålsetting kom flertallet til at det var «naturligt» å tolke loven som gjennomførte EØS-avtalens hoveddel i islandsk rett slik at «en enkeltperson har krav på at den islandske lovgivning er brakt i harmoni med EØS-reglerne». Såfremt dette ikke er tilfellet, så følger det av gjennomføringsloven og «grundprinsipperne og formålet med EØS-aftalen, at [staten] pådrar seg erstatningsansvar efter islandsk ret». Under henvisning til at staten «i væsentlig grad» hadde sviktet sin forpliktelse overfor Sveinbjörnsdóttir, fant flertallet deretter staten ansvarlig etter «de almene regler om det offentliges erstatningsansvar.»

For mindretallet var det ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet – i følge dommer Torfason medførte en korrekt tolkning av islandsk rett at det ikke forelå noe brudd på EØS-avtalen.

Analysen av avgjørelsen vanskeliggjøres av at Hæstiréttur ikke synes å sondre mellom spørsmålet om EØS-retten som sådan inneholder et prinsipp om statlig erstatningsansvar og spørsmålet om et slikt ansvar følger av etablert islandsk erstatningsrett lest i sammenheng med den omstendighet at gjennomføringsforpliktelsene nedfelt i EØS-avtalen artikkel 7 er gjort til islandsk lov gjennom loven som gjennomfører EØS-avtalens hoveddel i islandsk rett.⁹⁵ I herværende sammenheng er det tilstrekkelig å konstatere at Hæstiréttur ikke på noe vis trakk i tvil EFTA-domstolens oppfatning av erstatningsansvaret som en integrert del av EØS-avtalen.

2.3.4 Karlsson i EFTA-domstolen

Spørsmålet om EØS-ansvaret ble forelagt EFTA-domstolen på ny i *Karlsson*. Bakgrunnen var et erstatningssøksmål selskapet Karl K. Karlsson hf hadde anlagt mot den islandske stat i anledning det islandske importmonopolet for alkoholholdige drikkevarer. Som en følge av at EFTA-domstolen i *Restamark* hadde funnet det tilsvarende

⁹⁴ Hæstiréttur Islands dom 16. desember 1999 i ankesak 236/1999. Omtalen i det følgende baserer seg på en uoffisiell dansk oversettelse.

⁹⁵ Jf. i sistnevnte retning Björgvinsson 1999 s. 1001.

finske importmonopolet uforenlig med EØS-avtalen artikkel 16, var det islandske monopolet opphevet med virkning fra 1. desember 1995. Karl K. Karlsson hf. – som bl.a. hadde rettigheter til import av Cointreau til Island – krevde imidlertid erstatning for tapt fortjeneste i perioden fra EØS-avtalens ikrafttredelse og frem til monopolet ble opphevet. Til forskjell fra *Sveinbjörnsdóttir* var det derfor spørsmål om erstatningsansvar for brudd på en bestemmelse i EØS-avtalens hoveddel. Gitt at EØS-avtalens hoveddel er gjennomført som sådann i islandsk rett, og i lys av EFTA-domstolens uttalelser i *Restamark* om private aktørers rett til å påberope seg EØS-avtalen artikkel 16 direkte for nasjonal domstoler, var sakens erstatningsrettslige side langt på vei en parallell til problemstillingen for EU-domstolen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*: Omfatter erstatningsansvaret også overtredelser av EØS-regler som allerede er operative i nasjonal rett?

For den norske regjeringen bød imidlertid *Karlsson* på en anledning til en omkamp om selve ansvarets eksistens.⁹⁶ I en interessant parallell til den tyske regjeringens angrep på *Francovich* i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*,⁹⁷ ble det anført at EFTA-domstolen burde gå tilbake på avgjørelsen i *Sveinbjörnsdóttir*. Den sentrale innvendingen var at det EU-rettslige prinsippet om statlig erstatningsansvar var «inseparable from the fundamental principle of direct effect» – en påstand som ble underbygget ved å vise til EU-domstolens uttalelser i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* om erstatningsansvar som en nødvendig konsekvens av EU-rettens direkte virkning. Videre ble det innvendt at verken homogenitetsmålsettingen, hensynet til beskyttelse av individuelle rettigheter eller lojalitetsplikten etter EØS-avtalen artikkel 3 utgjorde noe tilstrekkelig grunnlag for et prinsipp om statlig erstatningsansvar i strid med avtalens folkerettslige karakter.

Ikke overraskende avviste EFTA-domstolen innvendingene mot *Sveinbjörnsdóttir*. Anledningen ble imidlertid benyttet til å påpeke at EU-domstolen i *Rechberger* hadde vist til *Sveinbjörnsdóttir* (avsnitt 25 i.f.). EFTA-domstolen vedgikk at EU-domstolen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* uttrykkelig hadde koblet erstatningsansvaret til de overtrådte reglens direkte virkning, men tilføyde at (avsnitt 27):

«[...] this cannot mean that the finding of a principle of State liability, based directly on the EEA Agreement as such, is in any way contingent upon recognition of a corollary principle of direct effect of EEA rules»

Uttalelsen klargjør at EFTA-domstolen i *Sveinbjörnsdóttir* mente å etablere et særegent EØS-ansvar, basert på EØS-avtalen som sådann. Domstolen fulgte opp (avsnitt

⁹⁶ Jf. gjengivelsen av den norske regjeringens innlegg i *Karlsson* i rettsmøterapporten, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 240 (avsnitt 51-85).

⁹⁷ Jf. *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 24 flg.

28-29) med et *obiter dictum* hvor det tilsynelatende anerkjennes at prinsippet om direkte virkning ikke kan anses som en del av EØS-retten, før det ble gjentatt at dette ikke var til hinder for eksistensen av et statlig erstatningsansvar for brudd på EØS-forpliktelser. Forskjellene mellom EØS-ansvaret som «an integral part of the EEA Agreement» og EU-domstolens utvikling av medlemsstatenes EU-rettslige erstatningsansvar, ledet deretter til en avsluttende bemerkning om at «the application of the principles may not necessarily be in all respects coextensive» (avsnitt 30).⁹⁸

Subsidiært argumenterte den islandske og norske regjering for at *Sveinbjörnsdóttir*-ansvaret måtte være begrenset til tilfeller av uriktig direktivgjennomføring. Anførselen synes langt på vei parallell til den irske, nederlandske og tyske regjeringens argumentasjon overfor EU-domstolen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*: I tilfeller av brudd på EU/EØS-regler som allerede er operative i nasjonal rett er ikke erstatningsansvar nødvendig for å sikre EU/EØS-rettens gjennomslag i nasjonal rett.⁹⁹

Det var ikke umiddelbart klart hva Island og Norge ville oppnå med en slik begrensning av EØS-ansvaret. For så vidt gjelder den norske staten hadde man flere år før *Karlsson* akseptert for norske domstoler at gjennomføringen av EØS-avtalens hoveddel i norsk rett medførte at krenkelser av denne ville kunne utløse statlig erstatningsansvar i henhold til etablert norsk erstatningsrett.¹⁰⁰ Mer prinsipielt var det heller ikke helt godt å se hvorfor fraværet av forrang og direkte virkning skulle stå i veien for et EØS-rettslig erstatningsansvar for brudd på EØS-bestemmelser som allerede var gjennomført i nasjonal rett – i litteraturen hadde Arnesen (som avviste erstatningsansvar i *Sveinbjörnsdóttir*-tilfellene) fremhevet at erstatningsansvar for brudd på gjennomførte EØS-regler var fullt forenlig med hensynet til EFTA-statenes suverenitet.¹⁰¹

Det var uansett knapt noen overraskelse at EFTA-domstolen ikke lot seg overbevise (avsnitt 32). Domstolen avstod imidlertid fra å begrunne dette med en henvisning til *Brasserie du Pêcheur/Factortame* – trolig fordi EU-domstolen her avviste de lignende innvendingene mot EU-ansvarets utstrekning med en slutning om erstatning som den nødvendige konsekvens av de overtrådte reglens direkte virkning. EFTA-domstolen viste i stedet til formuleringen av ansvarsvilkårene i *Sveinbjörnsdóttir*, vel fordi disse ikke inneholdt noen nærmere krav til den overtrådte EØS-bestemmelsens karakter.

⁹⁸ Se nærmere om dette spørsmålet i kapittel 3 punkt 3.2.

⁹⁹ Jf. særlig gjengivelsen av den norske regjeringens argumentasjon i Rettsmøterapporten (avsnitt 69). Den irske, nederlandske og tyske regjeringens liknende argumentasjon overfor EU-domstolen er gjengitt i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* (avsnitt 18).

¹⁰⁰ Se statens anførsler for Borgarting lagmannsrett i saken *Klækken Hotell* (LB-2001-271). Av lagmannsrettens dom i saken fremgår det også at staten i et utenrettslig forlik i saken *Bolkesjø Hotell drift* hadde akseptert erstatningsansvar for økonomisk tap påført et hotell som et resultat av at det EØS-stridige norske importmonopolet på alkoholholdige drikkevarer først ble avviklet 1. april 1996.

¹⁰¹ Jf. Arnesen 1997 s. 684.

Videre ble det vist til EU-domstolens avgjørelse i *Haim II*, hvor det fremgår at EU-ansvaret finner anvendelse ikke bare ved unnlater fra en medlemsstat (som manglende direktivgjennomføring), men også ved vedtakelse av lovgivning eller administrative regler i strid med EU-regler som (underforstått) allerede er operative i nasjonal rett.¹⁰² På dette grunnlag konkluderte EFTA-domstolen med at en EØS-ansvaret finner anvendelse også i tilfeller av brudd på EØS-avtalens hoveddel.

2.3.5 Andersson i Högsta domstolen

Etter at EU-domstolen så seg forhindret fra å besvare foreleggelsen fra Stockholms tingsrett i *Andersson*, var svenske domstoler henvist til å avgjøre erstatningsspørsmålet på egenhånd.¹⁰³ Den svenske staten vedgikk at gjennomføringen av konkursgarantidirektivet hadde vært mangelfull og at feilen var av en slik karakter at staten ville ha vært erstatningsansvarlig overfor saksøkerne dersom Sverige på tidspunktet for deres arbeidsgivers insolvens (i 1994) hadde vært medlem av EU. For svenske domstoler var tvisten følgelig begrenset til selve prinsippsspørsmålet om EØS-avtalen rommer et prinsipp om statlig erstatningsansvar. Tingsrätten fulgte EFTA-domstolens standpunkt i *Sveinbjörnsdóttir* og kjente staten erstatningsansvarlig, men etter anke kom Svea hovrätt til motsatt resultat.¹⁰⁴ Högsta domstolen delte seg i et flertall på tre dommere som sluttet seg til tingsrättens standpunkt og et mindretall på to som erklærte seg enige med hovrätten. Avgjørelsen, inntatt i NJA 2004 s. 662, fortjener oppmerksomhet – ikke minst fordi Högsta domstolen underkaster erstatningsspørsmålet en langt grundigere vurdering enn Hæstiréttur Islands i *Sveinbjörnsdóttir* og, som vi skal se straks nedenunder, Høyesterett i *Finanger II*.

Tilsvarende som i *Sveinbjörnsdóttir* var skadelidtes prinsipale anførsel at *Francovich*-ansvaret var blitt en del av EØS-retten via EØS-avtalen artikkel 6. Dette ble imidlertid avvist av så vel flertall som mindretall. I tråd med EFTA-domstolens tilnærming var problemstillingen i stedet om et særegent EØS-ansvar lot seg utlede av avtalens «syfte och struktur». Flertallet fremhevet at anerkjennelse av et statlig erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen «inte förutsätter att någon normgivningsmakt delegerats» – en

¹⁰² Jf. sak C-424/97, *Haim mot Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein (II)*, [P] Sml. 2000 s. I-5213 (avsnitt 37).

¹⁰³ Dette var en uheldig konsekvens av overgangsreglene som ble utformet i anledning Finland, Sverige og Østerrikes overgang fra EFTA til EU. I henhold til artikkel 5 i «Agreement on transitional arrangements for a period after the accession of certain EFTA States to the European Union» kunne domstolene i de tidligere EFTA-statene bare forelegge nye saker for EFTA-domstolen i en overgangsperiode på tre måneder etter deres inntreden i EU (dvs. frem til 31. mars 1995). Overgangsavtalen er gjengitt i EFTA Ct. Rep. 1994-1995 s. 161. I tilfellet *Andersson* var vel den manglende foreleggelsesmuligheten likevel av begrenset betydning – etter *Sveinbjörnsdóttir* kunne det neppe være tvil om svaret om man hadde kunnet legge *Andersson*-saken frem for EFTA-domstolen.

¹⁰⁴ Hhv. tingsrättens dom 4. mai 2000 og hovrättens dom 7. juni 2001, begge referert i NJA 2004 s. 662.

klar henvisning til EFTA-domstolens oppfatning av at det ikke er noen nødvendig sammenheng mellom erstatningsansvaret og prinsippene om forrang og direkte virkning. Flertallet referer deretter nokså utførlig EFTA-domstolens argumentasjon i *Sveinbjörnsdóttir og Karlsson*. Sistnevnte var kommet til etter hovrättens dom og flertallet påpekte at EFTA-domstolen her hadde tilbakevist den norske regjeringens innvendinger mot EØS-ansvaret. Flertallet tok imidlertid ikke selv stilling til om man fant *Sveinbjörnsdóttir* velbegrunnet, men avgjorde i stedet spørsmålet ut fra en betraktning om at EFTA-domstolens oppfatning «måtte tillmätas en betydande vikt» (s. 675) – interessant nok under henvisning til Høyesteretts prinsipputtalelse om rettskildevekten av EFTA-domstolens uttalelser i Rt. 2000 s. 1811 [P] *Finanger I*. Under henvisning til at så vel Islands Høyesterett som norske myndigheter hadde akseptert EFTA-domstolens standpunkt, ble det uttalt at det «krävs synnerligen starka skäl för inte acceptera EFTA-domstolens avgörande om att EES-avtalet efter dess genomförande i en stat utgör en självständig grund för statens skadeståndsskyldighet vid överträdelser av dess skyldigheter enligt avtalet» (s. 676). Noen slike forelå etter flertallet oppfatning ikke, noe som ledet til at tingsrättens dom måtte stadfestes.

Mindretallets avvikende vurdering tok utgangspunkt i EU-domstolens Uttalelse 1/91 og generaladvokat Cosmas negative innstilling da saken stod for EU-domstolen. EØS-avtalens folkerettslige karakter ble underbygget gjennom en henvisning til EØS-avtalens protokoll 35, som i følge mindretallet «inte [kan] förstås på annat sätt än att EES-reglarna aldrig skulle vara direkt tillämpliga i medlemsstaterna och inte heller ha direkt effekt där» (s. 680). Mindretallet fremhevet at også forarbeidene til den svenske gjennomføringsloven av EØS-avtalens hoveddel forutsatte at EU-rettens overnasjonale elementer ikke var omfattet av avtalen. I de svenske forarbeidene ble det uttalt at brudd på EØS-avtalen ville utgjøre et folkerettsbrudd som kunne prøves av så vel ESA som EFTA-domstolen, men muligheten for at private erstatningssøksmål mot staten var ikke nevnt. I lys av oppmerksomhet rundt EU-domstolens avgjørelse i *Francovich* måtte denne tausheten bety at svenske myndigheter «höll det för uteslutet» at EØS-avtalen skulle inneholde et tilsvarende erstatningsansvar.

Ettersom EFTA-domstolen var kommet til et annet resultat, var spørsmålet hvilken rettskildevekt EFTA-domstolens oppfatning skulle tillegges. Mindretallet aksepterte utgangspunktet om «betydande vikt», men fremhevet samtidig at uttalelsenes rådgivende karakter medførte at «en nationell domstol [...] inte är bunden av ett sådant yttrande utan har både en rätt och en skyldighet bedöma samtliga omständigheter i målet» (s. 681).¹⁰⁵ Dette beredte grunnen for følgende konklusjon (s. 681):

¹⁰⁵ Selv om ikke mindretallet på samme vis som flertallet viste til Høyesteretts uttalelser i *Finanger I*, kan det knapt herske tvil om hvor denne formuleringen stammer fra.

«En sammanvägning av samtliga omständigheter i målet ger inte [...] tillräckligt stöd för EFTA-domstolens uppfattning att EES-avtalet som sådant utgör grund för en skadeståndsskyldighet när en EFTA-stat brutit vid genomförandet av ett direktiv. Tvärtom talar omständigheterna i övrigt i motsatt riktning. EES-avtalet som sådant utgör således inte grund för skadeståndsskyldighet för staten.»¹⁰⁶

2.3.6 Finanger II i Høyesterett

For norske domstoler dukket spørsmålet om statens erstatningsansvar for mangelfull direktivgjennomføring opp i *Finanger II*. Bakgrunnen var plenumsdommen i Rt. 2000 s. 1811 [P] *Finanger I*, hvor et flertall på ti dommere fant at det ikke var mulig «ut fra anerkjente tolkningsprinsipper» å tolke bilansvarsloven i samsvar med EUs motorvognforsikringsdirektiver (72/166/EØF og 84/5/EØF og 90/232/EØF). Resultatet var at Finanger ikke fikk den erstatning fra trafikforsikringen som hun i henhold til EØS-retten hadde krav på. I saken var så vel forsikringsselskapet som rettens mindretall på fem dommere inne på muligheten for et etterfølgende erstatningssøksmål mot staten – mindretallet viste uttrykkelig til *Sveinbjörnsdóttir* og tilføyde at om bilansvarsloven ikke ble endret, så «vil resultatet bli at personer i As situasjon i stedet for å få erstatning av bilens trafikforsikring, vil kunne kreve erstatning fra staten fordi den har unnlatt å gjennomføre direktivene» (s. 1840).

Etter at EFTA-domstolen hadde stadfestet *Sveinbjörnsdóttir* gjennom *Karlsson*, gav staten i *Finanger II* opp motstanden mot selve prinsippet om et EØS-rettslige erstatningsansvar. Tvisten var derfor begrenset til spørsmålet om bruddet på EØS-retten i det konkrete tilfellet var tilstrekkelig kvalifisert til å utløse ansvar. I henhold til grunnsetningen *iura novit curia* har imidlertid domstolene et selvstendig ansvar for rettsanvendelsen, jf. nå tvisteloven § 11-3. Da *Finanger II* omsider havnet på Høyesteretts bord i 2005, måtte retten derfor på selvstendig grunnlag ta stilling til om av EØS-avtalen lot seg utlede et særegent EØS-rettslig erstatningsansvar.

Høyesterett tok imidlertid nokså lett på denne oppgaven. På vegne av en på dette punkt samlet rett nøyde førstvoterende seg med å gjengi deler av EFTA-domstolens argumentasjon i *Sveinbjörnsdóttir*, etterfulgt av en kort bemerkning om at «dette syn gjentas i sak E-4/01 *Karlsson*» (avsnitt 46-50).¹⁰⁷ Etter å ha vist til oppfatningen i *Fi-*

¹⁰⁶ I svensk litteratur har mindretallets standpunkt fått tilslutning av Abrahamsson og Frennered 2011 s. 631-632, mens flertallets standpunkt bl.a. forsvares av Johansson 2005 s. 507-519.

¹⁰⁷ Underlig nok siterer Høyesterett fra en uoffisiell dansk oversettelse av *Sveinbjörnsdóttir* – i henhold til artikkel 27 femte ledd i EFTA-domstolens rettergangsordning avgis domstolens rådgivende uttalelser på det språk som anmodningen fremsettes på (i dette tilfellet islandsk) og engelsk. Det er nærliggende å anta at den danske versjonen stammer fra oversettelsen av Reykjavik herredsretts dom i saken (hvor EFTA-domstolens uttalelse gjengis i sin helhet), men det er uvisst hvordan den har kunnet forville seg inn i premissene i *Finanger II*. Inkuri-rien er særlig uheldig fordi den danske oversettelsen inneholder flere feil og unøyaktigheter.

nanger I om at EFTA-domstolens uttalelser må tillegges «vesentlig vekt», konkluderte hun som følger (avsnitt 52):

«Jeg er enig i disse synspunkter. Jeg finner også EFTA-domstolens argumentasjon for statlig ansvar overbevisende, med den vekt som legges på de grunnleggende hensyn til homogenitet, likebehandling av enkeltpersoner/juridiske personer og beskyttelse av deres virksomheter. Jeg slutter meg til det syn at det ligger en forutsetning om erstatningsansvar i EØS-avtalen, og det må legges til grunn at EØS-loven § 1, som gjorde hoveddelen i EØS-avtalen til norsk lov, må forstås slik at den også omfatter dette ansvaret. Jeg bemerker at staten har gitt uttrykk for samme oppfatning, og at Islands høyesterett kom til samme resultat i Sveinbjörnsdóttirsaken».¹⁰⁸

Til forskjell fra Högsta Domstolens flertall i *Andersson* slutter Høyesterett seg uttrykkelig til (deler av) EFTA-domstolens argumentasjon, i stedet for å avgjøre spørsmålet allerede under henvisning til uttalelsenes prejudikatverdi. Tilsvarende som EFTA-domstolen synes Høyesterett å mene at homogenitetsmålsettingen og hensynet til effektiv beskyttelse av individuelle rettigheter utgjør et tilstrekkelig rettsgrunnlag for et særegent EØS-ansvar. På samme vis som flertallet i Högsta Domstolens fant Høyesterett ytterligere støtte for denne oppfatningen i det forhold at EFTA-domstolens standpunkt var akseptert av så vel Islands høyesterett som av norske myndigheter. De mange innvendingene staten anførte for EFTA-domstolen i *Sveinbjörnsdóttir* og *Karlsson*, og som fikk generaladvokat Cosmas og mindretallet i Högsta Domstolen til å konkludere i motsatt retning i *Andersson*, nevnes ikke.

2.3.7 Dr. Tschannet II i liechtensteinske domstoler

Av EFTA-statenes nasjonale domstoler var det kanskje noe overraskende Fürstlicher Oberster Gerichtshof i det monistiske Liechtenstein som viste seg vanskeligst å overbevise om at EØS-avtalen rommer et uskrevet prinsipp om offentlig erstatningsansvar. I det som fremstår som Liechtensteins svar på *Sveinbjörnsdóttir* og *Finanger II*, *Dr. Tschannet II*, var det først på tredje forsøk at Oberster Gerichtshof, og selv da bare implisitt, aksepterte EFTA-domstolens standpunkt. Saksøker var en østerriksk lege som var blitt hindret i å etablere praksis i Liechtenstein av lovgivning som krevde at han i så fall først måtte oppgi sin praksis i Østerrike. Søksmålet ble reist etter at den øverste liechtensteinske forvaltningsdomstolen (Verwaltungsgerichtshof) i *Dr. Tschannet I*, etter å ha innhentet en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen, hadde slått fast at en slik «single practice rule» er i strid med etableringsfriheten i henhold til EØS-avtalen artikkel 31.¹⁰⁹ I første instans førte Tschannets erstatningskrav frem for Fürstliches Obergericht, men i ankesaken ble staten frifunnet under henvisning til at

¹⁰⁸ Mindretallet sluttet seg til dette i avsnitt 111.

¹⁰⁹ Dom 19. september 2001 i sak VBI 2000/12, hvor Verwaltungsgerichtshof sluttet seg til EFTA-domstolens vurdering i sak E-6/00, *Dr. Tschannet mot Liechtenstein*, EFTA Ct. Rep. 2000-2001 s. 203.

myndighetenes brudd på EØS-avtalen ikke kunne betraktes som ansvarsbetingende i henhold til liechtensteinsk erstatningsrett.¹¹⁰ Saksøkers henvisninger til EFTA-domstolens avgjørelser om EØS-ansvaret ble ikke engang nevnt, og en anmodning om å be EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse ble ikke tatt til følge. Etter klage til forfatningsdomstolen (Staatsgerichtshof) ble imidlertid dommen opphevet under henvisning til at avgjørelsen var utilstrekkelig begrunnet.¹¹¹ Opphevelsen ledet til at Oberster Gerichtshof utdypet hvorfor man fremdeles mente at den rettsvillfarelse som liechtensteinske myndigheter hadde gjort seg skyldig i, var unnskyldelig i henhold til liechtensteinsk rett.¹¹² Heller ikke i dom nr. 2 ble EØS-ansvaret nevnt og en ny anmodning om foreleggelse for EFTA-domstolen ble avvist. Etter klage til forfatningsdomstolen ble imidlertid også denne dommen opphevet som utilstrekkelig begrunnet.¹¹³ I den tredje og siste dom i saken aksepterte så omsider Oberster Gerichtshof, i hvert fall i realiteten, EØS-ansvarets eksistens og betydning for liechtensteniske myndigheters erstatningsansvar for brudd på EØS-forpliktelser.¹¹⁴ Påfallende nok nevnes heller ikke denne gang *Sveinbjörnsdóttir* eller noen av EFTA-domstolens øvrige avgjørelser om EØS-ansvaret, i det det i stedet henvises direkte til EU-domstolens praksis knyttet til EU-statenes erstatningsansvar for brudd på EU-retten.¹¹⁵ Implisitt ligger det imidlertid her en anerkjennelse av EØS-ansvarets eksistens – det er bare EØS-avtalen som kan begrunne hvorfor Liechtenstein, i strid med etablert nasjonal erstatningsrett, kan holdes erstatningsansvarlig i henhold til de kriterier som EU-domstolen har etablert for EU-statenes ansvar for brudd på EU-retten. Selv om motviljen mot å vise til EFTA-domstolens praksis er bemerkelsesverdig, synes dette uten praktiske konsekvenser: Under henvisning til EU-domstolens angivelse av ansvarsterskelen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* konkluderte Oberster Gerichtshof med at statens brudd på EØS-avtalen var tilstrekkelig kvalifisert og, dermed, ansvarsbetingende.

Det kan nevnes at den øverste liechtensteinske forvaltningsdomstolen (Verwaltungsgerichtshof) ikke hadde tilsvarende kvaler med å anerkjenne EØS-ansvarets eksistens gjennom et obiter dictum i dom 9. februar 2006 i sak VGH 2005/94 (avsnitt 32). Kompetansefordelingen mellom Oberster Gerichtshof og Verwaltungsgerichtshof er imidlertid slik at det hører under førstnevnte å ta stilling til erstatningskrav mot det offentlige, slik at denne anerkjennelsen var av begrenset verdi.

¹¹⁰ Dom 18. august 2005 i sak CO.2004.2.

¹¹¹ Dom 7. desember 2006 i sak StGH 2007/15. Vel fordi domstolens kompetanse er begrenset til å vurdere om en påklaget dom er i overensstemmelse med den liechtensteinske forfatningen (og EMK) gikk ikke forfatningsdomstolen inn på spørsmålet om dommen var forenlig med EØS-rettens krav.

¹¹² Dom 5. juni 2008 i sak CO.2004.2.

¹¹³ Dom 24. juni 2009 i sak StGH 2008/87.

¹¹⁴ Dom 7. mai 2010 i sak CO.2004.2.

¹¹⁵ Avsnitt 28.3 flg., jf. den utførlige gjengivelsen fra *Brasserie du Pêcheur/Factortame* i dommens avsnitt 24.5.

2.3.8 Senere rettspraksis

Etter stadfestelsen av EØS-ansvaret i *Karlsson* synes EFTA-domstolen å være av den oppfatning at ytterligere utdypning av EØS-ansvarets grunnlag er overflødig. I *Straffesak mot A* viste domstolen nærmest i forbifarten til avtalepartenes erstatningsansvar for brudd på EØS-retten¹¹⁶ og de senere erstatningssakene *Nguyen*, *Kolbeinsson* og *HOB-vín* handler utelukkende om ansvarets nærmere innhold og anvendelse i konkrete tilfeller.¹¹⁷ Dette gjelder tilsvarende for Høyesterett i *Edquist* og *Personskadeforbundet*.

2.4 Vurdering av EØS-ansvarets rettslige grunnlag

2.4.1 Innledning

I etterprøvingen av EØS-ansvarets rettslige grunnlag er det helt avgjørende å sondre skarpt mellom situasjonen før og etter *Sveinbjörnsdóttir* og *Rechberger*. Når EFTA-domstolen først hadde tatt til orde for at EØS-avtalen rommet et uskrevet prinsipp om statlig erstatningsansvar, og EU-domstolen tilsynelatende hadde sluttet seg til dette, var rettskildebildet for de nasjonale domstolene som senere ble konfrontert med spørsmålet et ganske annet enn forut for *Sveinbjörnsdóttir*. Særlig klart kommer dette til uttrykk i Högsta Domstolens dom i *Andersson*, hvor flertallet aksepterte EØS-ansvaret uten å tilkjenne om man selv fant EFTA-domstolens argumentasjon overbevisende. Også Hæstiréttur Islands dom i *Sveinbjörnsdóttir* og Høyesteretts dom i *Finanger II* viser at det for de nasjonale domstolene vel så mye var et spørsmål om hvilken vekt EFTA-domstolens oppfatning skulle tillegges,¹¹⁸ som et spørsmål om man selv mente at EØS-avtalen rommet et særegent erstatningsansvar. Til dette kommer at situasjonen etter *Karlsson* var den at samtlige avtaleparter som gav uttrykk for sitt syn på ansvaret, syntes å akseptere dets eksistens. Om man legger til at de nasjonale domstolene i tur og orden anerkjente ansvaret, er det klart at en etterprøving av Høyesteretts tilslutning til EØS-ansvaret i *Finanger II* må forholde seg til et ganske annet rettskildebildet enn en vurdering av EFTA-domstolens resonnement i *Sveinbjörnsdóttir*. Det presiseres derfor at utgangspunktet for den etterfølgende vurdering av EØS-ansvarets grunnlag er rettskildebildet slikt det var forut for *Sveinbjörnsdóttir*.

¹¹⁶ Sak E-1/07, *Straffesak mot A*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 245 (avsnitt 42).

¹¹⁷ Hhv. sak E-8/07, *Nguyen mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 223; sak E-2/10, *Kolbeinsson mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2009-2010 s. 234 og sak E-2/12, *HOB-vín mot Áfengis- og tóbaksverslun ríkisins*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 1092. Nevnes kan også henvisningen til EØS-ansvaret i sak E-18/10, *ESA mot Norge* («*Gullenke II*»), EFTA Ct. Rep. 2011 s. 202 (avsnitt 28) og i sak E-18/11, *Irish Bank mot Kaupþingi*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 592 (avsnitt 125).

¹¹⁸ Jf., med tanke på *Finanger II*, Sørnum 2006 s. 128.

Noen merknader til Høyesteretts tilslutning til ansvaret i *Finanger II* følger først avslutningsvis i punkt 2.4.11.

2.4.2 EØS-ansvaret som resultat av en egen EØS-rettsorden *sui generis*?

Det mest oppsiktsvekkende i EFTA-domstolens argumentasjon i *Sveinbjörnsdóttir og Karlsson* er karakteristikken av EØS-avtalen som «an international treaty *sui generis* which contains a distinct legal order of its own». Betegnelsen gir uunngåelig assosiasjoner til EU-domstolens formuleringer av EU-rettens natur i de grunnleggende avgjørelsene *van Gend & Loos* og *Costa*, hvor det daværende Fellesskapet nettopp ble karakterisert som «a new legal order of international law». ¹¹⁹ For EU-domstolen har forståelsen av EU som en egen rettsorden stått sentralt i utviklingen av EU-retten. ¹²⁰ Verken i *Sveinbjörnsdóttir* eller i *Karlsson* er det imidlertid klart om klassifiseringen av EØS-retten som en egen rettsorden inngikk som en nødvendig del av EFTA-domstolens begrunnelse for EØS-ansvaret. ¹²¹ I følge Bekkedal er det EFTA-domstolens etterfølgende henvisning til homogenitetsmålsettingen og målsetting om effektiv rettsbeskyttelse av individuelle rettigheter som bør anses som avgjørende. ¹²² Forfattere som Eyjólfsson og Sejersted har derimot fremhevet nettopp karakteristikken av EØS-avtalen som grunnlag for en egen rettsorden som det sentrale punkt i EFTA-domstolens argumentasjon. ¹²³ Gitt at EFTA-domstolen fant grunn til å fremheve EØS-retten som en egen rettsorden, må det antas at *domstolen selv* mente dette var relevant for å begrunne ansvarets eksistens. Det er ikke uten interesse at en av de tre dommerne som deltok i saken, i ettertid har uttalt at det etter hans oppfatning var EØS-rettens karakter av en egen rettsorden som gjorde det mulig for EFTA-domstolen å utlede et prinsipp om statlig erstatningsansvar av avtalen. ¹²⁴

EFTA-domstolens karakteristikkk av EØS-retten synes klart inspirert av en artikkel som den aktuelle dommer publiserte et drøyt år før uttalelsen i *Sveinbjörnsdóttir*. Baudenbacher vedgikk her at «the EEA Agreement's depth of integration is less far-reaching than that under the EC Treaty», men tilføyde straks at «both the scope and the objective of the EEA Agreement go far beyond what

¹¹⁹ Jf. sak 26/62, *van Gend & Loos mot Nederland*, Sml. (fransk utgave) 1963 s. 3 og sak 6/64, *Costa mot ENEL*, Sml. (fransk utgave) 1964 s. 1141. Parallellen påpekes bl.a. av Eyjólfsson 2000 s. 204; Forman 1999 s. 776; Sejersted i Sejersted mfl. 2011 s. 113 og i lederen i CMLRev. 1999 s. 697 (på s. 697).

¹²⁰ Noe som i norsk EU/EØS-litteratur særlig fremheves av Bekkedal 2008, se bl.a. s. 26 flg. og s. 58 flg. (med en rekke videre henvisninger).

¹²¹ Denne klarheten kritiseres bl.a. av Jervell 2002 s. 136.

¹²² Bekkedal 2008 s. 139.

¹²³ Eyjólfsson 2000 s. 202 («The essential part of the reasoning»); Sejersted i Sejersted mfl. 2011 s. 113 («Hovedpunktet [i EFTA-domstolens argumentasjon]»). Tilsvarende også Jervell 2002 s. 136.

¹²⁴ Jf. Baudenbacher 2003 s. 357. Tilsvarende Eyjólfsson 2000 s. 205-206.

is usually part of an agreement under public international law», noe som ledet til karakteristikk av EØS-retten som «a new, at least partially supranational legal order», «an EEA legal order of its own» og «quite definitely ... a 'new legal order'». ¹²⁵ Avsnitt 59 i *Sveinbjörnsdóttir* fremstår langt på vei som en parafrase av Baudenbachers artikkel.

Etter min oppfatning må EFTA-domstolens karakteristikk av EØS-avtalen sees i sammenheng med spørsmålet om hvilken betydning avtalepartenes felles forutsetninger ved avtaleinngåelsen skulle få for tolkningen av avtalen. I EU-retten er nettopp EUs karakter av en egen rettsorden anført som legitimeringsgrunnlag for en tolkning av traktatene fra «the internal point of view»; løsrevet fra medlemsstatenes opprinnelige intensjoner. ¹²⁶ I *Sveinbjörnsdóttir* avviste både Island, Norge, Sverige og, kanskje særlig interessant, EU v/Kommisjonen eksistensen av et statlig erstatningsansvar under henvisning til til avtalepartenes forutsetninger ved undertegningen, ¹²⁷ men uten at EFTA-domstolen nevnte denne innvendingen med et eneste ord. Den norske regjeringen gjentok synspunktet i *Karlsson*, ¹²⁸ men igjen unnlot EFTA-domstolen å plukke opp hansken. Nå viser utfallet av sakene at avtalepartenes forutsetninger bokstavelig talt ikke kan ha blitt tillagt nevneverdig vekt, men det interessante i denne sammenheng er *begrunnelsen* for dette standpunktet.

Som antydnet i kapittel 1 reiser spørsmålet om betydningen av avtalepartenes forutsetninger for tolkningen av EØS-avtalen grunnleggende metodespørsmål. Om man tar utgangspunkt i alminnelige folkerettslige regler for traktattolkning, så er det klart nok at «the intentions of the parties» er en sentral tolkningsfaktor. ¹²⁹ Dette var EU-domstolens tilnærming til EØS-avtalen i Uttalelse 1/91, hvor gjennomgangen av avtalen innledes med en henvisning til tolkningsregelen i artikkel 31 i Wienkonvensjonen om traktatretten. ¹³⁰ For tolkningen av EU-retten, er imidlertid medlemsstatenes uuttalte forutsetninger ved deres tiltredelse til EØF/EF/EU eller ved deres samtykke til en senere traktatendring knapt noe EU-domstolen lar seg affisere av. ¹³¹ EFTA-domstolens taushet i *Sveinbjörnsdóttir* og *Karlsson* finner her en interessant parallell i *Francovich* og *Brasserie du Pêcheur/Factortame* – en parallell som er uttrykkelig påpekt av Baudenbacher. ¹³² Uten å tilby noen egentlig begrunnelse har Baudenbacher

¹²⁵ Baudenbacher 1997 s. 197 flg.

¹²⁶ Jf. nærmere Bekkedal 2008 s. 132.

¹²⁷ Rettsmøterapporten, avsnitt 52 flg.

¹²⁸ Rettsmøterapporten, avsnitt 57.

¹²⁹ Jf. for eksempel Shaw 2008 s. 936.

¹³⁰ Uttalelse 1/91, avsnitt 14.

¹³¹ Jf. for eksempel Arnull 2006 s. 161.

¹³² Baudenbacher 2005 s. 39.

ved en senere anledning helt generelt uttalt at tilblivelseshistorien er uten relevans for tolkningen av EØS-avtalens hoveddel.¹³³

For egen del har jeg vanskelig for å se hvordan man gjennom et postulat om at EØS-avtalen konstituerer en egen rettsorden skal kunne løsrive tolkningen av avtalen fra avtalepartenes intensjoner.¹³⁴ Tvert i mot flyttes problematikken bare opp ett nivå, i det spørsmålet da blir om det å karakterisere EØS-avtalen som grunnlaget for en egen rettsorden i seg selv er forenlig med avtalepartenes intensjoner. Etter mitt syn er svaret på dette spørsmålet klart nei – det er ingen holdepunkter for at avtalepartene ønsket å etablere noen autonom overnasjonal rettsorden.¹³⁵

Dette betyr ikke at jeg mener at avtalepartenes intensjoner knyttet til EØS-avtalen var til hinder for å utlede et prinsipp om statlig erstatningsansvar av avtalen, bare at EFTA-domstolen ikke helt uten videre kunne ignorere spørsmålet (jf. nærmere i punkt 2.4.9 nedenfor).

Min oppfatning er følgelig at en eventuell karakteristikk av EØS-avtalen som grunnlag for en egen rettsorden *sui generis* ikke kan gi noe selvstendig bidrag til forståelsen av EØS-ansvarets grunnlag: Det kan ikke godt være slik at EFTA-domstolens oppfatning av at homogenitetsmålsettingen og målsettingen om effektiv rettsbeskyttelse av individuelle rettigheter gir grunnlag for å betrakte EØS-retten som en egen rettsorden, *i seg selv* tilfører noe til diskusjonen ved på et eller annet vis å gi de nevnte argumenter større gjennomslagskraft enn det de allerede i utgangspunktet har.

Det følger av dette at det etter min oppfatning er et rent terminologisk spørsmål om man vil betegne EØS-retten som et eget rettssystem *sui generis*. Faren for å dekke over forskjellene mellom EU-rettens karakter av en overnasjonal rettsorden og EØS-avtalens karakter av en, om enn nokså sær egen (eller *sui generis*, om man vil), folkerettslig avtale, tilsier etter min oppfatning at dette er en lite hensiktsmessig betegnelse.¹³⁶ Det kan tilføyes at EU-domstolene aldri har karakterisert EØS-avtalen på denne måten: Sett fra EUs perspektiv er EØS-avtalen en assosieringsavtale som inngår som en integrert del av *EUs rettsorden*, på linje med andre slike avtaler.¹³⁷ Også den binding til EU-retten som følger av homogenitetsmålsettingen gjør at det etter min oppfatning er lite treffende å betegne EØS-retten som en egen rettsorden.¹³⁸ Så lenge det ikke utledes rettsvirkninger av karak-

¹³³ Baudenbacher 2008 s. 49: «[d]ie Entstehungsgeschichte hat bei der Auslegung des EWR-Hauptabkommens keine Bedeutung.»

¹³⁴ Jf. nærmere Fredriksen 2010 s. 265-266.

¹³⁵ Tilsvarende Bekkedal 2008 s. 137.

¹³⁶ Jf. også Fredriksen/Mathisen 2012 s. 28.

¹³⁷ Jf. for eksempel sak C-321/97, *Andersson mot Sverige*, [P] Sml. 1999 s. I-3551 (avsnitt 26-31); sak C-300/01, *Salzmann mot Østerrike*, [A5] Sml. 2003 s. I-4899 (avsnitt 65), sak C-452/01, *Ospelt og Schlössle Weissenberg Familienstiftung*, [P] Sml. 2003 s. I-9743 (avsnitt 27); sak C-72/09, *Établissements Rimbaud mot Directeur général des impôts og Directeur des services fiscaux d'Aix-en-Provence*, [A5] Sml. 2010 s. I-10659 (avsnitt 19) og sak C-476/10, *projektart Errichtungsgesellschaft mbH*, [A3] Sml. 2011 s. I-5615 (avsnitt 32).

¹³⁸ Jf. nærmere Fredriksen 2010 s. 266-267.

teristikken, er det likevel nokså uproblematisk at EFTA-domstolen i flere saker har fastholdt sitt syn på avtalen som grunnlag for en egen rettsorden.¹³⁹

2.4.3 Individuelle rettigheter som forutsetning

I *Sveinbjörnsdóttir* begrunnet EFTA-domstolen erstatningsansvaret først og fremst med homogenitetsmålsettingen og hensynet til effektiv rettsbeskyttelse av de rettigheter som EØS-avtalen gir enkeltpersoner og markedsaktører. Med henblikk på sistnevnte, er det etter mitt skjønn påkrevd å skille mellom anerkjennelsen av subjektive rettigheter som en grunnleggende forutsetning for et statlig erstatningsansvar og spørsmålet om hensynet til effektiv beskyttelse av disse rettighetene i seg selv representerer et rettslig grunnlag for ansvaret.

Betydningen av spørsmålet om EØS-avtalen som sådan, tilsvarende som EU-traktatene, gir private rettigheter, kan knapt overvurderes. Som anført av Bruha:

«Subjective rights are the very basis of State liability. It makes no sense without them. It follows that from a strict dualistic viewpoint, according to which only the Contracting Parties but not individuals are the addressees of the rights and obligations of the EEA Agreement, there can be no room for State liability within the EEA legal order.»¹⁴⁰

Det var derfor lite overraskende at både den islandske, den norske og den svenske regjeringen i *Sveinbjörnsdóttir* viste til EU-domstolens Uttalelse 1/91, hvor EU-domstolen som alt nevnt hadde uttalt at EØS-avtalen «i det alt væsentligst kun skaber rettigheder og plikter for de kontraherende parter».¹⁴¹ Dette var også generaladvokat Cosmas' innfallsvinkel da han i *Andersson* avviste statlig erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen nettopp under henvisning til denne formuleringen.¹⁴²

I *Sveinbjörnsdóttir* konkluderte derimot EFTA-domstolen stikk motsatt: Under henvisning til fortalens fjerde, åttende og femtende avsnitt uttalte domstolen at bestemmelsene i EØS-avtalen i stor utstrekning er «intended for the benefit of individuals and economic operators throughout the European Economic Area» (avsnitt 58). EFTA-domstolen trakk denne konklusjonen uten å nevne EU-domstolens Uttalelse 1/91.¹⁴³ Snarere enn å ignorere denne uttalelsen, burde EFTA-domstolen etter mitt syn

¹³⁹ EFTA-domstolen har gjentatt karakteristikken bl.a. i sak E-2/02, *Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung og Bellona mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 52 (avsnitt 35); sak E-2/03, *Påtalemakten mot Ásgeirsson*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 185 (avsnitt 28); sak E-10/04, *Piazza mot Paul Schurte*, EFTA Ct. Rep. 2005 s. 76 (avsnitt 43) og sak E-1/07 *Straffesak mot A*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 246 (avsnitt 37), men – interessant nok – tilsynelatende ikke i senere saker.

¹⁴⁰ Bruha 1999 s. 123 (fotnoter utelatt).

¹⁴¹ Uttalelse 1/91, avsnitt 20.

¹⁴² Generaladvokatens innstilling i *Andersson*, avsnitt 48.

¹⁴³ Kritisk Jervell 2002 s. 136-137: «overraskende» og «påfallende».

påpekt at den ble avgitt på grunnlag av et tidligere avtaleutkast som ikke inneholdt henvisningen til «den viktige rolle individene vil spille i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde ved at de utøver de rettigheter som er gitt dem i avtalen» (fortalens åttende ledd).¹⁴⁴ Tilsvarende burde EFTA-domstolen i *Karlsson* imøtegodt generaladvokat Cosmas' innstilling i *Andersson* ved å påpeke at han synes å ha oversett dette da han uten videre la Uttalelse 1/91 til grunn for sitt syn på EØS-avtalen.¹⁴⁵

Ufullstendighetene i EFTA-domstolens argumentasjon endrer uansett ikke den omstendighet at særlig formuleringen i fortalens åttende ledd nokså klart tilsier at EØS-avtalen rommer individuelle rettigheter. Vesentlig støtte for dette standpunktet finnes også i avtalens grunnleggende homogenitetsmålsetting: All den tid der er klart at den underliggende EU-retten tillegger private individuelle rettigheter, så tilsier EØS-avtalens målsetting om «lik behandling av enkeltpersoner om markedsdeltagere» (fortalens femtende ledd) at dette må gjelde tilsvarende i EØS-rettslig sammenheng.

Utover *Sveinbjörnsdóttir* og *Karlsson* har EFTA-domstolen ved en rekke anledninger fremhevet at EØS-avtalen tillegger private individuelle rettigheter.¹⁴⁶ I *Ásgeirsson* uttalte domstolen at EØS-retten (bl.a.) karakteriseres ved «the protection of the rights of individuals and economic operators».¹⁴⁷ Gjennom sin etterfølgende tilslutning til EØS-ansvaret har også Hæstiréttur Islands, Høyesterett og Högsta domstolen sluttet seg til denne oppfatningen. I EU la Underretten allerede i *Opel Austria* til grunn at EØS-avtalen artikkel 10 måtte tolkes i overensstemmelse med dens forbilde i den dagjeldende EF-traktaten, noe som medfører at bestemmelsen tillegger private rettigheter som kan gjøres gjeldende mot medlemsstatene (eller, som tilfellet var i *Opel Austria*, mot EU). Enn viktigere er det at også EU-domstolen har sluttet seg til denne oppfatningen og, etter plenumsavgjørelsen *Ospelt*, konsekvent lagt til grunn at også bestemmelser i EØS-avtalen tillegger private rettigheter (så lenge dette er tilfellet med de tilsvarende bestemmelsene i EU-retten).¹⁴⁸

Selv om anerkjennelsen av individuelle rettigheter representerer en forutsetning for et statlig erstatningsansvar, så følger ikke sistnevnte med nødvendighet av førstnevnte. Det synes her tilstrekkelig å minne om at EU-domstolen lenge la til grunn at et eventuelt erstatningsrettslig vern av individenes EU-rettigheter var overlatt til nasjonal

¹⁴⁴ Eller rettere sagt: At EU-domstolen ikke var oppmerksom på den oppdaterte versjonen av fortalen som Kommisjonen oversendte under sakens gang, jf. omtalen av forhistorien i punkt 2.2 ovenfor.

¹⁴⁵ Jf. kritikken av generaladvokatens innstilling hos Arnesen 1999 s. 359. Tilsvarende innvendinger kan rettes mot mindretallet i Högsta domstolen i *Andersson*, som viser til så vel EU-domstolens Uttalelse 1/91 som generaladvokat Cosmas (NJA 2004 s. 662 på s. 680), jf. Johansson 2005 s. 513.

¹⁴⁶ Jf. for eksempel sak E-1/01, *Einarsson mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 1 (avsnitt 49); sak E-6/01, *CIBA m.fl. mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 281 (avsnitt 33); sak E-2/02, *Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung og Bellona mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 52 (avsnitt 36) og sak E-1/07, *Straffesak mot A*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 245 (avsnitt 37).

¹⁴⁷ Sak E-2/03, *Påtalemakten mot Ásgeirsson*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 185 (avsnitt 28).

¹⁴⁸ Sak C-452/01, *Ospelt og Schlössle Weissenberg Familienstiftung*, [P] Sml. 2003 s. I-9743.

rett,¹⁴⁹ samt at når retten endret oppfatning i *Francovich*, så krevde dette en begrunnelse ut over en ren henvisning til eksistensen av individuelle rettigheter. I *Francovich* fant EU-domstolen denne begrunnelsen først og fremst i hensynet til effektiv beskyttelse av rettighetene (avsnitt 33). I *Sveinbjörnsdóttir* synes EFTA-domstolen å være inne på det samme når det uttales at «the proper functioning of the EEA Agreement is dependent on those individuals and economic operators being able to rely on the rights thus intended for their benefit» (avsnitt 58). Senere i avgjørelsen knyttes dessuten erstatningsansvaret for feilaktig direktivgjennomføring uttrykkelig til «the effectiveness» av gjennomføringsforpliktelsene i avtalens artikkel 7 (avsnitt 65).¹⁵⁰ Etter min oppfatning utgjør likevel ikke effektivitetshensynet i seg selv et tilstrekkelig rettslig grunnlag for å etablere et prinsipp om statlig erstatningsansvar. EU-domstolen synes å ha vedgått dette i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, når begrunnelsen for *Francovich*-ansvaret ble supplert med henvisninger til det som nå er TEU artikkel 19, EUs eget erstatningsansvar utenfor kontraktsforhold og medlemsstatenes felles retts-tradisjoner. Tilsvarende synes EFTA-domstolen å mene at hensynet til effektiv rettighetsbeskyttelse måtte suppleres med homogenitetsmålsettingen.¹⁵¹

I litteraturen har likevel Arnesen antydnet at EØS-avtalens individorientering alene utgjør et tilstrekkelig rettsgrunnlag for erstatningsansvaret.¹⁵² Etter min oppfatning er det vanskelig å holde hensynet til effektiv beskyttelse av individuelle rettigheter atskilt fra homogenitetsmålsettingen – som EFTA-domstolen påpekte i *Sveinbjörnsdóttir* er beskyttelsen av individuelle rettigheter knyttet til avtalens målsetting om å sikre enkeltpersoner og markedsaktører «equal treatment and equal conditions of competition» (avsnitt 57). Om man likevel skulle forsøke å eliminere homogenitetsmålsettingen fra vurderingen, ville man etter mitt skjønn måtte konkludere med at EØS-avtalens vektlegging av individuelle rettigheter ikke utgjør noe tilstrekkelig rettsgrunnlag for et statlig erstatningsansvar: Dersom EU-domstolen på sin side hadde fastholdt den opprinnelige oppfatningen av at erstatningsspørsmålet var overlatt medlemsstatenes nasjonale rett, ville ikke henvisningen til EØS-avtalens fortale til individenes viktige rolle i seg selv være tilstrekkelig til å begrunne et særegent EØS-ansvar. Etter min oppfatning gir det derfor en bedre tilnærming til denne problematikken om man trekker EØS-avtalens målsetting om effektiv beskyttelsen av individuelle rettigheter inn i tolkningen av avtalens homogenitetsmålsetting (se punkt 2.4.8).

¹⁴⁹ Se punkt 2.1 ovenfor.

¹⁵⁰ Denne eksplisitte bruken av effektivitetshensynet synes ikke å ha fått særlig oppmerksomhet i litteraturen, noe som kanskje skyldes den noe underlige plasseringen i den delen av avgjørelsen som omhandler de nærmere vilkårene for ansvaret, heller enn i begrunnelsen for ansvars eksistens (noe som imidlertid nok skyldes at EFTA-domstolen har skrevet av *Francovich* også på dette punkt).

¹⁵¹ *Sveinbjörnsdóttir*, avsnitt 65.

¹⁵² Arnesen 1999 s. 360, jf. også Arnesen 1996 s. 590.

2.4.4 Lojalitetsprinsippet i EØS-avtalen artikkel 3

I *Sveinbjörnsdóttir* anførte EFTA-domstolen avtalepartenes lojalitetsplikt etter EØS-avtalen artikkel 3 som et alternativt grunnlag («[a] further basis») for erstatningsansvaret (avsnitt 61). Selv om det ikke fremgår av premissene, er formuleringen åpenbart hentet fra *Francovich* – EU-domstolen anførte her lojalitetsprinsippet nedfelt i EF-traktaten artikkel 10 (jf. nå TEU artikkel 4 nr. 3) nettopp som et alternativt hjemmelsgrunnlag for prinsippet om statlig erstatningsansvar (avsnitt 36). Formuleringen tilsier at EFTA-domstolen vurderte EØS-avtalen artikkel 3 som et fullverdig rettsgrunnlag for erstatningsansvaret.¹⁵³ Domstolen gav imidlertid ingen begrunnelse for hvorfor en plikt til lojal oppfyllelse av «de forpliktelser som følger av denne avtale» skulle kunne danne grunnlag for en ny forpliktelse i form av statlig erstatningsansvar.

Hvorvidt det EU-rettslige lojalitetsprinsippet virkelig representerte et alternativt rettsgrunnlag for EU-ansvaret, er et spørsmål for seg.¹⁵⁴ Selv om man skulle mene at så er tilfellet, er det ikke gitt at man kan trekke like vidtrekkende konsekvenser av lojalitetsplikten etter EØS-avtalen artikkel 3. EU-domstolen forstår lojalitetsprinsippet i lys av EU-traktatens målsetting om «en stadig snævrere union mellom de europeiske folk» (nå TEU artikkel 1 annet ledd), noe som medfører at prinsippet har stått sentralt i utviklingen av EU-retten til en særegen overnasjonal rettsorden.¹⁵⁵ Som påpekt av Sejersted kan det ikke uten videre legges til grunn at statlige lojalitetsforpliktelser overfor et (i utgangspunktet) folkerettslig EØS-samarbeid er like vidtrekkende som overfor det overnasjonale EU-samarbeidet.¹⁵⁶ På den annen side påpeker han at det er visse «overnasjonale» trekk også ved EØS-avtalen, og at lojalitetsplikten kan være relevant når disse skal fastlegges nærmere. Særlig klare retningslinjer for anvendelsen av det EØS-rettslige lojalitetsprinsippet gir dette ikke og Sejersted karakteriserer da også lojalitetsprinsippet status under EØS-avtalen som «uklart». Konkret i forhold til EØS-ansvaret synes han imidlertid å akseptere at EFTA-domstolen i *Sveinbjörnsdóttir* anvendte lojalitetsprinsippet som «ett av flere argumenter».

Særlig klargjørende er heller ikke omtalen av EØS-avtalen artikkel 3 hos henholdsvis Temple Lang og Méndez-Pinedo.¹⁵⁷ Begge tar som utgangspunkt at ordlyden i EØS-avtalen artikkel 3 til-

¹⁵³ Slik Baudenbacher 2007 s. 78: «The EFTA Court's state liability jurisprudence is based, *inter alia*, on that provision». Tilsvarende Jervell 2002 s. 133: «ytterligere grunnlag for erstatningsplikten».

¹⁵⁴ I lys av prinsippet om myndighetstildeling (jf. nå TEU artikkel 5 nr. 1) er det ikke uproblematisk å anse lojalitetsprinsippet som et fullverdig rettsgrunnlag for å etablere nye forpliktelser for medlemsstatene og det er grunn til å merke seg at EU-domstolen i *Francovich* først trakk inn prinsippet etter at man alt hadde konkludert med at medlemsstatenes erstatningsansvar fulgte «af selve Traktatens system». Men henvisningen til lojalitetsprinsippet som et «fondement» for ansvaret i den franske versjonen av *Francovich*, tyder unektelig på at EU-domstolen betraktet dette som et fullverdig hjemmelsgrunnlag for ansvaret.

¹⁵⁵ Jf. utførlig for eksempel Kahl, i: Calliess/Ruffert 2011, Kommentarene til TEU artikkel 4, avsnitt 23 flg.

¹⁵⁶ Sejersted i Sejersted mfl. 2011 s. 104-105.

¹⁵⁷ Temple Lang 2008 s. 108 og Méndez-Pinedo 2009 s. 173-174.

svarer den tidligere EF-traktaten artikkel 10, men tilføyer straks at «its effects are different, because the objectives of the EEA are narrower than those of the European Community». Under henvisning til homogenitetsmålsettingen og EFTA-domstolens bruk av lojalitetsplikten i *Sveinbjörnsdóttir*, uttaler imidlertid Temple Lang samtidig at innenfor EØS-avtalens anvendelsesområde «[will] the consequences of Article 3 EEA [...] be essentially the same as the consequences of Article 10 [EC]». ¹⁵⁸ Méndez-Pinedo synes å slutte seg til denne oppfatningen. ¹⁵⁹ Begge forfatteres henvisninger til EFTA-domstolens utlegning av lojalitetsplikten i *Sveinbjörnsdóttir* synes å være av rent deskriptiv karakter.

Mer prinsipiell er Bull, som tar til orde for en sontring mellom rettspraksis fra EU-domstolen hvor lojalitetsprinsippet anvendes som begrunnelse for EU-rettens overnasjonale karakter og avgjørelser hvor prinsippet begrunner en samarbeidsplikt for medlemsstatene overfor Kommisjonen og andre EU-institusjoner. ¹⁶⁰ Mens det i førstnevnte tilfeller «neppe» er grunnlag for å overføre EU-domstolens forståelse av lojalitetsprinsippet til EØS-retten, synes dette i de sistnevnte tilfellene «mer nærliggende». Standpunktet er i samsvar med Bulls oppfatning av at det i tolkningen av EØS-avtalen artikkel 6 må sondres mellom EU-domstolens rettspraksis mht. EØS-reglens materielle innhold og deres rettsvirkninger i nasjonal rett: Førstnevnte er EØS-relevant; sistnevnte ikke. ¹⁶¹ Samtidig innebærer dette en kritikk av EFTA-domstolens argumentasjon i *Sveinbjörnsdóttir*, hvor domstolen jo nettopp overførte EU-domstolens anvendelse av det EU-rettslige lojalitetsprinsippet til EØS-avtalen artikkel 3 i en sammenheng som gjaldt EØS-rettens gjennomslag i nasjonal rett. ¹⁶²

Mer vidtrekkende følger av EØS-avtalen artikkel 3 trekker Arnesen og Graver når de legger til grunn at bestemmelsen forplikter de nasjonale domstolene til å utnytte ethvert tolkningsrom til å tolke nasjonal rett i overensstemmelse med EØS-retten. ¹⁶³ Fra et norsk perspektiv fremstår dette umiddelbart som lite kontroversielt, all den tid tilsvarende forpliktelser allerede følger av vårt hjemlige presumsjonsprinsipp. Dette er trolig noe av forklaringen på hvorfor Høyesterett i *Finanger I* uten videre aksepterte lojalitetsprinsippet som grunnlag for en plikt til EØS-konform tolkning av norsk rett. ¹⁶⁴ Prinsipielt er det likevel av betydelig interesse at man dermed legger til grunn at lojalitetsprinsippet etter EØS-avtalen artikkel 3 kan gi opphav til selvstendige rettslige forpliktelser også for så vidt gjelder ikke-gjennomførte EØS-reglers rettsvirk-

¹⁵⁸ Temple Lang 2008 s. 108.

¹⁵⁹ Méndez-Pinedo 2009 s. 173-174.

¹⁶⁰ Bull 2012, note 18 til EØS-avtalen artikkel 3.

¹⁶¹ Bull 2002 s. 78.

¹⁶² Se også Bull 2002 s. 66 (i note 3), hvor erstatingsansvaret karakteriseres som et element i EU-rettens overnasjonale karakter.

¹⁶³ Arnesen/Graver 2000 s. 74-81 (gjentatt i Graver 2002 s. 102-108).

¹⁶⁴ Rt. 2000 s. 1811 [P] (på s. 1827).

ninger i nasjonal rett. Nettopp av denne grunn påpeker Arnesen og Graver at EØS-avtalen på dette punkt kan karakteriseres som «overnasjonale». ¹⁶⁵ De går imidlertid ikke inn på spørsmålet om EFTA-domstolens bruk av lojalitetsprinsippet i *Sveinbjörnsdóttir* som rettsgrunnlag for EØS-ansvaret er akseptabel. Arnesen og Stenvik synes imidlertid å forutsette dette når de uttaler at man kan se prinsippet om statens erstatningsansvar ved brudd på EØS-retten som et utslag av det generelle effektivitetsprinsippet (ettersom dette jo på sin side er utledet nettopp av lojalitetsplikten). ¹⁶⁶

Til støtte for den oppfatning at den EØS-rettslige lojalitetsplikten «tilsvarer» den EU-rettslige, kan det anføres at formuleringen av EØS-avtalen artikkel 3 åpenbart er hentet fra den dagjeldende EF-traktaten artikkel 10. Tilsvarende som ved tolkningen av EØS-avtalens øvrige bestemmelser som er hentet fra EF-traktaten, kan det argumenteres for at siktemålet må ha vært innholdsmessig og ikke bare språklig likhet. ¹⁶⁷ Dersom bestemmelsen ikke skulle tilføre noe ut over det alminnelige folkerettslige krav til *good faith*, slik dette kommer til uttrykk bl.a. i FN-pakten artikkel 2 annet ledd, artikkel 26 i Wienkonvensjonen om traktatretten og ICJ-praksis, ville den være overflødig. I lys av EU-domstolens tolkning av lojalitetsplikten og EØS-avtalens homogenitetsmålsetting ble det derfor i EØS-litteraturen tidlig lagt til grunn at EØS-avtalen artikkel 3 var «considerably more far-reaching» enn de lignende lojalitetsbestemmelsene i frihandelsavtalene mellom EU og de enkelte EFTA-statene. ¹⁶⁸ En fullstendig EØS-resepsjon av EU-domstolens tolkning og anvendelse av lojalitetsplikten ville imidlertid lede til at også prinsippene om forrang og direkte virkning måtte anses som en del av avtalen – et standpunkt som selv EFTA-domstolen har avvist. ¹⁶⁹

Uklarhetene knyttet til tolkningen av EØS-avtalen artikkel 3 skyldes etter min oppfatning det forhold at bestemmelsens innhold og rekkevidde i ulike typetilfeller langt på vei bestemmes av avveininger mellom avtalens homogenitetsmålsetting og avtalepartenes avstandstagen fra EU-rettens overnasjonale elementer. Det som fremstår som en følge av den EØS-rettslige lojalitetsplikten, er bare et navn på resultatet. Dersom man mener statenes lojalitetsplikt etter EØS-avtalen artikkel 3 kan tjene som rettsgrunnlag for EØS-ansvaret, så skyldes dette EU-domstolens bruk av lojalitetsprinsippet i *Franovich*. Dermed er det i realiteten homogenitetsmålsettingen som bærer denne tolk-

¹⁶⁵ Jf. Arnesen/Graver 2000 s. 76.

¹⁶⁶ Arnesen/Stenvik 2009 s. 57-58. Se også Arnesen 1996 s. 590.

¹⁶⁷ Ettersom EU-domstolen allerede før undertegningen av EØS-avtalen tilsynelatende hadde anvendt lojalitetsplikten som rettsgrunnlag for å etablere prinsippet om statlig erstatningsansvar, kan det argumenteres for at det følger av EØS-avtalen artikkel 6 at lojalitetsplikten etter avtalens artikkel 3 må tolkes i samsvar med denne praksisen. En slik innfallsvinkel ender imidlertid opp i en vurdering av om EØS-avtalen artikkel 3 «i sitt materielle innhold» er «identisk» med den daværende EF-traktaten artikkel 10, og dermed er man i praksis like langt.

¹⁶⁸ Norberg mfl. 1993 s. 100. Tilsvarende Baudenbacher 2007 s. 78: «It was clear from the beginning that the Contracting Parties' undertaking under this provision would have far-reaching consequences...»

¹⁶⁹ Jf. *Karlsson*, avsnitt 28; *Straffesak mot A*, avsnitt 40; *L'Oréal*, avsnitt 22. Nærmere om dette i punkt 2.4.10.

ningen (og dermed også prinsippet om statlig erstatningsansvar).¹⁷⁰ Med en slik innfallsvinkel klargjøres det at spørsmålet om EØS-avtalens lojalitetsprinsipp utgjør et tilstrekkelig rettsgrunnlag for EØS-ansvaret, avhenger av hvilken forståelse av avtalens homogenitetsmålsetting man legger til grunn. Etter min oppfatning blir det da riktigst å se homogenitetsmålsettingen heller enn lojalitetsprinsippet som EØS-ansvarets rettslige grunnlag. Uansett tilnærming vil det være en vekselvirkning mellom disse prinsippene: Det forhold at EØS-avtalen artikkel 3 inneholder en nær ordrett kopi av den tidligere EF-traktaten artikkel 10, er i seg selv et viktig argument for en forståelse av avtalens homogenitetsmålsetting som går ut over EØS-reglens materielle innhold til også å omfatte spørsmålet om EØS-rettens gjennomslag i EØS-statenes nasjonale rettsordener (jf. nærmere i punkt 2.4.8 nedenfor).

Praksis etter *Sveinbjörnsdóttir* viser klart at EFTA-domstolen mener lojalitetsprinsippet i EØS-avtalen artikkel 3 – lest i sammenheng med homogenitetsmålsettingen – kan begrunne nye, selvstendige forpliktelser for avtalepartene. Selv om *Sveinbjörnsdóttir* er et sjeldent klart eksempel, ligger denne oppfatning også til grunn for senere avgjørelser som *Fokus Bank*, *Straffesak mot A*, *Kolbeinsson*, *Granville* og *Irish Bank*. I *Fokus Bank* viste EFTA-domstolen til lojalitetsprinsippet som grunnlag for et krav om at den forvaltningsmessige saksbehandlingen i EØS-statene må gjennomføres på en slik måte at den ikke forringer de individuelle rettigheter som utledes av EØS-avtalen.¹⁷¹ I *Straffesak mot A*, *Granville* og *Irish Bank* anføres EØS-avtalen artikkel 3 som grunnlag for de nasjonale domstolenes plikt til EØS-konform tolkning av nasjonal rett.¹⁷² Og i *Kolbeinsson* vises det til lojalitetsprinsippet som grunnlag for et EØS-rettslig krav om at nasjonale sanksjoner mot overtredelse av gjennomførte EØS-regler skal være adekvate, proporsjonale og avskrekende (avsnitt 46-47). Tilsvarende som *Sveinbjörnsdóttir* gjelder disse avgjørelsene EØS-rettens rettsvirkninger i EFTA-statenes nasjonale rettsystemer. Med forbehold for EU-domstolens bruk av lojalitetsprinsippet som støtteargument for EU-rettens forrang og direkte virkning, etterlater EFTA-domstolens praksis etter *Sveinbjörnsdóttir* et bestemt inntrykk av at domstolen anser det EØS-rettslige lojalitetsprinsippet som like vidtrekkende som dets EU-rettslige forbilde. Klarest kommer dette til uttrykk i *Fokus Bank*, hvor EFTA-domstolen uttaler at EØS-avtalens artikkel 3 tilsvarende den dagjeldende EF-traktaten artikkel 10 (avsnitt 41). Det kan tilføyes at Høyesterett gav uttrykk for samme oppfatning allerede i Rt. 2000 s. 1811 [P] *Finanger I* (på s. 1827) og senere har fulgt dette opp bl.a. i Rt. 2005 s. 597 *Allseas* (avsnitt 38) og, implisitt, i Rt. 2010 s. 1500 *Edquist* (avsnitt 65).

2.4.5 Avtalepartenes felles rettstradisjoner

Da EU-domstolen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* ble utfordret på grunnlaget for EU-ansvaret, svarte den blant annet ved å vise til at prinsippet var i overensstemmelse

¹⁷⁰ Slik Jervell 2002 s. 136.

¹⁷¹ Sak E-1/04, *Fokus Bank mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2004 s. 11 (avsnitt 41).

¹⁷² *Straffesak mot A*, avsnitt 39; *Granville*, avsnitt 52 og *Irish Bank*, avsnitt 123.

med medlemsstatenes felles rettstradisjoner – nærmere bestemt «den almindeligt kendte retsgrundsætning i medlemsstaternes retsordener, hvorefter en retsstridig handling eller undladelse medfører en forpligtelse til at erstatte det forvoldte tab» (avsnitt 29). I lys av at EFTA-domstolen på andre punkter åpenbart lot seg inspirere av EU-domstolens argumentasjon for EU-ansvaret, kan det synes påfallende at verken *Sveinbjörnsdóttir* eller *Karlsson* inneholder tilsvarende henvisninger til EØS-avtalepartenes felles rettstradisjoner. Ved nærmere ettertanke er det imidlertid flere forhold som tilsier at dette var klokt og riktig.

For det første er det tvilsomt hvor overbevisende en parallell til avtalepartenes retts-tradisjoner ville ha vært. Som uttrykk for et helt overordnet og nokså abstrakt utgangspunkt for medlemsstatenes erstatningsrett var henvisningen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* riktig nok, men det er ikke helt enkelt å se hvordan EU-domstolen av dette kunne utlede støtte til konkrete ansvarsregler som innbefatter handlinger (enn si unnlatelser) som må tilskrives lovgivende organer i medlemsstate-ne. Tvert i mot synes det langt på vei å være enighet i litteraturen om at det på dette punkt *ikke* eksisterer noe som med rimelighet kan betegnes som felleseuropeiske retts-tradisjoner.¹⁷³ Nå er det ikke enestående at EU-domstolen gjør ytterst selektivt bruk av nasjonal rett som grunnlag for utviklingen av alminnelige EU-rettslige prinsipper – tvert i mot har det helt siden EU-rettens spede barndom vært alminnelige anerkjent at domstolen ikke leter etter «more or less arithmetical ‘common denominators’ between the different national solutions», men i stedet «chooses from each of the Member States those solutions which, having regard to the objects of the Treaty, appear to be the best or, if one may use the expression, the most progressive».¹⁷⁴ For EU-ansvarets vedkommende synes det klart at EU-domstolen særlig lot seg inspirere av fransk erstatningsrett, men selv ikke de franske reglene om (objektivt) erstatningsansvar for *acte législatif* kan med rimelighet anføres som noen parallell til EU-ansvaret: Ansvar for *acte législatif* er prinsipielt løsrevet fra spørsmålet om den aktuelle lovgivning er i strid med ranghøyere normer, begrenset til rene unntakstilfeller hvor særskilte private er påført helt ekstraordinære tap og, som påpekt av bl.a. Harlow, «essentially equitable in character».¹⁷⁵ Etter min oppfatning er det derfor treffende når Tridimas

¹⁷³ Jf. eksempelvis Jacobs 2001 s. 129 («there are, especially in this field, simply no general principles common to the laws of the Member States») og Tridimas 2006 s. 477 («there is in fact no common corpus of rules governing the non-contractual liability of public authorities in the national laws»).

¹⁷⁴ Innstilling fra generaladvokat Lagrange i sak 14/61, *Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken mot Den Høje Myndighed*, Sml. 1962 (engelsk spesialutgave) s. 253 på s. 283-284.

¹⁷⁵ Jf. Harlow 1996 s. 215. Conseil d'États utvikling av et prinsipp om offentligrettslig *responsabilité sans faute* for lovgivning må forstås på bakgrunn av franske domstolers manglende kompetanse til å prøve gyldigheten av lover som allerede er trådt i kraft (I Frankrike kan en lovs gyldighet bare prøves av Conseil Constitutionnel og bare før dens ikrafttredelse). Det ligger i sakens natur at et slikt objektivt ansvar for lovgivningsmakten, prinsipielt løsrevet fra spørsmålet om den aktuelle lovgivning er i strid med ranghøyere normer, må begrenses til rene unntakstilfeller. Fra et norsk perspektiv går assosiasjonene i retning ekspropriasjonsretten snarer enn til erstatningsretten.

konkluderer med at EU-ansvaret i realiteten «is not based on principles common to the laws of the Member States as the Court implied» (men at grunnlaget i stedet er å finne i «the distinct nature of Community law and the principle of primacy»¹⁷⁶).

I sin instilling i *Hedley Lomas*, som ble avgitt før EU-domstolen avgjorde *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, hevdet som nevnt i punkt 2.2 generaladvokat Léger at ansvar for lovgiverfeil i det minste var en mulighet i seks av de daværende tolv medlemsstatene (Danmark, Frankrike, Hellas, Nederland, Portugal og Spania).¹⁷⁷ Léger tilføyde imidlertid at vilkårene var svært strenge og han synes også å utelukke fransk erstatningsrett som noe egnet forbildet.¹⁷⁸ Ut fra en oppfatning av at det på dette punkt ganske enkelt ikke finnes prinsipper som med rimelighet kan betegnes som felleseuropeiske, konkluderte Léger, etter mitt syn med rette, med at EU-ansvarets grunnlag i stedet må søkes i EU-rettens karakter av en overnasjonal rettsorden.

For det annet byr henvisninger til avtalepartenes rettstradisjoner på særegne utfordringer i EØS-rettslig sammenheng. Ettersom EU-domstolen (selvsagt) ikke tar hensyn til *EFTA-statenes* rettstradisjoner ved utviklingen av EU-retten, vil det i prinsippet kunne oppstå et spenningsforhold mellom homogenitetsmålsettingen og en utvikling av EØS-retten inspirert av EØS-partenes (og således ikke bare EU-statenes) felles rettstradisjoner. Dette gjelder kanskje særlig på erstatningsrettens område, hvor EU-domstolen primært har latt seg inspirere av franske regler som ikke uten videre lar seg forene med de erstatningsrettslige tradisjonene i EFTA-statenes rettssystemer. Et EØS-ansvar støttet på avtalepartenes felles rettstradisjoner ville derfor skapt utfordringer med tanke på den nærmere utforming av ansvarets innhold.

I *Brasserie du Pêcheur/Factortame* foranlediget henvisningen til «de almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer» en parallell til EUs eget erstatningsansvar utenfor kontrakt etter det som nå er TEUV artikkel 340 annet ledd (avsnitt 29 og 40 flg.). I *Sveinbjörnsdóttir* anførte Sveinbjörnsdóttir selv den tilsvarende bestemmelsen om ESAs erstatningsansvar i ODA artikkel 46 annet ledd som et støtteargument.¹⁷⁹ EFTA-domstolen unnlot imidlertid å henvise til denne bestemmelsen – muligens fordi ODA artikkel 46 annet ledd i seg selv reiser vanskelige spørsmål om forholdet mellom de «alminnelige retsprinsipper» som bestemmelsen viser til og EØS-avtalens homogenitetsmålsetting.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Tridimas 2006 s. 503.

¹⁷⁷ Innstilling i *Hedley Lomas*, avsnitt 96-100.

¹⁷⁸ Jf. avsnitt 108.

¹⁷⁹ Jf. gjengivelsen av anførselene fra Sveinbjörnsdóttir i Rettsmøterapporten, avsnitt 48 i.f. Det er ikke lett å følge den norske regjeringens etterfølgende anførsel i *Karlsson* om at «neither the EEA Agreement nor the ESA/Court Agreement contain any provision comparable to Article 288 EC», jf. Rettsmøterapporten i *Karlsson*, avsnitt 72.

¹⁸⁰ Jf. nærmere i kapittel 3, avslutningsvis i punkt 3.3.

2.4.6 Folkerettslige ansvarsregler

Ytterligere et støtteargument for et EU-ansvar som også omfattet brudd på EU-forpliktelser som må tilskrives medlemsstatenes lovgivende organer, fant EU-domstolen i de alminnelige folkerettslige ansvarsreglene.¹⁸¹ I sin innstilling i saken fremhevet generaladvokat Tesauro at allerede Folkeforbundets Permanent Court of International Justice (PCJI) i avgjørelsen *Chorzów Factory* fra 1927 slo fast at det er et alminnelig folkerettslig prinsipp at en folkerettsstridig handling utløser en plikt til å yte passende erstatning for den skade som måtte være voldt.¹⁸² EFTA-domstolen fulgte ikke opp dette i *Sveinbjörnsdóttir*, muligens fordi domstolen fremhevet EØS-avtalen som noe «mer» enn en tradisjonell folkerettslig avtale og derfor ikke ønsket å undergrave dette gjennom henvisninger til de folkerettslige ansvarsreglene.¹⁸³ Tausheten på dette punkt hindrer likevel ikke at folkeretten etter mitt syn *gir* en viss støtte til det EØS-ansvar som EFTA-domstolen utledet av avtalen. Riktignok gjelder de folkerettslige ansvarsreglene som utgangspunkt og hovedregel bare stater imellom, men om man kobler dette med det særtrekk ved EØS-retten at private er tillagt rettigheter som kan gjøres gjeldende overfor EØS-statene (jf. punkt 2.4.3), så fremstår ikke statlig erstatningsansvar overfor private som en unaturlig slutning.¹⁸⁴

Resonnementet understøttes av EMDs kompetanse i henhold til EMK artikkel 41 til å tilkjenne klagere som er utsatt for en konvensjonskrenkelse «just satisfaction» – EMK er en folkerettslig avtale som tillegger private rettigheter og EMK artikkel 41 sikrer disse rettighetene erstatningsrettslig vern. Nå inneholder verken *Franovich* eller *Brasserie du Pêcheur/Factortame* noen henvisning til EMK,¹⁸⁵ men da EU-domstolen i *Köbler* slo fast at EU-ansvaret også omfatter brudd på EU-retten som må tilskrives nasjonale domstoler, ble parallellen til EMK artikkel 41 påpekt (avsnitt 49).

2.4.7 Forutsetningen om gjensidighet mellom avtalepartenes forpliktelser

Et annet støtteargument for EØS-ansvaret som ikke omtales verken i *Sveinbjörnsdóttir* eller *Karlsson*, er påpekningen i fjerde ledd av avtalens fortale om «gjensidig-

¹⁸¹ Jf. *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 34.

¹⁸² PCIJ, dom 26. juli 1927, *Chorzów Factory*, PCIJ Rep. Series A s. 21, omtalt av generaladvokat Tesauro i hans innstilling i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 38. De folkerettslige ansvarsreglene er senere forsøkt kodifisert av FNs folkerettskommisjon, jf. nærmere om dette Crawford 2002.

¹⁸³ Generelt etterlater EFTA-domstolens praksis et bestemt inntrykk av at domstolen unngår enhver kobling mellom EØS-retten og den «alminnelige» folkeretten. EFTA-domstolen har eksempelvis ikke ved noen anledning fulgt EU-domstolens eksempel fra Uttalelse 1/91 ved å vise til de folkerettslige tolkningsreglene i Wienkonvensjonen (1969) artikkel 31 flg., noe Baudenbacher i en rekke sammenhenger har fremhevet (jf. for eksempel Baudenbacher 2005 s. 32-33).

¹⁸⁴ Generaladvokat Tesauro kan synes å være inne på dette (i forhold til EU-retten) i hans innstilling i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 39.

¹⁸⁵ Muligens fordi EU-rettens forhold til EMK på dette tidspunkt fremdeles fremstod som uavklart.

het» og «en samlet balanse av fordeler, rettigheter og forpliktelser» for avtalepartene. Under EØS-forhandlingene var det viktig for EU og medlemsstatene å hindre at EØS endte opp som et «EU á la carte», hvor EFTA-statene tok med seg alle fordeler ved full markedstilhørighet uten å ta på seg de forpliktelser som EUs egne medlemsstater må leve med («cherry picking»)¹⁸⁶ Sett fra EU-statenes perspektiv er risikoen for erstatningsansvar overfor private som følge av manglende etterlevelse av EU-rettslige forpliktelser en omkostning ved deres medlemskap i EU. Fordi EØS-avtalen utgjør en integrert del av EU-retten, vil EUs medlemsstater – helt uavhengig av eksistensen av et særegent EØS-ansvar – innen EØS-avtalens anvendelsesområde kunne pådra seg erstatningsansvar også ovenfor markedsaktører hjemmehørende i EFTA-statene.¹⁸⁷ For EU-institusjonene vil brudd på EØS-avtalen kunne lede til erstatningsansvar i henhold til TEUV artikkel 340 annet ledd.¹⁸⁸ Forutsetningen om gjensidighet kan derfor tilsi at også EFTA-statene må bære et mulig erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen som en omkostning knyttet til deres integrasjon i det indre marked.

I EØS-litteraturen er det i første rekke Baudenbacher som har knyttet forutsetningen om gjensidighet («resiprositet») til eksistensen av et statlig erstatningsansvar for brudd på avtalen.¹⁸⁹ Det kan innvendes at EØS-ansvaret knapt kan betegnes som noen tvingende følge av en forutsetning om balanse mellom avtalepartenes forpliktelser – gjensidighet kan jo like gjerne oppnås ved at EU-domstolen anlegger samme tilnærming til EØS-avtalen som til WTO-regelverket¹⁹⁰ og avviser at EØS-reglene utgjør en erstatningsrettslig vernet bestanddel av EU-retten.¹⁹¹ I forlengelsen av denne innvendingen kan det hevdes at det er EØS-avtalen uvedkommende om det skulle oppstå ubalanse mellom avtalepartenes forpliktelser som følge av at EU på sin side betrakter EØS-retten som en integrert del av EU-retten. Etter min oppfatning viser imidlertid nettopp disse innvendingene at gjensidighetsforutsetningen *er* relevant i vurderingen av EØS-ansvaret. Selve poenget med EØS-avtalen er å utvide EUs indre marked til å omfatte EFTA-statene. EØS-avtalen er slik ikke en tradisjonell handelsavtale, hvor gjennomføringen av forpliktelsene i de nasjonale rettsordningene er overlatt avtalepartene og hvor det forhold at en avtalepart har en monistisk tilnærming til folkeretts-

¹⁸⁶ Jf. for eksempel Norberg 2012 s. 35-36.

¹⁸⁷ Noe som også påpekes av Arnesen 1997 s. 682-683. Men medlemsstatenes EU-rettslige erstatningsansvar for brudd på EØS-forpliktelser er trolig begrenset til forpliktelser som oppfyller kriteriene for direkte virkning i EU-retten, noe som innebærer at spørsmålet om et særegent EØS-ansvar vil kunne få praktisk betydning også for EUs medlemsstater (jf. nærmere i punkt 2.4.11).

¹⁸⁸ Jf. generelt Eeckhout 2011 s. 299.

¹⁸⁹ Jf. for eksempel Baudenbacher 2004 s. 216. Hensynet til balansen mellom avtalepartenes forpliktelser fremheves imidlertid også av Sevón/Johansson 1999 s. 384 flg. og Sevón 2002 s. 730 flg. som et argument for en likeverdig beskyttelse av individuelle rettigheter i EFTA-statene som i EU.

¹⁹⁰ Jf. for eksempel forente saker C-120 og 121/06 P, *FIAMM og Fedon mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2008 s. 6513 (avsnitt 108 flg.).

¹⁹¹ Jf. slik Falch 1999 s. 1009.

lige forpliktelser ikke i seg selv kan være relevant for vurderingen av forpliktelsesens gjennomslag hos dualistiske avtaleparter. For EFTA-statene var det tvert i mot svært viktig å sikre at EU-domstolen ville vurdere EØS-reglene som likeverdige med den underliggende EU-retten også for så vidt gjaldt reglene rettsvirkninger i EUs medlemsstater. Dette var ikke selvsagt – under EØS-forhandlingene var EFTA-statene meget vel kjent med at EU-domstolen i flere saker hadde avvist å tillegge bestemmelser i den internasjonale handelsavtalen GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) direkte virkning i EU-retten¹⁹² På tilsvarende vis hadde EU-domstolen i *Polydor* avvist å tillegge bestemmelser i frihandelsavtalen mellom det daværende EF og den daværende EFTA-staten Portugal direkte virkning, til tross for at de så å si var likelydende med bestemmelsene i den dagjeldende EF-traktaten artikkel 28 og 30.¹⁹³ Under EØS-forhandlingene var det derfor viktig for EFTA-statene å sikre seg at EU-domstolen ville tolke EØS-reglene i overensstemmelse med likelydende bestemmelser i EU-retten, noe som bl.a. er ment ivaretatt ved at EØS-avtalen artikkel 6 også binder EU som avtalepart (og dermed også EU-domstolen).¹⁹⁴ Forutsetningene knyttet til EØS-reglenes stilling i EU-retten vises også motsetningsvis i formuleringen av avtalens protokoll 35 – i EU var EØS-avtalens gjennomslag i medlemstatenes nasjonale rett sikret allerede gjennom prinsippene om EU-rettens direkte virkning og forrang, noe som forklarer hvorfor protokoll 35 «Om gjennomføring av EØS-regler» utelukkende henvender seg til EFTA-statene. Erstatningsrettslig vern av EØS-reglene i EUs medlemsstater er slik ikke noen frivillig konsesjon fra EUs side, men en følge av EØS-avtalens formål. Det er fra et slikt utgangspunkt avtalens forutsetning om gjensidighet mellom avtalepartenes forpliktelser må betraktes.

Etter min oppfatning er det likevel klart at det av forutsetningen om gjensidighet i EØS-avtalens fortale alene ikke lar seg utlede konkrete forpliktelser som et statlig erstatningsansvar.¹⁹⁵ Formuleringen i fortalen må antas å stamme fra den dagjeldende EF-traktaten artikkel 310, hvor det fremgår at EU kan inngå assosieringsavtaler «med gjensidige rettigheter og plikter». Allerede i *Bresciani* slo EU-domstolen fast at det av dette kompetansegrunnlaget ikke kan utledes noe krav til full parallellitet mellom EU og de øvrige avtalepartenes forpliktelser: Det forhold at EU i en assosieringsavtale

¹⁹² Jf. bl.a. forente saker 21-24/72, *International Fruit Company mot Produktschap voor Groenten en Fruit*, Sml. 1972 s. 1219 og sak 9/73, *Schlüter mot Hauptzollamt Lörrach*, Sml. 1973 s. 1135.

¹⁹³ Sak 270/80, *Polydor mot Harlequin Records Shops*, Sml. 1982 s. 329.

¹⁹⁴ Bull 2002 s. 81.

¹⁹⁵ Slik forutsetningsvis den norske regjeringens henvisning til gjensidigheten mellom avtalepartenes forpliktelser i *Sveinbjörnsdóttir*, jf. rettsmøterapporten, avsnitt 74. Også Baudenbacher 2004 s. 216 må nok forstås slik at dette bare er et støtteargument for EØS-ansvaret. Men se nå sak E-14/11, *DB Schenker mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 1178 (avsnitt 121), hvor EFTA-domstolen hevder at ESA, som følge av «reasons of reciprocity», var forpliktet til å vedta innsynsregler i konkurransesaker som tilsvarer de regler som for Kommissjonens vedkommende følger av forordning 1049/2001. Behovet for parallelle innsynsregler er det lett å slutte seg til, men det hindrer ikke at EFTA-domstolens begrunnelse etter mitt syn er temmelig oppsiktsvekkende.

med seks tidligere kolonier i Afrika hadde påtatt seg mer omfattende forpliktelser enn de øvrige avtalepartene, var ikke til hinder for at avtalen kunne ha direkte virkning i EU.¹⁹⁶ Særlig overraskende er dette ikke – en annen tolkning av det som nå er TEUV artikkel 217 (såkalt «streng resiprositet») ville undergrave EUs mulighet til å inngå assosieringsavtaler som nettopp er ment å være særlig fordelaktige for motpartene, slik som privilegerte handelsavtaler med tidligere kolonier, stabiliseringsavtalene med Balkanstatene og bistandsavtaler med ulike utviklingsland.¹⁹⁷ For en assosieringsavtale som EØS-avtalen, som knapt har som formål å begunstige EFTA-statene på EUs bekostning, kan det nok like fullt hevdes at ordlyden i TEUV artikkel 217 forutsetter et minimum av gjensidighet mellom avtalepartenes forpliktelser.¹⁹⁸ I forhold til de frihandelsavtaler mellom EU og de enkelte EFTA-statene som EØS-avtalen avløste, uttalte imidlertid EU-domstolen i *Kupferberg* at kravet til gjensidighet ikke var til hinder for at en tilstrekkelig presis og ubetinget bestemmelse kunne tillegges direkte virkning i EU selv om dette ikke gjaldt tilsvarende i EFTA-statene.¹⁹⁹

Når TEUV artikkel 217 ikke krever streng gjensidighet, taler mye for å tolke forutsetningen i EØS-avtalens fortale på tilsvarende vis.²⁰⁰ Tilsvarende som lojalitetsprinsippet i EØS-avtalen artikkel 3 og målsettingen om effektiv rettsbeskyttelse av individuelle rettigheter, vil likevel forutsetningen om gjensidighet være et støtteargument for homogenitetsmålsettingen som grunnlag for erstatningsansvaret.

Etter min oppfatning er det dessuten grunn til å hevde at gjensidighet er noe EU-domstolen ser hen til når EØS-reglernes stilling i EU-retten skal fastlegges, slik at det via forutsetningen om gjensidighet er sammenheng mellom forutsetningen om gjensidighet og virkeliggjøringen av EØS-avtalens hovedmålsetting om å inkludere EFTA-statene i det indre marked (jf. punkt 2.4.11).

2.4.8 Homogenitetsmålsettingen

Det vil ha fremgått av drøftelsene ovenfor at EØS-ansvarets begrunnelse etter min oppfatning først og fremst må søkes i avtalens målsetting om rettsenhet mellom EU-retten og EØS-retten.²⁰¹ I *Sveinbjörnsdóttir* gir EFTA-domstolen en lengre redegjørel-

¹⁹⁶ Sak 87/75, *Bresciani mot Den Italienske Finansforvaltning*, Sml. 1976 s. 129 (avsnitt 22-23).

¹⁹⁷ Jf. nærmere om «strenge Reziprozität» i Simmas avhandling om betydningen av gjensidighet som en forutsetning i folkerettslige traktater, *Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge*, Berlin 1972.

¹⁹⁸ Jf. generelt Schmalenbach i Calliess/Ruffert 2011, TEUV artikkel 217, avsnitt 3.

¹⁹⁹ Sak 104/81, *Hauptzollamt Mainz mot Kupferberg*, Sml. 1982 s. 3641 (avsnitt 18). I motsetning til i *Polydor* kom EU-domstolen i dette tilfellet til at vilkårene var til stede for å tilkjenne en bestemmelse i frihandelsavtalen mellom EF og Portugal direkte virkning. Domstolen fastholdt imidlertid at bestemmelsen måtte tolkes i lys av frihandelsavtalens formål og derfor ikke nødvendigvis i samsvar med dens forbilde i EF-traktaten artikkel 90.

²⁰⁰ Men se altså nå sak E-14/11, *DB Schenker mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 1178 (omtalt i note 195 ovenfor).

²⁰¹ Tilsvarende bl.a. Bekkedal 2008 s. 139.

se for hvordan homogenitetsmålsettingen kommer til uttrykk i EØS-avtalen. Samtidig sies det lite om hva målsettingen innebærer; m.a.o. om hva som skal være homogent, og hvorfor dette begrunner et statlig erstatningsansvar som en integrert del av EØS-avtalen.²⁰² Særlig påfallende er det at EFTA-domstolen utleder erstatningsansvaret av homogenitetsmålsettingen uten å vise til EU-ansvaret.²⁰³ Om man aksepterer at EØS-ansvaret hviler på homogenitetsmålsettingen, så er det jo nettopp eksistensen av et erstatningsansvar i EU som begrunner at også enkeltpersoner og markedsaktører i EFTA-pilaren må kunne kreve erstatning for tap de påføres som følge av statlige brudd på EØS-avtalen. Annerledes formulert: Det gir ingen mening å argumentere med rettsenhet mellom EØS-retten og EU-retten uten å ta utgangspunkt i rettsstilstanden i EU. Forklaringen er trolig at EFTA-domstolen mente å etablere et særegent EØS-ansvar, basert på EØS-rettens egne kilder og dermed prinsipielt løsrevet fra EU-domstolens argumentasjon i *Francovich* og *Brasserie du Pêcheur/Factortame* knyttet til EU-rettens overnasjonalitet.²⁰⁴ Når man imidlertid samtidig – etter min oppfatning med rette – begrunner dette særegne EØS-ansvaret med avtalens homogenitetsmålsetting, fremstår fraværet av henvisninger til rettsstilstanden i EU som et gapende hull i resonnementet. Poenget er ikke at homogenitetsmålsettingen tilsier en overføring av *Francovich*-ansvaret som sådan til EØS, men at det unektelig er eksistensen av et statlig erstatningsansvar i EU som tilsier at det eventuelt er grunnlag for å anse et lignende erstatningsansvar som en integrert del av EØS-avtalen.

I analysen av om homogenitetsmålsettingen utgjør et overbevisende rettsgrunnlag for EØS-ansvaret, kan det med Jervell være hensiktsmessig å sondre mellom *regelverks-homogenitet*, *fortolkningshomogenitet*, *institusjonell homogenitet* og *virkningshomogenitet*.²⁰⁵ Det er uomstridt at EØS-avtalen ikke bare etterstreber regelverkshomogenitet i form av likelydende bestemmelser, men også ensartet *tolkning* av EØS-reglene i samsvar med EU-domstolens tolkning av den underliggende fellekapsretten, jf. fortalens femtende avsnitt. Tilsvarende klart er det at EØS-avtalen *ikke* tilstreber det Jervell betegner som *institusjonell* homogenitet – EØS-avtalen skulle nettopp ikke innebære noen *en bloc* overtakelse av EU-rettens overnasjonale elementer.²⁰⁶ Jervell ser imidlertid EØS-ansvaret som utslag av en *virkningsorientert* forståelse av homogenitetsmålsettingen – ansvaret hviler på et ønske om å oppnå like rettsvirkninger av

²⁰² Noe som treffende påpekes av Jervell 2002 s. 135. Se for en ganske annen vurdering Méndez-Pinedo 2009 s. 241, som karakteriserer EFTA-domstolens resonnement i *Sveinbjörnsdóttir* som «an example of clarity»(!).

²⁰³ Se treffende kritikk hos Arnesen 1999 s. 360 og Jervell 2002 s. 135.

²⁰⁴ Noe som underbygges av EFTA-domstolens uttalelser i *Karlsson*, avsnitt 27.

²⁰⁵ Jf. Jervell 2002 s. 135.

²⁰⁶ Jervell 2002 s. 135.

EU/EØS-reglene i nasjonal rett, selv om mekanismene som leder frem til ensartete resultater ikke nødvendigvis er de samme i EØS-retten som i EU.²⁰⁷

At EØS-avtalens homogenitetsmålsetting også innbefatter EØS-reglenes rettsvirkninger i nasjonal rett, følger etter min oppfatning nokså klart allerede av formålet uttrykt i EØS-avtalens artikkel 1 om «like konkurransevilkår», jf. også fortalens fjerde avsnitt. I fortalens femtende avsnitt presiseres det at avtalepartenes formål er «å nå frem til lik behandling av enkeltpersoner og markedsdeltagere med hensyn til de fire friheter og konkurransevilkårene». Like konkurransevilkår foreligger først dersom EØS-retten er sikret et gjennomslag i nasjonal rett som tilsvarer den underliggende EU-rettens gjennomslag i EU-statenes nasjonale rettsordener.

En målsetting om virkningshomogenitet tilsier imidlertid ikke *per se* at det er domstolens oppgave å realisere denne. Tvert i mot inneholder EØS-avtalen visse holdpunkter for at avtalepartene mente at det måtte være opp til nasjonal lovgiver å sikre EØS-rettens gjennomslag i nasjonal rett. Klarest kommer dette til uttrykk i fortalen til protokoll 35, hvor det heter at avtalen tar sikte på å oppnå et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde «uten at det kreves at noen avtalepart overfører lovgivningsmyndighet», og at ensartetheten «følgelig [vil] måtte oppnås ved nasjonale fremgangsmåter». I protokollens eneste artikkel heter det at EFTA-statene om nødvendig forplikter seg til å sikre forrang for *gjennomførte* EØS-regler. Tilsvarende fremgår det av EØS-avtalens artikkel 7 bokstav a at også forordninger må gjennomføres i EFTA-statenes interne rett. Også artikkel 6 kan sies å bygge på en sontring mellom EU-domstolens rettspraksis mht. EU-reglenes materielle innhold på den ene side og deres rettsvirkninger i nasjonal rett på den annen.²⁰⁸

I *Sveinbjörnsdóttir* argumenterte Island nettopp ut fra en slik forståelse av homogenitetsmålsettingen for at det lå utenfor EFTA-domstolens kompetanse å etablere et statlig erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen – i den grad fravær av statlig erstatningsansvar var et problem, så måtte spørsmålet håndteres politisk og gjennom diplomatiske kanaler.²⁰⁹ På tilsvarende vis skal den norske regjeringen i *Karlsson* ha argumentert for at dersom dynamisk utvikling av EØS-retten var påkrevd av hensyn til homogenitetsmålsettingen, så var dette forbeholdt avtalepartene.²¹⁰

Utfallet i *Sveinbjörnsdóttir* og *Karlsson* viser klart nok at EFTA-domstolen ikke delte denne forståelsen av homogenitetsmålsettingen, men en egentlig begrunnelse leter

²⁰⁷ Jervell 2002 s. 135-136.

²⁰⁸ Slik Bull 2002 s. 78.

²⁰⁹ Jf. rettsmøterapporten, avsnitt 62.

²¹⁰ Jf. Baudenbacher 2008 s. 49, under henvisning til nedtegnelsen av den muntlige forhandlingen.

man forgjeves etter.²¹¹ Tausheten fremstår som nokså unødvendig, all den tid det burde være forholdsvis enkelt å vise til koblingen mellom homogenitet og dynamikk i fortalens fjerde ledd, sammenholdt med formuleringen i fortalens femte ledd som uttrykkelig knytter domstolene til oppgaven med å «nå frem til og opprettholde» homogenitet mellom EØS-avtalen og den underliggende EU-retten. Videre underbygger formuleringen i fortalens åttende ledd ikke bare oppfatningen av at EØS-avtalen rommer individuelle rettigheter, men også oppfatningen av at domstolene spiller en sentral rolle ved gjennomføringen av disse. Dette støttes også av uttalelsene i fortalens fjerde ledd om «tilstrekkelige håndhevelsesmidler, også på domstolsplan». I samme retning trekker det ovenfor omtalte lojalitetsprinsippet i artikkel 3 – som nevnt er det forhold at EØS-avtalen inneholder en nær ordrett kopi av den tidligere EF-traktaten artikkel 10 i seg selv et argument for en forståelse av homogenitetsmålsettingen som går ut over EØS-reglens materielle innhold til også å omfatte EØS-rettens gjennomslag i EØS-statenes nasjonale rettsordener. Tilsvarende gjelder forutsetningen i fortalen om «gjensidighet» og «en samlet balanse av fordeler, rettigheter og forpliktelser» for avtalepartene: Selv om det, som vist ovenfor, ikke lar seg utlede konkrete forpliktelser som et statlig erstatningsansvar av denne forutsetningen alene, så støtter den opp under EFTA-domstolens tilnærming til homogenitetsmålsettingen.

Alt i alt leder dette til at det etter mitt syn må være riktig å forstå homogenitetsmålsettingen slik at den også omfatter EØS-rettens gjennomslag i EØS-statenes nasjonale rettsordener. Dermed er ikke sagt at målsettingen utgjør et overbevisende grunnlag for EØS-ansvaret, men tilnærmingen leder til at argumentasjonsbyrden snus: Med en virkningsorientert forståelse av homogenitetsmålsettingen, blir spørsmålet om det foreligger overbevisende argumenter for at det av avtalen *ikke* kan utledes en EØS-rettslig parallell til EU-ansvaret (jf. punkt 2.4.9 og 2.4.10).

EFTA-domstolens praksis etter *Sveinbjörnsdóttir* etterlater liten tvil om at den opererer med en virkningsorientert tilnærming til homogenitetsmålsettingen. Foruten de etterfølgende erstatningssakene (*Karlsson, Nguyen mv.*) og de alt omtalte sakene *Fokus Bank, Straffesak mot A, Kolbeinson, Granville* og *Irish Bank*, som alle gjaldt EØS-rettens gjennomslag i nasjonal rett,²¹² er EFTA-domstolens tilnærming til ulike prosessuelle bestemmelser i ODA, domstolens egne statutter og rettergangsordning og ESAs interne saksbehandlingsregler illustrerende: Under henvisning til homogenitetsmålsettingen har EFTA-domstolen gjennomgående fortolket slike bestemmelser i overensstemmelse med EU-domstolens forståelse av deres EU-rettslige paralleller, selv om man da

²¹¹ Etter min oppfatning er det misvisende når Baudenbacher 2008 s. 49 hevder at EFTA-domstolen *tilbakeviste* argumentasjonen fra den islandske og norske regjering.

²¹² Omtalt ovenfor i petitavsnittet avslutningsvis i punkt 2.4.4. Fra den senere tid er det særlig grunn til å være oppmerksom på følgende helt uforbeholdne uttalelse i *Irish Bank*, avsnitt 122: «The objective of establishing a dynamic and homogeneous European Economic Area can only be achieved if EFTA and EU citizens and economic operators enjoy, relying upon EEA law, the same rights in both the EU and EFTA pillars of the EEA».

er utenfor den plikt til å ta hensyn til EU-domstolens praksis som følger av ODA artikkel 3 nr. 2.²¹³ Særlig interessant i denne sammenheng er EFTA-domstolens oppfatning av at anvendelsen av «the procedural branch of the principle of homogeneity» ikke kan begrenses til «interpretation of provisions whose wording is identical in substance to parallel provisions of EU law».²¹⁴ Med tanke på EØS-rettens virkninger i norsk rett har Høyesterett sluttet seg til EFTA-domstolens forståelse av homogenitetsmålsettingen gjennom avgjørelser som Rt. 2000 s. 1811 [P] *Finanger I*, Rt. 2005 s. 597 *Allseas*, Rt. 2005 s. 1365 [P] *Finanger II* og Rt. 2010 s. 1500 *Edquist*.

2.4.9 Avtalepartenes oppfatninger

Om man aksepterer at homogenitetsmålsettingen som utgangspunkt kan tjene som rettslig grunnlag for en EØS-rettslig parallell til EU-ansvaret, så er spørsmålet om et slikt EØS-ansvar er forenlig med avtalepartenes forutsetninger ved undertegningen av avtalen. Som påpekt i punkt 2.4.2 kan jeg ikke se hvordan man skal kunne unngå denne innvendingen gjennom et postulat om EØS-avtalen som grunnlag for en egen rettsorden. Med utgangspunkt i den – etter mitt syn treffende – tilnærming til homogenitetsmålsettingens grenser som EFTA-domstolen har gitt uttrykk for i senere saker, kan dette formuleres som et spørsmål om avtalepartenes forutsetninger ved undertegningen av EØS-avtalen representerer særlige omstendigheter («specific circumstances») som er til hinder for en EØS-rettslig parallell til EU-ansvaret.²¹⁵

Snarere enn å ignorere denne problemstillingen, kunne EFTA-domstolen i *Sveinbjörnsdóttir* pekt på at uttalelser fra to nåværende og en forhenværende EFTA-stat og Kommisjonen avgitt mer enn seks år etter undertegnelsestidspunktet, ikke nødvendigvis gav grunnlag for sikre konklusjoner med hensyn til de i alt 21 avtalepartenes felles forutsetninger anno 1992.²¹⁶ Den islandske regjeringens henvisning til EØS-avtalens taushet om erstatningsspørsmålet som bevis for avtalepartenes felles av-

²¹³ Jf. for eksempel forente saker E-5-7/04, *Fesil mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2005 s. 117 (avsnitt 53) og sak E-18/10, *ESA mot Norge («Gullenke II»)*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 202 (avsnitt 26). I senere tid har EFTA-domstolen begynt å omtale dette som «the principle of procedural homogeneity», jf. bl.a. sak E-13/10, *Aleris Ungplan mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 3 (avsnitt 24); sak E-15/10, *Posten Norge mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 246 (avsnitt 110) og sak E-14/11, *DB Schenker mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 1178 (avsnitt 77).

²¹⁴ Jf. sak E-14/11, *DB Schenker mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 1178 (avsnitt 77-78).

²¹⁵ Formuleringen ble første gang benyttet i sak E-3/98, *Rainford-Towning mot Liechtenstein*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 205 (avsnitt 21). Den er senere gjentatt en rekke ganger, jf. for eksempel sak E-2/06, *ESA mot Norge (hjemfallsrett)*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 164 (avsnitt 59), og forente saker E-9/07 og E-10/07, *L'Oréal mot Per Aarskog m.fl.*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259 (avsnitt 27). Se generelt om dette Fredriksen/Mathisen 2012 s. 225 flg.

²¹⁶ Jf. for så vidt allerede generaladvokat Lagranges innstilling i sak 8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique mot Den høye myndighet*, Sml. 1954-56 (engelsk spesialutgave) s. 245 (på s. 277): «the common will [...] is in most cases difficult to establish with certainty in the case of documents such as international agreements, which are generally the result of compromises reached with more or less difficulty and in which the obscure or imprecise wording often only conceals fundamental disagreements».

standstagen fra *Francovich*,²¹⁷ kunne forholdsvis enkelt vært tilbakevist ved at dette bare er en naturlig følge av at også EF-traktaten var taus på dette punkt. Eventuelt kunne argumentet vært snudd: Dersom avtalepartene var enige om at *Francovich* ikke var EØS-relevant, burde det ikke da – nettopp i lys av all oppmerksomhet avgjørelsen hadde fått – vært påpekt, eksempelvis i tilknytning til avtalens protokoll 35 eller i en felles erklæring? Det er ikke uten interesse i denne sammenheng den franske regjeringen – parallelt med behandlingen av *Sveinbjörnsdóttir* i EFTA-domstolen – argumenterte for eksistensen av et statlig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen for EU-domstolen i *Andersson*-saken.²¹⁸

Mer prinsipielt kan det hevdes at det bør stilles særlige krav til avtalepartenes påståtte forutsetninger som argument for tolkning av en avtale som etter sin ordlyd tilsikter å gi private rettigheter (jf. punkt 2.4.3). Det kan argumenteres godt for at hensynet til privates mulighet til å forutberegne sin rettsstilling tilsier at eventuelle forutsetninger fra avtalepartene enten må ha i hvert fall visse holdepunkter i avtaleteksten eller for øvrig fremstå som velkjente og uomstridte. Når avtalepartene åpent inngår en avtale som tillegger private rettigheter, kan det hevdes at de må avfinne seg med at deres uttalte forutsetninger knyttet til tolkningen av avtalen bare kan vektlegges innenfor de skranker som følger av hensynet til de private rettighetssubjektenes rettsikkerhet.

Etter min oppfatning er dette et argument som EFTA-domstolen ikke bare burde anført i *Sveinbjörnsdóttir* og *Karlsson*, men også i senere saker som E-2/06, *ESA mot Norge (hjemfallsrett)*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 164 og sak E-5/06, *ESA mot Liechtenstein*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 296. I motsetning til i *Sveinbjörnsdóttir* og *Karlsson* gikk EFTA-domstolen i disse to sakene inn på anførsler knyttet til avtalepartenes forutsetninger om tolkningen av avtalen, men i begge tilfellene ble anførselene avfeid uten noen egentlig begrunnelse for hvorfor domstolen i sin tolkning av EØS-retten «cannot be bound by mere expectations of the Contracting Parties as to the exact content of the obligations the Parties enter into» (sak E-5/06, *ESA mot Liechtenstein*, avsnitt 63).

På denne bakgrunn har det betydelig interesse at innvendingene for EFTA-domstolen vedrørende avtalepartenes forutsetninger primært knyttet seg til spørsmålet om prinsippene om direkte virkning og forrang var omfattet av EØS-avtalen.²¹⁹ Oppfatningen av at statlig erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen var uforenlig med avtalepartenes forutsetninger, bygget slik på en forutsetning om en indre sammenheng mellom erstatningsspørsmålet og spørsmålet om direkte virkning. Når EFTA-domstolen på sin side avviste denne sammenhengen, ville det være nærliggende samtidig å påpeke at

²¹⁷ Jf. gjengivelsen av anførselene fra den islandske regjering i rettsmøterapporten, avsnitt 60. Argumentet anvendes også av Falch 1999 s. 1009.

²¹⁸ Jf. gjengivelsen av den franske regjeringens oppfatning i generaladvokat Cosmas' innstilling i *Andersson*, avsnitt 46. Muntlig forhandling i *Andersson*-saken ble avholdt 11. november 1998, dvs. en måned før EFTA-domstolens avgjørelse i *Sveinbjörnsdóttir*.

²¹⁹ Jf. rettsmøterapporten i *Sveinbjörnsdóttir*, avsnitt 52 flg.

avtalepartenes avstandstagen mot direkte virkning og forrang vanskelig kunne være til hinder for et særegent EØS-ansvar, prinsipielt løst fra disse prinsippene.²²⁰

Det kan nok innvendes her at de nordiske EFTA-statenes avvisning av prinsippene om direkte virkning og forrang var utslag av en generell avstandstagen fra enhver følge av EØS-avtalen som kunne rokke ved deres dualistiske tilnærming til forholdet mellom internasjonale forpliktelser og nasjonal rett.²²¹ Fra et slikt perspektiv spiller det mindre rolle at EFTA-domstolen etablerte et særegent EØS-ansvar, så lenge resultatet unektelig er at ikke-gjennomførte EØS-regler, via erstatningsansvaret, får internrettslige virkninger. Problemet er bare at mens avvisningen av prinsippene om direkte virkning og forrang har nokså klar støtte i EØS-avtalen artikkel 7 og, særlig, protokoll 35, så savnes tilsvarende holdepunkter for erstatningsansvaret. Det er velkjent at spørsmålet om EØS-rettens gjennomslag i de dualistiske EFTA-statene var et vanskelig punkt under forhandlingene.²²² I en situasjon hvor enkelte avtaleparter (i realiteten bare Island, Norge og Sverige) ønsket å avskjære en hver internrettslig virkning av ikke-gjennomførte EØS-regler,²²³ mens andre (EU og EU-statene) var opptatt av å sikre en rettferdig balanse mellom fordeler og forpliktelser,²²⁴ kan det hevdes at det ikke er grunnlag for å begrense rekkevidden av avtalens grunnleggende målsetting om et ensartet EØS i større utstrekning enn det som nokså klart følger av ordlyden. Dermed de nordiske EFTA-statene var av den oppfatning at hensynet til deres suverenitet var overordnet homogenitetsmålsettingen, så er det – i hvert fall sett i ettertid – nokså klart at dette burde kommet langt klarere til uttrykk i avtalen.²²⁵ Når så ikke er tilfelle, er det ikke egentlig overraskende at EFTA-domstolen valgte å la den uttrykkelige hovedregelen (homogenitet) gå foran en uuttalt forutsetning de dualistiske EFTA-statenes eventuelt måtte ha om at brudd på EØS-forpliktelser ikke skulle kunne få noen som helst internrettslige virkninger.

²²⁰ Jervell 2002 s. 203 er inne på dette når han påpeker at selv norske myndigheters eksplisitte avstandstagen fra *Francovich*-ansvaret i Ot.prp. nr. 61 (1991-92) s. 7 ikke nødvendigvis kunne leses som en avvisning av det særegne EØS-ansvaret som EFTA-domstolen etablerte i *Sveinbjörnsdóttir*.

²²¹ Se den norske regjeringens argumentasjon i *Karlsson*, slik den er gjengitt i rettsmøterapporten, avsnitt 57.

²²² Jf. Bull 2002 s. 78.

²²³ For de monistiske EFTA-statene Liechtenstein, Sveits og Østerrike var denne problematikken av begrenset interesse. I følge Bull, som deltok i forhandlingene fra norsk side, hadde heller ikke Finland de samme problemer med spørsmålet om EØS-rettens virkning i nasjonal rett som de øvrige nordiske EFTA-statene, fordi en bestemmelse i den finske grunnloven med krav til kvalifisert flertall ved ratifisering av traktater medførte at spørsmålet var mindre politisk betent, jf. Bull 2002 s. 78 (i note 36).

²²⁴ Jf. Sejersted i Sejersted mfl. 2011 s. 88.

²²⁵ En kategorisk avvisning av en hver internrettslig virkning av ikke-gjennomført EØS-rett ville dessuten i prinsippet også avskjære de nasjonale domstolenes EØS-baserte plikt til EØS-konform fortolkning av nasjonal rett, et standpunkt som er vanskelig å forene med eksistensen av lojalitetsplikten i EØS-avtalen artikkel 3, jf. punkt 2.4.4 ovenfor.

2.4.10 Fraværet av prinsipper om forrang og direkte virkning

Ettersom EFTA-domstolens resonnement i *Sveinbjörnsdóttir* og *Karlsson* hviler på den oppfatning at det er mulig å etablere et særegent EØS-ansvar løsrevet fra prinsippene om direkte virkning og forrang, representerer en etterprøving av denne forutsetningen siste ledd i analysen av ansvarets rettslig grunnlag.

Ut fra en oppfatning om en nødvendig sammenheng mellom et prinsipp om statlig erstatningsansvar og direkte virkning av EØS-retten, hevdet en forfatter som Bruha at EFTA-domstolen i *Sveinbjörnsdóttir* bare hadde gitt uttrykk for «half of the truth»: «If State liability has to be seen as an ‘integral part of the EEA Agreement’, then the same is true for the basic principles of direct effect and primacy».²²⁶ På tilsvarende vis påpekte Eyjólfsson at det etter *Sveinbjörnsdóttir* var grunn til å spørre om også prinsippet om direkte virkning var en del av EØS-avtalen «[s]ince the principle of State liability is regarded by many as a prolongation of the doctrine of direct effect».²²⁷ Den norske regjeringen var av samme oppfatning da den i *Karlsson* hevdet at det EU-rettslige prinsippet om statlig erstatningsansvar var «inseperable from the fundamental principle of direct effect». Grunnlaget for denne koblingen var først og fremst EU-domstolens uttalelser i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* om erstatningsansvar som «den nødvendige konsekvens» av den direkte virkning til de overtrådte bestemmelsene (avsnitt 22). Som nevnt la imidlertid samtidig forfattere som Norberg, Sevón og Sejersted til grunn at EØS-avtalen kunne inneholde et erstatningsansvar for avtalepartene uavhengig av prinsippene om direkte virkning og forrang.²²⁸

Da EFTA-domstolen i *Karlsson* avviste koblingen mellom erstatningsansvar og direkte virkning, så skjedde det uten at det ble gitt noen begrunnelse for hvorfor EØS-ansvaret ikke «in any way [is] contingent upon recognition of a corollary principle of direct effect of EEA rules» (avsnitt 27). Heller ikke da EFTA-domstolen i *Straffesak mot A* stadfestet at prinsippene om direkte virkning og forrang ikke er en del av EØS-retten, samtidig som erstatningsansvaret nærmest ble fremhevet som et EØS-substitut som skal avbøte virkningene av nettopp dette, ble det gitt noe nærmere redegjørelse for holdbarheten av denne mellomløsningen (avsnitt 41-42).

EFTA-domstolens taushet på dette punkt er etter min oppfatning noe overraskende, all den tid det burde være nokså enkelt å vise til at EU-domstolen i *Francovich* etablerte prinsippet om statlig erstatningsansvar nettopp i et tilfelle hvor direktivet som ikke var gjennomført, ikke oppfylte kriteriene for direkte virkning. Hertil kommer at EU-domstolens uttalelse i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* bare tok sikte på å imø-

²²⁶ Bruha 1999 s. 124.

²²⁷ Eyjólfsson 2000 s. 211 (fotnote utelatt).

²²⁸ Slik Norberg mfl. 1993 s. 207-208; Sejersted 1997 s. 57-58; Sevón 1994 s. 352.

tegå den irske, nederlandske og tyske regjeringens anførsler om at erstatningsansvaret måtte anses begrenset til tilfeller hvor de overtrådte bestemmelsene ikke var direkte anvendelige i nasjonal rett.²²⁹ Den norske regjeringens henvisning til *Brasserie du Pêcheur/Factortame* ville derfor i høyden kunne tjene til å avgrense EØS-ansvaret mot tilfeller av brudd på EØS-regler som allerede *er operative i nasjonal rett*, noe som i hvert fall for Norges vedkommende ville være uten nevneverdig praktisk betydning ettersom slike tilfeller for alle praktiske formål uansett omfattes av etablert nasjonal erstatningsrett (se kapittel 7, punkt 7.16, og kapittel 11).

Til dette kommer at EU-domstolens slutning i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* fremstår som et rent postulat. Det er vanskelig å få øye på noen tvingende sammenheng mellom eksistensen av ranghøyere regler som private kan påberope seg overfor det offentlige og offentligrettslig erstatningsansvar for tilsidesettelse av disse. Slutningen er heller ikke helt lett å forene med EU-domstolens innsnevring av ansvaret i samme dom gjennom kravet til et «tilstrækkelig kvalifisert» brudd på EU-retten – om erstatning skulle være «den nødvendige følge» av direkte virkning, så må vel dette gjelde ved enhver tilsidesettelse av en EU-regel med slik virkning i nasjonal rett?

I de svært utførlige innstillingene i *Hedley Lomas* og *Brasserie du Pêcheur/Factortame* forsøkte generaladvokatene Léger og Tesauro å forklare sammenhengen mellom direkte virkning og erstatningsansvaret. Kjernen i generaladvokatenes argumentasjon synes å være en slutning fra det mer til det mindre: «If the principle of State liability applies in respect of a right having no direct effect conferred by a directive, it applies *a fortiori* in respect of a subjective right conferred by provisions which do have direct effect» (avsnitt 86 i innstillingen i *Hedley Lomas* og det lignende resonnerment i avsnitt 33 i innstillingen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*). Ved første øyekast kan kanskje dette synes overbevisende, men slutningen holder ikke når det tas i betraktning at det nettopp var mangelen på direkte virkning i *Francovich* som innebar at et statlig erstatningsansvar var påkrevd for å sikre EU-rettens gjennomslag i nasjonal rett (*Francovich*, avsnitt 33).

Nå er det utvilsomt grunn til å se *Francovich* som et tilbygg til prinsippene om EU-rettens forrang og direkte virkning og slik som utslag av EU-rettens særegne karakter av en overnasjonal rettsorden.²³⁰ Poenget i herværende sammenheng er imidlertid at ettersom det ikke er noen rettslogisk kobling mellom erstatningsansvar og direkte virkning, så må EFTA-domstolen gis rett i at det er prinsipielt mulig å etablere et sær-egent EØS-ansvar løst fra prinsippene om direkte virkning og forrang.

²²⁹ *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 22 sammenholdt med avsnitt 18.

²³⁰ Noe som det synes å være alminnelig enighet om i litteraturen og som kort tid etter *Francovich* bl.a. ble påpekt av en av dommerne som deltok i saken, Fernand Schockweiler: «L'arrêt *Francovich* constitue l'aboutissement final et logique d'une évolution jurisprudentielle qui a affirmé et développé les principes de la spécificité de l'ordre juridique communautaire, de la primauté et de l'effet direct du droit communautaire» (Schockweiler 1992 s. 27 på s. 46).

Det faller utenfor rammene for denne avhandlingen å ta stilling til om EFTA-domstolen ville hatt tilstrekkelig grunnlag i EØS-avtalen til også å erklære prinsippet om direkte virkning som en integrert del av avtalen. Det er i og for seg en riktig observasjon at EFTA-domstolens utlegning av homogenitetsmålsettingen i *Sveinbjörns-dóttir* er vid nok til også å omfatte direkte virkning.²³¹ Når EFTA-domstolen i *Karlsson* og *Straffesak mot A* likevel konkluderte i motsatt retning, skyldes dette trolig at de dualistiske EFTA-statenes avvisning av prinsippet om direkte virkning har nokså klar støtte i EØS-avtalen artikkel 7 og avtalens protokoll 35.²³² Om man tar utgangspunkt i EFTA-domstolens egen angivelse av homogenitetsmålsettingens grenser,²³³ så kan det hevdes at det for så vidt gjelder prinsippene om forrang og direkte virkning (men altså ikke erstatning) finnes så klare holdepunkter mot disse i avtalen at det foreligger særlige omstendigheter som tilsier at presumsjonen for homogenitet må vike.

Oppfatningen av at EØS-avtalen ikke rommer et prinsipp om direkte virkning ble gjentatt høsten 2012 i *Irish Bank* (avsnitt 121). Det er imidlertid grunn til å være oppmerksom på at EFTA-domstolen her tok forbehold for det domstolen betegner som «the principle of provisional applicability» i henhold til EØS-avtalen artikkel 103 nr. 2,²³⁴ samt at domstolen fulgte opp med en prinsipputtalelse om at homogenitetsmålsettingen bare kan oppfylles dersom «EFTA and EU citizens and economic operators enjoy, relying upon EEA law, the same rights in both the EU and EFTA pillars of the EEA» (avsnitt 122). Isolert sett kan denne siste uttalelsen tyde på at EFTA-domstolen mener at oppfatningen av at EØS-avtalen ikke rommer et prinsipp om direkte virkning bare kan

²³¹ Slik Jervell 2002 s. 138.

²³² Jf. *Karlsson*, avsnitt 28; *Straffesak mot A*, avsnitt 40. Men se Arnesen/Graver 2000 s. 38: «Det forhold at man har uttrykkelige regler om plikt til gjennomføring, sier i seg selv intet om rettstilstanden hvor plikten ikke er oppfylt.»

²³³ Se innledningsvis i punkt 2.4.9.

²³⁴ Dette «prinsippet» er ikke noe annet enn et navn på resultatet av en ordinær tolkning av ordlyden i EØS-avtalen artikkel 103 nr. 2: En beslutning i EØS-komiteen skal anvendes midlertidig etter utløpet av en periode på seks måneder, med mindre en avtalepart som har tatt forbehold for oppfyllelse av forfatningsrettslige krav meddeler at beslutningen ikke kan gis slik virkning. Gjennom et lengre obiter dictum fikk EFTA-domstolen gitt uttrykk for akkurat dette i sak E-17/11, *Aresbank mot Landsbankinn m.fl.*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 916 (avsnitt 69-77). Antydningen i *Irish Bank* om at slike midlertidig anvendelige beslutninger kan ha direkte virkning i nasjonal rett, er imidlertid oppsiktsvekkende. Formuleringene i sak E-11/12, *Koch m.fl. mot Swiss Life (Liechtenstein)*, rådgivende uttalelse 13. juni 2013, avsnitt 118-121 synes å trekke i samme retning. Det må antas at norske myndigheter er påpasselige med å melde fra om at det vil være grunnlovsstridig å la en av EØS-komiteens beslutninger tre i kraft i et tilfelle hvor Stortingets ennå ikke har gitt et påkrevd samtykke i henhold til grunnloven § 26 annet ledd, men det ser ikke ut til at islandske myndigheter har hatt like gode rutiner på dette punkt. Det kan tenkes at dette har ført til situasjoner hvor norske myndigheter har avventet godkjenning fra det islandske parlamentet, uten å være oppmerksomme på at islandske myndigheters manglende overholdelse av meldeplikten i EØS-avtalen artikkel 103 nr. 2 innebærer at den aktuelle rettsakten har trådt midlertidig i kraft. Noe grunnlag for direkte virkning i nasjonal rett av slike midlertidig anvendelige rettsakter er det imidlertid svært vanskelig å få øye på. En annen sak er at artikkel 103 nr. 2 etter sin ordlyd tilsier at en meddelelse om at det ikke er mulig med midlertidig anvendelse vil ha som konsekvens at den berøret del av det aktuelle vedlegg til avtalen skal betraktes som midlertidig satt ut av kraft, altså tilsynelatende uten at noen avtalepart fremsetter noe krav om dette. Slik synes imidlertid ikke bestemmelsen å ha vært praktisert og det er heller ikke en løsning som harmonerer særlig godt med de mange henvisningene i artikkel 102 om avtalepartenes plikt til å bestrebe seg på å unngå et slikt resultat.

oppretholdes så fremt dette kompenseres fullt ut gjennom prinsippet om EØS-konform fortolkning av nasjonal rett og prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på EØS-forpliktelser (se nærmere i kapittel 3, punkt 3.2). I *HOB-vín* fulgte dessuten EFTA-domstolen opp med en meget konstant uttalelse om at brudd på plikten i direktiv 2000/13/EF artikkel 19 til å melde nasjonale særkrav til merking og presentasjon av næringsmidler til ESA har som følge at regelverket må betraktes som uanvendelig, *uten* å ta forbehold for at direktivet var gjennomført i islandsk rett (noe som var uklart).²³⁵ Også i den ferske uttalelsen i *Koch* er det formuleringer som tyder på at EFTA-domstolen faktisk mener at rettsakter som er midlertidig anvendelige i henhold til EØS-avtalen artikkel 103 nr. 2 har direkte virkning i nasjonal rett (se avsnitt 118-121). Det kan også nevnes at Kommissjonen i *Granville* visstnok prosederte på direkte virkning av grunnleggende EØS-rettslige prinsipper, slik som diskrimineringsforbudet i EØS-avtalen artikkel 4. EFTA-domstolen gikk ikke inn på dette, men det var heller ikke påkrevd fordi domstolen i stedet gikk temmelig langt i å diktere en tolkning av liechtensteinsk prosessrett som ville sørge for fullt gjennomslag for EØS-retten (avsnitt 52-53). Det faller utenfor rammene for denne avhandlingen å forfølge disse spørsmål videre (med unntak av sider ved problematikken som er av betydning for EØS-ansvarets innhold), men det bør påpekes at utnevnelsen av to nye dommere til EFTA-domstolen i 2011 synes å ha ledet til et taktomslag i domstolens tilnærming til spørsmål som gjelder EØS-rettens gjennomslag i nasjonal rett. Det gjenstår å se hvordan dette vil utvikle seg i årene som kommer.

Selv om prinsippene om direkte virkning og forrang ikke er en del av EØS-avtalen, så er det ikke til å komme forbi at et statlig erstatningsansvar som også omfatter tilfeller av manglende eller mangelfull gjennomføring av EØS-regler, leder til at EØS-regler som ikke er gjort til en del av nasjonal rett, *likevel får internrettslige virkninger*: Resultatet i saker som *Sveinbjörnsdóttir* og *Finanger II* er unektelig at en EØS-regel som ikke er gjort til en del av nasjonal rett, kan påberopes av private som grunnlag for et statlig erstatningsansvar. Høyesterett var inne på dette i *Finanger II*, i det en anførsel om at staten var erstatningsansvarlig etter intern norsk erstatningsrett ble avvist under henvisning til at det, nettopp som følge av den feilaktige gjennomføringen av motorvogndirektivene, ikke forelå brudd på noen «materieell internrettslig rettsnorm».²³⁶ Når *EØS-ansvaret* likevel førte til at *Finanger* fikk erstattet fra staten det beløp hun ville fått utbetalt av forsikringsselskapet dersom direktivene hadde vært korrekt gjennomført, så synes det ikke til å komme forbi at en EØS-regel som ikke var gjort til en del av norsk rett, indirekte fikk internrettslige virkninger. Det er på dette grunnlag Jervell hevder at EØS-ansvaret innebærer «en direkte økonomisk virkning», mens Arnesen

²³⁵ Avsnitt 113. At EFTA-domstolen var oppmerksom på at det var uklart om direktivet var korrekt gjennomført i islandsk rett, fremgår bl.a. av avsnitt 128.

²³⁶ Avsnitt 105, med tilslutning fra mindretallet i avsnitt 137). Se nærmere om dette i kapittel 11.

stiller spørsmålet om statlig erstatningsansvar for rettsbrudd som ikke lar seg konstatere på internrettslig grunnlag, ikke nettopp er «en form for direkte virkning?»²³⁷

Etter min oppfatning er det klart at statlig erstatningsansvar også for brudd på EØS-regler som ikke er gjort til en del av nasjonal rett, innebærer at de aktuelle reglene får en form for direkte virkning. Det er imidlertid snakk om en «indirekte direkte virkning», fordi rettsvirkningene følger via et erstatningsansvar *som selv er gjennomført i nasjonal rett* i og med gjennomføringen av EØS-avtalens hoveddel (jf. for norsk retts vedkommende EØS-loven § 1).²³⁸ Til dette kommer at bruk av betegnelsen «direkte virkning» i denne sammenheng gir misvisende assosiasjoner til EU-rettsens prinsipp om direkte virkning. Som nevnt er ikke medlemsstatenes erstatningsansvar for brudd på EU-retten noen følge av prinsippet om at tilstrekkelig entydige og ubetingete EU-regler kan ha direkte virkning overfor medlemsstatene, men *begge deler er utslag av det forhold at EU-retten betrakter ikke bare medlemsstatene, men også private som rettighetssubjekter*, jf. EU-domstolens henvisning i *Francovich* (avsnitt 31) til de grunnleggende avgjørelsene *van Gend & Loos* og *Costa*. Om man overfører Jervells og Arnesens begrepsbruk til EU-retten, så var resultatet i *Francovich* at et direktiv uten direkte virkning, via erstatningsansvaret, likevel fikk «økonomisk» eller «en form for» direkte virkning i Italia. Dette kan være en dekkende beskrivelse av de faktiske forhold, men en slik flertydig bruk av betegnelsen «direkte virkning» er likevel egnet til å skape misforståelser. Poenget i herværende sammenheng er uansett at de interne rettsvirkninger som erstatningsansvaret unektelig gir til EØS-regler som selv ikke er gjennomført i nasjonal rett, er av en annen karakter enn den direkte virkning som EØS-avtalen artikkel 7 og avtalens protokoll 35 må antas å være til hinder for.

Vurdert i ettertid er det lett å påpeke at i hvert fall den norske diskusjonen om EØS-rettsens gjennomslag i nasjonal rett var preget av at spørsmålet om de EU-rettslige prinsippene om direkte virkning og forrang fikk overskygge det grunnleggende spørsmålet om EØS-avtalen som sådan gav private individuelle rettigheter. Dersom norske myndigheter ønsket å forsvare dualismegrunnsetningen fullt ut, så måtte man ha gjort det klart at EØS-avtalen ikke var ment å gi EØS-borgerne individuelle rettigheter, heller enn å konsentrere oppmerksomheten mot et prinsipp som bare er et utslag av det forhold at EU-retten betrakter private som rettighetssubjekter. I stedet aksepterte man et ledd i avtalens fortale som uttrykkelig fremhever «den viktige rolle individene vil spille [...] ved at de utøver de rettigheter som er gitt dem i avtalen». Når EFTA-domstolen tok denne formuleringen på ordet, var en grunnleggende forutsetning for etableringen av et særegent EØS-ansvar – løst fra de EU-rettslige prinsippene om forrang og direkte virkning – etablert.

²³⁷ Jervell 2002 s. 139 (kursivering i original); Arnesen 1999 s. 362, sammenholdt med Arnesen 1997 s. 679. Slik også Bull 2002 s. 66 («en ny form for direkte virkning») og Falch 1999 s. 1009 («EØS-reglene gis på sett og vis virkning likevel»).

²³⁸ Jf. nærmere om EØS-ansvarets grunnlag i norsk rett nedenfor under punkt 2.6.

2.4.11 Oppsummering: Et vel etablert homogenitetsansvar

Selv om jeg ikke deler Høyesteretts oppfatning av at den begrunnelse som EFTA-domstolen gav for EØS-ansvaret i *Sveinbjörnsdóttir* og *Karlsson* i seg selv var «overbevisende»,²³⁹ så vil det ha fremgått av fremstillingen ovenfor at jeg alt i alt mener at det i 1998 var grunnlag for å utlede et uskrevet prinsipp om statlig erstatningsansvar av avtalen. Analysen av ansvarets rettslige grunnlag viser samtidig etter min oppfatning at det er snakk om et «homogenitetsansvar». Dersom EU-domstolen hadde holdt fast ved sin opprinnelige oppfatning av at spørsmålet om statlig erstatningsansvar for brudd på EU-retten var overlatt til nasjonal rett, så ville det heller ikke vært grunnlag for noe EØS-ansvar. Det er eksistensen av EU-ansvaret som gjør *Sveinbjörnsdóttir* berettiget. Selv om det nettopp av denne grunn er riktig at EØS-ansvarets rettslige grunnlag er et annet enn EU-ansvarets (og at det følgelig er snakk om et særegent EØS-ansvar), er denne koblingen til EU-ansvaret av betydelig interesse når EØS-ansvarets nærmere innhold skal kartlegges (se nærmere i kapittel 3, punkt 3.2). Samtidig leder anerkjennelsen av homogenitetsmålsettingen som ansvarets grunnlag til at det ikke er noen avgjørende innvending mot *Sveinbjörnsdóttir* at det praktiske behovet for statlig erstatningsansvar som et virkemiddel for å sikre EØS-rettens gjennomslag i nasjonal rett på ingen måte fremstår som sammenlignbart med de utfordringer som EU-retten sto overfor da *Francovich* havnet på EU-domstolens bord. Av samme grunn er det etter mitt syn heller ikke noen tungtveiende innvending at EU-ansvaret må betraktes som et utslag av EUs karakter av «a quasi-federal legal order».²⁴⁰ EØS-ansvaret hviler ikke på betraktninger om EØS-avtalen som grunnlag for noen overnasjonal rettsorden, men på målsettingen om like konkurransevilkår i hele EØS.

Uavhengig av hva man måtte mene om rettskildebildet anno 1998, er det liten tvil om at EØS-ansvaret i dag må kunne karakteriseres som sikker rett. Til tross for at det etter min oppfatning er berettiget å kritisere Høyesterett for ikke å ha drøftet et eneste av de mange ovenfor omtalte motargumentene da retten gav sin tilslutning til ansvaret i *Finanger II*, er det lite å innvende mot utfallet. Selv om man skulle mene at spørsmålet om det kunne utledes et uskrevet prinsipp om statlig erstatningsansvar av EØS-avtalen var helt åpent da det kom opp for EFTA-domstolen,²⁴¹ var jo rettskildebildet et ganske annet for Høyesterett: Ikke bare hadde EFTA-domstolen gitt uttrykk for sitt syn i *Sveinbjörnsdóttir* og *Karlsson*, men også tilsynelatende vunnet tilslutning fra EU-domstolen i *Rechberger*. Videre hadde ikke bare norske myndigheter, men også flere andre avtaleparter gitt uttrykk for at man anerkjente EØS-ansvarets eksistens.²⁴²

²³⁹ Jf. *Finanger II*, avsnitt 52.

²⁴⁰ Jf. den etter mitt syn treffende karakteristikken hos Tridimas 2006 s. 503.

²⁴¹ Slik Sejersted i Sejersted m.fl. 2011 s. 112.

²⁴² Forut for Høyesteretts tilslutning til ansvaret gjaldt dette i hvert fall EU v/Kommisjonen og Island (for EFTA-domstolen i *Karlsson*).

I hvert fall i en situasjon hvor slik etterfølgende aksept av rettsutviklingen utelukken- de er til fordel for private, må dette være et viktig argument for fortolkningen av en folkerettslig avtale. Av en viss interesse var det også at ansvaret på dette tidspunkt var anerkjent av så vel Hæstiréttur Islands som Högsta domstolen i Sverige.

Min oppfatning av EØS-ansvaret som temmelig sikker rett, hviler imidlertid også på en oppfatning av at også *EU-domstolen* vil la seg overbevise av den ovenfor gjengitte argumentasjon for ansvars eksistensberettigelse dersom spørsmålet skulle havne på dens bord.²⁴³ Som nevnt mener jeg *Rechberger* må forstås som en tilslutning til EFTA-domstolens standpunkt, men selv nærmere 20 år etter avtalens ikrafttredelse har spørsmålet om EØS-ansvarets eksistens ennå ikke kommet på spissen for EU-domstolen. Ved første øyekast kan dette fremstå som noe overraskende, men som nevnt (punkt 2.4.7) betrakter EU-domstolen EØS-avtalen som en integrert del av EU-retten. For brudd på EØS-regler som oppfyller kriteriene for direkte virkning i EU-retten,²⁴⁴ vil derfor eventuelle erstatningssøksmål kunne avgjøres allerede på grunnlag av prinsippet om medlemsstatenes (og EU-institusjonenes) EU-rettslige ansvar.²⁴⁵ I praksis vil spørsmålet om eksistensen av et eget EØS-ansvar først komme på spissen for EU-domstolen dersom manglende eller mangelfull gjennomføring i en av EUs medlemsstater av et direktiv som *ikke* fyller vilkårene for direkte virkning i EU, skulle påføre private hjemmehørende i en av de tre EFTA-statene et økonomisk tap.²⁴⁶ Denne konstellasjonen er likevel ikke mer spesiell enn at den før eller siden vil kunne dukke opp i praksis: Dersom en av lønsmottakerne som led tap som følge av den italienske statens manglende gjennomføring av konkursgarantidirektivet i *Francovich*

²⁴³ Noe som igjen hviler på en grunnleggende forestilling om at det bare kan finnes én riktig løsning på spørsmål om tolkning av EØS-avtalen, uavhengig av om spørsmålet måtte dukke opp i EFTA-pilaren eller i EU-pilaren, jf. nærmere Fredriksen 2010 s. 248-250. Med tanke på EØS-ansvarets nærmere innhold drøftes dette noe nærmere i kapittel 3, punkt 3.2.

²⁴⁴ Jf. de grunnleggende avgjørelsene om folkerettslige avtalers stilling i EU-retten i sak 104/81, *Hauptzollamt Mainz mot Kupferberg*, Sml. 1982 s. 3641 og sak 12/86, *Demirel mot Stadt Schwäbisch Gmünd*, Sml. 1987 s. 3719. Se utførlig om dette Eeckhout 2011 s. 323 flg. Det er grunn til å være oppmerksom på at spørsmålet om folkerettslige reglers direkte virkning i EU-retten ikke nødvendigvis i ett og alt faller sammen med spørsmålet om EU-reglers direkte virkning i medlemsstatene (jf. Eeckhout 2011 s. 329-330). Det er imidlertid den sammenheng at dersom en folkerettslig regel først fyller vilkårene for direkte virkning i EU, så vil den nok også fylle vilkårene for direkte virkning i medlemsstatene. I EØS-rettslig sammenheng er det uansett neppe nevneverdig forskjell på disse to formene for direkte virkning.

²⁴⁵ Jf. for eksempel Tridimas 2006 s. 33 (med tanke på medlemsstatenes erstatningsansvar) og Eeckhout 2011 s. 299 (med tanke på EU-institusjonenes erstatningsansvar). Et håpløst forsøk på å holde Kommissjonen erstatningsansvarlig for påståtte brudd på EØS-avtalen finnes i sak C-395/95 P, *Geotronics mot Kommisjonen*, [P] Sml. 1997 s. I-2271.

²⁴⁶ Sml. EU-domstolens avvisende holdning til spørsmålet om brudd på WTO-bestemmelser (som i følge EU-domstolene ikke fyller vilkårene for direkte virkning i EU-retten) kan påføre EU erstatningsansvar i henhold til TEUV artikkel 340 annet ledd, jf. bl.a. forente saker C-120 og 121/06 P, *FIAMM og Fedon mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2008 s. I-6513 (avsnitt 120 flg.). Se nærmere om dette Eeckhout 2011 s. 299-300.

hadde vært norsk statsborger (og EØS-avtalen hadde vært i kraft), ville spørsmålet om et særegent EØS-ansvar havnet på EU-domstolens bord.²⁴⁷

Oppfatningen av at EU-domstolen i et slikt tenkt tilfelle vil stadfeste eksistensen av EØS-ansvaret hviler selvsagt primært på de substansielle argumenter for EØS-ansvaret som er gjennomgått ovenfor. Det kan imidlertid tilføyes at standpunktet etter mitt syn understøttes av erfaringene knyttet til EU-domstolens tilnærming til EØS-avtalen: Fra det meget skeptiske utgangspunkt som kom til uttrykk i Uttalelse 1/91, synes det gradvis å ha vokst frem en erkjennelse i EU-domstolen av at det faktisk langt på vei *er* mulig å realisere EØS-avtalens målsetting om å utvide det indre marked til også å omfatte EFTA-statene.²⁴⁸ Allerede tre år etter avtalens ikrafttredelse avviste Underretten i *Opel Austria* at tilnærmingen i Uttalelse 1/91 var til hinder for ensartet fortolkning av EU/EØS-retten og slo fast, mot Rådets og Kommisjonens protester, at EØS-avtalen artikkel 10 har direkte virkning i EU.²⁴⁹ EU-domstolen har fulgt opp i form av en etter hvert lang rekke avgjørelser hvor ulike bestemmelser i EØS-avtalens fortolkes i overensstemmelse med deres EU-rettslige forbilder og tillegges direkte virkning i EU og EUs medlemsstater.²⁵⁰ Snarere enn å vise til Uttalelse 1/91, har EU-domstolen siden *Ospelt* konsekvent fremhevet homogenitetsmålsettingen som styrende for fortolkningen av avtalen.²⁵¹ Etter mitt syn tilsier dette at EU-domstolen ikke vil legge nevneverdig vekt på Uttalelse 1/91 om den skulle få spørsmål om EØS-avtalen rommet et uskrevet prinsipp om statlig erstatningsansvar.²⁵²

Den mulige innvending at aksept at EØS-ansvaret forutsetter at EU-domstolen deler EFTA-domstolens oppfatning av at EØS-avtalen er en særegen avtale som skiller seg fra alminnelige frihandelsavtaler, overser at EU-domstolen allerede synes å ha aner-

²⁴⁷ Derimot er det ikke lett å se for seg noe tilfelle hvor det kan oppstå spørsmål om EU-institusjonene selv vil kunne pådra seg erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen uavhengig av TEUV artikkel 340 annet ledd: Alle EØS-regler som på erstatningsrettslig relevant vis forplikter EU-institusjonene overfor private aktører må antas å fylle vilkårene for direkte virkning i EU.

²⁴⁸ Se utførlig til dette Fredriksen 2009 s. 548 flg., hvor det tas til orde for at EFTA-domstolens forståelse av homogenitetsmålsettingen har vært en medvirkende årsak til denne utviklingen.

²⁴⁹ Sak T-115/94, *Opel Austria mot Rådet*, Sml. 1997 s. II-39. Dommen, hvis betydning for EØS-retten etter min oppfatning knapt kan overvurderes, ble ikke anket til EU-domstolen.

²⁵⁰ Jf. for eksempel Eeckhout 2011 s. 350. Se nærmere Fredriksen/Mathisen 2012 s. 225-226 (med en lang rekke eksempler fra EU-domstolens praksis).

²⁵¹ Sak C-452/01, *Ospelt og Schlössle Weissenberg Familienstiftung*, [P] Sml. 2003 s. I-9743, avsnitt 29. Tilnærmingen er fulgt opp i senere avgjørelser som for eksempel sak C-540/07, *Kommisjonen mot Italia*, [A5] Sml. 2009 s. I-10983 (avsnitt 65); sak C-72/09, *Établissements Rimbaud mot Directeur général des impôts og Directeur des services fiscaux d'Aix-en-Provence*, [A5] Sml. 2010 s. I-10659 (avsnitt 20) og sak C-48/11, *Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö mot A*, [A5] dom 19. juli 2012 (avsnitt 15).

²⁵² Vurdert i ettertid synes det klart at alt EU-domstolen mente å gjøre i Uttalelse 1/91 var å påpeke *risikoen* for ulik tolkning av EØS-avtalen og EF-traktaten, uten at uttalelsen dermed kan brukes som *argument* for ulik fortolkning, jf. treffende Bekkedal 2008 s. 135.

kjent og lagt til grunn en slik forståelse.²⁵³ Dette betyr *ikke* at EU-domstolen betrakter EØS-avtalen som grunnlag for noen egen «rettsorden», men at den har erkjent at avtalens formål om å gjøre EFTA-statene til fullverdige medlemmer av det indre marked er mer vidtrekkende enn en alminnelig frihandelsavtale. Selv om EØS-avtalen er og blir en folkerettslig avtale som følgelig i utgangspunktet må tolkes i henhold til alminnelig folkerettslig tolkningslære, så innebærer homogenitetsmålsettingen at en formålsoverordnet fortolkning av avtalen nettopp vil være en fortolkning som sikrer like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler i hele EØS.²⁵⁴

Ut over EU-domstolens endrede oppfatning av EØS-avtalen er det særlig den etterfølgende aksepten av *Sveinbjörnsdóttir* fra avtalepartene – herunder også EU v/Kommisjonen – over en periode på nærmere 15 år som tilsier at EØS-ansvaret bør betraktes som sikker rett også sett fra EU-pilaren av EØS. Til dette kommer den omstendighet at EU-domstolen ved flere anledninger har trukket hensynet til gjensidighet mellom avtalepartenes forpliktelser inn i tolkningen av folkerettslige avtaler som EU er part til (jf. punkt 2.4.7). I forhold til WTO-avtalene inngår betraktninger om gjensidighet i EU-domstolens begrunnelse for å avskjære erstatningssøksmål basert på brudd på WTO-retten,²⁵⁵ men i EØS-rettslig sammenheng vil argumentet virke motsatt vei: Gitt at EFTA-statene etter *Sveinbjörnsdóttir* må finne seg i å kunne bli holdt erstatningsansvarlig for mangelfull gjennomføring også av direktivbestemmelser som ikke fyller vilkårene for direkte virkning i EU-retten, tilsier hensynet til gjensidighet mellom avtalepartenes forpliktelser at EUs medlemsstater må avfinne seg med tilsvarende forpliktelser. De pragmatiske betraktninger som ligger til grunn for å trekke spørsmål om gjensidighet inn i tolkningen av en folkerettslig avtale, tilsier dessuten at det nok heller ikke er uten betydning for EU-domstolen at «omkostningene» ved å pålegge medlemsstatene et EØS-basert erstatningsansvar synes langt mindre enn «gevinsten» knyttet til det effektive gjennomslag for markedsregelverket som EØS-ansvaret bidrar til i EFTA-statene. For EU-statene vil jo EØS-ansvaret bare være av praktisk betydning i tilfeller hvor den overtrådte EØS-regel ikke har direkte virkning som en integrert del av EU-retten. EU-domstolen er neppe blind for at en avgjørelse som eventuelt nå plutselig skulle avvise at EØS-avtalen rommer et uskrevet prinsipp

²⁵³ EU-domstolens understreking av forskjellene mellom EØS-avtalen og Sveits' bilaterale avtaler med EU er særlig illustrerende, jf. bl.a. sak C-351/08, *Grimme mot Deutsche Angestellten-Krankenkasse*, [A5] Sml. 2009 s. I-10777 (avsnitt 27); sak C-541/08, *Fokus Invest mot Finanzierungsberatung-Immobilientreuhand und Anlageberatung*, [A5] Sml. 2010 s. I-1025 (avsnitt 27-28); sak C-70/09, *Hengartner og Gasser mot Landesregierung Vorarlberg*, [A5] Sml. 2010 s. I-7233 (avsnitt 41-42) og sak C-476/10, *projektart Errichtungsgesellschaft*, [A3] Sml. 2011 s. I-5615 (avsnitt 37).

²⁵⁴ Jf. Fredriksen/Mathisen 2012 s. 189-190, jf. s. 219 flg.

²⁵⁵ Jf. for eksempel forente saker C-120 og 121/06 P, *FIAMM og Fedon mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2008 s. I-6513 (avsnitt 119, jf. avsnitt 120 flg.).

om statlig erstatningsansvar, først og fremst vil være til gunst for EFTA-statene som ville kunne bruke den for å henvise *Sveinbjörnsdóttir* til rettshistorien.

2.5 Omfatter EØS-ansvaret også rettsbrudd forårsaket av nasjonale domstoler?

Da EU-domstolen i *Köbler* slo fast at medlemsstatene kan holdes erstatningsansvarlig også for brudd på EU-retten som må tilskrives nasjonale domstoler,²⁵⁶ skjedde dette med en begrunnelse som ikke helt uten videre synes overførbar til EØS-retten. I EØS-rettslig sammenheng ønsket Héraðsdómur Reykjavíkur å stille spørsmålet på spissen for EFTA-domstolen i *Kolbeinsson*, men etter inngripen fra Hæstiréttur Íslands ble foreleggelsen endret slik at saken kom til å handle om den islandske gjennomføringslovgivningen var i tråd med EØS-rettens krav.²⁵⁷ For EFTA-domstolen argumenterte likevel Kolbeinsson selv, ESA og vel også Kommisjonen for at domstolen burde slå fast at også EØS-avtalen gir grunnlag for statlig erstatningsansvar for brudd på avtalen som må tilskrives nasjonale domstoler.²⁵⁸ Den norske regjeringen anførte derimot at *Köbler*-ansvaret må betraktes som en sanksjon mot nasjonale domstoler som ikke overholder plikten i henhold til TEUV artikkel 267 tredje ledd til å forelegge uavklarte tolkningsspørsmål for EU-domstolen og at fraværet av en tilsvarende foreleggelsesplikt i EØS-avtalen leder til at det ikke er grunnlag for noe EØS-rettslig domstolsansvar.²⁵⁹ EFTA-domstolen på sin side forholdt seg til den endelige utforming av foreleggelsen og avstod fra å gi uttrykk for sitt syn på spørsmålet. Riktignok tilføyde domstolen i form av et obiter dictum, og under henvisning til *Köbler*, at *dersom* («if») EØS-statene også kan holdes ansvarlige for brudd på EØS-avtalen som må tilskrives nasjonale domstoler, så kreves det at bruddet må være «manifest in character» (avsnitt

²⁵⁶ Sak C-224/01, *Köbler mot Østerrike*, [P] Sml. 2003 s. I-10239.

²⁵⁷ I motsetning til i norsk rett åpner islandsk rett for at foreleggelsesbeslutninger kan påankes til Høyesterett. Høyesterett har kompetanse til å stanse hele eller deler av foreleggelsen så vel som til å omformulere spørsmålene til EFTA-domstolen. I *Kolbeinsson* benyttet Høyesterett denne kompetansen til å hindre at saken kom til å handle om det var Høyesterett selv som hadde krenket EØS-rettens krav til at nasjonale sanksjoner for overtredelse av EØS-regelverket skal være effektive, jf. nærmere Hreinsson 2012 s. 97 (som påpeker at Høyesterett var «clearly reluctant to have its own interpretation challenged»). Etter foreleggelsen for EFTA-domstolen ble den islandske stat frifunnet i en dom fra Reykjavik herredsrett som deretter ble stadfestet av Hæstiréttur Íslands dom 21. februar 2013 (sak 532/2012). Fra et EØS-rettslig perspektiv er det lite å innvende mot vurderingen av at rettsbruddet ikke var tilstrekkelig kvalifisert (EFTA-domstolen antydte langt på vei samme utfall), men herredsrettens dom inneholder enkelte betraktninger om rettskraftsvirkningene av høyesterettsdommen i saken mellom Kolbeinsson og hans arbeidsgiver som ikke kan være riktige og som i praksis vil undergrave mulighetene for å kreve erstatning av staten for tap forårsaket av EØS-stridige rettsavgjørelser. Høyesterett gikk dessverre ikke inn på dette i ankesaken.

²⁵⁸ Jf. gjengivelsen av de ulike aktørenes anførsler i *Kolbeinsson*, avsnitt 65 flg. For Kommisjonens vedkommende må gjengivelsen av dens posisjon leses i lys av den mer utførlige redegjørelsen i Rettsmøterapporten, avsnitt 146-148.

²⁵⁹ Jf. gjengivelsen av den norske posisjonen i *Kolbeinsson*, avsnitt 70.

77). Den oppfatning at EFTA-domstolen gjennom denne uttalelsen har «adopted the *Köbler* jurisprudence of the CJEU»²⁶⁰ fremstår imidlertid som noe anstrengt.

I lys av den ovenfor omtalte virkningsorienterte forståelsen av homogenitetsmålsettingen er det i utgangspunktet nærliggende å anta at EØS-avtalen også gir grunnlag for statlig erstatningsansvar for EØS-stridige rettsavgjørelser. Som følge av EØS-ansvarets egenart er det likevel nødvendig å vurdere noe nærmere i hvilken grad EU-domstolens argumentasjon i *Köbler* passer i EØS-sammenheng. I tråd med min generelle tilnærming til EØS-ansvaret kan dette formuleres som et spørsmål om det foreligger særlige omstendigheter som er til hinder for en EØS-rettslig parallell til *Köbler*.

For EU-domstolen synes det viktigste argumentet for domstolsansvaret å ha vært hensynet til effektiv beskyttelse av privates rettigheter: Med den «avgjørende betydning» den dømmende makt har for beskyttelsen av disse rettighetene, ville EU-rettens fulle virkning bli svekket dersom private ikke kunne kreve erstatning også i tilfeller hvor krenkelsen av deres rettigheter er forårsaket av en nasjonal rettsavgjørelse.²⁶¹ Etter som et brudd på EU-retten begått av en domstol som dømmer i siste instans normalt ikke kan rettes opp, «bør borgerne ikke fratages muligheten for at drage staten til ansvar for ved hjelp af dette middel at opnå beskyttelse af deres rettigheder ad rettens vej» (avsnitt 33-34).²⁶² Støtte for dette standpunktet fant EU-domstolen i den omstendighet at en stat etter folkeretten betraktes som en enhet og følgelig også kan bli erstatningsansvarlig for overtredelser av folkerettslige forpliktelser som må tilregnes den dømmende makt, i den omstendighet at EU-retten pålegger *alle* statlige instanser å verne om de rettigheter som EU-retten tillegger private, i den omstendighet at flertallet av medlemsstatene anerkjenner statlig erstatningsansvar for uriktige rettsavgjørelser i en eller annen form, og, endelig, i den omstendighet at at EMD tilkjenner erstatning etter EMK artikkel 41 også i tilfeller hvor en konvensjonskrenkelse er forårsaket av en nasjonal rettsavgjørelse (hhv. avsnitt 32, 48 og 49).

Samtidig avviste EU-domstolen samtlige innvendinger mot domstolsansvaret.²⁶³ Innvendinger knyttet til rettskraftsreglene tilbakeviste domstolen ved å vise til at et etterfølgende erstatningssøksmål ikke vil ha den samme gjenstand og heller ikke nødvendigvis angår de samme parter som det søksmål som ledet til den rettskraftige avgjørelsen (avsnitt 38-40). Innvendingene knyttet til dommernes uavhengighet ble avvist un-

²⁶⁰ Jf. Baudenbacher 2012 s. 8, under henvisning til Einarsson 2011 s. 658. Noe mer forbeholden, men likevel klart i samme retning Hannesson 2011 s. 450: «Although the Court refrains from giving any conclusions, it goes far in indicating that the *Köbler* principle should be included».

²⁶¹ Oppfatningen av dette argumentet som det viktigste stadfestes av sak C-173/03, *Traghetti mot Italia*, [SK] Sml. 2006 s. I-5177 (avsnitt 31).

²⁶² Spørsmålet om domstolens argumentasjon her tilsier at erstatningsansvaret er begrenset til avgjørelser truffet i siste instans, drøftes noe nærmere avslutningsvis i kapittel 10.

²⁶³ Jf. gjengivelsen av de ulike innvendingene i *Köbler*, avsnitt 20-29.

der henvisning til at det var spørsmål om medlemsstatenes ansvar som sådanne, ikke dommernes personlige erstatningsansvar (avsnitt 42). Videre avviste domstolen at muligheten til indirekte å angripe endelige rettsavgjørelser gjennom etterfølgende erstatningssøksmål ville kunne svekke den dømmende makts autoritet. Tvert i mot mente EU-domstolen at muligheten for å få erstatning ville kunne anses som en forbedring av den nasjonale rettsorden og dermed også en styrking av den dømmende makts autoritet (avsnitt 43). Anførte internrettslige vanskeligheter i medlemsstatene med å bestemme hvilke domstoler som skal behandle spørsmålet om statens øverste dommere har brutt EU-retten, ble avvist under henvisning til at det påhviler hver enkelt medlemsstat å sikre beskyttelse av borgernes rettigheter ved å utpeke en kompetent rettsinstans og stille et passende rettsmiddel til rådighet (avsnitt 44-47).

Samtidig tok imidlertid EU-domstolen hensyn til innvendingene knyttet til den dømmende makts særegenheter i form av en presisering av at medlemsstatene «kun undtagelsesvis drages til ansvar for en tilsidesættelse af fællesskabsretten, der skyldes en afgørelse truffet af en national ret i sidste instans, nemlig hvis dommeren åbenbart har tilsidesat gældende ret» (avsnitt 53). Se nærmere om denne ansvarsterskelen nedenfor i kapittel 7, punkt 7.11.

Uten å ta stilling til spørsmålet om EU-domstolens argumentasjon for domstolsansvaret er overbevisende *qua EU-rett*, er det i utgangspunktet vanskelig å få øye på EØS-særegne omstendigheter som er til hinder for å overføre resonnementet til EØS-retten. Tvert i mot synes argumentasjonen i *Sveinbjörnsdóttir* anvendelig: For målsettingen om et ensartet EØS spiller det ingen rolle om brudd på EØS-forpliktelser er forårsaket av den lovgivende, den utøvende eller den dømmende makt. Dette gjelder tilsvarende for hensynet til effektiv beskyttelse av de rettigheter som EØS-avtalen tillegger private. Og når EFTA-domstolen viste til lojalitetsforpliktelsene etter EØS-avtalen artikkel 3, er dette forpliktelser som også retter seg mot de nasjonale domstolene.²⁶⁴

Når spørsmålet om et EØS-rettslig domstolsansvar like fullt ikke fremstår som opplagt, skyldes det spørsmålet om et slikt ansvar er forenlig med EFTA-statenes forutsetninger knyttet til at EØS-avtalen ikke rokker ved deres nasjonale domstolers uavhengighet. I EU-rettslig sammenheng er det langt på vei enighet i litteraturen om at *Köbler* er et utslag av EU-domstolens forståelse av seg selv som den øverste rettsinstans i et føderalt domstolshierarki.²⁶⁵ Det lar seg vanskelig hevde at EØS-avtalen gir opphav til noe sammenlignbart hierarki mellom EU-domstolen og/eller EFTA-domstolen og EFTA-statenes nasjonale domstoler. Tvert i mot viser en rekke bestemmelser i EØS-avtalen og ODA at EFTA-statene *ikke* var beredt til å underordne sine nasjonale domstoler verken EU-domstolen eller EFTA-domstolen.

²⁶⁴ Jf. petitavsnittet avslutningsvis i punkt 2.4.4 ovenfor.

²⁶⁵ Se utførlig Tridimas 2006 s. 523 flg.

I forhold til EU-domstolen følger dette bl.a. av skjæringstidspunktet i EØS-avtalen artikkel 6 og i den omstendighet at artikkel 107 bare åpner for at EFTA-statene *kan* samtykke til at nasjonale domstoler innhenter forhåndsavgjørelser fra EU-domstolen. Mer generelt er dessuten årsaken til at det overhodet ble etablert en egen EFTA-domstolen nettopp den omstendighet at EFTA-statene ikke var villige til å underkaste seg EU-domstolens jurisdiksjon. Selv om det kan hevdes at norske domstoler *i realiteten* anerkjenner EU-domstolen som den øverste autoritet på EØS-rettens område,²⁶⁶ er det klart nok at det ikke eksisterer noe *formelt* underordningsforhold sammenlignbart med forholdet mellom EU-domstolen og EFTA-statenes nasjonale domstoler.

I forhold til EFTA-domstolen er det klareste uttrykk for EFTA-statenes vern av de nasjonale domstolenes uavhengighet å finne i ODA artikkel 34, som «bare» gir EFTA-domstolen kompetanse til å avgi rådgivende uttalelser om tolkningen av EØS-avtalen og som dessuten bare gir de nasjonale domstolene mulighet til å henvende seg til EFTA-domstolen, aldri noen plikt.²⁶⁷ Til dette kommer blant annet de uttrykkelige forbeholdene i femtende ledd i EØS-avtalens fortale og fjerde ledd i fortalen til ODA om at rettsenhet i EØS tilstrebes «med full respekt for domstolenes uavhengighet».

Alt i alt leder dette til at dersom den norske regjeringen må gis rett i at *Köbler*-ansvaret må betraktes som en sanksjon mot nasjonale domstoler som ikke overholder plikten i henhold til TEUV artikkel 267 tredje ledd til å forelegge uavklarte tolknings spørsmål for EU-domstolen, så kan det synes tvilsomt om EØS-avtalen gir grunnlag for et tilsvarende domstolsansvar. Etter min oppfatning er imidlertid en slik tolkning av dommen nokså anstrengt. Selv om det er riktig at *Köbler* kan forstås også som en reaksjon på brudd på foreleggelsesplikten, taler premissene klart i mot at dette skulle være det bærende hensyn bak hele domstolsansvaret. Tvert i mot viser premissene etter min oppfatning at domstolsansvaret primært hviler på hensynet til effektiv be-

²⁶⁶ Jf. nærmere Fredriksen 2011 s. 87, med tilslutning fra Arnesen i Sejersted m.fl. 2011 s. 262.

²⁶⁷ Det hører med at det i senere tid finnes dem som hevder at en foreleggelsesplikt lar seg utlede av lojalitetsplikten i EØS-avtalen artikkel 3, av hensynet til likeverdig domstolsadgang i EU-pilaren og EFTA-pilaren og/eller av EMK artikkel 6 nr. 1, jf. for eksempel Baudenbacher 2012 s. 14-15 (med videre henvisninger). Selv om jeg deler den underliggende oppfatning av at EFTA-statenes nasjonale domstoler *burde* sende flere tolknings spørsmål til EFTA-domstolen, er standpunktet vanskelig å forene med den omstendighet at EØS-avtalen selv ikke engang nevner muligheten for foreleggelse for EFTA-domstolen, den klare ordlyden i ODA artikkel 34 og EFTA-statenes klare forutsetninger da de, uten å ha noen EØS-rettslig plikt til det, etablerte foreleggelsesordningen for EFTA-domstolen som et alternativ til foreleggelse for EU-domstolen. Til tross for Baudenbachers forsøk på å gi inntrykk av det motsatte, synes dette også å være den rådende oppfatning i litteraturen, jf. fra den senere tid for eksempel Broberg/Fenger 2010 s. 17; Bull 2012 note 269 (til ODA artikkel 34); Fredriksen/Mathisen 2012 s. 175; Hreinsson 2012 s. 93; Sejersted i Sejersted m.fl. 2011 s. 170, Skoghøy 2010 s. 133 og Spanó 2012 s. 158. EFTA-domstolen omtalte spørsmålet i *Irish Bank* (avsnitt 57 flg.) og *Jonsson* (avsnitt 60), men uten egentlig å tilføre noe særlig nytt til diskusjonen. Den senere antydningen i *Koch* om at effektiv rettsbeskyttelse bare kan oppnås “if EEA/EFTA and EU nationals and economic operators enjoy equal access to the courts in both the EU and EFTA pillars of the EEA to ensure their rights which they derive from the EEA Agreement” (avsnitt 117) er imidlertid problematisk fordi den kan tyde på at EFTA-domstolen blander sammen spørsmålet om “access to court” med spørsmålet om “access to the EFTA Court”.

skyttelse av de materielle rettigheter som EU-retten tillegger private. Selv når EU-domstolen nevner foreleggelsesplikten, skjer dette for å underbygge domstolens avgjørende betydning for beskyttelsen av privates rettigheter (avsnitt 35). Til dette kommer at EU-domstolen i den konkrete ansvarsvurderingen i *Köbler* så bort fra det som fremstod som et åpenbart brudd på foreleggelsesplikten og i stedet konsentrerte seg om det materielle rettsbruddet i saken var ansvarsbetingende (avsnitt 104 flg.).²⁶⁸

I alle tilfelle er grunnlaget for en EØS-rettslig parallell til *Köbler* ikke å finne i noen oppfatning av EØS-avtalen som opphav til noe sammenlignbart hierarki mellom EU-domstolen og/eller EFTA-domstolen og nasjonale domstoler, men derimot i homogenitetsmålsettingen koblet med den kjensgjerning at det nå engang *er* etablert et domstolsansvar i EU-retten (som også omfatter tilfeller hvor de nasjonale domstolene eventuelt måtte gjøre seg skyldig i brudd på EØS-avtalen). Det er ikke lett å se at hensynet til de nasjonale domstolens uavhengighet mer generelt skulle kunne stå i veien for denne konklusjonen. Også for domstolsansvarets vedkommende er det i siste instans EFTA-statenes øverste domstoler som må avgjøre om ansvarsvilkårene er oppfylt eller ikke. Det er opp til de nasjonale domstolene om de vil innhente EFTA-domstolens vurdering i et slikt tilfelle og det er også formelt sett opp til dem å vurdere om man skal følge EFTA-domstolens eventuelle oppfatning av et rettsbrudd som ansvarsbetingende. Reelt sett utgjør nok domstolsansvaret et inngrep i de nasjonale domstolens uavhengighet, men ikke i større utstrekning enn det som allerede følger av homogenitetsmålsettingen og EØS-avtalens særegne domstolsordning.

Uten særlige omstendigheter som tilsier et brudd med homogenitetsmålsettingen, kan det med Høyesteretts formuleringer fra *Finanger II* anføres at erstatningsansvaret innen EØS bør ha samme omfang og ligge på samme nivå som innen EU: Det ville være lite rimelig om borgerne i EU og EØS skulle ha en ulik rettsstilling når det gjelder det erstatningsrettslige vernet for deres rettigheter på det felles indre marked (avsnitt 58).²⁶⁹ Samlet sett er derfor min oppfatning at EØS-avtalen *gir* grunnlag for erstatningsansvar også for brudd på avtalen som må tilskrives nasjonale domstoler.²⁷⁰

Med dette er ikke sagt at det ikke kan rettes innvendinger mot EU-domstolens resonnering i *Köbler*, bare at man i EØS-rettslig sammenheng må forholde seg til den omstendighet at det nå engang er etablert et domstolsansvar i EU-retten. Selv om *Köbler* langt på vei fremstår som en naturlig sluttstein i utviklingen av EU-ansvaret og EU-domstolens argumentasjon alt i alt synes overbevisende, så fremstår særlig oppfatningen av at domstolsansvaret ikke griper inn i rettskraftsvirk-

²⁶⁸ Se nærmere om dette i kapittel 7, punkt 7.11.

²⁶⁹ Uttalelsene kom i forbindelse med drøftelsen av om vilkårene for EØS-ansvaret er de samme som etter EU-retten (jf. kapittel 3, punkt 3.2), men argumentasjonen synes treffende også i herværende sammenheng.

²⁷⁰ I samme retning allerede Bjørgan/Dyrberg/Fenger 2005 s. 469. Méndez-Pinedo 2009 s. 44 synes å være av en annen oppfatning, men uten at hun begrunner standpunktet noe nærmere.

ningene av nasjonale rettsavgjørelser som lite treffende. Selv om EU-domstolens henvisning til at en senere erstatningssak ikke har samme gjenstand som den første saken, er korrekt, er det ikke til å komme forbi at en etterfølgende erstatningssak – hvor et sentralt spørsmål vil være om den første avgjørelsen var riktig – reelt sett leder til at den første avgjørelsen ikke innebærer den endelige avslutning av saken som rettskraftsreglene er ment å sikre.²⁷¹ Snarere enn å avfeie innvendingen, burde EU-domstolen åpent avveid hensynet til de nasjonale rettskraftsreglene mot hensynet til effektiv rettighetsbeskyttelse og påpekt at de strenge ansvarsvilkårene vel representerer et rimelig kompromiss.²⁷² Lite overbevisende er også EU-domstolens henvisning til at flertallet av medlemsstatene anerkjenner statlig erstatningsansvar for uriktige rettsavgjørelser i en eller annen form – i den grad det overhodet er mulig å utlede felles prinsipper av medlemsstatenes høyst ulike regler på dette området, må det tvert i mot være at det offentlige som den klare hovedregel *ikke* kan holdes erstatningsansvarlig for endelige rettsavgjørelser alene fordi disse i ettertid skulle vise seg å være uriktige. At flere av medlemsstatene ikke har villet utelukke muligheten for erstatning i helt særlige unntakstilfeller, typisk hvor en dommer har gjort seg skyldig i straffbare forhold av betydning for avgjørelsen, kan vanskelig støtte opp under et generelt erstatningsansvar for medlemsstatene for rettsavgjørelser i strid med EU-retten. Snarere enn å slutte seg til generaladvokat Légers lite overbevisende oppfatning av «at prinsippet om, at staten er erstatningsansvarlig for de øverste rettsinstanser, kan anses for anerkjent som et almindeligt princip»,²⁷³ burde EU-domstolen åpent vedgått at de nasjonale domstolenes nasjonale og EU-rettslige rolle ikke er sammenlignbare: Innenfor rammene av et nasjonalt domstolshierarki er erstatningssøksmål i anledning uriktige avgjørelser i underordnede domstoler stort sett overflødige og uønsket fordi rettslige avgjørelser primært skal angripes ved rettsmidler, mens statlig erstatningsansvar for de øverste domstolene er utelukket allerede fordi det er disse som dømmer i sidste instans. På EU/EØS-rettens område er det imidlertid EU-domstolen som avgjør hva som er gjeldende rett, slik at de øverste domstolene i medlemsstatene her befinner seg i en posisjon som er sammenlignbar med underinstansenes stilling i nasjonal rett, men, og heri ligger *Köbler*-ansvarets berettigelse, uten at private er sikret den ankeadgang som på nasjonalt plan tar bort grunnlaget for erstatningssøksmål mot det offentlige i slike tilfeller.

Avslutningsvis er det grunn til å påpeke at fraværet av direkte virkning i EØS-retten medfører at domstolsansvarets anvendelsesområde vil være noe mindre i EØS enn i EU. I de dualistiske EFTA-statene Norge og Island vil domstolsansvaret bare være aktuelt ved feilaktig fortolkning av EØS-rett som er gjennomført i nasjonal rett. Dersom årsaken til at en privat part ikke vinner frem med de rettigheter vedkommende har etter EØS-retten er manglende eller feilaktig gjennomføring, må erstatningssøksmålet mot staten bygges på at lovgiver har opptrådt ansvarsbetingende (Finanger-scenarioet). Dersom årsaken derimot er at domstolene feiltolker gjennomførte EØS-regler, er det domstolsansvaret som vil være aktuelt.

²⁷¹ Jf. treffende kritikk fra bl.a. Wattel 2004 s. 177.

²⁷² Vel slik også Tridimas 2006 s. 528.

²⁷³ Generaladvokatens innstilling i *Köbler*, avsnitt 85, jf. avsnitt 77-84.

2.6 EØS-ansvarets grunnlag i norsk rett

I norsk rett medfører grunnlovens dualistiske tilnærming til folkeretten et krav om et internt rettsgrunnlag for EØS-ansvaret. EFTA-domstolen var nok oppmerksom på dette (som gjelder tilsvarende for Island) da den i *Sveinbjörnsdóttir* uttalte at prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen utgjorde «an integral part of the EEA Agreement as such», og at det derfor var «natural to interpret national legislation implementing the main part of the Agreement as also comprising the principle of State liability» (avsnitt 63). Nå faller tolkning av nasjonal gjennomføringslovgivning utenfor EFTA-domstolens kompetanse,²⁷⁴ men da spørsmålet dukket opp for Høyesterett i *Finanger II* slo en samlet rett uten videre fast at EØS-loven § 1 må forstås slik at gjennomføringen av EØS-avtalens hoveddel i norsk rett også omfatter det uskrevne EØS-ansvaret (avsnitt 52).

Gitt at EØS-loven § 1 er en norsk lovbestemmelse som følgelig må fortolkes i samsvar med anerkjente norske tolkningsprinsipper, kan det hevdes at Høyesterett tok nokså lett på dette spørsmålet. I Rt. 1997 s. 580 *OFS* la Høyesterett selv til grunn at norske domstoler ved bedømmelsen av om staten hadde påtatt seg en folkerettslig forpliktelse (*in casu* til å begrense bruken av tvungen lønnsnemnd) måtte «legge vesentlig vekt på Stortingets og regjeringens forutsetninger da Norge forpliktet seg». I litteraturen argumenterte forfattere som Falch og Jervell for at myndighetenes forutsetninger knyttet til gjennomføringen av EØS-avtalens hoveddel utgjorde et viktig argument *mot* anerkjennelse av EØS-ansvaret som en del av norsk rett.²⁷⁵ I tråd med statens argumentasjon for møterett for Høyesterett i *Finanger I* kunne nok også forholdet til det dualistiske prinsipp vært problematisert – som nevnt innebærer EØS-ansvaret unektelig at EØS-regler som nettopp ikke er korrekt gjennomført (jf. *Finanger I*), likevel får rettsvirkninger i norsk rett (jf. *Finanger II*).²⁷⁶ Fraværet av en reell drøftelse av disse innvendingene i *Finanger II* må forstås på bakgrunn av statens aksept av EØS-ansvaret som en del av norsk rett, men som nevnt fritar ikke dette domstolene fra deres ansvar for rettsanvendelsen, jf. nå tvisteloven § 11-3.²⁷⁷

²⁷⁴ Noe en av dommerne som deltok i saken, EFTA-domstolens daværende president Bjørn Haug, klart tilkjennegav da han i sin etterfølgende «dissens» på Det 35. nordiske juristmøtet omtalte uttalelsen som *ultra vires* (Haug 1999 s. 1006). Se også kritikken hos Jervell 2002 s. 139-140.

²⁷⁵ Jf. Falch 1999 s. 1010 og Jervell 2002 s. 140.

²⁷⁶ I Rt. 2000 s. 1332 [P] argumenterte staten (forgjeves) for møterett i Høyesterett under henvisning til at tvisten mellom *Finanger* og *Storebrand* forsikring reiste «vesentlige konstitusjonelle spørsmål» knyttet til EØS-rettens gjennomslag i norsk rett.

²⁷⁷ Det kan hevdes at dette er særlig viktig i saker som kan reise konstitusjonelle spørsmål knyttet til folkerettens stilling i norsk rett fordi regjeringens prosessstandpunkt ikke nødvendigvis har støtte fra de ¾ av Stortinget som i henhold til grunnloven § 93 kreves for å avgi suverenitet til internasjonale sammenslutninger.

Når Høyesteretts fortolkning av EØS-loven § 1 likevel fortjener tilslutning, skyldes det kombinasjonen av presumsjonsprinsippet og reelle hensyn i form av konsekvensbetraktninger. Om man først anerkjenner at EØS-avtalen rommer et uskrevet prinsipp om statlig erstatningsansvar, synes det klart nok at det av lojalitetsprinsippet i avtalens artikkel 3 følger en forpliktelse til, om nødvendig, å gjennomføre dette ansvaret i nasjonal rett.²⁷⁸ I redegjørelsen for presumsjonsprinsippet rekkevidde i lovforarbeidene til EØS-loven forutsettes det at det bare er dersom Stortinget «helt klart» har gitt uttrykk for at en lov skal fortolkes på en viss måte uten hensyn til om dette er i strid med internasjonale forpliktelser, eller dersom vedkommende lovbestemmelse ellers ville være «helt uten innhold», at norske domstoler vil føle seg tvunget til å anvende loven i strid med folkeretten.²⁷⁹ I *Finanger I* tilføyde Høyesterett at presumsjonsprinsippet gjennomslagskraft er særlig stor i tilfeller der folkerettslige forpliktelser gir private rettigheter overfor det offentlige.²⁸⁰ Anvendt på EØS-ansvaret er det tvilsomt om uttalelsene i ulike forarbeider som avviser EØS-rettens direkte virkning og det man oppfattet som det tilhørende *Francovich*-ansvaret²⁸¹ kvalifiserer som «helt klar» avstandtagen fra det særegne EØS-ansvaret som EFTA-domstolen etablerte i *Sveinbjörnsdóttir*.²⁸² Når det videre synes klart at det er *mulig*, ut fra anerkjente tolkningsprinsipper, å fortolke «[b]estemmelsene i hoveddelen» i EØS-loven § 1 til slik at også uskrevne EØS-rettslige prinsipper som utledes av disse bestemmelsene omfattes, så tilsier presumsjonsprinsippet at loven også *må* tolkes slik.²⁸³ Det kan tilføyes at en annen vurdering ville plassert staten i en nokså vanskelig situasjon, hvor eneste måte å unngå traktatbruddssøksmål på ville være gjennom «frivillig» utbetaling til *Finanger* av den erstatning som hun i henhold til EØS-retten hadde krav på, samt deretter vedtakelse av en egen «EØS-ansvarslov» for å få gjennomført EØS-ansvaret i norsk rett.

Ved nærmere ettertanke er trolig Høyesteretts tolkning av EØS-loven § 1 også konstitusjonelt uproblematisk. Selv om grunnloven opererer med en dualistisk tilnærming til folkerettslige forpliktelser, synes ingen å ha vært inne på den tanke at dette skulle være til hinder for at *lovgiver* vedtar generelle lovregler som sikrer folkeretten gjennomslag i norsk rett, jf. eksempelvis straffeloven (2005) § 2, tvisteloven § 1-2, straffeprosessloven § 4 og tvangsfullbyrdelsesloven § 4. Det kan vel da heller ikke være

²⁷⁸ Jf. generelt Sejersted i Sejersted m.fl. 2011 s. 196, som med rette legger til grunn at EØS-avtalen artikkel 3 pålegger de dualistiske EFTA-statene en plikt til å gjennomføre alle bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel som kan tenkes å tillegge private rettigheter eller pålegge dem plikter.

²⁷⁹ Jf. Ot.prp. nr. 79 (1991-1992) s. 4.

²⁸⁰ Rt. 2000 s. 1811 [P] *Finanger I* (på s. 1832).

²⁸¹ Jf. hhv. St.prp. nr. 100 (1991-1992) s. 318 (vedrørende direkte virkning) og Ot.prp. nr. 62 (1991-1992) s. 7 (vedrørende «*Francovich*-ansvaret»).

²⁸² Se hertil Frostating lagmannsretts tilsvarende tilnærming til spørsmålet om Stortingets forutsetninger som en skranke for EØS-rettens gjennomslag i norsk rett i RG 2005 s. 1542 *Fokus Bank*.

²⁸³ Dette er også i samsvar med tilnærmingen i Rt. 2005 s. 597 *Allseas*, der Høyesterett anerkjente ekvivalens- og effektivitetsprinsippet som en del av norsk rett.

noe å innvende mot at lovgiver gjennom EØS-loven § 1 har innført et særegent EØS-ansvar som igjen medfører at også EØS-forpliktelser som ikke er korrekt gjennomført i norsk rett kan gi opphav til erstatningskrav mot det offentlige. Tilsvarende som folkerettsreservasjonene på straffe- og prosessrettens område er de rettsvirkninger som EØS-ansvaret sikrer EØS-retten i norsk rett, utelukkende til privates gunst.

Det er mulig det her må tas forbehold for det særtilfelle at Stortinget *bevisst* har unnlatt å gjennomføre en EØS-forpliktelse i norsk rett, men uten at dette er kommet til uttrykk i et lovvedtak som sørger for å sette EØS-ansvaret til side, jf. EØS-loven §§ 1 og 2 (som omtales nærmere straks nedenfor). Særlig praktisk er dette neppe, men det kan tenkes dersom mellomliggende valg har endret Stortingets sammensetning på et slikt vis at det ikke er flertall i det nye Stortinget for å gjennomføre et direktiv som forrige Regjering (og eventuelt Storting²⁸⁴) samtykket til å innlemme i EØS-avtalen. Om situasjonen mot formodning skulle oppstå, gjør Stortinget klokt i å lovfeste sin motstand mot den aktuelle EØS-forpliktelse på et vis som klart setter EØS-ansvaret til side.

En følge av EØS-loven § 1 som EØS-ansvarets grunnlag i norsk rett, er at ansvaret i kraft av samme lovs § 2 har fortrinn fremfor etablerte norske regler som det offentliges erstatningsansvar. Selv om EØS-loven § 2 nok kunne vært heldigere formulert, kan det ikke være tvilsomt at når § 1 slår fast at bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel skal gjelde «som norsk lov», så innebærer dette at disse bestemmelsene er å anse som «bestemmelser i lov» i henhold til § 2. Og selv om det rent språklig fremstår som nokså anstrengt, så er det klart at når Høyesterett har lagt til grunn at prinsippet om statens erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen er omfattet av gjennomføringen av «[b]estemmelsene i hoveddelen», så er også EØS-ansvaret å anse som en «bestemmelse i lov» i § 2.²⁸⁵

Om enn ikke veldig praktisk, så er det prinsipielt meget viktig at EØS-ansvarets grunnlag i alminnelig lov leder til at det er i Stortingets makt å oppheve eller begrense ansvarets gjennomslagskraft i norsk rett gjennom etterfølgende lovgivning. Dersom Stortinget helt klart skulle gi uttrykk for at en lov skal anvendes på en viss måte uten hensyn til om dette er i strid med EØS-rettslige forpliktelser, taler mye for at loven må forstås slik at den også setter EØS-ansvaret til side.²⁸⁶

Tilsvarende klart, men vel heller ikke særlig praktisk, er det at EØS-loven §§ 1 og 2 viker for grunnloven, jf. *lex superior*-prinsippet. Dersom et brudd på EØS-avtalen

²⁸⁴ I praksis vil imidlertid tilfeller som krever Stortingets samtykke i henhold til grunnloven § 26 annet ledd bli håndtert slik at samtykket og gjennomføringslovgivningen vedtas samtidig. Så fremt regjeringen har vært påpasselig i EØS-komiteen med å ta forbehold for Stortingets samtykke, vil normalt gjennomføringslovgivningen være på plass *før* den aktuelle rettsakt trer i kraft *qua EØS-rett*, jf. EØS-avtalen artikkel 103.

²⁸⁵ Jf. også Rt. 2005 s. 597 *Allseas*, der Høyesterett i avsnitt 36 forutsetningsvis anser ekvivalens- og effektivitetsprinsippet som «[b]estemmelser i lov» i EØS-loven § 2s forstand.

²⁸⁶ Jf. slik også Jervell 2002 s. 157 og Sørnum 2006 s. 140. Se nærmere om rekkevidden av fortrinnregelen i EØS-loven § 2 hos Arnesen i Sejersted m.fl. 2011 s. 267 flg. og Fredriksen/Mathisen 2012 s. 266 flg.

skyldes at grunnloven er til hinder for å håndheve en EØS-basert rettighet i norsk rett, kan det følgelig oppstå spørsmål om grunnloven også er til hinder for å holde staten erstatningsansvarlig for det tap dette eventuelt måtte påføre private.

Her er nok løsningen langt fra like opplagt som i tilfeller hvor Stortinget bevisst setter en EØS-forpliktelse til side gjennom et lovvedtak. Erfaringene hittil er imidlertid at grunnloven i realiteten ikke utgjør noen skranke for EØS-rettens gjennomslag i norsk rett²⁸⁷ og problemstillingen vil av denne grunn ikke bli forfulgt videre i denne sammenheng.

²⁸⁷ Se nærmere Fredriksen/Mathisen 2012 s. 275-276.

3 EØS-ansvarets innhold – innledende merknader

3.1 Oversikt over ansvarsvilkårene

I *Sveinbjörnsdóttir* formulerte EFTA-domstolen vilkårene for erstatningsansvaret som følger (avsnitt 66):

«First, the directive in question must be intended to confer rights on individuals, the content of which can be identified on the basis of the provisions of the Directive. Secondly, the breach on the part of the State concerned must be sufficiently serious. Thirdly, there must be a causal link between the breach of the State's obligation and the loss and damage suffered by the injured parties»

EFTA-domstolen uttalte imidlertid samtidig at vilkårene var avhengig av «the nature of the breach» og presiserte at de nevnte tre vilkår gjaldt «[i]n the event of incorrect implementation of a directive in national law» (avsnitt 64-65). Til tross for fraværet av henvisninger er det åpenbart hvor forbeholdet ble hentet fra: Da EU-domstolen i *Francoovich* tilsynelatende stilte opp et rent objektivt erstatningsansvar, skjedde det under henvisning til at dette gjaldt for tilfeller hvor en medlemsstat tilsidesatte sine forpliktelser til gjennomføring av direktiver (avsnitt 39-40).²⁸⁸ Og da EU-domstolen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* stilte krav til en «tilstrekkelig kvalifisert» overtredelse og presiserte at årsakssammenhengen må være «direkte», skjedde dette etter en lengre drøftelse av hvilke ansvarsvilkår som måtte stilles opp «[n]år en medlemsstat handler på et område, hvor den har en vid skønnsbeføjelse, der kan sammenlignes med den, fællesskabsinstitutionerne har ved gennemførelsen af Fællesskabets politikker» (avsnitt 47). EU-domstolen fulgte samme tilnærming da den i *British Telecommunication* og *Hedley Lomas* utvidet anvendelsesområdet for forutsetningene om et tilstrekkelig kvalifisert brudd og direkte årsakssammenheng til hhv. tilfeller av mangelfull gjennomføring av direktiver og traktatstridige nasjonale forvaltningsavgjørelser.²⁸⁹ I følge EU-domstolen var vilkårene for medlemsstatenes erstatningsansvar avhengig «af karakteren af tilsidesættelsen af fællesskabsretten, der har forvoldt tabet».²⁹⁰

EU-domstolens tilnærming gav opphav til en oppfatning av at det gjaldt ulike ansvarsvilkår i tilfeller av unnlatt eller forsinket gjennomføring av direktiver (*Franco-*

²⁸⁸ Det EU-domstolen her omtalte som tre vilkår for statlig erstatningsansvar i slike tilfeller bestod av det første og det siste av de tre vilkårene EFTA-domstolen stilte opp i *Sveinbjörnsdóttir*, men slik at forutsetningen om at rettighetene kunne fastslås alene på grunnlag av direktivet («del to» av første vilkår i *Sveinbjörnsdóttir*) var skilt ut som et eget vilkår.

²⁸⁹ Hhv. sak C-392/93, *British Telecommunications*, [P] Sml. 1996 s. I-1631 og sak C-5/94, *Hedley Lomas*, [P] Sml. 1996 s. I-2553.

²⁹⁰ *Francoovich*, avsnitt 38; *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 38; *Hedley Lomas*, avsnitt 24.

vich-tilfellene) og andre brudd på EU-retten.²⁹¹ Da EU-domstolen i *Dillenkofer* ble spurt om ansvaret for manglende gjennomføring av direktiver var objektivt, benyttet den imidlertid sjansen til å komme med følgende oppklaring:

«De betingelser, der er oppstillet i disse enkelte domme, er reelt de samme, idet betingelsen om, at overtrædelsen skal være tilstrækkelig kvalificeret, som ganske vist ikke omtales i dommen i sagen Francovich m.fl., ikke desto mindre efter omstændighederne i sagen var underforstået.»²⁹²

EU-domstolen forklarte tausheten i *Francovich* med at det var klart at en medlemsstat som ikke traff noen foranstaltninger for å gjennomføre et direktiv innen fristen, gjorde seg skyldig i en tilstrekkelig kvalifisert overtredelse av EU-retten.²⁹³ Dette forsøket på å lese ansvarsvilkårene fra *Brasserie du Pêcheur/Factortame* inn i *Francovich* var temmelig anstrengt,²⁹⁴ men etter *Dillenkofer* var det uansett på det rene at de tre vilkårene fra *Brasserie du Pêcheur/Factortame* skulle gjelde generelt. I senere rettspraksis er dette konsekvent lagt til grunn – uttalelsene om at vilkårene for erstatningsansvaret avhenger av karakteren av rettsbruddet gjenfinnes ikke i praksis etter *Dillenkofer*.²⁹⁵

På denne bakgrunn er det etter min oppfatning ikke grunn til å kritisere EFTA-domstolen for å ha blandet sammen ansvarsvilkårene fra *Francovich* og *Brasserie du Pêcheur/Factortame*.²⁹⁶ Dersom det skal innvendes noe, må det være at EFTA-domstolen i *Sveinbjörnsdóttir* ikke var oppmerksom på at EU-domstolen alt hadde gått bort fra sin opprinnelige oppfatning av at grunnvilkårene avhang av karakteren av rettsbruddet, samt at EU-domstolen hadde etablert et generelt krav om at årsakssam-

²⁹¹ Se Jervell 2002 s. 101 flg.

²⁹² Forente saker C-178/94 m.fl., *Dillenkofer m.fl. mot Tyskland*, [P] Sml. 1996 s. I-4845 (avsnitt 23).

²⁹³ *Dillenkofer*, avsnitt 26-29.

²⁹⁴ Etter min oppfatning tilsier premissene i *Francovich* at EU-domstolen opprinnelig mente å etablere et helt objektivt ansvar for brudd på plikten til å gjennomføre direktiver innen fristen. Det er grunn til å være oppmerksom på at domstolen formulerte seg slik at ansvaret ikke var begrenset til tilfeller hvor en medlemsstat ikke hadde gjort noe som helst forsøk på å gjennomføre direktivet, men alle tilfeller hvor myndighetene ikke hadde truffet «alle de foranstaltninger, som er nødvendige for at nå det mål, der tilsigtes med et direktiv» (avsnitt 39). Dette støttes av omstendighetene i den etterfølgende sak C-334/92, *Wagner Miret mot Fondo de garantía salarial*, [A5] Sml. 1993 s. I-6911, hvor domstolen påpekte at spanske myndigheter hadde antatt at spansk rett allerede oppfylte lønnsгарантидирективets krav, uten at dette fikk noen følger for formuleringen av ansvarsvilkårene (avsnitt 22, jf. avsnitt 5). Det er vanskelig å få øye på noen reell forskjell mellom *Wagner Miret* og *British Telecommunications*, hvor EU-domstolen uttrykkelig slo fast at vilkårene fra *Brasserie du Pêcheur/Factortame* kom til anvendelse i tilfeller av mangelfull gjennomføring av et direktiv. Etter mitt syn er det derfor grunn til å hevde at EU-domstolen i *British Telecommunications* revuderte ansvarsvilkårene fra *Francovich* og *Wagner Miret*.

²⁹⁵ Særlig illustrerende er forente saker C-94/95 og C-95/95, *Bonifaci og Berto mot INPS*, [A5] Sml. 1997 s. I-3969 (avsnitt 47), sak C-261/95, *Palmisani mot INPS*, [A5] Sml. 1997 s. I-4025 (avsnitt 25) og sak C-373/95, *Maso og Gazzetta mot INPS*, [A5] Sml. 1997 s. I-4051 (avsnitt 35). Alle disse sakene handlet om konsekvensene av *Francovich* i italiensk rett, men i samtlige viste EU-domstolen til ansvarsvilkårene fra *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, *British Telecommunication*, *Hedley Lomas* og *Dillenkofer*. Den senere gjengivelsen av den opprinnelige formuleringen av ansvarsvilkårene i *Francovich* i sak C-212/04, *Adeneler mot Ellinikos Organismos Galaktos*, [SK] Sml. 2006 s. I-6057 (avsnitt 112) må kunne karakteriseres som en ren glipp, jf. i samme retning Tietjen 2010 s. 69.

²⁹⁶ Sml. kritikken hos Jervell 2002 s. 133.

menhengen er «direkte». Begge disse innvendingene er imidlertid ivaretatt gjennom justeringen av ansvarsvilkårene i *Karlsson*, hvor EFTA-domstolen – under henvisning til EU-domstolens avgjørelse i *Haim II* – formulerte seg som følger (avsnitt 32):

«An EEA State can be held responsible for breaches of its obligations under EEA law where three conditions are met: first, the rule of law infringed must be intended to confer rights on individuals; second, the breach must be sufficiently serious; and third, there must be a direct causal link between the breach of the obligation resting on the State and the damage sustained by the injured party (see *Sveinbjörnsdóttir*, at paragraph 66). The three conditions for State liability must be satisfied both where the loss or damage for which compensation is sought is the result of a failure to act on the part of the EEA State, and where it is the result of the adoption of a legislative or administrative act in breach of EEA law [...].»²⁹⁷

Etter *Karlsson*, og i lys av EU-domstolens praksis, er det på det rene at følgende grunnvilkår for EØS-ansvaret er av generell gyldighet: Den EØS-regel som er overtrådt må tilsikte å tillegge private rettigheter (se kapittel 6), overtredelsen må fremstå som tilstrekkelig kvalifisert (se kapittel 7) og det må være direkte årsakssammenheng mellom overtredelsen og skadelidtes tap (se kapittel 8).²⁹⁸

Så vel EFTA-domstolen som EU-domstolen omtaler dette som tre vilkår, men i realiteten ligger i hvert fall ytterligere tre vilkår innbakt i formuleringene: EØS-statene kan bare holdes ansvarlig for rettsstridig atferd i form av *brudd på EØS-rettslige forpliktelses*, det forutsettes at rettsbruddet kan tilskrives *staten* og skadelidte må være påført erstatningsrettslig relevant *skade*. De to sistnevnte vilkårene er skilt ut til nærmere omtale i kapittel 4 og 5. Derimot vil forutsetningen om at det foreligger et brudd på EØS-avtalen ikke bli omtalt nærmere – dette reiser materielle spørsmål om EØS-regelverkets begrensninger av myndighetenes handlingsrom i de forskjelligste situasjoner og er noe som verken kan eller bør behandles i en erstatningsrettslig fremstilling. Det er like fullt grunn til å være oppmerksom på denne forutsetningen fordi den innebærer at spørsmålet om myndighetenes atferd er rettsstridig i EØS-rettslig sammenheng må holdes atskilt fra den erstatningsrettslige ansvarsvurderingen. Det materielle spørsmål om staten har gjort seg skyld i et brudd på EØS-avtalen er helt uavhengig av det som i norsk erstatningsrett tidvis formuleres som et spørsmål om skade-

²⁹⁷ Det kan nevnes at generaladvokat Mischo i sin innstilling i *Haim II* gikk gjennom utviklingen i EU-domstolens formulering av ansvarsvilkårene og slo fast at det senest etter *Norbrook Laboratories* var «ubestridelig, at de tre betingelser finder anvendelse på alle tilfælde» (avsnitt 41). Formuleringen i *Karlsson* kan tyde på at EFTA-domstolen var oppmerksom på dette.

²⁹⁸ Jf. i norsk sammenheng *Finanger II* (avsnitt 54-56) og *Edquist* (avsnitt 90), som samlet sett viser at Høyesterett deler oppfatningen av de nevnte vilkår er av generell gyldighet og følgelig finner anvendelse på alle former for brudd på EØS-avtalen.

volders atferd er *rettsstridig i forhold til skadelidte*.²⁹⁹ I EØS-rettslig sammenheng dekkes sistnevnte dels av spørsmålet om den EØS-regel som forutsetningsvis er overtrådt, tillegger skadelidte erstatningsrettslig beskyttede rettigheter (se kapittel 6) og dels av vurderinger knyttet til skadelidte i anledning av den rettslige avgrensingen av årsakssammenhengen og i spørsmålet om eventuell medvirkning (se kapittel 8 og 9).

Om man vil, kan man selvsagt også i EØS-rettslig sammenheng operere med et erstatningsrettslig begrep om rettsstrid i forhold til skadelidte i tillegg til og løsrevet fra det underliggende spørsmål om det foreligger et materielt brudd på EØS-rettslige forpliktelser. I enkelte saker knyttet til EUs eget erstatningsansvar for brudd på EU-retten har Underretten, og i en fersk dom også EU-domstolen, lagt seg til en begrepsbruk hvor «retsstridighet»³⁰⁰ anvendes som synonym for ansvarsbetingende rettsbrudd i form av en tilstrekkelig kvalifisert overtredelse av en regel som har til formål å tillegge private rettigheter.³⁰¹ Etter min oppfatning fremstår det imidlertid som lite naturlig å si at nasjonale myndigheter (eller en EU/EØS-institusjon) *ikke* har opptrådt rettsstridig i et tilfelle hvor de vitterlig har overtrådt en EU/EØS-rettslig forpliktelse, bare fordi overtredelsen eventuelt ikke er så kvalifisert at den utløser erstatningsansvar.³⁰² Alternativet er å operere med to ulike betydninger av rettsstrid, men alene pedagogiske hensyn tilsier at det bør unngås.³⁰³ Med karakteristikk av offentlige myndigheters handlinger som rettsstridige, siktes det følgelig i denne avhandlingen utelukkende til at det foreligger et brudd på EØS-rettslige forpliktelser som staten i prinsippet kan domfelles for i en traktatbruddssak (jf. for EFTA-statenes vedkommende ODA artikkel 31) – altså helt uavhengig av handlingens eventuelle erstatningsrettslige konsekvenser. Av denne grunn vil det ikke i det følgende bli redegjort nærmere for den omfattende diskusjonen knyttet til det erstatningsrettslige rettsstridsbegrepet i norsk (og nordisk) erstatningsrett.

²⁹⁹ Jf. bl.a. Hjelmeng 2007a s. 34, under henvisning til skadeserstatningslovens forarbeider, Ot.prp. nr. 48 (1965-66), s. 42-43. Sml. også Hagstrøm 1987 s. 50, som definerer en rettstridig handling som en handling som «objektivt sett og fra et erstatningsrettslig synspunkt ikke er rettmessig» (min kursivering).

³⁰⁰ Fransk: «illégalité», oversatt med «unlawfulness», «Rechtswidrigkeit», «rättsstrid» osv.

³⁰¹ Jf. for eksempel T-16/04, *Arcelor mot Parlamentet og Rådet*, Sml. 2010 s. II-211 (avsnitt 139 sammenholdt med avsnitt 141). Den støtte Underretten hevder å finne for denne begrepsbruken i sak C-243/05 P, *Agraz m.fl. mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2006 s. I-10833 (avsnitt 26) synes imidlertid misforstått: I den nevnte dommen uttaler EU-domstolen at det gjelder «en række betingelser vedrørende retsstridigheden af den adfærd, som Fællesskabets institutioner hævdes at have udvist», noe som vel er noe annet enn å sette likhetstegn mellom spørsmålet om rettsstrid og spørsmålet om det foreligger ansvarsgrunnlag. Underretten har imidlertid videreført bruken av «retsstridighet» som synonymt med ansvarsbetingende rettsbrudd i senere saker som T-42/06, *Gollnisch mot EU-parlamentet*, Sml. 2010 s. II-1135 (avsnitt 90); sak T-19/07, *Systran mot Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-6083 (avsnitt 127) og sak T-341/07, *Sison mot Rådet (II)*, dom 23. november 2011 (avsnitt 28). Og i sak C-103/11 P, *Kommisjonen mot Systran*, [A5] dom 18. april 2013 formulerer dessverre EU-domstolen seg på samme vis (avsnitt 60).

³⁰² Dette er heller ikke i tråd med EU-domstolens begrepsbruk, jf. for eksempel sak C-282/05 P, *Holcim mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2007 s. I-2941 (avsnitt 47). (Med unntak for den i forrige note omtalte dommen i *Systran*.)

³⁰³ Sml. sak T-341/07, *Sison mot Rådet (II)*, dom 23. november 2011, hvor Underretten tilsynelatende benytter begrepet «retsstridighet» i to ulike betydninger i én og samme dom, jf. hhv. avsnitt 31-32 (i betydningen rettsbrudd) og 33 flg. (i betydningen erstatningsrettslig ansvarsbetingende rettsbrudd).

Det følger motsetningsvis av forutsetningen om et underliggende brudd på en EØS-rettslig forpliktelse at EØS-ansvaret som sådan ikke etablerer noen norm som trekker opp (ytterligere) rettslige grenser for myndighetenes handlefrihet på EØS-rettens område. Dersom det ikke foreligger noe brudd på en EØS-rettslige forpliktelse som eksisterer uavhengig av og utenfor erstatningsretten, er det ikke grunnlag for noe EØS-basert erstatningssøksmål mot staten.³⁰⁴

At det offentlige bare kan holdes erstatningsrettslig ansvarlig for brudd på EØS-rettslige forpliktelser kan umiddelbart synes temmelig opplagt for norske jurister, men i EU-rettslig sammenheng var det først gjennom storkammeravgjørelsen i forente saker C-120/06 P og C-121/06 P, *FIAMM og Fedon mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2008 s. I-6513 at det ble avklart at det – på EU-rettens «nåværende utviklingstrin» – ikke er grunnlag for å etablere et objektivt erstatningsansvar for EUs lovgivende organer i unntakstilfeller hvor *lovlige* rettsakter påfører private tap av en helt usedvanlig karakter (avsnitt 162-176). Dersom EU-domstolen hadde fulgt Underretten og generaladvokat Maduro og konkludert i motsatt retning, ville det fort oppstått spørsmål om ikke en slik EU-rettslig resepsjon av det franske prinsippet om *responsabilité sans faute* også måtte gjelde for medlemsstatenes vedkommende i tilfeller hvor de på EU-rettens område vedtar generelle regler som riktignok er i overensstemmelse med EU-retten, men som likevel påfører enkelte private helt ekstraordinære tap.³⁰⁵ EU-domstolen var imidlertid av den oppfatning at et slikt rent objektivt ansvar ikke kan utledes av medlemsstatenes felles rettstradisjoner (avsnitt 175).

3.2 Forholdet mellom EØS-ansvaret og EU-ansvaret

Som i begrunnelsen for EØS-ansvarets eksistens, unngikk EFTA-domstolen enhver henvisning til EU-domstolen da den i *Sveinbjörnsdóttir* stilte opp vilkårene for statenes erstatningsansvar. Også her må det antas at årsaken er ønsket om å etablere et særegent EØS-ansvar, prinsipielt løsrevet fra EU-ansvaret. Samtidig er det åpenbart hvor vilkårene er hentet fra. Allerede i *Sveinbjörnsdóttir* viste dessuten EFTA-domstolen til *Francovich* i den konkrete vurderingen av om konkursgarantidirektivet tillegger private erstatningsrettslig beskyttede rettigheter (avsnitt 67). Som alt nevnt fulgte deretter en henvisning til *Haim II* da EFTA-domstolen i *Karlsson* slo fast at de

³⁰⁴ I EU-domstolenes rettspraksis finnes det av denne grunn en rekke avgjørelser hvor domstolene nøyer seg med å vise til at det ikke foreligger noe materielt brudd på EU-rettslige forpliktelser og at det derfor ikke har noen hensikt å drøfte sakens erstatningsrettslige side nærmere. Men tanke på medlemsstatenes erstatningsansvar kan det her vises til sak C-112/00, *Schmidberger mot Østerrike*, [P] Sml. 2003 s. I-5659 (avsnitt 95-96), mens det med tanke på EUs eget erstatningsansvar eksempelvis kan vises til Underrettens dom i sak T-236/09, *Evropaiki Dynamiki mot Kommisjonen*, dom 15. mars 2012 (avsnitt 127). Et norsk eksempel på en sak hvor et EØS-basert erstatningskrav strandet allerede på dette punkt, gir Stavanger tingretts dom 31. oktober 2007, *Gerevan Trading mot Sentralskattekontoret for utenlandssaker* (TSTAV-2006-167488).

³⁰⁵ Så vel Underretten som generaladvokat Maduro tok til orde for eksistensen av et slikt objektivt erstatningsansvar ut fra ekspropriasjonsliknende resonnementer, jf. hhv. Underrettens dommer i sak T-69/00, *FIAMM mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2005 s. II-5393 (og sak T-135/01, *Fedon & Figli m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2005 s. I-29*) og generaladvokatens utførlige innstilling i ankesaken.

samme vilkår kommer til anvendelse på ulike former for brudd på EØS-avtalen. I *Karlsson* henviste dessuten EFTA-domstolen til EU-domstolens praksis i den nærmere utlegning av samtlige tre grunnvilkår (avsnitt 37, 40 og 47).

Som svar på norske myndigheters forsøk på å undergrave hele EØS-ansvaret ved å vise til EU-domstolens kobling av EU-ansvaret til prinsippet om EU-rettens direkte virkning, tok imidlertid EFTA-domstolen samtidig følgende forbehold (avsnitt 30):

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

Noen praktisk betydning for ansvarsvurderingen i *Karlsson* fikk dette ikke. Da spørsmålet om EØS-ansvarets innhold havnet på Høyesteretts bord i *Finanger II*, tok imidlertid staten uttalelsen til inntekt for at det måtte være en høyere terskel for ansvar ved brudd på EØS-retten enn for erstatningsansvar etter EU-retten. Standpunktet ble begrunnet med at ansvarsreglene er utledet av effektivitetsmålsettingen, en målsetting som ifølge staten har en mer begrenset rekkevidde i EØS enn innen EU.³⁰⁶ En samlet Høyesterett avviste imidlertid dette med følgende begrunnelse (avsnitt 58):

«Når et direktiv skal gjelde både innenfor EF og EØS, bør det legges avgjørende vekt på homogenitetshensynet og den forventning samtlige land og deres borgere har til at direktivene følges opp. De direktivene det her gjelder, er direktiver som skal gi borgerne bestemte rettigheter, og erstatningsansvaret skal sikre at rettighetene blir en realitet. Det virker da lite rimelig om borgerne skulle ha en ulik rettsstilling når det gjelder vernet for disse rettigheter. Etter mitt syn tilsier hensynene bak erstatningsansvaret innen EØS at dette har samme omfang og ligger på samme nivå som ansvaret innen EF.»³⁰⁷

Til tross for manglende gjennomslag i Høyesterett, har staten i ettertid påberopt seg forbeholdet fra *Karlsson* for EFTA-domstolen i så vel *Kolbeinsson* som i *Vín Trío*. Argumentasjonen er imidlertid nå mer spisset – det argumenteres ikke lenger for at EØS-ansvaret generelt er lempeligere enn EU-ansvaret, men for at det kan tenkes situasjoner hvor konsekvensene av å følge EU-domstolens utlegning av medlemsstatenes EU-rettslige erstatningsansvar vil ligge så tett opp mot direkte virkning at det må anses uforenlig med EØS-avtalens særtrekk på dette punkt.³⁰⁸

³⁰⁶ Jf. gjengivelsen av statens anførsler for Høyesterett i *Finanger II* (avsnitt 34).

³⁰⁷ Mindretallet gav sin tilslutning til dette i avsnitt 111.

³⁰⁸ Jf. gjengivelsen av den norske regjeringens anførsler i rettsmøterapporten i *Kolbeinsson* (avsnitt 94) og i rettsmøterapporten i *Vín Trío* (avsnitt 95-96).

Mens statens argumentasjon i *Finanger II* var lite overbevisende, kan kanskje argumentasjonen i *Kolbeinsson* og *Vín Trío* ha noe mer for seg. At fraværet av direkte virkning ikke er til hinder for statlig erstatningsansvar for mangelfull gjennomføring av EØS-forpliktelser, følger riktignok allerede av aksepten av *Sveinbjörnsdóttir* som uttrykk for gjeldende EØS-rett.³⁰⁹ Dersom EU-domstolen skulle etablere et strengere erstatningsansvar i tilfeller hvor en overtrådt EU-regel ikke fyller vilkårene for direkte virkning (ut fra den betraktning at erstatningsansvaret her utgjør eneste mulighet for å sikre EU-retten gjennomslag i nasjonal rett), så kan kanskje forbeholdet fra *Karlsson* få betydning. Det er imidlertid ingen holdepunkter for noen slik utvikling i EU-domstolens praksis.³¹⁰

Av større praktisk betydning er det omvendte spørsmål om EØS-ansvaret i visse tilfeller er strengere enn EU-ansvaret.³¹¹ EFTA-domstolens virkningsorienterte tilnærming til homogenitetsmålsettingen kan tas til inntekt for en slik løsning i tilfeller hvor dette er påkrevd for å avhjelpe mangelen på direkte virkning. EFTA-domstolen har ikke tatt uttrykkelig stilling til spørsmålet, men en avgjørelse som *Straffesak mot A* etterlater et klart inntrykk av at domstolen betrakter EØS-ansvaret som et virkemiddel som i hvert fall et stykke på vei avbøter følgene av at EØS-avtalen ikke rommer et prinsipp om direkte virkning.³¹² Av betydelig interesse i denne sammenheng er prinsipputtalelsen høsten 2012 i *Irish Bank* om at homogenitetsmålsettingen bare kan oppfylles dersom «EFTA and EU citizens and economic operators enjoy, relying upon EEA law, the same rights in both the EU and EFTA pillars of the EEA» (avsnitt 122). Uttalelsen, som fulgte umiddelbart etter et avsnitt hvor EFTA-domstolen stadfestet at EØS-avtalen ikke rommer et prinsipp om direkte virkning (avsnitt 121), ble etterfulgt av henvisninger til prinsippet om EØS-konform fortolkning av nasjonal rett og prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på EØS-forpliktelser (avsnitt 123-125). Rekkevidden er ikke klar, men det er mulig å forstå uttalelsen slik at EFTA-domstolen mener at fraværet av et EØS-rettslig prinsipp om direkte virkning bare kan rettfærdiggjøres så fremt dette kompenseres fullt ut gjennom EØS-ansvaret.³¹³ Det er ikke uten interesse at EFTA-domstolen i ettertid har grepet enhver anledning til å vise til og

³⁰⁹ Se nå også *HOB-vín*, avsnitt 128.

³¹⁰ Se kapittel 7, punkt 7.8.7.

³¹¹ Som anført av bl.a. Baudenbacher 2009 s. 357-358 (med videre henvisninger), Magnússon/Hannesson 2013 s. 167-186 og Méndez-Pinedo 2009 s. 96. I følge Baudenbacher ble spørsmålet berørt i den muntlige forhandlingen i *Nguyen*, men uten at dette vises i premissene i den avgjørelsen.

³¹² Jf. *Straffesak mot A*, avsnitt 42, jf. avsnitt 37 flg. Tydelig i denne retning Baudenbacher 2009 s. 358 og Magnússon/Hannesson 2013 s. 185-186, som alle hevder at EØS-ansvaret må kompensere for mangelen på direkte virkning og forrang.

³¹³ En strengere EØS-rettslig variant av prinsippet om EU-konform fortolkning av nasjonal rett er det vanskelig å se for seg ettersom EFTA-domstolen her vanskelig kan gå lenger enn det EU-domstolen allerede har gjort: Nasjonale domstoler plikter å gjøre alt som står i deres makt for å fortolke nasjonal rett i overensstemmelse med EU-retten. Dermed gjenstår EØS-ansvaret som eneste alternativ for å avbøte fraværet av direkte virkning.

gjenta denne uttalelsen, noe som ledet til at domstolen allerede ni måneder senere i *Koch* kunne slå fast at man har gjort dette gjentatte ganger («repeatedly»)³¹⁴.

Av interesse i denne sammenheng er det også at mens Høyesterett har stadfestet oppfatningen av innholdsmessig sammenfall mellom EØS-ansvaret og EU-ansvaret i *Edquist* (avsnitt 91, jf. 92) og *Personskadeforbundet* (avsnitt 40), så er EFTA-domstolens praksis langt fra like klar. I kjølvannet av *Irish Bank* gjentok EFTA-domstolen i *HOB-vín* det prinsipielle forbeholdet fra *Karlsson*. I *HOB-vín* er det påfallende få henvisninger til EU-domstolens rettspraksis og like påfallende hvordan det gjennomgående vises til *EFTA-statenes* erstatningsansvar, ikke *EØS-statenes* eller *avtalepartenes* ansvar.³¹⁵ Selv om en rekke sentrale formuleringer i avgjørelsen er hentet ordrett fra EU-domstolens praksis knyttet til EU-ansvaret, er det ingen henvisninger til kildene.³¹⁶ Som vist er dette i og for seg i samsvar med *Sveinbjörnsdóttir*, men det er likevel en påfallende kontrast til EFTA-domstolen praksis på andre områder. På den ene side etterlater *HOB-vín* et bestemt inntrykk av at EFTA-domstolen hegner om EØS-ansvaret som en særegen EØS-rettslig figur. På den annen side føyer avgjørelsen seg inn i rekke av saker hvor utlegningen av EØS-ansvarets nærmere innhold hentes ordrett fra EU-domstolens praksis.

Etter mitt syn er det påkrevd å sondre mellom særspørsmålet om et strengere EØS-ansvar i unntakstilfeller hvor dette er eneste mulighet for å avhjelpe mangelen på direkte virkning og spørsmålet om forholdet mellom EØS-ansvaret og EU-ansvaret mer generelt.

Dersom uttalelsene i *Irish Bank* (og etterfølgende praksis) må forstås slik at fraværet av et EØS-rettslig prinsipp om direkte virkning bare kan rettfærdiggjøres så fremt dette kompenseres fullt ut gjennom EØS-ansvaret, kan det innvendes at standpunktet

³¹⁴ Sak E-11/12, *Koch m.fl. mot Swiss Life (Liechtenstein)*, rådgivende uttalelse 13. juni 2013, avsnitt 116 (under henvisning til *Irish Bank*, sak E-14/11, *DB Schenker mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 1178, avsnitt 118, og sak E-3/12, *Staten v/Arbeidsdepartementet mot Jonsson*, rådgivende uttalelse 20. mars 2013, avsnitt 60).

³¹⁵ Se avsnitt 119-136, hvor det vekselvis vises til *EFTA-statene* og til *EØS-statene*, men slik at det konsekvent foretrekkes *EFTA-statene* i tilfeller hvor det er snakk om EØS-ansvarets nærmere innhold. Dette er delvis i samsvar med *Sveinbjörnsdóttir*, hvor EFTA-domstolen flere steder begrenset seg til å omtale *EFTA-statenes* erstatningsansvar (se avsnitt 43, 60 og 62). Andre steder i *Sveinbjörnsdóttir* (herunder i domsslutningen) vises det imidlertid til *avtalepartenes* ansvar og i senere avgjørelser har domstolen enten gjentatt henvisningen til *avtalepartenes* ansvar (*Nguyen*, avsnitt 31; *Straffesak mot A*, avsnitt 42; *Gullenke II*, avsnitt 28) eller vist til *EØS-statenes* erstatningsansvar (*Karlsson*, avsnitt 25 og 32 flg.; *Kolbeinsson*, avsnitt 78 flg.; *Irish Bank*, avsnitt 125). *HOB-vín* inneholder en rekke parafraaser fra tidligere saker, men angivelsen av ansvarssubjektet er gjennomgående endret til *EFTA-statene*. Dette er så konsekvent gjennomført at det har formodningen mot seg at det skulle bero på en tilfældighet. Betydningen av denne endringen er uklar. For egen del kan jeg ikke gjøre annet enn å gjenta at jeg mener det er prinsipielt utelukket at EØS-avtalen som sådan kan gi opphav til ulike forpliktelser for avtaleparter i EFTA-pilaren og avtaleparter i EU, jf. nærmere Fredriksen 2010 s. 248-250.

³¹⁶ Se særlig avsnitt 130, som en gjengivelse av avsnitt 28 i *Hedley Lomas* (og senere praksis), og avsnitt 131, som er hentet fra avsnitt 73 i *Robins* (og avsnitt 39 i *Synthon*). Formuleringen i siste setning i avsnitt 125 minner dessuten mistenkelig mye om siste setning i avsnitt 23 i *Danske Slagterier*.

ikke er helt lett å forene med de holdepunkter i avtalen som begrunner hvorfor EØS-retten som sådan ikke har direkte virkning – først og fremst artikkel 7 i avtalens hoveddel og protokoll 35. Det vil unektelig ikke være mye igjen av den omstendighet at EØS-avtalen ikke rommer et prinsipp om direkte virkning dersom EFTA-statene på objektivt grunnlag hefter for brudd på EØS-regler som ikke er operative i angjeldende EFTA-stat (forutsatt at de fyller vilkårene for direkte virkning i EU). Med utgangspunkt i EFTA-domstolens egen oppfatning av at EØS-avtalen ikke krever direkte virkning i nasjonal rett (*Karlsson, Straffesak mot A, Irish Bank*), er det umiddelbart vanskelig å se at avtalen kan gi grunnlag for et erstatningsansvar som i praksis langt på vei «nuller ut» de rettslige konsekvensene av dette standpunktet. Som vist i kapittel 2, punkt 2.4.10, er imidlertid ikke fraværet av direkte virkning noe tvingende argument mot EØS-ansvaret som sådan, og det kan vel da heller ikke være noe tvingende argument for den nærmere utforming av ansvarets innhold. Det er jo heller ikke slik at avtalepartenes avstandstagen fra prinsippet om direkte virkning skyldes noe ønske om å kunne avspise private med svakere rettsbeskyttelse i EFTA-pillaren enn det EU-retten sikrer dem i EUs medlemsstater. Fraværet av et EØS-rettslig prinsipp om direkte virkning skyldes ene og alene konstitusjonelle hensyn knyttet til EØS-rettens virkning i nasjonal rett og disse synes ivaretatt også om EØS-ansvaret her kommer til for å avhjelpe de ulemper som dette innebærer for private.³¹⁷

Om man tar utgangspunkt i en virkningsorientert tilnærming til homogenitetsmålsettingen (se kapittel 2, punkt 2.4.8) og legger til at fraværet av direkte virkning ikke i seg selv synes tilstrekkelig til å rettferdiggjøre svakere rettsbeskyttelse i EFTA-pillaren enn i EU-pillaren, så taler mye for at fraværet av direkte virkning bør avhjelpes gjennom EØS-ansvaret. Det er dessuten ikke bare EFTA-domstolens ovenfor omtalte prinsipputtalelse i *Irish Bank* (og senere praksis) som trekker i denne retning. Langt på vei gav Høyesterett uttrykk for det samme da retten enstemmig i *Finanger II* uttalte at det bør legges «avgjørende vekt på homogenitetshensynet og den forventning samtlige land og deres borgere har til at direktivene følges opp», at erstatningsansvaret skal sikre at borgernes direktivbaserte rettigheter «blir en realitet» og at det derfor vil være «lite rimelig» om rettighetsvernet skulle være ulikt i EU og i EØS (avsnitt 58, jf. 111).

Det bør imidlertid tilføyes at den praktiske betydningen av problemstillingen synes temmelig begrenset. Anvendelsesområdet for et strengere EØS-ansvar må rimeligvis forbeholdes typetilfeller hvor det foreligger brudd på en EØS-regel som fyller vilkårene for direkte virkning i EU, men som ikke er operativ i angjeldende EFTA-stat.³¹⁸ Det kan ikke være tilstrekkelig at skadelidte, ut fra

³¹⁷ Her som ellers står det Stortinget formelt sett fritt å vedta lovgivning som setter EØS-ansvaret til side, se kapittel 2, punkt 2.6.

³¹⁸ Det bør påpekes at det kan synes noe usikkert om Magnússon/Hannesson 2013 s. 167-186 deler denne oppfatningen.

den betraktning at prinsippet om direkte virkning ikke er en del av EØS-avtalen, har unnlatt å påberope seg den aktuelle EØS-regelen overfor nasjonale myndigheter. I et tilfelle hvor *nasjonal rett* åpner for at nasjonale domstoler ville kunne nådd frem til et EØS-konformt resultat, er skadelidtes situasjon fullt ut sammenlignbart med tilfeller hvor private i en av EUs medlemsstater unnlater å anføre prinsippet om direkte virkning. Det følger av EU-domstolens praksis at en slik unnlatelse ikke er til hinder for et etterfølgende erstatningssøksmål, men ansvarsterskelen er den samme her som i andre typetilfeller (se kapittel 7, punkt 7.8.7). Etter min oppfatning er det vanskelig å akseptere at interne regler om EØS-rettens gjennomslag i nasjonal rett skal være relevante i EU-pilaren (i form av EU-rett) men ikke i EFTA-pilaren (i form av EFTA-statenes nasjonale rett). Så lenge den aktuelle EØS-regel som følge av nasjonal rett er operativ i angjeldende EFTA-stat, kan ikke homogenitetsmålsettingen begrunne et strengere erstatningsansvar enn det som gjelder i tilfeller hvor myndighetene i en av EUs medlemsstater overtrer en EU/EØS-regel som har direkte virkning i kraft av EU-retten. Et annet standpunkt synes dessuten å forutsette at EØS-avtalen pålegger EFTA-statene et strengere erstatningsansvar enn det avtalen samtidig pålegger EU og EUs medlemsstater, noe som etter mitt syn er uholdbart. For Liechtenstein, som opererer med en monistisk tilnærming til folkerettslige forpliktelser, vil spørsmålet om et strengere EØS-ansvar av denne grunn formentlig aldri være aktuelt. Kombinasjonen av presumsjonsprinsippet, oppfatningen av folkerettsbrudd som ugyldighetsgrunn for forvaltningsavgjørelser og den omstendighet at det på et mer overordnet plan ikke er i myndighetenes interesse å anføre det dualistiske prinsipp som en skranke for EØS-rettens gjennomslag i nasjonal rett, leder til at anvendelsesområdet for et skjerpet EØS-ansvar vil være svært begrenset også i norsk rett.³¹⁹ Interessant nok synes derimot situasjonen å være en annen på Island – Hæstiréttur Islands fremstår tidvis som en langt strengere forsvarer av det dualistiske prinsipp enn Norges Høyesterett.³²⁰

For det store flertall av saker hvor fraværet av et EØS-rettslig prinsipp om direkte virkning ikke er av betydning, er min oppfatning at det som utgangspunkt er *fullt innholdsmessig sammenfall* mellom EØS-ansvaret og dets EU-rettslige forbilde. Dette følger etter mitt syn nokså uunngåelig av forståelsen av EØS-ansvaret som et sær-egent «homogenitetsansvar» som på helt avgjørende vis er knyttet til beskyttelsesnivået i EU-retten (jf. kapittel 2).³²¹ At det er visse forskjeller på EØS-retten og EU-retten som kan få betydning for den konkrete ansvarsvurderingen i en sak,³²² endrer

³¹⁹ Jf. Arnesen/Stenvik 2009 s. 142, som konstanterer at det i praksis er vanskelig å identifisere reelle forskjeller mellom EØS-rettens gjennomslag i norsk rett og EU/EØS-rettens gjennomslag i EUs medlemsstater.

³²⁰ For en nærmere redegjørelse for EØS-rettens gjennomslag i islandsk rett vises det til Ólafur Í. Hannessons avhandling *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*, Firenze 2012.

³²¹ Magnússon/Hannesson 2013 s. 175-176 synes å åpne for at EØS-ansvaret mer generelt er strengere enn EU-ansvaret, bl.a. ut fra en tolkning av ansvarsvurderingen i *Nguyen* som jeg ikke kan slutte meg til (se nærmere om ansvarsvurderingen i denne saken i kapittel 7). Det kan legges til at det heller ikke er noe i Høyesteretts vurdering i *Personskadeforbundet* som tyder på at retten deler Magnússons og Hannessons oppfatning av *Nguyen* som «a conscious effort to tighten up the assessment of seriousness and strengthen State liability under EEA law». Og forfatterne gjør ikke noe forsøk på å forklare hvilket ansvarsregime som i så fall gjelder for EU og EUs medlemsstater i sammenlignbare typetilfeller hvor de er de som kommer i skade for å overtre EØS-retten.

³²² Eksempelvis vil uttalelser fra ESA og EFTA-domstolen ha større interesse for ansvarsvurderingen etter EØS-ansvaret enn etter EU-ansvaret, noe som særlig kan tenkes å få betydning dersom det skulle være uover-

ikke dette. Som påpekt av Høyesterett i *Finanger II* er dette en tilnærming som får betydning for prejudikatverdien av EU-domstolens praksis: Så fremt det ikke er konkrete holdepunkter for at det i det foreliggende typetilfeller er forskjell på EU-ansvaret og EØS-ansvaret, så vil EU-domstolens overordnede utlegning av EU-ansvaret måtte være avgjørende også i EØS-rettslig sammenheng.³²³

Det får være usagt i denne sammenheng om det er dette som er årsaken til at EFTA-domstolen hegner om EØS-ansvaret som en genuin EØS-rettslig figur, men det har neppe unngått domstolens oppmerksomhet at Høyesteretts kobling til EU-ansvaret i *Finanger II* har ledet til at oppmerksomheten i senere saker som *Edquist* og *Personskadeforbundet* rettes helt og fullt mot EU-domstolens praksis. I *Edquist* avviste Høyesterett en begjæring om å innhente en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen og i *Personskadeforbundet* synes det ikke engang å ha vært vurdert. Som vist i kapittel 2, punkt 2.3.7, gjelder dette enn mer for liechtensteinske domstoler i *Dr. Tschannet II*, hvor EFTA-domstolens praksis ikke engang nevnes. Her som ellers er det nok fare for at EFTA-domstolens vern om homogenitetsmålsettingen bidrar til at nasjonale domstoler ikke ser grunn til å be om tolkningsuttalelser i tilfeller hvor det foreligger rikelig med praksis fra EU-domstolen.³²⁴

3.3 Forholdet mellom EØS-ansvaret og EUs eget erstatningsansvar

En prinsipielt så vel som praktisk meget viktig følge av koblingen til EU-ansvaret er at den leder til at også EU-domstolenes omfattende praksis knyttet til EUs erstatningsansvar etter TEUV artikkel 340 annet ledd vil være av betydelig interesse for forståelsen av EØS-ansvarets innhold. I følge EU-domstolen er det nemlig, i hvert fall som utgangspunkt og hovedregel, sammenfall mellom statenes og EU-institusjonenes erstatningsansvar for brudd på EU-retten. Etter å ha ignorert generaladvokat Mischos argumentasjon for en slik kobling i *Francovich*,³²⁵ kom EU-domstolen med følgende prinsipputtalelse i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* (avsnitt 42):

ensstemmelser i rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen og/eller i uttalelser fra ESA og Kommisjonen.

³²³ Sml. *Finanger II* (avsnitt 58 i.f.): «EF-domstolens avgjørelser på dette området har dermed betydelig interesse». Tilnærmingen er stadfestet i *Edquist* (avsnitt 91, jf. 92) og *Personskadeforbundet* (avsnitt 40). Monsen 2006 s. 246 påpeker treffende at Høyesterett med denne formuleringen unngikk eksplisitt anerkjennelse av EU-domstolen som prejudikatdomstol, men at dette likevel synes å være realiteten i rettens tilnærming.

³²⁴ Det er fristende å se EFTA-domstolens hang til å konkludere på ansvarsspørsmålet i samme perspektiv – gjennom avgjørelser som *Karlsson*, *Nguyen*, *Kolbeinsson* og *HOB-vín* har EFTA-domstolen etablert en tilnærming som leder til at nasjonale domstoler kan sende saker om EØS-ansvaret til Luxembourg med håp om at EFTA-domstolen løser saken for dem (se nærmere om denne problematikken i punkt 3.6).

³²⁵ Jf. avsnitt 71 i generaladvokatens innstilling i *Francovich*.

«[B]etingelserne for statens ansvar for tab, der er forvoldt borgerne som følge af overtrædelsen af fællesskabsretten [må] ikke – medmindre der er en særlig grund hertil – afvige fra betingelserne for Fællesskabets ansvar under lignende omstændigheder.»

Ved første øyekast fremstår denne koblingen som en nokså uunngåelig konsekvens av at EUs eget erstatningsansvar hviler på «de almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer», jf. nå TEUV artikkel 340 annet ledd. Da EU-domstolen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* ble utfordret på grunnlaget for prinsippet om statlig erstatningsansvar, svarte den jo blant annet nettopp med å vise til medlemsstatenes felles rettstradisjoner (avsnitt 27-29). Om så vel EUs eget som medlemsstatenes ansvar hviler på samme grunnlag, synes det vanskelig å komme utenom den konklusjon at også ansvarsreglenes nærmere innhold må være sammenfallende.³²⁶

Ved nærmere ettertanke kan det imidlertid rettes flere innvendinger mot denne slutningen. Som alt nevnt i kapittel 2, punkt 2.4.5, fremstår det som tvilsomt om det virkelig eksisterer noen felles rettstradisjoner i EU-statene som kan bære et generelt prinsipp om statlig erstatningsansvar for nasjonal lovgivning (enn si rettsavgjørelser) som viser seg å være i strid med EU-rettslige forpliktelser. Med Tridimas kan det hevdes at medlemsstatenes erstatningsansvar ikke hviler på felles rettstradisjoner, men at grunnlaget i stedet er å finne i «the distinct nature of Community law and the principle of primacy».³²⁷ Og om man med et slikt utgangspunkt likevel skulle søke inspirasjon i medlemsstatenes rettstradisjoner, kan det hevdes at man må lete i nasjonale regler knyttet til underordnede *delstatlige, regionale eller lokale myndigheters ansvar* ved brudd på ranghøyere rettsregler. I en overnasjonal rettsorden som EU kan det hevdes at det er *dette* som er det relevante sammenligningsgrunnlaget for medlemsstatenes erstatningsansvar for brudd på EU-retten, noe som igjen leder til at det ikke nødvendigvis er sammenfall mellom de felleseuropeiske rettstradisjoner som ligger til grunn for hhv. EUs eget og medlemsstatenes ansvar.³²⁸

At grunnlaget for prinsippet om statlig erstatningsansvar er et annet enn «de almindelige retsgrundsætninger» som det henvises til i TEUV artikkel 340 annet ledd, er imidlertid ikke i seg selv noe argument mot EU-domstolens oppfatning av at de to formene for erstatningsansvar som utgangspunkt og hovedregel er innholdsmessig like. Det er heller ikke slik at EU-domstolen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* utelukkende baserte koblingen på oppfatningen av at medlemsstatenes og EU-

³²⁶ Jf. *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 41. Se tilsvarende allerede Kommissjonens anførsler for EU-domstolen i *Russo* samt også generaladvokat Mischo i *Francovich* (avsnitt 71) og generaladvokat Tesauro i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* (avsnitt 61).

³²⁷ Jf. Tridimas 2006 s. 503.

³²⁸ Jf. i denne retning generaladvokat Léger i *Hedley Lomas*, avsnitt 101 flg., jf. avsnitt 138 flg.

institusjonenes erstatningsansvar hviler på samme grunnlag. Tvert i mot ble standpunktet underbygget med følgende enkle likhetsbetraktning (avsnitt 42):

«Beskyttelsen af borgernes rettigheder i henhold til fællesskabsretten kan nemlig ikke variere, alt efter om den myndighed, der har forårsaget skaden, er en national myndighed eller en fællesskabsmyndighed.»

Også dette er et argument som kan kritiseres. Om man betrakter prinsippet om statlig erstatningsansvar som et virkemiddel for å sikre EU-rettens effektivitet (se punkt 3.4), kan det hevdes at det *er* (betydelig) forskjell på medlemsstatene og EU-institusjonene.³²⁹ Selv om også brudd på EU-regler som må tilskrives EU-institusjonene representerer en utfordring for EU-rettens effektivitet, synes det klart at effektivitetshensynet isolert sett tilsier at statenes ansvar burde være strengere enn institusjonenes. Det sentrale hensyn mot et for strengt erstatningsansvar for det offentlige, er de uønskede virkninger som frykten for å havne i ansvar kan få for myndighetenes handlekraft (se punkt 3.4). Fra et EU-rettslig perspektiv er det langt viktigere å unngå en slik begrensning av det handlingsrom som EU-retten tillegger institusjonene enn det handlingsrom som statene er innrømmet. Mens førstnevnte forutsetningsvis har EUs felles mål og interesser for øye, forfølger jo medlemsstatene ofte helt andre formål. Samtidig ville det av nettopp denne grunn vært svært kontroversielt dersom EU-domstolen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* hadde fulgt generaladvokat Léger og pålagt statene et strengere ansvarsregime enn det som gjelder for EU-institusjonene.³³⁰ Én ting er at en slik sonndring langt på vei ville fremstå som åpen mistillit til medlemsstatene, men enda viktigere er det at sonndringen forutsetter en erkjennelse av at de politiske formål som institusjonene forfølger *per se* er viktigere og derfor har krav på bedre vern enn de politiske formål som statene forfølger når de gjør bruk av det handlingsrom som EU-retten innrømmer dem. Vurdert fra medlemsstatenes perspektiv ville dette fremstå som dobbeltmoral i juridisk forkledning.³³¹

Koblingen mellom medlemsstatenes og EU-institusjonenes erstatningsansvar i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* fremstår i alle tilfelle som et veloverveid standpunkt til et spørsmål som EU-domstolen må ha forstått at ikke bare er prinsipielt viktig, men også av stor praktisk betydning. Om man legger til at domstolen konsekvent har fulgt opp standpunktet i senere avgjørelser – og da særlig gjennom den påkrevde tilpasning

³²⁹ Jf. Jacobs 2001 s. 131: «Perhaps a further reason for doubt about the analogy between Community liability and Member State liability is that the liability of Member States serves the purpose of securing the effectiveness of Community law, a purpose which has no immediate analogy in the case of the Community institutions.»

³³⁰ For ordens skyld gjøres det oppmerksom på at generaladvokat Légers innstilling gjaldt *Hedley Lomas*, men den ble avgitt i god tid før dommen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og det kan trygt legges til grunn at EU-domstolen var vel kjent med den.

³³¹ Jf. også Jacobs 2001 s. 130.

av vilkårene for institusjonenes erstatningsansvar i *Bergaderm*³³² – kan det trygt legges til grunn at det som utgangspunkt og hovedregel er sammenfall mellom medlemsstatenes og institusjonenes erstatningsansvar for brudd på EU-retten.³³³

For EU-statene har koblingen mellom deres og EUs erstatningsansvar ledet til at *Francovich*-ansvaret har fått mindre dramatiske konsekvenser enn det *Francovich* selv umiddelbart gav inntrykk av.³³⁴ Det er selvsagt mulig å forstå introduksjonen av kravet til et tilstrekkelig kvalifisert brudd i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* som en genuin konsesjon til medlemsstatenes politiske handlefrihet, men etter min oppfatning er det trolig riktigere å se det slik at EU-domstolens omsorg for medlemsstatene mest av alt er en refleksvirkning av dens vern om EU-institusjonenes handlefrihet i sammenlignbare situasjoner. Selv om koblingen mellom statenes og institusjonenes ansvar har ledet til en viss innskjerpelse av sistnevnte, er det fremdeles snakk om et mildt ansvar. Som den videre fremstilling vil vise, skal det mye til for å vinne frem med et erstatningskrav mot EU-institusjonene. Ved å få EU-domstolen med på at deres ansvar ikke kan være strengere enn EUs, har statene lyktes med å legge betydelige begrensninger på deres erstatningsansvar for brudd på EU-retten.

Det er mulig generaladvokat Léger forutså dette da han i *Hedley Lomas* advarte mot å tilpasse medlemsstatenes ansvar til «rules which are judged to be unsatisfactory, unduly stringent and affording insufficient protection for the right of judicial relief» (avsnitt 145, kursiveringer og noter utelatt). Selv om EU-domstolen i noen grad tok konsekvensene av denne kritikken da koblingen mellom medlemsstatenes og institusjonenes ansvar ledet til en viss innskjerpelse av sistnevnte i *Bergaderm*, så hevder for eksempel tidligere generaladvokat Colomer at koblingen likevel har ledet til at terskelen for å nå frem med et erstatningskrav mot nasjonale myndigheter er så høy at «one may wonder whether it has provided a real remedy for those who have suffered loss and damage as a result of the incorrect application of Community law» (Colomer 2010 s. 410, jf. s. 411-412). På det prinsipielle plan er det imidlertid vanskelig å akseptere dette som en innvending mot koblingen som sådan. Dersom det er riktig at ansvaret er så mildt at det ikke tilbyr reell beskyttelse, må løsningen være å skjerpe inn både statenes og institusjonenes erstatningsansvar.

På det strukturelle plan er det grunn til å være oppmerksom på at koblingen mellom de to ansvarsregimene leder til at den påvirkning som særlig fransk, men også i en viss grad tysk erstatningsrett har hatt på utformingen av EU-institusjonenes erstatningsansvar, gjenfinnes i vilkårene for medlemsstatenes erstatningsansvar. Selv om

³³² Sak C-352/98 P, *Bergaderm mot Kommisjonen*, [P] Sml. 2000 s. I-5291 (avsnitt 39 flg.).

³³³ Tilsvarende bl.a. Ruffert i Calliess/Ruffert 2011, note 1 og 41 til TEUV artikkel 340, som fremhever fremveksten av «ein aus der Unionsbürgerperspektive kohärentes Haftungssystem».

³³⁴ Jf. for eksempel Lever 2001 s. 110, som antok at koblingen mellom medlemsstatenes og EUs eget erstatningsansvar «may perhaps lead to a slowing down in the rate at which the tortious liability of member States and their public bodies for breach of EC law has recently been extended». Noen særlig dristig prognose var dette neppe – på dette tidspunkt hadde Tridimas allerede konstatert en slik utvikling, jf. Tridimas 2001 s. 332. Utviklingen siden 2001 synes uansett langt på vei å ha gitt Lever (og Tridimas) rett.

ansvarvilkårene ble nyansert gjennom *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Bergaderm*, preges ansvaret fremdeles av de grunnleggende veivalg som EU-domstolen foretok da de første erstatningssakene havnet på dens bord på 1950- og 1960-tallet. Som den videre fremstilling vil vise, er særlig påvirkningen fra fransk rett tydelig. Dette er trolig også noe av grunnen til at EU-ansvaret oppfattes som fremmed av jurister med bakgrunn fra common law-tradisjonen³³⁵ – da Storbritannia og Irland gikk inn i det daværende EF i 1973, var erstatningsansvarets grunntrekk alt vel etablert.

I den nærmere fremstilling av ansvaret er det imidlertid grunn til å fremheve EU-domstolens forutsetning i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* om like ansvarsregler «under lignende omstændigheder» (avsnitt 42). I mange tilfeller vil ikke denne forutsetningen være oppfylt. De rettslige rammer for medlemsstatenes handlingsrom på EU-rettens område er ofte langt snevrere enn rammene for EU-institusjonenes opptreden.³³⁶ Eksempelvis leder utgangspunktet om nasjonal håndhevelse av EU/EØS-retten til at det er langt mer praktisk at nasjonale forvaltningsmyndigheter treffer konkrete avgjørelser som viser seg å krenke privates rettigheter enn at EU-institusjonene skulle gjøre det. Og selv i tilfeller hvor Kommisjonen (eller eventuelt selvstendige EU-organer) forvalter EU-regler direkte overfor private, er deres handlingsrom ofte langt større enn den frihet som EU/EØS-retten innrømmer nasjonale myndigheter.³³⁷ Dette gjelder enn mer for gjennomføring av direktiver i nasjonal rett – selv om det følger av TEUV artikkel 289 tredje ledd at et direktiv «bare» er bindende med hensyn til sitt formål, og overlater det til nasjonale myndigheter å bestemme form og midler for gjennomføringen, så legger direktivene regelmessig langt større begrensninger på medlemsstatenes handlefrihet enn EU-lovgivning som tillegger Kommisjonen kompetanse til å utforme nærmere regler på et nærmere angitt område (jf. nå TEUV artikkel 290 og 291). Nøkkelen for å forstå EU-domstolens forsøk på å håndtere denne materien, er den vekt som legges på spørsmålet om myndighetene i ulike typetilfeller råder over et vidt eller snevert skjønn (jf. kapittel 7, punkt 7.6).

At forutsetningen om sammenlignbare tilfeller ofte ikke vil være oppfylt, hindrer likevel ikke at mange tilfeller *er* sammenlignbare og at det her vil være mye å hente i rettspraksis knyttet til EU-institusjonenes ansvar. Forbeholdet for tilfeller som ikke er sammenlignbare synes dessuten først og fremst av betydning for vurderingen av om et

³³⁵ Se til illustrasjon for eksempel Smith/Woods 1997 s. 925-941 og Amos 2002 s. 109-124.

³³⁶ Jf. treffende bl.a. Jacobs 2001 s. 130-131.

³³⁷ Noe som langt på vei kan forklares med at det ikke gjør seg gjeldende de samme utfordringer knyttet til europeisk rettsenhet i tilfeller hvor kompetanse delegeres til en av EUs egne institusjoner. De tre erstatningssakene *AGM*, *Synthon* og *Danske Slagterier* er illustrerende, i det samtlige handlet om brudd på særskilte varslingsplikter som er satt inn i ulike direktiver for å sikre enhetlig kontroll med nasjonale myndigheters bruk av de unntak som regelverket åpner opp for. Tilsvarende bestemmelser finnes naturlig nok ikke i rettsaker som delegerer kompetanse til Kommisjonen (eller selvstendige EU-organer).

rettsbrudd er «tilstrekkelig kvalifisert» – med tanke på skadevilkåret, spørsmålet om hvilke EU/EØS-regler som tillegger private rettigheter og kravet til direkte årsakssammenheng er det vanskelig å få øye på forskjeller av nevneverdig betydning.

Ved bruk av praksis knyttet til EU-institusjonenes erstatningsansvar i fremstillingen av statenes erstatningsansvar, er det imidlertid viktig å være oppmerksom på den begrensning av overføringsverdien som følger av at mens førstnevnte er et rent EU-rettslig anliggende, beror sistnevnte på et komplekst samspill mellom EU/EØS-retten og nasjonal rett (se punkt 3.5). Etter min oppfatning er imidlertid dette av mindre betydning enn man kanskje skulle tro. For de sider ved EØS-statenes erstatningsansvar som i utgangspunktet er overlatt til nasjonal rett, vil nemlig effektivitetsprinsippet representere en skranke som sikrer et erstatningsrettslig minimumsvern. Med utgangspunkt i uttalelsene om sammenfall mellom institusjonenes og statenes erstatningsansvar, synes det nokså klart at EU-domstolen ikke kan anvende effektivitetsprinsippet for å slå ned på nasjonale vilkår for det offentliges erstatningsansvar som ikke er strengere enn dem EU-domstolen selv utleder av TEUV artikkel 340 annet ledd.³³⁸ Samtidig fremstår det ansvarsregime som gjelder for EU-institusjonene som så mildt at det neppe kan være særlig rom for strengere nasjonale vilkår før myndighetene rammes av effektivitetsprinsippets forbud mot ansvarsregler som leder til «at opnåelsen af erstatning for det lidte tab gøres praktisk umulig eller uforholdsmæssigt vanskelig».³³⁹ Som det vil fremgå av den videre fremstilling, er jeg derfor av den oppfatning at effektivitetsprinsippet leder til at praksis knyttet til EU-institusjonenes erstatningsansvar vil ha betydelig interesse også for de sider ved EØS-statenes erstatningsansvar som i utgangspunktet er overlatt til nasjonal rett.³⁴⁰

I den nærmere fremstilling av EØS-statenes erstatningsansvar er det imidlertid en utfordring at det kan stilles visse spørsmål ved om EU-domstolene fullt ut lever opp til egne utsagn om sammenfall mellom statenes og institusjonenes ansvar (i sammenlignbare tilfeller). Det er en nokså utbredt oppfatning i litteraturen av at det ikke alltid er like lett å forene EU-domstolenes praksis knyttet til de to ansvarsregimene.³⁴¹ Selv om det etter hvert finnes et betydelig antall krysshenvisninger, hvor rettspraksis knyttet til medlemsstatenes erstatningsansvar anvendes i saker som gjelder institusjonenes ansvar eller omvendt, så er den rådende oppfatningen at omfanget av gjensidig inspirasjon er forholdsvis begrenset.³⁴² Enkelte antyder også at EU-domstolene opererer

³³⁸ Se tilsvarende bl.a. Fenger 2004 s. 936 (konkret om erstatningsansvaret) og s. 85 flg. (mer generelt).

³³⁹ Jf., med henblikk på nasjonale krav til årsakssammenhengen mellom myndighetenes rettsbrudd og skadelidtes tap, *Danfoss* (avsnitt 36).

³⁴⁰ Se særlig kapittel 5, punkt 5.2 om skadevilkåret, kapittel 8 om kravet til direkte årsakssammenheng og kapittel 9 om medvirkning og tapsbegrensningsplikt.

³⁴¹ Jf. fra den senere tid særlig Aalto 2011 s. 199 flg., men tilsvarende også bl.a. Tridimas 2006 s. 512.

³⁴² Jf. særlig van Gerven 1998 s. 35-47 og, fra den senere tid, Aalto 2011 (f.eks. på s. 199 flg.).

med doble standarder fordi det tidvis synes som om EU-institusjonene går fri i tilfeller hvor det fremstår som tvilsomt om medlemsstatene ville kunne håpe på det samme.³⁴³ Denne kritikken er det grunn til å ha in mente, men det er vanskelig å se at den er av særlig betydning på det normative plan. Gitt EU-domstolens utvetydige utsagn om sammenfallende ansvarsregler i sammenlignbare tilfeller, kan det først være grunnlag for å avvise analogisk anvendelse av en tilnærming som EU-domstolen tidligere har fulgt i saker som gjelder EU-institusjonenes ansvar dersom det er grunn til å anta at domstolen i fremtidige saker vil revurdere sin praksis *også med tanke på institusjonenes ansvar*. Gjennom *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Bergaderm* har domstolen etablert en sterk presumsjon for sammenfallende ansvarsregler i sammenlignbare tilfeller, noe som leder til at avvik krever en særlig begrunnelse.

Avslutningsvis er det grunn til å ta opp forholdet til ESAs erstatningsansvar i henhold til ODA artikkel 46 annet ledd. Det er alt nevnt at EFTA-domstolen – i iøynefallende kontrast til EU-domstolens tilnærming i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* – unnlot å støtte seg på denne parallellen i *Sveinbjörnsdóttir* (jf. punkt 2.4.5). I motsetning til TEUV artikkel 340 annet ledd (som viser til «medlemsstaternes retssystemer») gir ODA artikkel 46 annet ledd ingen anvisning på hvem sine rettsprinsipper som er styrende for ESAs erstatningsansvar. I følge Bull gjenstår det å se om EU-domstolens praksis vil bli lagt til grunn for tolkningen av ODA artikkel 46 annet ledd, eller om EFTA-domstolen «i noen grad vil hente inspirasjon fra EFTA-statenes nasjonale rettssystemer, også der hvor disse måtte avvike fra det som er alminnelig blant EUs medlemsland».³⁴⁴ Etter min oppfatning tilsier homogenitetsmålsettingen at privates erstatningsrettslige vern mot rettstridig opptreden fra EU-/EFTA-organene bør være det samme i EFTA-pilaren som i EU. Med EU-domstolens tilnærming fra *Brasserie du Pêcheur/Factortame* kan det dessuten anføres at beskyttelsen av privates rettigheter internt i EFTA-pilaren ikke bør avhenge av om skadevolder er nasjonale myndigheter eller ESA.³⁴⁵ Det er like fullt et paradoksalt utslag av homogenitetsmålsettingen at en tolkning av ODA artikkel 46 annet ledd i samsvar med EU-domstolens tolkning av TEUV artikkel 340 annet ledd i realiteten innebærer at en henvisning til «alminnelige rettsprinsipper» i en avtale *inngått mellom EFTA-statene* må fortolkes som en henvisning til *EU-domstolens* forståelse av *EU-statenes* felles rettstradisjoner.

³⁴³ Jf. bl.a. Antonioli 2008 s. 238; Grzeszick 2011 s. 923 og Ward 2007 s. 402-406.

³⁴⁴ Bull 2012, note 287 til ODA artikkel 46.

³⁴⁵ Men det bør nevnes at Baudenbacher 2009 s. 356 antyder at fraværet av en henvisning til ODA artikkel 46 annet ledd i *Sveinbjörnsdóttir* «may have implications for the definition of the ‘seriousness’ condition». Ut fra sammenhengen fremstår imidlertid dette ikke som en antydning om at ESAs ansvar skulle avvike fra eksempelvis Kommisjonens ansvar i sammenlignbare tilfeller, men derimot som en antydning om at EFTA-statenes ansvar for brudd på avtalen (*Sveinbjörnsdóttir*-ansvaret) etter omstendighetene kan være strengere enn det ansvar som EU-domstolen har etablert for så vel medlemsstatene som EU-institusjonene (jf. punkt 3.2 ovenfor).

3.4 EØS-ansvarets formål og funksjon

Av redegjørelsen i kapittel 2 fremgår det at EØS-ansvaret etter min oppfatning er et særegent «homogenitetsansvar» som på helt avgjørende vis er knyttet til EU-ansvaret. Det følger av dette at det i realiteten – så langt homogenitetsmålsettingen rekker – er *EU-ansvarets* formål og funksjon som er styrende også for EØS-ansvarets nærmere innhold. Selv om EFTA-domstolens argumentasjon for ansvarets eksistens i *Sveinbjörnsdóttir* delvis er egnet til å dekke til denne koblingen, er det illustrerende at ansvarsvilkårene ble overtatt fra EU-domstolens praksis *uten noe forsøk på å gi noen nærmere EØS-spesifikk begrunnelse for hvilke hensyn som ligger bak utformingen av dem*.³⁴⁶ Selv om EFTA-domstolen nok et stykke på vei kunne ha overtatt EU-domstolens begrunnelse for EU-ansvarets nærmere innhold og forankret de ulike hensynene i EØS-avtalen, ville dette vært mer villedende enn veiledende: Så langt homogenitetsmålsettingen rekker, er det EU-domstolens avveining av de relevante hensyn som er avgjørende også i EØS-rettslig sammenheng.

Da EU-domstolen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* presiserte ansvarsvilkårene, skjedde det ut fra følgende angivelse av de sentrale hensyn (avsnitt 39):

«Ved fastlæggelsen af disse betingelser må der først og fremmest tages hensyn til de særlige principper i fællesskabsretsordenen, der danner grundlag for statens ansvar, nemlig dels fællesskabsrettens fulde virkning og den effektive beskyttelse af de heri anerkendte rettigheder, dels den forpligtelse til samarbejde, der påhviler medlemsstaterne i medfør af traktatens artikel 5»

Med litt velvilje er det mulig å lese dette som en henvisning til to prinsipielt ulike hensyn som begge trekker i retning av et strengt erstatningsansvar for brudd på EU-retten: Skadelidtes subjektive interesse i effektivt vern av EU-baserte rettigheter og fellesskapets (EU og medlemsstatenes) objektive interesse i at EU-reglene sikres effektivt gjennomslag i nasjonal rett. Et stykke på vei (men ikke fullt ut) vil førstnevnte falle samme med det som i erstatningsrettslig sammenheng tradisjonelt omtales som reparasjonshensynet, mens sistnevnte langt på vei (men heller ikke her fullt ut) faller sammen med prevensjonshensynet.³⁴⁷ Om det er hensynet til skadelidte eller felles-

³⁴⁶ Det kan innvendes at EFTA-domstolen i *Sveinbjörnsdóttir* knyttet ansvarsvilkårene til effektiviteten av gjennomføringsforpliktelsene i EØS-avtalen artikkel 7 (se avsnitt 65), men en slik henvisning er jo knapt egnet til å forklare hvorfor det deretter kreves at «the breach on the part of the State concerned must be sufficiently serious» (avsnitt 66). Som det fremgår av EU-domstolens drøftelse i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* er det helt andre hensyn som leder til at det må stilles opp en slik ansvarsterskel (som jo *begrenser* effektivitetshensynet). EFTA-domstolen hentet nok henvisningen til reglenes effektivitet fra *Francovich* (avsnitt 39), uten å være oppmerksom på at den ikke lenger utgjorde noen fullverdig begrunnelse for ansvarets nærmere innhold når vilkåret «tilstrekkelig kvalifisert brudd» var kommet til gjennom *Brasserie du Pêcheur/Factortame*.

³⁴⁷ Når det ikke er fullt sammenfall her, skyldes det dels at skadelidte, særlig i tilfeller hvor vedkommende er en profesjonell markedsaktør, har interesser som strekker seg ut over reparasjon av det tap som er lidt i den konkrete sak, og dels at fellesskapets interesser også omfatter EU-rettens gjennomslag i det konkrete tilfelle, ikke bare i fremtidige saker.

skapet som er viktigst i EU-rettslig sammenheng, er imidlertid omstridt. Det fremgår i og for seg klart nok av sentrale avgjørelser som *Francovich*, *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Köbler* at EU-domstolen er av den oppfatning at erstatningsansvaret først og fremst handler om å sikre effektiv beskyttelse av de rettigheter som EU-retten tillegger private.³⁴⁸ I litteraturen er det imidlertid en utbredt oppfatning av at EU-domstolen i realiteten, helt siden de grunnleggende avgjørelsene om EU-rettens direkte virkning og forrang på 1960-tallet, gjør bruk av («operasjonaliserer» eller «funksjonaliserer») private i sin streben etter å virkeliggjøre målsettingen om «en stadig snævrere union mellom de europeiske folk», jf. nå TEU artikkel 1. Ut fra en europarettlig variant av von Iherings tese om at den som forsvarer *sin* rett, samtidig forsvarer *selve* retten,³⁴⁹ har EU-domstolen nokså konsekvent lagt til grunn en vid forståelse av hvilke EU-regler som tillegger private rettigheter (jf. kapittel 6), samt stilt klare krav til de nasjonale domstolenes forsvar av disse.³⁵⁰

Et særlig klart uttrykk for denne tilnærmingen i en erstatningsrettslig sammenheng er *Courage*, hvor EU-domstolen begrunnet privates adgang til å reise erstatningssøksmål mot foretak som har overtrådt forbudet mot konkurransebegrensende avtaler:

«Den fulde virkning af traktatens artikel 85 [nå: TEUV artikkel 101], og navnlig den effektive virkning af forbuddet i stk. 1, ville blive bragt i fare, hvis det ikke var muligt for nogen at kræve erstatning for skade påført dem som følge af en aftale eller en adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen. Adgangen hertil forøger virkningen af Fællesskabets konkurrenceregler og er egnet til at hindre ofte skjulte aftaler eller former for adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen. Set i dette perspektiv kan erstatningssøgsmål for de nationale domstole yde et væsentligt bidrag til opretholdelsen af en effektiv konkurrence inden for Fællesskabet.»³⁵¹

Erstatningsansvarets karakter av et sanksjonsmiddel mot medlemsstater som ikke overholder sine EU-rettslige forpliktelser ble også uten videre lagt til grunn av generaladvokat Tesauro, som i sin innstilling i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* (avsnitt 17) uttalte at ansvaret var etablert «med henblikk på ikke at lade medlemsstaternes traktatbrud være uden følger, herunder også merkbare følger» og la til at privates stilling «med disse mål for øje» var «blevet anvendt» for å sikre «en korrekt gennemførelse af fællesskabsretten». Dette samsvarer med oppfatningen til

³⁴⁸ Jf. *Francovich*, avsnitt 31 flg.; *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 20 flg. og *Köbler*, avsnitt 33-34.

³⁴⁹ von Ihering 1872: «Wer sein Recht behauptet, vertheidigt desselben das Recht».

³⁵⁰ Litteraturen er omfattende, men et greit sted å begynne er Ward 2007, med kapittel 2 om «Judicial Enforcement of EU Instruments through Private Party Litigation».

³⁵¹ Sak C-453/99, *Courage mot Crehan*, [P] Sml. 2001 s. I-6297 (avsnitt 26–27). Uttalelsene er senere gjentatt bl.a. i sak C-199/11, *EF mot Otis m.fl.*, [SK] dom 6. november 2012 (avsnitt 41-43). EFTA-domstolen gav uttrykk for samme oppfatning i sak E-14/11, *DB Schenker mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 1178 (avsnitt 132). Se også, nettopp med tanke på medlemsstatenes erstatningsansvar, generaladvokat Kokotts innstilling i sak C-420/11 *Leth mot Østerrike* (avsnitt 39).

forfattere som bl.a. Caranta, som hevder argumentet om effektiv rettsbeskyttelse anvendes «more to exact obedience from Member States than to protect citizens»,³⁵² og Ward, som hevder at «the Court's real concern lies in the effective enforcement of Community rules» (snarere enn i hensynet til den konkrete skadelidte).³⁵³

Denne forståelsen av erstatningsansvarets formål samsvarer også med EU-domstolens oppfatning i andre sammenhenger av erstatning som en egnet sanksjon som medlemsstatene kan gjøre bruk av for å sikre etterlevelse av EU-regler i nasjonal rett.³⁵⁴ I litteraturen enes EU-domstolens kritikere og forsvarere i oppfatningen av at domstolen betrakter medlemsstatenes erstatningsansvar som «a sanction rather than a remedy». ³⁵⁵ EFTA-domstolen kan tas til inntekt for samme tilnærming når den i «*Gullenke II*» fremhevet erstatningssøksmål mot EFTA-statene som et middel for å sikre at statene oppfyller dommer i traktatbruddsaker.³⁵⁶ Og i *Finanger II* viste Høyesterett ikke bare til privates forventning om at direktivene gjennomføres, men også til den tilsvarende forventning fra «samtlige land» (underforstått: i EØS) (avsnitt 58).

I *AGM* ble imidlertid EU-domstolen spurt om erstatningsansvaret er ment å være «en effektiv og afskrækkende sanktion». Til dette svarte domstolen (i storkammer):

«Indledningsvis bør det fremhæves, at et fællesskabsretligt begrundet ansvar for en medlemsstat ikke tager sigte på prævention eller straf, men på erstatning for skade lidt af private som følge af medlemsstaternes tilsidesættelser af fællesskabsretten»³⁵⁷

Tatt på ordet tilsier denne uttalelsen at EU-domstolen betrakter erstatningsansvarets preventive funksjon, og dermed også fellesskapets overordnede interesse i at EU-

³⁵² Caranta 1995 s. 710.

³⁵³ Ward 2007 s. 202, jf. også (bl.a.) s. 407 flg.

³⁵⁴ Jf. f.eks. sak 14/83, *von Colson og Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen*, Sml. 1984 s. 1891 (avsnitt 22-23). Se tilsvarende fra EFTA-domstolens praksis *Kolbeinsson*, hvor EFTA-domstolen fant at islandsk rett samlet sett ikke sikret arbeidstagere tilstrekkelig beskyttelse mot arbeidsgivers mangelfulle sikring av arbeidsplassen nettopp fordi arbeidstagernes erstatningsrettslige vern ikke fremstod som adekvat (avsnitt 45 flg.).

³⁵⁵ Jf. slik Wennerås 2007 s. 156, som selv synes å slutte opp under denne tilnærmingen og som derfor tar avstand fra den kritikk som van Gerven har rettet mot EU-domstolens forståelse av erstatningsansvaret som en sanksjon (van Gerven 2000a s. 530). Den kanskje sterkeste kritiker av det hun selv betegner som EU-domstolens «sanction theory of tort law» er Harlow, jf. Harlow 1996 s. 206 flg. og 2004 s. 57 flg. Ut fra samme forståelse av erstatningsansvarets funksjon, men med en helt annen oppfatning av om slik bruk av erstatningsretten er berettiget eller ikke, fremhever EU-domstolens forsvarere at behovet for å få medlemsstatene til å overholde sine forpliktelser rettferdiggjør ansvarets eksistens, jf. eksempelvis Ruffert i Calliess/Ruffert 2011 s. 2677.

³⁵⁶ Sak E-18/10, *ESA mot Norge («Gullenke II»)*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 202 (avsnitt 28).

³⁵⁷ Sak C-470/03, *AGM mot Suomen valtio og Lehtinen*, [SK] Sml. 2007 s. I-2794 (avsnitt 88) (mine kursiveringer). I den franske originalen heter det at ansvarets formål ikke er «dissuasion» eller «sanction», men «réparation», noe som på engelsk er oversatt med «not deterrence or punishment but compensation». På tysk heter det at ansvaret «nicht der Abschreckung oder als Sanktion dient» og på svensk at ansvaret «inte är avsett att fungera som en avskräckning eller en sanktion». Formuleringen «prævention eller straf» i den danske versjonen må leses på denne bakgrunn.

reglene sikres effektivt gjennomslag i nasjonal rett, bare som en gunstig sidevirkning: Erstatningsansvarets formål er ene og alene reparasjon av lidt skade. Som det vil fremgå av den videre fremstilling av EU-ansvarets innhold, er det imidlertid ikke helt lett å ta domstolen på ordet her: I tilfeller hvor reparasjonshensynet ikke gir nevneverdig veiledning tyder mye på at EU-domstolen *lar seg* styre av prevensjonshensynet.³⁵⁸ Og i tilfeller hvor det ikke er sammenfall mellom skadelidtes konkrete interesse i å få erstattet sitt tap og det som fremstår som EU-rettsens overordnede interesse av å sikre EU-reglene effektivt gjennomslag i nasjonal rett, synes det langt fra gitt at førstnevnte har forrang.³⁵⁹ I langt de fleste tilfeller er imidlertid spørsmålet om forholdet mellom reparasjonshensynet og prevensjonshensynet uten praktisk betydning – begge hensyn trekker normalt i retning av et strengt erstatningsansvar for medlemsstatene og det er da av mindre interesse om det er troverdig at ivaretagelse av fellesskapets overordnede interesse i at EU-reglene sikres effektivt gjennomslag i nasjonal rett virkelig bare er en gunstig sidevirkning av erstatningsansvaret.

For private markedsaktører bidrar uansett effektiv beskyttelse av deres rettigheter til økt forutberegnelighet – enten i den forstand at trusselen om et mulig erstatningsansvar leder til at nasjonale myndigheter respekterer privates EU/EØS-baserte rettigheter, eller at ansvaret sørger for økonomisk gjenoppretting dersom rettighetene likevel skulle bli krenket.³⁶⁰ Av samme grunn kan det også hevdes at et strengt erstatningsansvar vil kunne styrke tilliten til offentlige myndigheter.³⁶¹

Ut over de alt nevnte hensyn er det tradisjonelt særlig likhets- og pulveriseringshensyn som anføres til inntekt for et strengt erstatningsansvar for det offentlige.³⁶² All offentlig virksomhet skal i prinsippet tjene fellesskapets interesser, og det kan da synes rimelig at omkostningene i tilfeller hvor virksomheten på rettsstridig vis påfører noen et tap, fordeles på fellesskapet. Den omstendighet at EU-domstolens utlegning av EU-ansvaret klart er inspirert av fransk rett, skulle umiddelbart tilsi at ansvaret er preget av det franske prinsippet om *égalité devant les charges publiques* («likhet for offentlige byrder»). Dette er da også en oppfatning man tidvis støter på i litteraturen.³⁶³ Det er imidlertid lite i EU-domstolens praksis som tilsier at den tillegger likhets- og pulveriseringshensyn særlig betydning – hverken prinsipielt eller konkret. Som den videre fremstilling av erstatningsansvaret vil vise, tyder mye på at det pri-

³⁵⁸ Se særlig om erstatning for ikke-økonomisk skade, bl.a. i kapittel 5, punkt 5.4 og i kapittel 7, punkt 7.13..

³⁵⁹ Se særlig kapittel 7, punkt 7.7.6, om medvirkning fra en EU-institusjon som unnskyldningsgrunn.

³⁶⁰ Jf. også Fenger 2004 s. 934.

³⁶¹ Jf. i norsk sammenheng Hagstrøm 1987 s. 215. Som alt nevnt i kapittel 2, punkt 2.5.3 fremhevet EU-domstolen nettopp økt tillit til den dømmende makt som et argument for at EU-ansvaret også omfatter brudd på EU-retten som må tilskrives nasjonale domstoler, jf. *Köbler* (avsnitt 43).

³⁶² Jf. i norsk sammenheng bl.a. Liisberg 2005 s. 38-40. Se fra rettspraksis Rt. 2010 s. 291 *Vangen* (avsnitt 34).

³⁶³ Jf. bl.a. Harlow 2004 s. 59 flg. og Lever 2001 s. 109 flg.

mært er på det strukturelle plan at fransk rettstenkning har preget EU-ansvaret. Det er alt nevnt at EU-domstolen i *FIAMM* forkastet tanken på en EU-rettslig variant av det franske prinsippet om *responsabilité sans faute*³⁶⁴ og heller ikke med henblikk på domstolens nærmere utlegning av prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på EU-retten er det noe som tyder på at tanken om *égalité devant les charges publiques* har fått nevneverdig gjennomslag.³⁶⁵

Det helt sentrale hensyn mot et strengt erstatningsansvar for det offentlige, er faren for at frykt for å pådra seg erstatningsansvar vil lede til at myndighetene avstår fra å foreta fornuftige og politisk ønskede disposisjoner som man oppriktig mener er rettmessige, men hvor det ikke helt kan utelukkes av EU-domstolen kan komme til å se annerledes på spørsmålet.³⁶⁶ Dette er særlig aktuelt med tanke på eventuelt erstatningsansvar for tap forårsaket av lovgivning som viser seg å stride mot ranghøyere normer, noe som lenge har vært det bærende argument for EU-domstolens svært restriktive syn på EU-institusjonenes erstatningsansvar i slike tilfeller. Da EU-domstolen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* overførte denne vurderingen til spørsmålet om medlemsstatenes erstatningsansvar for nasjonal lovgivning i strid med EU-retten, skjedde det med følgende begrunnelse (avsnitt 45):

«Den restriktive oppfattelse af Fællesskabets ansvar for udøvelsen af dets retsanordnende virksomhed beror på den betragtning, dels at udøvelsen af den lovgivende magt, selv hvor der findes en domstolskontrol med retsakternes lovlighed, ikke må hindres ved udsigten til erstatningskrav, hver gang det i Fællesskabets almene interesse kræves, at der træffes generelle foranstaltninger, som kan skade borgernes interesser, dels at Fællesskabet i en retlig sammenhæng, som er kendetegnet ved, at der foreligger en vid skønsebeføjelse, der er uomgængelig for iværksættelsen af en fællesskabspolitik, kun kan ifalde ansvar, hvis den pågældende institution åbenbart og groft har overskredet grænserne for udøvelsen af sine beføjelser (dom af 25.5.1978, forenede sager 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 og 40/77, HNL m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 1209, præmis 5 og 6).»³⁶⁷

Med tanke på statene vil et svært strengt erstatningsansvar kunne lede til en *de facto* utvidelse av de bånd EU-retten legger på deres politiske handlingsrom, noe som er prinsipielt betenkelig både ut fra grunnprinsippet om myndighetstildeling nedfelt i

³⁶⁴ Forente saker C-120/06 P og C-121/06 P, *FIAMM og Fedon mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2008 s. I-6513.

³⁶⁵ Det kan tilføyes at henvisninger i EU-rettslig litteratur til fransk rett ikke alltid tar høyde for at det neppe er treffende å påstå at likhets- og pulveriseringshensyn er styrende i de typetilfeller som er mest aktuelle på EU-rettens område: Offentlig erstatningsansvar for økonomisk lovgivning som viser seg å være i strid med ranghøyere normer, jf. nærmere Scherr 2008 s. 229 flg.

³⁶⁶ Jf. Fenger 2004 s. 934 (med videre henvisninger i note 179).

³⁶⁷ Se tilsvarende *British Telecommunications*, hvor resonnementet ble overført til lovgivers mangelfulle gjennomføring av direktivet (avsnitt 40).

TEU artikkel 5³⁶⁸ og generelle demokratihensyn. For de EØS-relevante delene av EU-retten, vil det ofte være snakk om i hvilken utstrekning et demokratisk valgt flertall skal kunne utnytte det handlingsrom som man mener at den materielle EU/EØS-retten gir for å legge restriksjoner på markedskreftene, uten frykt for at selv mindre feilvurderinger skal påføre staten et potensielt svært omfattende erstatningsansvar overfor de markedsaktører som rammes. EU-domstolens dynamiske fortolkning av de generelle og vage traktatbestemmelsene om de fire friheter og den omstendighet at deler av sekundærretten – som følge av politiske kompromisser i og mellom EUs lovgivende institusjoner – fremstår som uklar og utilgjengelig,³⁶⁹ bidrar til å forsterke denne frykten.³⁷⁰ I tilfeller hvor nasjonale myndigheters overtredelse av EU-retten langt på vei må tilskrives uklare EU-regler, tilsier også rene rimelighetsbetraktninger at dette ikke er noe medlemsstatene kan holdes ansvarlig for.³⁷¹ Vekten av hensynet til markedsaktørens mulighet for å forutberegne sin rettsstilling reduseres dessuten dersom innholdet av den rettighetsposisjon som det i ettertid viser seg at myndighetene med urette har grepet inn i, hele tiden fremstod som uklar og usikker.³⁷²

Også for forvaltningens håndtering av EU-rettslige forpliktelser vil frykt for erstatningsansvar kunne lede til overdreven forsiktighet, noe som kanskje forklarer hvorfor EU-domstolen i *Hedley Lomas* slo fast at kravet til et tilstrekkelig kvalifisert brudd også gjelder i tilfeller hvor det er den utøvende makt som har kommet i skade for å overtre EU-retten.³⁷³ Til dette kommer de avgrensingsproblemer som ellers vil oppstå i tilfeller hvor et brudd på EU-rettslige forpliktelser delvis må tilskrives den lovgivende og delvis den utøvende makt.³⁷⁴ Ut over faren for at forvaltningen helt avstår fra å treffe avgjørelser som man ikke er helt trygge på, kan frykten for erstatningsansvar lede til overdreven forsiktighet i saksbehandlingen.³⁷⁵

³⁶⁸ I dansk språkdrakt defineres «princippet om kompetencetildeling» som følger i TEU artikkel 5 nr. 2: «I medfør af princippet om kompetencetildeling handler Unionen kun inden for rammerne af de beføjelser, som medlemsstaterne har tildelt den i traktaterne, med henblik på at opfylde de mål, der er fastsat heri. Beføjelser, der ikke er tildelt Unionen i traktaterne, forbliver hos medlemsstaterne». I EØS-rettslig sammenheng følger det samme allerede av det generelle folkerettslige suverenitetsprinsippet.

³⁶⁹ Jf. den utførlige kritikken av kvaliteten på EU-lovgivningen hos Fenger 2004 s. 433 flg. Som påpekt av Fenger (s. 438 flg.) er uklarhetene tidvis et bevisst resultat av politiske kompromisser.

³⁷⁰ Dette gjelder enn mer for EFTA-statenes vedkommende. Som påpekt av Backer 2006 s. 261-262 innebærer EFTA-statenes manglende innsyn i den avsluttende politiske behandling av ny sekundærrett at de ikke har førstehåndsinformasjon om hva som ligger bak det innhold og den endelige utforming som et direktiv (eller en annen rettsakt) får. Se nærmere om dette nedenfor i kapittel 7, punkt 7.8.4.

³⁷¹ Slik også generaladvokat Léger i *Hedley Lomas*, avsnitt 160.

³⁷² Se i norsk sammenheng for eksempel Hagstrøm 1987 s. 104 og nå også Rt. 2010 s. 291 *Vangen* (avsnitt 34).

³⁷³ *Hedley Lomas*, avsnitt 26. Se i norsk sammenheng Rt. 2010 s. 291 *Vangen* (avsnitt 34).

³⁷⁴ Jf. nærmere bl.a. i kapittel 7, punkt 7.5.

³⁷⁵ Jf. Fenger 2004 s. 934.

Selv for domstolenes vedkommende kan det vel ikke helt utelukkes at trusler om erstatningssøksmål kan lede til at det, bevisst eller ubevisst, innarbeides en viss «sikkerhetsmargin» i saker som reiser spørsmål om forholdet mellom nasjonale reguleringsregimer og EU-rettslige forpliktelser.³⁷⁶ I alle tilfelle løftet EU-domstolen frem «den dømmende funktions særlige karakter» og «legitime krav til retssikkerhed» da den i *Köbler* presiserte at statlig erstatningsansvar for uriktige rettsavgjørelser først er aktuelt dersom domstolene «åbenbart har tilsidesat gældende ret.»³⁷⁷

Fra et rettsøkonomisk perspektiv har van den Bergh og Schäfer anført at nettopp faren for «overdeterrence» leder til at EU-domstolens krav til et tilstrekkelig kvalifisert brudd støttes av «powerful economic reasons», jf. senest van den Bergh 2010 s. 428-430 (som bygger på van den Bergh og Schäfer 1998, men som også inkluderer en rettsøkonomisk støtteerklæring til den forhøyde ansvarsterskel for domstolsansvaret som EU-domstolen etablerte i *Köbler*). Det er grunn til å være oppmerksom på at det er en sentral forutsetning for analysen at det er snakk om erstatning for rene formuestap, fordi skadelidtes tap her regelmessig vil være (langt) høyere enn det samfunnsøkonomiske tap som rettsbruddet forårsaker, samt at de rettslige grensene for myndighetenes handlingsrom fremstår som uklare. Som den videre fremstilling vil vise, er normalt begge disse forutsetningene oppfylt i tilfeller som reiser spørsmål om statlig ansvar for brudd på EU/EØS-retten.

Samtidig er det grunn til å påpeke at frykten for at et strengt erstatningsansvar skal virke passiviserende, ikke alltid vil ha samme eksistensberettigelse i EU/EØS-rettslig sammenheng som i rent nasjonale anliggender. Det tradisjonelle argumentet om at et potensielt erstatningsansvar for offentlig kontroll- og tilsynsvirksomhet vil kunne lede til at myndighetene avstår fra å ta nye initiativ på det aktuelle området,³⁷⁸ kan eksempelvis ikke overføres til rettsområder hvor regelverk og tilsynsplikter stammer fra Brussel (se kapittel 6, punkt 6.8.3). Ettersom helt unnlatt tilsyn vil måtte regnes som et «tilstrekkelig kvalifisert» brudd på EU/EØS-retten, så vil vel et strengt erstatningsansvar her tvert i mot tilskynde til overholdelse av tilsynspliktene.

Mer overordnede betraktninger som risikofordeling kan tilsi at det skal en del til før profesjonelle markedsaktører kan kreve at skattebetalerne må dekke deres tap. Det kan hevdes at retten til å opptre på det indre marked som EU/EFTA-statene har opprettet er et gode og at aktører på dette markedet, som gjerne råder over vel så stor EU/EØS-rettslig ekspertise som myndighetene og som dessuten, som påpekt av Lever, ofte er «vastly richer than the average tax-payer»,³⁷⁹ ikke kan regne med erstat-

³⁷⁶ Jf. i EØS-rettslig sammenheng særlig Krügers omtale av «den nye rettskildefaktor: frykten» (Krüger 2001). Tilsvarende i erstatningsrettslig sammenheng van den Bergh 2010 s. 429-430.

³⁷⁷ *Köbler*, avsnitt 53. Formuleringen er senere gjentatt i *Traghetti*, avsnitt 32.

³⁷⁸ Jf. Hagstrøm 1987 s. 40.

³⁷⁹ Lever 2001 s. 109, som er «reluctant to compensate, especially in unlimited amounts for economic loss, plaintiffs who may be vastly richer than the average tax-payer, who will have to pick up the bill, simply because a State institution or body has got something wrong».

ning fra fellesskapet selv om det til syvende og sist skulle vise seg at myndighetene har tatt feil i et vanskelig og omstridt EU/EØS-rettslig spørsmål.³⁸⁰

Ut over de tradisjonelle hensyn for og mot et strengt offentligrettslig erstatningsansvar, kommer det i EU-rettslig sammenheng til betraktninger om forholdet mellom EU-retten og nasjonal rett (se punkt 3.5). Ønsket om å sikre et effektivt og enhetlig EU-rettslig erstatningsansvar må avveies mot hensynet til medlemsstatenes erstatningsrettslige tradisjoner, jf. de prinsipper om nærhet («subsidiaritet») og forholdsmessighet og den respekt for medlemsstatenes ulike rettstradisjoner som bl.a. kommer til uttrykk i generell form i TEU artikkel 4 og 5. Til dette kommer den omstendighet at EU-domstolen vanskelig kan pålegge medlemsstatene et strengere erstatningsansvar enn det domstolen samtidig er villig til å pålegge EU-institusjonene i sammenlignbare situasjoner (jf. punkt 3.3 og nærmere i brødteksten nedenfor).

På et mer overordnet nivå kan det kanskje også hevdes at et svært strengt erstatningsansvar vil kunne skade selve den europeiske integrasjonsprosessen, i det statene under et slikt regime vil kunne være forsiktig med å stemme for forslag til ny EU-lovgivning som tillegger private rettigheter.³⁸¹ Eventuelt vil statene kunne kreve lengre gjennomføringsfrister for å unngå å havne i ansvar dersom den nasjonale gjennomføringen skulle støte på uforutsette problemer. Videre er det vel en viss fare for at et svært strengt erstatningsregime vil lede til at medlemsstatene vegrer seg for å omskrive direktivforpliktelser for å få dem til å passe naturlig inn i eksisterende nasjonal lovgivning og i stedet garderer seg mot ansvar ved å gjengi hele direktivet i en egen lov eller forskrift, selv om sistnevnte i praksis bidrar til det at alt i alt blir vanskeligere for private å få oversikt over regelverket.³⁸²

Basert på en samlet avveining av de ulike hensyn som taler for et strengt eller mildt erstatningsansvar, har Fenger gitt uttrykk for at det EU-ansvaret i alminnelighet *ikke* bør være strengere enn det som generelt finnes i de ulike medlemsstatene: «Afgjøren-

³⁸⁰ Jf. i norsk sammenheng Liisberg 2007 s. 682 og 2010 s. 303-304 (bl.a. under henvisning til Frihagen 1966 s. 506 og 513). Se tilsvarende i EU-rettslig sammenheng Harlow 1996 s. 220-221, som omtaler «losses and gains from the economic system» som «part of business» («transaction costs») som markedsaktørene får sørge for å kompensere gjennom egen prissetting.

³⁸¹ Se til dette Aalto 2011 s. 176, som viser til at bare to saker for EU-domstolen har handlet om statlig erstatningsansvar for brudd på direktiver vedtatt etter *Francovich* (hvh. *AGM* og *Synthon*) og som spekulerer i om dette tilsier at EU-ansvaret faktisk har hatt en slik avskrekkende virkning («it cannot be excluded that the legislator (principally the Member States) has intended to act so as not to create new secondary law instruments leading potentially to damages liability»). For egen del stiller jeg meg tvilende til at er mulig å påvise noen slik sammenheng, selv om det vel heller ikke helt kan utelukkes.

³⁸² Jf. Fenger 2004 s. 936.

de er alene at skape en effektiv minstegaranti, der setter ind, hvis national ret – mod forventning – ikke sikrer fellesskabskrav den fornødne rettsbeskyttelse».³⁸³

Selv om Fengers avveining av de relevante hensyn stemmer godt med min forståelse av det innhold som EU-domstolen faktisk har gitt EU-ansvaret, deler jeg ikke fullt ut hans implisitte vurdering av at spørsmålet om myndighetenes ansvar for brudd på EU-retten er sammenlignbart med spørsmålet om myndighetenes ansvar for brudd på interne rettsregler. Etter min oppfatning underspiller en slik sammenligning de særlige utfordringer som følger av statenes interesse i å favorisere egne markedsaktører på bekostning av aktører hjemmehørende i andre medlemsstater. Den rolle traktatverket tillegger Kommisjonen og EU-domstolen som «voktere» av EU-retten hviler jo på en erkjennelse av at hver enkelt medlemsstat isolert sett har en klar egeninteresse av at alle andre overholder regelverket og lojalt åpner egne markeder, samtidig som man selv bevilger seg og sine visse unntak. Det er vanskelig å se at denne problematikken har noen parallell på nasjonalt plan.³⁸⁴ Etter min oppfatning er det først og fremst koblingen til EU-institusjonenes eget erstatningsansvar (jf. punkt 3.3) som forklarer hvorfor medlemsstatenes ansvar ikke er strengere enn det det er. For institusjonene er parallellen til nasjonale myndigheters internrettslige erstatningsansvar treffende, noe nasjonale myndigheter deretter nyter godt av også i EU-rettslig sammenheng. Nettopp denne koblingen leder imidlertid til at spørsmålet om de strenge ansvarsvilkårene er en genuin konsesjon til medlemsstatene eller «bare» en refleksvirkning av EU-domstolens vern om EU-institusjonene, er uten nevneverdig praktisk interesse.

Avslutningsvis kan det være grunn til å legge til et hensyn som ligger noe på siden av de tradisjonelle argumenter for og imot et strengt eller mildt offentligrettslig erstatningsansvar, men som likevel trolig har en viss forklaringskraft for EU-ansvarets nærmere utforming: Erstatningsansvaret som et virkemiddel som kan anvendes av private til å håndheve den materielle EU-retten *uavhengig av om erstatningskravet som sådan fører frem eller ikke*. Selv om det til sist skulle vise seg at det ikke foreligger noe tilstrekkelig kvalifisert brudd på EU-retten, eller at årsakssammenhengen mellom et slikt brudd og skadelidtes tap ikke er tilstrekkelig direkte, så vil det, særlig for profesjonelle markedsaktører, kunne ha en betydelig egenverdi å få slått fast at det foreligger et brudd og at myndighetene for fremtiden må endre sin tilnærming. Også for private som primært er opptatt av å få dekket et tap som alt er lidt, vil et erstatningssøksmål som leder til en dom hvor staten riktignok blir frifunnet, men hvor det samtidig slås fast at det foreligger et brudd på EU/EØS-retten, kunne ha verdi som utgangspunkt for krav om tilbakebetaling av ulovlig innkrevde skatter eller avgifter, eller etterbetaling av rettsstridig tilbakeholdte offentlige ytelser mv. Dette gjelder sær-

³⁸³ Fenger 2004 s. 936.

³⁸⁴ I hvert fall ikke i sentraliserte stater som de nordiske land.

lig med tanke på domstolsansvaret, fordi et erstatningssøksmål i slike tilfeller åpner for fornyet prøving av materielle rettsspørsmål som i henhold til nasjonal forvaltnings- og prosessrett forutsettes endelig avgjort. Poenget kan illustreres med *Köbler*: Den østerrikske staten ble til syvende og sist frifunnet for erstatningskravet fordi det brudd på EU-retten som Verwaltungsgerichtshof hadde gjort seg skyldig i, ikke ble vurdert som tilstrekkelig kvalifisert. Men EU-domstolen fremhevet samtidig at de aktuelle østerrikske reglene for utbetaling av ansiennitetstillegg til universitetsprofessorer var i strid med reglene om arbeidskraftens frie bevegelighet og at frifinnelsen for erstatningskravet ikke berørte de forpliktelser som dette medførte.³⁸⁵

For EU-domstolen har domstolsansvaret også den gunstige sidevirkning at nasjonale underinstanser som får den nokså delikate oppgave å skulle avgjøre om landets øverste domstoler åpenbart har tilsidesatt gjeldende EU-rett, nok gjerne vil søke støtte i form av en foreleggelse for EU-domstolen, jf. TEUV artikkel 267.³⁸⁶

Forutsetningen for at erstatningssøksmål skal kunne fylle en slik funksjon, er imidlertid at nasjonale domstoler tar stilling til det underliggende materielle rettsspørsmål i saken selv om man skulle mene at erstatningskravet ikke kan føre frem. I tilfeller hvor nasjonal rett ikke tilbyr saksøker noen annen mulighet for å få satt det materielle spørsmålet på spissen, utleder EU-domstolen en plikt til å vurdere dette av det generelle EU-rettslige prinsippet om «access to justice», jf. EMK artikkel 6 og 13 og (nå) TEU artikkel 19 nr. 1 annet ledd og grunnrettighetspakten artikkel 47. I *Unibet* uttalte EU-domstolen at det i slike tilfeller påhviler de nasjonale domstoler å sikre «at undersøgelsen af foreneligheden mellem nævnte lov og fællesskabsretten finder sted *uafhængigt af vurderingen af hovedsagen, der vedrører betingelserne om skade og årsagssammenhæng i forbindelse med erstatningssøgsmålet*».³⁸⁷

Med en slik innfallsvinkel gir det god mening at EU-domstolen primært søker å oppnå den påkrevde avgrensning av erstatningsansvaret gjennom en nokså høy ansvarstærskel (jf. kapittel 7) og et strengt årsakskrav (jf. kapittel 8), snarere enn ved en strengere avgrensning av hvilke EU/EØS-regler som overhodet tillegger private erstatningsrettslig beskyttede rettigheter (jf. kapittel 6): Ut fra en rent erstatningsrettslig vurdering kan det synes temmelig likegyldig om et erstatningssøksmål strander på det ene eller annet grunnlag, men med en mer instrumentell tilnærming til erstatningsan-

³⁸⁵ *Köbler*, avsnitt 125, jf. avsnitt 70-88. Spørsmålet om østerrikske forvaltningsmyndigheters plikt til å omgjøre det opprinnelige avslaget på professor Köblers krav om det omtvistede ansiennitetstillegget må løses i tråd med EU-domstolens anvisninger i sak C-453/00, *Kühne & Heitz mot Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, [P] Sml. 2004 s. I-837 (med etterfølgende presiseringer bl.a. i sak C-2/06, *Kempter mot Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, [SK] Sml. 2008 s. I-411).

³⁸⁶ Noe som også forutsettes av generaladvokat Lèger i hans innstilling i saken (avsnitt 111).

³⁸⁷ Sak C-432/05, *Unibet mot Justitiekanslern*, [SK] Sml. 2007 s. I-2271 (avsnitt 59) (min kursivering). Standpunktet kan selvsagt kritiseres fra et prosessøkonomisk perspektiv, jf. for eksempel Arnulf 2007 s. 1775.

svaret er det av betydning at en strengere vurdering av hvilke regler som gir dem rettigheter ville avskjære privates adgang til å «bruke» prinsippet om statlig erstatningsansvar til å få satt omstridte EU/EØS-rettslige rettsspørsmål på spissen.

3.5 EØS-ansvarets forhold til nasjonal rett – subsidiaritet, effektivitet og ekvivalens

I *Sveinbjörnsdóttir* var EFTA-domstolen taus om forholdet mellom det særegne EØS-ansvaret som domstolen utledet av avtalen og EØS-statenes nasjonale erstatningsrett, men i *Karlsson* fulgte følgende klargjøring (avsnitt 33):

«Subject to the existence of an obligation under EEA law of the State to provide for compensation, and where the conditions for State liability for breach of EEA law are met, compensation by the State for the loss and damage caused must be based on national liability law. The conditions for compensation of loss and damage laid down by national law must not be less favourable than those relating to similar domestic claims and must not be framed so as to make it in practice impossible or excessively difficult to obtain compensation».

EFTA-domstolens tilnærming her er på linje med den forståelse av forholdet mellom EU-ansvaret og nasjonal erstatningsrett som EU-domstolen gav uttrykk for allerede i *Francovich*.³⁸⁸ EU-domstolens redegjørelse var imidlertid noe mer utførlig, i det EU-domstolen på den ene side understreket at såfremt de tre grunnvilkårene for EU-ansvaret var oppfylt, så har private «et krav på erstatning, der følger direkte af fællesskabsretten», samtidig som den på den annen side klargjorde at rommet for utfyllende nasjonale rettsregler gjelder både «procesreglerne for søgsmål» og «de formelle og materielle betingelser i medlemsstaternes nationale lovgivning for erstatning af tab».³⁸⁹ Det er denne (delvise) konsesjonen til medlemsstatenes materielle erstatningsrett (og ikke bare til nasjonal prosessrett) som rettferdiggjør karakteristikken av EU/EØS-ansvaret som en hybrid og som innebærer at det leder galt av sted om man søker å forstå ansvaret utelukkende ut fra prinsippet om nasjonal prosessautonomi og den tilhørende tradisjonelle sondring mellom materiell EU/EØS-rett og nasjonal prosessrett.³⁹⁰ Av *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *AGM* fremgår det eksempelvis at skadevilkåret i utgangspunktet er overlatt til nasjonal rett,³⁹¹ mens det av *Brasserie du*

³⁸⁸ *Francovich*, avsnitt 41-43.

³⁸⁹ *Francovich*, hhv. avsnitt 42 og 43.

³⁹⁰ Etter min oppfatning bommer generaladvokat Léger på dette punkt i sin henvisning til prinsippet om statlig erstatningsansvar i hans innstilling i sak C-453/00, *Kühne & Heitz mot Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, [P] Sml. 2004 s. I-837 (avsnitt 70 i.f.). Langt bedre treffer Fenger 2008 s. 152, som omtaler EU-domstolens tilnærming til erstatningsansvaret som en mellomløsning mellom en tilnærming basert på EU-rettens forrang fremfor nasjonal rett og en tilnærming basert på «the classic principle of procedural autonomy».

³⁹¹ Jf. kapittel 5, punkt 5.2.

Pêcheur/Factortame og senere avgjørelser som (bl.a.) *Thin Cap* og *CFC* fremgår at det samme gjelder for spørsmål om skadelidtes «på passende måte har søgt at undgå skaden eller begrense dens omfang».³⁹² Til tross for de nevnte uttalelsene i *Francovich* (og en rekke senere saker) om at et krav på erstatning følger direkte av EU-retten i tilfeller hvor det er direkte årsakssammenheng mellom en tilstrekkelig kvalifisert overtredelse av EU-retten og skadelidtes tap, la dessuten EU-domstolen i *Danfoss* til grunn at også årsakskravet i utgangspunktet er overlatt til nasjonal erstatningsrett.³⁹³

På et overordnet plan må EU/EØS-ansvarets sammensatte karakter forstås som resultatet av en avveining av ønsket om å sikre et effektivt og enhetlig erstatningsansvar og hensynet til statenes erstatningsrettslige tradisjoner, jf. de prinsipper om nærhet («subsidiaritet») og forholdsmessighet og den respekt for medlemsstatenes ulike retts-tradisjoner som nå bl.a. kommer til uttrykk i generell form i TEU artikkel 4 og 5. Da EU-domstolen foretok denne avveiningen i *Francovich* lå nok også det sensitive spørsmålet om domstolens kompetanse til å utlede nye, uskrevne søksmålsformer av traktatverket i bakgrunnen.³⁹⁴ Tilnærmingen i *Francovich* viser at EU-domstolen ikke nøyde seg med bare å kreve en mer «EU-vennlig» anvendelse av eksisterende nasjonale erstatningsregler,³⁹⁵ men samtidig etterlater henvisningene til nasjonal erstatningsrett inntrykk av at man ønsket å fremstille ansvaret som en utvidelse av statenes eksisterende erstatningsrett, snarere enn som et helt nytt ansvarsregime.³⁹⁶ Resultatet er en nokså kompleks blanding av «ren» EU/EØS-rett og nasjonal rett som det først er mulig å få oversikt over etter en nærmere vurdering av om hver enkelt av erstatningsansvarets ulike bestanddeler faller i den ene eller den andre kategorien.

Som den videre fremstilling av EØS-ansvarets innhold vil vise, er imidlertid den praktiske betydningen av sondringen mellom «ren» EU/EØS-rett og nasjonal rett mindre enn man kanskje skulle tro. Forklaringen ligger i de føringer som effektivitetsprinsippet legger på anvendelsen av nasjonal erstatnings- og prosessrett: Nasjonale regler må ikke være utformet slik at de i praksis gjør det «umulig eller urimelig vanskelig»

³⁹² Jf. kapittel 9, punkt 9.3.

³⁹³ Jf. kapittel 8, punkt 8.2.

³⁹⁴ Ikke minst som en følge av sak 158/80, *Rewe mot Hauptzollamt Kiel (II)*, Sml. 1981 s. 1805, hvor EU-domstolen uttalte at EF-traktaten ikke tok sikte på «at skabe andre søgsmålsmuligheder ved de nationale domstole med henblik på gennemførelsen af fællesskabsretten end dem, som findes i national ret» (avsnitt 44).

³⁹⁵ Som foreslått av generaladvokat Roemer i hans innstilling i sak 69/75, *Russo mot AIMA*, Sml. 1976 s. 45.

³⁹⁶ Generaladvokat Mischos forsøk på å forene *Francovich* med prinsipputtalelsen i *Rewe II* er i så måte illustrerende (avsnitt 46-47 i hans innstilling i saken). Gitt at et erstatningsansvar for den lovgivende makt var helt ukjent i flere medlemsstater, fremstod dette som nokså anstrengt. Tilsvarende innvendinger kan rettes mot EU-domstolens henvisning til avgjørelsene *Russo* og *Rewe II (Francovich)*, avsnitt 42), samt domstolens unnlattelse av engang å drøfte generaladvokatens forslag om å begrense dommens virkning i tid til fremtidige saker – begge deler fremstår som (lite overbevisende) forsøk på å vise at *Francovich* ikke var noe klart brudd med den oppfatning som EU-domstolen tidligere hadde lagt til grunn.

(«impossible ou excessivement difficile») å oppnå erstatning.³⁹⁷ I *Francovich* ble denne generelle skranken for anvendelsen av nasjonal rett understøttet med en henvisning til en tidligere avgjørelse knyttet til krav på tilbakebetaling av avgifter oppkrevd i strid med EU-retten (*San Giorgio*),³⁹⁸ som igjen viste tilbake til den grunnleggende dommen om EU-rettslig sensur av nasjonale søksmålsfrister (*Rewe I*).³⁹⁹ Av sistnevnte fremgår det at det rettslige grunnlag for det som etter hvert ble kjent som *effektivitetsprinsippet*, er å finne i medlemsstatenes lojalitetsplikt, jf. nå TEU artikkel 4 nr. 3.⁴⁰⁰ Som alt påpekt, særpreges EU-ansvaret av at effektivitetsprinsippet her legger føringer ikke bare for anvendelsen av nasjonale prosessregler, men også nasjonal erstatningsrett.⁴⁰¹ I den grad denne utvidelsen av prinsippets anvendelsesområde krever noen nærmere begrunnelse, må den søkes i rettsgrunnlaget for selve EU-ansvaret. Det ville være en underlig rettstilstand dersom EU-retten først skulle gi opphav til et prinsipp om statlig erstatningsansvar for brudd på EU-retten, for deretter å akseptere nasjonale regler som gjør det uforholdsmessig vanskelig å gjøre ansvaret gjeldende. Effektivitetsprinsippets føringer for nasjonal erstatningsrett bør av denne grunn forstås som en integrert del av selve EU-ansvaret.⁴⁰²

I norsk (og nordisk) sammenheng kan det være grunn til å være oppmerksom på at EU-domstolen på fransk konsekvent taler om «principe d'effectivité», noe som bl.a. på engelsk oversettes med «principle of effectiveness». Det kan hevdes at den norske betegnelsen «effektivitetsprinsippet» (som er i samsvar med de danske og svenske versjonene av EU-domstolens praksis) gir inntrykk av et noe strengere krav til reglenes virkning i nasjonal rett enn det som ligger i den franske ordlyden: På fransk er det en nyanseforskjell mellom «effectivité» og «efficacité» som bl.a. gjenfinnes i sontringen mellom «effectiveness» og «efficiency» på engelsk og som på norsk kanskje kan formuleres som forskjellen på «effekt» og «effektivitet». Det kan derfor hevdes at «principe d'effectivité» strengt tatt burde vært oversatt med «effektprinsippet» på norsk. Betegnelsen effektivitetsprinsippet er imidlertid så innarbeidet at det neppe har noe særlig for seg å forsøke å endre dette. Så lenge prinsippets nærmere innhold utlegges i samsvar med EU-domstolens tilnærming til

³⁹⁷ *Francovich*, avsnitt 43.

³⁹⁸ Se *Francovich*, avsnitt 43.

³⁹⁹ Se henvisningen i sak 199/82, *Amministrazione delle Finanze dello Stato mot San Giorgio*, Sml. 1983 s. 3595 (avsnitt 12) til (bl.a.) sak 33/76, *Rewe mot Landwirtschaftskammer für das Saarland (I)*, Sml. 1976 s. 1989 (avsnitt 5). Men merk tilstrammingen av kravene til nasjonale prosessrett fra *Rewe I* (forbud mot nasjonale søksmålsfrister som «umuliggjør» håndhevelse av EU-baserte rettigheter) til *San Giorgio* (forbud mot nasjonale bevisbyrderegler som «gør det praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig at opnå tilbakebetaling af afgifter opkrævet i strid med fællesskabsretten») (avsnitt 14, min kursivering).

⁴⁰⁰ Jf. *Rewe I*, avsnitt 5. Se tilsvarende den samtidige dommen i sak 45/76, *Comet mot Produktschap voor Siergewassen*, Sml. 1976 s. 2043 (avsnitt 13).

⁴⁰¹ Med dette er for øvrig ikke sagt at det ikke også finnes andre deler av EU-retten som overskrider den tradisjonelle tilnærmingen til effektivitetsprinsippets rekkevidde, jf. nærmere Fenger 2004 s. 83 flg.

⁴⁰² Om man vil, kan man betrakte de føringer effektivitetsprinsippet legger på nasjonal erstatningsrett som prisen medlemsstatene må betale for at ikke EU-retten på dette punkt skal konsumere de nasjonale reglene fullt ut, jf. den ovenfor omtalte avveiningen av ønsket om å sikre et effektivt og enhetlig EU-rettslig erstatningsansvar og hensynet til medlemsstatenes erstatningsrettslige tradisjoner.

det overordnede vurderingstemaet «umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig» («impossible ou excessivement difficile»), spiller det liten rolle at navnet kanskje ikke er helt treffende.

Selv om vurderingstemaet er det samme i tilfeller hvor effektivitetsprinsippet griper inn overfor nasjonal erstatningsrett og overfor nasjonal prosessrett, så er det ikke uten videre gitt at tilnærmingen vil være helt sammenfallende. EU-domstolens tilnærming til nasjonal prosessrett kjennetegnes (nå) av en utpreget konkret avveining av hensynet til EU-retten effektive gjennomslag i det aktuelle typetilfellet og de hensyn som ligger til grunn for de nasjonale prosessregler som hevdes å gjøre håndhevelsen av EU-retten uforholdsmessig vanskelig.⁴⁰³ Ut over de opprinnelige henvisningene til lojalitetsplikten, støtter effektivitetsprinsippet seg i denne sammenheng også på EMK artikkel 6 og 13 og (nå) TEU artikkel 19 nr. 1 annet ledd og grunnrettighetspakten artikkel 47.⁴⁰⁴ Selv om dette rettsgrunnlaget bare delvis lar seg overføre til EØS-retten, tilsier så vel homogenitetsmålsettingen som EØS-statenes felles forpliktelser i henhold til EMK at effektivitetsprinsippets føringer for nasjonal prosessrett som utgangspunkt og klar hovedregel må gjelde tilsvarende i EØS-rettslig sammenheng.

I norsk rettspraksis er effektivitetsprinsippet eksistens og betydning for norsk prosessrett uttrykkelig anerkjent av Høyesterett i Rt. 2005 s. 597 *Allseas* (avsnitt 38) og i Rt. 2010 s. 1500 *Edquist* (avsnitt 65).⁴⁰⁵ EFTA-domstolen har foreløpig ikke hatt foranledning til å uttale seg like prinsipielt om spørsmålet, men domstolen har ved flere anledninger understreket at «access to justice» er «an essential element of the EEA legal framework», jf. for eksempel sak E-5/10, *Kottke mot Präsidial Anstalt and Sweetytle Stiftung*, EFTA Ct. Rep. 2009-2010 (avsnitt 26). Og i sak E-1/04, *Fokus Bank mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2004 s. 11 uttalte domstolen at lojalitetsplikten nedfelt i EØS-avtalen artikkel 3 tilsier at forvaltningens behandling av EØS-relaterte saker må gjennomføres slik at den ikke forringer de individuelle rettigheter som utledes av EØS-avtalen (avsnitt 41).

Også i erstatningsrettslig sammenheng må effektivitetsprinsippet rekkevidde avgjøres ut fra en avveining – nærmere bestemt, som alt nevnt, mellom ønsket om å sikre et

⁴⁰³ Jf. fra den senere tid avgjørelser som sak C-432/05, *Unibet mot Justitiekanslern*, [SK] Sml. 2007 s. I-2271 (avsnitt 54); sak C-40/08, *Asturcom mot Nogueira*, [A5] Sml. 2009 s. I-9579 (avsnitt 39); sak C-63/08, *Pontin mot T-Comalux*, [A5] Sml. 2009 s. I-10467 (avsnitt 47) og sak C-246/09, *Bulicke mot Deutsche Büro Service*, [A5] Sml. 2010 s. I-7003 (avsnitt 35); sak C-272/10, *Berkizi-Nikolakaki mot ASEP*, [A3] Sml. 2011 s. I-3* (avsnitt 48); sak C-177/10, *Santana mot Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía*, [A5] dom 8. september 2011 (avsnitt 92). To tidlige utslag av denne «balansetesten» finnes i hhv. sak C-312/93, *Peterbroeck mot Belgia*, [P] Sml. 1995 s. I-4599 og forente saker C-430/93 og C-431/93, *van Schijndel og van Veen mot Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, [P] Sml. 1995 s. I-4705. For en oppdatert oversikt får det i denne sammenheng være tilstrekkelig å vise til Craig/de Búrca 2011 s. 231 flg.

⁴⁰⁴ Jf. fra den senere tid sak C-279/09, *DEB mot Tyskland*, [A5] Sml. 2010 s. I-13849 (avsnitt 29 flg.) og sak C-199/11, *EF mot Otis m.fl.*, [SK] dom 6. november 2012 (avsnitt 46 flg.).

⁴⁰⁵ I *Allseas* tilføyde riktignok Høyesterett som et obiter dictum at prinsippet «på enkelte områder [kan] tenkes å ha noe forskjellig rekkevidde innenfor henholdsvis EU- og EØS-retten» (avsnitt 38), men i lys av de etterfølgende uttalelsene om homogenitetsmålsettingens rekkevidde i *Finanger II* (avsnitt 58) er det vanskelig å se for seg at dette forbeholdet kan få betydning for den prosessuelle gjennomføringen av EØS-ansvaret i norsk rett, jf. generelt avslutningsvis i punkt 2.4.8 i kapittel 2 om Høyesteretts tilslutning til en virkningsorientert forståelse av homogenitetsmålsettingen.

effektivt og enhetlig EU-rettslig erstatningsansvar og hensynet til medlemsstatenes erstatningsrettslige tradisjoner. Når dette utgangspunktet skal anvendes på bestanddeler av EU-ansvaret som EU-domstolen har overlatt til nasjonal erstatningsrett, er min oppfatning at EU-domstolens tilnærming til EUs eget erstatningsansvar i henhold til TEUV artikkel 340 annet ledd i praksis representerer en yttergrense for effektivitetsprinsippets gjennomslagskraft. Som anført i punkt 3.3 kan EU-domstolen ikke godt anvende effektivitetsprinsippet for å slå ned på nasjonale vilkår for det offentlige erstatningsansvar som ikke er strengere enn dem EU-domstolen selv utleder av TEUV artikkel 340 annet ledd. I motsatt fall vil den jo, som påpekt av Fenger, implisitt gi uttrykk for at dens egen praksis gjør det umulig eller uforholdsmessig vanskelig for private å håndheve deres rettigheter overfor EUs egne institusjoner.⁴⁰⁶ Sammenhengene ikke er like tvingende i motsatt retning – i prinsippet kan nasjonal erstatningsrett være enda mildere mot myndighetene enn reglene for EU-institusjonenes eget ansvar, uten at dette *per se* er i strid med effektivitetsprinsippet.⁴⁰⁷ Som den videre fremstilling vil vise, er imidlertid min oppfatning at det ansvarsregimet som gjelder for EU-institusjonene er så mildt at det neppe kan være særlig rom for et enda mildere ansvarsregime før nasjonal rett rammes av effektivitetsprinsippet forbud mot ansvarsregler som leder til «at opnåelsen af erstatning for det lidte tab gøres praktisk umulig eller uforholdsmessigt vanskelig».⁴⁰⁸ I hvert fall langt på vei synes derfor effektivitetsprinsippet å lede til full harmonisering av minstekravene til medlemsstatenes og EU-institusjonenes erstatningsansvar.⁴⁰⁹ Hvor langt dette synspunktet rekker, beror imidlertid på konkrete vurderinger av effektivitetsprinsippet rekkevidde i ulike type-tilfeller. Via homogenitetsmålsettingen må utfallet av disse vurderingene som utgangspunkt og klar hovedregel gjelde tilsvarende for den nærmere forståelsen av EFTA-domstolens ovenfor gjengitte henvisning til effektivitetsprinsippet i *Karlsson*.

EØS-statenes mulighet til å «utnytte» behovet for nasjonal gjennomføring til å begrense deres ansvar for brudd på EØS-avtalen, avgrenses imidlertid også av ekvivalensprinsippet. Som anført av EFTA-domstolen i det innledningsvis i dette punkt gjengitte sitatet fra *Karlsson*: Nasjonal rett kan ikke behandle EØS-baserte erstat-

⁴⁰⁶ Fenger 2004 s. 90. Merk at Fenger uttaler dette med henblikk på nasjonal prosess- og forvaltningsrett, men lest i sammenheng med hans omtale annetsteds av erstatningsretten må det kunne legges til grunn at han anser formuleringen som treffende også med tanke på erstatningsansvaret.

⁴⁰⁷ Se Fenger 2004, som med rette påpeker at «den interne fællesskabsret» fungerer som et «loft» for effektivitetsprinsippet (s. 90), samtidig som han fremhever at det omvendt ikke er slik at EU-domstolen uten videre «overfører den interne standard til kravene til nationale organer» (s. 89).

⁴⁰⁸ Jf., med henblikk på nasjonale krav til årsakssammenhengen mellom myndighetenes rettsbrudd og skadelidtes tap, *Danfoss* (avsnitt 36).

⁴⁰⁹ Men selvsagt med det forbehold at ekvivalensprinsippet vil kunne lede til at myndighetenes erstatningsansvar i visse tilfeller er strengere enn det minstemål som følger av effektivitetsprinsippet, jf. nærmere i brødteksten straks nedenfor.

ningskrav mindre fordelaktig enn andre, sammenlignbare erstatningskrav mot offentlige myndigheter. Eller som EU-domstolen formulerte det i *Francovich* (avsnitt 43):

«de formelle og materielle betingelser i medlemsstaternes nationale lovgivning for erstatning af tab [må] ikke ... være mindre gunstige end de betingelser, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret»

I den grad det var uklart om dette bare gjaldt de av EU-ansvarets deler som er overlatt til nasjonal rett, så presiserte EU-domstolen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* at eksistensen av de EU-rettslige ansvarsvilkårene ikke utelukker «at staten kan ifalde ansvar efter mindre restriktive betingelser i henhold til national ret». ⁴¹⁰

Tilsvarende som for effektivitetsprinsippet har EU-domstolen utledet ekvivalensprinsippet av medlemsstatenes generelle lojalitetsplikt, jf. nå TEU artikkel 4 nr. 3. ⁴¹¹ Forutsetningen om likebehandling av EØS-baserte krav og andre, sammenlignbare krav mot offentlige myndigheter kan synes temmelig selvsagt, ⁴¹² men prinsipielt er det ikke uproblematisk. I motsetning til effektivitetsprinsippet leder nemlig ekvivalensprinsippet til at rekkevidden av eksisterende forskjeller mellom medlemsstatenes nasjonale prosess- og erstatningsrett *utvides* til også å omfatte myndighetenes erstatningsansvar for brudd på EU-retten. ⁴¹³ På sett og vis «straffer» ekvivalensprinsippet stater som helt uavhengig av EU-retten opererer med nasjonale regler om offentlig-rettslig erstatningsansvar som fremstår som mer generøse overfor skadelidte enn de minimumskrav som følger av effektivitetsprinsippet. Samtidig er det vanskelig å avvise et prinsipp som bare forbyr «diskriminering» av EU-baserte rettigheter. ⁴¹⁴ Og selv om prinsippets praktiske betydning vil variere fra medlemsstat til medlemsstat, så er det klart nok at det alt i alt bidrar til å sikre EU-retten økt gjennomslag i nasjonal rett.

Samtidig kan kanskje utvidelsen av prinsippets anvendelsesområde fra prosessretten til erstatningsretten i *Francovich* og *Brasserie du Pêcheur/Factortame* leses som en erkjennelse av at det erstatningsrettslige minimumsvern som effektivitetsprinsippet gir anvisning på, ikke er noe annet enn

⁴¹⁰ *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 66. Uttalelsen er senere gjentatt en rekke ganger, jf. for eksempel sak C-173/03, *Traghetti mot Italia*, [SK] Sml. 2006 s. I-5177 (avsnitt 45); sak C-300/04, *Eman mot College van burgemeester en wethouders van Den Haag*, [SK] Sml. 2006 s. I-8055 (avsnitt 69); sak C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation mot Commissioners of Inland Revenue*, [SK] Sml. 2006 s. I-11753 (avsnitt 209); sak C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation mot Commissioners of Inland Revenue*, [SK] Sml. 2007 s. I-2107 (avsnitt 115) og sak C-201/05, *The Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation mot Commissioners of Inland Revenue*, [A5] Sml. 2008 s. I-2875 (avsnitt 118).

⁴¹¹ Jf. også her sak 33/76, *Rewe mot Landwirtschaftskammer für das Saarland (I)*, Sml. 1976 s. 1989 (avsnitt 5) og sak 45/76, *Comet mot Produktschap voor Siergewassen*, Sml. 1976 s. 2043 (avsnitt 13).

⁴¹² Slik Sejersted i Sejersted mfl. 2011 s. 80.

⁴¹³ Se nærmere Fenger 2004 s. 58 flg.

⁴¹⁴ Jf. Tridimas 2006 s. 423: «The notion of discrimination provides legitimacy for the Court's intervention in the field of remedies: if national law guarantees a certain level of protection to domestic rights why should that level not be extended to the Community ones?»

nettopp et minimumsvern, og at en fullharmonisering av EU-ansvaret på dette nivå vil kunne innebære en svekkelse av den beskyttelse som etablert nasjonal erstatningsrett allerede tilbyr.⁴¹⁵

På samme vis som for effektivitetsprinsippet kan det trygt legges til grunn at homogenitetsmålsettingen innebærer at ekvivalensprinsippet gjelder tilsvarende i EØS-rettslig sammenheng, og da så vel med henblikk på nasjonal erstatningsrett (jf. det alt gjengitte sitatet fra *Karlsson*) som nasjonal prosessrett.⁴¹⁶

Hovedutfordringen ved anvendelse av ekvivalensprinsippet i herværende sammenheng er å avgjøre hvilke nasjonale erstatningskrav som er sammenlignbare med erstatningskrav basert på brudd på ulike EØS-rettslige forpliktelser. Med henblikk på prosessuelle regler, har EU-domstolen i generelle vendinger uttalt at nasjonale domstoler må vurdere om saksgjenstand og søksmålsgrunnlag er sammenlignbare, noe som igjen fordrer en nærmere vurdering av så vel formålet som de vesentligste momenter ved de krav som hevdes å være sammenlignbare.⁴¹⁷ Det kreves ikke at en medlemsstat gir gunstige nasjonale regler generell anvendelse på alle saker som anlegges på et bestemt rettsområde,⁴¹⁸ men det forutsettes hele tiden at forskjellsbehandlingen fremstår som objektivt begrunnet i andre forhold enn den omstendighet at de krav som underkastes mindre gunstige regler er av EU/EØS-rettslig karakter.⁴¹⁹ I praksis overlates den nærmere vurdering regelmessig til de nasjonale domstolene, ut fra den enkle betraktning at det bare er dem som har direkte kjennskap til de nasjonale regler som utgjør det aktuelle sammenligningsgrunnlag.⁴²⁰ Det må imidlertid understrekes at ekvivalensprinsippet er og blir et EU/EØS-rettslig prinsipp – det er bare den konkrete anvendelsen som overlates til nasjonale domstoler. Og i tilfeller hvor den foreleggende nasjonale domstol har informert EU-domstolen om innholdet av de nasjonale reglene som det er aktuelt å sammenligne med, hender det at EU-domstolen gir klare føringer for den konkrete anvendelsen av ekvivalensprinsippet.⁴²¹

⁴¹⁵ Slik Ward 2007 s. 256.

⁴¹⁶ Jf., med henblikk på prosessretten, Rt. 2005 s. 597 *Allseas* (avsnitt 38) og Rt. 2010 s. 1500 *Edquist* (avsnitt 65). For ordens skyld tilføyes det at ekvivalensprinsippet også vil kunne gjøre seg gjeldende på andre rettsområder, slik som for eksempel nasjonal forvaltningsrett, jf. nærmere Fredriksen/Mathisen 2012 s. 254-255.

⁴¹⁷ Jf. fra den senere tid for eksempel sak C-63/08, *Pontin mot T-Comalux*, [A5] Sml. 2009 s. I-10467 (avsnitt 45-46); sak C-246/09, *Bulicke mot Deutsche Büro Service*, [A5] Sml. 2010 s. I-7003 (avsnitt 26 flg.); sak C-272/10, *Berkizi-Nikolakaki mot ASEP*, [A3] Sml. 2011 s. I-3* (avsnitt 40-41) og sak C-177/10, *Santana mot Consejería de Justicia de la Junta de Andalucía*, [A5] dom 8. september 2011 (avsnitt 90).

⁴¹⁸ Jf., foruten avgjørelsene omtalt i forrige note, for eksempel sak C-118/08, *Transportes Urbanos mot Administración del Estado*, [SK] Sml. 2010 s. I-635 (avsnitt 34).

⁴¹⁹ Jf. særlig sak C-147/01, *Weber's Wine World mot Abgabenberufungskommission Wien*, [A5] Sml. 2003 s. I-11365 (avsnitt 91-92).

⁴²⁰ Jf. bl.a. de ovenfor omtalte avgjørelsene.

⁴²¹ Se til illustrasjon, foruten de to avgjørelsene *Palmisani* og *Transportes Urbanos* som omtales i petitavsnittet straks nedenfor, forente saker C-222/05 m.fl., *van der Weerd mot Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, [A5] Sml. 2007 s. I-4233 (avsnitt 28 flg.); sak C-246/09, *Bulicke mot Deutsche Büro Service*, [A5]

Konkret med tanke på den nasjonale håndtering av erstatningskrav mot offentlige myndigheter for brudd på EU-retten, slo EU-domstolen i *Palmisani* fast at erstatningskrav som følge av Italias manglende gjennomføring av konkursgarantidirektivet ikke var sammenlignbare verken med de underliggende krav som saksøker ville hatt mot lønnsgarantifondet dersom direktivet var gjennomført eller med andre krav på sosiale ytelser fra det offentlige.⁴²² Slike erstatningskrav fremstod derimot (naturlig nok) i utgangspunktet som sammenlignbare med andre erstatningskrav mot offentlige myndigheter i henhold til codice civile artikkel 2043. EU-domstolen erkjente imidlertid at den ikke rådet over alle nødvendige opplysninger for å konkludere på dette punkt og tilføyde at dersom den nasjonale domstolen skulle komme til at søksmålene likevel ikke var sammenlignbare, så var ikke EU-retten til hinder for den søksmålsfrist på bare ett år som italienske myndigheter hadde innført i kjølvannet av *Francovich* (avsnitt 38-39).

EU-domstolen var langt ifra like tilbakeholden da den i *Transportes Urbanos* fant at et søksmål med krav om erstatning for tap lidt som følge av at spansk merverdilovgivning viste seg å være i strid med en bestemmelse i sjette momsdirektiv, var sammenlignbart med krav om erstatning i et tilfelle hvor spansk lovgivning skulle vise seg å være i strid med den spanske forfatningen.⁴²³ Ettersom det krav om uttømming av alle tilgjengelige rettsmidler som spansk høyesterett hadde etablert som en prosessforutsetning for EU-baserte erstatningskrav, ikke gjaldt tilsvarende for nasjonale erstatningskrav i tilfeller hvor den spanske forfatningsdomstolen underkjenner en lov som grunnlovsstridig, fant EU-domstolen at denne prosessforutsetningen heller ikke kunne gjøres gjeldende i et tilfelle hvor det aktuelle brudd på EU-retten var fastslått av EU-domstolen i en forutgående traktatbruddssak. Realiteten i vurderingen er at EU-domstolen krever at dens fellende dommer i traktatbruddssaker likestilles med dommer fra den spanske forfatningsdomstolen som underkjenner spansk lovgivning som forfatningsstridig, tilsynelatende uten noen nærmere vurdering av om et erstatningskrav basert på overtredelse av en bestemmelse i sjette momsdirektiv med rimelighet kan betraktes som sammenlignbart med erstatningskrav basert på brudd på grunnrettighetene nedfelt i den spanske forfatningen.⁴²⁴

Utgangspunktet må være det samme med tanke på ekvivalensprinsippets betydning for den materielle erstatningsretten: Nasjonale domstoler kan ikke operere med vilkår i saker som gjelder det offentliges ansvar for brudd på EU/EØS-regler som er strengere enn dem som nasjonal erstatningsrett gir anvisning på i sammenlignbare saker som gjelder brudd på opphavlige nasjonale rettsregler. Foruten de generelle vanskene med å avgjøre hvilke typetilfeller som er så like at ekvivalensprinsippet kommer til anvendelse, byr imidlertid forskjeller i erstatningsrettslig systematikk medlemsstatene imellom på særlige utfordringer. Ønsket om å holde det offentliges erstatningsansvar in-

Sml. 2010 s. I-7003 (avsnitt 31 flg.) og sak C-177/10, *Santana mot Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía*, [A5] dom 8. september 2011 (avsnitt 91).

⁴²² Sak C-261/95, *Palmisani mot INPS*, [A5] Sml. 1997 s. I-4025 (avsnitt 34-37).

⁴²³ Sak C-118/08, *Transportes Urbanos mot Administración del Estado*, [SK] Sml. 2010 s. I-635.

⁴²⁴ EU-domstolen tok riktignok det forbehold at det kunne tenkes andre grunner til forskjellsbehandlingen som den ikke var gjort kjent med (avsnitt 44). Spanias Høyesterett (Tribunal Supremo) sluttet seg imidlertid til EU-domstolens vurdering og avsa til sist en dom som tilkjente *Transportes Urbanos* i overkant av 1,2 millioner euro i erstatning (dom 17. september 2010 i sak 153/2007).

nenfor rimelighetens grenser kan dukke opp på høyst ulike steder i erstatningsretten. Mens læren om den overtrådte rettsregelens *Schutzszweck* står sentralt i tysk rett, synes man i fransk erstatningsrett å ivareta det samme gjennom rettslig avgrensning av årsakssammenhengen.⁴²⁵ Ofte er det heller ikke internt i den enkelte EØS-stat enighet om hvilken systematikk som bør legges til grunn – det synes her tilstrekkelig å vise til diskusjonen i norsk og svensk teori de senere år knyttet til hvilke forhold som bør ivaretas gjennom ansvarsvurderingen og hvilke som bør henføres til adekvanslæren.⁴²⁶ Etter min oppfatning må anvendelsen av ekvivalensprinsippet ta høyde for slike forskjeller i (og diskusjoner om) erstatningsrettslig systematikk – det kan ikke være slik at systematikken blir avgjørende for i hvilken grad ekvivalensprinsippet tvinger nasjonale domstoler til å operere med for eksempel en ansvarsvurdering eller en rettslig avgrensning av årsakssammenhengen som er mer fordelaktig for skadelidte enn det EU/EØS-retten selv legger opp til. Utgangspunktet for en vurdering av om ekvivalensprinsippet kommer til anvendelse i erstatningsrettslig sammenheng, må etter min oppfatning være en vurdering av om nasjonal erstatningsrett *alt i alt* tilbyr skadelidte i en sammenlignbar rent intern sak et mer omfattende erstatningsrettslig vern enn det minimumsvern som følger av effektivitetsprinsippet. Ekvivalensprinsippetts praktiske følger i tilfeller hvor norske myndigheter kommer i skade for å overtre EØS-rettslige forpliktelser, fordrer slik en helhetlig sammenligning av det erstatningsrettslige vern som hhv. norsk rett og EØS-retten tilbyr i det aktuelle typetilfellet.

3.6 Kort om kompetansefordelingen mellom EU-domstolen/EFTA-domstolen og nasjonale domstoler

Avslutningsvis er det grunn til å understreke at de ovenfor omtalte spørsmål om forholdet mellom EU/EØS-retten og nasjonal rett, *ikke* må blandes sammen med spørsmålet om kompetansefordelingen mellom EU-domstolen/EFTA-domstolen og nasjonale domstoler i henhold til TEUV artikkel 267 og ODA artikkel 34. I tilfeller hvor spørsmål knyttet til medlemsstatenes erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-retten havner på EU-domstolens eller EFTA-domstolens bord, skyldes dette alltid en foreleggelse fra en nasjonal domstol som har et slikt erstatningskrav til behandling – søksmål mot offentlige myndigheter med krav om erstatning for brudd på EU/EØS-retten må unntaksfritt anlegges for nasjonale domstoler.⁴²⁷ I henhold til TEUV artik-

⁴²⁵ Jf. van Dam 2006 s. 252.

⁴²⁶ Jf. fra den senere tid for eksempel Anfinen 2008 s. 71 flg.; Færstad 2011 s. 15 flg.; Schultz 2010 og Stenvik 2010 s. 565 flg.

⁴²⁷ I teorien kan riktignok spørsmål knyttet til EU/EØS-ansvaret komme direkte opp for EU-domstolen/EFTA-domstolen dersom Kommisjonen/ESA skulle reagere på en (åpenbart) uriktig frifinnelse av myndighetene i nasjonale domstoler og på dette grunnlag anlegge et traktatbruddssøksmål mot vedkommende medlemsstat/EFTA-stat i henhold til TEUV artikkel 258/ODA artikkel 31. I så fall vil EU-domstolen/EFTA-domstolen

kel 267 og ODA artikkel 34 er EU-domstolens og EFTA-domstolens kompetanse i slike tilfeller begrenset til *fortolkningen* av EU/EØS-retten. Det er de nasjonale domstolene som trekker opp rammene for behandlingen gjennom sin formulering av spørsmålene og sin redegjørelse for sakens faktiske og rettslige omstendigheter og det er opp til dem å fortolke nasjonal rett av betydning for saken, bedømme bevis og deretter anvende EU/EØS-retten.⁴²⁸ Hvor mye realitet det er i at den konkrete rettsanvendelsen (subsumsjonen) i utgangspunktet er overlatt de nasjonale domstolene, avhenger imidlertid av hvor konkret svaret fra Luxembourg er: Grensen mellom tolkning og subsumsjon er flytende og beror i denne sammenheng på EU-domstolens og EFTA-domstolens forståelse av hhv. TEUV artikkel 267 og ODA artikkel 34. I tilfeller hvor den foreleggende domstols redegjørelse for sakens faktiske og rettslige omstendigheter legger forholdene til rette, finnes det en rekke eksempler hvor de svar som gis er så konkrete at de i realiteten avgjør hele saken.⁴²⁹

Når det synes påkrevd å minne om dette i herværende sammenheng, skyldes det at det på erstatningsrettens område hersker betydelig uenighet om hvor konkret EU-domstolen og EFTA-domstolen kan og bør gå til verks. Utgangspunktet er riktignok klart og greit: Det tilkommer i prinsippet de nasjonale domstolene å ta stilling til om betingelsene for statlig erstatningsansvar på grunn av overtredelser av EU/EØS-retten er oppfylt i den konkrete sak som de har til behandling.⁴³⁰ For spørsmålet om den overtrådte EU/EØS-regel tillegger private rettigheter, er dette likevel et utgangspunkt uten noe reelt innhold – dette er et rent EU/EØS-rettslig tolkningsspørsmål og følgelig noe som EU-domstolen/EFTA-domstolen selv tar stilling til fullt ut (jf. kapittel 6). For spørsmålet om et foreliggende brudd på EU/EØS-retten er «tilstrekkelig kvalifisert», er bildet mer sammensatt. I tilfeller hvor EU-domstolen eller EFTA-domstolen mener å råde over alle nødvendige opplysninger for å ta stilling til dette, hender det at den nasjonale domstolen ganske enkelt får beskjed om at bruddet enten er unnskyldelig eller ansvarsbetingende.⁴³¹ I andre tilfeller er domstolene mer tilbakeholdne og nøyer seg med å henvise til «nogle omstændigheder, som de nationale retsinstanser

ha full kompetanse til å overprøve de nasjonale domstolenes ansvarsvurdering. Det foreligger imidlertid ingen eksempler på slike søksmål. Med mindre en nasjonal sisteinstansdomstol helt åpenlyst skulle nekte å bøye seg for EU-domstolens generelle utlegning av ansvarsvilkårene, er det liten grunn til å anta at dette vil endre seg.

⁴²⁸ Jf. nærmere Broberg/Fenger 2010 s. 140-141 og 155-157.

⁴²⁹ Se utførlig om dette Broberg/Fenger 2010 s. 419-430.

⁴³⁰ Jf. fra EU-domstolens praksis for eksempel de generelle uttalelsene i *British Telecommunications* (avsnitt 41), *Denkavit* (avsnitt 49); *Brinkmann* (avsnitt 26); *Konle* (avsnitt 58); *Lindöpark* (avsnitt 38); *FII* (avsnitt 210) og *Thin Cap* (avsnitt 116) og fra EFTA-domstolens praksis *Karlsson* (avsnitt 36); *Nguyen* (avsnitt 32) og *Kolbeinsson* (avsnitt 81).

⁴³¹ I *Denkavit*, *Brinkmann*, *British Telecommunications* og *Köbler* konkluderte EU-domstolen med at det ikke forelå ansvarsgrunnlag, mens utfallet ble motsatt i *Dillenkofer*, *Rechberger*, *Larsy*, *Lindöpark*, *Synthon* og *Fuß*. EFTA-domstolen konkluderte med at det forelå ansvarsgrunnlag i *Karlsson*, *Nguyen* og *HOB-vín* (med tanke på «brudd nr. 2»).

kan tage i betragtning». ⁴³² Hvor mye veiledning de nasjonale domstolene får med på veien i slike tilfeller er høyst varierende – i noen tilfeller er det i realiteten bare selve konklusjonen som gjenstår, i andre tilfeller overlates vurderingen helt og fullt til nasjonale domstoler. ⁴³³ Vurderingen av om det er direkte årsakssammenheng mellom bruddet og skadelidtes tap overlates i de fleste tilfeller i sin helhet til nasjonale domstoler, men også her kan domstolene i Luxembourg – dersom forholdene ligger til rette for det – gå nærmere inn på spørsmålet (se nærmere i kapittel 8).

Ved første øyekast kan denne tilnærmingen synes nokså vinglete. ⁴³⁴ EU-domstolens kritikere tar imidlertid ikke alltid høyde for at domstolens handlingsrom avhenger av så vel formuleringen av de konkrete spørsmål som er forelagt som den nasjonale domstolens redegjørelse for sakens faktiske og rettslige omstendigheter. ⁴³⁵ Muligheten for å gå nærmere inn på ansvarsvilkårene avhenger også av om de faktiske forhold av betydning for vurderingene er avklart eller omstridt, samt av om vurderingene er tett knyttet opp mot uavklarte spørsmål knyttet til forståelsen av nasjonal rett. Med dette er likevel ikke sagt at det ikke tidvis kan være grunn til å kritisere EU-domstolen og/eller EFTA-domstolen på dette punkt, noe som i det følgende også vil bli gjort i enkelte tilfeller. Her er bare poenget at den omstendighet at EU-domstolen og/eller EFTA-domstolen i større eller mindre grad overlater den nærmere vurdering av ansvarsvilkårene til nasjonale domstoler, ikke i seg selv sier noe om grensedragningen mellom «ren» EU/EØS-rett og nasjonal erstatningsrett.

Spørsmålet om hvor detaljerte svar EU-domstolen og EFTA-domstolen *bør* gi de nasjonale domstolene, er det delte oppfatninger om – så vel generelt som konkret knyttet til EU/EØS-ansvaret. For EU-domstolen og EFTA-domstolen er utfordringen at for abstrakte svar vil kunne lede til rettsulikhet medlemsstatene imellom og dessuten føre til at nasjonale domstoler ikke lenger finner det bryet verdt å sende saker til Luxembourg, samtidig som svært konkrete svar vil kunne oppfattes som «an usurpation of the national court's competence», ⁴³⁶ redusere forhåndsavgjørelsens generelle prejudikatverdi, resultere i en flodbølge av lite prinsipielle foreleggelse fra nasjonale dommere og utsette forholdet til EØS-statenes øverste domstoler for uønskete spenninger. Konkret med tanke på EU/EØS-ansvaret spiller det kanskje også inn at erfaringene med å overlata vurde-

⁴³² Formuleringen stammer fra *Brasserie du Pêcheur/Factortame* (avsnitt 58).

⁴³³ I *FII, N, Thin Cap* og *CFC* gikk eksempelvis EU-domstolen langt i å antyde at bruddene var unnskyldelige, noe som gjelder tilsvarende for EFTA-domstolen i *Kolbeinsson*. I motsatt retning er *Konle, Sutton, Evans* og *Norbrook Laboratories* eksempler på at EU-domstolen gav den foreleggende domstolen svært liten (om noen) veiledning med på veien. Fra EFTA-domstolens praksis er *Sveinbjörnsdóttir* og *HOB-vín* (med tanke på «brudd nr. 1») eksempler på det samme.

⁴³⁴ Jf. *Burrows/Greaves* 2007 s. 260 («The European Court of Justice's approach to this issue is difficult to rationalize»). Se også bl.a. *Tridimas* 2006 s. 517 og *Ward* 2007 s. 234-235.

⁴³⁵ Jf. eksempelvis *Tridimas* 2006 s. 517 og s. 532, som kritiserer EU-domstolen for ikke å ha vurdert om det forelå et tilstrekkelig kvalifisert brudd i *Rechberger* uten å ta nevneverdig hensyn til at den foreleggende domstol ikke hadde bedt EU-domstolen uttale seg om dette spørsmålet.

⁴³⁶ Jf. kritikken mot EU-domstolens linje nettopp i erstatningssakene hos *Burrows* og *Greaves* 2007 s. 247.

ringene til nasjonale domstoler ikke alltid har vært så gode – resultatet er påfallende ofte at nasjonale myndigheter til sist blir frifunnet. Med henblikk på EU-ansvaret har EFTA-domstolens president fremhevet nettopp dette som en forklaring på at EU-domstolen i enkelte tilfeller enten konkluderer selv eller i det minste går langt i retning av å avgjøre ansvarsspørsmålet. Baudenbacher forsvarer det han karakteriserer som «a wide interpretation» av EU-domstolens kompetanse ut fra hensynet til effektiv beskyttelse av privates rettigheter, noe som danner et interessant bakteppe for EFTA-domstolens lignende tilnærming i *Karlsson, Nguyen, Kolbeinsson* og *HOB-vín*.⁴³⁷ For EFTA-domstolen hører det med at hensynene for og mot utpreget konkrete svar ligger noe annerledes an enn for EU-domstolen. I lys av mangelen på foreleggelsessaker er det knapt noe problem for EFTA-domstolen om en tilnærming hvor den, så fremt mulig, avgjør forelagte ansvarsspørsmål, skulle lede til flere foreleggelse fra nasjonale dommere som øyner håp om at EFTA-domstolen vil løse saken for dem. Med en slik tilnærming unngår EFTA-domstolen samtidig å bli redusert til et organ som bare videreformidler EU-domstolens generelle utlegning av EU-ansvaret. Betegnende nok argumenterer den norske regjeringen regelmessig med at EFTA-domstolen ikke har kompetanse til å konkludere på ansvarsspørsmålet, men uten at EFTA-domstolen tok nevneverdig notis av dette verken i *Karlsson, Nguyen, Kolbeinsson* eller *HOB-vín*.⁴³⁸

⁴³⁷ Jf. Baudenbacher 2005 s. 410. Se i samme retning Ward 2007 s. 235 og Colomer 2010 s. 411, som kritiserer EU-domstolen for i for stor grad å overlate den endelige vurderingen til de nasjonale domstolene (altså diametralt motsatt av kritikken fra Burrows og Greaves omtalt i forrige note).

⁴³⁸ *HOB-vín* er riktignok ikke noe entydig eksempel fordi EFTA-domstolen samtidig avstod fra å gi noe som helst veiledning knyttet til spørsmålet om det første av de to brudd på EØS-retten som islandske myndigheter hadde gjort seg skyldig, var ansvarsbetingende. Faktisk nevnes ikke dette bruddet med et eneste ord før i selve konklusjonen, hvor det ganske enkelt fremgår at hele spørsmålet overlates til islandske domstoler (avsnitt 138, annet underavsnitt). *HOB-vín* representerer slik på en og samme tid to ytterpunkter – én ansvarsvurdering hvor EFTA-domstolen knapt kan sies å oppfylle egne forsetter om å gi nasjonale domstoler et tjenlig svar på forelagte spørsmål, og én ansvarsvurdering hvor domstolen konsumerer de nasjonale domstolenes rett og plikt til å ta stilling til om betingelsene for statens erstatningsansvar er oppfylt i den konkrete sak.

4 Ansvarssubjektet

4.1 Den EU/EØS-rettslige forståelsen av staten som ansvarssubjekt

På EU/EØS-rettslig plan er det klart nok at det er statene som sådanne som er ansvarssubjekter. EU-domstolen refererer gjennomgående til prinsippet om «medlemsstaternes» erstatningsansvar, mens EFTA-domstolen viser til EØS-statenes, EFTA-statenes eller avtalepartenes ansvar.⁴³⁹ Begge domstolene bruker dessuten hyppig kortformen statens erstatningsansvar («responsabilité de l'État»/«State liability»). For norske jurister, som er vel kjent med staten som rettssubjekt i henhold til norsk rett, ligger det en fare i den feilslutning at den EU/EØS-rettslige forståelsen av staten samsvarer med den internrettslige norske forståelsen.⁴⁴⁰ Utgangspunktet for EU-domstolens tilnærming er imidlertid den alminnelige folkerettens eksterne, enhetlige forståelse av statene som ansvarssubjekter. Fra et folkerettslig perspektiv er det nokså selvsagt at statene ikke kan organisere eller delegere seg bort fra sine forpliktelser, noe som leder til at den interne fordeling av kompetanse og ansvar mellom ulike statsorganer, mellom sentrale, regionale og lokale myndigheter og mellom offentlige myndigheter som sådanne og det som i henhold til intern rett regnes som private rettssubjekter, men som utfører offentlige oppgaver under myndighetenes kontroll, er uten relevans.⁴⁴¹

At EU-domstolen, ut fra betraktninger om EU-rettens effektivitet, opererer med en minst like vidtrekkende forståelse av staten som ansvarssubjekt, kan knapt overraske. Allerede i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* uttalte EU-domstolen – nettopp under henvisning til den alminnelige folkeretten – at prinsippet om statlig erstatningsansvar «gælder i alle tilfælde, hvor en medlemsstat har overtrådt fællesskabsretten, uanset hvilket organ i medlemsstaten der ved sin handling eller undladelse har været årsag til overtrædelsen» (avsnitt 32). I *Konle*, en sak om den østerrikske stats erstatningsansvar

⁴³⁹ Det kan innvendes at de to førstnevnte av EFTA-domstolens formulering ikke får med EU som avtalepart, men som påpekt i kapittel 2, punkt 4.11 er det vanskelig å se for seg at EØS-ansvaret kan få selvstendig betydning for EU-institusjonene. Vinglingen mellom henvisninger til *EØS-statene* og *EFTA-statene* er alt omtalt i kapittel 3, punkt 3.2.

⁴⁴⁰ Etter min oppfatning er Rt. 2010 s. 291 *Vangen* et eksempel på en slik feilslutning, jf. nærmere i punkt 4.3.

⁴⁴¹ Se FN's folkerettskommisjons utkast til regler om statsansvar kapittel II (særlig artikkel 4, 5 og 8), jf. nærmere Crawford 2002 s. 91 flg. Utkastet ble tatt til etterretning av FN's generalforsamling i resolusjon 56/83 av 28. januar 2002. Selv om reglene ikke er bindende som sådanne, må det antas at de langt på vei gir et dekkende uttrykk for innholdet av de sedvanerettslige ansvarsreglene, jf. slik for eksempel Ruud/Ulfstein 2011 s. 302 og Crawford 2012 s. 540.

som følge av EU-rettsstridige regler for erverv av fritidseiendommer i delstaten Tyrol, fulgte EU-domstolen opp med følgende formulering (avsnitt 63):

«Det påhviler enhver medlemsstat at sikre, at privatpersoner opnår erstatning for den skade, de tilføjes ved manglende overholdelse af fællesskabsretten, uanset hvilken myndighed der er skyld i denne tilsidesættelse, og uanset hvem der i princippet er forpligtet til at betale erstatningen i henhold til den pågældende medlemsstats ret. En medlemsstat kan derfor ikke påberåbe sig den fordeling af kompetence og ansvar mellem de kollektive enheder, der findes i dens interne retsorden, for at unddrage sig dette ansvar»

Denne uttalelsen ble senere gjentatt i *Haim II*, hvor saksøkte var en lokal sammenlutning av refusjonsberettigede tannleger som på rettsstridig vis hadde avslått en søknad om opptak i tannlegeregisteret fra italiensk tannlege utdannet i Tyrkia. Opptak i registeret var i henhold til tysk lov en forutsetning for refusjon fra det offentlige. EU-domstolen presiserte at prinsippet om statlig erstatningsansvar kommer til anvendelse også på «lokale kollektive enheder, der har en vis autonomi, eller ethvert andet offentligretligt organ, som i retlig henseende er adskilt fra staten», så fremt disse ivaretar «lovgivningsmessige eller administrative oppgaver».⁴⁴² I *Larsy* så EU-domstolen øyensynlig ingen grunn til engang å problematisere at saksøkte var en belgisk pensjonskasse som hadde ansvar for pensjonen til selvstendig næringsdrivende,⁴⁴³ og i *Fuß* ble det lagt til grunn at medlemsstatenes ansvar også omfatter en situasjon hvor lokale myndigheter opererte med en direktivstridig vaktplan for byens brannvesen.⁴⁴⁴

Det er liten grunn til å se annerledes på dette under EØS-avtalen, noe som tilsier at man trygt kan legge til grunn at EØS-ansvaret kommer til anvendelse ikke bare ved brudd på EØS-forpliktelser som internt i norsk rett må tilskrives staten som sådan, men også brudd som må tilskrives norske kommuner eller fylkeskommuner og alle de mer eller mindre uavhengige organer de måtte ha opprettet for å utøve offentlig myndighet på deres vegne. Til det som EU-domstolen i *Haim II* omtalte som «offentligretlig[e] organ[er]» må blant annet regnes slikt som statsforetak, helseforetak og kommunale, fylkeskommunale eller interkommunale foretak, men også statlige monopolister som for eksempel Norsk Tipping og Vinmonopolet.⁴⁴⁵ Det må imidlertid da legges til at forutsetningen for å identifisere de nevnte rettssubjekter med staten som an-

⁴⁴² Sak C-424/97, *Haim mot Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein (II)*, [P] Sml. 2000 s. I-5213 (avsnitt 27-31).

⁴⁴³ Sak C-118/00, *Larsy mot INASTI*, [A3] Sml. 2001 s. I-5063.

⁴⁴⁴ Sak C-429/09, *Fuß mot Stadt Halle*, [A5] Sml. 2010 s. I-12167 (avsnitt 61).

⁴⁴⁵ Jf. *Haim II*, avsnitt 31. Et eksempel fra EFTA-domstolens praksis gir *HOB-vín*, hvor saksøkte var det statlige islandske alkohol- og tobakksmonopolet (Áfengis- og tóbaksverslun ríkisins). Hvorvidt det i norsk sammenheng faller naturlig å omtale statsforetak mv. som «offentligrettslige organer» er i denne sammenheng uten interesse. Formuleringen i *Haim II* er trolig preget av sakens tyske opphav. I henhold til tysk rett regnes alle rettssubjekt som utleder sin eksistens av offentligrettslige normeringer (typisk lovgivning) som «Körperschaften des öffentlichen Rechts» og dette omfatter også de ovenfor omtalte statlige og kommunale foretak i norsk rett.

svarssubjekt i EØS-rettslig sammenheng, er at de i sakens anledning ivaretar «lovgivningsmessige eller administrative opgaver».⁴⁴⁶

Vurderingen må bli den samme i tilfeller hvor myndighetene delegerer forvaltningsmyndighet til private rettssubjekter. Dette følger allerede av den alminnelige folkeretten⁴⁴⁷ og det er ingen grunn til at EU/EØS-ansvaret skulle være mindre omfattende på dette punkt. I norsk sammenheng vil dette omfatte private rettssubjekt som for eksempel Det Norske Veritas og Norges Fiskarlag, som har fått delegeret forvaltningsmyndighet og som ved utøvelsen av denne kan komme i skade for å tilsidesette EØS-rettslige forpliktelser.⁴⁴⁸ EU-domstolens praksis knyttet til forståelsen av medlemsstatene som pliktsubjekt i henhold til gjennomføringsforpliktelsene i TEUV artikkel 288 tredje ledd tilsier for øvrig at kravet til myndighetsutøvelse neppe kan forstås strengt: I *Foster* slo EU-domstolen fast at private kan påberope prinsippet om direktivers direkte virkning overfor alle enheter – uavhengig av deres rettslige organisasjonsform – som «ved en af staten udstedt retsakt har fået til opgave at yde offentlig servicevirksomhed under statens tilsyn, og som med henblik herpå har særlige beføjelser ud over dem, der følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne».⁴⁴⁹ I den konkrete saken ledet dette til at aksjeselskapet British Gas ble identifisert med den britiske stat under henvisning til at selskapet var statskontrollert, hadde fått i oppdrag å sørge for gassforsyningen i Storbritannia og i den anledning var gitt en lovfestet enerett til å levere gass.⁴⁵⁰ Det er vanskelig å se noen grunn til at denne tilnærmingen ikke skal gjelde tilsvarende i erstatningsrettslig sammenheng, selv om resultatet kanskje er at EU-domstolen her strekker forståelsen av «staten» som plikt- og ansvarssubjekt ut over det som følger av den alminnelige folkeretten.⁴⁵¹

Et sentralt argument bak prinsippet om direktivenes direkte virkning er den betraktning at gjennomføringsforpliktelsene i henhold til TEUV artikkel 288 tredje ledd retter seg mot medlemsstatene og at medlemsstatene da ikke kan bygge rett på egen urett, noe som også er i hvert fall en del av forklaringen på hvorfor EU-domstolen har fastholdt at direktiver som sådanne ikke kan skape for-

⁴⁴⁶ Jf. *Haim II*, avsnitt 31.

⁴⁴⁷ Se i folkerettslig sammenheng FNs folkerettskommisjons utkast til regler om statsansvar artikkel 5: «Conduct of persons or entities exercising elements of governmental authority», jf. Crawford 2002 s. 100 flg.

⁴⁴⁸ Et konkret eksempel fra underinstanspraksis er Borgarting lagmannsretts dom 17. oktober 2007 i saken *Regatta AS mot Nærings- og handelsdepartementet og Det Norske Veritas* (LB-2005-172949), hvor det bl.a. var spørsmål om erstatningsansvar for en påstått direktivstridig tilbaketrekking av sertifiseringen av en redningsvest.

⁴⁴⁹ Sak C-188/89, *Foster mot British Gas*, Sml. 1990 s. I-3313 (avsnitt 20). Vurderingstemaet er senere gjentatt en rekke ganger, jf. for eksempel sak C-343/98, *Collino og Chiappero mot Telecom Italia*, [A3] Sml. 2000 s. I-6659 (avsnitt 23); sak C-157/02, *Rieser mot Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG*, [A5] Sml. 2004 s. I-1477 (avsnitt 24); sak C-180/04, *Vassallo mot Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova*, [A5] Sml. 2006 s. I-7251 (avsnitt 26) og sak C-282/10, *Dominguez mot Centre informatique du Centre Ouest Atlantique*, [SK] dom 24. januar 2012 (avsnitt 39).

⁴⁵⁰ Jf. House of Lords' etterfølgende dom i saken (referert bl.a. i [1991] 2 C.M.L.R. 217).

⁴⁵¹ Sml. Crawford 2002 s. 101-102.

pliktelser for private.⁴⁵² Spørsmålet om rekkevidden av prinsippet om direktivers direkte virkning er følgelig et spørsmål om forståelsen av «medlemsstatene» som pliktsubjekt i henhold til TEUV artikkel 288 tredje ledd. Sammenhengen i systemet tilsier at det bør være sammenfall mellom medlemsstatene som pliktsubjekt etter denne bestemmelsen og medlemsstatene som ansvarssubjekt i tilfellet brudd på (bl.a.) de direktiver som de er forpliktet til å gjennomføre.⁴⁵³

Vurderingen blir vanskeligere når man kommer til private rettssubjekt som ikke har fått tildelt «særlige beføyelser», men som helt eller delvis er eid eller på annet vis kontrollert av det offentlige. I henhold til den alminnelige folkeretten hefter en stat for private rettssubjekters handlinger i den utstrekningen handlingene er «directed or controlled» av staten.⁴⁵⁴ Med tanke på statseide og -kontrollerte selskaper kreves det imidlertid tilsynelatende at selskapene anvendes for å oppnå andre formål enn rent kommersielle.⁴⁵⁵ Dette synes å være i samsvar med EU-domstolens tilnærming i *Buy Irish*-saken, hvor Irland ble dømt for en traktatstridig reklamekampanje i regi av aksjeselskapet Irish Goods Council.⁴⁵⁶ EU-domstolen vektla i denne sammenheng at selskapets styremedlemmer ble utnevnt av irske myndigheter, at størstedelen (om lag 80 prosent) av selskapets midler stammet fra det offentlige og at det var myndighetene som hadde utformet retningslinjene for selskapets virksomhet. Utfallet ble det samme i den lignende saken *Markenqualität aus deutschen Landen*, til tross for at aksjeselskapet som administrerte merkeordningen i sin helhet var finansiert i form av bidrag fra tyske matprodusenter og at flertallet av styremedlemmene var valgt av de samme produsentene. For EU-domstolen var det avgjørende at selskapet var opprettet i medhold av en egen lov, at vedtektene var godkjent av den tyske landbruksministeren og påla selskapet å fremme tyske landbruksinteresser og at selskapets midler stammet fra et offentlig fond som igjen fikk sine midler fra et lovpålagt bidrag fra samtlige produsenter.⁴⁵⁷ Det er vanskelig å få øye på noen grunn til at vurderingen

⁴⁵² Jf. for eksempel sak 152/84, *Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, Sml. 1986 s. 723 (avsnitt 46-49). Oppfatningen av at direktiver som sådanne ikke kan skape forpliktelser for private er i senere tid, til tross for ikke ubetydelig kritikk i litteraturen og fra ulike generaladvokater, stadfestet i storkammeravgjørelser som forente saker C-397/01 m.fl., *Pfeiffer m.fl. mot Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut*, [SK] Sml. 2004 s. I-8835 (avsnitt 108) og sak C-555/07, *Küçükdeveci mot Swedex*, [SK] Sml. 2010 s. I-365 (avsnitt 46).

⁴⁵³ Jf., implisitt, *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, hvor forpliktelsen til å overholde EU-rettslige normer kobles til erstatningsansvarets anvendelsesområde (avsnitt 34), og, men også her bare implisitt, generaladvokat Bots innstilling i sak C-7/06, *García mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. I-10265 (avsnitt 126-131). Som her også Biondi/Farley 2009 s. 61 og Davis 2006 s. 73.

⁴⁵⁴ Jf. artikkel 8 i FN's folkerettskommisjons utkast til regler om statsansvar: «Conduct directed or controlled by a State».

⁴⁵⁵ Se nærmere Crawford 2002 s. 112-113.

⁴⁵⁶ Sak 249/81, *Kommisjonen mot Irland* («Buy Irish»), Sml. 1982 s. 4005. Hensynet til sammenhengen i systemet tilsier klart at det må være sammenfall mellom medlemsstatene som ansvarssubjekter i henhold til TEUV artikkel 258 og i erstatningsrettslig sammenheng.

⁴⁵⁷ Sak C-325/00, *Kommisjonen mot Tyskland* («Markenqualität aus deutschen Landen»), [P] Sml. 2002 s. I-9977 (avsnitt 17-20). Se også den lignende sak 222/82, *Apple and Pear Development Council mot Lewis*, Sml. 1983 s. 4083 (avsnitt 17), samt, noe mer generelt, sak 174/84, *Bulk Oil mot Sun International*, Sml. 1986 s. 559

skulle være en annen i erstatningsrettslig sammenheng, noe som leder til at private markedsaktører (typisk utenlandske konkurrenter) som hevder å ha lidt tap som følge av rettsstridig atferd fra slike offentlig kontrollerte interesseorganisasjoner må kunne påberope seg prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på EU-retten.⁴⁵⁸ Samtidig er det grunn til å merke seg at begge sakene er nokså klare eksempler på medlemsstater som «brukte» private selskaper for å forfølge proteksjonistiske formål.

Min oppfatning av at EU/EØS-ansvaret må avgrenses mot brudd på EØS-retten som må tilskrives offentlig eide selskaper som utøver ordinær næringsvirksomhet kan fra et nasjonalt så vel som et folkerettslig perspektiv synes temmelig opplagt.⁴⁵⁹ I EU-rettslig sammenheng foreligger det imidlertid enkelte avgjørelser fra EU-domstolen knyttet til prinsippet om direktivers direkte virkning overfor statskontrollerte selskaper som gjør vurderingen mer usikker. I generelle vendinger har EU-domstolen i en rekke saker uttalt at private kan påberope seg ikke-gjennomførte direktiver direkte overfor alle «organer eller enheder» som er «undergivet statslig myndighet eller kontroll».⁴⁶⁰ Lest i sammenheng med EU-domstolens gjentatte og like generelle understrekning av at «det er væsentlig å hindre, at staten kan forbedre sin rettsstilling ved ikke å etterkomme EU-retten»,⁴⁶¹ har dette ledet til at enkelte forfattere antar at det er tilstrekkelig med offentlig kontroll over et selskap (altså uten noen nærmere vurdering av selskapenes virksomhet).⁴⁶² Det er imidlertid grunn til å understreke at det ikke finnes noen konkrete eksempler på dette – samtlige saker hvor EU-domstolen har uttalt seg om spørsmålet gjelder selskaper som ivaretar offentlige oppgaver.⁴⁶³

Avslutningsvis kan det tilføyes at lignende avgrensingsproblemer er velkjente også knyttet til EU/EØS-regelverket om offentlige anskaffelser og statsstøtte. For anbuds-

(avsnitt 9) og sak C-302/88, *Hennen Olie mot Stichting Interim Centraal Orgaan Voorraadvorming Aardolie-produkten*, Sml. 1990 s. I-4625 (avsnitt 15 og 16).

⁴⁵⁸ En annen sak er det nok vil være vanskelig for utenlandske konkurrenter å føre tilstrekkelig bevis for at man er påført et reelt og sikkert tap i et slikt tilfelle, jf. nærmere i kapittel 5, punkt 5.7.

⁴⁵⁹ Jf. bl.a. Crawford 2002 s. 112, som påpeker at «international law acknowledges the general separateness of corporate entities at the national level», noe som innebærer at «[t]he fact that the State initially establishes a corporate entity, whether by a special law or otherwise, is not a sufficient basis for the attribution to the State of the subsequent conduct of that entity».

⁴⁶⁰ Jf. for eksempel sak C-188/89, *Foster mot British Gas*, Sml. 1990 s. I-3313 (avsnitt 18); forente saker C-253/96 m.fl., *Kampelmann mot Landschaftsverband Westfalen-Lippe*, [A5] Sml. 1997 s. I-6907 (avsnitt 46); sak C-196/02, *Nikoloudi mot Organismos Tilepikoinonion Ellados*, [A5] Sml. 2005 s. I-1789 (avsnitt 70); sak C-297/03, *Sozialhilfverband Rohrbach mot Arbeiterkammer Oberösterreich*, [A5] Sml. 2005 s. I-4305 (avsnitt 27); sak C-356/05, *Farrell mot Motor Insurers Bureau of Ireland*, [A5] Sml. 2007 s. I-3067 (avsnitt 40) og sak C-6/05, *Medipac-Kazantzidis mot Venizeleio-Pananeio*, [A5] Sml. 2007 s. I-4557 (avsnitt 43).

⁴⁶¹ Jf. fra den senere tid sak C-282/10, *Dominguez mot Centre informatique du Centre Ouest Atlantique*, [SK] dom 24. januar 2012 (avsnitt 37), men videre henvisninger til tidligere avgjørelser.

⁴⁶² Jf. slik Craig/de Búrca 2011 s. 198 og vel også Prechal 2005 s. 60.

⁴⁶³ Dette gjelder også sak C-297/03, *Sozialhilfverband Rohrbach mot Arbeiterkammer Oberösterreich*, [A5] Sml. 2005 s. I-4305, hvor EU-domstolen riktignok ganske enkelt slo fast at private parter kunne anføre prinsippet om direktivers direkte virkning overfor to aksjeselskap som var heleid av et offentlig sosialhjelpsforbund (altså uten noen nærmere vurdering av aksjeselskapenes virksomhet), men hvor det av redegjørelsen for sakens bakgrunn fremgår at det var snakk om såkalt allmennyttige aksjeselskaper (i henhold til østerriksk rett) som sysselsatte funksjonshemmede.

retten inneholder direktiv 2004/18/EF artikkel 1 nr. 9 en vid definisjon av begrepet «ordregivende myndigheter» som bl.a. innbefatter et hvert organ som er opprettet med henblikk på å ivareta allmennhetens behov og «hvis drift enten for størstedelens vedkommende finansieres af staten, regionale eller lokale myndigheter eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, regionale eller lokale myndigheter eller andre offentligretlige organer udpeger mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet», men likevel med unntak av organer som ivaretar «behov af industriel eller kommerciel karakter». På statsstøtterettens område opererer EU-domstolen med en vid forståelse av hva som utgjør «støtte, som ydes ved hjelp av statsmidler» i henhold til TEUV artikkel 107 (jf. EØS-avtalen artikkel 61), noe som blant annet har konsekvenser for statskontrollerte selskapers mulighet for å innrømme andre selskaper fordeler.⁴⁶⁴ Når det i drøftelsene ovenfor ikke er trukket veksler på dette, skyldes det at det er snakk om to utpreget spesialiserte rettsområder: Overføringsverdien fra vurderingen av hvilke organer som anses som pliktsubjekter i henhold til regelverket om offentlige anskaffelser og statsstøtte og til EU/EØS-ansvaret mer generelt fremstår som tvilsom.

En annen sak er at det innenfor anbudsretten og statsstøtteretten må antas å være den sammenheng at dersom et offentlig kontrollert selskap anses som pliktsubjekt i henhold til disse reglene, så følger EU/EØS-ansvaret med som en naturlig konsekvens. På anbudsrettens område følger dette nå av EU-domstolens dom i *Spijker Infrabouw*.⁴⁶⁵ På statsstøtterettens område leder samme tilnærming til at dersom fordeler som et offentlig kontrollert selskap har innrømmet et annet selskap først må betraktes som statsstøtte i henhold til EØS-avtalen artikkel 61, så må skadelidende konkurrenter kunne anføre prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen som grunnlag for et eventuelt erstatningskrav.⁴⁶⁶

4.2 Nærmere om hvilke handlinger ansvaret omfatter

Av fremstillingen ovenfor av hvilke rettssubjekt som må identifiseres med staten i erstatningsrettslig sammenheng, fremgår det forutsetningsvis at det i utgangspunktet *ikke* er grunnlag for å avgrense EU/EØS-ansvaret til handlinger knyttet til utøvelse av offentlig myndighet: Det er bare i de tilfeller hvor det er spørsmål om å knytte ansvar til rettssubjekter som ikke uten videre kan betraktes som en del av «staten», slik som private rettssubjekt som har fått tildelt «særlige beføyelser» (jf. *Foster*) eller selskaper

⁴⁶⁴ Se nærmere om dette Alterskjær m.fl. 2008 s. 33 flg.

⁴⁶⁵ Sak C-568/08, *Spijker Infrabouw mot Provincie Drenthe*, [A5] Sml. 2010 s. I-12655 (avsnitt 87).

⁴⁶⁶ Jf. slik generaladvokat Jacobs i sak C-39/94, *SFEI m.fl. mot La Poste m.fl.*, [P] Sml. 1996 s. I-3547 (avsnitt 85, punkt 4). Så vel i dommen i denne saken (avsnitt 75) som i de senere sakene C-368/04, *Transalpine Ölleitung m.fl. mot Finanzlandesdirektion für Tirol m.fl.*, [A5] Sml. 2006 s. I-9957 (avsnitt 65) og C-199/06, *CELF m.fl. mot SIDE*, [SK] 2008 s. I-469 (avsnitt 53) nevner EU-domstolen erstatningsmuligheten, men bare med tanke på den uberettigete støttemottakers eventuelle erstatningsansvar (i henhold til nasjonal erstatningsrett).

som er kontrollert av det offentlige (jf. *Buy Irish*), at slike funksjonelle betraktninger er relevante.⁴⁶⁷ I alle andre tilfeller er det uten betydning om et brudd på EU/EØS-retten er et resultat av rettsstridig myndighetsutøvelse eller ikke. Med en formulering hentet fra fast rettspraksis knyttet til prinsippet om direktivers direkte virkning er det uten betydning «i hvilken egenskap staten har handlet, dvs. som arbeidsgiver eller som offentlig myndighet».⁴⁶⁸ Begrunnelsen er besnærende enkel: «Det er nemlig i begge tilfælde væsentlig at hindre, at staten kan forbedre sin retsstilling ved ikke at etterkomme EU-retten».⁴⁶⁹ I erstatningsrettslig sammenheng fulgte EU-domstolen opp i *AGM*, hvor bruddet på EU-retten bestod i en faktisk handling i form av en offentlig tjenestemanns direktivstridig fremsatte advarsel mot billøftere produsert av et italiensk selskap.⁴⁷⁰ Av foreleggelsen fremgikk det at dette var en handling som i henhold til finsk rett ikke kunne anses som myndighetsutøvelse (noe som i praksis utelukket erstatning for rene formuestap), men for EU-domstolen var dette uten betydning for vurderingen av om finske myndigheter kunne holdes erstatningsansvarlig for selskapets omsetningstap.⁴⁷¹ Et annet eksempel gir *Fuß*, hvor det ble lagt til grunn at prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på EU-retten kom til anvendelse i en situasjon hvor myndighetene i den tyske byen Halle – i egenskap av arbeidsgiver – hadde pålagt ansatte i brannvesenet en direktivstridig vaktplan.⁴⁷² Og i *Spijker Infrabouw* slo EU-domstolen fast at de alminnelige vilkårene for statenes erstatningsansvar gjelder også i tilfeller hvor myndighetene overtrer EU-retten i egenskap av innkjøper av varer og tjenester.⁴⁷³

Dette er for øvrig i samsvar med EMDs forståelse av statenes forpliktelser i henhold til EMK. Da svenske myndigheter i saken *Schmidt og Dahlström mot Sverige* argumenterte for at konvensjonen

⁴⁶⁷ Med utgangspunkt i FNs folkerettskommisjons utkast til regler om statsansvar kan dette formuleres dit hen at funksjonelle betraktninger er relevante med henblikk på artikkel 5 (Conduct of persons or entities exercising elements of governmental authority) og artikkel 8 (Conduct directed or controlled by a State), men ikke med henblikk på hovedregelen i artikkel 4 (Conduct of organs of a State).

⁴⁶⁸ Jf. *Marshall*, avsnitt 49. Standpunktet er gjentatt ved flere anledninger, jf. fra den senere tid for eksempel *Dominguez*, avsnitt 38.

⁴⁶⁹ *Dominguez*, avsnitt 38 (med videre henvisninger til tidligere praksis).

⁴⁷⁰ Saken omtales nærmere i punkt 4.4. nedenfor.

⁴⁷¹ *AGM*, avsnitt 91-93. Slike produktadvarsler regnes heller ikke som myndighetsutøvelse i svensk rett, jf. Bengtsson/Strömbäck 2008 s. 94. Dette gjelder tilsvarende for norsk rett, men fraværet av en norsk parallell til den svenske «spærregel» i skadeståndslagen kap. 2 § 2 leder til at EU/EØS-rettens føringer for det offentliges erstatningsansvar for rettsstridige produktadvarsler ikke byr på samme utfordringer her til lands som det *AGM* har forårsaket i svensk og finsk rett.

⁴⁷² Noe helt rent eksempel er dette likevel ikke ettersom EU-domstolen overlot det til tysk rett og tyske domstoler å ta stilling til om det eventuelt var delstaten Sachsen-Anhalt som måtte bære ansvaret (avsnitt 61). Hele ansvarsvurderingen ble imidlertid knyttet opp mot de lokale myndighetenes feilaktige oppfatning av at hviletid ikke inngikk i beregningen av samlet arbeidstid og den direktivstridige vaktplan som byen derfor – i egenskap av arbeidsgiver – hadde pålagt ansatte i brannvesenet. Den omstendighet at delstatsmyndighetene helt hadde unnlatt å gjennomføre det aktuelle direktivet, ble tilsynelatende ikke tillagt noen betydning.

⁴⁷³ Sak C-568/08, *Spijker Infrabouw mot Provincie Drenthe*, [A5] Sml. 2010 s. I-12655 (avsnitt 87).

primært forplikter staten som myndighetsutøver og at den derfor ikke kunne komme til anvendelse i en situasjon hvor myndighetene hadde opptrådt i egenskap av arbeidsgiver, svarte EMD kort at «[t]he Convention nowhere makes an express distinction between the functions of a Contracting State as holder of public power and its responsibilities as employer».⁴⁷⁴

Eneste begrensning i EU/EØS-ansvarets saklige anvendelsesområde er at det – på samme måte som EUs eget erstatningsansvar i henhold til TEUV artikkel 340 annet ledd – ikke gjelder for erstatningskrav som springer ut av kontraktsforhold. Av TEUV artikkel 340 første ledd fremgår det at EUs ansvar i kontraktsforhold reguleres av den nasjonale lovgivning som finner anvendelse på den aktuelle kontrakt og det er ikke tvilsomt at dette gjelder tilsvarende for EØS-statenes erstatningsansvar.⁴⁷⁵

Den omstendighet at EU/EØS-ansvaret gjelder generelt for all virksomhet som i EU/EØS-rettslig sammenheng må tilregnes staten, må imidlertid ikke misforstås dit hen at ansvarsterskelen er den samme i alle sammenhenger: Det er klart relevant for ansvarsvurderingen på hvilken måte og i hvilken sammenheng en EØS-stat har kommet i skade for å bryte EØS-rettslige forpliktelser. Et stikkord her er eksistensen av politisk skjønn, jf. særlig kapittel 7, punkt 7.6.

4.3 Internrettslige følger av den EU/EØS-rettslige forståelsen av staten som ansvarssubjekt

Den omstendighet at den EU/EØS-rettslige forståelsen av staten som ansvarssubjekt favner om det som i henhold til nasjonal rett betraktes som ulike rettssubjekt, leder til spørsmål om hvilke prosessuelle og erstatningsrettslige følger dette har for nasjonale domstolars håndtering av EU/EØS-baserte erstatningskrav.

På det prosessuelle plan har spørsmålet om hvem skadelidte kan og eventuelt må rette sitt krav mot, fått betydelig oppmerksomhet.⁴⁷⁶ Det har vært antydning at den enkleste og beste løsningen ville være om krav basert på EU/EØS-ansvaret alltid kunne fremmes mot staten v/regjeringen.⁴⁷⁷ I tråd med prinsippet om medlemsstatenes prosessuelle autonomi har imidlertid EU-domstolen overlatt spørsmålet om hvem som er rett

⁴⁷⁴ Dom 6. februar 1976 i sak 5589/72, publisert i Series A 21 (avsnitt 33).

⁴⁷⁵ Om sontringen mellom erstatningsansvar i og utenfor kontraktsforhold, som i EU-rettslig sammenheng ikke bare er av betydning for hvilke ansvarsregler som kommer til anvendelse, men også for om søksmålet hører under nasjonale domstoler eller under EU-domstolene, får det i denne sammenheng være tilstrekkelig å vise til EU-domstolens redegjørelse for dette i ankesaken C-103/11 P, *Kommisjonen mot Systran*, [A5] dom 18. april 2013.

⁴⁷⁶ Jf. bl.a. Biondi/Farley 2009 s. 63 flg.; Davis 2006 s. 69 flg.; Tridimas 2006 s. 534 flg.; Ward 2007 s. 244 flg.

⁴⁷⁷ Slik Davis 2006 s. 79-80.

saksøkt til nasjonal rett, men her som ellers under forutsetning av at nasjonal prosessrett overholder ekvivalensprinsippet og effektivitetsprinsippet.⁴⁷⁸

For norsk rett innebærer dette trolig at EØS-baserte erstatningskrav må rettes mot det internrettslige rettssubjekt som pretenderes å være ansvarlig for det aktuelle brudd på EØS-avtalen.⁴⁷⁹ EØS-retten er i hvert fall ikke til hinder for at norske kommuner og fylkeskommuner, eller andre uavhengige rettssubjekt som i denne sammenheng identifiseres med staten, selv må stå til ansvar for brudd på EØS-rettslige forpliktelser. Når det likevel kan hefte en viss tvil ved om *norsk rett* gjør bruk av det handlingsrom som EØS-retten gir på dette punkt, skyldes det Høyesteretts tilnærming til det tilsynelatende sammenlignbare spørsmålet om det offentliges erstatningsansvar for brudd på EMK i Rt. 2010 s. 291 *Vangen*: Under henvisning til at «det er statene som er pliktsubjekter etter EMK» uttalte Høyesterett at «erstatningsansvar for konvensjonsbrudd kan derfor bare pålegges statene» (avsnitt 38). Resultatet ble at en norsk kommune ikke kunne pålegges erstatningsansvar for en konvensjonskrenkelse, jf. EMK artikkel 41.⁴⁸⁰ Etter min oppfatning beror imidlertid denne tilnærmingen på en sammenblanding av den eksterne EMK-rettslige forståelsen av «staten» (les: «Norge» eller «konvensjonsparten») som plikt- og ansvarssubjekt i henhold til konvensjonen og den interne forståelsen av «staten» som rettssubjekt i henhold til norsk rett. Fra et EMK-perspektiv er det klart nok at staten må identifiseres med kommunene (med den følge at Norge som stat kan domfelles i EMD for en kommunes eventuelle konvensjonsbrudd). Den omstendighet at det er staten i vid, folkerettslig forstand som er pliktsubjekt etter EMK, kan imidlertid vanskelig være noe argument for at en kommune i henhold til norsk rett *ikke* kan holdes erstatningsansvarlig for et eventuelt EMK-brudd. Og fra et internt, erstatningsrettslig perspektiv er det nokså fremmed at staten skal hefte for rettsbrudd forårsaket av en kommune (eller andre selvstendige rettssubjekt). Gitt at kommunene uansett må forholde seg til EMK som en rettslig skranke for deres virksomhet, leder tilnærmingen også til en uheldig oppsplitting av statusen som plikt- og ansvarssubjekt (igjen i henhold til intern norsk rett). Fra et EMK-perspektiv er imidlertid det sentrale at ofre for konvensjonskrenkelser kan oppnå erstatning (i tilfeller hvor EMK artikkel 13, 41 og/eller 46 krever dette⁴⁸¹). EMD legger seg ikke opp i hvordan denne forpliktelsen etterkommes internt i konvensjonsstatene. Det er

⁴⁷⁸ Jf. *Konle*, avsnitt 63-64; *Haim II*, avsnitt 29-34; *Fuß*, avsnitt 61.

⁴⁷⁹ Jf. generelt Schei m.fl. 2007 s. 95 og, mer utførlig, Schei 1981 s. 339-353.

⁴⁸⁰ Standpunktet er senere fulgt opp i Rt. 2011 s. 1666, hvor Høyesterett kom til at staten v/ Helse- og omsorgsdepartementet måtte vært saksøkt dersom saksøker skulle ha rettslig interesse i å få dom for at et helseforetak har brutt en inkorporert menneskerettskonvensjon.

⁴⁸¹ Etter sin ordlyd omhandler EMK artikkel 41 strengt tatt bare EMDs kompetanse til å tilkjenne et offer for en konvensjonskrenkelse «just satisfaction», men hensynet til at eventuelle krenkelser primært skal avbøtes i nasjonale domstoler tilsier at nasjonal erstatningsrett må åpne for å tilkjenne erstatning i tilfeller hvor EMDs praksis gir anvisning på et slikt utfall, jf. for eksempel Rt. 2004 s. 1868 og, fra svensk rettspraksis, NJA 2005 s. 462.

derfor mulig at standpunktet inntatt i Rt. 2010 s. 291 må betraktes som uttrykk for gjeldende norsk rett.⁴⁸² Etter min oppfatning kan imidlertid resonnementet uansett ikke overføres til spørsmålet om det offentliges erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen: Som redegjort for i kapittel 3, punkt 3.5, er EØS-ansvaret en hybrid som på uløselig vis er knyttet til etablert nasjonal erstatningsrett. Høyesteretts tilnærming i Rt. 2010 s. 291 bærer preg av at EMK artikkel 41 betraktes som grunnlag for et eget, selvstendig ansvarsgrunnlag på siden av etablert norsk erstatningsrett: Dommen kan vanskelig forstås slik at den også gir kommunene immunitet mot det alminnelige erstatningsansvar for ulovhjemlet myndighetsutøvelse som følger av etablert norsk erstatningsrett, bare fordi ugyldighetsgrunnen skulle bestå i et brudd på EMK.⁴⁸³ I EØS-rettslig sammenheng er det ikke mulig å operere med noen tilsvarende sonndring mellom EØS-ansvaret og (annen) norsk erstatningsrett.⁴⁸⁴ I norsk rett må derfor EØS-baserte erstatningskrav mot «staten» i vid EU/EØS-rettslig forstand, i henhold til etablert norsk erstatningsrett, rettes mot det internrettslige rettssubjekt som pretendere å være ansvarlig for det aktuelle brudd på EØS-avtalen.

Det kan nevnes at dette er i samsvar med løsningen bl.a. i Østerrike, hvor Oberster Gerichtshof fulgte opp EU-domstolens dom i *Konle* med en kjennelse som slo fast at Konle i henhold til østerriksk rett måtte fremme sitt erstatningskrav mot delstaten Tyrol.⁴⁸⁵ Begrunnelsen var i all enkelthet at det ut fra alminnelige erstatningsrettslige betraktninger ikke var grunnlag for å holde staten (i snever, internrettslig forstand) ansvarlig for et rettsbrudd forårsaket av et annet rettssubjekt (delstaten), samtidig som det heller ikke var noe som tydet på at Konles krav på effektiv rettsbeskyttelse ble undergravet ved at han måtte saksøke myndighetene i Tyrol.

Den nærmere vurdering av hvem som er ansvarlig for det aktuelle brudd på EØS-avtalen kan imidlertid etter omstendighetene by på tvil, eksempelvis i tilfeller hvor det kan hevdes at den reelle årsak til at for eksempel en kommune har overtrådt EØS-rettslige forpliktelser er lovgivers mindre vellykkede (men kanskje ikke direkte feilaktige) tilpasning av lovgivningen til EØS-rettens krav. I tilfeller hvor det synes klart at kommunale forvaltningsmyndigheters brudd på EØS-avtalen er forårsaket av EØS-stridig lovgivning, må kommunen trolig kunne anføre at et eventuelt erstatningskrav må anlegges mot staten.⁴⁸⁶ I tilfeller hvor ansvars plasseringen fremstår som mer usikker, er det grunn til å minne om effektivitetsprinsippet og Høyesteretts kjære-

⁴⁸² Slik Hoel Lie 2012 s. 421-422, som imidlertid kritiserer Høyesteretts standpunkt *de lege ferenda* og påpeker at Högsta domstolen har valgt en annen tilnærming i NJA 2009 s. 463.

⁴⁸³ Se avsnitt 39, sammenholdt med påpekningen i avsnitt 38 om at private kan påberope EMK i saker mot kommuner.

⁴⁸⁴ Med forbehold for saker hvor bruddet på EØS-avtalen ene og alene består i mangelfull gjennomføring av EØS-forpliktelsene i norsk rett, jf. nærmere i kapittel 11. Men i slike tilfeller er det klart nok at rett saksøkt vil være staten v/det ansvarlige departement.

⁴⁸⁵ Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen, Bind 73 (2000) s. 72.

⁴⁸⁶ Jf. generelt Tridimas 2006 s. 536.

målsutvalgs treffende betraktning allerede i Rt. 1996 s. 282 [U] *Wilhelmsen* om at «det er viktig at de prosessuelle krav for fremme av søksmål stilles slik at det ikke gjøres unødig vanskelig å få prøvet om norsk regelverk eller norske forvaltningsvedtak samsvarer med EØS-regler» (s. 287). Dersom skadelidte i et tvilstilfelle har tatt feil av hvem som er rett saksøkt og dette leder til oversittelse av en søksmålsfrist eller eventuelt til foreldelse, vil håndhevelse av en slik innsigelse kunne havne i et problematisk forhold til effektivitetsprinsippet.

I tilfeller hvor skadelidte i henhold til norsk rett må fremme sitt krav på erstatning for brudd på EØS-baserte rettigheter mot andre rettssubjekt enn staten, er den enhetlige EU/EØS-rettslige forståelsen av «Norge» som ansvarssubjekt til hinder for internrettslig ansvarspulverisering. Det er her grunn til å minne om den ovenfor i punkt 4.1 gjengitte uttalelsen fra *Konle*, hvor EU-domstolen slo fast at en medlemsstat ikke kan anføre den interne fordeling av kompetanse og ansvar mellom ulike enheter for å unndra seg sitt ansvar. Det følger av dette at en norsk kommune eller fylkeskommune, eller andre uavhengige rettssubjekt som i EU/EØS-rettslig sammenheng identifiseres med staten, som gjør seg skyld i et brudd på EØS-retten, ikke kan uthule EØS-ansvaret ved å unnskyldes seg med at man ble villedet av lovgiver, andre forvaltningsmyndigheter, norske domstoler mv. Dette kan meget vel være situasjonen rent faktisk og det vil i så fall (i hvert fall i teorien) kunne gi opphav til etterfølgende regressoppgjør, men det er skadelidte uvedkommende.⁴⁸⁷ Dette må gjelde tilsvarende dersom samvirke mellom ulike offentlige myndigheter skaper vansker med tanke på årsakskravet.⁴⁸⁸ I motsatt fall vil nemlig nettopp den interne fordeling av kompetanse og ansvar i norsk rett bidra til å undergrave skadelidtes erstatningsrettslige vern.

4.4 Rekkevidden av det offentliges ansvar for ansattes rettsstridige handlinger

En klassisk problemstilling er spørsmålet om hvilke handlinger fra ansatte som må tilregnes det offentlige i egenskap av arbeidsgiver. I henhold til TEUV artikkel 340 annet ledd hefter EU for skader forvoldt «af dets ansatte under udøvelsen af deres

⁴⁸⁷ Det følger av dette at anerkjennelsen av statlige organers medvirkning som unnskyldningsgrunn for kommunale myndigheters rettsvillfarelse i Rt. 1987 s. 199 *Shinco* og Rt. 1995 s. 781 *Peelorg* ikke kan følges opp i EØS-relaterte saker. Men det må presiseres at dette ikke gjelder for tilfeller hvor nasjonal erstatningsrett i utgangspunktet tilbyr skadelidte et *bedre* erstatningsrettslig vern enn EU/EØS-rettslig påkrevd – her må tilnærmingen i Rt. 1987 s. 199 og Rt. 1995 s. 781 kunne videreføres ned til det EU/EØS-rettslige minstenivået, jf. nærmere i kapittel 7, punkt 7.16.

⁴⁸⁸ Etter min oppfatning undervurderer Davis 2006 s. 69 flg. effektivitetsprinsippet på dette punkt, noe som leder til at han overdriver de problemer som samvirke mellom ulike myndighetsorganer kan lede til for skadelidtes mulighet til å nå frem med sitt erstatningskrav.

hverv». ⁴⁸⁹ I norsk rett følger samme utgangspunkt av skadeserstatningsloven § 2-1 nr. 1 første punktum, som knytter arbeidsgiveransvaret til «arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren». ⁴⁹⁰

Sentral for forståelsen av EU/EØS-rettens tilnærming til denne problematikken er storkammeravgjørelsen *AGM* fra 2007. Saken handlet i korthet om den finske stats erstatningsansvar for direktivstridige advarsler mot en italienskprodusert billøfter som en tjenestemann i arbeidsmiljøavdelingen i det finske sosial- og helsedepartementet hadde gått ut med i media. Tjenestemannen, sjefingeniør Lehtinen, var av den oppfatning at italienske sertifiseringsmyndigheter med urette hadde godkjent billøfteren for kjøretøy opp til 3500 kg. ⁴⁹¹ Hans forslag om forbud mot markedsføring og salg av løfteren i Finland ble imidlertid ikke etterkommet av hans overordnede, som mente at saken ikke var tilstrekkelig utredet. Lehtinen deltok deretter som representant for finske myndigheter på et møte med bl.a. leverandører av utstyr til bilverksteder og redegjorde der for sin oppfatning av at AGMs løftere var farlige. Han gjentok dette da han senere ble intervjuet av den landsdekkende fjernsynskanalen TV1. Uttalelsene fikk hans overordnede til å sende en telefaks til den finske industri- og arbeidsgiverforeningen, hvor det ble understreket at det etter myndighetenes oppfatning ikke forelå bevis for at AGMs billøftere var farlige og at departementet på det nåværende tidspunkt ikke ville gripe inn med noe omsetningsforbud. Da Lehtinen kort tid senere utarbeidet en ny rapport om flere av AGMs modeller og sendte den til mekanikernes fagforening, svarte departementet med å fjerne ham fra det videre arbeid med saken. I et etterfølgende oppslag i en større finsk avis uttalte like fullt Lehtinen seg som overingeniør i arbeidsmiljøavdelingen. Kort tid senere oversendte han dessuten, uten sine overordnedes tillatelse, en engelskspråklig versjon av sin rapport til svenske arbeidsmiljømyndigheter og til andre europeiske kolleger. For Lehtinen resulterte det hele i en formell advarsel fra departementet. For AGM ledet affæren til et fall i selskapets omsetning i Finland fra en markedsandel på 10-15 prosent til nær null. Under henvisning til at advarslene ikke var fremsatt i tråd med ordningen nedfelt i maskindirektivet (98/37/EF) artikkel 7 (med umiddelbar varsling av Kommisjonen) og derfor utgjorde en handelshindring i strid med direktivets artikkel 4, fremmet AGM krav om erstatning mot så vel den finske stat som Lehtinen personlig.

⁴⁸⁹ Jf. tilsvarende ODA artikkel 46 annet ledd om ESAs erstatningsansvar.

⁴⁹⁰ Betydningen av forutsetningen i annet punktum om at arbeidstakeren ikke har gått «utenfor det som er rimelig å regne med etter arten av virksomheten eller saksområdet og karakteren av arbeidet eller vervet» omtales nærmere nedenfor.

⁴⁹¹ Uenigheten knyttet seg til hvorvidt beregningen måtte ta utgangspunkt i et «worst case scenario» eller om det kunne legges til grunn at kjøretøy alltid ble løftet i henhold til instruksjonene gitt av produsenten i instruksjonsheftet. Som påpekt av generaladvokat Kokott i hennes innstilling i saken må det antas at den finske tjenestemannen hadde rett i at italienske sertifiseringsmyndigheter med urette hadde godkjent billøfteren for kjøretøy opp til 3500 kg (avsnitt 74, jf. avsnitt 31).

For EU-domstolen argumenterte den finske regjeringen, med støtte fra bl.a. Sverige og – interessant nok – Kommisjonen, for at Lehtinen hadde opptrådt som privatperson. Oppfatningen var basert dels på Lehtinens manglende beslutningskompetanse i saken og dels på departementets uttalelser om at han ikke representerte myndighetenes offisielle holdning.⁴⁹² Uten å avvise relevansen av disse innvendingene *per se*, gav EU-domstolen anvisning på følgende vurderingstema (avsnitt 57):

«Det avgjørende kriterium for, at en tjenestemands erklæringer kan tilregnes staten, er, om modtagerne af disse erklæringer med rimelighed i den givne sammenhæng kan formode, at der er tale om standpunkter, som tjenestemanden udtrykker med sit embedes autoritet»

EU-domstolen fulgte opp med å påpeke at finske domstoler særlig måtte vurdere om (i) tjenestemannen var generelt kompetent på det aktuelle området, om (ii) han hadde gjort bruk av offisielle brevpapir, om (iii) han hadde gitt TV-intervjuer i arbeidsgivers lokaler, om (iv) han hadde unnlatt å opplyse at han uttalte seg som privatperson og at hans synspunkter avvek fra myndighetenes offisielle holdning og om (v) kompetente myndigheter «hurtigst mulig» hadde foretatt «det fornødne» for «hos modtagerne af tjenestemandens erklæringer at fjerne det indtryk, at der foreligger offisielle standpunkter fra staten» (avsnitt 58).

Selv om EU-domstolen overlot den endelige vurdering til finske domstoler, synes en anvendelse av de ovenfor omtalte momenter på det saksforhold som EU-domstolen redegjorde for innledningsvis i dommen å lede til at finske myndigheter i dette tilfellet måtte kunne holdes ansvarlig for Lehtinens uttalelser. De fire første av de skisserte spørsmål var tilsynelatende oppfylt og selv om departementet hadde gjort visse forsøk på å dementere Lehtinens uttalelser, så hadde man ikke henvendt seg direkte til mottakerne av Lehtinens ulike rapporter. Etter en meget utførlig drøftelse gikk også generaladvokat Kokott langt i retning av å antyde et slikt utfall, jf. avsnitt 86-99 i hennes innstilling i saken. Noen endelig vurdering fra finske domstoler foreligger imidlertid ikke – etter EU-domstolens dom inngikk partene et utenrettslig forlik med ukjent innhold.

EU-domstolens tilnærming i *AGM* har en klar og interessant parallell i de alminnelige folkerettslige ansvarsreglene.⁴⁹³ I folkerettslig sammenheng legges det avgjørende vekt på om det utad fremstår som at organer eller personer har opptrådt på statens vegne. I bekreftende fall hefter staten selv om det foreligger internrettslige kompetanseoverskridelser og/eller brudd på instruksjer.⁴⁹⁴ Dette synes også i samsvar med rekkevidden av konvensjonsstatenes forpliktelser under EMK.⁴⁹⁵

⁴⁹² Jf. avsnitt 79 i generaladvokat Kokotts innstilling i saken.

⁴⁹³ EU-domstolen nevnte ikke de folkerettslige ansvarsreglene, men det gjorde generaladvokat Kokott i sin innstilling i saken (avsnitt 84).

⁴⁹⁴ Jf. FN's folkerettskommisjons utkast til regler om statsansvar artikkel 7: «Excess of authority or contravention of instructions». Se nærmere Crawford 2002 s. 106-109, som drøfter «[t]he problem of drawing the line between unauthorized but still 'official' conduct, on the one hand, and 'private' conduct on the other» og som

Basert på EU-domstolens tilnærming i *AGM* er det nærliggende å hevde at EU/EØS-ansvaret på dette punkt strekker seg lenger enn den etablerte forståelsen av det offentlige arbeidsgiveransvar i norsk rett, i hvert fall dersom sistnevnte forstås i tråd med flertallets vurdering i Rt. 1962 s. 89 *Ertedommen*. Som påpekt av Nygaard ble spørsmålet om en førstesekretær i Landbruksdepartementet hadde handlet i tjenesten eller ikke da hun feilaktig opplyste en representant for to hermetikkfabrikker om at det ikke var lov å hermetisere tørkede erter, her vurdert primært ut fra arbeidsgivers ståsted.⁴⁹⁶ Med utgangspunkt i skadeserstatningsloven § 2-1 nr. 1 annet punktum kan dette utlegges som en arbeidsgiverorientert tilnærming til spørsmålet om arbeidstakeren har gått «utenfor det som er rimelig å regne med etter arten av virksomheten eller saksområdet og karakteren av arbeidet eller vervet».⁴⁹⁷ Nå viser senere praksis at rimeligheten må vurderes også fra skadelidtes ståsted,⁴⁹⁸ med den følge at det må foretas en avveining av skadelidtes og arbeidsgivers interesser i vedkommende typetilfelle.⁴⁹⁹ EU-domstolens tilnærming i *AGM* synes imidlertid å gå enda lenger, i det finske myndigheters forventninger om at tjenestemenn opptrer i samsvar med instruks fra deres overordnede er helt fraværende i EU-domstolens resonnering.

Når det likevel fremstår som uklart hvor generelle slutninger som kan trekkes av *AGM*, skyldes det flere forhold. For det første er saker som gjelder negative ytringer om skadelidtes varer eller tjenester (eller andre forhold knyttet til skadelidtes virksomhet eller person) nokså spesielle, i det skade i form av et økonomisk tap først oppstår hvis og når andre markedsaktører påvirkes av ytringene. Så lenge myndighetene i slike tilfeller kan fri seg fra ansvar ved straks å gå ut og ta avstand fra ytringer som man mener ansatte har fremsatt i egenskap av privatpersoner, er det nokså uproblematisk at myndighetene i *utgangspunktet* hefter for ytringer som umiddelbart fremstår som uttrykk for myndighetenes offisielle syn. Det er dermed ikke gitt at EU-domstolen vil følge samme tilnærming i typetilfeller hvor en stat ikke på samme vis kan hindre den risiko som dens ansatte har skapt fra å materialisere seg. Men det hø-

sammenfatter problemstillingen som følger: «In short, the question is whether they were acting with *apparent authority*» (s. 108, min kursivering).

⁴⁹⁵ Jf. særlig Menneskerettighetskommissjonens rapport 25. januar 1976 i sak 5310/71, *Irland mot Storbritannia*, hvor det ble uttalt helt generelt at statenes forpliktelser i henhold til konvensjonen «can be violated also by a person exercising an official function vested in him at any, even the lowest level, without express authorisation and even outside or against instructions» (Yearbook 19, s. 758). EMD fulgte opp i den etterfølgende dommen i saken og uttalte i den forbindelse at myndighetene «are strictly liable for the conduct of their subordinates; they are under a duty to impose their will on subordinates and cannot shelter behind their inability to ensure that it is respected» (avsnitt 159).

⁴⁹⁶ Jf. Nygaard 2007 s. 234.

⁴⁹⁷ Jf. uttrykkelig slik Rt. 1999 s. 1903 *Hjelpevergedommen* (på s. 1914).

⁴⁹⁸ Jf. senest Rt. 2012 s. 1420 *Ålgårds Bilutleie* (avsnitt 32).

⁴⁹⁹ Jf. slik Nygaard 2007 s. 234 og Lødrup/Kjelland 2009 s. 210.

rer med at de alminnelige folkerettslige ansvarsreglene helt generelt synes temmelig avvisende til arbeidsgiverperspektivet fra Rt. 1962 s. 89 *Ertedommen*.

Vel så viktig er det imidlertid at praksis knyttet til EUs eget erstatningsansvar etterlater tvil om rekkevidden av arbeidsgiveransvaret. I dommen *Sayag* fra 1969 etablerte nemlig EU-domstolen en (svært) restriktiv forståelse av hvilke skadevoldende handlinger som institusjonenes ansatte volder «under udøvelsen af deres hverv», jf. nå TEUV artikkel 340 annet ledd. Sakens bakgrunn var en trafikkulykke forårsaket av en av Kommisjonens tjenestemenn som hadde fått i oppdrag å bringe to representanter fra to private selskap til et atomanlegg i Belgia. Oppdraget ble imidlertid utført med tjenestemannens private bil, og dette var tilstrekkelig til at EU-domstolen fant at han ikke hadde opptrådt i tjenesten. I følge EU-domstolen tilsa den omstendighet at det som nå er TEUV artikkel 340 annet ledd viser til så vel de skader som er forvoldt av institusjonene som de som er forvoldt av EUs ansatte at EU bare er ansvarlig for ansattes handlinger som i henhold til en indre og direkte sammenheng («en vertu d'un rapport interne et direct») utgjør en nødvendig forlengelse av de oppgaver som påhviler institusjonene («constituent le prolongement nécessaire des missions confiées aux institutions»⁵⁰⁰). Dette er et resonnement som det ikke er enkelt å følge og tilnærmingen er med rette kritisert i litteraturen. Dommen er gammel (i EU-rettslig sammenheng) og den kan vanskelig sies å være i tråd med medlemsstatenes felles retts-tradisjoner.⁵⁰¹ Den ble heller ikke nevnt av generaladvokat Kokott da hun i sin innstilling i *AGM* trakk en parallell til flere senere avgjørelser hvor EU-institusjoner er blitt holdt ansvarlig for uriktige offentlige opplysninger og på dette grunnlag la til grunn at den forbindelse mellom slike opplysninger og tjenestevervet som kreves for at EU skal kunne kjennes ansvarlig, ville foreligge i et tilfelle som *AGM*.⁵⁰²

Vurderingstemaet fra *Sayag* dukket imidlertid opp igjen i Underrettens avgjørelse i saken *Nikolaou* fra 2007, men tilnærmingen i dette tilfellet fremstår likevel som langt mer imøtekommende overfor skadelidte.⁵⁰³ Saksøker var et tidligere medlem av EUs

⁵⁰⁰ Sak 9/69, *Sayag mot Leduc*, Sml. 1969 s. 329 (avsnitt 7). I følge EU-domstolen var det bare dersom force majeure eller helt ekstraordinære omstendigheter ledet til at bruk av tjenestemannens private bil var eneste mulighet for å oppfylle hans tjenesteplikter at det kunne være aktuelt å holde EU ansvarlig.

⁵⁰¹ Jf. Schermers/Swaak 1997 s. 171 og Martín-Casals/Feliu 2008 s. 173 (begge med videre henvisninger til hvordan tilsvarende eksempler er vurdert i ulike medlemsstater).

⁵⁰² Jf. innstillingens avsnitt 81. Det kan innvendes at ingen av de sakene Kokott viser til i denne sammenheng gir noe eksempel på tilfeller hvor tjenestemenn gikk ut med informasjon som avvek fra institusjonenes offisielle holdning på det aktuelle tidspunkt, slik at hennes oppfatning av at en EU-institusjon ville blitt holdt ansvarlig i et tilfelle som *AGM* ikke er nærmere begrunnet. Den implisitte oppfatningen av at det også på dette punkt må antas å være sammenfall mellom EU-institusjonenes og medlemsstatenes ansvar fortjener likevel tilslutning.

⁵⁰³ Sak T-259/03, *Nikolaou mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-99*. For fullstendighetens skyld bemerkes det at vurderingstemaet fra *Sayag* også ble lagt til grunn av Underretten i sak T-124/04, *Ouariachi mot Kommisjonen*, Sml. 2005 s. II-4653 (jf. også ankesak C-4/06 P, [A3] Sml. 2006 s. I-94*), men dette er en temmelig spesiell sak som av flere grunner ikke synes særlig relevant i herværende sammenheng.

revisjonsrett som krevde erstatning av Kommisjonen for skade lidt etter lekkasjer fra EUs byrå for bedrageribekjempelse (OLAF) om en pågående undersøkelse mot henne. Underretten tok utgangspunkt i *Sayag*, men fulgte opp med en betraktning om at så fremt lekkasjene stammet fra ansatte i OLAF som i embeds medfør hadde adgang til de data som var lekket, så måtte lekkasjene tilskrives OLAF (avsnitt 193-194). At OLAF mente å ha foretatt alle rimelige tiltak for å forhindre uautorisert bruk av sensitive data, var i denne sammenheng ikke tilstrekkelig. Tilnærmingen fra *Nikolaou* er senere fulgt opp i den lignende saken *Franchet og Byk*, og da uten at vurderingstemået fra *Sayag* er nevnt overhodet.⁵⁰⁴

Ut fra den betraktning at det heller ikke på dette punkt kan være grunnlag for noe strengere erstatningsansvar for medlemsstatene enn det EU-domstolens samtidig er villig til å pålegge EU-institusjonene i sammenlignbare tilfeller, fremstår rekkevidden av det offentliges ansvar for ansattes rettsstridige handlinger som noe usikker. Om det antas at det utenfor de typetilfeller som nokså klart omfattes av tilnærmingen i *AGM* er et visst rom for å vurdere rimeligheten av ansattes handlinger også fra arbeidsgivers ståsted og dertil tas utgangspunkt i Underrettens vurdering i *Nikolaou* snarere enn EU-domstolens tilnærming i *Sayag*, synes det imidlertid mulig å forene medlemsstatenes og institusjonenes ansvar også på dette punkt.

Klart nok er det i hvert fall at medlemsstatene hefter for anonyme og kumulative feil. De ovenfor omtalte sakene *Nikolaou* og *Franchet og Byk* er begge eksempler på rettsbrudd begått av ukjente personer i OLAF. I en traktatbruddssak fra 2004 slo dessuten EU-domstolen ned på portugisisk lovgivning som forutsatte at en forbigått anbyder først kunne bli tilkjent erstatning for brudd på EU-reglene om offentlige anskaffelser dersom han førte bevis for at nærmere angitte personer hos vedkommende anskaffelsesmyndighet hadde opptrådt uaktsomt eller med forsett.⁵⁰⁵ Med tanke på kumulative feil kan det vises til Underrettens dom i *Scan Office Design*, hvor det ble påpekt at Kommisjonen hadde begått en «række alvorlige fejl, som hver især eller i hvert fald tilsammen må anses for at opfylde den første af de tre betingelser, der er nødvendige for, at Fællesskabet kan ifalde ansvar uden for kontrakt».⁵⁰⁶ Dette er imidlertid av svært begrenset praktisk betydning i norsk sammenheng – det offentliges ansvar for anonyme og kumulative feil er vel etablert i norsk erstatningsrett.⁵⁰⁷

⁵⁰⁴ Sak T-48/05, *Franchet og Byk mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-1585.

⁵⁰⁵ Sak C-275/03, *Kommisjonen mot Portugal*, [A5] upublisert dom av 14. oktober 2004.

⁵⁰⁶ Sak T-40/01, *Scan Office Design mot Kommisjonen*, Sml. 2002 s. II-5043 (avsnitt 107, min kursivering). Se nærmere om kumulative feil nedenfor i kapittel 7, punkt 7.9.

⁵⁰⁷ Jf. for eksempel Nygaard 2007 s. 247-248 og Lødrup/Kjelland 2009 s. 205-206. Se fra rettspraksis de senere år særlig Rt. 2012 s. 146 (kommunalt erstatningsansvar for kumulative feil knyttet til mobbing i skolen).

Av den omstendighet at statene hefter for anonyme og kumulative feil følger det uten videre at det ikke er noen forutsetning for EU/EØS-ansvaret at en eller flere ansatte kan holdes personlig ansvarlig. EU/EØS-ansvaret er ikke en aksessorisk solidarisk heftelse overfor skadelidte, men et statsansvar som står på egne bein. Det følger av dette at det meget vel kan tenkes å foreligge forhold som leder til at den enkelte tjenestemann eller -kvinne ikke kan holdes ansvarlig, uten at dette kommer myndighetene til gode. Den ovenfor omtalte avgjørelsen *AGM* er et godt eksempel – personlig ansvar for en tjenestemann som går ut offentlig med advarsler mot produkter som vedkommende anser for farlige kan bare være aktuelt i den (vel svært begrensede) utstrekning dette lar seg forene med vernet om yringsfriheten nedfelt i EMK artikkel 10 (og nå EUs grunnrettighetspakt artikkel 11). Da finske myndigheter i *AGM* argumenterte for at EMK artikkel 10 var til hinder for å holde staten ansvarlig for Lehtinens uttalelser, svarte imidlertid EU-domstolen ganske enkelt at *medlemsstatene* ikke kan påberope seg *tjenestemennenes* yringsfrihet for å «unddrage sig deres eget ansvar i henhold til fællesskabsretten» (avsnitt 72).⁵⁰⁸ Domstolen fulgte opp med å slå fast at EU-retten «ikke er til hinder for, at der kan pålægges en tjenestemand ansvar i tillæg til medlemsstatens ansvar», men understreket at EU-retten «stiller ikke krav herom» (avsnitt 98-99).

4.5 Statenes ansvar ved gjennomføring av rettsstridige rettsakter fra EU/EØS-institusjoner

Et siste spørsmål knyttet til staten som ansvarssubjekt gjelder statenes ansvar ved gjennomføring av EU/EØS-rettsakter som selv viser seg å stride mot ranghøyere EU/EØS-regler. For EU-domstolen har problematikken hittil først og fremst dukket opp i saker knyttet til EUs landbrukspolitikk, unionens avgiftsregelverk og den felles handelspolitikk overfor tredjeland (toll og avgifter) – dette er rettsområder hvor samhandlingen mellom nasjonale myndigheter og Kommisjonen er særlig tett og hvor medlemsstatene i mange tilfeller er henvist til å gjennomføre rettsakter fra Kommisjonen som i ettertid kan vise seg å stride mot ranghøyere EU-regler. Som et resultat av EUs hang til å opprette stadig flere selvstendige forvaltningsorganer (byråer, kontorer mv.),⁵⁰⁹ er det grunn til å forvente at spørsmål knyttet til medlemsstatenes ansvar i slike tilfeller etter hvert vil kunne få praktisk betydning også på mer EØS-relevante rettsområder.⁵¹⁰ EFTA-statenes forsvar av EØS-avtalens topilarstruktur og deres motvilje mot å avgi myndighet til de europeiske forvaltningsorganer leder dessuten til at problematikken får en egen vri i EFTA-pilaren av EØS (jf. nærmere nedenfor).

⁵⁰⁸ Det bør påpekes at EU-domstolens tilnærming er en ganske annen enn hos Tverberg 2005 s. 240-241, som nettopp trekker yringsfriheten inn i analysen av det offentliges erstatningsansvar for feilaktig informasjon og på dette grunnlag legger til grunn at ansvaret må være «temmelig begrenset». Også Hagstrøm 2006 s. 217-224 trekker paralleller mellom det offentliges og privates informasjonsansvar som ikke er helt lett å forene med EU-domstolens tilnærming i *AGM*.

⁵⁰⁹ Se utførlig Craig 2012 s. 140-180.

⁵¹⁰ Et nyere eksempel fra Underrettens praksis av EØS-rettslig interesse er sak T-212/06, *Bowland mot Kommisjonen*, Sml. 2009 s. II-4073, som omtales nærmere i kapittel 7, punkt 7.7.6.

Den underliggende årsak til de særskilte utfordringer som knytter seg til statenes ansvar ved gjennomføring av rettsstridige rettsakter fra EU/EØS-institusjoner er at det ikke er mulig å anlegge et felles erstatningssøksmål mot nasjonale myndigheter og de involverte institusjonene – verken EU-domstolen eller EFTA-domstolen har kompetanse til å behandle erstatningssøksmål mot nasjonale myndigheter, samtidig som nasjonale domstoler ikke har kompetanse til å behandle erstatningskrav mot en medansvarlig EU/EØS-institusjon.⁵¹¹ Utfordringen er da å samordne reglene på nasjonalt og europeisk nivå på et vis som samlet sett sikrer skadelidte effektiv rettsbeskyttelse, men uten å åpne for parallell behandling av et og samme erstatningskrav i to uavhengige prosesser (med tilhørende risiko for innbyrdes uforenlige resultater).

Prosessuelt er utgangspunktet klart nok: I følge EU-domstolen må skadelidte rette sitt krav mot nasjonale myndigheter i alle tilfeller hvor det er de som formelt har truffet den avgjørelse (eller, om enn mindre praktisk, foretatt den handling eller unnlattelse) som hevdes å representere et ansvarsbetingende brudd på EU/EØS-retten.⁵¹² Denne tilnærmingen er i samsvar med oppgavefordelingen mellom nasjonale domstoler og EU-domstolene/EFTA-domstolen mer generelt – av utgangspunktet om nasjonal håndhevelse følger det naturlig at det primære ansvar for å ivareta privates grunnleggende rett på effektiv rettsbeskyttelse påhviler statene.⁵¹³ Det er derfor all mulig grunn til å anta at EFTA-domstolen vil følge EU-domstolens tilnærming dersom det skulle oppstå en sak hvor private anlegger et erstatningssøksmål mot ESA i henhold til ODA artikkel 46 annet ledd ut fra den betraktning at det i realiteten er ESA som har forårsaket det rettsbrudd som nasjonale myndigheter har gjort seg skyldig i.⁵¹⁴

Fra dette utgangspunktet må det imidlertid gjøres unntak for tilfeller hvor rettsbruddet «i virkeligheten» må tilskrives en EU/EØS-institusjon snarere enn nasjonale myndigheter. I *Krohn* formulerte EU-domstolen dette som følger:

«Spørsmålet, om Domstolen er kompetent til at pådømme en sak som den foreliggende, hvor den omtvistede beslutning blev truffet af et nationalt organ som led i dettes gennemførelse af en fællesskabsforordning, beror herefter på, om den pågældende beslutning, der hævdes at være

⁵¹¹ Jf. TEUV artikkel 274, jf. artikkel 268, jf. artikkel 340 annet ledd, samt ODA artikkel 39, jf. artikkel 46 annet ledd. Se utførlig Oliver 1997 s. 286-289.

⁵¹² De grunnleggende avgjørelsene er forente saker 5/66 m.fl., *Kampffmeyer m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. (fransk utgave) 1967 s. 317; sak 96/71, *Haegeman mot Kommisjonen*, Sml. 1972 s. 1005 og sak 99/74, *Société des grands moulins des Antilles mot Kommisjonen*, Sml. 1975 s. 1531. Se utførlig til dette bl.a. Biondi/Farley 2009 s. 165 flg. og Ward 2007 s. 375 flg. (med videre henvisninger til eldre litteratur).

⁵¹³ I EU-rettslig sammenheng fremgår dette nå uttrykkelig av TEU artikkel 19 nr. 1 annet ledd.

⁵¹⁴ Selv om verken ODA artikkel 3 eller EØS-avtalen artikkel 6 forplikter EFTA-domstolen til å ta hensyn til EU-domstolens praksis knyttet til TEUV artikkel 340 annet ledd, faller spørsmålet om adgangen til å fremme erstatningssøksmål direkte mot ESA i henhold til ODA artikkel 46 annet ledd inn under det EFTA-domstolen i senere tid har omtalt som prinsippet om prosessuell homogenitet, jf. bl.a. sak E-15/10, *Posten Norge mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 246 (avsnitt 108-109). Prinsippet synes å innebære at EFTA-domstolen vil følge EU-domstolens tilnærming til tilsvarende prosessspørsmål i EU-rettslig sammenheng, med mindre EØS-spesifikke forhold skulle tilsi en avvikende løsning.

ulovlig og dermed erstatningsbegrunnende, i virkeligheten hidrører fra en fællesskabsinstitution og ikke kan tilskrives det nationale organ.»⁵¹⁵

EU-domstolens praksis er imidlertid ikke helt klar med tanke på hvor mye som skal til før et rettsbrudd «i virkeligheten» må tilskrives en EU-institusjon snarere enn nasjonale myndigheter. Mens avgjørelser som *Sucrimex*, nevnte *Krohn* og *Mulder* tilsier at så først er tilfellet dersom nasjonale myndigheter er *EU-rettslig forpliktet* til å opptre i samsvar med institusjonenes oppfatning,⁵¹⁶ antyder avgjørelser som *KYDEP*, *Geotronics*, *New Europe Consulting*, *DLD Trading* og *Malagutti-Vezinhet* en mer åpen vurdering av hvem som reelt sett har hovedansvaret for det rettsbrudd som skadelidte hevder seg utsatt for.⁵¹⁷ I litteraturen er denne utviklingen ønsket velkommen fordi den legger til rette for en reell ansvarsfordeling statene og EU-institusjonene imellom.⁵¹⁸ For skadelidte er utfordringen at det langt fra er enkelt å vite om søksmålet må rettes mot nasjonale myndigheter eller mot den involverte EU-institusjon.⁵¹⁹

Selv i tilfeller hvor et rettsbrudd «i virkeligheten» må tilskrives en EU-institusjon, vil imidlertid et erstatningssøksmål i henhold til TEUV artikkel 340 annet ledd bli avvist dersom *skadelidte kunne oppnådd effektiv rettsbeskyttelse gjennom et søksmål for nasjonale domstoler.*⁵²⁰ Dette forbeholdet er praktisk viktig fordi det avskjærer muligheten for å anvende TEUV artikkel 340 annet ledd til å kreve erstatning for økonomiske tap som kan avverges gjennom rettslige angrep på gyldigheten av de avgjø-

⁵¹⁵ Sak 175/84, *Krohn & Co Import-Export mot Kommisjonen*, Sml. 1986 s. 753 (avsnitt 19).

⁵¹⁶ Jf. sak 133/79, *Sucrimex mot Kommisjonen*, Sml. 1980 s. 1299; sak 175/84, *Krohn & Co Import-Export mot Kommisjonen*, Sml. 1986 s. 753 og forente saker C-104/89 og C-37/90, *Mulder m.fl. mot Kommisjonen (dom nr. 1)*, Sml. 1992 s. I-3061. Særlig illustrerende er *Sucrimex*, i det et erstatningssøksmål mot Kommisjonen her ble avvist under henvisning til at den telefaks som Kommisjonen i sakens anledning hadde sendt franske myndigheter og som gjorde det helt klart at Kommisjonen mente *Sucrimex*' krav på eksportstøtte var uberettiget, ikke var bindende. Gitt ordningen med etterfølgende refusjon fra EU er det mer teori enn praksis at nasjonale myndigheter for egen regning og risiko vil utbetale støtte som Kommisjonen så klart har gitt uttrykk for at den mener det ikke er grunnlag for, men dette var likevel ikke tilstrekkelig til å fravike utgangspunktet om at skadelidte må rette sitt erstatningskrav mot nasjonale myndigheter.

⁵¹⁷ Hhv. sak C-146/91, *KYDEP mot Kommisjonen*, Sml. 1994 s. I-4199 (avsnitt 20 flg.); sak T-185/94, *Geotronics mot Kommisjonen*, Sml. 1995 s. II-2795 (avsnitt 39 flg.); sak T-231/97, *New Europe Consulting mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. II-2403 (avsnitt 29 flg.); sak T-146/01, *DLD Trading mot Kommisjonen*, Sml. 2003 s. II-6005 og sak T-177/02, *Malagutti-Vezinhet mot Kommisjonen*, Sml. 2004 s. II-827. (Underrettens avgjørelser i *Geotronics* og *DLD Trading* ble anket til EU-domstolen, som imidlertid forkastet ankene uten å gå inn på spørsmålet om de involverte EU-institusjonene var rette saksøkte).

⁵¹⁸ Jf. Ruffert i *Calliess/Ruffert 2011*, avsnitt 11 til TEUV artikkel 340: «Dieser Wandel der Rechtsprechung wird von der Literatur befürwortet und ist zu begrüßen, weil er die Verantwortlichkeit für Fehler im gemeinsamen Verwaltungsvollzug präziser abbildet» (fotnote med litteraturhenvisninger utelatt).

⁵¹⁹ Jf. treffende kritikk hos for eksempel *Anagnostaras 2002* s. 667.

⁵²⁰ Den grunnleggende avgjørelsen er sak 281/82, *Unifrex mot Kommisjonen og Rådet*, Sml. 1984 s. 1969. Et liknende eksempel av noe nyere dato er sak T-166/98, *Cantina sociale di Dolianova mot Kommisjonen*, Sml. 2004 s. II-3991, hvor Underretten påpekte at et søksmål for nasjonale domstoler ikke ville sikre saksøkerne effektiv rettsbeskyttelse fordi utbetaling av den støtte som de mente seg berettiget til fordret en endring av den relevante forordning med tilbakevirkende kraft. (Det hører med at Kommisjonen til sist ble frifunnet av i ankesak C-51/05 P, [A5] Sml. 2008 s. I-5341, men da fordi EU-domstolen kom til at kravene var foreldet.)

relser som nasjonale myndigheter tilsynelatende var forpliktet til å treffe. Et eksempel er tap som skyldes at nasjonale myndigheter med urette har nektet private subsidier eller annen støtte fra EU; et annet er tap som skyldes at nasjonale myndigheter med urette har oppkrevd ulike avgifter på unionens vegne. I begge disse tilfellene vil selve utbetalings-/tilbakebetalingskravet vanligvis kunne håndheves i form av søksmål mot nasjonale myndigheter i nasjonale domstoler (som kan og etter omstendighetene må legge saken frem for EU-domstolen, jf. TEUV artikkel 267).⁵²¹ Dersom søksmålet fører frem, vil saksøker også ha krav på rentekompensasjon og dekning av andre utgifter som står i direkte sammenheng med den støtte som med urette er holdt tilbake/de avgifter som med urette er oppkrevd. Behov for å kunne fremme et erstatningssøksmål mot EU oppstår først dersom rettsbruddet har påført saksøker ytterligere økonomiske tap (som dessuten heller ikke kan kreves dekket av nasjonale myndigheter i henhold til nasjonal erstatningsrett).

I unntakstilfeller hvor EU-domstolen vil akseptere et direkte erstatningssøksmål mot den involverte EU-institusjon, må nasjonale domstoler kunne avvise eller forkaste et eventuelt erstatningssøksmål mot nasjonale myndigheter uten derved å krenke skadelidtes krav på effektiv rettsbeskyttelse.⁵²² Noen *plikt* til å avvise eller forkaste et slikt søksmål foreligger imidlertid ikke – fra et EU/EØS-rettslig ståsted er det her som ellers uproblematisk om nasjonal prosess- og erstatningsrett er mer sjenerøs overfor skadelidte enn EU/EØS-rettslig påkrevd.

I EØS-rettslig sammenheng gir EU-domstolens tilnærming opphav til noen særlige utfordringer. Stilt overfor EUs ønske om overnasjonal forvaltning av stadig nye rettsområder gjennom egne europeiske forvaltningsorganer, har EFTA-statene i de senere år etter beste evne forsøkt å forsvare utgangspunktet om nasjonal gjennomføring og håndhevelse av EØS-retten.⁵²³ I enkelte tilfeller har dette ledet til kompromissløsninger som *formelt sett* ikke innebærer overføring av suverenitet til EU-organene, men hvor det er lagt opp til at EFTA-statenes forvaltningsmyndigheter ganske enkelt skal *reprodusere avgjørelser fra EU* innen en nærmere angitt frist.

To eksempler gir EØS-komiteens tilpasninger ved gjennomføringen av forordning 1907/2006 om kjemikalier (REACH-forordningen) og forordning 726/2004 om legemidler. I EU er kompetansen til å godkjenne omsetning av kjemikalier og legemidler lagt til hhv. Det europeiske kjemikaliebyrået (ECHA) og Det europeiske legemiddelbyrået (EMA). EFTA-statene vant i disse tilfellene

⁵²¹ Se, for så vidt gjelder støttetilfellene, for eksempel sak 133/79, *Sucrimex mot Kommisjonen*, Sml. 1980 s. 1299, og, for så vidt gjelder uberettiget oppkreving av avgifter, sak 96/71, *Haegman mot Kommisjonen*, Sml. 1972 s. 1005 og sak 26/74, *Roquette frères mot Kommisjonen*, Sml. 1976 s. 677. Et eksempel av nyere dato er Underrettens avgjørelse i sak T-91/05, *Sinara Handel mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-245. Se nærmere om tilbakesøkningsstilfellene hos Biondi/Farley 2009 s. 178-180.

⁵²² Jf. sak 106/87, *Asteris m.fl. mot Hellas og EF*, Sml. 1988 s. 5515.

⁵²³ Jf. nærmere Fredriksen/Mathisen 2012 s. 93-94 og s. 155 flg.

frem overfor EU med sin argumentasjon for at topilarsystemet og utgangspunktet om nasjonal gjennomføring og håndhevelse tilsa at den tilsvarende kompetanse i EFTA-pilaren måtte legges til nasjonale myndigheter, men dette er formaliteter snarere enn realiteter: Når EUs organer treffer beslutninger om godkjenning, skal EFTA-statene innen 30 dager treffe tilsvarende beslutninger.⁵²⁴

EU-domstolens ovenfor omtalte tilnærming åpner tilsynelatende for at private som hevder at en slik «kopiavgjørelse» fra nasjonale myndigheter i en av EFTA-statene utgjør et brudd på overordnede EU/EØS-rettslige regler, kan velge å reise et eventuelt erstatningskrav direkte mot vedkommende EU-organ i henhold til TEUV artikkel 340 annet ledd: EFTA-statene har påtatt seg en klar rettslig forpliktelse til å kopiere beslutningen, slik at det kan hevdes at et eventuelt rettsstridig innhold «i virkeligheden» må tilskrives EU. Forbeholdet for muligheten til å oppnå effektiv rettsbeskyttelse i form av et rettslig angrep på gyldigheten av den nasjonale gjennomføringsavgjørelsen synes ikke anvendelig – EFTA-statenes nasjonale domstoler står uten mulighet til å be EU-domstolen underkjenne den underliggende beslutning fra det aktuelle EU-organ (for slik å fritta de nasjonale myndighetene fra deres gjennomføringsforpliktelse). Om EU-domstolen vil akseptere en slik tilnærming er likevel høyst tvilsomt – ordningen med nasjonale «kopiavgjørelser» er fremforhandlet etter ønske fra EFTA-statene for å ivareta hensynet til deres suverenitet og det kan da meget vel tenkes at EU-domstolen vil mene at de da må ta konsekvensene av at det formelt sett er uavhengige nasjonale myndigheter som treffer de beslutninger som sikrer EU-organenes beslutninger rettsvirkninger i nasjonal rett.

I praksis vil skadelidte trolig uansett foretrekke å anlegge et eventuelt erstatnings-søksmål mot de nasjonale myndigheter som har truffet «kopivedtaket». Etter mitt syn kan norske myndigheter i et slikt tilfelle *ikke* forsvare seg med at man var EØS-rettslig forpliktet til å kopiere den aktuelle beslutningen: Selv om avtalepartene i EØS-komiteen neppe har ment at EFTA-statenes myndigheter skal foreta noen egentlig etterprøving av de beslutninger som de skal kopiere, tilsier hensynet til effektiv rettsbeskyttelse av privates rettigheter at det innfortolkes en forutsetning om at den underliggende beslutning fra det aktuelle EU-organ er gyldig. Dersom norske myndigheter reproducerer en rettsstridig beslutning fra et EU-organ, bør dette betraktes som et selvstendig rettsbrudd som staten i utgangspunktet må kunne holdes ansvarlig for – bare slik kan det her oppnås lik rettsbeskyttelse i hele EØS.⁵²⁵ At EFTA-statene dermed kan komme til å hefte for feil som i realiteten er begått av EUs organer, bør

⁵²⁴ Se EØS-komiteens beslutninger 25/2008 (vedleggets bokstav g) og 61/2009 (vedleggets punkt 1).

⁵²⁵ Som nevnt i forrige note skal det nok i praksis mye til før en norsk domstol på egenhånd skulle underkjenne det nasjonale «kopivedtaket» ut fra en betraktning om at den underliggende beslutning fra det aktuelle EU-organ må antas å være ugyldig, slik at den skisserte problemstillingen først vil være aktuell i tilfeller hvor Underretten allerede har underkjent den opprinnelige EU-rettsakten.

betraktes som en omkostning knyttet til den kompromissløsning som de selv har fremforhandlet for å unngå å måtte overføre suverenitet til EU-organene.⁵²⁶

I praksis skal det nok svært mye til før en norsk domstol på egenhånd vil underkjenne det nasjonale «kopivedtaket» ut fra den betraktning om at den underliggende beslutning fra det aktuelle EU-organ må antas å være ugyldig. Den ovenfor omtalte problematikken vil derfor først og fremst være aktuell i tilfeller hvor Underretten eller EU-domstolen allerede har underkjent den opprinnelige EU-rettsakten. Med tanke på tilfeller hvor så ikke har skjedd kan det hevdes at kompromissløsningene knyttet til godkjenning av kjemikalier og legemidler i EFTA-pilaren av EØS har ivare tatt formelle betraktninger om EFTA-statenes suverenitet på bekostning av den reelle rettsbeskyttelse som tilbys private aktører. Det er grunn til å tenke nøye gjennom dette før man i flere saker forsøker å løse de konstitusjonelle utfordringene som følger av EUs ønske om overnasjonal forvaltning på denne måten (det være seg i form av nasjonale kopivedtak eller kopivedtak truffet av ESA). Etter mitt syn er slike løsninger bare forenlige med hensynet til privates krav på effektiv rettsbeskyttelse dersom de kombineres med direkte eller indirekte adgang til EU-domstolen.⁵²⁷

Vel så viktig som spørsmålet om hvem som er rett saksøkt i tilfeller hvor nasjonale myndigheter gjennomfører og håndhever rettsakter fra EU/EØS-organer som i ettertid viser seg å stride mot ranghøyere EU/EØS-regler, er det materielle, erstatningsrettslige spørsmål om nasjonale myndigheter i disse tilfellene kan anføre villedning fra EU/EØS-institusjonene som årsak til egen rettsvillfarelse og på dette grunnlag gå fri for ansvar. Etter min oppfatning tilsier hensynet til skadelidtes krav på effektiv rettsbeskyttelse at det ikke kan være nevneverdig rom for en slik form for ansvarspulverisering, men dette er et standpunkt som det først vil bli redegjort nærmere for i kapittel 7, punkt 7.7.6.

Det bør understrekes avslutningsvis at den omstendighet at nasjonale myndigheter i en rekke tilfeller hefter utad overfor skadelidte for rettsstridige handlinger som reelt sett skyldes feil begått av en EU/EØS-institusjon, ikke nødvendigvis innebærer at statene blir sittende igjen med kostnadene. I prinsippet må myndighetene i ettertid kunne vende seg mot den EU/EØS-institusjon som har medvirket til rettsbruddet med et krav om hel eller delvis dekning av utleggene.⁵²⁸

⁵²⁶ I teorien må en EFTA-stat i et slikt tilfelle kunne kreve erstatning av EU i henhold til TEUV artikkel 340 annet ledd, men dette er neppe særlig praktisk.

⁵²⁷ Eksempelvis ved at norske domstoler i slike saker får adgang til å spørre EU-domstolen om gyldigheten av den underliggende beslutning fra det aktuelle EU-organ, jf. EØS-avtalen artikkel 107.

⁵²⁸ Jf. nærmere om dette f.eks. Oliver 1997 s. 293-294 og Ward 2007 s. 389-391.

5 Skaden

5.1 Innledning

Mens EU-domstolen i saker som gjelder EUs erstatningsansvar helt siden den grunnleggende dommen *FERAM* fra 1959 har fremhevet eksistensen av reell og sikker skade som et grunnvilkår for ansvar,⁵²⁹ har domstolen i saker som gjelder medlemsstatenes erstatningsansvar nøydt seg med å nevne skadevilkåret i forbindelse med årsakskravet – den årsakssammenheng som kreves for at offentlige myndigheter skal kunne holdes ansvarlig (jf. nærmere i kapittel 8), går «mellem statens overtrædelse af sin forpligtelse og de skadelidtes tab».⁵³⁰ Også EFTA-domstolen nøyer seg med å nevne vilkåret «loss [and/or] damage» i forbindelse med formuleringen av årsakskravet.⁵³¹

Forklaring på hvorfor skadevilkåret er gitt en mer tilbaketrukket plass i praksis knyttet til statlig erstatningsansvar er trolig at EU-domstolen synes å mene at det i utgangspunktet er overlatt til nasjonal rett å definere innholdet i dette vilkåret (se punkt 5.2). Til dette kommer at EU-domstolen, i saker som gjelder EU-institusjonenes ansvar, ikke synes å se skadevilkåret som noen reell avgrensning av ansvaret, noe som, enten direkte eller via effektivitetsprinsippet, må antas å gjelde tilsvarende for medlemsstatenes erstatningsansvar (jf. nærmere i punkt 5.2 og 5.3). Når vilkåret fremheves i saker som gjelder EUs erstatningsansvar, er det knyttet til spørsmålet om saksøker har ført tilstrekkelig bevis for den påståtte skade, snarere enn til spørsmålet om hva som kvalifiserer som erstatningsrettslig vernet skade.⁵³² I saker om medlemsstatenes erstatningsansvar for brudd på EU-retten er rollefordelingen mellom EU-domstolen og nasjonale domstoler slik at det hører under de sistnevnte å ta stilling til om saksøker faktisk er påført en skade (jf. kapittel 3, punkt 3.6). Nå hindrer ikke dette at EU-domstolen ved enkelte anledninger er forelagt spørsmål om hvilke skader som er omfattet av prinsippet om statlig erstatningsansvar (jf. nærmere i punkt 5.2), men det kan

⁵²⁹ Sak 23/59, *FERAM mot Den høye myndighet*, Sml. 1959 (fransk utgave) s. 501 (på s. 515: «un préjudice reell, appreciable et définitif»). Saken gjaldt ansvar for brudd på EKSF-traktaten, men dette er uten betydning i herværende sammenheng. Se nærmere i punkt 5.7 om de språklige nyansene i formuleringen av det som etter mitt syn bør betraktes som et beviskrav for den påståtte skade.

⁵³⁰ Jf. for eksempel *Francovich* (avsnitt 41). Som påpekt av generaladvokat Jacobs i *Schmidberger*: «I den tredje betingelse er indbygget kravet om eksistensen af en skade» (avsnitt 34).

⁵³¹ Jf. for eksempel *Sveinbjörnsdóttir* (avsnitt 60-64).

⁵³² En annen sak er at EU-domstolens krav til at skadelidte fører bevis for at det foreligger «un préjudice reell, appreciable et définitif» klart nok må forstås som en normativ (og dertil, særlig med tanke på fremtidige formestap, meget effektiv) avgrensning av institusjonenes ansvar (jf. nærmere i punkt 5.7). Poenget i herværende sammenheng er bare at denne avgrensningen ikke knyttes til selve skadebegrepet.

trolig forklare hvorfor dette vilkåret generelt er gitt en mer tilbaketrukket plass i disse sakene.

Før det redegjøres nærmere for skadevilkåret, er det på sin plass å knytte noen merknader til terminologien. I TEUV artikkel 340 annet ledd – og i EUs grunnrettighetspakt artikkel 41 nr. 3 – benyttes betegnelsen «skade» som vilkår for ansvar,⁵³³ noe som gjelder tilsvarende for ODA artikkel 46 annet ledd.⁵³⁴ I de franske versjonene av EU-domstolens praksis, så vel knyttet til EUs som til statenes erstatningsansvar, benyttes imidlertid ikke bare «dommage», men også «préjudice».⁵³⁵ Språklig er det nærliggende å oversette «dommage» med «skade» og «préjudice» med «tap», noe som kan utlegges slik at sistnevnte er en konsekvens av førstnevnte.⁵³⁶ Det er imidlertid ikke slik at EU-domstolen forbeholder betegnelsen «préjudice» til økonomiske tap og noen rettslig betydning har sontringen da neppe.⁵³⁷ I litteraturen er det konstatert at EU-domstolen tilsynelatende anser «dommage» og «préjudice» som synonymmer.⁵³⁸ Det er av denne grunn lite å innvende mot at begge betegnelse stort sett oversettes med «tab» på dansk,⁵³⁹ mens det på svensk gjennomgående foretrekkes ordet «skada». Heller ikke EFTA-domstolen synes å tillegge sontringen mellom «damage»/«skade» og «loss»/«tap» noen rettslig betydning i denne sammenheng. I det følgende foretrekkes stort sett «skade».

Det kan likevel være grunn til å være oppmerksom på at EFTA-domstolens terminologi åpenbart er hentet fra de engelskspråklige versjonene av EU-domstolens rettspraksis. EU-domstolen oversetter tidvis «dommage» med «damage» og «préjudice» med «loss», men oftest kombineres disse betegnelse i henvisninger til «loss and damage» eller «loss or damage». I *Sveinbjörnsdóttir* benyttet EFTA-domstolen så vel «loss and damage» (avsnitt 60 og 62) som «loss or damage» (avsnitt 43, 61 og 64), men i senere praksis har domstolen enten nøydt seg med «damage» (*Karlsson*, avsnitt 47; *Kolbeinsson*, avsnitt 78; *HOB-vín*, avsnitt 137-138) eller «loss» (*Kolbeinsson*, avsnitt 80), eller foretrukket «loss and damage» (*Nguyen*, avsnitt 31; *Straffesak mot A*, avsnitt 42; *Gullenke II*,

⁵³³ Dansk: «skader», engelsk: «damage», fransk: «dommages», svensk: «skada», tysk: «Schaden» osv.

⁵³⁴ Jf. betegnelsen «damage» i den engelske versjonen av ODA (oversatt med «skade» i den norske versjonen).

⁵³⁵ I *Francovich* og *Brasserie du Pêcheur/Factortame* benyttes gjennomgående «dommage», men i senere avgjørelser er «dommage» og «préjudice» brukt om hverandre. Og i *Danfoss* anvendes utelukkende «préjudice».

⁵³⁶ Jf. slik Weitenberg 2008 s. 327. Se i norsk sammenheng begrepsbruken hos Nygaard 2007 s. 60, jf. s. 66. Også i PEL bok VI artikkel 2:101 sondres det mellom «loss» og «damage», men her er sammenheng en annen: «loss» (og «injury») kan på nærmere angitt vilkår kvalifisere som «legally relevant damage».

⁵³⁷ Se for eksempel sak 180/87, *Hamill mot Kommisjonen*, Sml. 1988 s. 6141, hvor det tilkjennes erstatning for «préjudice moral». Se tilsvarende for eksempel Underrettens dom i sak T-203/96, *Embassy Limousines mot EU-parlamentet*, Sml. 1998 s. II-4239, hvor det sondes mellom «préjudice moral» og «préjudice matériel». Det hører med at EU-domstolen tidvis benytter «perte» i tilfeller hvor det er snakk om erstatning for rene formuestap («perte financière», for eksempel i *FII*). Dette oversettes gjerne med «tab» på dansk, med «loss» på engelsk og med «förlust» på svensk. Noen rettslig betydning har dette tilsynelatende ikke.

⁵³⁸ Jf. Weitenberg 2008 s. 326-327.

⁵³⁹ I noen tilfeller benyttes imidlertid ordet «skade» også på dansk.

avsnitt 28; *Irish Bank*, avsnitt 125; *HOB-vín*, avsnitt 119). Fra et EU/EØS-rettslig perspektiv fremstår dette som en pleonasje, men forklaringen er trolig at det for engelske jurister synes å gi god mening å sondre mellom «loss» og «damage» og at begge begrepene må til på engelsk for å dekke EU-domstolens forståelse av skadevilkåret. Det kan nevnes her at generaladvokat Jacobs i sin innstilling i *Lindöpark* holdt seg til «loss» (i en sak som handlet om rene formuestap), mens han i *Schmidberger* gjennomgående benyttet «loss or damage» (Jacobs er britisk og innstillingene er autentiske på engelsk).

5.2 Et autonomt EU/EØS-rettslig skadebegrep?

Et grunnleggende spørsmål er om skadevilkåret gir anvisning på et autonomt EU/EØS-rettslig begrep, eller «bare» er et spørsmål om anvendelse av nasjonal erstatningsrett innenfor de skranker som følger av ekvivalens- og effektivitetsprinsippet. Selv om de praktiske konsekvensene fremstår som beskjedne (jf. nærmere nedenfor), er problemstillingen prinsipielt interessant.

Umiddelbart kan det synes opplagt at skadevilkåret, som en grunnleggende forutsetning for statenes EU/EØS-rettslige erstatningsansvar, må være et autonomt EU/EØS-rettslig begrep. EU-domstolen har en rekke ganger understreket at privates krav på erstatning følger *direkte av EU-retten* i tilfeller hvor det er direkte årsakssammenheng mellom en tilstrekkelig kvalifisert overtredelse av en rettsregel som tillegger private rettigheter og skaden.⁵⁴⁰ Dersom det i utgangspunktet er overlatt til statene å definere innholdet av skadevilkåret, leder dette til at ikke bare gjennomføringen av et etablert erstatningskrav, men selve kravets eksistens (delvis) overlates til nasjonal rett. Som påpekt i kapittel 3, punkt 3.5, er imidlertid EU/EØS-ansvaret et særtilfelle som ikke passer inn i den etablerte forståelsen av forholdet mellom materiell EU-rett og nasjonal prosessrett: For erstatningsansvarets vedkommende er ikke bare den prosessuelle gjennomføringen, men også visse materielle spørsmål overlatt til nasjonal rett.

Blant de spørsmål som EU-domstolen som utgangspunkt har overlatt til nasjonal erstatningsrett, er de nærmere regler for utmåling av den erstatning skadelidte har krav på, jf. allerede *Brasserie du Pêcheur/Factortame* (avsnitt 83):

«Da der ikke findes fællesskabsbestemmelser på dette område, tilkommer det den nationale retsorden i hver enkelt medlemsstat at fastsætte kriterier, der gør det muligt at fastlægge erstatningens omfang, dog således at kriterierne ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og at de under ingen omstændigheder må være udformet således, at de i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning.»

⁵⁴⁰ Se for eksempel *Sutton*, avsnitt 33; *Norbrook Laboratories*, avsnitt 111; *Eman*, avsnitt 70; *FII*, avsnitt 219; *Thin Cap*, avsnitt 123.

Nå er det mulig å betrakte skade som et autonomt EU/EØS-rettslig begrep selv om de nærmere utmålingsreglene er overlatt nasjonal rett, men EU-domstolen har ikke forsøkt seg på en slik sondring: I de tilfeller hvor EU-domstolen har fått seg forelagt spørsmål om hvilke skader som er omfattet av prinsippet om statlig erstatningsansvar, har den alltid tilnærmet seg spørsmålet med utgangspunkt i effektivitetsprinsippet.

Et første eksempel er nevnte *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, hvor BGH spurte EU-domstolen om erstatningsansvaret kunne begrenses til «skader på bestemte særlig beskyttede individuelle retsgoder, såsom ejendomsretten, eller om sagsøgenes tabte fortjeneste også skal dekkes» (avsnitt 86). BGH påpekte i den forbindelse at «chansene for at afsætte produkter fra andre medlemsstater på markedet efter tysk ret ikke opfattes som en del af virksomhedens beskyttede aktiver». En nærliggende tilnærming til dette spørsmålet ville være å drøfte om tapte inntektsmuligheter omfattes av et autonomt EU-rettslig skadebegrep, men EU-domstolen svarte i stedet at en slik *nasjonal avgrensning* av erstatningsvernet er uforenlig med EU-retten (avsnitt 90):

«Nationale bestemmelser, hvorefter den skade, der kan erstattes, generelt begrænses til kun at omfatte skader på bestemte særligt beskyttede individuelle retsgoder, med udelukkelse af borgernes tabte fortjeneste, er ikke i overensstemmelse med fællesskabsretten.»

EU-domstolen fulgte opp denne tilnærmingen i *AGM*, da tingretten i Tampere spurte om det var forenlig med EU-retten at finsk erstatningsrett opererer med regler som langt på vei begrenser det offentliges erstatningsansvar for rene formuestap til tilfeller hvor det foreligger straffbare handlinger. Igjen tok EU-domstolen utgangspunkt i de krav som effektivitetsprinsippet stiller til nasjonal rett i det den, under henvisning til *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, uttalte at (avsnitt 95):

«det i tilfælde af overtrædelse af fællesskabsretten ikke kan accepteres, at tabt fortjeneste fuldstændig udelukkes fra de tab, der kan kræves erstattet.»

Ytterligere et eksempel, denne gang knyttet til statlig erstatningsansvar for brudd på anskaffelsesregelverket, gir *Spijker Infrabouw*. I sin innstilling i saken gikk generaladvokat Cruz Villalón inn på så vel spørsmål om beviskrav og bevisbyrde knyttet til skadevilkåret, som spørsmålet om tapte fortjeneste knyttet til tap av en kontrakt («positiv kontraktsinteresse») utgjør erstatningsrettslig relevant skade.⁵⁴¹ I denne forbindelse uttalte generaladvokaten bl.a. at det relevante direktivet (89/665/EØF) ikke inneholdt noen føringer for skadebegrepet, noe han tolket dit hen at «alt vedrørende omfanget heraf må betragtes som overladt til det nationale område» (avsnitt 106). EU-domstolen var langt knappere i den etterfølgende dommen, men premissene bekrefter

⁵⁴¹ Innstilling i sak C-568/08, *Spijker Infrabouw mot Provincie Drenthe*, [A5] Sml. 2010 s. I-12655 (avsnitt 84-112).

at domstolen er av den oppfatning at det i utgangspunktet er opp til nasjonal erstatningsrett å definere innholdet av skadebegrepet (avsnitt 90):

«I fravær af EU-retlige bestemmelser på området tilkommer det den enkelte medlemsstat i sit retssystem at fastsætte de kriterier, hvorefter erstatning for tilsidesættelse af de EU-retlige udbudsbestemmelser skal fastsættes og vurderes ..., for så vidt som ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet er iagttaget ...»⁵⁴²

Selv om EU-domstolens tilnærming fremstår som vel etablert,⁵⁴³ er det tvilsomt om den tåler nærmere etterprøving. I vurderingen av om nasjonal erstatningsrett er i overensstemmelse med effektivitetsprinsippet, tar nemlig EU-domstolen utgangspunkt i spørsmålet om skadelidte er sikret adekvat erstatning for «den litte skade»/«tabet».⁵⁴⁴ Det sier seg selv at det her siktes til noe annet enn den nasjonale definisjonen av skade – i motsatt fall er tilnærmingen sirkulær. Under EU-domstolens vurdering av om den nasjonale forståelsen av vilkåret er i overensstemmelse med effektivitetsprinsippet, ligger derfor forutsetningsvis et autonomt EU-rettslig skadebegrep: Det er skade som anerkjennes som erstatningsrettslig relevant av EU-retten som effektivitetsprinsippet krever at nasjonal erstatningsrett ikke gjør det umulig eller urimelig vanskelig å få erstattet. Etter min oppfatning må EU-domstolen derfor i realiteten forstås dit hen at det som overlates til nasjonal rett bare er kriteriene for erstatningsutmålingen, ikke det underliggende spørsmål om hva som utgjør erstatningsrettslig relevant skade.

Når ukklarheten i EU-domstolens tilnærming til skadevilkåret ikke synes å by på problemer, skyldes det at domstolen unntaksfritt har slått ned på nasjonale definisjoner av dette vilkåret som ville kunne snevre inn statenes ansvar. EU-domstolens avvisning i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *AGM* av nasjonale regler «hvorefter den skade, der kan erstattes, generelt begrænses til kun at omfatte skader på bestemte særligt beskyttede individuelle retsgoder», leder til at det knapt har noen praktisk betydning at EU-domstolen selv synes å mene at det i utgangspunktet er opp til nasjonal rett å av-

⁵⁴² Se nærmere om prinsipper og realiteter knyttet til hhv. EU-institusjonenes og medlemsstatenes erstatningsansvar overfor forbigåtte anbydere nedenfor i punkt 5.7.6 (hvor også EU-domstolens unnfalleshhet i *Spijker Infra-bouw* omtales noe nærmere).

⁵⁴³ Ut over de nevnte avgjørelsene kan det også vises til EU-domstolens tilnærming til skadebegrepet i forente saker C-295/04 m.fl., *Manfredi mot Lloyd*, [A5] Sml. 2006 s. I-6619 (avsnitt 95), samt til generaladvokat Jacobs tilnærming i sak C-112/00, *Schmidberger mot Østerrike*, [P] Sml. 2003 s. I-5659. Merk at *Manfredi* gjaldt privates erstatningsansvar for brudd på EU-konkurranseretten, men EU-domstolen underbygget sin utlegning av skadevilkåret med å vise til bl.a. *Brasserie du Pêcheur/Factortame* på et vis som klart tilsier at uttalelsene er av generell gyldighet. (I *Schmidberger* unnlot EU-domstolen å besvare de spørsmål som gjaldt prinsippet om statlig erstatningsansvar fordi domstolen kom til at østerrikske myndigheter ikke hadde gjort seg skyldig i noe brudd på EU-retten.)

⁵⁴⁴ Jf. *Brasserie du Pêcheur/Factortame* (hhv. avsnitt 90 og 87) og *AGM* (hhv. avsnitt 94 og 95), samt for så vidt så godt som alle andre erstatningssaker hvor EU-domstolen viser til de forpliktelser som effektivitetsprinsippet legger på nasjonal erstatningsrett.

gjøre hva som anerkjennes som erstatningsrettslige relevant skade – det er et utgangspunkt uten noe reelt innhold. Annerledes formulert: Det synes uten praktisk betydning om skade defineres positivt som et autonomt EU/EØS-rettslig begrep, eller negativt som et produkt av effektivitetsprinsippets krav til nasjonal erstatningsrett.

5.3 Det EU/EØS-rettslige skadebegrepet

Verken TEUV artikkel 340 annet ledd, EUs grunnrettighetspakt artikkel 41 nr. 3 eller ODA artikkel 46 annet ledd tilbyr noen nærmere definisjon av skadebegrepet.⁵⁴⁵ Etter EKSF-traktaten artikkel 34 var derimot Det europeisk kull- og stålfelleskapets erstatningsansvar begrenset til ansvar for «særlig skade», noe som i rettspraksis ble forstått dit hen at tapet måtte ha rammet en begrenset og klart identifisert gruppe av skadelidte og overstige grensene for den økonomiske risiko som næringsdrivende måtte avfinne seg med på angjeldende område.⁵⁴⁶ Fravær av en tilsvarende kvalifisering av skadebegrepet i TEUV artikkel 340 annet ledd tilsier imidlertid at dette vanskelig kan tillegges særlig betydning i herværende sammenheng, noe rettspraksis heller ikke gir grunnlag for – i så vel saker som gjelder EUs som statenes erstatningsansvar drøftes liknende kriterier i stedet under andre overskrifter.⁵⁴⁷

Ut over forutsetningen om «særlig skade», krevde EKSF-traktaten artikkel 34 også at skaden var «direkte». Traktatens ordlyd ledet til at spørsmålet om det forelå «un préjudice direct» ble drøftet særskilt i rettspraksis, selv om EU-domstolen(e) erkjente at dette i realiteten var et spørsmål om årsakssammenheng.⁵⁴⁸ En tilsvarende forutsetning ble innfortolket i EKSF-traktaten artikkel 40.⁵⁴⁹

⁵⁴⁵ Riktignok heter det «any damage» i den engelske versjonen av disse tekstene, noe som tidvis fremheves i engelskspråklige fremstillinger av det EU-rettslige skadebegrepet (jf. eksempelvis Vaquer 2008 s. 24). I fravær av tilsvarende formuleringer i de øvrige språkversjonene er min oppfatning at dette ikke kan tillegges betydning. Det kan tilføyes at ODA ble fremforhandlet på engelsk, men formuleringen i dens artikkel 46 annet ledd må her fortolkes i lys av bestemmelsens forbilde i det som nå er TEUV artikkel 340 annet ledd.

⁵⁴⁶ Jf. for eksempel Underrettens instruktive utlegning av disse vilkårene i sak T-120/89, *Peine-Salzgitter mot Kommisjonen*, Sml. 1991 s. II-279 (med tilslutning fra EU-domstolen i ankesaken, jf. sak C-220/91 P, Sml. 1993 s. I-2393). Allerede i forente saker 14/60 m.fl., *Meroni mot Den høye myndighet*, Sml. (fransk utgave) 1961 s. 321 innfortolket for øvrig EU-domstolen en tilsvarende kvalifisering av skadebegrepet i EKSF-traktaten artikkel 40. Se utførlig om skadebegrepet i EKSF-traktaten artikkel 34 og 40 hos Bebr 1997 s. 84 flg.

⁵⁴⁷ Se nærmere nedenfor i kapittel 7 punkt 7.8.8 og 7.8.9 om ansvarsgrunnlaget og kapittel 8 punkt 8.4.7 og 8.4.8 om rettslig avgrensning av årsakssammenhengen, hvor det samlet sett fremgår at det ikke (lenger) kreves at tapet må ha rammet en begrenset og klart identifisert gruppe av skadelidte, men at det i visse sammenhenger (fremdeles) kan være relevant om det overstiger grensene for den økonomiske risiko som næringsdrivende må avfinne seg med på angjeldende område. For så vidt gjelder selve skadevilkåret, kan det uansett konstateres at EU-domstolen har fulgt generaladvokat Tesauros avvisning av forsøk på å begrense medlemsstatenes ansvar gjennom nærmere krav til skadens omfang og karakter i hans innstilling i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* (avsnitt 92-96), snarere enn generaladvokat Légers argumentasjon for nettopp et slikt kvalifisert skadebegrep i hans samtidige innstilling i *Hedley Lomas* (avsnitt 178).

⁵⁴⁸ Jf. for eksempel Underrettens dom i sak T-120/89, *Peine-Salzgitter mot Kommisjonen*, Sml. 1991 s. II-279 (avsnitt 120 flg.) (med tilslutning fra EU-domstolen i ankesak C-220/91 P, Sml. 1993 s. I-2393).

⁵⁴⁹ Jf. for eksempel sak 18/60, *Worms mot Den høye myndighet*, Sml. (fransk utgave) 1962 s. 377 (på s. 401).

En forutsetning om at skaden må være «direkte», sier imidlertid intet om skadebegrepet som sådan. I saker som gjelder EUs eller statenes erstatningsansvar for overtredelse av EU-retten, henføres dette – med rette – til vurderingen av om det foreligger «direkte årsagsforbindelse» (se kapittel 8).

Heller ikke sekundærretten tilbyr noen enhetlig definisjon av et generelt EU/EØS-rettslig skadebegrep – terminologien i de ulike direktivene som berører erstatningsrettslige spørsmål er langt fra konsistent og flere av direktivene opererer med egne skadebegrep som avviker fra det som gjelder for institusjonenes og statenes erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-retten.⁵⁵⁰

Verken EU-domstolen eller EFTA-domstolen har forsøkt å formulere innholdet av skadebegrepet i generelle vendinger.⁵⁵¹ Samtidig etterlater EU-domstolens praksis inntrykk av at selve skadebegrepet ikke innebærer noen reell avgrensning av verken institusjonenes eller statenes ansvar – begrepet synes å omfatte enhver negativ innvirkning på interesser som er EU/EØS-rettslig beskyttet.⁵⁵² Underforstått opererer EU-domstolen med skade som en generalklausul snarere enn med en katalog av erstatningsrettslig beskyttede rettsgoder (slik som for eksempel i tysk rett, jf. BGB § 823). Særlig viktig er det at EU-domstolen ikke sondrer mellom skade på personer, ting og formue – også formuestap som ikke står i noen sammenheng med person- eller tingskader anerkjennes som erstatningsrettslig relevant skade. Langt de fleste av de erstatningskrav som fremmes mot offentlige myndigheter som hevdes å ha tilside-satt EU/EØS-rettslige forpliktelser, gjelder nettopp rene formuestap, men uten at EU-domstolen synes å tillegge dette noen betydning for erstatningsvernets utstrekning.⁵⁵³

Også på dette punkt må det antas at EU-retten har latt seg inspirere av fransk rett, hvor formueskade anses omfattet av den alminnelige skyldregelen i Code Civil artikkel 1382. Det følger naturlig av dette at EU-domstolen ikke anerkjenner noen «spærregel» tilsvarende den som i den svenske skadeståndslagen kapittel 2 § 2 knytter erstatningsansvar for ren formueskade til straffbare forhold, noe som ble bekreftet da domstolen i den ovenfor omtalte saken *AGM* slo fast at den lignende avgrensning av det offentliges erstatningsansvar for rene formuestap etter finsk rett var uforenlig med effektivitetsprinsippet (avsnitt 87-96). På dette punkt innebærer EU-domstolens tilnærming en utfordring også for tysk rett: Etter BGB § 823 (1) anerkjennes ikke formue som sådan som et erstatningsrettslig beskyttet rettsgode, noe som leder til at erstatningsrettslig vern for rene formuestap

⁵⁵⁰ For eksempel utelukkes ansvar for annen skade enn person- og tingsskade i produktansvarsdirektivet (85/374/EØF) artikkel 9. Et annet eksempel på saksspesifikke definisjoner av begrepet skade gir miljøskadedirektivet (2004/35/EF) artikkel 2. For en nærmere omtale av skadebegrepet i ulike direktiver kan det henvises til Vaquer 2008 s. 24-25.

⁵⁵¹ Jf. for EU-domstolens vedkommende *Wurmnest* 2003 s. 209 og Vaquer 2008 s. 24.

⁵⁵² Jf. *Wurmnest* 2003 s. 209-210 og Vaquer 2008 s. 23-25.

⁵⁵³ En annen sak er at skadens karakter er av betydning for erstatningsvernets utstrekning mer indirekte, jf. nærmere nedenfor i kapittel 7 og 8.

forutsetter en særskilt begrunnelse.⁵⁵⁴ Av EU-domstolens ovenfor omtalte dom i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* fremgår det at effektivitetsprinsippet er til hinder for en slik avgrensning av hvilke skader/tap som anses erstatningsrettslig relevante. For norsk rett byr ikke EU/EØS-ansvaret på tilsvarende systematiske utfordringer: Som påpekt av Hjelmeng ligger norsk erstatningsrett her systematisk sett tett opptil fransk rett,⁵⁵⁵ noe Høyesterett bekreftet da man i Rt. 2006 s. 690 *Lillestrømdommen* avviste en avgrensning av erstatningsvernet ut fra en sondring mellom person- og tingsskade på den ene og formueskade på den annen side (avsnitt 52).⁵⁵⁶

Som (formues-)skade anerkjennes ikke bare forringelse av eksisterende formue (*damnum emergens*), men også uteblivelse av en formuesøkning som ville funnet sted om det ikke var for det foreliggende brudd på EU/EØS-retten (*lucrum cessans*). Som anført av generaladvokat Capotorti i en av de sentrale sakene knyttet til EUs eget erstatningsansvar, *Ireks-Arkady*:

«...the legal concept of ‘damage’ covers both a material loss *stricto sensu*, that is to say, a reduction in a person’s assets, and also the loss of an increase in those assets which would have occurred if the harmful act had not taken place...»⁵⁵⁷

Dette er i samsvar med de alminnelige folkerettslige ansvarsreglene.⁵⁵⁸ EU-domstolen fulgte opp i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* med å slå utvetydig fast at tapt fortjeneste omfattes også av medlemsstatenes erstatningsansvar (avsnitt 87), noe som deretter ledet til følgende prinsipputtalelse i *Manfredi*:

«[D]et [følger] af effektivitetsprinsippet og princippet om, at enhver har ret til at kræve erstatning for skade påført dem som følge af en aftale eller en adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen, at de skadelidte ikke kun skal kunne kræve en egentlig erstatning (*damnum emergens*), men ligeledes erstatning for tabt fortjeneste (*lucrum cessans*) samt renter.»⁵⁵⁹

⁵⁵⁴ Det faller utenfor rammene for fremstillingen her å redegjøre nærmere for det erstatningsrettslige vern for rene formuestap etter tysk rett, men et viktig rettsgrunnlag for slikt vern er bestemmelsen i BGB § 823 (2) som sikrer skadelidte erstatning for formuestap i tilfeller hvor skadevolder har overtrådt en lovregel som har til formål å beskytte skadelidte. Som det vil fremgå av kapittel 6 nedenfor, har EU-domstolen latt seg inspirere av tysk rett på dette punkt, noe som leder til at EU-rettens tilnærming til erstatningsvernets utstrekning kombinerer tilnærmingene i tysk og fransk rett.

⁵⁵⁵ Hjelmeng 2007a s. 31.

⁵⁵⁶ Samtidig er det klart at nok at norsk erstatningsrett har latt seg inspirere av den tyske *Schutzzweck*-læren. Som det vil fremgå av kapittel 6 nedenfor gjelder dette tilsvarende for EU-retten, noe som fører til en iøynefallende parallellitet mellom EU/EØS-retten og norsk erstatningsrett på dette punkt.

⁵⁵⁷ Innstilling i (bl.a.) sak 238/78, *Ireks-Arkady m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1979 s. 2955 (på s. 2998). Se tilsvarende generaladvokat Trstenjaks innstilling i sak C-331/05 P, *Internationaler Hilfsfond mot Kommisjonen (II)*, [A5] Sml. 2007 s. I-5475 (avsnitt 75). Det kan tilføyes at dette er i samsvar med definisjonen av «economic loss» i PEL bok VI artikkel 2:101 (4) bokstav a.

⁵⁵⁸ Jf. FN's folkerettskommisjons utkast til regler om statsansvar artikkel 36 nr. 2: «The compensation shall cover any financially assessable damage including loss of profits insofar as it is established».

⁵⁵⁹ Forente saker C-295/04 m.fl., *Manfredi mot Lloyd*, [A5] Sml. 2006 s. I-6619 (avsnitt 95). Merk at saken gjaldt *privates* erstatningsansvar for brudd på EU-konkurranseretten, men EU-domstolen underbygget sin utlegning av skadevilkåret på et vis som klart tilsier at uttalelsene er av generell gyldighet.

At lidte og fremtidige inntektstap anerkjennes som erstatningsrettslig relevant skade, innebærer imidlertid på ingen måte at slike søksmål fører frem. Særlig EU-domstolens forutsetning om at skadelidte fører bevis for at det påståtte tap er «reelt» og «sikkert» (og dertil en direkte følge av det påståtte rettsbrudd) representerer en effektiv avgrensning erstatningsansvaret i disse tilfellene, jf. nærmere i punkt 5.7.

Mer generelt innebærer det at formue som sådan anerkjennes som et erstatningsrettslig beskyttet rettsgode heller ikke at det offentlige kan holdes ansvarlig for alle tilstrekkelig kvalifiserte brudd på EU/EØS-retten som beviselig har påført private et direkte formuestap. Inspirert av tysk rett har EU-domstolen knyttet erstatningsansvaret til en ytterligere forutsetning om at det foreligger et brudd på en rettsregel som har til formål å tillegge private rettigheter (jf. kapittel 6). Resultatet er at det i praksis er dette vilkåret, snarere enn skadebegrepet som sådan, som avgjør hvilke interesser som nyter erstatningsrettslig vern i EU/EØS-rettslig sammenheng.⁵⁶⁰

Systematisk representerer EU/EØS-ansvaret her en interessant kombinasjon av fransk og tysk rett. Mens spørsmålet om det foreligger brudd på en rettsregel som har til formål å beskytte skadelidte i tysk rett handler om å etablere erstatningsrettslig vern for rene formuestap (BGB § 823 nr. 2), anerkjenner altså EU/EØS-retten, etter fransk forbilde, som utgangspunkt formue som et erstatningsrettslig beskyttet rettsgode. I EU/EØS-rettslig sammenheng er det derfor snarere spørsmål om å *avgrense* erstatningsvernet mot tilfeller hvor den overtrådte EU/EØS-regel *ikke* har til formål å tillegge private individuelle rettigheter. Nå er det ingen tvingende sammenheng mellom valget av innfallsvinkel og de resultater man ender opp med, men i en situasjon hvor det kan konstateres at EU-domstolen er langt mer tilbakeholden i sin avgrensning av erstatningsvernet enn tyske domstoler (jf. kapittel 6), er det fristende å anta at noe av forklaringen ligger i den omstendighet at EU-domstolen som utgangspunkt regner formue som et erstatningsrettslig beskyttet rettsgode.

5.4 Særlig om ikke-økonomiske skader

Spørsmålet om ikke-økonomiske skader⁵⁶¹ kan gi opphav til erstatningskrav mot offentlige myndigheter som krenker EU/EØS-rettslige forpliktelser, har hittil ikke kommet på spissen for EU-domstolen eller EFTA-domstolen.⁵⁶² I rettspraksis knyttet

⁵⁶⁰ Sml. i denne sammenheng også definisjonen av «legally relevant damage» i PEL bok VI artikkel 2:101 (1), som inkluderer tap som forårsakes av «a violation of a right ... conferred by the law» (bokstav b).

⁵⁶¹ EU-domstolen har aldri forsøkt seg på noen definisjon av begrepet ikke-økonomisk skade, men på det generelle plan er det snakk om skade som ikke lar seg utmåle i penger, jf. Vaquer 2008 s. 39: «a damage that is not assessable in money on the basis of any standard financial yardstick». Tilsvarende bl.a. Wurmnest 2003 s. 289.

⁵⁶² Utgangspunktet for foreleggelsen i *Larsy* var riktignok en sak hvor saksøker (bl.a.) krevde den symbolske sum av én belgisk franc i erstatning av den belgiske stat for ikke-økonomisk skade, men foreleggelsen for EU-domstolen var uttrykkelig begrenset til spørsmålet om den foreliggende tilsidesettelse av EU-retten var tilstrekkelig kvalifisert til å utløse ansvar og EU-domstolen så øyensynlig ingen grunn til å problematisere skadevilkåret av eget tiltak. Om noe, så bygger avgjørelsen opp under oppfatningen av at EU-domstolen uten videre legger til grunn at også ikke-økonomiske skader er omfattet av medlemsstatenes erstatningsansvar.

til EUs eget erstatningsansvar er det imidlertid en rekke eksempler på at skadelidte har fått erstatning for ulike former for ikke-økonomisk skade.⁵⁶³

Et tidlig eksempel er sak 110/63, *Williame mot Kommisjonen*, Sml. (fransk utg.) 1965 s. 803, hvor en tjenestemann i Kommisjonen ble tilkjent 20.000 belgiske franc i erstatning for ikke-økonomisk skade som følge av en urettmessig oppsigelse. Et eksempel på en sak hvor skadelidte var en privatperson uten noe ansettelsesforhold i en EU-institusjon gir sak C-308/87, *Grifoni mot Euratom* (dom nr. 2), [A5] Sml. 1994 s. I-341, hvor en håndverker som kom til skade under arbeid på en usikret bygning tilhørende Det europeiske atomenergifellesskap ble tilkjent (bl.a.) 50 millioner italienske lire i erstatning for ikke-økonomisk skade. Nevnes kan også sak T-230/94, *Farrugia mot Kommisjonen*, Sml. 1996 s. II-195, hvor Underretten forutsetningsvis anerkjente ikke-økonomisk skade knyttet til tap av muligheten til å studere og forske i Storbritannia som erstatningsrettslig relevant (selv om kravet ble forkastet under henvisning til at saksøker ikke hadde godtgjort at han ville fått det aktuelle stipend om det ikke var for Kommisjonens rettstridige avvisning av hans søknad). Og i sak T-412/05, *M mot Ombudsmannen*, Sml. 2008 s. II-197* ble en tjenestemann i Kommisjonens tilkjent 10.000 euro i erstatning for ikke-økonomisk skade på hans gode navn og rykte som følge av at EUs ombudsmann, uten å ivareta hans tilsvarende rett, hadde navngitt ham offentlig som ansvarlig for forsømmelser som ombudsmannen mente Kommisjonen hadde gjort seg skyldig i. Til dette kommer avgjørelser som sak T-230/95, *BAI mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. II-123, sak T-13/96, *TEAM mot Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-4073, sak T-203/96, *Embassy Limousines mot EU-parlamentet*, Sml. 1998 s. II-4239, sak T-231/97, *New Europe Consulting og Brown mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. II-2403 og sak T-88/09, *Idromacchine mot Kommisjonen*, dom 8. november 2011 (påanket), som alle er eksempler på at også selskaper kan kreve erstatning for ikke-økonomisk skade. I *BAI* og *TEAM* førte riktignok ikke kravene frem, men i *Embassy Limousines*, *New Europe Consulting* og *Idromacchine* ble det tilkjent henholdsvis om lag 320.000 belgiske franc, 100.000 euro og 20.000 euro i erstatning for ikke-økonomiske skade.⁵⁶⁴

Begrunnelsen for å anerkjenne ikke-økonomisk skade som erstatningsrettslig relevant er å finne i medlemsstatenes felles rettstradisjoner, noe generaladvokat Tesauro uten om og men slo fast i *Grifoni* (dom nr. 2):

«Det er yderst let på grundlag af de almindelige retsgrundsætninger at fastlægge, hvilke tabsposter der skal erstattes. På trods af de eksisterende forskelle på terminologisk plan anerkender samtlige medlemsstaters retssystemer således muligheden for at opnå erstatning for tab af formuemæssig karakter hos skadelidte, hvilket omfatter de umiddelbare udgifter, der er foranlediget af ulykken, og såvel fortidigt som fremtidigt indkomsttab samt tab af ikke-formuemæssig karakter, som

⁵⁶³ Jf. Wurmnest 2003 s. 289, som påpeker at så mye som en fjerdedel av de erstatningskrav mot EU etter TEUV artikkel 340 annet ledd som vinner frem, gjelder ikke-økonomisk skade og som av dette med rette utleder at erstatning for ikke-økonomiske skader/tap har «einen besonderen hohen Stellenwert» i EU-retten.

⁵⁶⁴ I *New Europe Consulting og Brown* ble dessuten også selskapets direktør (som kontrollerte 99 % av aksjene i selskapet) personlig tilkjent 20.000 euro i erstatning for skade også på hans gode navn og rykte. Dommen i *Idromacchine* tilsier imidlertid at slik identifikasjon mellom selskap og involverte personer bare vil være aktuelt helt unntaksvis (se avsnitt 87-90).

udgøres af skadetilføjjelsens fysiske og psykiske følger, der således er uafhængige af den økonomiske faktor og knyttet til personen som sådan.»⁵⁶⁵

I resultat sluttet EU-domstolen seg til generaladvokatens innstilling i form av en kort bemerkning om at «skadelidte personer uafhængigt af enhver skade af formuemæssig karakter skal tilkendes erstatning for enhver skade, der er knyttet til personen, og som omfatter enhver fysisk eller psykisk lidelse» (avsnitt 37). Uttalelsene falt, som det fremgår av sitatene, i en sak hvor det var spørsmål om erstatning for ikke-økonomiske følger av en personskaade, altså hva man i norsk rett vil betegne som et spørsmål om ménerstatning, jf. skadeserstatningsloven § 3-2. Gjennom senere avgjørelser er det imidlertid brakt på det rene at også en rekke andre ikke-økonomiske skader kan utløse krav på erstatning.⁵⁶⁶ Særlig interessante er de etter hvert nokså mange sakene hvor private markedsaktører, det være seg privatpersoner eller selskaper, er tilkjent erstatning for ikke-økonomisk skade på sitt gode navn og rykte.⁵⁶⁷

En for norske jurister nokså fremmed kategori av ikke-økonomiske skader, er skader i form av tapte muligheter («loss of a chance»)⁵⁶⁸ I tilfeller hvor det er snakk om tapte inntektsmuligheter er dette en form for skade som gir liten mening i et rettssystem som opererer med alminnelig sannsynlighetsovervekt som beviskrav: Forutsetningen for at spørsmålet skal komme på spissen her, er jo at saksøker ikke har kunnet sannsynliggjøre noe fremtidig inntektstap. Med EU-rettens strenge krav til at et påstått fremtidig formuestap er reelt og sikkert (jf. punkt 5.7 nedenfor) kan det hevdes at en skjønsmessig erstatning for tapte inntektsmuligheter kan være på sin plass i visse tilfeller – for eksempel hvor en forbigått anbyder lå svært godt an til å bli tildelt en kontrakt, men hvor det likevel ikke kan anses bevist at det er «sikkert» at så ville skjedd.⁵⁶⁹ Selv om EU-domstolene anerkjenner tapte muligheter som en relevant form for ikke-økonomisk skade, så er imidlertid tilnærmingen restriktiv. Det er i praksis bare i personalsaker at det tilkjennes erstatning for «loss of a chance». (Her er det imidlertid utbredt, jf. fra den senere tid for eksempel sak C-348/06 P, *Kommissjonen mot Girardot*, [A5] Sml. 2008 s. I-833).

⁵⁶⁵ Innstilling i sak C-308/87, *Grifoni mot Euratom* (dom nr. 2), [A5] Sml. 1994 s. I-341 (avsnitt 7, min kursivering).

⁵⁶⁶ Jf. nærmere Oliphant 2008 s. 268-270.

⁵⁶⁷ Jf. for eksempel sak T-231/97, *New Europe Consulting og Brown mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. II-2403; sak T-259/03, *Nikolaou mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-99*, sak T-48/05, *Franchet og Byk mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-1585 og sak T-88/09, *Idromacchine mot Kommisjonen*, dom 8. november 2011 (påanket).

⁵⁶⁸ Se utførlig Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann 2011 s. 1075 flg. At «loss of a chance» i EU-rettslig sammenheng betraktes som en form for ikke-økonomisk skade, følger uttrykkelig av Underrettens som i sak T-230/94, *Farrugia mot Kommisjonen*, Sml. 1996 s. II-194 (avsnitt 43), jf. også Vaquer 2008 s. 42-43 og Wurmnest 2003 s. 213 flg.

⁵⁶⁹ Slik Wurmnest 2003 s. 218.

Med generaladvokat Tizzano kan det oppsummeringsvis konstateres at rettspraksis knyttet til EUs eget erstatningsansvar utenfor kontraktsforhold opererer med «et utvidet skadesbegreb, således at det omfatter ikke-økonomiske skader».⁵⁷⁰

Ut fra betraktninger om parallellitet mellom EUs og statenes erstatningsansvar synes det nokså klart at også statene må kunne holdes ansvarlig for ikke-økonomiske skader (direkte) forårsaket av (tilstrekkelig kvalifiserte) brudd på EU/EØS-regler (som tillegger private rettigheter).⁵⁷¹ Gitt at det er medlemsstatenes felles rettstradisjoner som utgjør grunnlaget for å anerkjenne ikke-økonomiske skader under TEUV artikkel 340 annet ledd, synes det vanskelig å komme utenom samme løsning for statenes erstatningsansvar.⁵⁷² I praksis vil spørsmålet eksempelvis kunne komme opp dersom nasjonale myndigheter på EU/EØS-stridig vis advarer mot produkter eller tjenester fra nærmere angitte markedsaktører fra andre EØS-stater på en måte som er egnet til å skade aktørens gode navn og rykte.

Etter min oppfatning må løsningen bli den samme selv om man skulle mene at definisjonen av «skade» i utgangspunktet er overlatt til nasjonal rett, men begrunnelsen er i så fall at det må antas å være i strid med effektivtetsprinsippet dersom nasjonal rett i slike tilfeller utelukker ikke-økonomisk skade fra offentlige myndigheters erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-retten.

I tilfeller hvor en EU/EØS-institusjon eller en EØS-stat skulle komme i skade for å overtre grunnleggende EU/EØS-rettslige rettigheter som tilsvarer rettigheter nedfelt i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK), kan det for øvrig hevdes at erstatningsansvar for ikke-økonomiske skader kan være påkrevd for å ivareta statenes felles forpliktelser i henhold til EMK artikkel 13, jf. artikkel 41 (eventuelt, i tilfeller av EU/EØS-stridig frihetsberøvelse, EMK artikkel 5 nr. 5). For statene er dette likevel

⁵⁷⁰ Innstilling i sak C-168/00, *Leitner mot TUI*, [A5] Sml. 2002 s. I-2631 (avsnitt 38), hvor generaladvokaten tok dette til inntekt for en forståelse av skadebegrepet i direktiv 90/314/EØF om pakkereiser som innbefatter tapt ferieglede (noe EU-domstolen sluttet seg til i sin dom i saken). Det kan tilføyes at også EFTA-domstolen tok til orde for en vid forståelse av skadebegrepet da den i sak E-8/07, *Nguyen mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 224 slo fast at trafikksikringsdirektivene krever forsikringsdekning også for ikke-økonomiske tap som er vernet av nasjonal erstatningsrett (som den norske ordningen med oppreisningserstatning) (avsnitt 26-27). Gitt at *Nguyen* var en erstatningssak mot norske myndigheter for brudd på EØS-avtalen, kan det hevdes at den er et første eksempel på offentlig erstatningsansvar for ikke-økonomiske tap. Det riktige er nok likevel å se det slik at den mangelfulle gjennomføringen av motorforsikringsdirektivene påførte Nguyen et økonomisk tap tilsvarende den erstatning for ikke-økonomisk skade som hun ville fått dekket av skadevolders forsikringsselskap dersom bilansvarsloven hadde vært i samsvar med EØS-rettens krav. Med utgangspunkt i *Leitner* kan et tilsvarende scenario tenkes i et tilfelle av mangelfull gjennomføring av pakkereisedirektivet. Den norske gjennomføring av direktivet er ikke lytfri, men det må antas at det er mulig å fortolke pakkereiseloven § 6-4 i overensstemmelse med *Leitner*, jf. nærmere Monsen 2010 s. 46-47.

⁵⁷¹ Likevel motsatt Jervell 2002 s. 171, som imidlertid ikke begrunner standpunktet ut over en henvisning til formuleringen «loss and damage» i *Sveinbjörnsdóttir* (avsnitt 66). Som det vil ha fremgått av drøftelsene ovenfor, deler jeg ikke denne tolkningen av det EU/EØS-rettslige skadebegrepet.

⁵⁷² Det kan tilføyes at dette også er i samsvar med definisjonen av «injury» i FN's folkerettskommisjons utkast til regler om statsansvar artikkel 31 nr 2: «Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State». Se nærmere Crawford 2002 s. 201 flg.

uten særlig praktisk betydning ettersom deres eventuelle ansvar i slike tilfeller like gjerne kan knyttes direkte til deres forpliktelser i henhold til konvensjonen, jf. for norsk retts vedkommende menneskerettsloven § 1. For EU/EØS-institusjonene må imidlertid løsningen her være å anvende reglene om deres erstatningsansvar i TEUV artikkel 340 annet ledd og ODA artikkel 46 annet ledd i overenstemmelse med EU- og EFTA-statenes kollektive forpliktelser i henhold til EMK.⁵⁷³

EU/EØS-rettens nærmere vilkår for et krav om erstatning for ikke-økonomiske tap er i utgangspunktet de samme som gjelder ved krav om erstatning for økonomiske tap og som det vil bli redegjort for utførlig i de påfølgende kapitler.⁵⁷⁴ Samtidig er det etter min oppfatning klare holdepunkter i rettspraksis for å hevde at praktiseringen av ansvarsvilkårene avviker noe i tilfeller hvor det er spørsmål om erstatning for ikke-økonomisk skade, i hvert fall dersom man holder utenfor saker som gjelder ikke-økonomiske følger av personskader. Sakene hvor private markedsaktører, det være seg privatpersoner eller selskaper, er tilkjent erstatning for ikke-økonomisk skade på sitt gode navn og rykte, kjennetegnes av at EU-institusjonenes rettstridige atferd fremstår som klart klanderverdig (jf. noe nærmere i kapittel 7, punkt 7.13). Samtidig kan det synes som om det lempes noe på kravet til bevis for den påståtte skade/det påståtte tap (jf. punkt 5.7.7 nedenfor) så vel som på kravet til «direkte årsagsforbindelse» (jf. nærmere i kapittel 8, punkt 8.4.12). Alt i alt etterlater EU-domstolens praksis inntrykk av at erstatning for ikke-økonomisk skade tilkjennes (og utmåles) ut fra en nokså fri rimelighetsvurdering. I enkelte saker fremstår erstatning for ikke-økonomisk skade nærmest som en form for «plaster på såret» for skadelidte i et tilfelle hvor EU-institusjonene har opptrådt klanderverdig, men hvor strenge krav til bevis for lidte tap og for en tilstrekkelig direkte årsakssammenheng leder til at krav om erstatning for økonomiske tap ikke fører frem. Selv om det ikke er grunnlag for en særskilt form for strafferstaning («exemplary damages») i EU/EØS-rettslig sammenheng (jf. punkt 5.6 nedenfor), etterlater rettspraksis inntrykk av at erstatning for ikke-økonomiske tap tjener til å sanksjonere klanderverdig atferd fra EU-institusjonene. I realiteten sørger EU-domstolen med denne tilnærmingen for at man kan bruke EUs eget erstatningsansvar til å statuere eksempler uten samtidig å eksponere EU for de betydelige finansielle kostnader som vil følge med dersom man i stedet lempet på vilkårene for å tilkjenne erstatning for økonomiske tap.

⁵⁷³ Selv om EMK ikke er til hinder for at medlemsstatene overfører myndighet til en overnasjonal organisasjon som EU, kan ikke dette lede til at privates krav på erstatning for konvensjonskrenkelser undergraves, jf. bl.a. storkammeravgjørelsene *Matthews mot Storbritannia*, RJD 1999-I (sak 24833/94) og *Bosphorus mot Irland*, RJD 2005-IV (sak 45036/98). Det faller klart utenfor rammene for denne avhandlingen å gå nærmere inn på spørsmålet om og i så fall under hvilke forutsetninger EU/EØS-statene kan holdes ansvarlige i EMD for institusjonenes eventuelle konvensjonskrenkelser. Et interessant eksempel på at brudd på EMK artikkel 6 ble hensyntatt av EU-domstolen gir ankesaken C-185/95 P, *Baustahlgewebe mot Kommisjonen*, [P] Sml. 1998 s. I-8417, hvor EU-domstolen kompenserte for konvensjonsstridig sendretktighet i Underretten ved å redusere en bot for overtredelse av konkurranseregelverket fra 3 til 2,95 millioner ECU (Selv om Wurmnest 2003 s. 297-298 med rette påpeker at tilnærmingen representerer en sammenblanding av spørsmålet om erstatning for ikke-økonomisk skade som følge av svært lang saksbehandlingstid med spørsmålet om utmåling av en passende bot for en overtredelse av konkurranseregelverket). Et liknende eksempel fra senere tid er sak C-110/10 P, *Solvay mot Kommisjonen*, [SK] dom 25. oktober 2011, jf. særlig generaladvokat Kokotts innstilling i saken.

⁵⁷⁴ Jf. slik bl.a. Vaquer 2008 s. 40. Som påpekt av Askeland og Ulfbeck 2008 s. 503 er det her interessante forskjeller mellom EU-retten og skandinavisk rett.

5.5 Særlig om miljøskade

Spørsmålet om prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-retten kan anvendes for å sanksjonere offentlige myndigheters manglende etterlevelse av den stadig tiltakende mengden med EU/EØS-rettslige miljøregler, byr på visse særegne utfordringer.⁵⁷⁵ Blant disse er spørsmålet om miljøskade kan anses som erstatningsrettslig relevant skade i tilfeller hvor det vanskelig kan sies at noen er påført noe økonomisk tap i tradisjonell forstand. At offentlige myndigheter kan (og, som følge av forurenseren-betaler-prinsippet, på nærmere angitte vilkår også må) kreve erstattet sine utgifter knyttet til forebygging og avhjelp av slike miljøskader i henhold til miljøskadedirektivet (2004/35/EF) artikkel 8, gir ikke noe svar på om private kan holde staten ansvarlig dersom den ikke etterlever EU/EØS-rettslige miljøregler.

I tilfeller hvor miljøskadelig aktivitet rammer privat eiendom, må eieren – så fremt de øvrige vilkår for det offentliges erstatningsansvar er oppfylt – kunne kreve erstatning av det offentlige for utgifter knyttet til utbedring av skaden.⁵⁷⁶ Selv om skaden eventuelt skulle være uten betydning for eiendommens økonomiske verdi, er dette skade som kan utmåles i penger: Tapet tilsvarer utgiftene til gjenoppretting av den tidligere tilstanden.⁵⁷⁷ I prinsippet må også personskader og formueskader forårsaket av miljøskadelige aktiviteter som myndighetene i strid med EU/EØS-rettslige forpliktelser har tilskyndet eller unnlatt å gripe inn ovenfor, kunne kreves erstattet.⁵⁷⁸

Vurderingen er vanskeligere for det som kan betegnes som rene miljøskader, altså miljøskader som ikke står i sammenheng med skade på personer, eiendom eller formue. Av miljøskadedirektivet artikkel 3 (3) fremgår det uttrykkelig at direktivet ikke gir private noen rett til erstatning for slik skade – direktivets ordning er å legge retten til å kreve erstatning for ren miljøskade til offentlige myndigheter (artikkel 8). Nå leder allerede rangforholdet mellom sekundærretten og EU-rettens generelle prinsipper til at direktivet som sådan ikke kan være avgjørende for spørsmålet om ren miljøskade omfattes av prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-retten. Så vel den direktivspesifikke definisjonen av begrepet «miljøskade» (artikkel 2) som den

⁵⁷⁵ Jf. nærmere Wennerås 2007 s. 149-167 (med en rekke videre henvisninger).

⁵⁷⁶ Jf. nå senest EU-domstolen i sak C-420/11, *Leth mot Østerrike* (avsnitt 35-36) og nærmere generaladvokat Kokott i avsnitt 26 flg. i hennes innstilling i saken.

⁵⁷⁷ Sml. i norsk sammenheng forurensningsloven § 57 b (som Nygaard 2007 s. 68 betegner som «i samsvar med vanlege skadebotreglar»). Se også Monsen 2010 s. 27-29, som med rette påpeker at Rt. 1980 s. 309 *Nybrotteveidommen* ikke kan anses som uttrykk for gjeldende rett.

⁵⁷⁸ Merk avgrensningen i fjortende ledd i miljøskadedirektivets fortale: «Dette direktiv finder ikke anvendelse på personskade, skade på privat ejendom eller økonomiske tab og berører ikke rettigheder med hensyn til sådanne skader». Se til illustrasjon engelske Court of Appeals dom i saken *Bowden v South West Water Services* [1999] 3 CMLR 180, hvor det ble lagt til grunn at manglende gjennomføring i engelsk rett av direktiv 79/923/EØF om kvalitetskrav til skaldyrsvann kunne danne grunnlag for et krav om erstatning for tapte inntekter fra en skaldyrfisker.

omstendighet at særregelen om det offentliges rett (og plikt) til å kreve erstatning øyensynlig ble vurdert som påkrevd for å sikre erstatningsrettslig vern av utgiftene knyttet til gjenoppretting av den tidligere tilstand, tilsier imidlertid at det synes vanskelig å forankre et ansvar for offentlige myndigheter i slike tilfeller i medlemsstatenes felles erstatningsrettslige tradisjoner. Det har krav på interesse i denne sammenheng at direktivets løsning er fulgt opp av *Study Group on a European Civil Code*, som i PEL bok VI artikkel 2:209 har foreslått en bestemmelse som vil avklare at private *ikke* har adgang til å kreve erstatning direkte av forurenseren i slike tilfeller. Kommentarene og notene til den foreslåtte bestemmelsen understøtter oppfatningen av at medlemsstatenes nasjonale rettstradisjoner ikke gir særlig støtte for at private kan kreve dekket utgifter til å utbedre ren miljøskade (verken på egne eller på fellesskapets vegne og verken direkte mot forurenseren eller indirekte mot offentlige myndigheter).⁵⁷⁹ At muligheten for erstatningsrettslig sanksjonering av statenes forpliktelser på miljørettens område nok ville kunne bidra til miljøregelverkets gjennomslag i nasjonal rett, kan da neppe være tilstrekkelig.⁵⁸⁰

Effektivitetsargumentet svekkes dessuten av at et eventuelt erstatningskrav mot offentlige myndigheter i slike tilfeller ofte uansett vil strandre på et eller flere av de øvrige ansvarsvilkårene.⁵⁸¹ For direktiver som fastlegger miljøkrav knyttet til fellesgoder som grunnvann, drikkevann, luftkvalitet mv., er det usikkert om disse kan tolkes slik at de tillegger private erstatningsrettslig beskyttede rettigheter (jf., generelt, kapittel 6). I de mange tilfellene hvor EU/EØS-miljøregelverket «bare» pålegger myndighetene prosessuelle forpliktelser (slik som f.eks. direktiv 85/337/EF om konsekvensutredninger) vil kravet til årsakssammenheng by på problemer – myndighetene vil her typisk kunne forsvare seg med at man uansett ville gitt tillatelse til den aktivitet som har forårsaket miljø-

⁵⁷⁹ Jf. nærmere von Bar 2009 s. 529-537 (det er tilsynelatende bare Frankrike, Hellas og Nederland som har regler som åpner for private erstatningssøksmål i slike tilfeller). Ved første øyekast er det her motstrid mellom PEL bok VI artikkel 2:209 og åpningen i norsk rett for at også private interesseorganisasjoner kan reise krav om erstatning for skade forårsaket av ikke-tillatt forurensning som hindrer, vanskeliggjør eller begrenser utbyttet av å utøve allemannsrett utenfor næring, jf. forurensningsloven § 58 tredje ledd. Selv om søksmålet anlegges av en privat organisasjon, sikrer imidlertid § 58 fjerde ledd at erstatningsbeløpet tilfaller forurensningsmyndighetene. I realiteten er det derfor ikke snakk om å tillegge private erstatningsrettslig vernede rettigheter, men snarere om å gi dem prosessuell adgang til å håndheve det offentliges krav på erstatning på forurensningsmyndighetenes vegne. Av kommentarene til PEL bok VI artikkel 2:209 fremgår det uttrykkelig at bestemmelsen ikke er til hinder for slike løsninger, samtidig som det understrekes at dette ikke gir miljøorganisasjonene som sådan erstatningsrettslig beskyttede rettigheter, jf. von Bar 2009 s. 530.

⁵⁸⁰ Motsatt Wennerås 2007 s. 155-157, som særlig anfører EU-domstolens uttalelser i sak C-201/02, *The Queen, etter begjæring av Wells, mot Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, [A3] Sml. 2004 s. I-723 til støtte for en vid fortolkning av hvilke skader som omfattes av medlemsstatenes erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-retten. For egen del kan jeg ikke se at denne avgjørelsen, som er truffet av en liten avdeling med bare tre dommere og uten at erstatningsspørsmålet synes å ha vært prosedert for domstolen, gir grunnlag for en så vidtrekkende slutning. Jeg oppfatter generaladvokat Kokott i samme retning i hennes innstilling i sak C-420/11, *Leth mot Østerrike*, hvor hun i avsnitt 28 legger til grunn at uttalelsene i *Wells* og «ikke [kan] forstås således, at betingelserne for medlemsstaternes ansvar for overtrædelser af EU-retten ikke også skal være oppfylt i forbindelse med anvendelsen af VVM-direktivet». Strukturen i den etterfølgende dommen tyder på at EU-domstolen deler denne oppfatningen (se avsnitt 37-40).

⁵⁸¹ Jf. bl.a. Bell og McGillivray 2006 s. 224-225.

skaden, slik at eventuelle saksbehandlingsfeil er uten betydning.⁵⁸² Til dette kommer utfordringer knyttet til hvem som eventuelt skal ha rett til å anlegge et slikt søksmål mot offentlige myndigheter, samt spørsmålet om hva en eventuell dom skal gå ut på. I prinsippet kan man tenke seg at berørte privatpersoner hver for seg kan få tilkjent mindre beløp i erstatning for ikke-økonomisk skade som følge av reduserte naturopplevelser e.l., men effektivt blir et eventuelt erstatningsansvar først dersom staten kan dømmes til å dekke kostnadene med å avbøte miljøskaden. Dette forutsetter imidlertid at erstatningen tilfaller noen med tilstrekkelig gjennomføringsevne, samt dessuten et system som sikrer at erstatningen faktisk brukes til dette formålet.⁵⁸³ Vel for å ta hensyn til dette har Wennerås tatt til orde for at domstolene i stedet bør kunne avsi dommer som pålegger offentlige myndigheter å avhjelpe skaden på miljøet.⁵⁸⁴ Dette virker isolert sett fornuftig, men gjør det etter mitt syn samtidig vanskelig å betegne kravet som et erstatningskrav som omfattes av prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-retten. Det er vel snarere snakk om å etablere et nytt EU/EØS-rettslig virkemiddel for å tvinge statene til å rydde opp i miljøsynder som de på EU/EØS-stridig vis har medvirket til. Det faller utenfor rammene for denne avhandlingen å ta stilling til om hensynet til effektiv håndhevelse av EUs miljøregler (jf. nå også TEU artikkel 3) kan begrunne etableringen av et slikt nytt, miljørettslig «remedy» på ulovfestet grunnlag.

5.6 Særlig om straffeerstatning

Spørsmålet om EU/EØS-retten gir skadelidte noe krav på straffeerstatning i tilfeller hvor en medlemsstat overtrer EU/EØS-retten på en særlig grov måte, kan kort besvares benektende. Da EU-domstolen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* ble forelagt spørsmålet om prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på EU-retten innbefatter en parallell til den særskilte form for «exemplary damages» (også omtalt som «punitive damages») som i henhold til engelsk rett (om enn bare helt unntaksvis) kan tilkjennes dersom offentlige myndigheter skulle ha opptrådt «oppressively, arbitrarily or unconstitutionally», var svaret nei.⁵⁸⁵ I sin innstilling i saken påpekte generaladvokat Tesauro at dette er «en form for erstatning, der ikke kendes i de andre medlemsstaters retsordener» (avsnitt 121), og det kan da vanskelig argumenteres for at de al-

⁵⁸² I norsk sammenheng kan dette illustreres med Rt. 2009 s. 661 *Husebyskogen* (hvor det ble lagt til grunn at manglende konsekvensutredning ikke kunne ha virket bestemmende for kommunens omreguleringsvedtak, med den følge at det ikke var grunnlag for å kjenne vedtaket ugyldig).

⁵⁸³ Som et unntak fra hovedregelen om at «skadelidte» ikke er forpliktet til å bruke erstatningen til å gjenopprette den tidligere tilstand, jf. for eksempel PEL bok VI artikkel 6:201: «The injured person may choose whether or not to spend compensation on the reinstatement of their damaged interest».

⁵⁸⁴ Wennerås 2007 s. 156.

⁵⁸⁵ Jf. *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 89. Med tanke på private erstatningsansvar for brudd på Eus konkurranseregler er standpunktet fulgt opp i *Manfredi*, avsnitt 99. Dette må gjelde tilsvarende for EUs eget erstatningsansvar i henhold til TEUV artikkel 340 annet ledd, noe som for så vidt kan begrunnes allerede med ordlyden «erstatte skader» («make good any damage»/ «réparer ... les dommages» osv.), jf. nærmere Oliphant 2008 s. 244 og Koch 2009 s. 197.

minnelige rettsprinsipper som er felles for medlemsstatenes rettssystemer gir grunnlag for å gjøre straffeerstatning til en del av EU/EØS-ansvaret.

En annen sak er at EU-domstolen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* slo fast at ekvivalensprinsippet krever at særlige former for erstatning, slik som «exemplary damages» i henhold til engelsk rett, «må kunne tilkjendes under et søgsmål på grundlag af fællesskabsretten, hvis de kan tilkjendes under et tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret» (avsnitt 90). Spørsmålet ble kort drøftet av District Court i den avsluttende dom i *Factortame*, som avviste kravet under henvisning til at brudd på forbudet mot diskriminering ut fra nasjonalitet ikke var sammenlignbart med brudd på den engelske Race Relations Act 1977 (som åpner for slik erstatning), jf. [2001] 1 WLR s. 942.

Hvor langt unna en form for «exemplary damages» EU-retten er, kan likevel diskuteres: Som påpekt i punkt 5.4 kan det hevdes at EU-domstolens praksis knyttet til erstatning for ikke-økonomisk skade i tilfeller hvor EU-institusjonenes handlemåte fremstår som kvalifisert klanderverdig, både funksjonelt og med tanke på ansvarets innhold ligger nokså nært opptil det engelske jurister vil gjenkjenne som «exemplary damages».⁵⁸⁶ Overført til statenes erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-retten, kan EU-domstolens tilbøyelighet til å tilkjenne markedsaktører erstatning for ikke-økonomisk skade i slike tilfeller representere en nyskaping i norsk rett.⁵⁸⁷

5.7 Kravet til at skaden er reell og sikker

5.7.1 Innledning

Som nevnt i punkt 5.1 krever EU-domstolen i saker som gjelder EUs eget erstatningsansvar at skaden fremstår som reell og sikker (noe det som utgangspunkt og hovedregel påhviler saksøker å bevise, jf. punkt 5.7.2.6 nedenfor). Før det redegjøres nærmere for hva EU-domstolen legger i dette, skal det påpekes at domstolen langt fra alltid benytter akkurat disse adjektivene: tidvis kreves det i stedet (eller i tillegg) at skaden er «faktisk», «virkelig», «endelig», «indtrådt» «aktuell», «konkret» mv.⁵⁸⁸ Rent språklig er det unektelig visse nyanseforskjeller her, men EU-domstolen synes å oppfatte dette som variasjoner over samme tema. I senere tid synes imidlertid formuleringen reell og sikker skade å ha festnet seg («réel et certain», oversatt til «actual and

⁵⁸⁶ To eksempler (som begge omtales noe nærmere i punkt 5.7.2.5 nedenfor) er sak T-11/00, *Hautem mot Den europeiske investeringsbank*, Sml. 2000 s. II-4019 (avsnitt 51) og sak T-19/07, *Systran mot Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-6083 (avsnitt 325).

⁵⁸⁷ Jf. Askeland 2009 s. 115-122, som påpeker at det i skandinavisk rett bare finnes «elements of punitive damages» knyttet til erstatning for ikke-økonomiske følger av personskader (oppreisningserstatning) (s. 122).

⁵⁸⁸ Se utførlig Vaquer 2008 s. 27 flg. og Weitenberg 2008 s. 330, begge med en rekke henvisninger til tilsvarende terminologiske variasjoner i de engelske versjonene av EU-domstolens praksis (som her gjenspeiler tilsvarende variasjoner i de franske originalversjonene).

certain», «faktisk och säker», «tatsächlich und sicher» osv.). På dansk oversettes dette med «faktisk og reelt tab», men etter min oppfatning får ikke dette fullt ut frem det beviskrav som ligger i den franske originalen. Her gjengis derfor den engelske versjonen av det som etter hvert har karakter av en standardformulering:

«The second condition, relating to damage, requires that the damage for which compensation is sought be actual and certain ..., which it is for the appellants to prove ...»⁵⁸⁹

Hensynet til parallellitet mellom EUs og statenes erstatningsansvar tilsier at dette må gjelde tilsvarende for skade som det hevdes at statene hefter for. Dette er i tråd med generaladvokat Tesauros innstilling i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, hvor han la til grunn som en forutsetning for medlemsstatenes erstatningsansvar at det påståtte tap er «reelt», «sikkert» og «aktuelt» (avsnitt 91).

Også her er det av underordnet betydning om resultatet forankres direkte i et autonomt EU/EØS-rettslig skadebegrep eller i en vurdering av hvilke føringer effektivitetsprinsippet legger på nasjonal rett på dette punkt. Etter mitt syn er det nærliggende å betrakte forutsetningen om at tapet må være «reelt» og «sikkert» som krav til skadelidtes bevis for det påståtte tap snarere enn som en substansiell del av selve skadebegrepet, men her er oppfatningene i litteraturen delte.⁵⁹⁰ I tråd med bl.a. generaladvokat Jacobs' tilnærming i *Schmidberger* vil kravet til reell og sikker skade i det følgende bli vurdert gjennom effektivitetsprinsippet (og ekvivalensprinsippet). Det vil derfor først (punkt 5.7.2) bli redegjort for EU-domstolens forståelse av dette i relasjon til EUs eget erstatningsansvar, før det drøftes hvilken betydning EU-domstolens praksis har for nasjonale domstolers vurdering av om saksøker har ført tilstrekkelig bevis for den skade som han hevder nasjonale myndigheter har forårsaket (punkt 5.7.3).

⁵⁸⁹ Jf. sak C-243/05 P, *Agraz mot Kommisjonen*, [A3] Sml. 2006 s. I-10833 (avsnitt 27, henvisninger til tidligere praksis utelatt). Samme formulering gjenfinnes for eksempel i sak C-348/06 P, *Kommisjonen mot Girardot*, [A5] Sml. 2008 s. I-833 (avsnitt 54); sak C-374/07 P, *Mebrom mot Kommisjonen*, [A3] Sml. 2009 s. I-3* (avsnitt 80) og sak C-481/07 P, *SELEX mot Kommisjonen*, [A3] Sml. 2009 s. I-127* (avsnitt 36), samt bl.a. i Underrettens dommer i sak T-19/07, *Systran mot Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-6083 (avsnitt 268); sak T-88/09, *Idromacchine mot Kommisjonen*, dom 8. november 2011 (avsnitt 25); sak T-574/08, *Syndicat des thoniers méditerranéens m.fl. mot Kommisjonen*, dom 7. november 2012 (avsnitt 59) og sak T-114/11, *Giordano mot Kommisjonen*, dom 7. november 2012 (avsnitt 15) og i sak T-437/10, *Gap SA granen & producten mot Kommisjonen*, dom 16. mai 2013 (avsnitt 74). Formuleringens opphav synes å være Underrettens dom i sak T-478/93, *Wafer Zoo mot Kommisjonen*, Sml. 1995 s. 1479 (avsnitt 49) – i de tidligere avgjørelsene som Underretten viser til i denne saken (og som EU-domstolen selv påberoper seg i *Agraz*), heter det «bare» at det må være snakk om «et faktisk tab» («dommage reell»).

⁵⁹⁰ Jf. for eksempel Toth 1997 s. 180 flg. og Vaquer 2008 s. 27 flg., som drøfter kravet til reell og sikker skade under hhv. overskriftene «Nature of Damage» og «Substantive Requirements», mens Wurmnest 2003 s. 218, etter mitt syn med rette, betegner dette som «eine Frage des Beweisrechts». Noen praktisk betydning har dette neppe – som påpekt av Askeland og Ulfbeck 2008 s. 501 er det, i hvert fall for norske og danske jurister, nærliggende å anse «the material requisite of certainty» som dekket av «requirements concerning proof» (uten at det dermed er sagt at det i resultat er sammenfall mellom EU-retten og norsk og/eller dansk rett på dette punkt, jf. redegjørelsen for beviskravets nærmere innhold og betydning i punkt 5.7.2 og 5.7.3).

Innledningsvis bør det påpekes at EU-domstolen stiller like strenge krav til bevis for årsakssammenhengen mellom EU-institusjonenes rettstridige atferd og skadelidtes tap: Et erstatningskrav mot en EU-institusjon fører først frem dersom skadelidte fører bevis for at det påståtte rettsbrudd utgjør den «sikre årsag» til det tap som kreves erstattet (se kapittel 8, punkt 8.3.2). Sammenfallet i beviskravene leder til at det er uten praktisk betydning å forsøke sondre skarpt mellom de to bevisemaene. I de praktisk viktige tilfellene hvor det kreves erstatning for tapte inntekter som saksøker hevder ville fulgt av en rettighetsposisjon som vedkommende er blitt nektet på EU/EØS-stridig vis, er dette uansett knapt mulig – erstatningsrettslig relevant skade foreligger først dersom det er riktig at myndighetene på rettsstridig vis har avslått å treffe et begunstigende vedtak, tildele saksøker den aktuelle kontrakten e.l. Det fremstår som nokså tilfeldig om domstolene i slike tilfeller retter oppmerksomheten mot skadevilkåret eller mot årsaksspørsmålet.

Dette kan illustreres med saker hvor forbigåtte anbydere reiser erstatningssøksmål mot det offentlige for angivelige brudd på anskaffelsesregelverket: I EU forkaster Underretten regelmessig krav om erstatning for tapt fortjeneste under henvisning til at saksøker ikke har ført tilstrekkelig bevis for at man ville fått tildelt kontrakten om alt hadde gått riktig for seg.⁵⁹¹ Mens Høyesterett i Rt. 2001 s. 1062 *Nucleus* betrakter dette som et spørsmål om årsakssammenheng, ser Underretten det som et spørsmål om saksøker har ført bevis for at det foreligger et reelt og sikkert tap.⁵⁹²

5.7.2 Reell og sikker skade som forutsetning for EUs eget erstatningsansvar

5.7.2.1 Generelt om beviskravet

Illustrerende for de krav som EU-retten stiller til bevis for at det påståtte tap er «réel et certain» er følgende uttalelse fra generaladvokat Trabucchi i *Roquette frères*:

«For at opnå erstatning for et tap, er det ikke tilstrækkelig å angi, at det sandsynligvis er opstået, idet det tværtimod skal bevises, at tapet virkelig foreligger.»⁵⁹³

I dette tilfellet hadde saksøker, nettopp som følge av vanskelighetene med å føre tilstrekkelig bevis for angivelig tapte inntekter, nøydt seg med å kreve en symbolsk sum i

⁵⁹¹ Jf. for eksempel sak T-13/96, *TEAM mot Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-4073 (avsnitt 76) og sak T-160/03, *AFCOn mot Kommisjonen*, Sml. 2005 s. II-981 (avsnitt 113-114). Se også sak T-203/96, *Embassy Limousines mot EU-parlamentet*, Sml. 1998 s. II-4239, sak T-271/04, *Citymo mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-1375 og sak T-247/08, *C-Content mot Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-205*.

⁵⁹² Jf. særlig sak T-13/96, *TEAM mot Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-4073 (avsnitt 76) og sak T-160/03, *AFCOn mot Kommisjonen*, Sml. 2005 s. II-981 (avsnitt 113-114).

⁵⁹³ Innstilling i sak 26/74, *Roquette frères mot Kommisjonen*, Sml. 1976 s. 677 (på s. 693). (I den italienske originalen heter det at «probabilità» ikke er tilstrekkelig, en formulering av beviskravet som er oversatt med «likely» på engelsk, «probabilité» på fransk, «wahrscheinlich» på tysk osv.)

erstatning for den svekkede markedsposisjon som man mente skyldtes Kommisjonens rettsstridige atferd. EU-domstolen lot seg imidlertid ikke overbevise (avsnitt 24):

«... det forhold, at det sagsøgende selskab har begrænset sit krav til en symbolsk erstatning, fritager det ikke for at føre fuldt bevis for det lidte tab».

I den franske versjonen av dommen benyttes formuleringen «preuves concluantes», noe som i senere praksis tidvis er oversatt til «avgjørende beviser» på dansk.⁵⁹⁴ På engelsk kreves det «conclusive evidence», på svensk «övertygande bevisning», på tysk «schlüssige Beweise» osv. Denne formuleringen av beviskravet er senere gjentatt i en rekke avgjørelser fra så vel EU-domstolen som Underretten.⁵⁹⁵

Nevnes kan det også at generaladvokat Cruz Villalón i sin innstilling i *Spijker Infrabouw* formulerte beviskravet i tilfeller hvor en forbigått anbyder krever erstatning for positiv kontraktsinteresse som «en til vished grænsende sandsynlighed» (avsnitt 86) (I den spanske originalen er formuleringen «un grado de probabilidad próximo a la certeza», noe som er oversatt med «a level of probability close to certainty», «an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit», «en grad av sannolikhet som grænsar till visshet» osv.). Nå kan det innvendes at krav på erstatning for tapt fortjeneste i anbudssaker representerer en særegen kategori som rettfærdiggjør høyere beviskrav (se nærmere i punkt 5.7.2.4), men generaladvokatens formulering av beviskravet er her på linje med oppfatningen i kontinentaleuropeisk litteratur av det EU-rettslige beviskravet helt generelt. For eksempel omtaler Baumhof 1996 s. 35-37 og Hackspiel 2003 s. 447 beviskravet i dets alminnelighet nettopp som «die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit», noe som nærmere bestemt forutsetter «dass keine vernünftigen Zweifel am Vorliegen der behaupteten Tatsache bestehen». Og i sin innstilling 15. november 2012 i sak C-103/11, *Kommisjonen mot Systran* legger generaladvokat Cruz Villalón til grunn at EU-domstolen må prøve om Underretten faktisk har forsikret seg om at vilkårene for EUs eget ansvar i henhold til TEUV artikkel 340 annet ledd «klart og utvivlsomt var oppfylt» (avsnitt 5, min kursivering). I den franske originalen heter det at det må prøves om Underretten faktisk har forsikret seg om at ansvarsvilkårene var oppfylt «clairement et indubitablement».

For norske jurister kan kanskje EU-domstolens krav til «avgjørende beviser» for at det lidte tap er «sikkert» umiddelbart fortone seg som en noe fremmed avgrensning av erstatningsansvaret. Ut fra det alminnelige beviskrav i norsk erstatningsrett, alminnelig sannsynlighetsovervekt (overvektprinsippet), synes en slik konklusjon nærliggende.⁵⁹⁶ I en europeisk sammenheng representerer imidlertid det overvektsprinsipp som

⁵⁹⁴ Jf. bl.a. sak C-362/95 P, *Blackspur mot Rådet og Kommisjonen*, [A3] Sml. 1997 s. I-4775 (avsnitt 31).

⁵⁹⁵ Se fra EU-domstolens praksis for eksempel sak C-362/95 P, *Blackspur mot Rådet og Kommisjonen*, [A3] Sml. 1997 s. I-4775 (avsnitt 31); sak C-401/96 P, *Somaco mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 1998 s. I-2587 (avsnitt 71); sak C-481/07 P, *SELEX mot Kommisjonen*, [A3] Sml. 2009 s. I-127* (avsnitt 36). Fra Underrettens praksis kan det for eksempel vises til sak T-1/99, *T. Port mot Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-465 (avsnitt 55); sak T-351/03, *Schneider mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-2237 (avsnitt 119) og sak T-271/04, *Citymo mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-1375 (avsnitt 159).

⁵⁹⁶ Sml. Rt. 2001 s. 1062 *Nucleus*, hvor Høyesterett karakteriserte et krav til «klar sannsynlegovervekt» for at en forbigått anbyder ville fått tildelt kontrakten som «ei tilstramning av beviskravet for årsakssammenheng saman-

norske jurister gjerne tar som en selvfølge, unntaket snarere enn regelen. Selv om det er ikke ubetydelige innbyrdes forskjeller, er det generelle inntrykk at medlemsstatene på kontinentet generelt opererer med strengere beviskrav enn det overvektprinsipp som er utgangspunktet i norsk (og angloamerikansk) rett.⁵⁹⁷ I fransk rett synes det alminnelige utgangspunkt i sivile saker å være at dommeren må være *overbevist* om at en faktumpåstand er sann, noe som langt på vei er dekkende også for situasjonen i tysk rett.⁵⁹⁸ I lys av den innflytelse som fransk og tysk rettstradisjon har hatt ikke bare over de øvrige medlemsstater på kontinentet,⁵⁹⁹ men også mer direkte på EU-domstolens tilnærming til EU-retten, er det neppe overraskende at det alminnelige beviskrav i saker for EU-domstolen fremstår som like strengt.⁶⁰⁰

Selv om EU-domstolens beviskrav synes i samsvar med det alminnelige beviskrav i kontinental rett, er det grunn til å være oppmerksom på at det i enkelte land kan finnes særregler som letter på beviskravet nettopp knyttet til spørsmål om skade (og årsakssammenheng).⁶⁰¹ I tysk rett letter ZPO § 287 beviskravet for lidt skade, samtidig som det synes det å herske en viss uenighet knyttet til hvor strengt beviskravet for årsakssammenheng er.⁶⁰² I fransk (og italiensk og spansk) rett antas det imidlertid at så vel skade som årsakssammenheng må bevises med sikkerhet.⁶⁰³

Selv om det neppe er grunnlag for å karakterisere EU-domstolens krav til bevis for det påståtte tap som noen innstramming av et generelt beviskrav, representerer beviskravet utvilsomt et effektivt verktøy for å avgrense erstatningsansvaret.⁶⁰⁴ Dette kan formuleres dit hen at usikre tap ikke nyter noe reelt erstatningsrettslig vern i EU-

halde med det vanlege beviskravet» (s. 1079). Se nærmere om forholdet mellom det norske og det EU-rettslige beviskravet i punkt 7.3.

⁵⁹⁷ Se særlig Clermont og Sherwin 2002. Det kan innvendes mot fremstillingen at forfatterne overser de ikke ubetydelige forskjellene civil law-landene imellom, samt kanskje overdriver forskjellene mellom civil law- og common law-tradisjonene noe. At det er snakk om reelle forskjeller, kan likevel ikke være tvilsomt. Se nærmere om dette Strandberg 2012 s. 160 flg. (med en rekke videre henvisninger, herunder til diskusjonen i kjølvannet av artikkelen til Clermont og Sherwin).

⁵⁹⁸ Se for fransk retts vedkommende Clermont og Sherwin 2002 s. 247 flg. (med en rekke henvisninger til fransk prosesslitteratur) og for tysk retts vedkommende Strandberg 2012 s. 120 flg. (med en rekke henvisninger til tysk prosesslitteratur). Det kan nevnes at bevissspørsmålet er holdt åpent i PETL artikkel 2:105 («Damage must be proved according to normal procedural standards») og ikke omtalt overhodet i PEL bok VI, jf. til sistnevnte von Bar 2009 s. 753-754.

⁵⁹⁹ Strenge beviskrav er for øvrig ikke forbeholdt medlemsstater på kontinentet: I svensk rett er utgangspunktet et krav om «styrkt» eller «visat» sannsynlighetsovervekt, jf. Strandberg 2012 s. 100 flg.

⁶⁰⁰ Det kan synes som om verken flertall eller mindretall i Rt. 2012 s. 1556 *Gran & Ekran* er oppmerksom på dette i omtalen av det EU-rettslige beviskravet på konkurranserettens område.

⁶⁰¹ Se Strandberg 2012 s. 125.

⁶⁰² Rebhahn 2008 s. 204 hevder at i tyske og østerrikske domstoler anses årsakssammenheng først bevist dersom det er «a very high probability» for at skadelidtes påstand om slik sammenheng. Brüggemeier 2006 s. 620-621 argumenterer imidlertid for et lavere beviskrav. Ettersom EU-domstolens primære inspirasjonskilde synes å være fransk rett, er det ikke grunn til å forfølge dette spørsmålet nærmere i herværende sammenheng.

⁶⁰³ Jf. Troiano 2008 s. 415.

⁶⁰⁴ Selv for kontinentale jurister fremstår EU-domstolens krav til bevis som strengt, jf. Wurmnest 2003 s. 218: «Allgemein sind die Anforderungen der Rechtsprechung an den Schadensnachweis sehr streng».

rettslig sammenheng. I det følgende skal det redegjøres noe nærmere for hvilke konkrete utslag dette gir seg i en del typetilfeller som antas å ha interesse også for statenes erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-retten.

5.7.2.2 Bevis for fremtidig skade

Særlig utfordrende for saksøker er det å bevise eventuell fremtidig skade. Opprinnelig stilte EU-domstolen seg helt avvisende til slike krav under henvisning til at en skade som ennå ikke var inntrådt, ikke var sikker.⁶⁰⁵ Da spørsmålet dukket opp på ny i *Kampffmeyer Mühlenvereinigung*, henviste imidlertid generaladvokat Reischl til medlemsstatenes felles rettstradisjoner som et argument for at det også i EU-retten burde være mulig å kreve erstatning for fremtidig skade – om enn bare så fremt «skadesårsagen allerede foreligger ved sagens anlegg og de skadelige følger kan påregnes i nær fremtid med stor sandsynlighet».⁶⁰⁶ EU-domstolen sluttet seg til dette gjennom følgende prinsipputtalelse (avsnitt 6, min kursivering):

«Traktatens artikkel 215 [nå TEUV artikkel 340] er ikke til hinder for, at der ved Domstolen anlægges sag med henblik på at fastslå Fællesskabets ansvar for *umiddelbart forestående og med tilstrækkelig sikkerhed påregnelige skader*, selv om tabet endnu ikke kan opgøres nøjagtigt»

På samme vis som generaladvokaten underbygget EU-domstolen standpunktet ved å vise til rettsstilstanden i medlemsstatene. Det kunne vært tilføyd at dette også er i samsvar med de alminnelige folkerettslige ansvarsreglene.⁶⁰⁷ I den konkrete saken fant EU-domstolen at de påståtte tap var tilstrekkelig sikre og umiddelbart forestående (avsnitt 7-8). Dette er fulgt opp i senere rettspraksis, noe som har ledet til at EU-domstolene i noen ytterst få tilfeller har tilkjent erstatning for fremtidig skade.⁶⁰⁸

Fra Underrettens praksis skal det særlig vises til forente saker T-79/96, T-260/97 og T-117/98, *Camar og Tico mot Kommisjonen og Rådet*, Sml. 2000 s. II-2193. I to av sakene, T-260/97 og T-117/98, ble det fremsatt krav om erstatning (også) for fremtidige tap som følge av Kommisjonens påstått rettsstridige håndtering av regelverket for import av bananer til EU. I sak T-117/98 ble kravet avvist under henvisning til at de hverken var umiddelbart forestående eller påregnelige med tilstrekkelig sikkerhet (avsnitt 221-222). I sak T-260/97 fant derimot Underretten at disse vilkårene

⁶⁰⁵ Jf. forente saker 55/63 m.fl., *Modena mot Den høye myndighet*, Sml. (fransk utgave) 1964 s. 413 og forente saker 9/64 m.fl., *FERAM mot Den høye myndighet*, Sml. 1965 (fransk utgave) s. 401. Se nærmere Toth 1997 s. 181-182 og Wurmnest 2003 s. 213.

⁶⁰⁶ Forente saker 56/74 m.fl., *Kampffmeyer Mühlenvereinigung m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1976 s. 751.

⁶⁰⁷ Jf. nærmere Crawford 2002 s. 228-230.

⁶⁰⁸ Jf. for eksempel sak 59/83, *Biovilac mot EF*, Sml. 1984 s. 4057 (avsnitt 9) og sak 281/84, *Zuckerfabrik Bedburg mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1987 s. 49 (avsnitt 14). Søksmålet i sak 147/83, *Münchener Import-Weinkellerei mot Kommisjonen*, Sml. 1985 s. 257 ble derimot avvist under henvisning til at de påståtte tap var «både usikre og uklare» (avsnitt 20). Et eksempel av nyere dato på at et krav om erstatning for fremtidige tap ikke førte frem, gir sak T-19/07, *Systran mot Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-6083 (avsnitt 323) (dommen er anket av Kommisjonen, men selskapet har ikke motanket og anken berører følgelig ikke dette spørsmålet).

var oppfylt: De fremtidige tap som selskapet krevde erstattet var knyttet til de importkvoter som selskapet ville få tildelt i nærmeste fremtid og som ville bli beregnet ut fra referanseverdier som selskapet mente Kommissjonen hadde fastsatt i strid med den forordning som regulerte spørsmålet. Underretten påpekte at situasjonen med reduserte importkvoter «formentlig» ville vare ved og viste i den forbindelse til at de relevante forordninger opererte med samme referanseperiode også for de kvoter som skulle tildeles i år 2000 (avsnitt 194). I realitetsbehandlingen av erstatningskravet nøyde Underretten seg med å konstatere at når det først forelå et umiddelbart forstående og påregnelig tap, så var også det generelle kravet til at tapet var «virkelig» oppfylt (avsnitt 207).⁶⁰⁹ I det Underretten også fant de øvrige ansvarsvilkår oppfylt, er saken for øvrig et sjeldent eksempel på at en profesjonell markedsaktør vant frem med et krav om erstatning for tapte inntekter.⁶¹⁰

I tilfeller hvor vilkårene oppstilt i *Kampffmeyer Mühlenvereinigung* ikke er oppfylt, vil krav om erstatning for fremtidig skade bli avvist som prematurt.

Fra Underrettens praksis kan det særlig vises til sak T-478/93, *Wafer Zoo mot Kommissjonen*, Sml. 1995 s. II-1479 (avsnitt 49-50), samt, fra de senere år, sak T-300/07, *Evropaiki Dynamiki mot Kommissjonen*, Sml. 2011 s. II-4521 (avsnitt 174); sak T-57/09, *Alfastar Benelux mot Rådet*, dom 20. oktober 2011 (avsnitt 52) og sak T-436/09, *Dufour mot Den europeiske sentralbank*, dom 26. oktober 2011 (avsnitt 197-198).

5.7.2.3 Bevis for tapte inntekter

Selv om man holder tap av fremtidige inntekter utenfor, er det langt fra enkelt for en aktør som opererer på et konkurranseutsatt marked å føre tilstrekkelig bevis for et angivelig inntektstap. Dette skyldes ikke minst at EU-domstolen(e) som utgangspunkt og klar hovedregel ikke lar seg overbevise av henvisninger til den generelle utvikling på det aktuelle marked, omsetningstall, statistikk som viser tapte markedsandeler eller lignende: Det kreves konkrete bevis for tap av eksisterende kunder, tap av nærmere angitte kontrakter mv. *Roquette frères*, hvor generaladvokaten som nevnt uttalte at det ikke var tilstrekkelig at det var sannsynlig at det forelå et tap og hvor EU-domstolen fulgte opp med å kreve «fuldt bevis for det lidte tab», er illustrerende. Generaladvokat Trabucchi kom i denne sammenheng med følgende vurdering av beviskravet (s. 693):

«Jeg underkender ikke, at det kan være vanskelig at bevise det nøjagtige omfang af et som følge af en forskelsbehandling, der påvirker konkurrencen, lidt tab; jeg mener imidlertid, at det kan forventes af det sagsøgende selskab — uden at forlange, at det beviser tabets nøjagtige størrelse —

⁶⁰⁹ Prinsipielt er nok denne slutningen diskutabel – av EU-domstolens dom i *Kampffmeyer Mühlenvereinigung* fremgår det nokså klart at det er forskjell på det prosessuelle spørsmål om et krav om erstatning for fremtidig skade kan fremmes til realitetsbehandling og det materielle spørsmål om den påståtte skade er tilstrekkelig underbygget. Men i praksis er det svært vanskelig å se for seg at disse to vurderingene kan slå ulikt ut.

⁶¹⁰ Kommissjonens erstatningsansvar i denne saken ble stadfestet av EU-domstolen i ankesak C-312/00 P, *Cammar og Tico mot Kommissjonen og Rådet*, [P] Sml. 2002 s. I-11355. Anken rettet seg imidlertid bare mot selve ansvarsvurderingen, slik at EU-domstolen ikke hadde noen foranledning til å gå inn på skadevilkåret.

at det fører et bevis, som er en smule mindre almindeligt end det foreliggende. Det har nemlig innskærket sig til at fremlægge statistikker over udviklingen af den af dets konkurrenter foretagne udførsel til Frankrig. Som Kommissionen har bemærket, er det ikke godtgjort med disse statistiske data, at sagsøger har lidt et tab. En forøgelse af den af forskellige konkurrenter gennemførte udførsel til Frankrig, betyder ikke ubetinget, at der er opstået et tilsvarende tab for sagsøgeren. For så vidt skulle det have fremført mere konkrete holdepunkter, som for eksempel faste kunders udebliven, indgåelse af tabgivende forretninger eller lignende.»

Saksøker hadde anført at inntektstapet tilsvarte den fortjeneste som utenlandske konkurrenter beviselig hadde oppnådd gjennom økt eksport til Frankrike i det aktuelle tidsrom, men dette ble avvist av generaladvokaten (s. 693, min kursivering):

«Det er alt for enkelt at hævde, at det tab, der skal erstattes, er lig med de fordele, som mange konkurrerende virksomheder har opnået, og de konsekvenser, der ville være forbundet med en sådan almindelig indrømmelse, ville være alt for alvorlige.»

Det er vanskelig å lese dette som noe annet enn en erkjennelse av at det er en normativ vurdering av erstatningsansvarets potensielle omfang som er styrende for beviskravet, noe som er særlig interessant fordi generaladvokat Trabucchi samtidig innrømmet at «det vil være næsten umuligt at fremskaffe opplysninger om, i hvilket omfang et konkurrenceforholds forskjellige aspekter er blevet negativt påvirket, fordi der er ydet støtte til virksomheder i andre lande, som kan optræde på det samme marked» (s. 693). Resultatet er derfor en åpen erkjennelse av at usikre tap som dette ikke nyter noe reelt erstatningsrettslig vern.

EU-domstolen har stort sett fulgt opp den avvisende holdningen til statistisk materiale i senere saker, noe som leder til at beviskravet utgjør et effektivt verktøy for å avgrense erstatningsansvaret for påståtte inntektstap.

Basert på en gjennomgang av EU-domstolens daværende praksis konkluderte Toth i en artikkel fra 1997 som følger: «Since the standard of proof required by the Court is very high and the furnishing of adequate evidence may be difficult or even impossible, the failure or inability of the applicant to satisfy this requirement has led to the dismissal of the application in a number of cases».⁶¹¹ I sin avhandling fra 2003 fulgte Wurmnest opp ved å påpeke at EU-domstolens tilnærming gjør det svært vanskelig («höchst schwierig») å bevise inntektstap for en aktør som opptre på et konkurranseutsatt marked (s. 218-219). EU-domstolens praksis de senere år gir ikke grunnlag for noen annen vurdering, jf. eksempelvis de frifinnende dommene i sak T-1/99, *T. Port mot Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-465 (stadfestet i ankesak C-122/01 P, [A5] Sml. 2003 s. I-4261); sak T-198/05, *Mebrom mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-51* (stadfestet i ankesak C-374/07 P, [A3] Sml. 2009 s. I-3*); sak T-186/05, *SELEX mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-94* (stadfestet i ankesak C-481/07 P, [A3] Sml. 2009 s. I-127*); sak T-489/08, *Power-One Italy mot Kommisjonen*, Sml.

⁶¹¹ Toth 1997 s. 184-185 (under henvisning til en lang rekke avgjørelser fra slutten av 1950-tallet og frem til midten av 1990-tallet).

2011 s. II-149* (stadfestet i ankesak C-372/11 P, [A3] kjennelse 12. juli 2012); sak T-107/08, *Kazchrome mot Rådet og Kommisjonen*, dom 30. november 2011 og sak T-88/09, *Idromacchine mot Kommisjonen*, dom 8. november 2011 (påanket). Det kan ikke være påkrevd i herværende sammenheng å redegjøre i detalj for alle disse avgjørelsene. To av de seneste dommene, *Kazchrome* og *Idromacchine*, omtales imidlertid nærmere i kapittel 8 i forbindelse med årsakskravet (hhv. i punkt 8.3.2.9 og 8.3.7.2).

Selv om saksøker skulle klare å påvise tap av konkrete kunder/oppdrag, gjenstår det å bevise at den «sikre årsag» til kundenes valg av andre leverandører/tjenesteytere/produkter mv. er EU-institusjonenes rettsstridige atferd.⁶¹²

Beviskravet vil derimot kunne være mer overkommelig i tilfeller hvor de tapte inntektene ikke var ment å komme fra markedet, men fra offentlige myndigheter i form av ulike former for subsidier/støtte.

Viktig og illustrerende er her EU-domstolens dom i *Agraz*.⁶¹³ Underretten hadde i dette tilfellet frifunnet Kommisjonen for omfattende erstatningskrav fra en lang rekke produsenter av foredlete tomatprodukter.⁶¹⁴ Saksøkerne hevdet at Kommisjonen på rettstridig vis hadde fastsatt nivået på den produksjonsstøtte som de hadde krav på uten å innhente opplysninger om markedssituasjonen i Kina. I følge saksøkerne ledet denne unnlåtelsen til at støttenivået ble langt lavere enn det ellers ville vært. Underretten gav dem rett i at Kommisjonen ikke bare hadde opptrådt rettsstridig, men også ansvarsbetingende. Erstatningskravene ble likevel forkastet under henvisning til at Kommisjonens skjønnsmargin ved beregning av støttenivået medførte at det var «umulig med sikkerhet at afgøre indvirkningen af en hensyntagen til prisen, der betales producenter af kinesiske tomater, på støttebeløbet», noe som ifølge Underretten ledet til at de anførte tap ikke var av «reell karakter» (avsnitt 74-77).

I ankesaken kom EU-domstolen til at Underretten i dette tilfellet hadde stilt for strenge krav til saksøkernes bevis for den påståtte skade. EU-domstolen innledet vurderingen med følgende prinsipputtalelse (avsnitt 30-31, min kursivering):

«Det skal i denne forbindelse bemærkes, at den omstændighed, at en fællesskabsinstitution råder over en skønsmargin på det omhandlede område, ikke i sig selv automatisk fører til, at det påståede tab, som er en følge af institutionens retsstridige adfærd, ikke kan betragtes som reelt.

At drage den modsatte konklusion ville fratage erstatningssøgsmålet enhver effektiv rækkevidde på områder, såsom de fælles markedsordninger, hvor fællesskabsinstitutionerne ved udøvelsen af

⁶¹² Jf. fra Underrettens praksis de senere år særlig sak T-452/05, *Belgian Sewing Thread mot Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-1373 og sak T-561/08, *Gutknecht mot Kommisjonen*, dom 18. oktober 2011, som begge omtales nærmere i kapittel 8 om årsakskravet (hhv. i punkt 8.4.3.6 og punkt 8.4.4.8).

⁶¹³ Sak C-243/05 P, *Agraz mot Kommisjonen*, [A3] Sml. 2006 s. I-10833.

⁶¹⁴ Sak T-285/03, *Agraz mot Kommisjonen (dom nr. 1)*, Sml. 2005 s. II-1063.

deres beføjelser til at udstede regler og træffe beslutninger råder over en vid skønsmargin, navnlig under hensyn til disse områders betydning og økonomiske muligheder.»⁶¹⁵

Domstolen fulgte opp med å vise til at eksistensen av en skønsmargin for involverte EU-institusjoner ikke hadde vært til hinder for at man «i en række sager» hadde kommet til at det forelå et reelt tap (avsnitt 32).⁶¹⁶ EU-domstolen var enig i at det ikke var mulig å avgjøre nøyaktig hvilken støtte saksøkerne ville blitt tildelt dersom Kommisjonen hadde tatt hensyn til prisene på det kinesiske markedet, men påpekte treffende at dette bare ledet til at det var usikkerhet knyttet til «det påståede tabs nøjagtige omfang» og ikke til «selve tabets eksistens» (avsnitt 36).⁶¹⁷ Under henvisning til at det var ubestridt at Kina representerte en viktig konkurrent på dette området, samt til at også Underretten hadde lagt til grunn at de fastsatte referanseprisene var «mærkbart høyere» enn det de ville vært om Kommisjonen hadde tatt hensyn til prisene på det kinesiske markedet, konkluderte EU-domstolen med at det kunne «fastslås» at saksøkerne «nødvendigvis» ville befunnet seg i en bedre situasjon hvis Kommisjonen hadde beregnet støtten ut fra et korrekt grunnlagsmateriale (avsnitt 37-42). Under henvisning til generaladvokat Maduros innstilling i saken påpekte EU-domstolen at det «under disse omstendigheter» påhvilte *Kommisjonen* å føre bevis for at hensyntagen til prisene på det kinesiske markedet *ikke* ville ha påvirket støttenivået, noe domstolen kort konstaterte at Kommisjonen ikke engang hadde gjort noe forsøk på (avsnitt 40).

Usikkerheten knyttet til tapets størrelse ledet til at EU-domstolen nøyde seg med å oppheve dommen og sende saken tilbake til Underretten for utmåling av erstatningen. For Underretten kom partene til enighet om hvilket nivå støtten ville hatt om man hadde tatt hensyn til de kinesiske prisene (se sak T-285/03, *Agraz mot Kommisjonen (dom nr. 2)*, Sml. 2008 s. II-285*).

⁶¹⁵ Domstolen er her fullt på linje med generaladvokat Maduros innstilling i saken: «Hvis det forudsættes, at den pågældende institutions skønsmargin kan fungere som et kriterium for, om der er lidt et tab eller ej, medfører dette en risiko for, at erstatningssøgsmålet uden for kontrakt mister en stor del af dets virkning. Der kunne således befrygtes, at den indstævnte institution generelt blot ville gøre en vis handlefrihed gældende for at påvise, at denne frihed kunne anvendes til at nå frem til den samme løsning som den løsning, der forårsagede det påståede tab» (avsnitt 21).

⁶¹⁶ EU-domstolen underbygget imidlertid dette bare med å henvise til to saker – hhv. sag 74/74, *CNTA mot Kommisjonen*, Sml. 1975 s. 533 og 238/78, *Ireks-Arkady mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1979 s. 2955. Av disse er førstnevnte lite treffende – dommen referert i Sml. 1975 s. 533 var ikke siste ord i en sak som ble endelig avgjort i en dom publisert i Sml. 1976 s. 797 og hvor EU-domstolen kom til at saksøkerne likevel ikke hadde ført tilstrekkelig bevis for de påståtte tap. EU-domstolen kunne nok derfor med fordel ha vist til andre saker, eksempelvis Underrettens vurdering i de ovenfor omtalte forente saker T-79/96, T-260/97 og T-117/98, *Camar og Tico mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-2193.

⁶¹⁷ Også her fremstår dommen som et ekko av generaladvokat Maduros innstilling: «I erstatningssøgsmål må der sondres skarpt mellem efterprøvelsen af, om der foreligger et tab, og konstateringen af dette tabs nøjagtige indvirkning på de berørte personers situation. Det er ganske vist muligt, at et tab i praksis viser sig at have et meget begrænset omfang. For at påvise, at der er tale om et faktisk og reelt tab, er det imidlertid tilstrækkeligt at fastslå, at det hverken er rent hypotetisk eller blot eventuelt, men giver anledning til et tab, der kan evalueres. Et sikkert tab er ikke et tab, der kan beregnes nøjagtigt, men et tab, der normalt bør være en følge af den indstævnte institutions adfærd, og som kan opgøres» (avsnitt 26).

Selv om *Agraz* er et interessant eksempel på en sak hvor profesjonelle markedsaktører lykkes med å føre tilstrekkelig bevis for tapte inntekter, er det grunn til å påpeke at resultatet fremstod som temmelig opplagt: Straks EU-domstolen avviste Underrettens sammenblanding av spørsmålet om det forelå et tap og spørsmålet om tapets eksakte størrelse, var det åpenbart at saksøkerne var påført et reelt og sikkert tap.⁶¹⁸ Selv om den ovenfor gjengitte henvisningen i dommen til erstatningsansvarets effektive virkning er interessant, er det vanskelig å ta avgjørelsen til inntekt for noen generell lemning av det krav til bevis for de påståtte inntektstap som er stilt opp i andre saker.⁶¹⁹

Ferske eksempler på det som fremstår som temmelig hardhent håndtering av kravet til skadelidtes bevis for den påståtte skade gir Underrettens dommer 7. november 2012 i sak T-574/08, *Syndicat des thoniers méditerranéens m.fl. mot Kommisjonen* og sak T-114/11, *Giordano mot Kommisjonen*. Saksøkerne var eiere av franske fiskefartøyer som ble rammet av en forordning som nedla forbud mot fiske etter blåfintunfisk. Forordningen var kjent delvis ugyldig fordi den uten saklig grunn hadde gitt spanske fiskefartøyer rett til å fortsette å fiske i en uke mer enn fartøyer hjemmehørende i andre medlemsstater.⁶²⁰ Underretten forkastet imidlertid erstatningskravene under henvisning til at en fiskekvote ikke gir noen garanti for fangst og at saksøkerne følgelig ikke hadde påvist at fiskeforbudet hadde påført dem reell og sikker skade (avsnitt 61-64 i sak T-574/08 og avsnitt 17-20 i sak T-114/11). At det ikke utbetales erstatning i et tilfelle som dette, må være riktig. Begrunnelsen bør imidlertid etter mitt syn søkes i begrensninger i ugyldighetsvirkningene av den underkjente forordningen, snarere enn i mildt sagt anstrengte betraktninger om at en høyteknologisk fiskeflåte ikke kunne være «sikker» på å få fisk (i en situasjon hvor spanske fartøyer i samme område og i den aktuelle periode vitterlig fisket tunfisk).

5.7.2.4 Særlig om bevis for tapt fortjeneste i anbudssaker

Særlig illustrerende for beviskravets konsekvenser for krav om erstatning for tapt fortjeneste er rettspraksis knyttet til EU-institusjonenes eventuelle erstatningsansvar for brudd på EUs anskaffelsesregelverk. Så vidt vites er det her *ingen* eksempler i rettspraksis på at en forbigått anbyder har vunnet frem med krav om erstatning for tapt fortjeneste: I praksis synes det tilnærmet umulig for saksøker å bevise at det er «sikkert» at man ville fått tildelt kontrakten om alt hadde gått riktig for seg.

Underrettens drøftelse i *AFCOn* er illustrerende:

⁶¹⁸ Det samme gjelder den temmelig parallelle sak T-437/10, *Gap SA granen & producten mot Kommisjonen*, dom 16. mai 2013 (se avsnitt 74-77).

⁶¹⁹ Det er heller ingen holdepunkter i senere avgjørelser fra Underretten eller EU-domstolen som tyder på noen slik utvikling.

⁶²⁰ Jf. EU-domstolens dom 17. mars 2011 i sak C-221/09, *AJD Tuna mot Direttur tal-Agricoltura u s-Sajd*, [A5], Sml. 2011 s. I-1655, sammenholdt med Underrettens kjennelse 14. februar 2012 i sak T-305/08, *Italia mot Kommisjonen*.

«Det tab i form af tabt fortjeneste, som AFCon har gjort gældende, forudsætter, at AFCon var berettiget til at få kontrakten tildelt. Selv om Kommissionen havde foretaget en undersøgelse vedrørende forbindelsen mellem A og GFA og fundet, at der forelå en hemmelig forståelse, der kunne begrunde en udelukkelse af GFA, kunne AFCon imidlertid *ikke være sikker på at få tildelt kontrakten*. Den ordregivende myndighed er nemlig ikke bundet af Bedømmelsesudvalgets forslag, men har et vidtgående skøn med hensyn til, hvilke omstændigheder der skal tages i betragtning ved afgørelsen om tildeling af kontrakten ... Sagsøgerne har ganske vist med hensyn hertil påberåbt sig Revisionsrettens særberetning nr. 16/2000 om udbudsprocedurerne for tjenesteydelsesaftaler under Phare- og Tacis-programmerne ... , hvoraf det fremgår, at der er indgået 120 kontrakter i henhold til disse programmer, samt at Kommissionen i de 117 tilfælde har fulgt Bedømmelsesudvalgets forslag. *Disse statistiske oplysninger tillader imidlertid ikke i det foreliggende tilfælde at fastslå, at kontrakten med sikkerhed ville være blevet tildelt AFCon, hvis GFA var blevet udelukket fra proceduren*. Følgelig er tabet i form af AFCons tabte fortjeneste *ikke aktuelt, reelt og sikkert, men hypotetisk*. Dette tab kan derfor ikke erstattes.»⁶²¹

I senere saker har forbigåtte anbydere forsøkt å unngå å måtte bevise at man «med sikkerhet» ville fått oppdraget ved å nøye seg med å kreve erstatning for tapet av mulighet til å vinne kontrakten («loss of a chance»), men Underretten har stilt seg avvisende til at det kan være lettere å vinne frem ved å formulere kravet på dette viset.⁶²²

Nå bør det påpekes at anbudssakene er nokså spesielle, i det det kan hevdes at erstatning for tapt fortjeneste i realiteten innebærer at det utledes rettsvirkninger av en kontrakt som ikke er inngått (og som den forbigåtte anbyder heller ikke har noe rettskrav på). Underretten har understreket dette i flere avgjørelser og tidvis uttrykt seg på et vis som synes helt å utelukke erstatning for positiv kontraktsinteresse, jf. særlig sak T-203/96, *Embassy Limousines mot EU-parlamentet*, Sml. 1998 s. II-4239 (avsnitt 96); sak T-271/04, *Citymo mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-1375 (avsnitt 161-163) og sak T-461/08, *Evropaiki Dynamiki mot Kommisjonen*, dom 20. september 2011 (avsnitt 211). Andre avgjørelser som nevnte *AFCon* (avsnitt 113-114), sak T-13/96, *TEAM mot Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-4073 (avsnitt 76), sak T-40/01, *Scan Office Design mot Kommisjonen*, Sml. 2002 s. II-5043 (avsnitt 108 flg.) og sak T-495/04, *Belfass mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-781 (avsnitt 125) tilsier imidlertid at det i prinsippet er mulig å vinne frem med et krav om erstatning for tapt fortjeneste. EU-domstolens generelle oppfatning av at tapt fortjeneste ikke kan utelukkes fra statenes erstatningsansvar for brudd på EU-retten (jf. punkt 5.3), sammen med domstolens oppfatning av at statenes brudd på anskaffelsesregelverket følger dette alminnelige ansvaret (jf. *Spijker Infrabouw*, avsnitt 87), tilsier klart at dette må være riktig, jf. slik også Caranta 2011 s. 174-175. Det hører imidlertid med at generaladvokat Cruz Villalón i sin innstilling i *Spijker Infrabouw* tok til orde for at EU-domstolen burde stadfeste at det kan kreves erstatning for tapt fortjeneste også i anbuadsrettslig sammenheng (avsnitt 109-112, jf. avsnitt 85 flg.), men at domstolen noe overraskende vek tilbake fra dette. Uten å vise til Underrettens praksis, uttalte EU-domstolen at det

⁶²¹ Sak T-160/03, *AFCon mot Kommisjonen*, Sml. 2005 s. II-981 (avsnitt 112-114) (henvisninger utelatt, mine kursiveringer). Se tilsvarende sak T-13/96, *TEAM mot Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-4073 (avsnitt 76).

⁶²² Jf. sak T-271/04, *Citymo SA mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-1375 (avsnitt 161-164) og sak T-495/04, *Belfass mot Rådet*, Sml. 2008 s. II-781 (avsnitt 127).

i dens egen praksis «for så vidt angår appelsager på området for tildeling af offentlige kontrakter» foreløpig ikke er fastlagt «detaljerede kriterier for fastsettelsen og vurderingen af erstatningen» (avsnitt 88). Det er fristende å spekulere i om EU-domstolen kan ha vært oppmerksom på at Underrettens praksis på dette punkt fremstår som uklar, samtidig som den aktuelle foreleggelsessaken kanskje ikke var rette anledning for å se nærmere på spørsmålet om anbudstretts særtrekk eventuelt kan rettferdiggjøre et unntak fra utgangspunktet om at tappt fortjeneste omfattes av det offentlige erstatningsansvar. Helt avklart er derfor rettstilstanden på dette punkt neppe.

5.7.2.5 Bevis for ikke-økonomisk skade

At den skade som kreves erstattet ikke er av økonomisk karakter, fritar i utgangspunktet ikke saksøker fra å føre bevis for at skaden er reell og sikker, jf. eksempelvis følgende formulering fra Underretten i saken *BAI* fra 1999:

«... for at opnå erstatning for den ikke-økonomiske skade, det sagsøgende selskab hævder at have lidt, skal selskabet bevise, at det har lidt en faktisk og utvivlsom skade.»⁶²³

I praksis har imidlertid EU-domstolene lempet på beviskravet ved å stille seg nokså fritt til hvilke krenkelser som kan gi opphav til krav om erstatning for ikke-økonomisk skade. Selv om Underretten i *Embassy Limousines* ikke fant det bevist at EU-parlamentet hadde krenket selskapets gode navn og rykte, så ble det tilkjent om lag 320.000 belgiske franc i erstatning for ikke-økonomisk skade for den «situation præget af usikkerhed» som parlamentet hadde forårsaket gjennom sin lite heldige håndtering av anbudskonkurransen.⁶²⁴ Et liknende eksempel fra EU-domstolens praksis er *Castille*, hvor EU-domstolen tilkjente en tjenestemann 25.000 belgiske franc i erstatning *ex aequo et bono* selv om det var på det rene at det ikke var årsakssammenheng mellom den omstendighet at Kommisjonen ikke hadde utarbeidet en bedømmelsesrapport om saksøker og det forhold at han ikke ble forfremmet til en høyere stilling: I følge EU-domstolen var det tilstrekkelig at forsinkelser med utferdigelse av slike bedømmelser «i sig selv kan være til skade for tjenestemanden, alene fordi det kan påvirke hans karriereforløp».⁶²⁵ Og i *Hautem* uttalte Underretten at den (unektelig nokså spesielle) omstendighet at Den europeiske investeringsbanken nektet å oppfylle en dom avsagt av Underretten (i påvente av utfallet av ankebehandlingen for EU-domstolen, men uten at man hadde begjært at anken skulle gis oppsettende virkning)

⁶²³ T-230/95, *BAI mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. II-123 (avsnitt 38). Fra senere tid kan det for eksempel vises til sak T-88/09, *Idromacchine mot Kommisjonen*, dom 8. november 2011 (avsnitt 61 og 86).

⁶²⁴ Sak T-203/96, *Embassy Limousines mot EU-parlamentet*, Sml. 1998 s. II-4239 (avsnitt 108).

⁶²⁵ Forente saker 173/82 m.fl., *Castille mot Kommisjonen*, Sml. 1986 s. 497 (avsnitt 35-37, min kursivering).

«i sig selv» utgjorde *et inngrep i borgernes tillit til EUs rettsystem* som gav opphav til ikke-økonomisk skade for den part som hadde fått medhold gjennom dommen.⁶²⁶

I *BAI* fulgte Underretten opp det innledningsvis siterte utgangspunktet om bevis for den påståtte ikke-økonomiske skade med følgende generelle nyansering (avsnitt 39):

«Eftersom sökanden inte på något sätt har visat vare sig att en ideell skada föreligger eller hur stor den är måste den åtminstone visa att kommissionens kritiserade handlande var så allvarligt att det kunde förorsaka sökanden en sådan skada.»⁶²⁷

Underretten har fulgt opp denne tilnærmingen i senere saker, jf. eksempelvis *SELEX*.⁶²⁸ I den konkrete saken fant imidlertid Underretten at saksøker ikke hadde påvist at Kommisjonens opptreden var av en slik karakter at den var egnet til å skade selskapets gode navn og rykte. Selskapets anke gav EU-domstolen foranledning til å slutte seg til Underrettens formulering av bevistemaet i disse tilfellene – i følge EU-domstolen var det korrekt av Underretten å kreve at saksøker i det minste påviste at Kommisjonens handlemåte var egnet til å påføre selskapet den påståtte skade.⁶²⁹

I den konkrete saken var det temmelig opplagt at det ikke var grunnlag for å tilkjenne erstatning for ikke-økonomisk skade. Saksøker var et italiensk selskap som leverer løsninger for koordinering av lufttrafikk og sakens bakgrunn var selskapets oppfatning av at Eurocontrol (Den europeiske organisasjon for luftfartssikkerhet) opptrådte i strid med EUs konkurranseregler. Da Kommisjonen viste seg å være av en annen oppfatning, anla selskapet både et ugyldighetssøksmål mot denne beslutningen og, parallelt, et omfattende erstatningssøksmål med krav om erstatning for tap som man hevdet at Kommisjonens manglende inngripen hadde påført selskapet. Ugyldighetssøksmålet ble forkastet av Underretten i en dom som etter anke ble stadfestet av EU-domstolen.⁶³⁰ Selv om saksøker fikk medhold i at Kommisjonen på enkelte punkter hadde tatt feil av konkurransereglens anvendelse på visse sider av Eurocontrols virksomhet, er det ikke mulig å se hvordan Kommisjonens håndtering av saken på noe vis skulle kunne være egnet til å skade saksøkers gode navn og rykte (enn si så klanderverdig at det kunne være aktuelt med erstatning for ikke-økonomisk skade).

⁶²⁶ Sak T-11/00, *Hautem mot Den europeiske investeringsbank*, Sml. 2000 s. II-4019 (avsnitt 51). Underretten fulgte opp med å karakterisere den ikke-økonomiske skaden som «alvorlig» og tilkjente saksøker en erstatning på 25.000 euro. I realiteten er dette et eksempel på «exemplary damages» i EU-rettslig sammenheng.

⁶²⁷ Gjengitt på svensk fordi den danske versjonen er misvisende (jf. formuleringen «har påført» hvor det burde ha stått «kunne ha påført»). I den franske versjonen heter det at saksøke i det minste må påvise at «le comportement incriminé de la Commission était, par sa gravité, de nature à causer un tel dommage dans son chef».

⁶²⁸ Sak T-186/05, *SELEX mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-94*.

⁶²⁹ Sak C-481/07 P, *SELEX mot Kommisjonen*, [A3] Sml. 2009 s. I-127* (avsnitt 38).

⁶³⁰ Se hhv. sak T-155/04, *SELEX mot Kommisjonen («Eurocontrol»)*, 2006 s. II-4797 og ankesak C-113/07 P, *SELEX mot Kommisjonen («Eurocontrol»)*, [A5] Sml. 2009 s. I-2207.

Den nokså fleksible tilnærmingen til om skadelidte er påført reell og sikker skade av ikke-økonomisk karakter illustreres godt av *Systran* og *Idromacchine*.⁶³¹ I *Systran* la Underretten uten videre til grunn at et inngrep i saksøkers opphavsrett hadde resultert i ikke-økonomisk skade. Noe forsøk på å identifisere skaden ble ikke gjort, i det Underretten i stedet rettet oppmerksomheten mot Kommisjonens atferd. Under henvisning til at «Kommisjonen som institusjon har taget initiativ til en række bestemmelser om harmonisering af lovgivningerne om ophavsret inden for Fællesskabet, som ikke er blevet overholdt i den foreliggende sag», karakteriserte Underretten forholdet som «alvorlig» og konkluderte med at det *burde* tilkjennes erstatning for ikke-økonomisk skade (avsnitt 325). I *Idromacchine* slo Underretten fast at allerede den omstendighet at Kommisjonen på rettsstridig vis hadde publisert i EU-tidende uriktige, negative opplysninger som etter sitt innhold var egnet til å skade selskapets anseelse og rykte, var tilstrekkelig bevis for at selskapet også faktisk var påført reell og sikker skade av nevnte karakter (avsnitt 60-62). Samtidig avviste Underretten krav om erstatning for ikke-økonomisk skade fra de to personene som sammen eide samtlige aksjer i selskapet og som utgjorde dets ledelse. En anførsel om at Kommisjonen også hadde skadet deres gode navn og rykte ble avvist under henvisning til at Kommisjonen ikke hadde navngitt dem, bare selskapet (avsnitt 87-90).⁶³² Og en anførsel om at Kommisjonen hadde påført dem psykisk ubehag i form av uro, usikkerhet og frustrasjon ble avvist med den interessante begrunnelse at Kommisjonens handlemåte vanskelig kunne ha «framkallat ett obehag som går utöver vad som normalt följer av affärslivet för företagsledare» (avsnitt 92). Realiteten i *Systran* så vel som *Idromacchine* er at spørsmålet om det foreligger en reell og sikker skade av ikke-økonomisk karakter konsumeres av en normativ vurdering av Kommisjonens opptreden i saken.

Det kan tilføyes at EUs særdomstol for personalsaker – Personalretten – helt uten videre legger til grunn at rettsstridig atferd fra en EU-institusjon som leder til at en avgjørelse i en personalsak blir erklært ugyldig, påfører den berørte tjenestemann eller -kvinne ikke-økonomisk skade som følge av den situasjon preget av usikkerhet som derved oppstår, jf. fra den senere tid eksempelvis sak F-63/10, *BL mot Kommisjonen*, dom 13. juni 2012 (avsnitt 108) og sak F-31/10, *Guittet mot Kommisjonen*, dom 13. juni 2012 (avsnitt 111).

⁶³¹ Sak T-19/07, *Systran mot Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-6083 (dommen ble senere opphevet av EU-domstolen, men uten at dette er av betydning i herværende sammenheng) og sak T-88/09, *Idromacchine mot Kommisjonen*, dom 8. november 2011 (påanket).

⁶³² Underrettens avvisning av saksøkernes henvisning til sak T-231/97, *New Europe Consulting og Brown mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. II-2403 stadfester inntrykket av at den identifikasjon mellom selskap og daglig leder/eier som fant sted i den saken må betraktes som et unntakstilfelle.

5.7.2.6 Plassering av tvilsrisikoen

Som det vil ha fremgått av fremstillingen ovenfor er det klare utgangspunkt er at det påhviler saksøker å føre bevis for at det foreligger en reell og sikker skade.⁶³³ For spørsmålet om det unntaksvis er grunnlag for å la tvilsrisikoen gå over på de saksøkte myndigheter, vises det til drøftelsen av det tilsvarende spørsmålet i forbindelse med kravet til bevis for årsakssammenhengen mellom det påståtte tap og myndighetenes rettsstridige atferd (se kapittel 8, punkt 8.3.2.3).

5.7.3 Reell og sikker skade som forutsetning for EØS-statenes erstatningsansvar

Gitt min oppfatning av at kravet til at skaden er «sikker» og «reel» primært må forstås som et beviskrav, er det effektivitetsprinsippet og ekvivalensprinsippet som avgjør hvilken betydning dette har for nasjonale domstoler som skal vurdere om myndighetenes brudd på EU/EØS-retten har påført saksøker en skade.

For så vidt gjelder effektivitetsprinsippet, kan dets betydning med generaladvokat Jacobs innstilling i *Schmidberger* formuleres som et spørsmål om nasjonale krav til bevis for den påståtte skade «gør det umuligt eller urimeligt vanskelig at opnå erstatning for, eller bevise eksistensen af, en bestemt type skade» (avsnitt 34). Nå kan det innvendes at denne problemstillingen er farlig nær sirkulær: Bevisspørsmålet er jo knyttet til eksistensen av den skade som effektivitetsprinsippet krever at nasjonal rett ikke gjøre det umulig eller urimelig vanskelig å få erstattet. Tilnærmingen synes å forutsette at det *a priori* eksisterer en erstatningsrettslig relevant skade som nasjonale bevisregler kan komme til å fornekte, mens situasjonen – i hvert fall fra et nasjonalt perspektiv – vel snarere er at det er bevisreglene som avgjør om det rettslig sett overhodet foreligger noen skade som effektivitetsprinsippet kan beskytte. Poenget er likevel klart nok: Nasjonale bevisregler knyttet til skadevilkåret kan ikke undergrave det erstatningsrettslige vernet av de rettigheter som EU/EØS-retten tillegger private.

Effektivitetsprinsippets nærmere betydning for nasjonale bevisregler vil imidlertid neppe bli særlig stor. Forklaringen ligger i EU-domstolens ovenfor gjengitte krav til at skadelidtes tap er «sikkert» og «reelt». Her som ellers er det ikke mulig å rettferdiggjøre en rettstilstand hvor effektivitetsprinsippet setter til side nasjonale regler som *ikke* er strengere enn dem EU-domstolen selv opererer med i anledning EUs eget erstatningsansvar. Så lenge nasjonal rett ikke gir anvisning på beviskrav som er enda strengere enn det som fremgår av EU-domstolens ovenfor omtalte praksis, må det antas at reglene er i overensstemmelse med effektivitetsprinsippet. Omvendt skal det

⁶³³ Se for eksempel sak C-243/05 P, *Agraz mot Kommissjonen*, [A3] Sml. 2006 s. I-10833 (avsnitt 27) og den øvrige praksis som det er vist til i punkt 5.7.1 ovenfor.

nok ikke mye til før eventuelle nasjonale beviskrav som *er* strengere enn dem som gjelder for EUs eget erstatningsansvar havner i faresonen, men i hvert fall for norsk retts vedkommende fremstår dette som en lite aktuell problemstilling.

Spørsmålet om hvilke krav nasjonal rett kan stille til bevis for det tap som saksøker hevder at nasjonale myndigheter har forårsaket gjennom tilsidesettelse av EU/EØS-rettslige rettigheter, har hittil bare dukket opp for EU-domstolen ved to anledninger – i *Schmidberger* og i *Spijker Infrabouw*. I *Schmidberger* slo imidlertid EU-domstolen fast at østerrikske myndigheters tillatelse til en politisk demonstrasjon som blokkerte Brennerpasset for tungtransport i om lag halvannet døgn ikke representerte noe brudd på EU-rettens regler om frie varebevegelser, noe som ledet til at man ikke fant grunn til å gå inn på de forelagte spørsmål knyttet til erstatningsansvaret. Og i *Spijker Infrabouw* nøyde domstolen seg med å vise helt generelt til at nasjonal rett også på dette punkt må iakttas effektivitetsprinsippet og ekvivalensprinsippet (avsnitt 90-92).

I fravær av klare føringer fra EU-domstolen, fortjener generaladvokatenes innstillinger i *Schmidberger* og *Spijker Infrabouw* oppmerksomhet.

Saksforholdet i *Schmidberger* er særlig illustrerende fordi Landesgericht Innsbruck i første instans hadde forkastet erstatningssøksmålet nettopp under henvisning til at det ikke var ført tilstrekkelige bevis for at blokaden av Brennerpasset hadde påført selskapet noe tap. Ut fra alminnelige østerrikske beviskrav hadde retten krevd konkrete bevis for at Schmidberger ville ha transportert gods gjennom Brennerpasset om det ikke var for blokaden. I anken anførte selskapet at man kunne bevise at flere planlagte transportoppdrag var blitt hindret, men også – og i denne sammenheng av langt større interesse – at det beviskrav som Landesgericht Innsbruck hadde lagt til grunn var i strid med effektivitetsprinsippet. I følge selskapet tilsa hensynet til effektiv beskyttelse at det måtte være mulig å anse allerede den tapte muligheten for inntjening som et erstatningsrettslig relevant tap. På denne bakgrunn besluttet ankeinstansen å spørre EU-domstolen om skadevilkåret måtte anses oppfylt dersom selskapet kunne godtgjøre at man ville hatt mulighet for å utføre transportoppdrag om det ikke var for blokaden, men uten å kunne påvise at nærmere angitte oppdrag falt bort.

I sin innstilling i saken påpekte generaladvokat Jacobs at skade utgjør en helt avgjørende forutsetning for at et erstatningssøksmål mot offentlige myndigheter for brudd på EU-retten skal kunne føre frem og at det derfor er «viktig» at nasjonal rett ikke gjør det umulig eller urimelig vanskelig å bevise eksistensen av den påståtte skade (avsnitt 34).⁶³⁴ Til tross for en nokså inngående drøftelse, fremstår imidlertid de EU-rettslige føringer som generaladvokaten deretter formulerte som svært vage. Det avvi-

⁶³⁴ Problemstillingens sirkulære karakter er alt påpekt.

ses riktignok at fremleggelse av annullerte kontrakter kan være eneste mulighet for å påvise et reelt tap (avsnitt 41), men dette synes heller ikke å være situasjonen etter østerriksk rett. De mer konkrete innvendinger Landesgericht Innsbruck hadde mot det bevismaterialet Schmidberger hadde tilbudt, kunne generaladvokaten rimeligvis vanskelig vurdere (avsnitt 38-40). Heller ikke østerriksk retts krav til hvordan bevisene må føres hadde generaladvokaten noen innvendinger mot (avsnitt 42-43). Det mer prinsipielle spørsmål knyttet til om allerede den tapte muligheten for inntjening måtte anses som et erstatningsrettslig relevant tap, forble ubesvart. En avsluttende henvisning til at saksøkers bevisbyrde ikke kunne være så vanskelig å løfte at det blir umulig å vinne frem med søksmål «der er berettiget ifølge fællesskabsretten» fremstår som sirkulær og uansett lite annet enn en generell omskrivning av effektivtetsprinsippet.

Generaladvokatens henvisning til *San Giorgio*, hvor EU-domstolen slo fast at private som krever tilbakebetalt ulovlig oppkrevde avgifter ikke kan møtes med nasjonale regler som pålegger dem å bevise at avgiftene ikke er overveltet på senere omsetningsledd, synes imidlertid lite treffende: At EU-domstolen har kommet til at statene må ha bevisbyrden for slike innsigelser, må betraktes som et unntak begrunnet i de særlige bevisproblemer som omveltningssinnsigelsene gir opphav til og som vanskelig kan utstrekkes ut over disse tilfellene (i motsatt fall ville det være lite igjen av hovedregelen om at det påhviler saksøker å føre bevis for det påståtte tap).

Til forskjell fra *Schmidberger* var de spørsmål EU-domstolen ble forelagt i *Spijker Infrabouw* mer generelle i formen og knyttet til de bevisproblemer som erfaringsmessig oppstår i tilfeller hvor en forbigått anbyder krever erstatning for tapt fortjeneste. Foreleggelsen gav imidlertid, som alt nevnt, generaladvokat Cruz Villalón anledning til å formulere beviskravet for at saksøker ville fått tildelt den aktuelle kontrakten som «en til vished grænsende sandsynlighed» (avsnitt 86).⁶³⁵ Etter å ha påpekt at de relevante anbudsdirektivene ikke regulerer spørsmålet,⁶³⁶ ble effektivitetsprinsippets føringer for nasjonale beviskrav utlagt dit hen at «bevisbyrden for skader, i henhold til artikkel 2, stk.1, litra c), i direktiv 89/665 ikke kan være så streng, at den vanskeliggjør påvisning og endog skader virkningen heraf» (avsnitt 105). Denne formuleringen er ikke helt treffende i det den avviker fra standardformuleringen av effektivtetsprinsippets føringer («umuligt eller urimeligt vanskelig») på et vis som antyder en lavere terskel før EU-retten griper inn. I lys av de innledende betraktningene om beviskravet

⁶³⁵ Se den nærmere omtalen av denne formuleringen innledningsvis i punkt 7.2.1.

⁶³⁶ Med det forbehold at direktiv 92/13/EØF om offentlige anskaffelser som gjelder vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon inneholder en særregel i artikkel 2 (7) hvorefter medlemsstatenes anskaffelsesmyndigheter hefter for utgifter knyttet til deltakelse i anbudskonkurransen («negativ kontraktsinteresse») overfor en anbyder som påviser at han hadde hatt en reell mulighet til å få tildelt kontrakten om det ikke var for anskaffelsesmyndighetenes rettsstridige atferd. I *Spijker Infrabouw* antyder tilsynelatende generaladvokat Cruz Villalón at dette må gjelde tilsvarende for anskaffelser som nå reguleres av direktiv 2004/18/EF (varer, tjenester, bygg og anlegg mv.), men at dette uansett er uten relevans for spørsmålet om hvilke krav til bevis som kan stilles i tilfeller hvor en forbigått anbyder krever erstatning for tapt fortjeneste (se avsnitt 89-97).

etterlater likevel innstillingen alt i alt inntrykk av at generaladvokaten anerkjenner at nasjonal rett kan pålegge forbigåtte anbydere en tung bevisbyrde.⁶³⁷

Selv om innstillingene i *Schmidberger* og *Spijker Infrabouw* er fullt forenlige med EU-domstolens krav til bevis for den påståtte skade i saker som gjelder EUs eget erstatningsansvar (jf. punkt 5.7.2), er det påfallende at sistnevnte ikke trekkes inn i forsøkene på å konkretisere effektivitetsprinsippets føringer på dette punkt. Etter min oppfatning kan dette likevel ikke forstås dit hen at generaladvokatene implisitt åpner for at effektivitetsprinsippet kan ramme nasjonale beviskrav som ikke er strengere enn dem som EU-domstolen selv stiller opp for søksmål rettet mot en EU-institusjon. Den enkle forklaringen er vel helst at verken generaladvokatene eller partene i sakene var oppmerksomme på mulighetene for å finne veiledning i EU-domstolens krav til reelle og sikre tap som forutsetning for EUs eget erstatningsansvar.⁶³⁸

For norsk rett innebærer EU-rettens strenge beviskrav at det må antas at effektivitetsprinsippet ikke er til hinder for det krav til klar sannsynlighetsovervekt for årsakssammenhengen som Høyesterett i Rt. 2001 s. 1062 *Nucleus* stilte opp for at en forbigått anbyder skal kunne kreve erstatning av anskaffelsesmyndighetene for positiv kontraktsinteresse (s. 1079). Ved første øyekast kan det riktignok spørres om ikke det som Høyesterett selv karakteriserte som «ei tilstramning av beviskravet for årsakssammenheng samanhalde med det vanlege beviskravet», kan gjøre det uforholdsmessig vanskelig for en forbigått anbyder å få erstatning for tapt fortjeneste i et tilfelle hvor myndighetene har overtrådt EØS-rettens regler om offentlige anskaffelser.⁶³⁹ Så lenge EU-domstolene opererer med et enda strengere beviskrav for EUs eget erstatningsansvar kan det likevel vanskelig hevdes at et krav til klar sannsynlighetsovervekt er uforenlig med effektivitetsprinsippet. Særlig gjelder dette når nettopp beviskravet synes å være årsaken til at det, så vidt vites, ikke finnes *noen* eksempler fra EU-domstolens praksis på at forbigåtte anbydere har nådd frem med krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse i saker hvor det er en EU-institusjon som har overtrådt anskaffelsesregelverket.

⁶³⁷ Noe som underbygges av at generaladvokaten i avsnitt 101 flg. forkastet tanken om at EU-domstolens betraktninger om årsaksvurderingene knyttet til forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i det som nå er TEUV artikkel 101 kunne ha overføringsverdi til saker som gjelder medlemsstatenes erstatningsansvar for brudd på anskaffelsesregelverket.

⁶³⁸ Noe som gjør EU-domstolens henvisning i *Spijker Infrabouw* til at det «for så vidt angår appelsager på området for tildeling af offentlige kontrakter» foreløpig ikke er fastlagt «detaljerte kriterier for fastsættelsen og vurderingen af erstatningen» (avsnitt 88) enn mer interessant: Uttalelsen tilsier at domstolen, i motsetning til generaladvokaten, er oppmerksom på at praksis knyttet til EUs eget erstatningsansvar vil ha overføringsverdi til saker som gjelder medlemsstatenes erstatningsansvar. Samtidig tilsier uttalelsen at EU-domstolen mener at krav om tapt fortjeneste i anbudssaker reiser særlige spørsmål som leder til at det ikke uten videre kan henvises til praksis knyttet bevis for påstått skade i andre tilfeller, samt vel også at domstolen ikke uten videre er beredt til å slutte seg til Underrettens praksis på dette punkt (som påpekt i punkt 7.2.4 ovenfor).

⁶³⁹ Jf. i denne retning Bernt/Krüger 2002, bl.a. på s. 151 og s. 155.

Nettopp fordi norsk retts krav til bevisene for en påstått skade generelt fremstår som mer sjenerøse overfor skadelidte enn EU/EØS-rettslig påkrevd, vil imidlertid ekvivalensprinsippet kunne få reell betydning for norske domstoler som håndterer EU/EØS-relaterte erstatningssøksmål mot offentlige myndigheter. I tilfeller hvor etablert norsk rett i sammenlignbare situasjoner opererer med lavere beviskrav enn det som følger av EU-rettens krav til at det påståtte tap er «sikkert», er ekvivalensprinsippet til hinder for at myndighetene kan påberope seg EU-domstolens ovenfor omtalte praksis.

Selv om utgangspunktet er klart nok, vil det her som ellers kunne by på problemer å avgjøre ekvivalensprinsippet rekkevidde i typetilfeller hvor en sammenlignbar nasjonal sak fremstår som mer teori enn praksis. Problemstillingen kan i norsk sammenheng illustreres med det alt omtalte beviskrav for tapt fortjeneste som Høyesterett stilte opp i Rt. 2001 s. 1062 *Nucleus*. Anskaffelsesverdien lå i dette tilfellet over EØS-terskelverdiene og det var følgelig snakk om et brudd på EØS-retten. Ved første øyekast kan det her innvendes at ekvivalensprinsippet er til hinder for strengere bevisregler som særskilt rammer EØS-baserte rettigheter. Når beviskravet i *Nucleus* likevel synes EØS-rettslig uproblematisk, skyldes det at kravet gjelder generelt for krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse i anbudssaker og dertil er begrunnet i anbudrettens særpreg, ikke i den omstendighet at mye av anbudretten er EØS-regelverk.

Nå er terskelverdiene i anbudsdirektivene så vidt høye at *Nucleus* knapt er noe tvilstille – det er ikke vanskelig å peke på sammenlignbare saker utenfor EØS-rettens anvendelsesområde hvor en forbigått anbyder som krever erstatning av anskaffelsesmyndighetene for positiv kontraktsinteresse vil bli møtt med samme beviskrav.⁶⁴⁰ Vurderingen ville vært vanskeligere dersom terskelverdiene var så lave at så godt som alle krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse sprang ut av brudd på EØS-avtalen. Etter min oppfatning må imidlertid nasjonale domstoler også i slike tilfeller kunne innskjerpe årsakskravet så fremt dette, formelt og reelt, begrunnes med andre hensyn enn den omstendighet at det er snakk om EØS-regelverk.⁶⁴¹

Etter mitt syn vil det derfor være forenlig med ekvivalensprinsippet om man i norsk rett for eksempel skulle ønske å etablere et skjerpet krav til bevis for den påståtte skade (og/eller den påkrevde årsakssammenhengen, jf. kapittel 8) i alle tilfeller hvor et erstatningskrav er begrunnet med lovgiverfeil. En slik skjerpelse vil da også måtte gjelde for erstatningskrav mot staten som gjelder andre lovgiverfeil enn lovgivning

⁶⁴⁰ Et eksempel finnes i Rt. 2007 s. 1783 *NIDA Entreprenør*.

⁶⁴¹ Jf. i denne retning sak C-147/01, *Weber's Wine World mot Abgabenberufungskommission Wien*, [A5] Sml. 2003 s. I-11365 (avsnitt 91-92). Sml. Tridimas 2006 s. 426, som argumenterer for at ekvivalensprinsippet også omfatter «indirect discrimination», men at nasjonale særregler som først og fremst rammer EU-baserte krav likevel kan la seg rettferdiggjøre.

som viser seg EØS-stridig, men den vil nok først og fremst få praktisk betydning på EØS-rettens område.

Det kan nevnes avslutningsvis at *Karlsson*-saken er et konkret EØS-rettslig eksempel på at det er til liten hjelp om man får medhold i EFTA-domstolen i at nasjonale myndigheter har gjort seg skyldig i et tilstrekkelig kvalifisert brudd på en EØS-regel som tillegger private rettigheter dersom man ikke lykkes med å påvise noe reelt tap: Saken endte med med frifinnelse av den islandske stat fordi selskapet ikke klarte å føre tilstrekkelige bevis for noe inntektstap som følge av det EØS-stridige islandske importmonopolet.⁶⁴² Islandske domstoler anvendte alminnelige islandske bevisregler, noe det i lys av herværende redegjørelse for effektivitetsprinsippets beskjedne betydning på dette punkt neppe er noe å innvende mot.

⁶⁴² Jf. Hæstiréttur Islands dom 15. februar 2007 i sak nr. 120/2006.

6 Beskyttelsesformålet

6.1 Innledning

Vilkåret om at den overtrådte rettsregel har som formål å gi private «rettigheter» rommer spørsmålet om hvilke rettslige posisjoner som er erstatningsrettslig vernet av EU/EØS-retten. Inspirert av tysk rett formuleres dette gjerne som et spørsmål om reglens beskyttelsesformål («Schutzzweck»). Som nevnt i kapittel 5, punkt 5.3 avviker EU-ansvaret på dette punkt fra fransk rett – sammen med nabolandene Belgia og Luxembourg tilhører Frankrike et mindretall av medlemsstater som *ikke* knytter erstatningsansvar for rettsstridige handlinger til en forutsetning om at den overtrådte norm har som formål å beskytte skadelidte.⁶⁴³

I tysk rett følger forutsetningen om at den overtrådte norm kan anses som en *Schutznorm* til beskyttelse av private interesser av BGB § 823 nr. 2 og, med tanke på det offentliges erstatningsansvar, også den tyske grunnloven artikkel 34. Lignende forutsetninger (i en aller annen variant) synes gjeldende bl.a. i dansk, engelsk, gresk, nederlandsk, spansk, svensk og østerriksk rett.⁶⁴⁴ I PEL bok VI artikkel 3:102 (a) og PETL artikkel 4:102 (3) er vurderingen av beskyttelsesformålet til skrevne atferdsnormer som skadevolder har overtrådt integrert i vurderingen av om det foreligger ansvarsgrunnlag i form av culpa.

Også i norsk rett finnes det eksempler i rettspraksis på at spørsmålet om erstatningsrettslig vern skilles ut til separat behandling. Særlig tydelig er følgende uttalelse i Rt. 1992 s. 453 *Furunkulosedommen* (på s. 476):

«Før jeg går inn på aktsomhetsvurderingen, er det nødvendig å ta stilling til om oppdretterne i det hele er vernet av fiskesykdomsloven med forskrifter, på en slik måte at et eventuelt brudd på veterinærmyndighetenes plikter kan gi grunnlag for erstatning. Formulert på en annen måte: Etablerer fiskesykdomsloven med forskrifter utelukkende et samfunnsvern i videre forstand, eller beskytter loven også den enkelte næringsdrivende slik at han kan gjøre krav på erstatning gjeldende om veterinærmyndighetene i forhold til ham opptrer uforsvarlig og det som følge av dette oppstår tap.»

Som det vil fremgå av punkt 6.10 nedenfor, finnes det også flere andre avgjørelser hvor norske domstoler drøfter spørsmålet om erstatningsrettslig vern atskilt fra spørsmålet om ansvarsgrunnlag. I andre tilfeller integreres spørsmålet om relevansen av skrevne adferdsnormer som skadevolder har overtrådt i vurderingen av om det foreligger ansvarsgrunnlag i form av culpa.⁶⁴⁵ Sistnevnte er i samsvar med den tradisjo-

⁶⁴³ Jf. von Bar 2009 s. 596.

⁶⁴⁴ Jf. nærmere von Bar 2009 s. 598-600.

⁶⁴⁵ Jf. for eksempel Rt. 1957 s. 590 *Dresindommen*.

nelle tilnærmingen i norsk erstatningsrettslig teori.⁶⁴⁶ Ifølge Jervell er imidlertid ikke dette til hinder for den oppfatning at «[n]år det gjelder det erstatningsrettslige interessevilkåret er likheten mellom den norske erstatningsretten og EF- og EØS-retten mer påfallende enn eventuelle forskjeller».⁶⁴⁷ Også Thorson konkluderer med at selv om EU-domstolens rettighetsorienterte tilnærming kan synes fremmed for norsk erstatningsrett, så er den likevel «i grunntrekk» forenlig med den adekvansvurdering som norsk rett gir anvisning på for å avgjøre om skadelidte er vernet av en lovforskrift som skadevolder har overtrådt.⁶⁴⁸ I den grad EU/EØS-ansvaret endrer norsk erstatningsrett på dette punkt, så er det ifølge Thorson tale om små justeringer ved at effektivitetsbetraktninger løftes noe mer frem.⁶⁴⁹ Dette synes i samsvar med vurderingen av forholdet mellom EU-retten og svensk rett hos Skarhed: «Även om gemenskapsrätten och svensk rätt utformats på olika sätt förefaller det ... inte finnas någonting i domstolens första krav som står i strid med de principer om ansvarets avgränsning som gäller enligt den svenska skadeståndslagen.»⁶⁵⁰ For dansk rett er derimot Fenger av den oppfatning at den begrepsmessige overensstemmelse som her eksisterer mellom dansk rett og EU-retten, dekker over «ganske betydelige forskelle – forskelle, som i praksis innebærer, at overtrædelser af offentligretlige regler i højere grad er egnede til at fremkalde erstatningsspørgsmål efter fællesskabsretten end efter dansk ret.»⁶⁵¹

Siktemålet i det følgende er dels å forsøke å klargjøre spørsmålet om hvilke rettsregler som tillegger private erstatningsrettslig beskyttede rettigheter, dels å sammenholde den EU/EØS-rettslige tilnærmingen med etablert norsk erstatningsrett.

6.2 EU-domstolens utlegning av vilkåret

I *Francovich* uttalte EU-domstolen at statlig erstatningsansvar for manglende gjennomføring av et direktiv forutsetter at «det mål, der tilsigtes med direktivet, innebærer, at private tillægges rettigheter» og at «indholdet af disse rettigheder kan fastslås på grundlag af selve direktivets bestemmelser» (avsnitt 40). Domstolen opprettholdt denne todelingen i de senere sakene *Facchini Dori*, *El Corte Inglés* og *Dillenkofer*.⁶⁵² I *Brasserie du Pêcheur/Factortame* (som ble avgjort før *El Corte Inglés*

⁶⁴⁶ Jf. Hagstrøm 1987 s. 312 flg.; Lødrup/Kjelland 2009 s. 136 flg.; Nygaard 2007 s. 202 flg.

⁶⁴⁷ Jervell 2002 s. 166.

⁶⁴⁸ Thorson 2011 s. 220.

⁶⁴⁹ Thorson 2011 s. 221.

⁶⁵⁰ Skarhed 1997 s. 133-134.

⁶⁵¹ Fenger 2004 s. 938. Det hører med at Fenger skrev dette før EU-domstolens dom 2004 i sak C-222/02, *Paul m.fl. mot Tyskland*, [P] Sml. 2004 s. I-9425, men også i ettertid fastholder Fenger at kravet til de overtrådte reglernes Schutzzweck praktiseres mer liberalt i EU-retten enn i dansk rett, jf. Fenger 2011 s. 88 flg.

⁶⁵² *Facchini Dori*, avsnitt 27; *El Corte Inglés*, avsnitt 22; *Dillenkofer*, avsnitt 43-45.

og *Dillenkofer*) ble imidlertid vilkåret om at innholdet av rettighetene må kunne fastslås på grunnlag av selve den overtrådte EU-regelen utelatt – EU-domstolen nøyde seg her med å stille opp et vilkår om at «den bestemmelse, der er overtrådt, har til formål at tillægge borgerne rettigheter».⁶⁵³

De ulike formuleringene gav opphav til en diskusjon i litteraturen av om EU-domstolen opererte med ett eller to vilkår angående erstatningsvernet.⁶⁵⁴ Som anført av Jervell er trolig den enkle forklaring på forskjellen mellom *Francovich* og *Brasserie du Pêcheur/Factortame* på dette punkt at det bare er i tilfeller av manglende gjennomføring av direktiver at spørsmålet om rettighetenes innhold ikke konsumeres av vurderingen av om det overhodet foreligger et brudd på en EU-regel som har til formål å tillegge private rettigheter.⁶⁵⁵

Forutsetningen om at det må være mulig å fastlegge rettighetenes nærmere innhold, leder til at det er vanskelig å se noen reell forskjell mellom EU-domstolens krav til at den overtrådte EU-regel «har til formål at tillægge borgerne rettigheter» og et mer direkte formulert krav til at den overtrådte EU-regel *tillegger* private rettigheter. Forklaringen på EU-domstolens formulering er trolig at den stammer fra *Francovich* og at det med tanke på direktiver som ikke fyller vilkårene for direkte virkning, gir mening å hevde at de, nettopp som følge av behovet for nasjonal gjennomføring, ikke som sådanne tillegger private rettigheter, men bare har dette som formål.⁶⁵⁶ Med dette forbehold er det liten grunn til å forsøke å sondre mellom EU-regler som selv tillegger private rettigheter og regler som «bare» har dette som formål.

Som vist i kapittel 3, punkt 3.1, har EFTA-domstolen også her gjort EU-domstolens formulering til sin egen: Det er et vilkår for avtalepartenes erstatningsansvar at den overtrådte EØS-regelen er «intended to confer rights on individuals».⁶⁵⁷

I *Sveinbjörnsdóttir* la EFTA-domstolen til «the content of which can be identified on the basis of the provisions of the Directive» (avsnitt 66), noe som må forstås i lys av EU-domstolens liknende formulering i *Francovich* og den omstendighet at også *Sveinbjörnsdóttir* handlet om mangelfull gjennomføring av et direktiv (se nærmere i punkt 6.9).

⁶⁵³ *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 51.

⁶⁵⁴ Se i norsk sammenheng den utførlige drøftelsen hos Jervell 2002 s. 113-119.

⁶⁵⁵ Jf. generaladvokat Tesouro i hans innstillinger i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 56 og *Dillenkofer*, avsnitt 15 og Jervell 2002 s. 118-119. Som påpekt av Jervell er det bare i tilfeller av manglende gjennomføring av direktiver at det kan konstateres et tiltrekkelig kvalifisert brudd på EU-retten, nærmere bestemt på gjennomføringsforpliktelsene i TEUV artikkel 288 tredje ledd, uten noen nærmere vurdering av om det aktuelle direktiv tillegger private rettigheter. For de dualistiske EFTA-statene Island og Norge gjelder imidlertid dette også for manglende gjennomføring av forordninger, jf. EØS-avtalen artikkel 7.

⁶⁵⁶ Jf. Prechal 2005 s. 95 flg., som omtaler direktiver som «indirect sources of rights».

⁶⁵⁷ *Sveinbjörnsdóttir*, avsnitt 66; *Karlsson*, avsnitt 37; *Kolbeinsson*, avsnitt 78.

Etter samordningen av vilkårene for medlemsstatenes og EUs eget erstatningsansvar i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Bergaderm* (se kapittel 3, punkt 3.3) følger det av fast rettspraksis at det også i saker om institusjonenes erstatningsansvar er spørsmål om en overtrådt regel har til formål å tillegge private rettigheter.⁶⁵⁸ Tidligere opererte EU-domstolen her med et krav om at det forelå en krenkelse av en høyere rettsregel til beskyttelse av private («une règle supérieure de droit protégeant les particuliers»)⁶⁵⁹ Det var uklart om samordningen medførte noen realitetsforskjell på dette punkt.⁶⁶⁰ I ettertid har EU-domstolen i *FIAMM* gitt uttrykk for at kravet til at den overtrådte regel har til formål å tillegge private rettigheter, bare er en presisering av det tidligere kravet til en regel til beskyttelse av private.⁶⁶¹ Etter samordningen av formuleringene i *Bergaderm* må det uansett legges til grunn at det nå i prinsippet er sammenfall mellom *Schutzzweck*-avgrensningen av statenes og EUs erstatningsansvar.⁶⁶² Hvor det fremstår som relevant, vil det i det følgende bli trukket veksler på EU-domstolens rettspraksis knyttet til TEUV artikkel 340 annet ledd.

En annen sak er at det i praksis er forskjell på hva slags rettsbrudd som regelmessig anføres i erstatningssøksmål mot statene og institusjonene: Det handlingsrom som EU-retten i mange tilfeller overlater til EU-institusjonene leder til at søksmål i henhold til TEUV artikkel 340 annet ledd ofte handler om brudd på overordnede EU-rettslige prinsipper, mens søksmål mot statene oftest handler om brudd på langt mer konkrete bestemmelser (typisk i et direktiv eller i en forordning). Denne forskjellen leder til at overføringsverdien av praksis knyttet til EUs erstatningsansvar er forholds-

⁶⁵⁸ Jf. grunnleggende sak C-352/98 P, *Bergaderm mot Kommisjonen*, [P] Sml. 2000 s. I-5291 (avsnitt 62, jf. avsnitt 41-42). Formuleringen er senere gjentatt i en rekke saker, jf. bl.a. sak C-282/05 P, *Holcim mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2007 s. I-2941 (avsnitt 47); forente saker C-120/06 P og C-121/06 P, *FIAMM m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2008 s. I-6513 (avsnitt 173); sak C-440/07 P, *Kommisjonen mot Schneider*, [SK] Sml. 2009 s. I-6413 (avsnitt 160); sak C-451/09 P, *Pigasos mot Rådet og Kommisjonen*, [A3] Sml. 2010 s. I-62* (avsnitt 21) og sak C-221/10 P, *Artegodan mot Kommisjonen*, [A5] dom 19. april 2012 (avsnitt 80). Fra Underrettens praksis de senere år kan det vises til sak T-19/07, *Systran mot Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-6083 (avsnitt 127) og sak T-341/07, *Sison mot Rådet (II)*, dom 23. november 2011 (avsnitt 33).

⁶⁵⁹ Den grunnleggende dommen var sak 5/71, *Schöppenstedt mot Rådet*, Sml. 1971 s. 975 (avsnitt 11). Forut for denne dommen knyttet EU-domstolen privates adgang til å reise krav om erstatning mot EUs institusjoner til deres prosessuelle adgang til å angripe den påstått rettsstridige rettsakt gjennom et ugyldighetssøksmål, jf. sak 25/62, *Plaumann mot Kommisjonen*, Sml. (fransk utgave) 1963 s. 199. Etter den notorisk strenge «Plaumann-formelen» hadde imidlertid private rettssubjekter som var berørt av sekundærlovgivning bare søksmålsadgang dersom de som følge av særlige egenskaper eller faktiske omstendigheter var individualisert på liknende vis som en adressat for en beslutning, noe som gjorde det tilnærmet umulig å anfekte gyldigheten av generelle rettsakter. Det er grunn til å være oppmerksom på at oppgivelsen av denne koblingen i *Schöppenstedt* virker «begge veier», slik at den omstendighet at en privat part oppfyller søksmålsbetingelsene i det som nå er TEUV artikkel 263 fjerde ledd ikke uten videre innebærer at det første vilkår i et etterfølgende erstatningssøksmål er oppfylt, jf. eksempelvis sak C-282/90, *Vreugdenhil mot Kommisjonen (II)*, Sml. 1992 s. I-1937 og sak T-226/01, *CAS Succhi di Frutta mot Kommisjonen*, Sml. 2006 s. II-2763 (avsnitt 28-29).

⁶⁶⁰ Sml. Tridimas 2006 s. 489: «Despite the difference in phraseology, in fact these requirements do not differ in substance».

⁶⁶¹ Forente saker C-120/06 P og C-121/06 P, *FIAMM og Fedon mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2008 s. I-6513 (avsnitt 172-173). Se tilsvarende Underrettens dom i sak T-341/07, *Sison mot Rådet (II)*, dom 23. november 2011 (avsnitt 33).

⁶⁶² Jf. nå også generaladvokat Kokotts innstilling i sak C-420/11, *Leth mot Østerrike* (avsnitt 43).

vis begrenset, men uten at dette endrer på den omstendighet at det i prinsippet er sammenfall mellom *Schutzzweck*-avgrensningen av statenes og institusjonenes erstatningsansvar.⁶⁶³

For ordens skyld understrekes det at det i erstatningsrettslig sammenheng er uten betydning om det er offentlige myndigheter eller private rettssubjekter som er pliktsubjekter i henhold til den EU/EØS-regel som forutsetningsvis er brutt. Eksempler på førstnevnte gir saker som *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, *Karlsson* og *Edquist*, eksempler på sistnevnte gir saker som *Francovich*, *Sveinbjörnsdóttir* og *Finanger II*.

Et illustrerende eksempel fra senere tid er EFTA-domstolens dom i sak E-16/11, *ESA mot Island* («*Icesave*»), dom 28. januar 2013, hvor det var spørsmål om den islandske stat kunne holdes ansvarlig for innskuddsgarantien nedfeldt i direktiv 94/19/EF artikkel 7. EFTA-domstolen understreker (avsnitt 123) at saken *ikke* handlet om statens eventuelle erstatningsansvar for manglende gjennomføring av de rettigheter som innskytere i henhold til direktivet utvilsomt har overfor det islandske innskuddsgarantifondet. EFTA-domstolen kom deretter til at direktivet ikke kan fortolkes slik at det pålegger statene en resultatforpliktelse som innebærer at de må stille opp i tilfeller hvor de etablerte innskuddsgarantiordningene ikke strekker til. I lys av EFTA-domstolens påpekning av det handlingsrom («skjønn») som direktivet overlater myndighetene og de ekstraordinære omstendighetene knyttet til finanskrisen på Island, tyder mye på at domstolen vil mene at manglene knyttet til den islandske innskuddsgarantiordningen ikke er tilstrekkelig kvalifiserte til at et eventuelt etterfølgende erstatningssøksmål vil kunne føre frem.

6.3 Det EU/EØS-rettslige rettighetsbegrepet

At det i EU/EØS-retten opereres med tilståelse av «rettigheter» som forutsetning for erstatningsrettslig beskyttelse, kan synes uvant for norske jurister.⁶⁶⁴ Også i norsk rett var det riktignok tidligere vanlig å ta utgangspunkt i substansielt rettighetsbegrep,⁶⁶⁵ men med den skandinaviske rettsrealismen ble rettighetsbegrepet redusert til et fremstillingsteknisk hjelpemiddel.⁶⁶⁶ Rettighetsbegrepet oppfattes som et koblingsord mellom rettsstiftende omstendigheter (rettsfakta) og de rettsfølger disse utløser, uten noe selvstendig innhold. Det gir da ikke mening å karakterisere noe som en «rettighet» dersom det ikke eksisterer sanksjonsmuligheter. Mens den tradisjonelle tilnærmingen til forholdet mellom rettigheter og sanksjoner på kontinentet kan sammenfattes med den latinske sentensen *ubi jus ibi remedium*, så følger den rådende oppfatning i norsk (og nordisk) rett heller den omvendte common law grunnsetningen «where there's a

⁶⁶³ Sml. Aalto 2011 s. 199-202, som etter min oppfatning blander sammen spørsmål om rettslig og faktisk «convergence», noe som leder til den konklusjon at «some common traces can be found, but there is still no coherent system of rights» (s. 202).

⁶⁶⁴ Jf. Hjelmeng 2003 s. 39 og Thorson 2011 s. 220.

⁶⁶⁵ En oversikt over tidligere forsøk på å definere et substansielt rettighetsbegrep gis av Arnholm 1964 s. 11 flg.

⁶⁶⁶ Jf. nærmere Andersson 1997 s. 150 flg.

remedy, there's a right» (*ubi remedium ibi jus*).⁶⁶⁷ Med en slik innfallsvinkel er tilståelse av rettigheter ikke noe vilkår for erstatningsrettslig vern, bare et navn på resultatet: Dersom den overtrådte EU/EØS-regel må tolkes slik at skadelidte kan påberope seg overtredelsen i et erstatnings søksmål mot det offentlige, så foreligger det en erstatningsrettslig vernet «rettighet». Fra et slikt perspektiv fremstår EU-domstolens slutning fra eksistensen av en rettighet og til erstatningsrettslig vern som foreldet.⁶⁶⁸

Til forskjell fra i nasjonal rett vil imidlertid forsøk på å definere EU/EØS-rettslige rettigheter med utgangspunkt i sanksjonsmulighetene støte på problemer knyttet til kompetansefordelingen mellom EU/EØS-retten og nasjonal rett: Under prinsippet om nasjonal autonomi på sanksjonsområdet er det jo i utgangspunktet opp til den enkelte EØS-stat å avgjøre hvilke sanksjoner som står til disposisjon for private som søker å håndheve sine EU/EØS-rettslige rettigheter. Selv om EU-domstolen gradvis har begrenset statenes frihet til å fastlegge de håndhevelsesmuligheter som tilbys i nasjonal rett gjennom likebehandlings- og effektivitetsprinsippet, så vil det fremdeles kunne foreligge ikke ubetydelige forskjeller statene imellom. Dersom man i en slik situasjon skulle definere EU/EØS-rettslige rettigheter med utgangspunkt i sanksjonsmulighetene, ville konsekvensen være at rettighetenes eksistens og innhold avgjøres av nasjonal rett, noe som vil kunne undergrave målsettingen om europeisk rettsenhet.⁶⁶⁹

Forholdet mellom rettigheter og sanksjonsmuligheter illustreres særlig tydelig i tilfeller av manglende eller mangelfull gjennomføring av direktiver som regulerer rettsforhold private imellom. Ettersom direktiver ikke har direkte virkning i relasjon mellom private rettssubjekt, så stod private forut for *Francovich* uten håndhevelsesmuligheter i slike tilfeller. Fra EU-domstolens perspektiv var det likevel klart at private var tillagt rettigheter – det er jo nettopp behovet for effektiv beskyttelse av private rettigheter i slike situasjoner som er det bærende argument bak statenes erstatningsansvar for manglende eller mangelfull gjennomføring av direktiver.⁶⁷⁰

Som påpekt av Hjelmeng innebærer likevel ikke EU-domstolens tilnærming at man i EU/EØS-rettslig sammenheng må forsøke å definere rettigheter abstrakt og uavhengig

⁶⁶⁷ Jf. Prechal 2005 s. 106, som påpeker at med EU-domstolens tilnærming er «the existence of a right and the ways in which it is protected ... two separate issues» og tilføyer at dette «might seem peculiar from the point of view of common law where ... the existence of a remedy at common law or under statute enables the English lawyer to deduce the existence of a right. EC law operates the other way round: it confers rights and national law must supply the remedy».

⁶⁶⁸ Slik Andersson 1997 s. 171.

⁶⁶⁹ Jf. for eksempel Eilmansberger 2004 s. 1237: «Given the basic division of competences in the field of individual rights protection, according to which Community rights are to be enforced by national remedies, the question as to whether rights determine remedies or remedies determine rights obtains particular importance; it appears to translate into the question of which legal order assumes the commanding position, and thus ultimately decides the fate of individual Community rights».

⁶⁷⁰ *Francovich*, avsnitt 33.

av sanksjoner.⁶⁷¹ At EU-domstolen og EFTA-domstolen går veien om rettighetsbegrepet er ikke til hinder for å se dette begrepet som en kobling mellom den materielle normen og de rettsfølger beskyttelsen bærer med seg.⁶⁷² Heller ikke EU-domstolen er helt konsekvent i sin rettighetsbaserte tilnærming til spørsmålet om reglenes erstatningsrettslige vern, noe som støtter opp under oppfatningen av begrepet som en kobling mellom den materielle normen og de rettsfølger beskyttelsen bærer med seg. I *FIAMM* gav EU-domstolen, som alt nevnt avslutningsvis i punkt 6.2, uttrykk for at kravet til at den overtrådte regel har til formål å tillegge private rettigheter, bare er en presisering av det tidligere kravet fra *Schöppenstedt* om at det må være en regel til beskyttelse av private.⁶⁷³ Det kan hevdes at EU-domstolen her selv (i storkammer) erkjenner at introduksjonen av en rettighetsbaserte tilnærming til spørsmålet om reglenes erstatningsrettslige vern egentlig ikke tilfører noe nytt.

Hvilke rettslige posisjoner som kvalifiserer som en erstatningsrettslig beskyttet «rettighet» må uansett avgjøres ut fra en tolkning av EU/EØS-retten. Eller for å omskrive Høyesteretts i punkt 6.1 gjengitte formulering fra Rt. 1992 s. 453 *Furunkulosedommen*: Beskytter en EU/EØS-regel skadelidte slik at han kan gjøre krav på erstatning gjeldende om myndighetene overtrer regelen og det som følge av dette oppstår tap? Siktemålet i det følgende må følgelig være å prøve å identifisere og fremstille de retningslinjer som kan utledes av EU-domstolens praksis med tanke på hvilke EU/EØS-regler som tillegger private en erstatningsrettslig beskyttet posisjon. I samsvar med innarbeidet EU/EØS-rettslig begrepsbruk vil imidlertid denne problemstillingen bli knyttet til spørsmålet om det foreligger en erstatningsrettslig beskyttet «rettighet».

Det kan være grunn til å gjøre oppmerksom på at mye tyder på at EU-domstolen i ulike sammenhenger opererer med ulike rettighetsbegrep, noe som leder til at det må utvises forsiktighet med å trekke rettspraksis knyttet til statenes gjennomføring av direktiver som tillegger private «rettigheter», eller privates rett til å håndheve ulike EU-regler i nasjonale domstoler, inn i vurderingen av hvilke EU-regler som tillegger private en erstatningsrettslig beskyttet rettsposisjon. Som anført av Prechal synes rettspraksis knyttet til rekkevidden av gjennomføringsforpliktelsene i TEUV artikkel 288 tredje ledd preget av at EU-domstolens anliggende er å sikre direktivbestemmelsenes effektive gjennomslag i nasjonal rett, noe som innebærer at «[a] more or less automatic transplant of a 'right' labelled as such in infringement proceedings to ... the area of State liability would seem a

⁶⁷¹ Jf. Hjelmeng 2003 s. 39.

⁶⁷² Nettopp med henblikk på EU-retten har van Gerven 2000a s. 502 definert en rettighet som «a legal position which a person recognized as such by the law – thus a legal «subject» (hence the name 'subjective right') – may have and which in its normal state can be enforced by that person against (some or all) others before a court of law by means of one or more remedies».

⁶⁷³ Forente saker C-120/06 P og C-121/06 P, *FIAMM og Fedon mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2008 s. I-6513 (avsnitt 172-173). Se tilsvarende Underrettens dom i sak T-341/07, *Sison mot Rådet (II)*, dom 23. november 2011 (avsnitt 33).

perilous undertaking». ⁶⁷⁴ Hun følger opp med en tilsvarende advarsel knyttet til EU-domstolens rettspraksis knyttet til prinsippet om effektiv søksmålsadgang for nasjonale domstoler for håndhevelse av EU-baserte rettigheter: «It is more often the case that the full application of Community law provisions as such is what matters, as opposed to the protection of any specific rights. Although for the purposes of the principle of effective judicial protection the Court may refer to the principles enshrined in Article 6 and Article 13 of the ECHR, the scope of the protection required is much broader than (civil) rights». ⁶⁷⁵ En tilsvarende vurdering knyttet til den i seg selv høyst uklare figuren «direkte virkning» finnes hos Craig og de Búrca, som påpeker at «the ECJ seems to use the language of ‘conferral of rights’ in the context of direct effect in several different senses». ⁶⁷⁶ Støtte for denne oppfatningen finnes i flere nyere avgjørelser knyttet til direktiv 2003/35/EF. ⁶⁷⁷ Direktivet ble vedtatt for å oppfylle Århuskonvensjonens krav til tilgang til opplysninger, offentlig deltagelse i beslutningsprosesser og adgang til klage og domstolsprøvelse på miljøområdet. I direktivet selv brukes rettighetsbegrepet bare indirekte i form av et krav til at medlemsstater som stiller krenkelse av rettigheter opp som en prosessforutsetning, må sørge for at dette ikke leder til at interesseorganisasjonenes søksmålsadgang undergraves. Når EU-domstolen i denne sammenheng påpeker at direktivet tillegger private miljøorganisasjoner «rettigheter», må dette forstås i betydningen prosessuell adgang til å håndheve direktivet overfor nasjonale myndigheter. Et annet eksempel gir den ferske dommen i sak C-420/11, *Leth mot Østerrike*, [A5] dom 14. mars 2013, hvor det sondres mellom spørsmålet om privates rett til å påberope seg konsekvensutredningsdirektivets regler overfor nasjonale myndigheter og spørsmålet om direktivets erstatningsrettslige beskyttelsesformål (se avsnitt 32 flg.). Pedagogisk er det uheldig at EU-domstolen ikke opererer med et enhetlig rettighetsbegrep, men for øvrig er det strengt tatt liten grunn til at EU-domstolens krav til direktivgjennomføring eller til privates rett til å påberope seg EU-regler i nasjonale domstoler skulle være avgjørende for spørsmålet om ulike EU/EØS-reglers erstatningsrettslige vern – dette er jo helt ulike problemstillinger uten noen nødvendig indre sammenheng. ⁶⁷⁸ Hermed er ikke sagt at det ikke kunne være verdifullt med rettsvitenskapelig behandling av EU-domstolens forståelse av «rettigheter» i ulike sammenhenger, men dette er en oppgave som ville sprengte rammene for denne avhandlingen fullstendig. I det følgende er det derfor «bare» rettigheter i betydningen erstatningsrettslig beskyttede rettsposisjoner som behandles.

⁶⁷⁴ Prechal 2005 s. 110.

⁶⁷⁵ Prechal 2005 s. 111.

⁶⁷⁶ Craig/de Búrca 2011 s. 182.

⁶⁷⁷ Se særlig sak C-427/07, *Kommissjonen mot Irland*, [A5] Sml. 2009 s. I-6277; sak C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie VLK mot Slovenia*, [SK] Sml. 2011 s. I-1255 og sak C-115/09, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland mot Bezirksregierung Arnsberg («Trianel»)*, [A5] Sml. 2011 s. I-3673. Illustrerende er også sak C-263/08, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening mot Stockholms kommun*, [A5] Sml. 2009 s. I-9967 og forente saker C-128/09 m.fl., *Boxus og Roua mot Région wallonne*, [SK] dom 18. oktober 2011, hvor EU-domstolen helt unngår å knytte spørsmål om klage og domstolsprøvelse på miljøområdet til spørsmålet om private miljøorganisasjoner er tillagt «rettigheter».

⁶⁷⁸ Tilsvarende Prechal 2005 s. 119, som kritiserer EU-domstolens begrepsbruk «from the point of view of coherence of Community law», men som tilføyer at differensieringen kanskje er uunngåelig «from a functional point of view».

6.4 Forholdet mellom direkte virkning og beskyttelsesformål

I EU-domstolens praksis finnes flere avgjørelser som tilsier at en EU-regel som fyller vilkårene for direkte virkning i nasjonal rett, *per se* nyter erstatningsrettslig vern.

I *Brasserie du Pêcheur/Factortame* koblet EU-domstolen spørsmålet om direkte virkning og erstatningsrettslig vern på følgende vis (avsnitt 23):

«I de foreliggende sager står det fast, at de omhandlede fællesskabsbestemmelser [...] har direkte virkning i den forstand, at de tillægger borgerne rettigheder, som disse kan gøre gældende direkte ved de nationale retsinstanter. Overtrædelse af sådanne bestemmelser kan give anledning til erstatning»

Denne slutningen fra direkte virkning til erstatningsrettslig vernede rettigheter gjenfinnes i saker som *Hedley Lomas*, *Lindöpark*, *FII*, *Danske Slagterier* og *Fuß*.⁶⁷⁹

Når det likevel er grunn til å se nærmere på om det virkelig er grunnlag for å slutte *fra* en EU-regels direkte virkning og *til* den oppfatning at regelen tillegger private erstatningsrettslig beskyttede rettigheter (og altså ikke omvendt),⁶⁸⁰ skyldes det at spørsmålet om en EU-regel har til formål å tillegge private rettigheter *ikke* inngår i vurderingen av om den fyller vilkårene for direkte virkning. I henhold til fast rettspraksis er vilkårene for å avgjøre om en EU-bestemmelse har direkte virkning om den er tilstrekkelig klar, presis og ubetinget til at den er direkte anvendelig i nasjonale domstoler.⁶⁸¹ En uforbeholden slutning fra direkte virkning til erstatningsrettslig vernede rettigheter leder tilsynelatende til at sistnevnte oppstår ut fra en rent objektiv vurdering av bestemmelsens utforming, *uten at det vurderes om tilståelse av rettigheter til private er i tråd med bestemmelsens formål*.

Denne tilnærmingen går helt tilbake til *van Gend & Loos*, hvor EU-domstolen uttalte at Romatraktatens artikkel 12 «ifølge traktatens ånd, opbygning og indhold skal fortolkes således, at den har umiddelbar virkning og medfører individuelle rettigheter, som de nationale domsmyndigheter skal beskytte».⁶⁸² Enda klarere er en annen av EU-domstolens sentrale dommer fra 1960-tallet,

⁶⁷⁹ Jf. *Hedley Lomas*, avsnitt 27 (hvor spørsmålet om erstatningsrettslig vern løses under henvisning til en dom som nettopp omhandlet den direkte virkning av den overtrådte traktatbestemmelsen); *Lindöpark*, avsnitt 37, jf. 33 (hvor et spørsmål om flere direktivbestemmelers erstatningsrettslige vern ble besvart med en henvisning til at bestemmelsene oppfylte vilkårene for direkte virkning); *FII*, avsnitt 121 (hvor spørsmålet om erstatningsrettslig vern løses under henvisning til bl.a. en dom som omhandlet den direkte virkning av den overtrådte traktatbestemmelsen); *Danske Slagterier*, avsnitt 22 og *Fuß*, avsnitt 49, jf. 35.

⁶⁸⁰ Jf. bl.a. Ruffert 1997 s. 315. Tilsvarende i norsk litteratur Hjelmeng 2003 s. 61: «det [er] ikke ... rettigheten selv om *begrunner* den direkte virkning, ... den er en *følge* av direkte virkning» (kursivering i original). Se også Fenger 2011 s. 88: «Man kan ... uttrykke det således, at individuelle rettigheter ikke er en betingelse for direkte virkning, men en konsekvens heraf».

⁶⁸¹ Se for eksempel Craig/de Búrca 2011 s. 192-193.

⁶⁸² Dansk oversettelse i Sml. 1954-64 (dansk spesialutgave) s. 375 (på s. 380). Min kursivering.

Salgoil, hvor det ble uttalt at Romatraktaten artikkel 31 oppfylte vilkårene for direkte virkning og derfor («donc» i den franske versjonen av dommen) etablerte individuelle rettigheter som nasjonale domstoler må beskytte.⁶⁸³ Det er mye som tyder på at denne koblingen ble introdusert av EU-domstolen for å gjøre prinsippet om EU-rettens direkte virkning mer spiselig. Stikkordet her er læren om selvkraftige traktater («self-executing treaties»). I amerikansk rettstenking var det opprinnelig ikke noen nødvendig sammenheng mellom selvkraft og individuelle rettigheter, men da læren ble introdusert i Europa ble disse to størrelsene knyttet sammen.⁶⁸⁴ Med utgangspunkt i PCIJs rådgivende uttalelse i *Danzig-saken*,⁶⁸⁵ var det i europeisk folkerettsteori antatt at det bare var traktatbestemmelser som tillate private rettigheter som kunne være «self-executing».⁶⁸⁶ Dette var i alle tilfelle oppfatningen i nederlandsk rett, og i *van Gend & Loos* knyttet derfor den foreleggende nederlandske domstolen spørsmålet om direkte virkning av Romatraktaten artikkel 12 til spørsmålet om bestemmelsen tillate private rettigheter. Som anført av Eilmansberger er det grunn til å anta at EU-domstolen forstod at en kobling mellom direkte virkning og individuelle rettigheter «would greatly increase the prospect that its finding of direct applicability would be more readily accepted».⁶⁸⁷ Men av en eller annen grunn synes sammenhengen mellom individuelle rettigheter og direkte virkning snudd i EU-domstolens tilnærming: I læren om selvkraftige traktater var individuelle rettigheter en *forutsetning* for selvkraft, mens rettighetene i EU-domstolens praksis fremstår som et *resultat* av traktatbestemmelsens direkte virkning.

En god illustrasjon på hvordan vurderingen av en overtrådt EU/EØS-regels erstatningsrettslige relevans vil fortone seg med en kobling til vilkårene for direkte virkning, gir EFTA-domstolens vurdering i *Karlsson*: Spørsmålet om den overtrådte regel hadde til formål å tillegge private rettigheter, ble her ganske enkelt besvart med at «such is the case when the relevant provision is unconditional and sufficiently precise» (avsnitt 37). EFTA-domstolen påpekte deretter at den bestemmelse som islandske myndigheter i dette tilfellet hadde overtrådt, EØS-avtalen artikkel 16 om nasjonale handelsmonopoler, oppfylte disse vilkårene ettersom bestemmelsen «constitutes an obligation with a precise objective, and that obligation is not subject to any condition». På dette grunnlag alene konkluderte EFTA-domstolen med at EØS-avtalen artikkel 16 «is intended to confer rights on individuals» (slutningens punkt 3).

Dersom man tar EU-domstolen og EFTA-domstolen på ordet, er den uunngåelige konklusjonen at det med henblikk på EU/EØS-regler som er tilstrekkelig klare, presise og ubetingede *ikke* er rom for noen vurdering av om reglens formål er å verne private. Spørsmålet om den overtrådte regelens *Schutzzweck* vil i så fall bare ha reelt

⁶⁸³ Sak 13/68, *Salgoil mot Italia*, Sml. (fransk versjon) 1968 s. 661 (på s. 673). I den etterfølgende danske oversettelsen av dommen heter det at artikkel 31 *følgelig* gir opphav til rettigheter som nasjonale domstoler må beskytte, jf. Sml. 1965-68 (dansk spesialutgave) s. 553 (på s. 556).

⁶⁸⁴ Jf. utførlig til dette Iwasawa 1986 s. 629 flg.

⁶⁸⁵ PCIJ Reports 1928, Serie B nr. 15.

⁶⁸⁶ Iwasawa 1986 s. 629 flg.

⁶⁸⁷ Eilmansberger 2004 s. 1202.

innhold i tilfeller hvor statene overtrer EU/EØS-bestemmelser som ikke fyller disse vilkårene. Det er imidlertid grunn til å merke seg at i *alle* de ovenfor omtalte sakene hvor EU-domstolen sluttet uforbeholdent fra bestemmelsenes direkte virkning og til deres erstatningsrettslig vern, så var situasjonen den at den overtrådte EU-regel *utvilsomt hadde til formål å ivareta privates interesser*.⁶⁸⁸ Dette gjelder tilsvarende for EFTA-domstolens vurdering i *Karlsson*: Det er klart nok at EØS-statenes forpliktelser i henhold til EØS-avtalen artikkel 16 om å tilpasse nasjonale handelsmonopoler slik at det ikke forekommer forskjellsbehandling, tilsikter å ivareta markedsaktørens interesser. Det kan derfor hevdes at den omstendighet at den overtrådte EU/EØS-regel har til formål å ivareta private interesser, ligger under som en uuttalt forutsetning. Etter min oppfatning er det bare slik det er mulig å forstå hvordan EU-domstolen og EFTA-domstolen tilsynelatende kan utlede eksistensen av erstatningsrettslig beskyttede rettigheter alene av en bestemmelses *utforming*.

Støtte for den oppfatning at en EU/EØS-regel som er tilstrekkelig klar, presis og ubetinget ikke dermed per definisjon gir opphav til erstatningsrettslig beskyttede rettigheter, gir plenumsdommen *Paul* fra 2004.⁶⁸⁹ Spørsmålet i saken var i korthet om brudd på tilsynspliktene nedfelt i flere direktiver kunne påføre den tyske stat erstatningsansvar overfor bankkunder som tapte sine innskudd da en tysk bank gikk konkurs. Kravet bygget på den oppfatning at gjennomført tilsyn ville ha ledet til reaksjoner fra myndighetene på et tidligere tidspunkt, noe som igjen ville ha forhindret eller redusert kundenes tap.

I likhet med generaladvokat Stix-Hackl kom EU-domstolen til at tilsynsreglene i innskuddsgarantidirektivet (94/19/EF) alene hadde til formål å innføre og sikre den korrekte virkemåte av innskuddsgarantiordningen som fastsatt i direktivet. Så lenge innskyterne var sikret garantisummen på 20 000 euro iht. direktivets artikkel 7, kunne de derfor ikke kreve at myndighetene skulle gjennomføre tilsyn i deres interesse.⁶⁹⁰ I følge EU-domstolen kunne innskyterne heller ikke utlede erstatningsrettslig beskyttede rettigheter av tilsynsplikter nedfelt i tre andre direktiver som alle tok sikte på å harmonisere adgangen til utøve virksomhet som kredittinstitutt på det indre marked.⁶⁹¹

⁶⁸⁸ Noe som treffende påpekes av Fenger 2004 s. 941.

⁶⁸⁹ Sak C-222/02, *Paul m.fl. mot Tyskland*, [P] Sml. 2004 s. I-9425.

⁶⁹⁰ *Paul*, avsnitt 29-30. På konkurstidspunktet var ikke direktiv 94/19/EF om innskuddsgarantiordninger gjennomført i tysk rett, til tross for at gjennomføringsfristen var utløpt, men innskyterne hadde fått dekket sine tap opptil garantisummen på 20.000 euro av tyske myndigheter (jf. Landgericht Bonns dom referert i NJW 2000 s. 815). Erstatningskravene i *Paul* gjaldt overskytende tap.

⁶⁹¹ Direktivene 77/780/EØF, 89/299/EØF og 89/646/EØF, jf. nå 2002/12/EF. I den endelige dommen i saken kunne BGH derfor kort slå fast at det var forenlig med EU-retten at den tyske lovgiver hadde avskåret innskytternes mulighet for å holde det offentlige erstatningsansvarlig for forsømt tilsyn (BGHZ 162 s. 49).

EU-domstolens resonnement i *Paul* vil bli omtalt nærmere nedenfor. I herværende sammenheng er poenget at EU-domstolen, i motsetning til generaladvokat Stix-Hackl,⁶⁹² ikke gikk inn på spørsmålet om direktivbestemmelsene om medlemsstatenes tilsynsplikter var presise og ubetingede. EU-domstolen avgjorde i stedet spørsmålet ut fra en tolkning av tilsynspliktens formål. Denne tilnærmingen styrker vesentlig oppfatningen av at det i erstatningsrettslig sammenheng må være riktig å vurdere spørsmålet om en overtrådt EU/EØS-regel har til formål å tillegge private rettigheter uavhengig av spørsmålet om bestemmelsen eventuelt fyller vilkårene for direkte virkning: Dersom EU-domstolen skulle mene at tilsynsreglene med nødvendighet tilla private erstatningsrettslig beskyttede rettigheter dersom de hadde direkte virkning, så måtte den riktige tilnærmingen i *Paul* ha vært å vurdere om direktivbestemmelsene var tilstrekkelig klare, presise og ubetingede.

Klar støtte for den oppfatning at det må foretas en egen vurdering av om overtrådt EU/EØS-regel gir opphav til erstatningsrettslig beskyttede rettigheter finnes nå også i EU-domstolens dom våren 2012 i *Leth*.⁶⁹³ Saken reiste spørsmål om østerrikske myndigheters eventuelle erstatningsansvar for å ha godkjent en rekke utbygginger av hovedflyplassen i Wien uten å gjennomføre konsekvensutredninger i henhold til direktiv 85/337/EF. EU-domstolen sondret her klart mellom spørsmålet om privates adgang til å påberope seg konsekvensutredningsdirektivets regler overfor nasjonale myndigheter og spørsmålet om direktivets erstatningsrettslige beskyttelsesformål (avsnitt 32 flg.).⁶⁹⁴ Domstolen kom deretter til at «forebyggelse af formuetab, for så vidt som de er direkte økonomiske følger af et offentligt eller privat projekts indvirkninger på miljøet» er omfattet av direktivets beskyttelsesformål, men derimot *ikke* andre tap (avsnitt 36, min kursivering):

«Da sådanne økonomiske tab er direkte følger af sådanne indvirkninger, skal de adskilles fra de økonomiske tab, der ikke har deres direkte kilde i indvirkningerne på miljøet, og som *derfor ikke er omfattet af det beskyttelsesformål, der forfølges med direktivet*, såsom bl.a. visse konkurrencemæssige ulemper.»

Ytterligere støtte for den oppfatning at det ikke kan slutes fra direkte virkning til erstatningsrettslig *Schutzzweck* gir rettspraksis knyttet til EU-institusjonenes erstatningsansvar: At private kan anføre brudd på en EU-regel som ugyldighetsgrunn i et

⁶⁹² Se generaladvokatens innstilling i *Paul*, avsnitt 98.

⁶⁹³ Sak C-420/11, *Leth mot Østerrike*, dom 14. mars 2013.

⁶⁹⁴ Noe som var i samsvar med generaladvokat Kokotts innstilling i saken, jf. avsnitt 31 flg. i hennes innstilling av 8. november 2012.

søksmål mot en EU-institusjon, innebærer ikke at den overtrådte regel nødvendigvis har til formål å tillegge saksøker erstatningsrettslig beskyttede rettigheter.⁶⁹⁵

Et særlig klart eksempel fra Underrettens praksis de senere år er sak T-341/07, *Sison mot Rådet (II)*, dom 23. november 2011, hvor Underretten avfeide relevansen av en tidligere dom fra EU-domstolen som la til grunn at private måtte kunne håndheve eventuelle brudd på de aktuelle bestemmelsene i søksmål mot Rådet: «Denne dom vedrørte et annullationssøksmål, og Domstolen uttalte sig heri på ingen måte om spørsmålet, om de omhandlede bestemmelser i saken hadde til formål at tillegge borgerne rettigheter» (avsnitt 46).

Basert på ovennevnte deler jeg Prechals oppfatning av at det ikke uten videre kan legges til grunn at en EU-regel som fyller vilkårene for direkte virkning i nasjonal rett nødvendigvis tillegger private erstatningsrettslig beskyttede rettigheter.⁶⁹⁶

Tilsvarende som for rettighetsbegrepets vedkommende synes EU-domstolen å tillegge konseptet «direkte virkning» noe ulik betydning i ulike sammenhenger. Som påpekt bl.a. av Craig og de Búrca er det på bakgrunn av EU-domstolens praksis mulig å argumentere for så vel en bred som en snevrere definisjon av dette konseptet.⁶⁹⁷ I et forsøk på å systematisere EU-domstolens praksis har enkelte forfattere tatt til orde for et skille mellom «objektiv» og «subjektiv» direkte virkning.⁶⁹⁸ Med objektiv direkte virkning siktes det her til «the capacity of a provision of EU law to be invoked before a national court», mens det med subjektiv direkte virkning siktes til «the capacity of a provision of EU law to confer rights on individuals which they may enforce before national courts».⁶⁹⁹ Med Hjelmeng kan man kanskje karakterisere førstnevnte som privat håndhevelse av EU-retten og sistnevnte som rettighetsbeskyttelse.⁷⁰⁰ I erstatningsrettslig sammenheng åpner en slik sontring for at man kan fastholde EU-domstolens kobling mellom direkte virkning og erstatnings-

⁶⁹⁵ Se for eksempel sak C-282/90, *Vreugdenhil mot Kommisjonen (II)*, Sml. 1992 s. I-1937 (avsnitt 19) og sak C-221/10 P, *Artogodan mot Kommisjonen (II)*, [A5] dom 19. april 2012 (avsnitt 83 flg.). Fra Underrettens praksis de senere år kan det vises til sak T-226/01, *CAS Succhi di Frutta mot Kommisjonen*, Sml. 2006 s. II-2763 (avsnitt 28-29); sak T-212/03, *MyTravel Group mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-1967 (avsnitt 41, jf. avsnitt 44 flg.) og sak T-341/07, *Sison mot Rådet (II)*, dom 23. november 2011 (som omtales nærmere i petitavsnittet straks nedenfor).

⁶⁹⁶ Jf. Prechal 2005 s. 108: «To say that a provision is directly effective does not automatically imply that it confers individual rights». Tilsvarende for eksempel Wurmnest 2003 s. 131. I norsk litteratur inntas samme standpunkt av Thorson 2011 s. 212-213. Vel i samme retning nå også generaladvokat Mengozzi i sak C-409/11, *Csonka m.fl. mot Ungarn*, innstilling 24. oktober 2012 (avsnitt 54 flg.). Det er imidlertid langt fra enighet om dette i litteraturen, jf. i motsatt retning for eksempel Eilmannsberger 2004 s. 1225; Fenger 2004 s. 940-941 og 2011 s. 88; Ruffert 1997 s. 315 og Wennerås 2007 s. 151 flg. (alle med videre henvisninger). Umiddelbart er det egnet til å forbause at spørsmålet ikke har havnet på spissen for EU-domstolen, men forklaringen er trolig at nasjonale domstolene gjennom prosessuelle krav til rettslig interesse og/eller erstatningsrettslige krav til skade og årsakssammenheng filtrerer bort saker hvor det er tvilsomt om en EU-regel som fyller vilkårene for direkte virkning har som formål å tillegge saksøker erstatningsrettslig beskyttede rettigheter. Nettopp av denne grunn må det antas at problematikken praktiske betydning er begrenset, noe som i og for seg også forklarer hvorfor man i fransk rett klarer seg helt uten noe krav til den overtrådte normens *Schutzzweck*.

⁶⁹⁷ Craig/de Búrca 2011 s. 181-182.

⁶⁹⁸ Jf. bl.a. Craig/de Búrca 2011 s. 182 (med videre henvisninger).

⁶⁹⁹ Jf. Craig/de Búrca 2011 s. 181-182 (kursiveringer utelatt).

⁷⁰⁰ Jf. Hjelmeng 2003 s. 62.

rettslig vern uten at dette kommer i konflikt med en naturlig forståelse av vilkåret om at den overtrådte rettsregel må ha som formål å gi private rettigheter. Sondringen mellom «objektiv» og «subjektiv» direkte virkning fremstår imidlertid da som lite annet enn et navn på resultatet: Dersom de klassiske vilkårene for direkte virkning er oppfylt (tilstrekkelig klare, presise og ubetingete regler), så må det likevel vurderes særskilt om den aktuelle regelen har til formål å tillegge private rettigheter for å avgjøre om det foreligger «subjektiv» direkte virkning. Først dersom dette besvares bekreftende, kan det slutes fra den direkte virkningen til erstatningsrettslig vern, men da har man jo samtidig forlatt utgangspunktet med individuelle rettigheter som et resultat av heller enn som et vilkår for direkte virkning. Etter min oppfatning er det enkleste og beste å unngå å trekke konseptet «direkte virkning» inn i vurderingen av erstatningsansvaret og heller forholde seg direkte til grunnvilkåret om at den overtrådte rettsregel må ha som formål å tillegge private rettigheter.

6.5 Forholdet mellom de fire friheter og sekundærretten

6.5.1 Innledning

At traktatbestemmelsene om de fire friheter tillegger markedsaktører erstatningsrettslige beskyttede rettigheter, er ikke tvilsomt. Av *Brasserie du Pêcheur/Factortame* fremgår det uttrykkelig at dette gjelder for den frie vareflyten under TEUV artikkel 34 så vel som den frie tjenesteflyten under TEUV artikkel 56 (avsnitt 23). Av *Köbler* fremgår det at dette gjelder tilsvarende for arbeidskraftens frie bevegelse etter TEUV artikkel 45 (avsnitt 102) og av *FII* at også den frie kapitalflyten etter TEUV artikkel 63 nyter erstatningsrettslig vern (avsnitt 211). Det er ikke tvilsomt at dette gjelder tilsvarende for de korresponderende bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel (hhv. artikkel 11, 28, 36 og 40).⁷⁰¹ Det faller klart utenfor rammene for fremstillingen her å gå nærmere inn på spørsmålet om i hvilke situasjoner private kan påberope seg de fire friheter. I herværende sammenheng er poenget å få frem at frihetene danner et bakteppe for vurderingen av om andre EU-rettslige regler, som på ulikt vis tar sikte på å gjennomføre de fire frihetene, også tillegger private erstatningsrettslig beskyttede rettigheter. Sentral for denne tilnærmingen er EU-domstolens dom i *Danske Slagterier*, noe som gjør det påkrevd å redegjøre nokså utførlig for denne.

6.5.2 Danske Slagterier

Danske Slagterier er et sjeldent eksempel på en erstatningssak hvor spørsmålet om de overtrådte reglenes *Schutzzweck* stod sentralt.⁷⁰² Saken gjaldt et erstatningskrav fremmet av en bransjeorganisasjon for danske slakterier for tapte eksportinntekter som følge av tyske regler som i praksis nærmest medførte et totalforbud mot import

⁷⁰¹ Mht. EØS-avtalen artikkel 11 fremgår dette for øvrig uttrykkelig av *HOB-vin*, avsnitt 124.

⁷⁰² Sak C-445/06, *Danske Slagterier mot Tyskland*, [SK] Sml. 2009 s. I-2119.

av kjøtt fra griser som ikke var kastrert. Bakgrunnen var at man i Danmark oppdrettet ukastrerte hanngriser som slaktedy, særlig med henblikk på eksport til Tyskland. Den utfordring at kjøtt fra ukastrerte hanngriser i enkelte tilfeller avgir en «udtalt kønslig lugt» ved oppvarming som gjør kjøttet uegnet som mat for mennesker, mente man å løse ved å måle konsentrasjonen av stoffet skatol i grisenes tarm før slakting. Tyske myndigheter var imidlertid av den oppfatning at lukten ble forårsaket av hormonet androsteron og at den danske metoden derfor ikke var pålitelig for å frasortere kjøtt som var uegnet for mennesker. Svinekjøtt som danske myndigheter hadde klarert for eksport i henhold til reglene i direktiv 64/433/EØF om handel med ferskt kjøtt og 89/662/EØF om veterinærkontroll ble derfor likevel testet av tyske myndigheter, og kjøtt med en konsentrasjon av androsteron som oversteg 0,5 mikrogram per gram ble underkjent. Resultatet var at atskillige partier dansk svinekjøtt ble avvist, noe som igjen førte til at de danske produsentene ble tvunget til å gjenoppta den mer kostbare produksjonen av kastrerte griser.

Et samlet erstatningskrav på 280 millioner tyske mark ble fremmet etter at EU-domstolen i en traktatbruddssak anlagt av Kommisjonen slo fast at den tyske importkontrollen var i strid med flere bestemmelser i de nevnte direktivene.⁷⁰³ Ved veterinærdirektivet er hovedansvaret for kontrollen med fersk kjøtt lagt til opprinnelseslandet. EU-domstolen påpekte at dersom tyske myndigheter mente at den danske metoden for frasortering av uegnet svinekjøtt var mangelfull, så var dette noe man i henhold til veterinærdirektivet artikkel 8 måtte ta opp med danske myndigheter. Dersom det i et slikt tilfelle ikke oppnås enighet, er direktivets ordning at Kommisjonen med bindende virkning avgjør om den omtvistede eksportkontrollen tilfredsstillende kravene i direktivet. Når tyske myndigheter i stedet hadde valgt å underkaste alt ferskt svinekjøtt en egen, alternativ kontroll, forelå det ikke bare et brudd på direktivets artikkel 8, men også på artikkel 7 som slår fast at mottakerlandet bare har anledning til å foreta stikkprøvekontroller. Det er grunn til å understreke at traktatbruddssaken *ikke* omhandlet det underliggende spørsmål om den danske metoden faktisk var pålitelig – for EU-domstolen var det tilstrekkelig å konstatere at Tyskland ikke hadde fulgt den prosedyre som veterinærdirektivet angir for å ta stilling til dette spørsmålet.⁷⁰⁴

Et sentralt spørsmål i erstatningssaken var om de overtrådte direktivbestemmelsene tillå private rettigheter. For EU-domstolen argumenterte den franske, greske, italienske, polske og tyske regjering alle imot at de aktuelle direktivene beskyttet svinekjøtt-

⁷⁰³ Sak C-102/96, *Kommisjonen mot Tyskland*, [A5] Sml. 1998 s. I-6871.

⁷⁰⁴ Spørsmålet om den danske metoden var i samsvar med direktiv 64/433/EØF ville først kunne komme opp for EU-domstolen i form av et annullasjonssøksmål etter TEUV artikkel 263 dersom enten danske eller tyske myndigheter ikke ville akseptere Kommisjonens endelige vurderingen av metodens pålitelighet. Særlig grunn til å tro at domstolene i et slikt tilfelle skulle føle seg faglig kompetente til å overprøve Kommisjonens eksperter, er det vel neppe.

eksportørene. I en omfattende innstilling sluttet generaladvokat Trstenjak seg til dette. EU-domstolen lot seg imidlertid ikke overbevise og uttalte at direktivene presiserte og konkretiserte de rettigheter som det som nå er TEUV artikkel 34 tillegger private (avsnitt 23). Domstolen tilføyde at adgangen til å nekte import av kjøtt er fullharmonisert gjennom de aktuelle direktivene, noe som utelukker at myndighetene kan begrunne hindringer i den frie vareflyten i andre tilfeller enn dem som direktivene åpner for. På denne bakgrunn konkluderte domstolen med at «borgere, som har lidt tab ved en ukorrekt gjennomførelse og anvendelse af direktiv 64/433 og 89/662, kan påberåbe sig retten til frie varebevægelser med henblik på at rejse erstatningskrav mod staten på grund af tilsidesættelse af fællesskabsretten» (avsnitt 26).

Uenigheten mellom generaladvokat Trstenjak og domstolen på dette punkt viser at EU-domstolen er heller skeptisk til *Schutzzweck*-inspirerte forsøk på å avgrense erstatningsansvaret.⁷⁰⁵ Generaladvokatens meget utførlige og utpreget akademiske innstilling i saken er særlig interessant fordi den, på samme måte som generaladvokat Stix-Hackls innstilling i *Paul*, så tydelig er påvirket av tysk rettstradisjon.⁷⁰⁶ Så godt som samtlige av de mange henvisningene i innstillingen er til tysk litteratur og i flere meget omfattende fotnoter går hun inn i den tyske diskusjonen knyttet til forståelsen av EU-domstolens utlegning av erstatningsvernet. I lys av EU-domstolens dom i saken kan det i etterpåklokskapens lys trygt legges til grunn at Trstenjak, på tilsvarende vis som flere av de forfattere som hun henviser til, i for stor grad analyserer EU-domstolens praksis «med tyske briller» og forsøker å systematisere denne på en måte som ikke bryter for sterkt med tradisjonell tysk rettstenking.⁷⁰⁷

Påvirkningen fra tysk rett gjenfinnes særlig i generaladvokatens henvisning til det hun betegner som «gunstige refleksvirkninger» og «læren om offentligrettslige subjektive rettigheter» (avsnitt 72, fotnoter utelatt):

«Den omstændighed, at en retsforordning giver en borger fordele, kan netop heller ikke i sig selv afføde en subjektiv rettighed, men højst medføre en gunstig retlig refleksvirkning. Efter læren om offentligrettslige subjektive rettigheder foreligger der en subjektiv rettighed, når en retligt bindende norm ikke blot er bestemt til at varetage almenhedens interesse, men i hvert fald tillige den enkelte borgers interesse. Fremsættes et erstatningskrav mod staten, skal det således i overensstemmelse

⁷⁰⁵ Tilsvarende Dörr 2010 s. 16.

⁷⁰⁶ Generaladvokat Trstenjak er slovensk, men hun har gjennom en årrekke vært tilknyttet flere tyskspråklige universiteter og foretrekker å skrive sine innstillinger på tysk. Generaladvokat Stix-Hackl er østerriksk. Den tyske tilnærmingen til *Schutzzweck*-problematikken er også tydelig hos generaladvokat Kokott (som er tysk) i hennes innstilling i sak C-127/02, *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee mot Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, [SK] Sml. 2004 s. I-7405 (se avsnitt 143).

⁷⁰⁷ Dette er i seg selv interessant og en omstendighet som tilsier at man på dette punkt bør være særlig varsom med bruken av tyskspråklig litteratur. Dette gjelder i særdeleshet de lege ferenda-lignende betraktninger i tysk litteratur, da disse som oftest går ut på at EU-domstolen burde adoptere den tyske *Schutzzweck*-læren.

med Domstolens hidtidige praksis undersøges, om den tilsidesatte retsnorm indrømmer skadelidte en subjektiv rettighed, forstået som en retligt beskyttet position. I betragtning af det ovenfor anførte vedrørende de direktiver, der omhandles i den foreliggende sag, må dette klart afvises.»

Karakteristikken av de «fordeler» som de danske svinekjøtteksportørene unektelig fikk av direktivene som «gunstige rettslige refleksvirkninger» er klart nok hentet fra tysk rett, hvor erstatningsvernet nettopp avgrenses ut fra en sondring mellom rettsregler som har til formål å tillegge private erstatningsrettslig beskyttede rettigheter («offentligrettslige subjektive rettigheter») og rettsregler som riktignok gir private fordeler, men hvor dette ikke er reglenes egentlige siktemål.⁷⁰⁸ Avgjørende for generaladvokatens standpunkt er tilsynelatende hennes oppfatning av at de aktuelle direktivbestemmelsene er prosessuelle regler, hvis formål i all hovedsak er å sikre en virkeliggjøring av det indre marked for ferskt kjøtt på en måte som ivaretar hensynet til folkehelsen.⁷⁰⁹

Hensynet til folkehelsen er klart nok et allment hensyn. I den grad bestemmelser i direktivene må forstås slik at de alene har til formål å beskytte folkehelsen, er det nærliggende å konkludere med at de ikke gir kjøtteksportører rettigheter. Som generaladvokaten selv påpekte, synes imidlertid direktivenes formål primært å være virkeliggjøring av det indre marked for ferskt kjøtt (om enn på en måte som samtidig ivaretar hensynet til folkehelsen). Det er prinsipielt mulig å argumentere for at også virkeliggjøring av det indre marked i første rekke skjer av hensyn til allmennhetens interesser i best mulig ressursutnyttelse, og derfor ikke egentlig av hensyn til de enkelte aktører på markedet, men det følger klart allerede av *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Hedley Lomas* at det forbud mot importrestriksjoner som TEUV artikkel 34 pålegger medlemsstatene, gir private en erstatningsrettslig beskyttet rett til fri vareflyt.⁷¹⁰

Forklaringen på at generaladvokat Trstenjak like fullt mente at de aktuelle direktivene ikke tillegger svinekjøtteksportørene erstatningsrettslig beskyttede rettigheter, ligger trolig i hennes forståelse av forholdet mellom primærretten (*in casu* TEUV artikkel 34) og sekundærretten (de to direktivene). Trstenjaks posisjon synes å være at eksportørenes rettigheter følger direkte av TEUV artikkel 34 og at det hun betegner som «detaljerte procedureforskrifter» i direktivene ikke gir dem noen ytterligere rettigheter. Trstenjak utelukket derfor ikke at de aktuelle tyske restriksjonene kunne påføre den tyske stat erstatningsansvar, men hevdet at dette måtte avgjøres ut fra en vurdering av om tilsidesettelse av direktivbestemmelsene også innebar en tilsidesettelse av

⁷⁰⁸ En sentral dom er BGHZ 58 s. 96, hvor BGH ut fra et slikt resonnement avviste at mangelfullt statlig tilsyn med et bilforsikringselskap kunne påberopes i et erstatningssøksmål mot staten anlagt av et trafikkoffer i et tilfelle hvor verken skadevolder eller hans forsikringselskap var søkekode.

⁷⁰⁹ Generaladvokatens innstilling i *Danske Slagterier*, avsnitt 65 flg.

⁷¹⁰ Jf. *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 23; *Hedley Lomas*, avsnitt 27-29.

de danske eksportørens «subjektive ret til adgang til markedet i medfør af artikel 28 EF [nå TEUV artikkel 34]» (avsnitt 83). Denne vurderingen valgte hun imidlertid interessant nok å overlate i sin helhet til den nasjonale domstolen (BGH), uten å gi denne noen veiledning med på veien.

Generaladvokatens tilnærming må trolig forstås slik at dommerne i BGH måtte tenke seg de aktuelle direktivene borte og deretter vurdere om de tyske importrestriksjonene ville kunne rettferdiggjøres av helsemessige grunner under det som nå er TEUV artikkel 36 (eventuelt av tvingende hensyn til forbrukerbeskyttelse i henhold til *Cassis de Dijon*-doktrinen). Utfallet av en slik vurdering fremstår ikke som opplagt, men tilnærmingen ville gi tyske myndigheter mulighet til å argumentere for at deres kontroll av ferskt svinekjøtt var både egnet og nødvendig for å ivareta de anførte hensyn, og dessuten heller ikke representerte noe uforholdsmessig inngrep i den frie vareflyten. Gitt uenigheten mellom danske og tyske veterinærmyndigheter om årsakene til at kjøtt fra enkelte ukastrerte griser er uegnet som menneskeføde, ville trolig spørsmålet om den tyske metodens egnethet stå sentralt i en slik vurdering. Ettersom importkontrollen tilsynelatende førte til at svært mye kjøtt ble avvist, ville tyske domstoler også måtte vurdere om det fantes andre, mer treffsikre og dermed for eksportørene mindre inngripende metoder som likevel ville ivareta de anførte hensyn på en adekvat måte. I en situasjon hvor det forutsetningsvis forelå faglig uenighet mellom danske og tyske veterinærmyndigheter, er det likevel mye som tilsier at tyske myndigheter med hell ville kunne påberope seg føre-var-prinsippet. Resultatet av Trstenjaks tilnærming ville derfor trolig blitt at erstatningskravet mot den tyske stat ikke ville ført frem. I alle tilfeller er det lett å tenke seg andre situasjoner hvor forskjellen i generaladvokatens og EU-domstolens tilnærming ville lede til ulik utstrekning av erstatningsvernet.

Selv om man skulle anse en noe snevrere avgrensning av erstatningsvernet som rettspolitisk ønskelig, så er det et problem med Trstenjaks posisjon at den ikke samsvarer med EU-domstolens etablerte forståelse av forholdet mellom primær- og sekundærretten. Som generaladvokaten selv medgav, følger det av EU-domstolens faste praksis at når et område gjennom direktiver og/eller forordninger er gjort til gjenstand for uttømmende harmonisering, så skal nasjonale regler på området vurderes opp mot den aktuelle sekundærlovgivingen og ikke opp mot den overordnede traktatretten.⁷¹¹ Under forutsetning av at sekundærretten ikke står i motstrid til primærretten, så utgjør sekundærretten eneste målestokk for medlemsstatenes opptreden på det harmoniserte området. Av de statene som avgav innlegg i saken, argumenterte den franske, italienske, polske, tsjekkiske og tyske regjeringen alle med at fullharmoniseringen av reglene om eksport av svinekjøtt måtte lede til at eksportørene var avskåret fra å påbero-

⁷¹¹ Jf. avsnitt 79 i generaladvokatens innstilling, med en rekke henvisninger til rettspraksis.

pe seg en krenkelse av TEUV artikkel 34.⁷¹² Gitt at de nevnte regjeringene samtidig var av den oppfatning at de overtrådte direktivbestemmelsene ikke tillat eksportørene noen erstatningsrettslig beskyttede rettigheter, ville imidlertid dette lede til at de danske svineeksportørene, som følge av totalharmoniseringen, stod tilbake uten rettsbeskyttelse. Generaladvokat Trstenjak unngikk denne lite rimelige konklusjonen ved å ta til orde for at EU-domstolens oppfatning av sekundærretten som den eneste referanseramme på et fullharmonisert område ikke kunne finne anvendelse i det foreliggende tilfelle: Etter hennes oppfatning var det uantagelig at EU-lovgiver gjennom vedtakelsen av de aktuelle direktiver ønsket å frata private rettigheten til å påberope seg retten til frie varebevegelser etter TEUV artikkel 34 (avsnitt 81-82).

EU-domstolen på sin side unngikk problemstillingen ved å fastholde, som nevnt, at de aktuelle direktivbestemmelsene konkretiserer de rettigheter som TEUV artikkel 34 tillegger private (avsnitt 23). Helt klart var svaret til BGH likevel ikke. EU-domstolen slo nemlig sammen spørsmålet om direktivene tillegger private rettigheter med spørsmålet om Danske Slagterier uansett kunne påberope seg TEUV artikkel 34. Private som har lidt tap som følge av statlig tilsidesettelse av de aktuelle direktivbestemmelsene, kan «påberåbe sig *retten til frie varebevegelser* med henblik på at reise erstatningskrav mod staten på grund af tilsidesættelse af fællesskabsretten» (avsnitt 26). Domstolens løsning synes å være at selve *den erstatningsrettslig beskyttede retten til eksport av svinekjøtt må utledes av TEUV artikkel 34*, men at sekundærlovgivningen har som følge at *statene er avskåret fra å rettferdiggjøre restriksjoner på vareflyten på andre måter enn dem som direktivene åpner for*.⁷¹³

Om man vil uttrykke de fordeler som de aktuelle direktivbestemmelsene gir eksportørene i rettighetstermer, så er det snakk om rettigheter i betydningen frihet fra at statene kan rettferdiggjøre restriksjoner på den frie vareflyten på andre måter enn dem som direktivene selv åpner for.

EU-domstolens løsning har den fordel at det klargjøres at sekundær- og primærretten her må sees i sammenheng: Det er først dersom skadelidte er i en posisjon som faller inn under anvendelsesområdet til en av de fire frihetene at vedkommende kan påberope seg statlige brudd på sekundærlovgivning som «bare» tar sikte på å presisere og konkretisere den aktuelle grunnfrihet. Generaladvokaten har nok rett i at det isolert sett vanskelig lar seg hevde at eksempelvis veterinærdirektivets bestemmelser om fremgangsmåten i et tilfelle hvor en medlemsstat mener at avsenderstatens kontroll med fersk kjøtt er mangelfull *i seg selv* har til formål å tillegge private rettigheter, men EU-domstolens poeng synes å være at en medlemsstats overtredelse av denne prosedyrebestemmelsen leder til en restriksjon på eksportørenes rett til å utnytte ho-

⁷¹² Jf. gjengivelsen av regjeringenes argumentasjon i avsnitt 28 flg. i generaladvokatens innstilling.

⁷¹³ Se særlig avsnitt 24-25.

vedregelen om fri vareflyt som staten, nettopp som følge av direktivet, ikke kan rettferdiggjøre. Samtidig følger det av denne tilnærmingen at det nok kan tenkes *andre* private som lider tap som følge av brudd på slike prosedyreregler som ikke vil kunne kreve erstatning, fordi det ikke foreligger noen krenkelse av en underliggende regel som tillegger vedkommende erstatningsrettslig beskyttede rettigheter.

6.5.3 EU-domstolens øvrige praksis

Spørsmålet er så om min analyse av *Danske Slagterier* er forenlig med EU-domstolens øvrige praksis knyttet til spørsmålet om erstatningsrettslig vern.

I omvendt kronologisk rekkefølge er det her grunn til først å se nærmere på *AGM*. I dette tilfellet var det spørsmål om den finske stats erstatningsansvar for direktivstridige advarsler mot en italienskprodusert billøfter (jf. omtalen av saksforholdet i kapittel 4, punkt 4.4). I sin innstilling la generaladvokat Kokott til grunn at den aktuelle maskinen ikke oppfylte sikkerhetskravene i maskindirektivet (avsnitt 74). Som alt nevnt var imidlertid advarslene fremsatt av en tjenestemann som på eget initiativ hadde gått ut i media, noe som naturlig nok medførte at finske myndigheter ikke hadde overholdt plikten i henhold til direktivets artikkel 7 om straks å varsle Kommissjonen dersom man legger restriksjoner på omsetningen av en CE-merket maskin. Under forutsetning av at finske myndigheter måtte svare for tjenstemannens handlinger, var det klart at advarslene utgjorde en restriksjon. Under henvisning til at finske myndigheter ikke hadde overholdt varslingsplikten, slo EU-domstolen kort fast at restriksjonen ikke lot seg rettferdiggjøre og at det dermed forelå en overtredelse av direktivets artikkel 4, som forbyr statene å legge begrensninger på omsetningen av maskiner «som oppfyller bestemmelsene i dette direktiv». I vurderingen av om de overtrådte reglene vernet *AGM*, nøyde EU-domstolen seg helt kort med å vise til at «direktivets artikkel 4, stk. 1, har til formål at tillægge private markedsaktører rettigheter, som de kan gjøre gjeldende over for medlemsstaterne» (avsnitt 79).

Det interessante med vurderingen av erstatningsvernet i *AGM* er at EU-domstolen rettet all oppmerksomhet mot den materielle hovedregelen om fri vareflyt i direktivets artikkel 4, uten å problematisere at overtredelsen av denne bestemmelsen ene og alene skyldtes tilsidesettelsen av prosedyreregelen i artikkel 7. Dersom finske myndigheter *hadde* underrettet Kommissjonen om at man ville advare offentlig mot de aktuelle billøfterne, så ville heller ikke artikkel 4 vært krenket. Med sin tilnærming unngikk EU-domstolen spørsmålet om prosedyrebestemmelser som maskindirektivets artikkel 7 tillegger private rettigheter. Som i *Danske Slagterier* er poenget at bruddet på saksbehandlingsregelen ledet til en overtredelse av retten til å omsette varer på markedet.

Den erstatningsrettslige betydningen av sammenhengen mellom prosedyrebestemmelsen i maskindirektivets artikkel 7 og den underliggende retten til fri vareflyt kan illustreres ved et tenkt eksem-

pel basert på saksforholdet i *AGM*. Av generaladvokatens innstilling fremgår det at det var rapportert om uhell hvor en bobil falt ned fra AGMs billøfter da låsmekanismene på løfteren gav etter. Dersom vi tenker oss at uhellet førte til personskader, typisk av en eller flere bilmekanikere som arbeidet under bilen, og dessuten også forutsetter at finske myndigheter på dette tidspunkt allerede var oppmerksomme på billøfterens mangler, så er spørsmålet om skadelidte ville kunne holde den finske stat erstatningsansvarlig for *ikke* å ha gjort bruk av den prosedyre som direktivets artikkel 7 gir anvisning på. Ordlyden i artikkel 7 tilsier klart at nasjonale myndigheter som blir oppmerksomme på at en CE-merket maskin vil kunne være farlig, har en positiv forpliktelse til å treffe «alle nødvendige foranstaltninger» og deretter «straks» underrette Kommisjonen om disse. Selv om man skulle legge til grunn at finske myndigheters passivitet skulle innebære en krenkelse av direktivets artikkel 7, så er det tvilsomt om dette i seg selv vil kunne gi grunnlag for EU-basert erstatningskrav mot staten: Ut fra EU-domstolens resonnement i *Paul* er det mye som tyder på at et slikt krav ikke vil føre frem fordi maskindirektivets artikkel 7 ikke har til formål å tillegge brukerne av maskinene noe erstatningsrettslig vern. I *Paul* ble innskyternes erstatningskrav avvist under henvisning til at formålet med de overtrådte direktivbestemmelsene var å ivareta allmennhetens interesse i et stabilt finansvesen, ikke å tillegge innskyterne individuelle rettigheter (avsnitt 42 flg.). På samme vis antar Reich at formålet med maskindirektivets artikkel 7 er «to balance free movement and product safety, but not to protect potential victims against (non)action by the supervising state».⁷¹⁴ Forskjellen mellom produsenter som *AGM* og ansatte på et bilverksted er at det bare er de førstnevnte som kan påberope seg at statlig overtredelse av maskindirektivets artikkel 7 innebærer en krenkelse av den underliggende retten til fri vareflyt.⁷¹⁵

Fra EU-domstolens tidligere praksis er plenumsdommen *Paul* allerede behørig omtalt. I herværende sammenheng er poenget at de skadelidte innskyterne i den saken ikke var i en posisjon hvor de kunne påberope seg EU-rettens fire friheter (eller annen primærrett). Deres erstatningskrav mot den tyske stat avhang derfor helt og fullt av om de påberopte direktivene hadde til formål å tillegge dem rettigheter ut over innskuddsgarantien på 20 000 euro, noe EU-domstolen som nevnt besvarte benektende. Særlig interessant er det at EU-domstolen fant grunn til å påpeke at de aktuelle direktivene var hjemlet i traktatens regler om fri kapitalflyt og at erstatningsrettslig vern av innskyterne ikke var «nødvendig» for å oppnå de målsettinger som dette kompetansegrunnlaget gir anvisning på (avsnitt 42-43). Koblingen mellom erstatningsvernets utstrekning og hva som anses nødvendig for å realisere en av EU-rettens fire friheter kan leses som uttrykk for en utpreget instrumentell tilnærming til erstatningsansvaret.

Også *Köbler* passer inn i den her antydete sondringen mellom sekundærlovgivning som konkretiserer primærrettslige rettigheter og bestemmelser i sekundærlovgivningen som står på egne ben. I *Köbler* var det bl.a. spørsmål om den østerrikske stats erstatningsansvar for tilsidesettelse av artikkel 7 (1) i forordning 1612/68. EU-

⁷¹⁴ Reich 2008 s. 98.

⁷¹⁵ En annen sak er at det etter omstendighetene selvsagt kan foreligge et ansvarsgrunnlag i henhold til nasjonal erstatningsrett, jf. i norsk sammenheng skadeserstatningsloven § 2-1.

domstolen påpekte at bestemmelsen presiserte det grunnleggende prinsipp om arbeidskraftens frie bevegelighet i EU og slo fast at «[d]et ... ikke [kan] bestrides, at disse bestemmelser har til formål at tillægge borgerne rettigheder» (avsnitt 102-103).

6.5.4 EFTA-domstolens praksis

I *HOB-vín* sluttet EFTA-domstolen seg til EU-domstolens tilnærming i *Danske Slagterier*. Det statlige islandske vinmonopolet hadde i dette tilfellet nektet å selge flere av saksøkers produkter med mindre de ble påført klistremerker hvor det klart fremgikk at det var snakk om alkoholholdige drikkevarer. Produktene var imidlertid lovlig produsert og omsatt i andre EØS-stater (hhv. Spania og Storbritannia) og det følger da av direktiv 2000/13/EF om merking og presentasjon av næringsmidler at eventuelle nasjonale særkrav må meldes på forhånd til ESA/Kommisjonen, som deretter tar stilling til om kravene er forenlige med EU/EØS-retten.⁷¹⁶ Island hadde ikke meldt fra til ESA om forskriften med særskilte krav til merking av alkoholholdige drikkevarer, noe som ifølge EFTA-domstolen uten videre ledet til at regelverket måtte betraktes som uanvendelig.⁷¹⁷ I ansvarsvurderingen fulgte EFTA-domstolen EU-domstolens eksempel og tok utgangspunkt i hovedregelen om fri vareflyt (EØS-avtalen artikkel 11), som uten tvil tillegger markedsaktørene erstatningsrettslig beskyttede rettigheter (avsnitt 124). Med en formulering som åpenbart er hentet fra *Danske Slagterier* (men uten noen kildehenvisning), påpekte EFTA-domstolen at EØS-avtalen artikkel 11 er «defined and given concrete expression» gjennom direktivet (avsnitt 125). Selve ansvarsvurderingen ble deretter utelukkende knyttet opp mot bruddet på meldeplikten, som isolert sett utvilsomt var tilstrekkelig kvalifisert (avsnitt 132-136). Realiteten er den samme som i *AGM* og *Danske Slagterier*: Brudd på en saksbehandlingsregel leder til en overtredelse av saksøkers underliggende rett til å omsette varer på markedet.

6.6 Særlig om kompetansefordelingsregler

I forlengelsen av analysen av *Danske Slagterier* kan det være grunn til å se nærmere på EU-domstolens praksis knyttet til EUs eget erstatningsansvar i tilfeller hvor en av EUs institusjoner har overskredet eget kompetansegrunnlag og derigjennom krenket

⁷¹⁶ Merk at det i saken også var spørsmål om det islandske vinmonopolets eventuelle erstatningsansvar for å ha nektet å omsette andre av saksøkers produkter under henvisning til at bildebruken på boksene var upassende. EFTA-domstolen fant at denne beslutningen var i strid med artikkel 18 i nevnte direktiv 200/13/EF, men spørsmålet om bruddet var ansvarsbetingende ble helt og fullt overlatt islandske domstoler.

⁷¹⁷ Avsnitt 113. Dette standpunktet er nok ikke ukontroversielt (særlig fordi EFTA-domstolen tilsynelatende ikke tar forbehold om at direktivet er gjennomført i islandsk rett!), men en nærmere drøftelse av denne problematikken faller utenfor denne avhandlingens rammer.

prinsippet om tildelt kompetanse i TEU artikkel 5, jf. artikkel 13 nr. 2. Helt sentral her er sakene *Vreugdenhil II* og *Artegodan II*.⁷¹⁸

Bakgrunnen for erstatningssøksmålet i *Vreugdenhil II* var at Kommisjonen hadde overskredet sin kompetanse ved å tilføye en bestemmelse i en forordning som ikke bare gjennomførte forordningens regler om tollfritak ved gjeninnførsel av varer som tidligere var eksportert fra EU, men som endret forordningens anvendelsesområde. Bestemmelsen som Kommisjonen med hadde tilføyd, hadde som konsekvens at to nederlandske selskap ble nektet tollfritak for reimport av et større parti tørrmelk. Etter at EU-domstolen kjente bestemmelsen ugyldig,⁷¹⁹ fikk selskapene tilbakebetalt toll fra nederlandske myndigheter. Det ene selskapet anla likevel søksmål mot Kommisjonen for å få dekket ytterligere utgifter påløpt i sakens anledning. EU-domstolen avviste kravet under henvisning til at bestemmelser som bare regulerer den innbyrdes kompetansefordeling mellom EUs institusjoner, ikke har til formål å beskytte private.⁷²⁰ EU-institusjonene imellom har prinsippet om tildelt kompetanse alene til formål å sikre den institusjonelle balanse som er nedfelt i traktatene.⁷²¹ EU-domstolen tilføyde imidlertid at situasjonen ville være en annen dersom bestemmelsen som Kommisjonen hadde tilføyde også hadde vært i strid med en høyere rettsregel til beskyttelse av private, men nøyde seg med å påpeke at det ikke var anført at så var tilfellet.⁷²²

Tilnærmingen fra *Vreugdenhil II* ble fulgt opp i *Artegodan II*. I første instans utstrakk Underretten i dette tilfellet rettsoppfatningen fra *Vreugdenhil II* til også å omfatte kompetansefordelingen mellom EU og medlemsstatene.⁷²³ Erstatningssøksmålet var anlagt etter at EU-domstolen i *Artegodan I* slo fast at Kommisjonens tilbakekall av en tillatelse til å markedsføre legemidler som inneholdt amfepramon var ugyldig fordi det i henhold til direktiv 75/319/EØF var medlemsstatene og ikke Kommisjonen som var kompetente til å kalle tilbake den aktuelle tillatelsen.⁷²⁴ I den etterfølgende erstat-

⁷¹⁸ Sak C-282/90, *Vreugdenhil mot Kommisjonen (II)*, Sml. 1992 s. I-1937 og sak C-221/10 P, *Artegodan mot Kommisjonen (II)*, [A5] dom 19. april 2012. Nevnes kan også sak T-43/98, *Emesa Sugar mot Rådet*, Sml. 2001 s. II-3519, hvor Underretten fulgte opp EU-domstolens tilnærming i *Vreugdenhil II* (se avsnitt 63).

⁷¹⁹ Jf. sak 22/88, *Vreugdenhil mot Kommisjonen (I)*, Sml. 1989 s. 2049.

⁷²⁰ *Vreugdenhil II*, avsnitt 20-21. Standpunktet innebar at EU-domstolen fravek den rettsoppfatning som ble lagt til grunn i sak 9/56, *Meroni mot Den høje myndighed*, Sml. (fransk utgave) 1958 s. 11. Tilnærmingen kritiseres bl.a. i flere arbeider referert i generaladvokat Bots innstilling i *Artegodan II* (avsnitt 41).

⁷²¹ Jf. for eksempel Tridimas 2006 s. 480-481.

⁷²² I denne sammenheng påpekte EU-domstolen at formålet med den bestemmelse som Kommisjonen hadde tilføyde i forordningen var å forhindre svikaktig bruk av returvarerordningen og at den følgelig var «udstedt i Fællesskabets almene interesse» (avsnitt 23-24). Det er imidlertid ikke helt lett å se hvilken relevans dette skulle ha – avgjørende for erstatningsvernet er jo formålet med *den overtrådte regel*, ikke formålet med den bestemmelsen som utgjør overtredelsen (sistnevnte kan imidlertid trolig tillegges en viss vekt i selve ansvarsvurderingen, jf. nærmere i kapittel 7, punkt 7.8.3).

⁷²³ Sak T-429/05, *Artegodan mot Kommisjonen (II)*, Sml. 2010 s. II-491 (avsnitt 73 flg.).

⁷²⁴ Sak C-39/03 P, *Kommisjonen mot Artgodan (I)*, [P] Sml. 2003 s. I-7885.

ningssaken la imidlertid Underretten til grunn at hverken prinsippet om myndighets-tildeling i TEU artikkel 5 nr. 2 eller nærhetsprinsippet i TEU artikkel 5 nr. 3 medfører at regler om kompetansefordeling har til formål å tillegge borgerne noen rettigheter. Den omstendighet at Kommisjonens beslutning savnet hjemmel og av denne grunn var kjent ugyldig, var ifølge Underretten «ikke tilstrækkelig til at antage, at de over-trådte kompetenceregler har til formål at tillægge borgerne rettigheder, således at en tilsidesættelse af disse regler kan medføre et ansvar for Fællesskabet».⁷²⁵

I ankesaken for EU-domstolen anla imidlertid generaladvokat Bot en ganske annen tilnærming: Under henvisning til den kritikk som i litteraturen var blitt reist mot *Vreugdenhil II*, argumenterte han for at EU-domstolen burde anerkjenne at brudd på regler om kompetansefordeling kan påføre EU erstatningsansvar. Fra et norsk, for-valtningsrettslig perspektiv kan dette fortone seg som nokså selvsagt, men nettopp av den grunn bør det understrekes at generaladvokaten *ikke* begrunnet sitt standpunkt med den enkle betraktning at Kommisjonen savnet hjemmel for å tilbakekalle Arte-godans markedsføringstillatelse. Begrunnelsen var i stedet mer generelle betrakt-ninger om at regler om kompetansetildeling må antas å ha til formål å sikre at beslut-ninger treffes av de myndigheter som anses «bedst egnede til at træffe den pågælden-de afgørelse» og at de derfor, indirekte, har betydning for beskyttelse av privates ma-terielle rettigheter.⁷²⁶ Selv om det ikke fremkommer særlig klart av innstillingen, knyttes et eventuelt erstatningsansvar for brudd på kompetansetildelingsregler her til en forutsetning om et underliggende brudd på skadelidtes materielle rettigheter.⁷²⁷

EU-domstolen på sin side så ingen grunn til å distansere seg fra *Vreugdenhil II*, men fremhevet tvert i mot at det fulgte av den dommen at (avsnitt 81):

«selv om en tilsidesættelse af kompetencefordelingen mellem de forskellige EU-institutioner, der blot skal sikre, at den i traktaterne fastsatte institutionelle balance opretholdes, hvorimod den ikke har til formål at beskytte borgerne, ikke i sig selv er tilstrækkelig til at medføre et ansvar for Unionen over for de berørte erhvervsdrivende, ville det forholde sig anderledes, såfremt en EU-foranstaltning ikke blot er truffet i strid med kompetencefordelingen mellem institutionerne, men også – for så vidt angår de materielle bestemmelser – er i strid med en højere retsregel til beskyttelse af borgerne»

EU-domstolen utdypet dette dit hen at også et brudd på regler om kompetanseforde-lingen mellom en EU-institusjon og nasjonale myndigheter kan påføre EU erstat-ningsansvar «når den ledsages af en tilsidesættelse af en materiel bestemmelse» (un-derforstått: som selv har til formål å tillegge private rettigheter) (avsnitt 82).

⁷²⁵ Underrettens dom i *Artogodan II*, avsnitt 75.

⁷²⁶ Se avsnitt 40-44 i generaladvokatens innstilling.

⁷²⁷ Se særlig innstillingens avsnitt 44.

Selvstendig betydning vil imidlertid brudd på kompetansefordelingsregler først ha dersom ansvarsvurderingen i slike tilfeller knyttes til dette bruddet, snarere enn til det påkrevde, underliggende brudd på en materiell rettighetsbestemmelse: Dersom det foreligger en tilstrekkelig kvalifisert personell kompetansemangel, så kreves det ikke også at den påkrevde innholdsmangelen kan karakteriseres på samme vis. De ovenfor gjengitte uttalelsene fra *Artegodan II* trekker isolert sett klart i denne retning, kanskje særlig fordi brudd på kompetansefordelingsregler i motsatt fall ikke tilfører noe som helst til utfallet av et erstatningssøksmål som uansett kunne vært reist med utgangspunkt i det materielle rettsbruddet.

EU-domstolens videre vurdering i *Artegodan II* viser likevel at det trolig *ikke* er grunnlag for å trekke en slik slutning av dommen: Den etterfølgende ansvarsvurderingen ble uttrykkelig knyttet til spørsmålet om Kommisjonen hadde gjort seg skyldig i et tilstrekkelig kvalifisert brudd på de materielle bestemmelsene i direktiv 75/319/EØF artikkel 11 (avsnitt 97 flg.). Den personelle kompetansesvikten nevnes ikke i ansvarsvurderingen. Av denne grunn er det ikke helt lett å se noen reell forskjell mellom Underrettens og EU-domstolens tilnærming: Til tross for EU-domstolens utsagn om det motsatte, synes realiteten å være at brudd på regler om kompetansefordeling ikke tilfører noe i erstatningsrettslig sammenheng.⁷²⁸

Fra et norsk perspektiv fremstår tilnærmingen i *Vreugdenhil II* og *Artegodan II* som nokså fremmed (se punkt 6.10.2). Spørsmålet som skal drøftes her, er imidlertid om avgjørelsene har overføringsverdi til saker som gjelder statenes erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-retten. En parallell til *Vreugdenhil II* vil være en situasjon hvor EU/EØS-retten krever at statene utpeker et nærmer angitt forvaltningsorgan som skal ha ansvar for å håndheve EU/EØS-retten på et bestemt rettsområde, men hvor det likevel er et annet enn det utpekte organ som treffer vedtak i en sak.⁷²⁹ En parallell til *Artegodan II* vil være en situasjon hvor nasjonale forvaltningsmyndigheter treffer avgjørelser som i henhold til kompetansefordelingen i EU/EØS-retten er forbeholdt Kommisjonen/ESA (eller underordnede EU-organer).

Ut fra EU-domstolens uttalte oppfatning av at vilkårene for statenes erstatningsansvar ikke uten særlig grunn må avvike fra vilkårene for EUs eget erstatningsansvar (jf. kapittel 3, punkt 3.3), så må man i eksempelet basert på *Vreugdenhil II* trolig kunne se bort fra at det aktuelle vedtak er truffet av et annet organ enn det som er utpekt i hen-

⁷²⁸ Til forskjell fra generaladvokat Bot, som i sin innstilling i saken drøftet om Kommisjonens feilaktige oppfatning av egen kompetansen representerte et tilstrekkelig kvalifisert rettsbrudd (se avsnitt 47-54).

⁷²⁹ I denne sammenheng er det neppe av betydning om organet som treffer vedtaket er kompetent til dette i henhold til nasjonal rett eller ikke. I sistnevnte tilfelle foreligger det imidlertid kompetansesvikt også under nasjonal rett, noe som, avhengig av nasjonal forvaltnings- og erstatningsrett, kan lede til at spørsmålet om erstatningsansvar på EU/EØS-rettslig grunnlag ikke vil komme på spissen.

hold til EU/EØS-retten. Det kan innvendes at selv om regler som forplikter statene til å utpeke bestemte organer med ansvar for å håndheve EU/EØS-retten på et angitt område primært har til formål å lette samarbeidet mellom europeiske og nasjonale forvaltningsmyndigheter, så er slike kompetansefordelingsregler forutsetningsvis også ment å bidra til mer effektiv realisering av de materielle reglene til fordel for private markedsaktører.⁷³⁰ Klare kompetansefordelingsregler vil også bidra til økt forutberegnelighet for private. Slike argumenter vant imidlertid intet gehør i EU-domstolen i *Vreugdenhil II* og det foreligger neppe særlige grunner som tilsier at de bør tillegges større vekt i tilfeller hvor kompetanseoverskridelsen gjelder det innbyrdes forhold mellom nasjonale forvaltningsmyndigheter.

I lys av de ovenfor omtalte sakene *AGM* og *Danske Slagterier* er det langt vanskeligere å forestille seg at EU-domstolen i eksempelet basert på *Artegodan II* ville se bort fra at nasjonale myndigheter har tiltatt seg kompetanse som i henhold til EU-retten er forbeholdt Kommisjonen. Verken i *AGM* eller *Danske Slagterier* ble det vurdert nærmere hvordan Kommisjonen ville forholdt seg til en underretning fra nasjonale myndigheter om hhv. risikoen forbundet med AGMs billøftere og de påståtte svakhetene ved den danske eksportkontrollen. Langt mindre ble det vurdert om myndighetenes handlinger ville være ansvarsbetingende også om man forutsatte at de var kompetente til å gripe inn overfor hhv. *AGM* og *Danske Slagterier* på egen hånd. Tvert i mot var det i begge sakene tilsynelatende tilstrekkelig at nasjonale forvaltningsmyndigheter i realiteten hadde tiltatt seg kompetanse som tilligger Kommisjonen.

Dersom man likevel skal forsøke å samordne EU-domstolens tilnærming i *AGM* og *Danske Slagterier* (og dermed også EFTA-domstolens tilnærming i *HOB-vín*) på den ene og *Artegodan II* på den annen side, så kan det pekes på at de personelle kompetanseoverskridelsene skyldes at hhv. finske og tyske forvaltningsmyndigheter hadde overtrådt saksbehandlingsregler (jf. punkt 6.7 nedenfor) som har til formål å hindre at statene undergraver den frie vareflyten i EU/EØS. Som vist i punkt 6.5 kan det derfor hevdes at selv om de overtrådte reglene i *AGM* og *Danske Slagterier* neppe i seg selv har til formål å tillegge private rettigheter, så ledet saksbehandlingsfeilene til tilstrekkelig kvalifiserte brudd på hovedregelen om frie varebevegelser fordi de avskar myndighetenes mulighet til å rettfærdiggjøre restriksjonene.

I typetilfeller hvor kompetansen til å gripe inn overfor aktører på markedet helt og fullt er lagt til EUs institusjoner og organer (eller, for EFTA-statenes vedkommende, ESA), vil det naturlig nok ikke finnes EU/EØS-rettslige saksbehandlingsregler tilsvarende dem som var overtrådt i *AGM*, *Danske Slagterier* og *HOB-vín*. Her kan det nok derfor tenkes tilfeller hvor nasjonale myndigheter kan komme i skade for å tilta seg

⁷³⁰ Jf. generaladvokat Bots innstilling i *Artegodan II*, avsnitt 43-44.

kompetanse som i henhold til EU/EØS-retten er forbeholdt Kommisjonen/ESA (eller egne EU-organer), uten at dette *per se* leder til et åpenbart og grovt brudd på den materielle EU/EØS-retten. Hensynet til EU/EØS-rettens effektivitet tilsier imidlertid at det er tilnærmet umulig å se for seg at statene kan anføre *Artegodan II* til sitt forsvar i et slikt tilfelle.⁷³¹ Etter min oppfatning er det snarere grunn til å anta at EU-domstolen i en slik sak vil bli tvunget til å revurdere tilnærmingen i *Artegodan II* i tråd med generaladvokat Bots innstilling i saken (og EFTA-domstolens tilnærming i *HOB-vín*): Dersom det foreligger en tilstrekkelig kvalifisert personell kompetansemangel, så kreves det ikke at også det underliggende brudd på skadelidtes materielle rettigheter kan karakteriseres på samme vis. EU-domstolens tilnærming i *Artegodan II* bør ikke legges til grunn som uttrykk for gjeldende rett, verken med henblikk på EUs eller EU/EØS-statenes erstatningsansvar.

En illustrasjon på hvor man kan ende opp dersom man tvert i mot fortolker tilnærmingen i *Vreugdenhil II* og *Artegodan II* utvidende, gir Rådets anførsler for Underretten i sak T-341/07, *Sison mot Rådet (II)*, dom 23. november 2011: I følge Rådet burde bestemmelser i forordning 2580/2001 som gir hjemmel for å «fryse» verdier tilhørende personer mistenkt for å ha tilknytning til internasjonal terrorisme, fortolkes slik at de bare har til formål å trekke opp grensene mellom EUs og medlemsstatenes kompetanse på dette området, med den følge at saksøkers krav på erstatning for brudd på disse reglene måtte avskjæres allerede på dette grunnlag! Underretten avviste dette, bl.a. under henvisning til at bestemmelsene som angir vilkårene for slike tiltak «i det væsentlige [har] til formål at beskytte de berørte borgeres individuelle interesser ved at begrense de tilfælde, hvor de restriktive foranstaltninger, som de lovlig kan pålægges, kan finde anvendelse, samt disses omfang og intensitet» (avsnitt 51).

6.7 Særlig om saksbehandlingsregler

I en av de grunnleggende sakene vedrørende EUs eget erstatningsansvar, *HNL*, uttalte generaladvokat Capotorti helt generelt at kravet om tilsidesettelse av en rettsregel som gir private subjektive rettigheter «allerede ... udelukker ansvar ved krænkelse af procedureregler eller ved formmangler i de generelle retsregler; retsregler af denne art giver almindeligvis ikke private subjektive rettigheder, selv om der ubestrideligt er mulighed for, at retsakten erklæres ugyldig på grund af procedure- eller formmangelen».⁷³² Fra rettspraksis vedrørende statenes erstatningsansvar antydes en tilsvarende holdning av *Enichem Base*. EU-domstolen fant i dette tilfellet at en italiensk kommu-

⁷³¹ Sml. sak C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato mot Lucchini*, [SK] Sml. 2007 s. I-6199, hvor EU-domstolen slo fast at hensynet til EU-rettens effektivitet må gå foran rettskraftsvirkningene av en nasjonal rettsavgjørelse i et tilfelle hvor sistnevnte griper inn i Kommisjonens eksklusive kompetanse til å vurdere om statsstøtte er forenlig med det indre marked.

⁷³² Innstilling i forente saker 83/76 m.fl., *HNL mot Kommisjonen*, Sml. 1978 s. 1209 (på s. 1233). Se tilsvarende generaladvokate Darmons innstilling i *Vreugdenhil II*, avsnitt 57.

ne hadde overtrådt en plikt etter avfallsdirektivet (direktiv 75/442/EØF) til å underrette Kommisjonen innen vedtakelsen av nye regler som begrenset omsetningen av ikke-nedbrytbare plastposer, men tilføyde at denne saksbehandlingsregelen ikke gav private noen rettigheter som kan håndheves for de nasjonale domstolene.⁷³³ Rettsoppfatningen fra *Enichem Base* er senere bekreftet i *Sapod*.⁷³⁴ Under henvisning til disse dommene uttaler Prechal at det er «undoubtedly difficult to imagine how an obligation of, for instance, notification could give rise to a right of individuals».⁷³⁵

Tilsvarende avvisende har EU-domstolen tidligere vært til at brudd på EU-institusjonenes plikt til å grunnngi de rettsakter de vedtar skal kunne pådra EU erstatningsansvar,⁷³⁶ og det selv om domstolen i annen sammenheng har understreket betydningen av begrunnelsesplikten i TEUV artikkel 296 annet ledd for privates mulighet til å ivareta sine interesser.⁷³⁷

En annen prosessuelle bestemmelse som i henhold til fast praksis ikke tillegger private noen erstatningsrettslig beskyttede rettigheter er TEUV artikkel 258 om Kommisjonens adgang til å anlegge traktatbruddssøksmål mot medlemsstatene. Av den omstendighet at Kommisjonen aldri er forpliktet til å innlede en traktatbruddssak mot en medlemsstat, har EU-domstolen sluttet at private ikke kan anlegge erstatningssøksmål under henvisning til at Kommisjonens passivitet har forårsaket en krenkelse av vedkommendes EU-rettslige rettigheter i den aktuelle medlemsstat.⁷³⁸ I *Arizmendi* tilføyde imidlertid Underretten at Kommisjonen heller ikke kan holdes ansvarlig for eventuelle feil ved den rettsoppfatning som legges til grunn i den begrunnede uttalelse som i henhold til traktatens artikkel 358 første ledd formelt utgjør første trinn i prosessen som kan lede til traktatbruddssøksmål for EU-domstolen.⁷³⁹ Dette må nok gjelde tilsvarende for ESA i henhold til ODA artikkel 31.

De ovenfor omtalte avgjørelsene *AGM*, *Danske Slagterier* og *HOB-vín* viser imidlertid at brudd på saksbehandlingsregler i visse tilfeller *vil* kunne pådra statene erstatningsansvar. Forholdet til den eldre praksisen omtalt i forrige avsnitt drøftes imidler-

⁷³³ Sak 380/87 *Enichem Base m.fl. mot Comune di Cinisello Balsamo*, Sml. 1989 s. 2491.

⁷³⁴ Sak C-159/00, *Sapod mot Eco-Emballages*, [A3] Sml. 2002 s. I-5031 (avsnitt 60-63).

⁷³⁵ Prechal 2005 s. 285.

⁷³⁶ Jf. for eksempel sak 106/81, *Kind mot EF*, Sml. 1983 s. 911 (avsnitt 14); sak C-119/88, *AERPO m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1990 s. I-2189 (avsnitt 20) og sak C-76/01 P, *Eurocoton mot Rådet*, [P] Sml. 2003 s. I-10091 (avsnitt 98), samt, fra Underrettens praksis, sak T-167/94, *Nölle mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1994 s. II-2589 (avsnitt 57) og sak T-390/94, *Schröder m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1997 s. II-501 (avsnitt 66).

⁷³⁷ Se for eksempel sak 294/81, *Control Data mot Kommisjonen*, Sml. 1983 s. 911 (avsnitt 14); sak 250/84, *Eridania m.fl. mot Cassa conguaglio zucchero*, Sml. 1986 s. 117 (avsnitt 37).

⁷³⁸ Jf. sak C-72/90, *Asia Motor France mot Kommisjonen*, Sml. 1990 s. I-2181 (avsnitt 13-15). Fra Underrettens praksis kan det vises til sak T-571/93, *Lefebvre m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1995 s. II-2379 (avsnitt 61); sak T-201/96, *Smanor m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1997 s. II-1081 (avsnitt 30); sak T-361/99, *Meyer mot Kommisjonen og Den europeiske investeringsbank*, Sml. 2000 s. II-2031 (avsnitt 13); sak T-209/00, *Lamberts mot EU-ombudsmannen*, Sml. 2002 s. II-2203 (avsnitt 53); sak T-202/02, *Makedoniko Metro mot Kommisjonen*, Sml. 2004 s. II-181 (avsnitt 43) og sak T-329/11, *TME mot Kommisjonene*, kjennelse 4. juli 2012 (avsnitt 31).

⁷³⁹ Sak T-440/03, *Arizmendi m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2009 s. II-4883.

tid ikke i noen av avgjørelsene. Resultatet er at det nok fremdeles hersker en viss usikkerhet knyttet til det erstatningsrettslige vern av EU/EØS-rettslige saksbehandlingsregler.⁷⁴⁰ Som vist i punkt 6.5 er jeg for min del av den oppfatning at det sentrale i *AGM*, *Danske Slagterier* og *HOB-vin* er at saksbehandlingsfeilene ledet til brudd på retten til å omsette varer på markedet fordi de avskar myndighetenes mulighet til å rettferdiggjøre restriksjonene. Ut fra samme resonnement kan rettsoppfatningen fra *Enichem Base* og *Sapod* neppe opprettholdes dersom private markedsaktører skulle lide tap som følge av nasjonale myndigheters brudd på meldeplikten overfor Kommissjonen/ESA i direktiv 98/34/EF om notifikering av standarder og tekniske forskrifter.⁷⁴¹ Liknende notifikasjonsforpliktelser er i senere tid innført i en lang rekke direktiver, noe som innebærer at denne problematikken vil kunne få stor praktisk betydning i tiden fremover.

Med tanke på ansvarsvurderingen bør det her, i tråd med EFTA-domstolens tilnærming i *HOB-vin*, være nok at bruddet på meldeplikten fremstår som tilstrekkelig kvalifisert. En annen sak er imidlertid at dersom de nasjonale reglene som skulle vært meldt må antas å være innholdsmessig forenlige med den materielle EU/EØS-retten, så vil kravet til årsakssammenheng mellom rettsbruddet og skadelidtes tap kunne by på utfordringer, jf. kapittel 8, punkt 8.8.

Selv om et brudd på en saksbehandlingsregel ikke har forårsaket noe brudd på materielle EU/EØS-regler, kan det tenkes at den overtrådte regel (bl.a.) har til formål å gi private informasjon som de forutsetningsvis skal kunne innrette seg i tillit til. Et illustrerende eksempel er saksbehandlingsreglene i konsekvensutredningsdirektivet (2003/35/EF), som ifølge generaladvokat Kokott har en «advarselsfunksjon» som gir private mulighet til å ta høyde for fremtidige prosjekter som vil kunne komme til å innvirke på miljøet.⁷⁴² Brudd på plikten til å informere den berørte offentlighet vil her kunne påføre det offentlige erstatningsansvar for skader som ville vært unngått dersom naboer mv. hadde vært gjort oppmerksomme på prosjektet og dermed kunne ha iverksatt forebyggende eller avbøtende tiltak.⁷⁴³

I analysen av EU-domstolens praksis er det videre grunn til å fremheve at så vel notifikasjonspliktene omtalt i *Enichem Base* og *Sapod* som begrunnelsesplikten i TEUV artikkel 296 annet ledd primært tar sikte på *generelle rettsakter*. For beslutninger ret-

⁷⁴⁰ Jf. tilsvarende, forut for *AGM* og *Danske Slagterier*, Prechal 2005 s. 85 og Tridimas 2006 s. 481.

⁷⁴¹ Se i norsk sammenheng lov 17. desember 2004 nr. 101 om europeisk meldeplikt for tekniske regler, jf. nærmere Fredriksen/Mathisen 2012 s. 276 flg. Likt med brudd på meldeplikten må her regnes brudd på den stillstandsplikt som i henhold til direktives artikkel 9 løper fra forslaget til tekniske regler er meldt til Kommissjonen/ESA.

⁷⁴² Jf. generaladvokatens innstilling i sak C-420/11, *Leth mot Østerrike* (avsnitt 50 flg.). Merk at saken gjaldt det tidligere direktiv 85/337/EØF, men uten at dette er av betydning for den erstatningsrettslige vurderingen.

⁷⁴³ En annen sak er at kravet til direkte årsakssammenheng mellom informasjonssvikten og skadelidtes tap nok vil by på utfordringer (noe som fremgår klart av EU-domstolens dom i saken).

tet mot private følger begrunnelsesplikten av den generelle EU-rettslige prinsipp om god forvaltning, jf. nå også grunnrettighetspakten artikkel 41. Videre inneholder sekundærlovgivningen en rekke saksbehandlingsregler som utvilsomt har til formål å tillegge private parter (prosessuelle) rettigheter. Et eksempel fra konkurranserettens område gir fusjonsforordningen (4064/89) artikkel 18, hvoretter Kommisjonen bare kan bygge sin avgjørelse på punkter som de berørte parter har hatt anledning til å uttale seg om. I storkammeravgjørelsen *Schneider* slo EU-domstolen uten videre fast at dennes saksbehandlingsregelen har til formål å tillegge private rettigheter.⁷⁴⁴ I andre tilfeller har private parter med hell anført brudd på EU-rettsens uskrevne prinsipper om likebehandling og god forvaltning.⁷⁴⁵ Inn under det overordnede prinsippet om god forvaltning hører eksempelvis plikten til å utvise omhu i forhold til borgerne ved omhyggelig og upartisk å undersøke alle relevante forhold i den enkelte sak, en plikt hvis «beskyttende karakter» er uttrykkelig anerkjent i rettspraksis.⁷⁴⁶

Eksempler på andre saksbehandlingsregler som har til formål å tillegge private rettigheter er taushetsplikten knyttet til identiteten på en person som varsler Kommisjonen om brudd på konkurransereglene,⁷⁴⁷ taushetsplikten knyttet til Kommisjonens tjenestemenns reisevirksomhet⁷⁴⁸ og plikten til å underrette berørte tjenestemenn om undersøkelser iverksatt av EUs internkontroll OLAF.⁷⁴⁹ Også OLAFs plikt til å underrette sitt særskilte overvåkningsutvalg om iverksatte undersøkelser anses av Underretten som en rettsregel som har til formål å tillegge berørte tjenestemenn rettigheter fordi overvåkningsutvalget i henhold til sin forretningsorden har til oppgave å påse at OLAFs aktiviteter «gennemføres i fuld respekt for menneskerettighederne og de grundlæggende frihedsrettigheder og under overholdelse af traktaterne og den afledte ret, særlig protokollen om privilegier og immuniteter og tjenestemandsvedtægten.»⁷⁵⁰

⁷⁴⁴ Sak C-440/07 P, *Schneider mot Kommisjonen*, [SK] Sml. 2009 s. 6413 (avsnitt 162).

⁷⁴⁵ Jf. eksempelvis sak T-160/03, *AFCOn mot Kommisjonen*, Sml. 2005 s. II-981 (avsnitt 90).

⁷⁴⁶ Jf. eksempelvis Underrettens dom i sak T-212/03, *MyTravel Group mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-1967 (avsnitt 49), men en rekke videre henvisninger til tidligere avgjørelser.

⁷⁴⁷ Sak 145/83, *Adams mot Kommisjonen*, Sml. 1985 s. 3539.

⁷⁴⁸ Sak 180/87, *Hamill mot Kommisjonen*, Sml. 1988 s. 6141. Merk at det rettslige grunnlaget for erstatningsansvaret i denne saken var artikkel 90 og 91 i vedtektene for Kommisjonens tjenestemenn.

⁷⁴⁹ Sak T-48/05, *Franchet og Byk mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-1585 (avsnitt 153).

⁷⁵⁰ *Franchet og Byk*, avsnitt 168. I denne saken fant Underretten at OLAF og Kommisjonen i forbindelse med granskning av påståtte misligheter i EUs statistikkbyrå Eurostat hadde tilsidesatt en hel rekke saksbehandlingsregler som alle tillot de berørte tjenestemennene erstatningsrettslig beskyttede rettigheter. Foruten plikten til å underrette tjenestemennene selv og OLAFs Overvåkningsutvalg om at man oversendte dokumenter i sakene til franske og belgiske påtalemyndigheter, fant Underretten at OLAF også hadde krenket tjenestemennenes rett til forsvar, uskyldspresumsjonen og prinsippet om god forvaltning. Også Kommisjonen hadde gjennom ulike uttalelser i sakene krenket uskyldspresumsjonen og prinsippet om god forvaltning. Kommisjonen hadde dertil krenket en bestemmelse i Kommisjonens eget regelverk for gjennomføring av administrative undersøkelser og disiplinærsaker ved at man hadde innledet en disiplinærsak mot tjenestemennene uten å avvente utfallet av OLAFs

De praktiske følgene av at EU-domstolen erkjenner at saksbehandlingsregler i mange tilfeller tillegger private rettigheter, reduseres betraktelig av at det i erstatningsrettslig sammenheng langt i fra er tilstrekkelig å påvise at saksbehandlingsfeil kan ha virket inn på en rettsakts materielle innhold – erstatning for tap påført som følge av rettsaktens innhold forutsetter at skadelidte kan påvise at innholdet ville vært et annet om det ikke var for saksbehandlingsfeilene (se kapittel 8, punkt 8.7 og 8.8). I tilfeller hvor det ikke foreligger noe underliggende brudd på materielle EU/EØS-regler vil dette kunne være svært vanskelig, jf. senest EU-domstolens dom 14. mars i sak C-420/11, *Leth mot Østerrike*. I de fleste tilfeller vil derfor brudd på saksbehandlingsregler i høyden lede til erstatningsansvar for utgifter private pådrar seg for å få avhjulpet manglene ved saksbehandlingen (eventuelt, i grovere tilfeller, en viss erstatning for ikke-økonomiske tap).

6.8 Nærmere om vurderingen av beskyttelsesformålet

6.8.1 Innledning

Om man skal forsøke å sammenfatte EU-domstolens avgrensning av erstatningsvernet, så er det selvsagte utgangspunkt at eksistensen av erstatningsrettslig beskyttede rettigheter beror på en tolkning av den overtrådte EU/EØS-rettslige bestemmelse. I så vel den tyske *Schutzzweck*-tradisjonen som i angloamerikansk rett er det avgjørende om den overtrådte regel er ment å verne skadelidtes interesser, noe som leder til at vurderingen knyttes tett opp mot lovgiverviljen.⁷⁵¹ Som vist står dette sentralt også i EU-domstolens praksis. På lovfestet område leder dette naturlig nok til at oppmerksomheten i første omgang rettes mot de aktuelle EU/EØS-bestemmelsernes ordlyd. Ved overtredelse av direktiver eller forordninger vil fortalene stå sentralt i forsøket på å avdekke om lovgivningen har til formål å beskytte individuelle interesser. *Paul* viser imidlertid at selv klare formålsangivelser ikke nødvendigvis er avgjørende – i dette tilfellet avviste EU-domstolen (avsnitt 51) at innskyterne kunne utlede krav på erstatning av de overtrådte tilsynspliktene, til tross for at det i fortalene til direktivene var uttalt generelt at direktivene blant annet hadde til formål å beskytte innskyterne.

Også på EU/EØS-rettens område er imidlertid situasjonen den at lovgivning sjelden utformes med tanke på erstatningsansvar.⁷⁵² Som anført av Hagstrøm åpner dette et betydelig rom for rettspolitiske betraktninger, slik at det ofte nok er mer realistisk å ta

undersøkelser. Også denne saksbehandlingsregelen mente Underretten tilla tjenestemennene rettigheter, fordi den bl.a. i tjenestemennenes interesse tok sikte på å sikre sakens opplysning (avsnitt 352).

⁷⁵¹ Jf. for tysk retts vedkommende allerede ordlyden i BGB § 823 (2). Et særlig klart eksempel er BGHZ 162 s. 49 *Paul*, hvor BGH under henvisning til den klare lovgiverviljen bak en tilføyelse i den tyske finansilsynslovgivningen fravek sin tidligere oppfatning av at tilsynsmyndighetene også ivaretok innskytternes interesser.

⁷⁵² For så vidt gjelder et av direktivene i *Paul* (77/780/EØF), så foreslo visstnok Tyskland en egen bestemmelse i direktivet som avskar muligheten for erstatningskrav mot tilsynsmyndighetene, men Kommisjonen motsatte seg dette, jf. Andenæs/Fairgrieve 2002 s. 195. Det fremgår ikke av *Paul* om EU-domstolen var oppmerksom på denne forhistorien.

utgangspunkt i om det er «reell grunn» til å la private gjøre ansvar gjeldende fordi en lovregel ikke er overholdt.⁷⁵³ Særlig mye lenger enn til avdekking av de viktigste parameterne i EU-domstolens argumentasjonsmønster er det vanskelig å komme – i det enkelte tilfellet vil det alltid bero på en konkret tolkning av den overtrådte EU/EØS-regel om denne har til formål å tillegge private rettigheter eller ikke.

Det kan være grunn til å bemerke innledningvis at det i litteraturen tidvis gjøres forsøk på å tilnærme seg denne problematikken med utgangspunkt i Hohfelds skjemaer over relasjoner mellom rettssubjekter.⁷⁵⁴ Fra EU-domstolens praksis lar det seg dessuten hevde at generaladvokatene Stix-Hackl og Trstenjak begge har latt seg inspirere av Hohfelds analyseskjema i vektleggingen av hvem som er parter i den plikt/krav-relasjon som følger av hhv. bankdirektivenes regler om tilsyn (*Paul*) og veterinærdirektivets prosedyrebestemmelser (*Danske Slagterier*).⁷⁵⁵ Det er imidlertid grunn til å merke seg at generaladvokatene anvendte denne tilnærmingen for å utdefinere hhv. de private innskyterne og de danske svinekjøtteksportørene som rettighetssubjekter. Innstillinger i hhv. *Paul* og *Danske Slagterier* gir inntrykk av at plikt/krav-relasjonen anvendes til å identifisere ett og bare ett rettssubjekt hvis krav korresponderer med den aktuelle medlemsstatens plikt, slik at de fordeler som reglene medfører for andre (innskyterne eller svinekjøtteksportører) kan avskrives som «refleksvirkninger» eller «tilfeldige fordeler» uten erstatningsrettslig relevans. Denne argumentasjonen har ikke har vunnet noe gehør i EU-domstolen. Helt siden *van Gend & Loos* har det vært klart at EU-rettslige bestemmelser som etter sin ordlyd pålegger statene forpliktelser, ikke bare tillegger EU og de øvrige medlemsstatene korresponderende rettigheter, men også private. Som påpekt av Prechal vil en EU/EØS-rettslig regel kunne gi opphav til «multiple relationships».⁷⁵⁶ Det er derfor på ingen måte utelukket at EU/EØS-regler som for eksempel utvilsomt etablerer en plikt/krav-relasjon mellom Kommisjonen og medlemsstatene (*Danske Slagterier*) eller mellom medlemsstatene og banker og andre finansinstitusjoner (*Paul*), samtidig etablerer en rettslig relasjon mellom private og den enkelte medlemsstat som tillegger private erstatningsrettslig beskyttede rettigheter. Etter min oppfatning er det derfor tvilsomt hvor mye som er vunnet ved å formulere spørsmålet om erstatningsrettslig vern som et spørsmål om skadelidte inngår som part i en plikt/krav-relasjon. Eller annerledes formulert: Jeg kan ikke egentlig se at Hohfelds skjemaer er til særlig hjelp for vurderingen av hvilke EU/EØS-regler som tillegger private erstatningsrettslig beskyttede rettigheter.

⁷⁵³ Jf. Hagstrøm 1987 s. 317.

⁷⁵⁴ Jf. Hohfeld 1919. I en EU-rettslig sammenheng er det særlig grunn til å vise til Hilson og Downes' analyse av «Community rights within a Hohfeldian analytical framework», jf. Hilson/Downes 1999; Bengoetxea og Jääskinen «Hohfeldian approach to the doctrine of Direct Effect of Directives», jf. Bengoetxea/Jääskinen 2010 og Aaltos «Hohfeldian Framework for Analysing Rights in EU Law, jf. Aalto 2011 s. 162 flg., men også for eksempel Eilmansberger 2004 s. 1238 flg., Hjelmeng 2003 s. 38-39 og Prechal 2005 s. 98 flg. og 115 flg. trekker i større eller mindre grad på Hohfelds tilnærming.

⁷⁵⁵ Generaladvokat Trstenjaks innstilling i *Danske Slagterier* er alt omtalt i punkt 6.5.2 ovenfor. Fra generaladvokat Stix-Hackls innstilling i *Paul* er det grunn til å merke seg hennes oppfatning av at beskyttelsesformålet må avgrenses mot «begunstigelser af private, der er en rent faktisk refleksvirkning» (avsnitt 95), som et bakteppe for hennes oppfatning av at tilsynsreglene «udelukkende regulerer retsforholdene mellem de kompetente myndigheder henholdsvis garantiordningerne og kreditinstitutterne» (avsnitt 96).

⁷⁵⁶ Prechal 2005 s. 116.

6.8.2 Hensynet til EU/EØS-rettens effektivitet

Det helt sentrale argument for en liberal forståelse av hvilke EU/EØS-regler som tillegger private erstatningsrettslig beskyttede rettigheter, er oppfatningen av erstatningsansvaret som et virkemiddel for å bidra til å sikre den materielle retten effektivt gjennomslag i nasjonal rett. Mens det i nasjonal rett er lite behov for å tillegge private rettigheter med det formål å sikre at offentlige myndigheter overholder gjeldende rettsregler, så er situasjonen en annen i EU-retten. Som påpekt i kapittel 3, punkt 3.4, har EU-domstolen helt siden *van Gend & Loos* operasjonalisert private i integrasjonens tjeneste: Skadelidtes ønske om å få dekket sitt tap anvendes som et middel for å effektivisere gjennomføringen av EU/EØS-retten i EØS-statene.

Se også generaladvokat Kokotts innstilling i sak C-420/11, *Leth mot Østerrike*, hvor hun eksplisitt argumenterer med hensynet til konsekvensutredningsdirektivets gjennomslagskraft som et argument for at en huseiers økonomiske tap som følge af flystøy bør anses som omfattet av direktivets beskyttelsesformål (avsnitt 39).

Under henvisning til EU-domstolens instrumentelle tilnærming til erstatningsansvaret, er det lagt til grunn i litteraturen at det er lite rom for å avgrense erstatningsansvaret ved å vise til at de overtrådte reglene har til formål å komme allmennheten til gode.⁷⁵⁷ Det synes å være alminnelig enighet om at EU-rettens krav til de overtrådte reglenes beskyttelsesformål er mindre streng enn tilnærmingen i *Schutzzwecklærens* hjemland,⁷⁵⁸ noe som innebærer at det er lite veiledning å hente i tysk rettspraksis.

Foruten alt behørig omtalte *Danske Slagterier* trekkes gjerne *Dillenkofer* frem som et eksempel på EU-domstolens liberale håndtering av *Schutzzweck*-kriteriet. Saken gjaldt Tysklands erstatningsansvar for forsinket gjennomføring av pakkereisedirektivet (90/314/EØF) og er det første eksempelet på en sak hvor en medlemsstat avviste at de overtrådte reglene hadde til formål å tillegge private erstatningsrettslig beskyttede rettigheter. Saksøkerne var alle påført tap som følge av konkurs hos to reisearrangører, enten ved at den bestilte reisen i dens helhet ble kansellert eller ved at de måtte komme seg hjem igjen for egen regning. For EU-domstolen argumenterte den tyske og britiske regjering med at pakkereisedirektivets artikkel 7 bare krever at statene skal sikre at reisearrangørene stiller garanti, og at forbrukernes beskyttelse derfor var indirekte og avledet. De viste i denne forbindelse til at direktivet var vedtatt med hjemmel i EF-traktatens daværende artikkel 100 A som et tiltak for å etablere det indre marked, og at dets hovedformål var å sikre fri flyt av tjenesteytelser.

⁷⁵⁷ Jf. eksempelvis Ward 2007 s. 202. I tysk litteratur vises det til at kravet til det overtrådte reglenes *Schutzzweck* må håndteres liberalt som følge av «der Prinzip der funktionälen Subjektivierung», jf. Ruffert i Calliess/Ruffert 2011, avsnitt 45 til TEUV artikkel 288 og avsnitt 55 til TEUV artikkel 340, samt, mer generelt, avsnitt 29 til TEUV artikkel 1.

⁷⁵⁸ Prechal 2005 s. 122, med videre henvisninger.

EU-domstolen avviste dette under henvisning til at det flere steder i direktivets fortale er vist til hensynet til beskyttelse av forbrukere, før den tilføyde at den omstendighet at direktivet også tilsikter å sikre andre formål, ikke er til hinder for at det samtidig tilsikter å beskytte forbrukere (avsnitt 39). Videre påpekte domstolen at artikkel 7 bare gir mening dersom det faktisk foreligger garantier som om nødvendig gjør det mulig å oppnå tilbakebetaling og/eller hjemtransport. Domstolen konkluderte med at «det mål, der tilsigtes med direktivets artikkel 7, innebærer, at der tillægges deltageren i en pakkereise ret til garanti for tilbakebetaling af erlagte beløb og hjemtransport i tilfælde af rejsearrangørens insolvens eller konkurs» (avsnitt 42).⁷⁵⁹

Tilnærmingen i *Dillenkofers* er i samsvar med EU-domstolens tilnærming i saker som gjelder EUs eget erstatningsansvar. Allerede i *Kampffmeyer* knesatte EU-domstolen en liberal forståelse av kravet til den overtrådte EU-regels beskyttelsesformål, i det domstolen avviste Kommisjonens anbeførsler om at det måtte kreves at de overtrådte reglene tilsiktet å beskytte saksøkerne umiddelbart og individuelt: Den omstendighet at de overtrådte reglene hadde til formål å bidra til frihandel med landbruksvarer og slik sett var av en alminnelig karakter, hindret ikke at de samtidig beskyttet individuelle aktører på markedet.⁷⁶⁰ Fra rettspraksis de senere år kan det særlig vises til Underrettens dommer i sakene *Gollnisch* og *Sison II*. I *Gollnisch* slo Underretten fast at den omstendighet at bestemmelser om EU-parlamentarikerens immunitet primært er gitt av hensyn til EU og parlamentet som sådan, ikke hindrer at bestemmelsene samtidig tillegger den enkelte parlamentariker «en subjektiv ret» («un droit subjectif»).⁷⁶¹ Og i *Sison II* uttalte Underretten, bl.a. under henvisning til nevnte *Kampffmeyer*, helt generelt at kravet til beskyttelsesformål er oppfylt «når den tilsidesatte bestemmelse – selv om den i det væsentlige har til formål at beskytte interesser af almen karakter – ligeledes sikrer beskyttelsen af de berørte personers individuelle interesser». ⁷⁶² Dette er senest gjentatt våren 2013 i *Gap SA granen & producten*.⁷⁶³

Selv om *Paul* viser at det er grenser for EU-domstolens instrumentelle tilnærming til erstatningsansvaret, så er det utvilsomt at effektivitetshensynet står sentralt i avgrensningen av erstatningsvernet. Det følger naturlig av dette at EU-domstolen trolig vil være særlig avvisende til å avgrense erstatningsvernet i tilfeller hvor privat håndhevelse av EU/EØS-regelverket anses påkrevd for å sikre nasjonal etterlevelse av sentrale markedsregler. Den antydete sammenhengen mellom de fire friheter og sekundærretten (punkt 6.5) stemmer godt overens med en slik antagelse. Tilsvarende gjelder EU-domstolens uttalelser i *Paul* om at erstatningsrettslig vern av innskyterne ikke var «nødvendig» for å oppnå de målsettinger som fulgte av direktivenes rettslige grunnlag i traktatens regler om fri kapitalflyt.

⁷⁵⁹ Standpunktet er senere stadfestet i *Rechberger*, avsnitt 59 flg.

⁷⁶⁰ Forente saker 5/66 m.fl., *Kampffmeyer m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. (fransk utgave) 1967 s. 317 (på s. 340).

⁷⁶¹ Sak T-42/06, *Gollnisch mot EU-parlamentet*, Sml. 2010 s. II-1135 (avsnitt 94).

⁷⁶² Sak T-341/07, *Sison mot Rådet (II)*, dom 23. november 2011 (avsnitt 47).

⁷⁶³ Sak T-437/10, *Gap SA granen & producten mot Kommisjonen*, dom 16. mai 2013 (avsnitt 22).

Til dette kommer at effektivitetsprinsippet, som påpekt i kapittel 3, punkt 3.4, tilsier at EU-domstolen vil søke å oppnå den påkrevde avgrensning av erstatningsansvaret gjennom en nokså høy ansvarsterskel (jf. kapittel 7) og et strengt årsakskrav (jf. kapittel 8), snarere enn ved en strengere avgrensning av hvilke EU-regler som overhodet tillegger private erstatningsrettslig beskyttede rettigheter: Ut fra en rent erstatningsrettslig vurdering kan det synes temmelig likegyldig om et erstatningssøksmål strander på det ene eller annet grunnlag, men med en mer instrumentell tilnærming til erstatningsansvaret er det av betydning at en strengere vurdering av hvilke regler som gir dem rettigheter ville avskjære privates adgang til å «bruke» prinsippet om statlig erstatningsansvar til å få satt omstridte EU-rettslige rettsspørsmål på spissen.

6.8.3 Frykten for flodbølger av erstatningssøksmål

Det sentrale hensyn for en avgrensning av hvilke regler som nyter erstatningsrettslig vern er ønsket om å begrense det offentliges erstatningsansvar og derigjennom sikre offentlige myndigheter en rimelig handlefrihet.⁷⁶⁴ Gitt EU-domstolens instrumentelle tilnærming til erstatningsansvaret, så kan spørsmålet om erstatningsvern formuleres som en overordnet avveining av ønsket om effektiv håndhevelse av EU/EØS-retten mot hensynet til å holde EU-institusjonenes og statenes erstatningsansvar innenfor rimelighetens grenser.⁷⁶⁵ Nå kan det selvsagt hevdes at den påkrevde avgrensning av erstatningsansvaret kan oppnås alene gjennom kravet til tilstrekkelig kvalifiserte brudd på EU/EØS-retten (jf. kapittel 7) og/eller kravet til direkte årsakssammenheng (jf. kapittel 8), men *Paul* antyder at EU-domstolen er seg bevisst faren å utsette statene for flodbølger av erstatningskrav også i relasjon til vilkåret om at de overtrådte reglene må ha til formål å tillegge private rettigheter. Generaladvokat Stix-Hackl vektla i alle tilfelle dette da hun påpekte at det for EU-domstolen «meget treffende» var anført at saksøkernes argumentasjon ville føre til «lammelse af de kompetente myndigheders tilsynsvirksomhed, da de muligvis kunne blive udsat for betydelige krav om skadeserstatning» (avsnitt 96).

Nå er det grunn til å påpeke at EU-domstolen ikke uttrykkelig sluttet seg til dette flodbølgeargumentet. I en situasjon hvor det ikke er helt lett å se at de argumenter som EU-domstolen selv anførte kan være tilstrekkelige til å begrunne resultatet, er det etter min oppfatning likevel grunnlag for å anta at medlemsstatenes og generaladvo-

⁷⁶⁴ Jf. i norsk sammenheng Hagstrøm 1987 s. 318.

⁷⁶⁵ Det kan hevdes at sistnevnte alltid har vært det sentrale formål bak *Schutzzweck*-læren, jf. eksempelvis van Dam 2006 s. 279 som påpeker at spørsmålet om erstatningsrettslig vern i realiteten kun tildekker «the policy reasons behind the decision, which is to keep the tortfeasor's burden within limits». Se tilsvarende Biondi/Farley 2009 s. 35, som omtaler EU-domstolens krav til *Schutzzweck* som «a procedural barrier against excessive litigation and excessively distant damages».

katens frykt for flodbølger av erstatningskrav har spilt inn i vurderingen.⁷⁶⁶ Med en viss rett kan dette også leses inn i EU-domstolens henvisning til at til at det ikke bare i tysk rett, men i «et vist antal» medlemsstater var utelukket at mangelfullt tilsyn med banker mv. kunne påføre det offentlige erstatningsansvar overfor private innskytere (avsnitt 44). EU-domstolen oppfattet tydeligvis de nasjonale tilsynsmyndighetenes immunitet som et gyldig argument for en tilsvarende tolkning av de aktuelle direktivene, og det kan da hevdes at domstolen indirekte sluttet seg til det flodbølgeargumentet som utvilsomt ligger under bl.a. den tyske lovgivningen på området.

En annen sak er at henvisningen til medlemsstatenes rett i dette tilfellet fremstår som lite treffende. Ifølge Tison viser en gjennomgang av rettsstilstanden i elleve utvalgte EU-stater at bare to, Tyskland og Polen, avskjærer en hver mulighet for erstatningssøksmål mot tilsynsmyndighetene ut fra betraktninger om at regelverket ikke har til formål å tillegge innskyterne rettigheter. Tisons kritikk av EU-domstolens henvisning til rettsstilstanden i «et vist antal» medlemsstater er knusende: «This statement is basically incorrect: it is true that different Member States have limited, but not altogether excluded liability. Our comparative analysis has shown that the total immunity from liability only exists under German and Polish law. The argument therefore becomes largely circular: the immunity regime under German law is right, because Germany has totally excluded supervisory liability!»⁷⁶⁷ I herværende sammenheng styrker imidlertid denne kritikken oppfatningen av at EU-domstolen reelt sett har latt seg påvirke at medlemsstatenes og generaladvokatens flodbølgeargument: I en situasjon hvor EU-domstolen gir sin tilslutning til en nasjonal rettsstilstand som bare foreligger i et fåtall medlemsstater er det desto større grunn til å anta at tilnærmingen skyldes at EU-domstolen deler de underliggende hensyn som de nasjonale reglene søker å ivareta.

I vurderingen av flodbølgeargumentets gjennomslagskraft er det grunn til å påpeke at generaladvokatens oppfatning i *Paul* av at erstatningsrettslig vern for innskyterne ville lede til «lammelse» av tilsynsvirksomheten fremstår som nokså ureflektert. Det er to årsaker til dette: For det første må det minnes om at i motsetning til i rent nasjonale anliggender, hvor frykten for erstatningsansvar i prinsippet vil kunne legge en demper på statens iver etter å føre tilsyn overhodet, så kan ikke en EØS-stat selv velge å la være å overholde EU/EØS-rettslige tilsynsplikter. Det tradisjonelle argumentet om at et potensielt erstatningsansvar for offentlig kontroll- og tilsynsvirksomhet vil kunne lede til at det offentlige helt avstår fra å ta nye initiativ på det aktuelle området,⁷⁶⁸ kan derfor ikke overføres til rettsområder hvor regelverk og tilsynsplikter

⁷⁶⁶ Tilsvarende Biondi/Farley 2009 s. 37; Tison 2005 s. 671.

⁷⁶⁷ Jf. Tison 2005 s. 670. De elleve medlemsstatene som inngår i hennes undersøkelse er Belgia, Frankrike, Irland, Italia, Luxembourg, Malta, Nederland, Polen, Storbritannia, Tyskland og Østerrike. I kjølvannet av EU-domstolens dom tok BGH dommen til inntekt for den oppfatning at rettsstilstanden «in einer Reihe von Mitgliedstaaten» støttet opp under den tyske tilnærmingen og anvende dette som et argument for at den immunitet som den tyske lovgiver har vedtatt er forholdsmessig og derfor forenlig også med den tyske grunnloven, jf. BGHZ 162 s. 49 *Paul*.

⁷⁶⁸ Jf. Hagstrøm 1987 s. 40.

stammer fra Brussel. Ettersom helt unnlatt tilsyn fort vil måtte regnes som et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EU/EØS-retten, så vil muligheten for erstatningsansvar tvert i mot tilskynde til overholdelse av tilsynspliktene.

For det annet vil trolig en eventuell frykt for at tilsynsorganene skal måtte bruke uforholdsmessig mye tid og ressurser på å forsvare seg mot private søksmål ivaretas allerede av kravet til «tilstrekkelig kvalifisert» tilsidesettelse av tilsynspliktene.⁷⁶⁹ Generaladvokatens konsekvensbetraktning lar seg ikke lett forene med den omstendighet at det eksempelvis i fransk rett ikke er noen tilsvarende immunitet for tilsynsmyndighetene, uten at det ser ut til at tilsynsvirksomheten i Frankrike er lammet av den grunn.⁷⁷⁰ Selv i engelsk rett, hvor finanstilsynet i utgangspunktet har immunitet mot private søksmål basert på «breach of statutory duty», er det i graverende tilfelle mulig å kreve erstatning basert på ansvarsgrunlaget «misfeasance in public office».⁷⁷¹

Innvendingene mot generaladvokatens oppfatning av at erstatningsrettslig immunitet er påkrevd for å beskytte nasjonale myndigheter mot «betydelige krav om skadeserstatning» svekker imidlertid ikke flodbølgeargumentets gjennomslagskraft. Snarere tvert i mot tilsier den omstendighet at risikoen for flodbølger av erstatningssøksmål på området for tilsyn ved finansinstitusjoner neppe er særskilt stort, at flodbølgeargumentet vil kunne ha mer generell betydning for avgrensningen av erstatningsvernet. Samtidig er det grunn til å ta generaladvokaten på ordet – det er først i tilfeller hvor det er reell fare for et for betydelige krav om skadeserstatning at det kan være aktuelt å avgrense erstatningsvernet ut fra flodbølgeargumentet. I denne vurderingen må det sees hen til så vel det potensielle antall erstatningskrav som kravenes størrelse.⁷⁷²

6.8.4 Betydningen av rettsområdets kompleksitet

Av *Paul* følger det uttrykkelig at EU-domstolen la vekt på «den kompleksitet, der er forbundet med banktilsyn, og at myndighetene ved dette tilsyn har plikt til å beskytte mange interesser, herunder nærmere bestemt interessen i et stabilt finansvesen» (avsnitt 44). Også dette er argumenter som må antas å ha generell bærekraft, slik at kompleksiteten av de oppgaver som EU/EØS-retten legger på statene vil være relevant for vurderingen av reglens erstatningsrettslige vern også i andre tilfeller. På områder hvor EU/EØS-retten pålegger statene oppgaver som innebærer at forskjelligarte-

⁷⁶⁹ Tilsvarende Tison 2005 s. 672.

⁷⁷⁰ Jf. van Dam 2006 s. 250. Frankrike var betegnende nok ikke blant medlemsstatene som avgav innlegg for EU-domstolen i *Paul*.

⁷⁷¹ Jf. van Dam 2006 s. 250.

⁷⁷² Den danske versjonen av generaladvokatens innstilling i *Paul* kan forstås dit hen at det først og fremst er erstatningskravenes størrelse som bekymrer henne, men i den tyske originalversjonen rommer formuleringen også frykten for et stort antall krav (avsnitt 96).

te interesser må avveies, kan det hevdes at det kan virke forstyrrende inn på myndighetsutøvelsen om visse interesser er erstatningsrettslig beskyttet mens andre ikke er det. EU-domstolens underliggende resonnement i *Paul* synes å være at det å innrømme innskyterne erstatningsrettslig vern bevisst eller ubevisst kan lede til at tilsynsmyndighetene av frykt for erstatningssøksmål prioriterer innskyternes interesser på bekostning av andre interesser. Dersom man holder *Paul* opp mot *Dillenkofer*, så er det vel klart nok at kompleksiteten forbundet med tilsyn med finansinstitusjoner langt overstiger kompleksiteten forbundet med tilsyn med arrangører av pakkereiser.

Det er imidlertid neppe tilfeldig at EU-domstolen i *Paul* særskilt fremhever allmennhetens interesse av et stabilt finansvesen, fordi dette jo er en interesse som ikke på samme vis kan forventes ivaretatt av private gjennom trusler om erstatningssøksmål. EU-domstolen gir ingen andre eksempler på hvilke interesser som tilsynsmyndighetene skal ivareta, men det er i og for seg klart nok at både konkurrenter, forretningspartnere, ansatte, aksjonærer og alle andre som forholder seg til banker og andre finansinstitusjoner vil ha interesse av at myndighetene fører adekvat tilsyn og derigjennom avdekker potensielle problemer på et tidligst mulig tidspunkt. Selv om *Paul*-saken bare gjaldt spørsmålet om innskyterne kunne påberope seg brudd på tilsynsreglene, så antyder henvisningen til allmennhetens interesse av et stabilt finansvesen nokså klart at heller ikke andre grupper av skadelidte vil kunne vinne frem med erstatningssøksmål mot tilsynsmyndighetene.⁷⁷³ Det er derfor grunn til å anta at det ikke er den omstendighet at tilsynsmyndighetene må ivareta forskjelligartete interesser i seg selv som var utslagsgivende i *Paul*, men det forhold at en av disse interessene ikke kunne forventes håndhevet gjennom private erstatningssøksmål. I en situasjon hvor de ulike interesser som myndighetene skal ivareta alle er av individuell karakter, kan det ikke uten videre antas at kompleksiteten i avveiningene i seg selv taler imot reglenes erstatningsrettslige vern. Myndighetenes behov for et visst handlingsrom vil her kunne ivaretas gjennom den begrensning av erstatningsansvaret som følger av kravet til kvalifisert tilsidesettelse av EU/EØS-forpliktelsene.

6.8.5 Betydningen av allmennhetens interesser

Det er klart at den omstendighet at en overtrådt EU/EØS-regel har til formål å ivareta allmenne interesser, ikke er til hinder for at den samtidig tillegger private rettigheter. I en viss forstand kan det jo hevdes at enhver EU/EØS-regel som er ment å bidra til virkeliggjøringen av det indre marked, ivaretar allmennhetens interesse i en fri markedsøkonomi med best mulig ressursutnyttelse. Det følger like fullt av avgjørelser som *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, *Hedley Lomas*, *Dillenkofer* mv. at reglene samtidig kan ha til formål å tillegge private erstatningsrettslig beskyttede rettigheter.

⁷⁷³ Dette forutsettes også av BGH i den endelige dommen i saken, jf. BGHZ 162 s. 49.

Tilsvarende var det ikke til hinder for de danske svinekjøtteksportørens adgang til å påberope seg veterinærdirektivet i *Danske Slagterier* at direktivet har ivaretagelse av folkehelsen som et sentralt formål. Motsatt viser imidlertid *Paul* at det ikke var tilstrekkelig at myndighetenes tilsyn med banker og andre finansinstitusjoner blant annet skal ivareta innskytternes interesser så lenge det overordnede formål med tilsynsreglene var å ivareta allmennhetens interesse av et stabilt finansvesen. Når EU-domstolen i *Paul* uttrykkelig påpeker de «mange interesser» som tilsynsmyndighetene skal ivareta, lar det seg vanskelig hevde at årsaken til at innskytterne ikke kunne påberope seg bruddene på tilsynsreglene er at finanstillsynet ved ivaretagelsen av sine lovpålagte oppgaver *alene* handler i det offentliges interesse.⁷⁷⁴ Som nevnt fremgår det jo også av fortalene til de aktuelle direktivene at harmoniseringen av tilsynspliktene blant annet har til formål å beskytte innskytterne. Etter min oppfatning er det derfor ikke til å komme forbi at *Paul* er et eksempel på EU/EØS-regler som har som ett av flere formål å beskytte skadelidtes interesser, men hvor dette likevel ikke var tilstrekkelig i en erstatningsrettslig sammenheng. Dersom man skal prøve å samordne dette med EU-domstolens tidligere praksis, så kan det nok hevdes at allmennhetens interesser i et stabilt finansvesen er mer dominerende i forhold til innskytternes interesser enn hva som er forholdet om man i *Dillenkofer* skulle holde allmennhetenes interesse i et velfungerende marked for pakkereiser opp mot forbrukerverninteressene. Større forklaringskraft har det imidlertid etter min oppfatning at EU-domstolen i *Paul* synes å mene at erstatningsrettslig beskyttelse av innskytternes interesser i ville kunne *vanskeligjøre* det overordnede hensynet til et stabilt finansvesen, mens det i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, *Hedley Lomas*, *Dillenkofer* mv. vel tvert i mot er grunn til å tro at privat håndhevelse av de aktuelle reglene ville *bidra* til å fremme også de allmenne interesser som reglene skulle ivareta. En slik vurdering av forholdet mellom allmennhetens og skadelidtes interesser passer i alle tilfelle godt inn i EU-domstolens instrumentelle tilnærming til erstatningsansvaret.

6.8.6 Avsluttende betraktninger

Dersom man skal prøve å antyde noe nærmere om EU-domstolens avveining av de argumenter som inngår i vurderingen av erstatningsvernets utstrekning, så beror dette langt på vei av hvor vidtrekkende slutninger man er beredt til å trekke av *Paul*. I litteraturen legges det med rette til grunn at EU-domstolen i *Paul* trakk snevrere rammer rundt erstatningsvernet enn antydnet gjennom tidligere avgjørelser. I følge Burrows og Greaves representerer dommen «a pulling back from the approach in the *Dillenkofer*

⁷⁷⁴ Indirekte avviser EU-domstolen her realismen i den tyske tilsynslovgivningen som nettopp slår fast at finanstillsynet ved ivaretagelsen av sine lovpålagte oppgaver *alene* handler i det offentliges interesse, jf. gjengivelsen av den tyske lovgivningen i *Paul*, avsnitt 7-8.

judgement»⁷⁷⁵ og ifølge Biondi og Farley er «[t]he *Peter Paul* reading of the 'individual rights' requirement ... certainly much more restrictive than in previous cases».⁷⁷⁶ I vurderingen av dommens konsekvenser går det imidlertid et skille mellom dem som mener at den er så sterkt preget av særegenheter knyttet til tilsyn med finansinstitusjoner at den vil ha begrenset overføringsverdi til andre rettsområder⁷⁷⁷ og dem som mener at det er trekk ved argumentasjonsmønsteret i *Paul* som må antas å ha mer generell rekkevidde.⁷⁷⁸ Som drøftelsene ovenfor viser, er jeg for egen del av den oppfatning at det er grunnlag for å trekke visse mer generelle slutninger av *Paul*, men at man samtidig må ta tilbørlig hensyn til at EU-domstolen synes å mene at tilsyn med finansinstitusjoner byr på særlige utfordringer. Domstolens avvisning av generaladvokat Trstenjaks forsøk på å avgrense erstatningsvernet i *Danske Slagterier* viser samtidig at *Paul* ikke representerer noe paradigmeskifte – selv om systematikken er inspirert av den tyske *Schutzzweck*-læren, så er EU-domstolens avgrensning av erstatningsvernet på langt nær er like streng som hva som er tilfellet i tysk erstatningsrett. Det er, som alt antydnet i kapittel 5, punkt 5.3, fristende å se dette i sammenheng med den innflytelse som fransk rett har hatt på den EU-rettslige ansvarslæren: Dersom man i utgangspunktet anser kravene til sikker skade, et tilstrekkelig kvalifisert rettsbrudd og direkte årsakssammenheng som tilstrekkelige for å avgrense erstatningsansvaret, er det liten grunn til å stille strenge krav til reglens beskyttelsesformål.

Tidligere generaladvokat Colomers kritikk mot at det overhodet er noe vilkår at den overtrådte rettsregel må ha til formål å tillegge private rettigheter må nødvendigvis hvile på dette syn, jf. Colomer 2010 s. 409. Særlig interessant er van Dams oppfatning av at EU-domstolen foretrekker å avgrense erstatningsvernet ut fra den han karakteriserer som «the French path»: «by finding the answer within the framework of causation» (van Dam 2006 s. 279). Den ferske dommen 14. mars 2013 i sak C-420/11, *Leth mot Østerrike* går langt i retning av å gi van Dam rett: EU-domstolen slo her fast at saksbehandlingsreglene i konsekvensutredningsdirektivet tillegger private erstatningsrettslig beskyttede rettigheter, men bare med henblikk på formuestap «for så vidt som de er direkte økonomiske følger af et offentlig eller privat projekts indvirkninger på miljøet» (avsnitt 36 og 44). Domstolen fulgte dette opp med en betraktning om at fraværet av materielle regler i direktivet som begrenser myndighetene adgang til å gi tillatelse til et utbygningsprosjekt tilsier at den manglende konsekvensutredningen «i princippet ikke i sig selv udgør årsagen til værdiforringelsen af en fast ejendom» (avsnitt 46). Selv om det kan innvendes at EU-domstolen med dette visker ut skillet mellom spørsmålet om den overtrådte regelens beskyttelsesformål og kravet til årsakssammenheng, så underbygger dommen oppfatningen av at det er kravet til direkte årsakssammenheng

⁷⁷⁵ Burrows og Greaves 2007 s. 260.

⁷⁷⁶ Biondi/Farley 2009 s. 37. Tilsvarende også Thorson 2011 s. 216.

⁷⁷⁷ Jf. Biondi/Farley 2009 s. 37, som søker å begrense dommens rekkevidde ved å karakterisere den som et utslag av «the reluctance of the Court to expose supervisory authorities in such a delicate area to too many challenges». I samme retning Thorson 2011 s. 216-217.

⁷⁷⁸ Jf. eksempelvis Prechal 2005 s. 122, som hevder at dommen gir grunnlag for å anta at «the Court is going to tighten the protective scope requirement».

snarere enn kravet til den overtrådte reglens beskyttelsesformål som avgrenser erstatningsansvaret.

6.9 Kravet til identifiserbare rettigheter

Som nevnt i punkt 6.2 følger det av så vel *Francovich* som *Sveinbjörnsdóttir* at det i tilfeller av manglende gjennomføring av direktiver må kreves at innholdet av rettighetene kan fastslås ut fra en tolkning av direktivene. At innholdet av skadelidtes rettigheter må kunne fastslås, er temmelig opplagt og ikke begrenset til tilfeller av manglende direktivgjennomføring. Når det i EU-rettslig sammenheng likevel bare er i disse tilfellene at det er behov for en særskilt vurdering av spørsmålet, skyldes det at kravet til identifiserbare rettigheter i alle andre typetilfeller konsumeres av vurderingen av om det foreligger et brudd på en EU-regel som har til formål å tillegge private rettigheter.⁷⁷⁹ I EØS-rettslig sammenheng leder imidlertid fraværet av direkte virkning til at det også i tilfeller av manglende eller mangelfull gjennomføring av forordninger kan være behov for en separat vurdering av om innholdet av rettighetene kan fastslås ut fra en tolkning av den aktuelle forordning.⁷⁸⁰

Spørsmålet om rettighetenes innhold beror på en ordinær tolkning av den overtrådte EU/EØS-regel. At en direktivbestemmelse ikke fyller de EU-rettslige vilkårene for direkte virkning, typisk fordi direktivet gir statene betydelig frihet til å velge hvordan man i nasjonal rett skal etterkomme direktivets krav, er ikke til hinder for at innholdet av rettighetene kan fastslås ut fra en tolkning av direktivene. Dette følger allerede av *Francovich*, hvor statenes frihet til å avgjøre organisering og finansiering av lønnsgarantiordningen var til hinder for direktivets direkte virkning, men hvor det i erstatningsrettslig sammenheng var tilstrekkelig at det var mulig å fastlegge det materielle innholdet av de rettigheter som direktivet gav saksøkerne.⁷⁸¹ Standpunktet ble stadfestet i *Dillenkofer*, hvor EU-domstolen slo fast at det er «uden betydning, at staten kan velge mellom en lang række midler med henblik på at nå det mål, der tilsigtes med et direktiv, når direktivet har til formål at tillægge borgerne rettigheder, hvis indhold kan fastslås med tilstrækkelig bestemthed» (avsnitt 45).

⁷⁷⁹ Jf. Jervell 2002 s. 118-119.

⁷⁸⁰ Fordi det i disse tilfellene – på samme vis som ved manglende gjennomføring av direktiver – kan slås fast at det foreligger et tilstrekkelig kvalifisert rettsbrudd (på gjennomføringsforpliktelsene nedfelt i EØS-avtalen artikkel 7) uten noen nærmere vurdering av reglens nærmere innhold.

⁷⁸¹ *Francovich*, avsnitt 44, jf. avsnitt 23-27.

I *Francovich* var heller ikke det at statene hadde en viss frihet til å avgjøre lønnsgarantiens omfang av interesse i erstatningsrettslig sammenheng ettersom *minimumsinholdet* av rettighetene kunne avgjøres ut fra en tolkning av direktivet alene.⁷⁸²

Ettersom vurderingen av om det mulig å fastlegge minimumsinholdet av skadelidtes rettigheter beror på en ordinær tolkning av den overtrådte EU/EØS-regel, vil det ikke bli redegjort nærmere for dette i herværende sammenheng. I lys av Høyesteretts utlegning av dette vilkåret i *Finanger II* (og etterfølgende praksis),⁷⁸³ samt den norske regjeringens anførsler for EFTA-domstolen i *Kolbeinsson*, er det likevel grunn til å påpeke at det etter min oppfatning *ikke* er grunnlag for å utlegge kravet til identifiserbare rettigheter som noe «klarhetskrav». Riktignok formulerte EU-domstolen i *Dillenkofer* tilsynelatende et krav til at rettighetenes innhold kan fastslås med «tilstrækkelig bestemthed» («une précision suffisante») (avsnitt 45),⁷⁸⁴ men hverken *Dillenkofer* eller senere rettspraksis gir holdepunkter for å hevde at EU-domstolen med dette har ment å etablere et klarhetskrav som kommer i tillegg til det materielle spørsmål om innholdet av skadelidtes rettigheter kan fastlegges ut fra en tolkning av de aktuelle direktivbestemmelser. Noe behov for et slikt klarhetskrav synes det heller ikke å være – spørsmålet om de krenkede rettighetene fremstod som klare eller ikke, ivaretas gjennom ansvarsvurderingen (jf. kapittel 7).

I *Kolbeinsson* anførte den norske regjeringen at «rights for individuals must be provided in express provisions of the directive in question in order to fulfil the condition that the relevant provisions must be intended to confer rights on individuals».⁷⁸⁵ Betegnende nok fremstår de norske anførslene på dette punkt som lite annet enn en gjentakelse av anførslene knyttet til det underliggende, materielle rettsspørsmål i saken, hvor regjeringen gjorde gjeldende at direktivene 89/391/EØF og 92/57/EØF om helse og sikkerhet på arbeidsplassen ikke legger begrensninger på nasjonale erstatningsregler om skadelidtes medvirkning.⁷⁸⁶ EFTA-domstolen delte ikke denne oppfatningen og påpekte at lojalitetsplikten nedfelt i EØS-avtalen artikkel 3 gir opphav til et generelt krav til adekvate, proporsjonale og avskrekkende sanksjoner overfor en arbeidsgiver som overtrer direktivene (avsnitt 46 flg.). Med tanke på sakens erstatningsrettslige side nøyde EFTA-domstolen seg med å påpeke at det er klart at «an EEA rule which ... limits the possibilities of EEA States to introduce or maintain rules of tort law concerning the legal consequences of contributory negligence on the

⁷⁸² *Francovich*, avsnitt 15-22. Se også *Fachhini Dori*, hvor EU-domstolen påpekte at det avgjørende i erstatningsrettslig sammenheng var at det på grunnlag av angrerettsdirektivets bestemmelser kunne avgjøres hva forbrukernes rettigheter «mindst inneholder» (avsnitt 28).

⁷⁸³ Se *Finanger II*, avsnitt 54, hvor Høyesterett hevder å kunne utlede av EFTA-domstolens praksis at rettighetenes innhold må fremgå «klart» av det aktuelle direktiv. Formuleringen er tiltrådt i *Edquist* (avsnitt 90, jf. 92) og gjentatt i *Personskadeforbundet* (avsnitt 41).

⁷⁸⁴ Formuleringen er gjentatt i *Rechberger* (avsnitt 22) og *Norbrook Laboratories* (avsnitt 108).

⁷⁸⁵ Jf. gjengivelsen av den norske regjeringens anførsler i *Kolbeinsson*, avsnitt 71, og, langt mer utførlig, i rettsmøterapporten, avsnitt 95-101.

⁷⁸⁶ Jf. gjengivelsen av den norske regjeringens anførsler i *Kolbeinsson*, avsnitt 38-40, og, mer utførlig, i rettsmøterapporten, avsnitt 79-89.

part of the injured party, is intended to confer rights on that individual» (avsnitt 79). Den generelle henvisningen til «an EEA rule» tar høyde for at skadelidtes rettigheter i dette tilfellet fulgte av effektivitetsprinsippet snarere enn av direktivene, noe som forklarer hvorfor det ikke var grunn til å gå nærmere inn på de ovenfor omtalte norske anførslene knyttet til sistnevnte. Samtidig viser saken hvordan spørsmålet om erstatningsrettslig beskyttede rettigheter konsumeres av spørsmålet om det overhodet foreligger noe brudd på EU/EØS-rettslige forpliktelser. Indirekte viser slutningen fra det materielle rettsbruddet og til eksistensen av erstatningsrettslig beskyttede rettigheter også at kravet til identifiserbare rettigheter, i motsetning til de norske anførslene om «express provisions», ikke kan utlegges som noe «klarhetskrav».

6.10 Sammenligning med etablert norsk erstatningsrett

6.10.1 Argumentasjonsmønstrene

Som nevnt i punkt 6.1 er Rt. 1992 s. 453 *Furunkulosedommen* et klart eksempel på at spørsmålet om de overtrådte rettsreglenes beskyttelsesformål også i norsk rett tidvis skilles ut til separat behandling. Ytterligere eksempler på det samme gir avgjørelser som Rt. 1991 s. 954 *Reisegarantidommen* og Rt. 2006 s. 1529 *Pionerdykkerdommen*. I Reisegarantidommen uttalte førstvoterende at det av den omstendighet at det ved lov er etablert en ordning som tar sikte på å forhindre at forbrukere lider tap når reisearrangører ikke oppfyller sine forpliktelser, ikke uten videre kan trekkes den slutning at disse kan kreve sine tap dekket av staten om kontrollen skulle svikte og dette skyldes feil eller forsømmelighet fra ansatte (s. 957). Spørsmålet om forbrukernes tap hadde erstatningsrettslig vern måtte i følge Høyesterett avgjøres ut fra «alminnelig erstatningsrettslige synspunkter» (s. 958). Særlig opplysende er dette ikke, men innholdsmessig er det snakk om *Schutzzweck*-betraktninger som er beslektet med den avgrensning av erstatningsvernet som finnes i tysk rett.⁷⁸⁷ I Pionerdykkerdommen var det spørsmål om skadelidtes forventninger til trygdekontorets saksbehandling var av en slik karakter at de kunne anses som erstatningsrettslig vernet, noe Høyesterett besvarte bekreftende *før* retten drøftet om saksbehandlerne hadde opptrådt uaktsomt (avsnitt 36-44).⁷⁸⁸

Selv om spørsmålet om de overtrådte rettsreglenes beskyttelsesformål tidvis skilles ut til separat behandling, så er den tradisjonelle oppfatningen i norsk erstatningsrett at skrevne normer «bare» inngår som ett av flere momenter i culpavurderingen.⁷⁸⁹ Som

⁷⁸⁷ Jf. Thorson 2011 s. 194.

⁷⁸⁸ Som her Hjelmeng 2007b s. 173, som i note 11 omtaler dommen som et tydelig uttrykk for at det han betegner som culpanormens rettighetsside og pliktside undersøkes separat.

⁷⁸⁹ Jf. for eksempel Hagstrøm 1987 s. 272 flg.; Hjelmeng 2007a s. 37; Lødrup/Kjelland 2009 s. 137 flg.; Nygaard 2007 s. 202 flg. og Thorson 2011 s. 191-199.

påpekt av Hjelmeng er det ikke grunnlag i norsk rett for å oppstille en regel som tilsvarende BGB § 823 annet ledd, hvoretter den som uaktsomt «gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt» uten videre er erstatningsansvarlig for det tap som overtredelsen påfører skadelidte.⁷⁹⁰ Spørsmålet om skadelidte er vernet av en lovbestemmelse som skadevolder har overtrådt på en slik måte at bruddet kan gi grunnlag for erstatning, oppfattes i norsk rett som et spørsmål om lovbestemmelsen er relevant for å avdekke aktsomhetsstandarder i forhold til det tap som er påført. Som påpekt av Thorson innebærer dette en form for adekvansvurdering – det er bare lovregler som er utferdiget med sikte på ivaretagelse av skadelidtes interesser i forhold til det aktuelle tap som vil kunne gi noe bidrag til fastlegging av culpanormen.⁷⁹¹ Mens man i norsk rett tar utgangspunkt i skadevolders aktsomhetsplikter i forhold til skadelidtes interesser, for så å vurdere i hvilken grad lovgivning er adekvat for normdannelsen, så følger EU/EØS-retten tilnærmingen i tysk rett ved å knytte aktsomhetsspørsmålet til lovbruddet. Thorson ser den norske tilnærmingen som et utslag av en tradisjonell orientering mot reparasjonshensyn, hvor oppmerksomheten rettes mot skadelidtes behov for vern.⁷⁹² Som et motstykke til dette oppfatter han tilnærmingen i EU/EØS-retten som uttrykk for en «effektivitetsbetraktning» hvor det i stedet vurderes om *lovbruddet* er uaktsomt eller ikke.⁷⁹³

Nå kan det innvendes at allerede parallelliteten mellom den EU/EØS-rettslige tilnærmingen og tysk erstatningsrett viser at det ikke er noen nødvendig sammenheng mellom det å knytte aktsomhetsvurderingen opp mot brudd på lovregler og en instrumentell, effektivitetsorientert tilnærming til erstatningsansvaret – i hvilken grad en regel som BGB § 823 annet ledd bidrar til effektiv etterlevelse av materielle lovbestemmelser avhenger jo helt og fullt av hvor strengt man tolker vilkåret om at den overtrådte loven har til formål å beskytte skadelidte. Selv om en tilnærming hvor oppmerksomheten rettes mot lovbruddet nok kan legge til rette for en mer instrumentell tilnærming til erstatningsansvaret, så avhenger dette til syvende og sist av hvor stor plass man tillegger effektivitetsbetraktninger i tolkningen av om den overtrådte lovregelen har til formål å innrømme skadelidte erstatningsrettslig vern. Thorson kan ha rett i at EU/EØS-retten forfølger et effektivitetshensyn på en måte som går ut over rammene for tradisjonell erstatningsrettslig tenkning i norsk rett, hvor reparasjon fremstår som det dominerende hensyn, men det synes likevel ikke å være noen nødvendig sammenheng mellom denne forskjellen og den forskjell i argumentasjonsmønster som Thorson mener å påvise.

⁷⁹⁰ Hjelmeng 2007a s. 36-37.

⁷⁹¹ Thorson 2011 s. 194.

⁷⁹² Ibid.

⁷⁹³ Thorson 2011 s. 220 flg.

Thorsons fremstilling av det tradisjonelle argumentasjonsmønsteret i norsk erstatningsrett er dessuten naturlig nok preget av at hans anliggende er å fremstille det erstatningsrettslige vern for rene formuestap. En generell fremstilling av erstatningsvernet for rene formuestap favner med nødvendighet om nokså forskjelligartede typetilfeller. I herværende sammenheng er det imidlertid argumentasjonsmønsteret i saker som gjelder det offentliges erstatningsansvar som er av interesse, og da først og fremst i internrettslige typetilfeller som tilsvarer dem som er aktuelle ved spørsmål om offentlig erstatningsansvar for overtredelse av EØS-rettslige forpliktelser. Furunkulosedommen og Reisegarantidommen er begge treffende eksempler i så henseende og i begge disse tilfellene ble som nevnt spørsmålet om de overtrådte reglenes beskyttelsesformål skilt ut til separat vurdering.

Ved en sammenligning av det EU/EØS-rettslige argumentasjonsmønsteret knyttet til det offentliges erstatningsansvar for overtredelser av EØS-rettslige forpliktelser og argumentasjonsmønsteret ved det offentliges ansvar etter etablert norsk erstatningsrett, må det tas utgangspunkt i sammenlignbare typetilfeller. I praksis leder dette til at oppmerksomheten i første rekke må rettes mot det offentliges erstatningsansvar ved brudd på lov eller forskrift. I slike tilfeller synes det å være alminnelig enighet om at man også i norsk rett vil løse spørsmålet om tapet har erstatningsrettslig vern ut fra en tolkning av den overtrådte lov- eller forskriftsbestemmelse.⁷⁹⁴ Under henvisning nettopp til Furunkulosedommen og Reisegarantidommen uttaler Hjelmeng at det i tilfeller hvor selve virksomheten er lovregulert i den forstand at skadevolder utøver en funksjon han er tillagt ved lovregulering, så vil erstatning for tap som følge av svikt i denne virksomheten normalt måtte begrunnes særskilt i loven.⁷⁹⁵ I Reisegarantidommen ble spørsmålet om erstatningsrettslig vern knyttet til betydningen av «den omstendighet at det ved lov er etablert en ordning som tar sikte på å forhindre at reisekjøpere lider tap når reisearrangører ikke oppfylder sine forpliktelser» (s. 957). Høyesterett synes her å forutsette at tap som ikke kunne anses vernet ut fra en vurdering av reisegarantisystemet, heller ikke på annet grunnlag ville nyte erstatningsrettslig vern. Med Hjelmeng kan dette formuleres dit hen at skadelidtes forventninger ikke er beskyttelsesverdige i større utstrekning enn det som følger av lovreguleringen: I den utstrekning formålet med den lovregulerte virksomheten ikke rekker så langt som til å etablere erstatningsrettslig vern for skadelidte, vil overtredelse av de normer loven setter for virksomheten heller ikke kunne anses erstatningsbetingende på annet grunnlag.⁷⁹⁶

Som påpekt av Thorson leder dette til at det tradisjonelle argumentasjonsmønsteret i norsk rett snus i saker som gjelder utøvelse av lovregulert virksomhet – i stedet for å

⁷⁹⁴ Jf. Hagstrøm 1981 s. 55; Hjelmeng 2007a s. 35 flg.; Thorson 2011 s. 200 flg.

⁷⁹⁵ Hjelmeng 2007a s. 37.

⁷⁹⁶ Hjelmeng 2007a s. 38.

ta utgangspunkt i de krav den ulovfestede culpanormen i utgangspunktet stiller opp, for så å vurdere om lovforskriftene er adekvate i forhold til denne vurderingen, tas det utgangspunkt i de overtrådte lovforskriftene og vurderes hvilke tap som er adekvate i forhold til disse.⁷⁹⁷ Dermed synes imidlertid den forskjell i argumentasjonsmønster som Thorson mener å påvise mellom tradisjonell norsk erstatningsrett og EU/EØS-retten å falle bort i tilfeller hvor det er spørsmål om offentlig utøvelse av lovregulert virksomhet.

6.10.2 Den nærmere vurdering av beskyttelsesformålet

Uavhengig av eventuelle forskjeller i systematikk og argumentasjonsmønster fremstår Høyesteretts konkrete avgrensning av overtrådte lovreglers beskyttelsesformål i sammenlignbare typetilfeller som så forsiktig at det neppe er grunnlag for å hevde at EU/EØS-ansvaret på dette punkt krever større innholdsmessige endringer av etablert norsk erstatningsrett.⁷⁹⁸

I Rt. 1991 s. 954 *Reisegarantidommen* ble statens anførsel om at kundenes tap ikke var erstatningsrettslig vernet fordi kontrollvirksomheten bare var ment å tjene allmenne samfunnsinteresser, forkastet under henvisning til at lovforarbeidene viste at vern av forbrukerne var «et vesentlig motiv» for reisebyråloven. På vegne av et flertall på fire dommere uttalte førstvoterende at «[n]år hensynet til å verne forbrukerne står så sentralt ved loven formål, antar jeg at svikt fra de som er satt til å vareta forbrukernes interesser, etter omstendighetene kan medføre ansvar for staten overfor disse i medhold av skadeserstatningsloven § 2-1 nr. 1» (s. 958). Tilnærmingen er i samsvar med EU-domstolens vurdering i *Dillenkofer* (jf. bl.a. punkt 6.8.2 ovenfor). De nokså klare uttalelsene i forarbeidene leder imidlertid til at Reisegarantidommen knapt kan betegnes som noe grensetilfelle. Mindretallets reservasjon mot flertallets oppfatning (s. 963) ville derimot, etter EØS-avtalens ikrafttredelse, vanskelig kunne opprettholdes uten å havne i konflikt med EØS-rettens krav til erstatningsrettslig vern.

Av større generell interesse er Rt. 1992 s. 453 *Furunkulosedommen*, hvor førstvoterende (på vegne av et flertall på tre dommere) tok følgende utgangspunkt for vurderingen (s. 476-477):

«For at spørsmålet om hvilke interesser loven verner i det hele skal være av betydning, må det foreligge et uforsvarlig forhold fra veterinærmyndighetenes side med henblikk på den skade som oppsto. Etter min mening må det kreves klare holdepunkter for å fravike det som må være det na-

⁷⁹⁷ Thorson 2011 s. 200. Tilsvarende Hjelmeng 2007a s. 36.

⁷⁹⁸ Som nevnt i punkt 6.1 er dette i samsvar med vurderingene hos Jervell 2002 s. 166 og Thorson 2011 s. 220.

turlige utgangspunktet, at uforsvarlig myndighetsutøvelse som volder den enkelte borger tap, skal erstattes.»

Førstvoterende fulgte opp med en konkret vurdering av om det var grunnlag for å fravike dette generelle utgangspunktet, men konkluderte med at verken loven som sådan eller dens forarbeider gav holdepunkter for å fravike det som på ny ble fremholdt som «utgangspunktet ved spørsmålet om hvilke interesser loven verner», nemlig at «den enkelte berørte næringsutøver ikke er avskåret fra å fremme erstatningskrav» (s. 444).⁷⁹⁹ Det velkjente «flodbølgeargumentet» (jf. punkt 6.8.3 ovenfor) ble forkastet med følgende begrunnelse (s. 444):

«Det kan innvendes mot en slik erstatningsplikt at skadeomfanget kan få et katastrofeartede preg og at skadeutviklingen kan være uoversiktlig og uforutseelig. Furunkuloseangrepet innen oppdrettsnæringen har et preg av katastrofe. Men det problemstillingen gjelder, er om man generelt skal unnta den enkelte næringsdrivende fra vern hvor veterinærmyndighetene har foranlediget at skade er voldt. Spørsmålet er ikke om næringsutøvere er avskåret fra å kreve erstatning hvor det inntrer katastrofale følger. At omfang og utvikling kan ha erstatningsrettslig betydning er klart. Men disse forhold må vektlegges etter andre regler, bl.a. gjennom erstatningsrettslig krav til påregnelighet og erstatningsloven § 2-2 nr. 1 slik bestemmelsen lød før lovendringen av 21. juni 1985 [nå § 5-2]).»

Høyesteretts tilnærming i denne saken gir klare assosiasjoner til EU-domstolens ovenfor omtalte utlegning av EU/EØS-ansvaret: Kravet til den overtrådte lovregels beskyttelsesformål håndteres nokså liberalt, ut fra den betraktning at den nødvendige avgrensning av det offentlige erstatningsansvar primært ivaretas gjennom selve ansvarsvurderingen og den rettslige avgrensningen av årsakssammenhengen.⁸⁰⁰ På samme vis som EU/EØS-ansvaret kan det hevdes at norsk rett på dette punkt reelt sett ligger tettere opp til fransk enn til tysk rettstradisjon.⁸⁰¹

En sak fra underinstanspraksis de senere år hvor denne tilnærmingen strekkes enda lenger, er RG 2009 s. 276 (Borgarting). Lagmannsretten avviste her statens anførsler om at en rekke bilforhandlere ikke kunne påberope seg veimyndighetenes brudd på reglene om klassifisering av kjøretøy fordi regelverket bare skal ivareta trafikksikker-

⁷⁹⁹ Mindretallet reservertet seg mot flertallets forståelse på dette punkt, men uten å ta endelig standpunkt til spørsmålet om lovens beskyttelsesformål (fordi man kom til at myndighetene uansett ikke hadde gjort seg skyld i en ansvarsbetingende forsømmelse). Krüger 1992 s. 443 slutter seg til flertallets vurdering *in concreto*, men uten at han dermed nødvendigvis slutter seg til den generelle presumsjon for erstatningsrettslig vern som flertallet synes å etablere.

⁸⁰⁰ Høyesteretts henvisning til muligheten for å lempe ansvaret synes derimot ikke å ha noen parallell i EU-domstolens praksis, jf. kapittel 9, punkt 9.4. Det er først og fremst henvisning til lempingsadgangen som foranlediget Krügers kritikk av at «dommen forskyver balanseforholdet mellom erstatningsrettslige grunnlagsregler og erstatningsrettslig skjønn dramatisk i favør av det siste» (Krüger 1992 s. 443-444).

⁸⁰¹ Noe som samtidig innebærer at den kritikk som særlig i tysk litteratur rettes mot det som oppfattes som skjønnspregede og vage franske regler, i noen grad også kan rettes mot Høyesteretts tilnærming i Furunkulosedommen. Krügers kritikk av at dommen (se forrige note) gir assosiasjoner til den vurdering av fransk erstatningsrett som bl.a. fremkommer hos Wurmnest 2003 s. 121 og s. 170-171.

hetsmessige hensyn. Lagmannsretten sluttet seg «i og for seg» til statens oppfatning av reglens formål, men fant at likevel at «man ikke kan se bort fra de avgiftsmessige konsekvenser av klassifiseringsvedtakene ved vurderingen av om et krav basert på at søker har innrettet seg etter de ugyldige godkjenningene, bør ha et erstatningsrettslig vern». Veimyndighetene var fullt klar over at ombyggingen av de kjøretøy som forhandlerne hadde solgt var avgiftsmotivert og lagmannsretten antok da at «begrensningene i erstatningsvernet med utgangspunkt i hva som er formålet med kontroll- eller servicevirksomheten ikke kan gjelde når sammenhengen mellom feilen og tapet er så nær og direkte som her». På et vis som minner om Høyesteretts tilnærming i Furunkulosedommen trakk lagmannsretten også ansvarsgrunnlaget inn i vurderingen av erstatningsvernets utstrekning og uttalte at «sterke reelle hensyn» tilsa at myndighetene måtte kunne holdes ansvarlig for forhandlerens tap «hvis de øvrige erstatningsvilkårene anses oppfylt». Tatt på ordet etterlater lagmannsretten her knapt noe som helst rom for avgrensning av myndighetenes erstatningsansvar ut fra de overtrådte reglens beskyttelsesformål, noe som verken synes i samsvar med Høyesteretts tilnærming i Furunkulosedommen eller EØS-rettslig påkrevd.⁸⁰²

To tidligere avgjørelser som kanskje antyder en noe strengere vurdering av overtrådte lovreglers beskyttelsesformål, er Rt. 1982 s. 908 [U] og Rt. 1996 s. 1051 [U]. I begge tilfellene fant Høyesteretts kjæremålsutvalg at de påberopte lovregler – henholdsvis etableringsloven av 20. februar 1976 nr. 5 og en forskrift om bingodrift – ikke tok sikte på å verne saksøkernes interesser og at kravet til rettslig interesse i tvistemålsloven (1915) § 54 derfor ikke var oppfylt. Ut fra en betraktning om at kravet til søksmålsinteresse vanskelig kan være strengere enn kravet til erstatningsrettslig vern, er det i litteraturen antatt at kjennelsene har overføringsverdi til erstatningsretten.⁸⁰³ Den rettsoppfatning som kommer til uttrykk i kjennelsene kan imidlertid ikke lenger anses som gjeldende prosessrett. I forarbeidene til tvisteloven tar departementet uttrykkelig avstand fra Rt. 1982 s. 908, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 366. Ifølge Skoghøy innebærer uttalelsene i forarbeidene at det ikke lenger kreves at saksøkerens subjektive interesse i søksmålet er beskyttet av de regler som regulerer det materielle rettsforhold: Det avgjørende for om søksmål skal tillates fremmet etter tvisteloven, er om søksmålet, dersom det fører frem, *objektivt sett vil ha virkninger for slike interesser*.⁸⁰⁴ Dermed oppstår det interessante og vanskelige spørsmål om tvistelovens liberalisering av søksmålsadgangen vil måtte få konsekvenser også for den erstatningsrettslige vurderingen. Det er intet i forarbeidene som tilsier en slik følge, som heller ikke er rettslogisk nødvendig.⁸⁰⁵ Etter min opp-

⁸⁰² I den konkrete saken ble staten like fullt til sist frifunnet under henvisning til uaktsom medvirkning fra skadelidtesiden som ifølge lagmannsretten var av en slik karakter at det ikke var rom for noen erstatning. (Forhandlerens anke til Høyesterett ble nektet fremmet).

⁸⁰³ Slik Jervell 2002 s. 169-170 (som omtaler begge kjennelsene noe mer utførlig).

⁸⁰⁴ Skoghøy 2010 s. 406 (kursivering i original).

⁸⁰⁵ Det gir liten mening å operere med strengere krav til søksmålsinteresse enn til erstatningsrettslig vern, men omvendt er det prinsipielt fullt mulig å stille strengere krav i erstatningsrettslig enn i prosessuell sammenheng. Som nevnt bl.a. i punkt 6.2, 6.6 og 6.7 følger av fast praksis fra EU-domstolen at spørsmålet om privates mulighet til å angripe en rettsakt i form av et ugyldighetssøksmål i henhold til TEUV artikkel 263 må holdes atskilt

fatning kan endringene i søksmålsadgangen ikke være tilstrekkelig til å endre generelle erstatningsrettslige betraktninger om overtrådte lovreglers beskyttelsesformål.⁸⁰⁶ En følge av dette standpunktet er imidlertid at private som med hell har angrepet et forvaltningsvedtak og som deretter krever erstatning for de tap vedtaket har påført dem, risikerer å bli møtt med at ugyldighetsgrunnen ikke er relevant i erstatningsrettslig sammenheng.

Dersom tilnærmingen i Furunkulosedommen legges til grunn i tilfeller hvor det er spørsmål om offentligrettslig erstatningsansvar for skade voldt ved brudd på EØS-rettslige forpliktelser, er det neppe grunn til å tro at EU/EØS-rettens krav til erstatningsvernets utstrekning vil by på utfordringer for norsk rett.⁸⁰⁷ Den usikkerhet som nokså uunngåelig er knyttet til vurderingen av overtrådte lovreglers beskyttelsesformål i en konkret sak, tilsier likevel at norske domstoler i EØS-relaterte erstatningssaker gjør klokt i å foreta en særskilt vurdering av om en overtrådt EØS-regel har til formål å tillegge skadelidte erstatningsrettslig beskyttede rettigheter, snarere enn å basere seg på at etablert norsk erstatningsrett oppfyller EØS-rettens krav til erstatningsvernets utstrekning. I tilfeller hvor det eventuelt konkluderes med at en overtrådt EØS-regel ikke beskytter skadelidte, må imidlertid vurderingen suppleres med en vurdering av om etablert norsk erstatningsrett i sammenlignbare tilfeller tilbyr et mer omfattende vern. I bekreftende fall krever ekvivalensprinsippet at vernet utstrekkes til også å omfatte de aktuelle EØS-reglene. Et mulig eksempel kan konstrueres med utgangspunkt i EU-domstolens ovenfor omtalte avgjørelser i sakene *Vreugdenhil II* og *Artegodan II*: Selv om EU-domstolen er av den oppfatning at kompetansetildelingsregler ikke tillegger private erstatningsrettslig beskyttede rettigheter, så vil personell kompetansesvikt regelmessig lede til at en norsk forvaltningsavgjørelse må kjennes ugyldig i henhold til etablert norsk forvaltningsrett.⁸⁰⁸ Om årsaken til den personelle kompetansesvikten skulle være EØS-regler som krever at det er et annet, nærmer angitt forvaltningsorgan som skal ha ansvar for å håndheve EU/EØS-retten på det aktuelle rettsområde, kan ikke tillegges betydning verken i forvaltningsrettslig eller i erstatningsrettslig sammenheng.

fra spørsmålet om de rettsregler som er overtrådt (og som leder til at rettsakten underkjennes) har til formål å tillegge private erstatningsrettslig beskyttede rettigheter.

⁸⁰⁶ En erstatningsrettslig parallell til saksforholdet i Rt. 1982 s. 908 [U] finnes i UfR 2010 s. 2142 H. Danmarks Højesteret forkastet i dette tilfellet et erstatningskrav fra flere butikker under henvisning til at deres interesser ikke var beskyttet av de regler i planlovgivningen som kommunen hadde overtrådt da den gav dispensasjon til bygging av et kjøpesenter i nærheten.

⁸⁰⁷ Sml. Jervell 2002 s. 168-169, som anfører at det ikke bør trekkes «vidtgående slutninger» fra dommen, men som ikke problematiserer om en strengere avgrensning av erstatningsvernet i andre typetilfeller vil være forenlig med EØS-rettens krav.

⁸⁰⁸ Jf. Eckhoff/Smith 2010 s. 487-488.

7 Ansvarsgrunnlaget

7.1 Innledning

Det annet grunnvilkår EU-domstolen og EFTA-domstolen har stilt opp for EØS-statenes erstatningsansvar, er forutsetningen om at myndighetenes brudd på deres EU/EØS-rettslige forpliktelser er «tilstrekkelig kvalifisert». Gitt den underliggende forutsetningen om brudd på en eksisterende EU/EØS-rettslig regel, kan det fra et norsk perspektiv synes nærliggende å betrakte dette som lite annet enn en EU/EØS-rettslig variant av spørsmålet om hva som skal til før en rettsvillfarelse er unnskyldelig og, dermed, ansvarsbefriende. En slik parallell er nok langt på vei treffende, men den er nettopp av den grunn også farlig – dersom man tilnærmer seg det EU/EØS-rettslige kravet til et tilstrekkelig kvalifisert brudd med en slik forforståelse, er det fare for at man overser de sider ved EØS-ansvaret som skiller seg fra etablert norsk erstatningsrett. I det følgende analyseres vilkåret «tilstrekkelig kvalifisert brudd» på EU/EØS-rettens egne premisser og med utgangspunkt i EU-domstolens og EFTA-domstolens strukturelle tilnærming. Underveis vil det bli foretatt visse sammenligninger med til «intern» norsk erstatningsrett i tilfeller hvor dette synes fruktbart, men et mer systematisk forsøk på å sammenholde det EØS-rettslige ansvarsgrunnlaget med aktuelle ansvarsgrunnlag i henhold til etablerte norske regler om offentligrettslig erstatningsansvar følger først avslutningsvis i punkt 7.16.

7.2 EU-domstolens utlegning av vilkåret «tilstrekkelig kvalifisert brudd»

Formuleringen «tilstrekkelig kvalifisert brudd» ble introdusert av EU-domstolen i anledning EUs eget erstatningsansvar i *Schöppenstedt*.⁸⁰⁹ I den franske versjonen av dommen benyttes uttrykket «violation suffisamment caractérisée», en formulering som EU-domstolen senere har holdt fast ved også i saker som gjelder statenes erstatningsansvar. Opprinnelig ble dette uttrykket oversatt til «sufficiently flagrant violation» på engelsk, men i senere praksis ble dette erstattet med formuleringen «sufficiently serious breach». På tysk kreves det et «hinreichend qualifizierte Verstoß», noe som gjenspeiles i den danske («tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse») og svenske («tillräckligt klar överträdelse») formuleringen.

⁸⁰⁹ Sak 5/71, *Schöppenstedt mot Rådet*, Sml. 1971 s. 975 (avsnitt 11).

I den engelske versjonen av EFTA-domstolens praksis gjenfinnes, ikke overraskende, formuleringen «sufficiently serious breach», noe som i den norske versjonen av *Nguyen* er oversatt med «tilstrekkelig kvalifisert brudd» (avsnitt 33 flg.).

I litteraturen har flere påpekt at den engelske oversettelsen av vurderingskriteriet ikke er helt treffende fordi «[t]he French term suggests a degree of transparency or obviousness of the breach which is absent in the English, and for which there is no wholly satisfactory English equivalent». ⁸¹⁰ Generaladvokat Jacobs innstilling i *Lindöpark* viser at også EU-domstolen er oppmerksom på dette (avsnitt 59):

«In French, the Court has always used originally with regard to liability incurred by the Community the term violation suffisamment caractérisée. This is now normally translated into English as sufficiently serious breach. However, the underlying meaning of caractérisé, which gives rise to its inherent implication of seriousness, includes the notion that the breach (or other conduct) has been clearly established in accordance with its legal definition, in other words, that it is a definite, clear-cut breach. This may help to explain why the term was previously translated as sufficiently flagrant violation and may throw additional light on the choice of factors which the Court has indicated should be taken into consideration when deciding whether a breach is sufficiently serious.» ⁸¹¹

For EU-domstolen selv er ikke dette noe problem – dommene forfattes på fransk og domstolen har hele tiden holdt fast på formuleringen «violation suffisamment caractérisée». For norske rettsanvendere, som gjerne forholder seg til den danske og/eller engelske versjonen av EU-domstolens rettspraksis, er det imidlertid grunn til å være oppmerksomme på at den i seg selv nokså nøytrale formuleringen «tilstrækkelig kvalifiseret tilsidesættelse»/«sufficiently serious breach» kanskje ikke fullt ut gjenspeiler det kvalifiserende element som ligger i den opprinnelige franske versjonen. Noe stort praktisk problem er dette likevel ikke – så lenge nasjonale rettsanvendere presiserer og anvender ansvarsgrunnlaget i samsvar med EU-domstolens etter hvert rikholdige praksis, spiller det mindre rolle om det er nyanseforskjeller i formuleringen av det overordnede vurderingskriteriet. Like fullt er det nok en viss fare for at formuleringen av ansvarsgrunnlaget slår an tonen og slik, bevisst eller ubevisst, legger visse føringer for ansvarsvurderingen. Med denne lille advarsel benyttes i det følgende benyttes stort sett formuleringen tilstrekkelig kvalifisert brudd.

⁸¹⁰ Jf. Edward og Robinson 1997 s. 344. Tilsvarende Jakobsen 2002 s. 57.

⁸¹¹ Forslaget gjengis her i engelsk originalversjon, bl.a. fordi den danske oversettelsen av generaladvokatens forslag på dette punkt fremstår som mindre heldig.

7.3 Forholdet til vurderingstemaet «åpenbart og grovt» brudd

I forlengelsen av redegjørelsen for «tilstrekkelig kvalifisert brudd» som overordnet vurderingstema er det påkrevd å se nærmere på om det er grunnlag for å sette likhetstegn mellom dette kriteriet og spørsmålet om et brudd på EU/EØS-retten kan karakteriseres som «åpenbart og grovt». I praksis er denne problemstillingen nært knyttet til spørsmålet om det går et skille av betydning for statens erstatningsrettslige stilling mellom på den ene side brudd på EU/EØS-regler som gir statene skjønn av politisk karakter, og på den annen side brudd på regler som ikke eller i ubetydelig grad åpner for dette.⁸¹² Prinsipielt bør imidlertid disse to problemstillingene holdes fra hverandre – førstnevnte er et spørsmål om anvendelsesområdet for vurderingskriteriet «åpenbart og grovt», mens sistnevnte gjelder ansvarsvurderingens nærmere innhold i ulike type-tilfeller. Annerledes formulert: Eventuell generell anvendelse av vurderingskriteriet «åpenbart og grovt» er ikke til hinder for at eksistensen av skjønn likevel er av betydning for ansvarsterskelen (jf. punkt 7.6).

Verken EU-domstolens eller EFTA-domstolens praksis er klar på om et brudd på EU/EØS-retten alltid må være åpenbart og grovt for å være ansvarsbetingende. Det finnes riktignok en rekke avgjørelser hvor EU-domstolen helt generelt uttaler at «det afgørende kriterium for vurderingen af, om en tilsidesættelse af fællesskabsretten er tilstrækkelig kvalificeret, [er] om en medlemsstat åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine skønsbeføjelser».⁸¹³ Dette gjelder tilsvarende for EFTA-domstolen i *Sveinbjörnsdóttir, Karlsson, Nguyen, Kolbeinsson og HOB-vín*.⁸¹⁴ Særlig tydelig i denne retning er *Dillenkofer*, hvor EU-domstolen søkte å harmonisere ansvarsterskelen fra *Francovich* og *Brasserie du Pêcheur/Factortame* ved å uttale at når en medlemsstat unnlater å gjennomføre et direktiv innen fristen «overskrider den således åbenbart og groft grænserne for sine beføjelser» (avsnitt 26). EU-domstolens standpunkt i *Dillenkofer* synes å være at kriteriet «åpenbart og grovt» kommer til an-

⁸¹² Jf. fra norsk høyesterettsrettspraksis *Finanger II* (avsnitt 61 flg. og avsnitt 112) og *Personskadeforbundet* (avsnitt 44-48).

⁸¹³ Jf. for eksempel *British Telecommunications*, avsnitt 42; *Denkavit*, avsnitt 50; *Rechberger*, avsnitt 51; *Lindöpark*, avsnitt 39; *AGM*, avsnitt 80; *Synthon*, avsnitt 37 og *Fuß*, avsnitt 51. Dette gjelder tilsvarende for praksis knyttet til EUs eget erstatningsansvar, jf. sak C-352/98 P, *Bergaderm mot Kommisjonen*, [P] Sml. 2000 s. I-5291 (avsnitt 43); sak C-312/00 P, *Kommisjonen mot Camar og Tico*, [P] Sml. 2002 s. I-11355 (avsnitt 54); sak C-472/00 P, *Kommisjonen mot Fresh Marine*, [P] Sml. 2003 s. I-7541 (avsnitt 26); sak C-198/03 P, *Kommisjonen mot CEVA og Pfizer*, [SK] Sml. 2005 s. II-6357 (avsnitt 64); sak C-282/05 P, *Holcim mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2007 s. I-2941 (avsnitt 47) og sak C-440/07 P, *Kommisjonen mot Schneider*, [SK] Sml. 2009 s. I-6413 (avsnitt 160).

⁸¹⁴ Se *Sveinbjörnsdóttir*, avsnitt 68; *Karlsson*, avsnitt 38; *Nguyen*, avsnitt 33; *Kolbeinsson*, avsnitt 82; *HOB-vín*, avsnitt 129. I de fire sistnevnte sakene har riktignok EFTA-domstolen funnet grunn til å legge til at dette gjelder i tilfeller hvor en EØS-stat krenker EØS-retten «in the exercise of its legislative powers». Denne presiseringen gir grunn til å reise spørsmålet om ansvarsterskelen avhenger av om en overtredelse av EØS-retten må tilskrives den lovgivende, den utøvende eller den dømmende makt, jf. nærmere i punkt 7.5.

vendelse også ved unnlatt gjennomføring av et direktiv, men at kriteriet i slike tilfeller uten videre må anses som oppfylt. Til dette kommer at flere av de avgjørelser hvor EU-domstolen og EFTA-domstolen har innledet ansvarsvurderingen med generelle henvisninger til åpenbar og grov overtredelse som det avgjørende kriterium, gjelder saker hvor de konkrete bestemmelser som var overtrådt, *ikke innrømmet myndighetene nevneverdig skjønnsfrihet*.⁸¹⁵ Det er villedende snarere enn veiledende å innlede ansvarsvurderingen med henvisninger til kriteriet åpenbart og grovt brudd dersom dette er et vurderingstema som ikke kommer til anvendelse i det foreliggende typetilfellet.

Når det etter min oppfatning likevel trolig er grunn til å forbeholde vurderingstemaet «åpenbar og grov overtredelse» til tilfeller hvor en EØS-stat råder over en ikke ubetydelig skjønnsfrihet, skyldes det følgende betraktninger.

For det første er det klart at kriteriet «åpenbart og grovt» er hentet fra tidligere praksis knyttet til EUs eget erstatningsansvar og at det der bare kom til anvendelse i tilfeller hvor en EU-institusjon rådet over et vidt skjønn.⁸¹⁶ Da dette vurderingstemaet ble overført til statenes erstatningsansvar i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, var det nettopp under henvisning til at hhv. tyske og engelske myndigheter i dette tilfellet rådet over et vidt skjønn og at ansvarsterskelen derfor måtte ligge særlig høyt.⁸¹⁷

Videre bærer de generelle henvisningene til åpenbar og grov overtredelse som det avgjørende kriterium for ansvarsvurderingen preg av å være standardformuleringer som stort sett alltid tas med, tilsynelatende uten at det vurderes om de er treffende i den aktuelle sak. Støtte for denne oppfatningen finnes i den omstendighet at EU-domstolen regelmessig følger opp med en generell henvisning til at dersom staten «kun hadde et sterkt begrenset eller intet skøn», så kan selve den omstendighet at det foreligger et brudd på EU-retten være ansvarsbetingende.⁸¹⁸ EFTA-domstolen gjorde

⁸¹⁵ Dette gjelder i hvert fall for *Rechberger*, *Lindöpark*, *AGM*, *Synthon* og *Fuß*, samt, knyttet til EUs eget ansvar, *Fresh Marine* og *Schneider*. Fra EFTA-domstolens praksis er *Sveinbjörnsdóttir* og *Nguyen* eksempler på det samme.

⁸¹⁶ Jf. for eksempel forente saker 83/76 m.fl., *HNL m.fl. mot Rådet*, Sml. 1978 s. 1209 (avsnitt 6) og forente saker C-104/89 og C-37/90, *Mulder mot Rådet og Kommisjonen (dom nr. 1)*, Sml. 1992 s. I-3061 (avsnitt 12).

⁸¹⁷ Se avsnitt 55, jf. avsnitt 51, jf. avsnitt 48-50.

⁸¹⁸ Jf. for eksempel *Nordbrook Laboratories*, avsnitt 109; *Haim II*, avsnitt 38; *Larsy*, avsnitt 38; *FII*, avsnitt 212; *N*, avsnitt 64; *Robins*, avsnitt 74-75; *Thin Cap*, avsnitt 118 og *CFC*, avsnitt 121. Formuleringen stammer fra *Hedley Lomas*, avsnitt 28. Dette gjelder tilsvarende for praksis knyttet til EUs eget erstatningsansvar, jf. for eksempel sak C-352/98 P, *Bergaderm mot Kommisjonen*, [P] Sml. 2000 s. I-5291 (avsnitt 44); sak C-312/00 P, *Kommisjonen mot Camar og Tico*, [P] Sml. 2002 s. I-11355 (avsnitt 54); sak C-472/00 P, *Kommisjonen mot Fresh Marine*, [P] Sml. 2003 s. I-7541 (avsnitt 26); sak C-198/03 P, *Kommisjonen mot CEVA og Pfizer*, [SK] Sml. 2005 s. II-6357 (avsnitt 65); sak C-282/05 P, *Holcim mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2007 s. I-2941 (avsnitt 47) og sak C-440/07 P, *Kommisjonen mot Schneider*, [SK] Sml. 2009 s. I-6413 (avsnitt 160).

denne formuleringen til sin egen i *HOB-vín*.⁸¹⁹ Lest i sammenheng tilsier dette at det er snakk om to ulike kategorier, og at kriteriet «åpenbart og grovt» bare kommer til anvendelse dersom myndighetene råder over en ikke ubetydelig skjønnsfrihet.

I tilfeller hvor statene ikke råder over noen nevneverdig skjønnsfrihet er det dessuten meg bekjent *ingen* eksempler på at *den nærmere vurdering av om det foreligger et tilstrekkelig kvalifisert brudd* er knyttet opp til kriteriet «åpenbart og grovt». I slike saker dukker kriteriet «åpenbart og grovt» bare opp i form av en innledende standardformulering, *ikke i den etterfølgende subsumsjonen*.⁸²⁰ To avgjørelser fra EU-domstolen som tilsier at dette neppe er tilfeldig, er *Haim II* og *Larsy*. I begge disse tilfellene uttalte EU-domstolen seg prinsipielt om ansvarsvurderingens nærmere innhold i tilfeller hvor statene «kun hadde et sterkt begrenset eller intet skøn» og i begge tilfeller glimrer vurderingstemaet «åpenbart og grovt» med sitt fravær.⁸²¹

Støtte for denne oppfatningen finnes også i nyere praksis knyttet til EUs eget erstatningsansvar. I tilfeller av begrenset eller ikke-eksisterende skjønn antyder rettspraksis de senere år at EU-domstolen og Underretten nøyer seg med det overordnede vurderingskriteriet «tilstrekkelig kvalifisert brudd», altså også uten noen innledende henvisning til vurderingstemaet «åpenbart og grovt brudd».⁸²²

Et illustrerende eksempel fra den senere tid er sak T-437/10, *Gap SA granen & producten mot Kommisjonen*, dom 16. mai 2013, hvor Underretten differensierer mellom tilfeller av betydelig og ubetydelig skjønn og uttrykkelig forbeholder kravet til et åpenbart og grovt brudd til de førstnevnte tilfellene (avsnitt 28-41).

Nevnes bør dessuten den forholdsvis nye dommen *Robins* (fra 2008), hvor EU-domstolen ble forelagt et spørsmål om britiske myndigheters erstatningsansvar for mangelfull gjennomføring av artikkel 8 i EUs konkursgarantidirektiv (80/987/EØF) fulgte «alene af den grund, at fællesskabsretten tilsidesættes», eller om det er «under-

⁸¹⁹ Avsnitt 130. Det fremgår ikke av uttalelsen at formuleringen er hentet fra EU-domstolens praksis, men det kan ikke være særlig tvilsomt.

⁸²⁰ Fra EU-domstolens praksis gjelder dette for eksempel *Rechberger, Lindöpark, AGM, Synthos og Fuß*, mens det fra EFTA-domstolens praksis kan vises til ansvarsvurderingene i *Nguyen*, avsnitt 33-36, og *HOB-vín*, avsnitt 132-136. Dette gjelder for øvrig også for Høyesteretts ansvarsvurderinger i *Finanger II; Edquist og Personskadeforbundet*.

⁸²¹ *Haim II*, avsnitt 42-43, jf. avsnitt 38; *Larsy*, avsnitt 39.

⁸²² Jf. fra den senere tid EU-domstolens vurdering av ansvarsspørsmålet i sak C-282/05 P, *Holcim mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2007 s. I-2941 og sak C-221/10 P, *Artogodan mot Kommisjonen (II)*, [A5] dom 19. april 2012. Fra Underrettens praksis kan det vises til ansvarsvurderingene i sak T-212/03, *MyTravel Group mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-1967; i sak T-341/07, *Sison mot Rådet (II)*, dom 23. november 2011 og i sak T-437/10, *Gap SA granen & producten mot Kommisjonen*, dom 16. mai 2013 (avsnitt 28 flg.). Se også de generelle formuleringene i denne retning i sak C-451/09 P, *Pigasos mot Rådet og Kommisjonen*, [A3] Sml. 2010 s. I-62* (avsnitt 23); i sak T-203/11, *Transports Schiocchet mot Rådet og Kommisjonen*, kjennelse 18. juni 2012 (avsnitt 28).

lagt en konstatering af, at nævnte stat har begået en åbenbar og alvorlig overskridelse af grænserne for sin skønsmåling». For EU-domstolen argumenterte skadelidte med at direktivbestemmelsen ikke overlot statene noe skjønn og at den mangelfulle gjennomføringen derfor *i seg selv* var tilstrekkelig kvalifisert til å utløse ansvar. Den britiske og den irske regjering, samt EU-kommisjonen, hevdet imidlertid at ansvar i dette tilfellet var «underlagt betingelsen i Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen om, at medlemsstaten har begået en åbenbar og alvorlig overskridelse af grænserne for sin skønsmåling». I sitt svar viste EU-domstolen til at den aktuelle bestemmelse i konkursgarantidirektivet artikkel 8 «på grund af sin generelle ordlyd tillægger medlemsstaterne et vidt skøn med henblik på at fastsætte beskyttelsesniveauet for retten til ydelser» og at «[e]n medlemsstats ansvar for ikke at have gennemført denne bestemmelse korrekt er *derfor* underlagt en konstatering af, at denne stat har begået en åbenbar og alvorlig overskridelse af grænserne for sin skønsmåling» (avsnitt 74-75, min kursivering).

Selv om jeg på denne bakgrunn er av den oppfatning at kravet til et åpenbart og grovt brudd bare kommer til anvendelse i tilfeller hvor en EØS-stat (eller en EU/EØS-institusjon) råder over et ikke ubetydelig skjønn,⁸²³ så er det grunn til å understreke at uklarhetene i EU-domstolens praksis på dette punkt i seg selv er et tungtveiende argument for at det ikke må legges for mye i dette: Dersom det var betydelig forskjell på ansvarsterskelen i tilfeller hvor kriteriet «åpenbart og grovt» kommer til anvendelse, sammenlignet med tilfeller hvor det «bare» kreves at et rettsbrudd er «tilstrekkelig kvalifisert», så er det grunn til å forvente at EU-domstolen ville vært langt mer bevisst på begrepsbruken. Som det vil fremgå av punkt 7.6, er jeg av den oppfatning at det er forskjell på ansvarsterskelen i tilfeller hvor EU/EØS-retten overlater statene politisk handlingsrom og tilfeller hvor så ikke er tilfellet. Det er imidlertid ikke snakk om to skarpt atskilte kategorier av saker. Tvert i mot er det snakk om å plassere myndighetenes handlingsrom i en konkret sak på en «sliding scale» fra vidt til intet skjønn.⁸²⁴ Det følger av dette at det vil være liten forskjell på ansvarsterskelen i et tilfelle som så vidt ligger innenfor anvendelsesområdet for kriteriet «åpenbart og grovt brudd» og tilfeller hvor skjønnets er så begrenset at dette kriteriet etter min oppfatning ikke kommer til anvendelse.

Fra en pedagogisk innfallsvinkel må det medgis at det er en ulempe ved å forbeholde kriteriet «åpenbart og grovt» til tilfeller hvor en EØS-stat (eller en EU/EØS-institusjon) råder over et ikke ubetydelig skjønn at dette er egnet til å dekke til at det er snakk om en glideskala snarere enn to

⁸²³ Det følger av dette at jeg er kommet til at standpunktet inntatt i Fredriksen/Mathisen 2012 s. 294 (i note 866) ikke kan opprettholdes – det har utvilsomt støtte i en rekke generelle uttalelser fra EU-domstolen og EFTA-domstolen, men ikke i domstolenes konkrete tilnærming til spørsmålet.

⁸²⁴ Jf. særlig van Gerven 1996 s. 520 flg. Se fra den senere tid Biondi/Farley 2009 s. 53; Caranta 2008 s. 197 flg., jf. s. 195 og Aalto 2011 s. 204-205.

skarpt atskilte kategorier. På den annen side får sontringen frem at det er reell forskjell på ansvarskelen mellom yttertilfellene på denne glideskalaen. Dersom man alternativt følger EU-domstolens tilnærming i *Dillenkofer* og gir kriteriet «åpenbart og grovt» generelle anvendelse, så oppstår i stedet et behov for å differensiere *innenfor* dette vurderingskriteriet, eksempelvis i form av en glidende overgang fra «åpenbart og grovt» i mild og streng betydning.⁸²⁵ Det alternativet som tidvis anvendes i rettspraksis, hvor man innledningsvis antyder at kriteriet «åpenbart og grovt» gjelder helt generelt, men hvor man deretter simpelthen ser bort fra dette i den nærmere ansvarsvurderingen i saker hvor myndighetene ikke råder over noe nevneverdig skjønn, kan i hvert fall ikke være noe eksempel til etterfølgelse.

7.4 Forholdet til culpabegrepet

Kravet til et «tilstrekkelig kvalifisert brudd» gjør det uten videre klart at EU/EØS-ansvaret ikke er noe rent objektivt ansvar i betydningen ansvar for et hvert brudd på EU/EØS-retten («strict liability»).

Med tanke på EUs eget erstatningsansvar har Underretten i senere tid gjentatte ganger avvist anførsler om at EU-institusjonene uten videre kan holdes erstatningsansvarlig for skade forårsaket av rettsstridige individuelle rettsakter.⁸²⁶ EU-domstolen sluttet seg uttrykkelig til Underrettens rettsoppfatning i *Holcim*.⁸²⁷ I kjølvannet av denne avgjørelsen har Underretten ved flere anledninger uttalt at en rettsakts rettsstridighet, «hvor beklagelig denne rettsstridighet end er», ikke i seg selv er tilstrekkelig som ansvarsgrunnlag.⁸²⁸

⁸²⁵ Etter min oppfatning må så vel flertall som mindretall i *Finanger II* forstås i denne retning – flertallet når man uttaler at kriteriet åpenbart og grovt «i og for seg» gjelder også ved brudd på direktiver som ikke eller bare i ubetydelig grad overlater medlemsstatene noen skjønnsfrihet ved gjennomføringen (avsnitt 63), mindretallet når man uttaler at en overtredelse av en klar EU/EØS-regel uten videre må karakteriseres som åpenbar og grov (avsnitt 112).

⁸²⁶ I praksis rettsakter som fyller vilkårene for enkeltvedtak i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b.

⁸²⁷ Sak C-282/05 P, *Holcim mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2007 s. I-2941 (avsnitt 49).

⁸²⁸ Se sak T-212/03, *MyTravel mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-1967 (avsnitt 43); sak T-429/05, *Artegoda mot Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-491 (avsnitt 51) og sak T-341/07, *Sison mot Rådet (II)*, dom 23. november 2011 (avsnitt 31). Det må imidlertid nå tas forbehold for EU-institusjonenes arbeidsrettslige erstatningsansvar overfor egne ansatte, hvor Underretten i ankesak T-143/09 P, *Kommisjonen mot Petrilli*, dom 16. desember 2010 uttrykkelig fravek tidligere praksis og etablerte et rent objektivt ansvar. Kommisjonen bad EU-domstolen benytte sin kompetanse til å gripe inn i tilfeller hvor det er alvorlig fare for EU-rettsens ensartede anvendelse og sammenheng, jf. TEUV artikkel 256 nr. 2 annet ledd sammenholdt med artikkel 62 i domstolens vedtekter. Førstegeneraladvokat Bot støttet Kommisjonen, men i beslutning 8. februar 2011 i sak C-17/11 RX avviste EU-domstolen (særlig sammensetning bestående av presidenten og avdelingslederne) at de strenge vilkårene for slik inngripen var til stede. EU-domstolen uttalte i den forbindelse at det etter opprettelsen av Personalretten nå tilkommer denne og Underretten (i egenskap av ankeinstans) å utvikle rettspraksis på dette området (avsnitt 4). Underretten har fulgt opp tilnærmingen fra *Petrilli* i ankesak T-308/10 P, *Kommisjonen mot Nanopoulos*, dom 12. juli 2012. Av forutsetningen om at dette ikke utgjør noen alvorlig fare for EU-rettsens ensartede anvendelse og sammenheng følger det at fremtidige avgjørelser på dette feltet ikke vil ha nevneverdig interesse utenfor personalrettens område. Samtidig bør det understrekes at dette ikke reduserer rettskildevekten av *tidligere* praksis fra dette rettsområdet, samt at det dessuten først og fremst er med tanke på ansvarsgrunnlaget at det nå er etablert et eget regime for personalsakene.

Spørsmålet er imidlertid om vurderingen av om et brudd er tilstrekkelig kvalifisert er fullt ut objektivisert, eller om EU/EØS-retten også gir rom for å trekke subjektive forhold inn i vurderingen. Med generaladvokat Tesauro i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* kan det synes nærliggende å vurdere dette som et spørsmål om EU/EØS-ansvarets forhold til culpabegrepet.⁸²⁹

Praksis knyttet til EFs eget erstatningsansvar etter Romtraktaten artikkel 215 annet ledd orienterte seg opprinnelig etter EKSF-traktaten artikkel 34 nr. 1 og artikkel 40 nr. 2, som forutsatte skyld hos organene eller deres tjenestemenn.⁸³⁰ Med *Schöppenstedt* ble imidlertid oppmerksomheten flyttet til selve rettsbruddet.⁸³¹

I *Francovich* knyttet generaladvokat Mischo ansvarsvurderingen til culpabegrepet,⁸³² men EU-domstolen nøyde seg som nevnt med å slå fast at manglende gjennomføring av direktiver er ansvarsbetingende. Spørsmålet om EU-ansvarets forhold til culpaa normen kom imidlertid på spissen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*. På spørsmål fra Bundesgerichtshof svarte EU-domstolen at (avsnitt 79):

«forpligtelsen til at erstatte de tab, der er forvoldt borgerne, ikke kan undergives en betingelse, der støttes på et culpabegreb, som går videre end den tilstrækkelig kvalificerede overtrædelse af fællesskabsretten».⁸³³

Bakgrunnen for EU-domstolens avstandstagen fra culpabegrepet – «la notion de faute» i den franske versjonen av dommen⁸³⁴ – må søkes i erkjennelsen av at «begrebet culpa ... ikke har samme indhold i de forskjellige retssystemer» (avsnitt 76). Aksept av culpa som en betingelse for ansvaret, ville slik kunne lede til rettsulikhet statene imellom. Et alternativt forsøk på å etablere en felles, EU-rettslig culpaa norm, løsrevet fra statenes ulike erstatningsrettslige tradisjoner, ville trolig være vanskelig å gjennomføre i praksis.⁸³⁵ Heller enn å forsøke å «overta» culpabegrepet, fremhever EU-

⁸²⁹ Innstillingen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 85 flg.

⁸³⁰ Jf. for eksempel Brüggemeier 2006 s. 169.

⁸³¹ Sak 5/71, *Schöppenstedt mot Rådet*, Sml. 1971 s. 975 (avsnitt 11).

⁸³² Innstilling i *Francovich*, avsnitt 69: «enhver unndladelse af at gennemføre et direktiv [utgør] i sig selv ... en tilsidesættelse af Traktatens artikel 5 og 189, dvs. et retsstridigt forhold, som indebærer en culpøs handling, der skal erstattes af staten, såfremt det påfører private et tab» (avsnitt 69). Den franske generaladvokatens oppfatning på dette punkt synes klart farget av den etablerte forståelse i fransk rett om at «toute illégalité constitue par elle-même une faute», se nærmere generaladvokat Tesauro i *Brasserie du Pêcheur*, avsnitt 86.

⁸³³ EU-domstolen har senere gjentatt dette i avgjørelser som *Haim II* (avsnitt 39) og *Fuß* (avsnitt 67).

⁸³⁴ Oversatt med «the concept of fault», «Begriff des Verschuldens», «schuldbegrip», «begreppet culpa», «nozione di colpa», «concepto de culpa» osv.

⁸³⁵ Sml. imidlertid nå forsøket på å etablere en felles europeisk forståelse knyttet til erstatningsansvar for «uagtsomhed» («negligence» / «négligence» / «Fahrlässigkeit» / «vardlöshet») i PEL bok VI artikkel 1:101, jf. 3:102. Det gjenstår å se om det lykkes å løsrive dette begrepet fra de ulike medlemsstatene erstatningsrettslige tradisjoner.

domstolen ansvarets autonome karakter ved å knytte det til kriteriet tilstrekkelig kvalifisert brudd.

At avvisningen av culpabegrepet primært tjener pedagogiske hensyn, illustreres ved at EU-domstolen samtidig fremhevet «om overtrædelsen er begået eller tabet er forvoldt forsætlig» og om «en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig» som relevante momenter i ansvarsvurderingen (avsnitt 56). Det er grunn til å merke seg at generaladvokat Tesouro uttrykkelig avviste relevansen av subjektive momenter. Med utgangspunkt i en forståelse av culpanormen som særlig knytter an til dens subjektive side, argumenterte han for at man burde «betragte medlemsstaternes ansvar for overtrædelse af fællesskabsretten som et objektivt ansvar».⁸³⁶ EU-domstolens fulgte ikke generaladvokaten på dette punkt. Helt siden *Brasserie du Pêcheur/Factortame* har det derfor vært klart at vurderingen av om en overtredelse av EU/EØS-retten er tilstrekkelig kvalifisert til å utløse ansvar, ikke er rent objektiv. EU-domstolen fremhevet selv dette ved å vise til at «[v]isse objektive og subjektive momenter, som i et nationalt retssystem kan være knyttet til culpabegrebet, er ... relevante for bedømmelsen af, om en overtrædelse af fællesskabsretten er kvalificeret eller ej» (avsnitt 78).

Likhetene mellom EU/EØS-ansvaret og culpanormen er enda tydeligere i saker hvor bruddet på EU/EØS-retten skyldes like mye villfarelser knyttet til sakens faktiske omstendigheter og tilhørende feil i den konkrete rettsanvendelsen som villfarelse knyttet til den generelle forståelsen av EU/EØS-rettens innhold. I saker som gjelder EUs eget erstatningsansvar har Underretten i slike tilfeller i senere tid formulert ansvarsvurderingen som et spørsmål om det foreligger et brudd på EU-retten som «under tilsvarende omstendigheter ikke ville være blevet begået af en normalt forsigtig og påpasselig administration».⁸³⁷ Selv om EU-domstolen, så vidt vites, ikke har gjort denne formuleringen til sin egen, har den ved flere anledninger forkastet anker hvor Underrettens frifinnende dom er basert på dette vurderingskriteriet.⁸³⁸

⁸³⁶ Innstilling i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 88, jf. avsnitt 85. Det kan være grunn til å presisere at generaladvokaten med «objektivt ansvar» ikke sikter til ansvar for enhver overtredelse av EU-retten («strict liability»), men til en fullt ut objektiv vurdering av om en overtredelse er «tilstrekkelig kvalifisert».

⁸³⁷ Se forente saker T-198/95 m.fl., *Comafrika og Dole mot Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-1975 (avsnitt 134); sak T-285/03, *Agraz m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2005 s. II-1063 (avsnitt 40); sak T-364/03, *Medici Grimm mot Rådet (II)*, Sml. 2006 s. II-79 (avsnitt 79); sak T-212/03, *MyTravel mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-1967 (avsnitt 49); sak T-429/05, *Artegodan mot Kommisjonen (II)*, Sml. 2010 s. II-491 (avsnitt 62); sak T-341/07, *Sison mot Rådet (II)*, dom 23. november 2011 (avsnitt 39) og sak T-437/10, *Gap SA granen & producten mot Kommisjonen*, dom 16. mai 2013 (avsnitt 56). Se også den liknende formuleringen allerede i sak T-178/98, *Fresh Marine mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-3331 (avsnitt 61 flg.).

⁸³⁸ Av sakene omtalt i forrige note ble *Fresh Marine*, *Agraz* og *Artegodan II* anket til EU-domstolen, som i samtlige tilfeller opprettholdt Underrettens dommer, jf. hhv. sak C-472/00 P, [P] Sml. 2003 s. I-7541; sak C-243/05 P, [A3] Sml. 2008 s. I-10833 og sak C-221/10 P, [A5] dom 19. april 2012).

Det er på sett og vis også illustrerende at selve culpabegrepet, selv etter *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, tidvis dukker opp i de danske og svenske versjonene av EU-domstolens rettspraksis. Et eksempel fra EU-domstolens praksis knyttet til EUs eget erstatningsansvar gir sak C-331/05 P, *Internationaler Hilfsfonds mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2007 s. I-5475 (avsnitt 23).

I den franske originalen taler EU-domstolen her om «l'acte fautif», noe som på dansk og svensk er oversatt med hhv. «den culpøse adfærd» og «den culpösa handlingen». Samlet sett etterlater imidlertid EU-domstolens praksis inntrykk av at man bestreber seg på å unngå henvisninger til culpa-begrepet, og at man også stort sett lykkes med dette.

Fra et EU/EØS-rettslig perspektiv er det likegyldig hvilken merkelapp man nasjonalt setter på ansvarsgrunnlaget så lenge det innholdsmessig fortolkes og anvendes i samsvar med vurderingskriteriet «tilstrekkelig kvalifisert brudd».⁸³⁹ Av rent pedagogiske årsaker mener jeg for min del at beste er å holde fast ved det EU/EØS-rettslige vilkåret «tilstrekkelig kvalifisert brudd» som et særegent ansvarsgrunnlag heller enn å prøve å innpasse det som en variant av det etablerte culpaansvaret i norsk rett. Betydningen av de subjektive elementer som EU-domstolen anerkjenner som en del av ansvarsvurderingen vil bli nærmere omtalt nedenfor i punkt 7.7.4 og 7.7.5.

Det hører med at en nokså tradisjonell culpavurdering i visse tilfeller vil utgjøre det generaladvokat Tesauro i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* omtalte som selve «genstanden for det retsstridige forhold», jf. avsnitt 89 i.f. i hans innstilling i saken. Dette gjelder bl.a. tilfeller hvor skadelidte hevder at det foreligger et brudd på EU/EØS-rettens uskrevne prinsipper om god forvaltningsskikk. Et eksempel knyttet til EUs eget erstatningsansvar gir *Masdar*, hvor EU-domstolen påpekte at prinsippet om god forvaltningsskikk rommer en plikt til å utvise «omhu» overfor berørte private. EU-domstolen knyttet dette til «begrepet uagtsomhed» («la notion de négligence»), og presiserte at dette var et spørsmål om det forelå «en handling eller unndladelse, hvorved den ansvarlige person tilsidesetter den plikt til at udvise agtpågivenhed, som personen burde og kunne have overholdt under hensyntagen til vedkommendes egenskaber, viden og færdigheder».⁸⁴⁰

7.5 Betydningen av sondringen mellom de ulike statsmaktene

Som en følge av at EU-domstolen og EFTA-domstolen i mange saker fremhever at det brudd som er til vurdering er begått av en EØS-stat «in the exercise of its legislative powers», er det grunn til å drøfte prinsipielt om ansvarsterskelen er en annen i tilfeller hvor en overtredelse forårsakes av den utøvende eller den dømmende makt.

⁸³⁹ I nordisk litteratur er oppfatningene delte. Fenger 2004 s. 952 karakteriserer EU-ansvaret som «et sterkt objektiveret culpaansvar». Også Aalto 2011 s. 50-51 synes å mene at det i realiteten er snakk om et culpaansvar og argumenterer for å omtale dette som «EU-culpa» («EU law fault») for å unngå forveksling med nasjonale varianter av culpaansvaret. Arnesen 1997 s. 651 hevder imidlertid at EU-ansvaret «neppe [kan] kalles et tradisjonelt skyldansvar». Hans oppfatning deles av Sevón 1999 s. 1008.

⁸⁴⁰ Sak C-47/07 P, *Masdar mot Kommisjonen*, [SK] Sml. 2008 s. I-9761 (avsnitt 90 flg.).

For domstolene er det rimelig klart at det gjelder en særegen og særskilt høy terskel for å statuere ansvar. I *Köbler* presiserte EU-domstolen vilkåret «tilstrekkelig kvalifisert brudd» som følger (avsnitt 53):

«Hvad nærmere angår den anden af disse betingelser, og hvordan den skal anvendes ved bedømmelsen af, om en stat kan drages til ansvar for en afgørelse truffet af en national ret i sidste instans, må der tages hensyn til den dømmende funktions særlige karakter og til legitime krav til retssikkerhed, hvilket også er blevet anført af de medlemsstater, der har afgivet indlæg i denne sag. Staten kan kun undtagelsesvis drages til ansvar for en tilsidesættelse af fællesskabsretten, der skyldes en afgørelse truffet af en national ret i sidste instans, nemlig hvis dommeren åbenbart har tilsidesat gældende ret.»

EFTA-domstolen fulgte opp med følgende obiter-uttalelse i *Kolbeinsson* (avsnitt 77):

«... if States are to incur liability under EEA law for such an infringement as alleged by the Plaintiff [resulting from incorrect application of EEA law by national courts], the infringement would in any case have to be manifest in character ...»

Rent språklig skiller ikke kriteriet «åpenbar» tilsidesettelse av gjeldende EU/EØS-rett seg særlig fra vurderingen av om lovgiver, i tilfeller hvor EØS-statene råder over et ikke ubetydelig skjønn, «åpenbart og grovt» har krenket EU/EØS-rettslige forpliktelser. Om noe, så antyder vel nærmest tillegget «grovt» at terskelen ved lovgiverfeil i slike tilfeller ligger høyere enn ved domstolsfeil. Konteksten tilsier imidlertid nokså klart at EU-domstolen i *Köbler* mente å etablere en særskilt høy terskel for å statuere ansvar hvor en overtredelse av EU-retten må tilskrives nasjonale domstoler, jf. særlig den siterte henvisningen til «den dømmende funktions særlige karakter» og til «legitime krav til retssikkerhed».⁸⁴¹ Dette underbygges også av henvisningen til innleggene fra medlemsstatene som opptrådte i saken og som klart nok argumenterte for at et eventuelt domstolsansvar måtte innbefatte en særskilt høy terskel. Dommen i *Tragheiti* støtter opp under denne tolkningen (avsnitt 32):

«På grund af den dømmende funktions særlige karakter og de legitime krav til retssikkerheden er der dog grænser for statens ansvar i et sådant tilfælde. Som Domstolen har fastslået, kan staten kun undtagelsesvis ifalde ansvar, nemlig i det tilfælde, hvor den nationale ret, som træffer afgørelse i sidste instans, åbenbart har tilsidesat gældende ret.»⁸⁴²

Også EFTA-domstolens obiter-uttalelse i *Kolbeinsson* synes å forutsette at det gjelder en særskilt høy terskel for domstolsansvaret.

⁸⁴¹ Tilsvarende bl.a. Beutler 2009 s. 776 flg. (med en rekke videre henvisninger).

⁸⁴² Jf. også den etterfølgende traktatbruddssak C-379/10, *Kommisjonen mot Italia*, [A5] dom 24. november 2011 (avsnitt 41).

I samsvar med denne forståelsen utskytes det nærmere innhold av kriteriet «åpenbar tilsidesettelse av gjeldende EU/EØS-rett» til nærmere behandling i punkt 7.11. Det er likevel på sin plass å påpeke at domstolsansvaret er en integrert del av statenes erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-retten og som sådan knyttet til det overordnede vilkåret «tilstrekkelig kvalifisert brudd». Selv om det er visse særtrekk ved domstolsansvaret som gjør krav på særlig omtale, vil den etterfølgende redegjørelse for ansvarsgrunnlaget i dets alminnelighet gjelde også i tilfeller hvor statlige brudd på EU/EØS-forpliktelser må tilskrives den dømmende makt. Av denne grunn vil EU-domstolens praksis knyttet til domstolsansvaret også bli trukket inn i den generelle fremstillingen av ansvarsgrunnlaget. Det må imidlertid da hele tiden has in mente at domstolsansvaret er knyttet til det særskilte vurderingskriteriet åpenbar tilsidesettelse av gjeldende EU/EØS-rett.

Spørsmålet er så om vurderingskriteriet er et annet også i tilfeller hvor et brudd på EU/EØS-retten må tilskrives statenes *forvaltningsmyndigheter*. Om dette spørsmålet har bl.a. tidligere generaladvokat Colomer uttalt at:

«a breach committed by an administrative decision or by regulatory measures should not be treated in the same manner as a breach arising from an act of the national parliament; in the first two hypotheses, a simple transgression could be considered sufficient to trigger the liability of the public body, but not in the case of the infringement by a national law (meaning an act of national Parliament), due to its nature and historical significance».⁸⁴³

Et problem med en tilnærming hvor ansvarsterskelen avhenger av om bruddet må tilskrives den lovgivende forsamling eller forvaltningen, er imidlertid at dette vil lede til et strengere erstatningsansvar for stater hvor det i stor utstrekning er delegert til forvaltningen å utstede mer detaljerte regler enn i stater hvor parlamentet er mer restriktiv med slik delegasjon. I *Brasserie du Pêcheur/Factortame* uttalte EU-domstolen generelt at ettersom «den ensartede anvendelse af fællesskabsretten er et grundlæggende krav i Fællesskabets retsorden [...], kan forpligtelsen til at erstatte tab, der er forvoldt borgerne ved overtrædelser af fællesskabsretten, ikke være afhængig af interne regler om fordelingen af kompetencen mellem de forfatningsretlige organer» (avsnitt 33).

Et illustrerende eksempel er *British Telecommunication*, hvor den mangelfulle gjennomføringen av direktiv 90/531/EØF om fremgangsmåten ved anbud innenfor vann- og energiforsyning samt transport og telekommunikasjon måtte tilskrives britiske forvaltningsmyndigheter.⁸⁴⁴ For EU-domstolen var dette uten betydning: Domstolen påpekte at saken handlet om uriktig gjennomføring av et direktiv i nasjonal rett og knyt-

⁸⁴³ Colomer 2010 s. 410.

⁸⁴⁴ Noe som påpekes av generaladvokat Tesouro i hans innstilling i saken, avsnitt 26 (i note 15).

tet uten videre ansvarsvurderingen til kriteriet «åpenbart og grov» overskridelse av statenes skjønn ved utstedelse av generelle rettsakter på EU-rettens område (avsnitt 40-42).

Snarere enn den av Colomer foreslåtte institusjonelle sondringen mellom brudd som må tilskrives statenes lovgivende forsamlinger og brudd som må tilskrives forvaltningen, har EU-domstolen lagt til grunn en *funksjonell* sondring mellom generelle rettsakter og individuelle avgjørelser. Bakgrunnen for denne tilnærmingen er å finne i EUs eget erstatningsansvar for brudd på EU-retten, noe generaladvokat Léger treffende påpekte allerede i *Hedley Lomas* (avsnitt 126-127):

«... any distinction between State liability for breach of Community law attributable to legislative action and State liability for breach of Community law attributable to administrative action or action by some other State body would be alien to Community law [...] However, a distinction between liability incurred by the State for acts of general scope conflicting with Community law and liability incurred by the State for individual acts conflicting with Community law would be relevant since a distinction of this kind is made in Community law.»

Helt frem til *Bergaderm* opererte EU-domstolen med en skarp sondring mellom generelle og individuelle rettsakter i saker som gjaldt Fellesskapets eget erstatningsansvar.⁸⁴⁵ For generelle rettsakter fulgte det av fast praksis at EF først pådro seg ansvar dersom det forelå en tilstrekkelig kvalifisert krenkelse av en høyere rettsregel til beskyttelse av private.⁸⁴⁶ I praksis viste det seg svært vanskelig, for ikke å si tilnærmet umulig, å vinne frem med erstatningssøksmål i tilfeller hvor denne ansvarsvurderingen kom til anvendelse.⁸⁴⁷ For individuelle rettsakter fremstod ansvarsterskelen som mer overkommelig – her kunne tilsynelatende allerede den omstendighet at avgjørelsen viste seg å være rettsstridig, være tilstrekkelig til å utløse ansvar.⁸⁴⁸

Bakgrunnen for sondringen mellom generelle og individuelle rettsakter var hensynet til EU-institusjonenes handlefrihet i tilfeller hvor de utsteder generelle rettsakter for å regulere det indre marked, noe som illustreres av følgende uttalelse i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* (avsnitt 45):

⁸⁴⁵ Se som det vel siste eksempel sak C-390/95 P, *Antillean Rice Mills mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 1999 s. I-769 (avsnitt 60).

⁸⁴⁶ De grunnleggende avgjørelsene er *Schöppenstedt* og *HNL*. I prinsippet var ansvarsterskelen tilstrekkelig kvalifisert krenkelse forbeholdt tilfeller hvor fellesskapsinstitusjonene utøvet politisk skjønn, men som påpekt bl.a. av Hilson 2005 s. 683 er det ingen eksempler i rettspraksis på at EU-domstolen fant at det ikke var skjønn involvert ved utstedelse av generelle rettsakter.

⁸⁴⁷ Jf. Aalto 2011 s. 82-83.

⁸⁴⁸ Den grunnleggende avgjørelsen var sak 145/83, *Adams mot Kommisjonen*, Sml. 1985 s. 3539. Det bør imidlertid tilføyes at de (få) avgjørelsene hvor EF faktisk ble kjent erstatningsansvarlig, alle inneholdt formuleringer som tyder på at det forelå klanderverdige forhold, se nærmere Hilson 2005 s. 678 (med videre henvisninger).

«Den restriktive oppfattelse af Fællesskabets ansvar for udøvelsen af dets retsanordnende virksomhed beror på den betragtning, [...] at udøvelsen af den lovgivende magt, selv hvor der findes en domstolskontrol med retsakernes lovlighed, ikke må hindres ved udsigten til erstatningskrav, hver gang det i Fællesskabets almene interesse kræves, at der træffes generelle foranstaltninger, som kan skade borgernes interesser [...]»

Forklaringen på at EU-domstolen opererte med en funksjonell heller enn en institusjonell tilnærming er at sondringer knyttet til statenes institusjonelle skille mellom den lovgivende forsamling og forvaltningen vanskelig kan overføres til EU-nivå. Kommisjonen er på sett og vis EUs utøvende makt, men samtidig produsent av en lang rekke generelle rettsakter som kvantitativt utgjør størstedelen av EU-regelverket. Til dette kommer at erstatningsrettslige sondringer knyttet til statenes institusjonelle skille mellom deres lovgivende forsamlinger og forvaltningsapparat, gjerne er begrunnet i betraktninger om førstnevnte som mer direkte demokratisk legitimert enn sistnevnte. Som generaladvokat Capotorti påpekte i *HNL*, var dette en begrunnelse som vanskelig lot seg overføre til det daværende EF.⁸⁴⁹

Den funksjonelle sondringen mellom generelle og individuelle rettsakter ledet til at en rekke erstatningssøksmål kom til å handle om kategoriseringen av den rettsakt som skadelidte hevdet var rettsstridig. I følge EU-domstolen var det avgjørende i erstatningsrettslig sammenheng «den pågående retsakts art og ikke dens form».⁸⁵⁰ I praksis ledet ikke dette til at generelle rettsakter ble vurdert som konkrete i erstatningsrettslig sammenheng, men, som påpekt av Aalto, tvert i mot til «some rather surprising judgments» hvor EU-domstolen og Underretten gikk langt i å betrakte rettsakter truffet i form av beslutninger som generelle rettsakter i erstatningsrettslig sammenheng.⁸⁵¹

Sondringen mellom konkrete og generelle rettsakter støtte imidlertid på problemer når EU-domstolen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* søkte å bringe EUs erstatningsansvar i overensstemmelse med statenes erstatningsansvar. Overført på statene ville anvendelsen av det som EU-domstolen betegnet som «det strengere ansvarskriterium» for ansvar for generelle rettsakter kunne komme til å undergrave erstatningsansvaret

⁸⁴⁹ Generaladvokatens innstilling i *HNL*, punkt 2.

⁸⁵⁰ Jf. sak C-390/95 P, *Antillean Rice Mills mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 1999 s. I-769 (avsnitt 60), hvor EU-domstolen også uttalte at «[d]en omstændighed, at den anfægtede retsakt har form af en beslutning og følgelig i princippet kan være genstand for et annullationssøgsmaal, er ikke tilstrækkelig til at udelukke, at en sådan retsakt er af normativ karakter».

⁸⁵¹ Alto 2011 s. 83, under henvisning til særlig Underrettens uttalelser i sak T-390/94, *Schröder m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1997 s. II-501 (avsnitt 54-57) (Dommen ble opprettholdt etter at EU-domstolen forkastet anken i sak C-221/97 P, [A5] Sml. 1998 s. I-8255). Se også de i forrige note gjengitte uttalelsene fra EU-domstolen i *Antillean Rice Mills*. Avgrensingsproblemene, og kritikken av EU-domstolens håndtering av dem, gir klare assosiasjoner til den liknende sondringen mellom beslutninger og generelle rettsakter knyttet til privates adgang til å reise ugyldighetssøksmål (jf. nå TEUV artikkel 263 fjerde ledd).

som et virkemiddel for effektiv gjennomføring av EU-retten: Langt de fleste brudd på EU-retten som påtales i form av traktatbruddsspørsmål eller som forårsaker erstatningsspørsmål mot statene skyldes nasjonal lovgivning. Denne kategorien omfatter imidlertid alt fra lovgivning på områder hvor statene råder over et betydelig handlingsrom og til tilfeller hvor EU-retten helt og fullt dikterer den nasjonal gjennomføringslovgivningen, noe EU-domstolen påpekte i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* (avsnitt 46):

«Når dette er sagt, må det konstateres, at den nationale lovgiver – i øvrigt ligesom fællesskabsinstitutionerne – ikke alltid har en vid skønsbeføjelse, når der er tale om et område, som reguleres af fællesskabsretten. Denne kan pålægge den nationale lovgiver forpligtelser til at nå et bestemt mål eller til at udvise eller undlade en bestemt adfærd, som, undertiden i høj grad, innskærper rammerne for dennes skøn. Dette er navnlig tilfældet, når medlemsstaten, under de i dommen i sagen Francovich m.fl. omhandlede omstændigheder, medfør af traktatens artikel 189 er forpligtet til inden udløbet af en vis frist at træffe alle de foranstaltninger, der er nødvendige for at nå det mål, der er fastsat i et direktiv. I dette tilfælde har den omstændighed, at det er den nationale lovgiver, der skal træffe disse foranstaltninger, ingen betydning for medlemsstatens ansvar for manglende gennemførelse af direktivet.»

I *Brasserie du Pêcheur/Factortame* ble oppmerksomheten derfor rettet mot omfanget av statenes «skønsbeføjelse», heller enn mot spørsmålet om bruddet på EU-retten måtte tilskrives lovgiver og/eller var forårsaket av en generell rettsakt.⁸⁵² I forhold til EUs eget erstatningsansvar fulgte EU-domstolen opp i *Bergaderm*: Ansvarsvurderingen ble knyttet til spørsmålet om EU-institusjonene «åpenbart og groft har overskredet grensene for sine skønsbeføjelser» og det ble tilføyd at «det forhold, om en retsakt udstedt af en institution er generel eller individuel, ikke er et kriterium, der er afgørende for fastlæggelsen af grensene for det skøn, den pågældende institution råder over».⁸⁵³

Mens nasjonale regler som avskjærer eller sterkt begrenser lovgivningsmaktens erstatningsansvar tidvis begrunnes med henvisninger til rene postulater («the King can do no wrong») eller, som generaladvokat Colomer, til den lovgivende forsamlings «nature and historical significance»,⁸⁵⁴ er EU-domstolens konsesjon til statenes lovgi-

⁸⁵² Det hører med at allerede de grunnleggende avgjørelsene *Schöppenstedt* og *HNL* knyttet EFs eget erstatningsansvar for «tilstrekkelig kvalifisert krenkelse av en høyere rettsregel til beskyttelse av private» til tilfeller hvor utstedelse av generelle rettsakter var et resultat av politisk skjønnsutøvelse. I praksis var det likevel først ved *Brasserie du Pêcheur/Factortame* at oppmerksomheten ble flyttet fra sontringen konkret/generell rettsakt og til betydningen av skjønnsfriheten.

⁸⁵³ *Bergaderm*, hhv. avsnitt 43 og 46. Se fra senere rettspraksis for eksempel sak C-312/00 P, *Kommisjonen mot Camar og Tico*, [P] Sml. 2002 s. I-11355 (avsnitt 55); sak C-472/00 P, *Kommisjonen mot Fresh Marine*, [P] Sml. 2002 s. I-7541 (avsnitt 27) og sak C-282/05 P, *Holcim mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2007 s. I-2941 (avsnitt 48).

⁸⁵⁴ Jf. Colomer 2010 s. 410.

vende organer begrenset til tilfeller hvor hensynet til lovgivningsmaktens handlefrihet faktisk gjør seg gjeldende, dvs. til tilfeller hvor lovgivningsmakten ikke bare formelt, men også reelt opptrer som en lovgiver som treffer politiske valg.

Som Fenger treffende har påpekt innebærer EU-domstolens tilnærming, selv om den «principielt framkaster det udstedende organs karakter enhver betydning», at «der reelt tages hensyn til lovgivningsmaktens særlige rolle».⁸⁵⁵ Fenger fremhever at domstolen hermed har forenet hensynet til «tungtvejende reelle forhold i de nationale retssystemer» og «det for international ret viktige princip om, at nationalstaten er én samlet enhed, og at den internationale rets gjennomslagskraft derfor ikke kan afhænge af, hvordan nationalstaten har fastlagt opgavefordelingen mellom de forskjellige statsorganer».⁸⁵⁶

Dette er riktig nok, men vel så viktig er det etter min oppfatning at EU-domstolen har lyktes med å forene hensynet til EU-institusjonenes handlefrihet ved regulering av det indre marked med oppfatningen av sammenfall mellom statenes og EUs eget erstatningsansvar. Selv om det ikke skal utelukkes at EU-domstolen er genuint opptatt av at medlemsstatenes politiske handlefrihet på EU-rettens område, så er det neppe kontroversielt å anta at domstolen er enda mer opptatt av at EU-institusjonenes lovgivende virksomhet «ikke må hindres ved utsigten til erstatningskrav, hver gang det i Fællesskabets almene interesse kræves, at der træffes generelle foranstaltninger, som kan skade borgernes interesser».⁸⁵⁷ Samtidig ville det, som påpekt i kapittel 3, punkt 3.3, være vanskelig å rettferdiggjøre at EUs eget erstatningsansvar ansvar «for udøvelsen af dets retsanordnende virksomhed» skulle være lempeligere enn statenes ansvar i tilsvarende situasjoner. Introduksjonen av skjønnsfriheten som et sentralt moment i ansvarsvurderingen må forstås som EU-domstolens forsøk på å løse dette dilemmaet, noe som må være styrende for vurderingen av hvilken betydning skjønnsfriheten i det konkrete tilfelle bør tillegges for ansvarsspørsmålet, jf. nærmere i punkt 7.6.

EU-domstolens avvisning av å vektlegge om statens brudd på EU/EØS-retten må tilskrives den lovgivende eller den utøvende makt, medfører også at man unngår vanskelige grensetilfeller hvor EU/EØS-stridige forvaltningsavgjørelser i større eller mindre grad har sin bakgrunn i nasjonal lovgivning som står i et tvilsomt forhold til EU/EØS-retten. Med ulike ansvarsterskler ville statene ha en klar interesse av å argumentere for en EU/EØS-stridig forvaltningsavgjørelse var forårsaket av en EU/EØS-stridig hjemmelslov. I mange tilfeller ville sikkert ansvarsplasseringen vært

⁸⁵⁵ Fenger 2004, s. 965.

⁸⁵⁶ Fenger 2004, s. 966.

⁸⁵⁷ *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 45.

enkel nok, men det er ikke vanskelig å se for seg vanskelige grensetilfeller hvor en hjemmelslov er uheldig utformet, men nok likevel *kunne* vært tolket EU/EØS-konformt dersom forvaltningen hadde vært oppmerksom på at dette var påkrevd. EU-domstolens tilnærming innebærer at den interne ansvarsfordelingen statsmaktene imellom i slike tilfeller er uten interesse. Som domstolen uttrykkelig påpekte i *Haim II*: Medlemsstatene kan ikke «unddrage sig dette ansvar ved at påberåbe sig den interne fordeling af kompetence og ansvar mellem de kollektive enheder, der findes i deres interne retsorden» (avsnitt 28).

Et illustrerende eksempel fra EU-domstolens praksis er for øvrig nettopp *Haim II*, hvor en lokal forening av refusjonsberettigede tannleger (Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein) nektet å ta en italiensk tannlege utdannet i Tyrkia opp i tannlegerregisteret, med den følge at han ikke ble anerkjent som refusjonsberettiget tannlege for sykeforsikringen. Avslaget var begrunnet med at Haim ikke hadde gjennomført en toårig forberedende turnus og heller ikke kom inn under unntaket for tannleger med eksamensbevis fra andre medlemsstater. På forespørsel fra Bundessozialgericht bekreftet EU-domstolen at Haim ikke falt inn under direktiv 78/686/EØF, men tilføyde at det fulgte av etableringsfriheten etter Romatraktaten artikkel 52 (nå: TEUV artikkel 49) at tyske myndigheter pliktet å vurdere om hans dokumenterte kompetanse tilfredstilte de krav til erfaring som fulgte av den tyske turnusordningen for tannleger.⁸⁵⁸ Det etterfølgende erstatningssøksmålet i saken ble anlagt mot Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein heller enn mot den tyske stat. Foreningen hadde imidlertid ikke gjort noe annet enn å anvende gjeldende tysk lovgivning, som bare gjorde unntak fra turnuskravet for tannleger med eksamensbevis fra andre medlemsstater. I sin innstilling påpekte generaladvokat Mischo at det således forelå «to ulovlige retsakter, den ene af administrativ karakter og den anden af lovmæssig karakter», hvorefter spørsmålet var «hvilke konsekvenser, i ansvarsmæssig henseende, dette overlap af to ulovligheder får» (avsnitt 15).

Et første spørsmål i *Haim II* var hvem som er rett saksøkt i et slikt tilfelle, men, som nevnt i kapittel 4, punkt 4.1, overlot EU-domstolen dette til nasjonal rett – fra et EU-rettslig perspektiv er det likegyldig hvem søksmål i slike tilfeller kan, eller eventuelt må, rettes mot, så lenge dette ikke undergraver skadelidtes krav på erstatning.

EU-domstolen ble imidlertid også forelagt et oppfølgingsspørsmål om hvilken betydning det ville ha for vurderingen av forvaltningsorganets ansvar at det «ikke har haft noget skøn i forbindelse med beslutningen». EU-domstolen svarte at det skjøn som er relevant for ansvarsvurderingen, er det skjøn som EU-retten gir medlemsstatene: «Det skøn, der eventuelt i national ret er tilstået den tjenestemand eller den insti-

⁸⁵⁸ Sak C-319/92, *Haim mot Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein (I)*, [P] Sml. 1994 s. I-425.

tution, der overtræder fællesskabsretten, er således uden betydning i denne forbindelse» (avsnitt 40). Det følger av dette at forvaltningen i et slikt tilfelle kan anføre til sitt forsvar den skjønnsfrihet som lovgiver eventuelt hadde ved utstedelsen av den EU/EØS-stridige lovgivningen. Omvendt, og vel så viktig, kan imidlertid forvaltningen *ikke* forsvare seg med at det i henhold til *nasjonal rett* ikke hadde skjønnsfrihet til å treffe en avgjørelse i overensstemmelse med EU/EØS-rettens krav. Fra et EU/EØS-rettslig perspektiv er nemlig vurderingskriteriet om staten som helhet har begått et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EU/EØS-retten og det er i denne forbindelse uten interesse om bruddet er forårsaket i samvirke mellom staten som lovgiver og «lokale kollektive enheder, der har en vis autonomi, eller ethvert annet offentligretlig organ, som i retlig henseende er adskilt fra staten» (avsnitt 31). Det følger av denne enhetlige tilnærmingen at det har lite for seg å vurdere separat om hhv. lovgiver og forvaltning har opptrådt ansvarsbetingende. Generaladvokat Mischo gjorde riktignok dette,⁸⁵⁹ men nettopp av den grunn må EU-domstolens dom i saken forstås som en avvisning av en slik tilnærming.⁸⁶⁰

I sin innstilling i *Haim II* tok generaladvokat Mischo opp spørsmålet om statenes ansvar «hvor en tjenestemand på feilagtig vis har anvendt nationale bestemmelser, som er i overensstemmelse med fællesskabsretten» (avsnitt 73). Kanskje noe overraskende tok generaladvokaten til orde for at statenes ansvar i slike tilfelle «udelukkende bør vurderes i henhold til de bestemmelser om administrativt ansvar, der er gældende i den pågældende stat, herunder i givet fald de bestemmelser, som betinger erstatningen af, at der foreligger culpa (forsæt eller uagtsomhed)» (avsnitt 74). Det var trolig disse uttalelsene som fikk EU-domstolen til å gjenta uttalelsene fra *Brasserie du Pêcheur/Factortame* om at «forpligtelsen til at erstatte den skade, der er forvoldt borgerne, ikke kan undergives en betingelse, der støttes på et culpabegreb, som går videre end den tilstrækkelig kvalificerede overtrædelse af fællesskabsretten» (*Haim II*, avsnitt 39). Også i tilfeller hvor en overtrædelse av EU/EØS-retten ene og alene må tilskrives forvaltningen beror følgelig ansvarsvurderingen på om bruddet må karakteriseres som tilstrekkelig kvalifisert.

Oppsummeringsvis er det uten relevans for ansvarsvurderingen om statens brudd på EU/EØS-retten må tilskrives den lovgivende eller den utøvende makt. Det avgjørende er derimot, som påpekt av Fenger, «om det handlende organ (lovgivningsmagt eller administration) i den konkrete situation rent faktisk står over for et politisk-økonomisk valg eller blot gjennomfører præcise og utvetydige fællesskabsregler».⁸⁶¹

⁸⁵⁹ Innstilling i *Haim II*, hhv. avsnitt 59 flg. og avsnitt 67 flg.

⁸⁶⁰ EU-domstolens enhetlige tilnærming til ansvarsvurderingen kan nok lede til kompliserte regressoppgjør mellom staten og uavhengige forvaltningsorganer, regionale eller lokale myndigheter mv., men dette er EU/EØS-retten (og skadelidte) uvedkommende.

⁸⁶¹ Fenger 2004, s. 965.

7.6 Betydningen av statenes skjønnsfrihet

7.6.1 Innledning

Det fremgår av det som hittil er sagt at statenes skjønnsfrihet står sentralt når det nærmere innhold i kravet til et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EU/EØS-retten skal fastlegges. Samtidig er det ingen grunn til å legge skjul på at skjønnets plass og betydning i ansvarsvurderingen er noe som har voldt både praktikere og teoretikere (og tilsynelatende også EU-domstolen selv) en hel del hodebry.

For norske jurister kan det synes nokså fremmed at eksistensen av skjønn skal påvirke vurderingen av om et konstatert rettsbrudd er ansvarsbetingende eller ikke. I et kontinentaleuropeisk perspektiv er rett nok den norske tradisjonen for prøving av forvaltningsavgjørelser preget av tilbakeholdenhet,⁸⁶² men om det først konstateres rettsstrid vil ikke myndighetene deretter kunne påberope seg forvaltningsskjønnet «på nytt» i en etterfølgende ansvarsvurdering. Fra et slikt perspektiv kan det med rette spørres hvorfor myndighetene i erstatningsrettslig sammenheng skal ha større feilmargen ved tolkningen av en rettsregel som markerer en rettslig grense for deres skjønnsfrihet enn ved tolkningen av en hvilken som helst annen rettsregel.

En slik tilnærming blir imidlertid for snever i EU/EØS-rettslig sammenheng. Som redegjort for ovenfor må henvisningen til statenes skjønn i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Bergaderm* forstås som EU-domstolens forsøk på å forene, på den ene side, behovet for å verne om EU-institusjonenes «retsanordnende virksomhet» med, på den annen side, ønsket om et mest mulig effektivt erstatningsansvar for medlemsstatene, *samtidig* som statenes erstatningsansvar prinsipielt ble brakt i overensstemmelse med EUs eget erstatningsansvar. Som den videre fremstilling vil vise, er resultatet først og fremst at statenes *lovgivende organer* i tilfeller hvor de treffer *politiske valg* vil nyte godt av et særlig vern mot ansvar for eventuelle EU/EØS-rettslige feilskjær. Selv om det fra et norsk perspektiv kanskje er fremmed å sette merkelappen «skjønn» på den handlefrihet som lovgiver har innenfor de skranker som følger av grunnloven, gjennomførte menneskerettighetsforpliktelser, EØS-retten mv., så er det langt fra noen fremmed tanke at denne handlefriheten kan og bør spille over i ansvarsvurderingen i tilfeller hvor dens grenser eventuelt skulle vise seg å være overskredet.⁸⁶³

⁸⁶² Jf. nærmere Bragdø-Ellenes 2009 og Sperr 2009.

⁸⁶³ Jf. fra den senere tid særlig Oslo tingretts dom 7. juli 2011 i saken *BW Gas mot Staten v/Finansdepartementet* (TOSLO-2010-199031), hvor anførsler om objektiv erstatningsansvar for grunnlovsstridig lovgivning avvises under henvisning til at det ville kunne medføre «større forsiktighet i lovgiverviljen enn det som er ønskelig for styring av landet» og hvor det under henvisning til nettopp EØS-ansvaret legges til

Fra et EU/EØS-rettslig perspektiv har EU-domstolens hensyntagen til statenes (og EU-institusjonenes) skjønn i erstatningsrettslig sammenheng den fordel at betenkeligheter knyttet til et potensielt svært tyngende erstatningsansvar ikke står i veien for den ønskede intensitet i den materielle prøvingen av de EU/EØS-rettslige skranker for skjønnsutøvelsen. En sak som *Robins* er illustrerende: Den omstendighet at Storbritannia også i ansvarsvurderingen nøt godt av det handlingsrom som konkursgarantidirektivets artikkel 8 overlater statene, innebar at EU-domstolen kunne slå ned på en nasjonal gjennomføring som etter domstolens oppfatning ikke i tilstrekkelig grad ivaretok arbeidstakernes interesser, uten å måtte ta med i betraktningen at britiske (og tilsynelatende også irske) myndigheter stod ovenfor et potensielt svært omfattende erstatningsansvar overfor tusener av pensjonister.⁸⁶⁴ Dette gjelder tilsvarende i forhold til EUs egne institusjoner – erstatningsrettslig vektlegging av for eksempel Kommisjonens handlingsrom åpner for at EU-domstolen kan vokte over den institusjonelle maktbalansen mellom EU-parlamentet, Rådet og Kommisjonen uten å måtte ta med i betraktningen at en eventuell innskrenkende fortolkning av det aktuelle hjemmelsgrunnlag vil kunne påføre EU et betydelig erstatningsansvar.

Forståelsen av skjønnets betydning for EU/EØS-ansvaret vanskeliggjøres imidlertid av at EU-domstolens praksis dessverre ikke etterlater noe entydig bilde av verken hva slags skjønn det siktes til, hvordan skjønnsfriheten forholder seg til de øvrige momenter i ansvarsvurderingen eller hvilke følger det har dersom en stat tilsidesetter EU/EØS-rettslige forpliktelser i en situasjon hvor den ikke har noen nevneverdig skjønnsfrihet.

Til dette kommer dessuten en strukturell utfordring knyttet til hvor i ansvarsvurderingen skjønnet bør plasseres. I *Brasserie du Pêcheur/Factortame* dukket skjønnsfriheten opp på to ulike steder i vurderingen – først som et tilsynelatende avgjørende kriterium for å avgjøre hvilken ansvarsterskel som kom til anvendelse på det aktuelle typetilfellet og deretter som et moment i den konkrete vurderingen av om ansvarsterskelen var overskredet.⁸⁶⁵ I senere avgjørelser som *British Telecommunications*, *Haim II*, *Larsy*, *FII*, *N*, *Thin Cap* og *CFC* nevnes statenes skjønn bare i den innledende fastlegging av ansvarsterskelen, ikke som et moment i den konkrete ansvarsvurderingen.⁸⁶⁶ Også i avgjørelser som *Rechberger*, *Lindöpark*, *AGM*, *Synthon* og *Fuß* dukker skjønnsfriheten bare opp ett sted i ansvarsvurderingen, men da som et av flere

grunn at det må kreves «et tilstrekkelig kvalifisert brudd på den handlingsnorm som foreligger når Stortinget vedtar lover og dermed benytter sin lovgiverkompetanse» (dommen omtales nærmere i punkt 7.16.4).

⁸⁶⁴ Avgjørelsen omtales nærmere nedenfor i punkt 7.7.3.6.

⁸⁶⁵ *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, hhv. avsnitt 43-50 og 56. Kritisk til dette Hilson 1997 s. 945.

⁸⁶⁶ *British Telecommunications*, hhv. avsnitt 39-40 og 42 flg.; *Haim II*, hhv. avsnitt 38 og 43; *Larsy*, hhv. avsnitt 38 og 39; *FII*, hhv. avsnitt 212 og 213; *N*, hhv. avsnitt 64 og 65; *Thin Cap*, hhv. avsnitt 118 og 119 og *CFC*, hhv. avsnitt 121 og 122.

momenter i den konkrete vurderingen av om en overtredelse er ansvarsbetingende.⁸⁶⁷ Sistnevnte er i samsvar med EFTA-domstolens tilnærming.⁸⁶⁸ I *Robins* trakk derimot EU-domstolen på ny skjønnet inn på to ulike steder i vurderingen.⁸⁶⁹

Som en følge av min oppfatning av at kravet til et «åpenbart og grovt» brudd bare kommer til anvendelse i tilfeller hvor en EØS-stat råder over reell skjønnsfrihet (jf. punkt 7.3), er det naturlig å se nærmere på skjønnsfrihetens betydning for ansvarsvurderingen før den nærmere omtalen av de øvrige momenter som inngår i ansvarsvurderingen. Mens de øvrige momenter på EU-domstolens liste retter seg mot vurderingen av hvor klar statens brudd på EU/EØS-retten er (se punkt 7.7), berører skjønnsfriheten spørsmålet om hvilken grad av klarhet som skal kreves for å statuere ansvar. Annerledes formulert: Vurderingen av skjønnsfriheten handler mer om å presisere ansvarsterskelen i det foreliggende typetilfellet enn å vurdere om den er overskredet.

I lys av Høyesteretts tilnærming i *Personskadeforbundet* (avsnitt 44-48) kan det være grunn til å presisere at valg av systematikk her uansett ikke kan være avgjørende for ansvarsvurderingens utfall. EU-domstolens lite enhetlige tilnærming til så vel anvendelsesområdet for vurderingstemaet «åpenbart og grovt brudd» (jf. punkt 7.3) som hvor i vurderingen skjønnsfriheten hører hjemme, tilsier at det ikke kan ha praktisk betydning om man drøfter myndighetenes skjønnsfrihet innledningsvis for å presisere selve ansvarsterskelen i det foreliggende typetilfellet eller om man «bare» trekker dette inn som et blant flere momenter i en helhetsvurdering.

7.6.2 Introduksjonen av skjønn som et moment i ansvarsvurderingen

Selv om det først var *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Bergaderm* som skjøv skjønn frem som et sentralt moment i ansvarsvurderingen, knyttet EU-domstolen alt i *Schöppenstedt* terskelen for EFs erstatningsansvar for generelle rettsakter til situasjoner hvor det var truffet valg av økonomisk-politisk karakter («choix de politique économique»)⁸⁷⁰ I *HNL* henviste domstolen til institusjonenes «skønnsbeføjelser» («pouvoir discretionnaire») og uttalte at Fellesskapet i en situasjon preget av et vidt skjønn bare kan holdes ansvarlig «hvis den pågældende institusjon åpenbart og groft har overskredet grensene for udøvelsen af sine beføjelser».⁸⁷¹

⁸⁶⁷ *Rechberger*, avsnitt 51-52; *Lindöpark*, avsnitt 39-40; *Synthon*, avsnitt 37-39; *AGM*, avsnitt 80-81 og *Fuß II*, avsnitt 51.

⁸⁶⁸ *Sveinbjörnsdóttir*, avsnitt 69; *Karlsson*, avsnitt 38; *Nguyen*, avsnitt 33; *Kolbeinsson*, avsnitt 82 og *HOB-vín*, avsnitt 129.

⁸⁶⁹ *Robins*, hhv. avsnitt 70 flg. og 77.

⁸⁷⁰ Sak 5/71, *Schöppenstedt mot Rådet*, Sml. 1971 s. 975 (avsnitt 11).

⁸⁷¹ Forente saker 83/76 m.fl., *HNL m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1978 s. 1209 (avsnitt 6).

Til grunn for uttalelsene i *Schöppenstedt* og *HNL* lå tilfeller hvor Rådet i egenskap av lovgiver hadde grepet inn i markedet for landsbruksvarer. I *Schöppenstedt* ble det anført at en forordning som tok sikte på å utligne nasjonale forskjeller i sukkerpriser medførte traktatstridig forskjellsbehandling. Bakgrunnen i *HNL* var en forordning som påla bruk av tørrmelk i dyrefôr og som EU-domstolen allerede hadde underkjent som uforholdsmessig og diskriminerende overfor de fórprodusenter og oppdrettere som derved måtte bære kostnadene med å få omsatt Fellesskapets store overskuddslagre av tørrmelk. De rettslige skranker for Rådets handlefrihet i *Schöppenstedt* og *HNL* var begrenset til overordnede forbud mot forskjellsbehandling og uforholdsmessig byrdefordeling – innenfor disse rammene var det opp til Rådet å avgjøre hvordan markedene for hhv. sukker og tørrmelk skulle reguleres. Til grunn for introduksjonen av skjønn i ansvarsvurderingen lå med andre ord tilfeller hvor Rådet hadde (betydelig) politisk handlefrihet.

I kjølvannet av *Schöppenstedt* og *HNL* fulgte en rekke saker hvor EU-domstolen knyttet ansvarsvurderingene til eksistensen av økonomisk-politiske valg og/eller «vide skønsbeføjelser».⁸⁷² Helt frem til *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Bergaderm* var det imidlertid, som nevnt, sontringen mellom generelle og individuelle rettsakter heller enn sontringen skjønn/ikke-skjønn som stod sentralt i EU-domstolens praksis. Dette ledet bl.a. til at Kommisjonen også i tilfeller hvor den hadde fått delegert kompetanse fra Rådet til å fastsette mer detaljerte regler til gjennomføring av Fellesskapets politikk, nøt godt av den høye ansvarsterskelen – altså selv om de rettslige rammene fastlagt av Rådet var slik at Kommisjonen på ingen måte rådet over slike «vide skønsbeføjelser» som Rådet i *Schöppenstedt* og *HNL*.⁸⁷³ Et illustrerende eksempel er *Vreugdenhil II*, hvor Kommisjonen hadde overskredet den kompetanse som den hadde fått delegert fra Rådet ved å tilføye en bestemmelse i en forordning som ikke bare gjennomførte forordningens regler om tollfritak ved gjeninnførsel av varer som tidligere var eksportert fra EU, men som endret dens anvendelsesområde til skade for to nederlandske selskap som hadde reimportert et større parti tørrmelkspulver. Generaladvokat Darmon argumenterte for at EU-domstolen burde nyansere ansvaret nettopp ut fra betraktninger om omfanget av institusjonenes skjønnsfrihet,⁸⁷⁴ men EU-

⁸⁷² Jf. fra EU-domstolens praksis for eksempel sak C-119/88, *AERPO mot Kommisjonen*, Sml. 1990 s. I-2189; sak C-152/88, *Sofrimport mot Kommisjonen*, Sml. 1990 s. I-2477; sak C-63/89, *Assurances du Credit mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1991 s. I-1799 og forente saker C-363/88 og C-364/88, *Finsider m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1992 s. I-359. Fra Underrettens praksis kan det vises til sak T-472/93, *Campo Ebro mot Rådet*, Sml. 1995 s. II-421; sak T-167/94, *Nolle mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1995 s. II-2589; sak T-390/94, *Schröder m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1997 s. II-501 og sak T-222/97, *Steffens mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-4175.

⁸⁷³ Jf. for eksempel forente saker 194/83 m.fl., *Asteris mot Kommisjonen*, Sml. 1985 s. 2815; sak C-152/88, *Sofrimport mot Kommisjonen*, Sml. 1990 s. I-2477 og sak C-282/90, *Vreugdenhil mot Kommisjonen (II)*, Sml. 1992 s. I-1937

⁸⁷⁴ Innstilling i *Vreugdenhil II*, avsnitt 40-52, bl.a. under henvisning til hans lignende innvendinger i hans (første) innstilling i sak C-55/90, *Cato mot Kommisjonen*, Sml. 1992 s. I-2533.

domstolen nøyde seg med å gjenta at ansvar ved utstedelse av generelle rettsakter forutsatte en tilstrekkelig kvalifisert krenkelse av en høyere rettsregel til beskyttelse av private (avsnitt 19).

Særlig i lys av praksis knyttet til Kommisjonens gjennomføringsforordninger er det diskutabelt hvor treffende det var når EU-domstolen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* uttalte at praksis vedrørende Fellesskapets eget erstatningsansvar for generelle rettsakter som bygger på et økonomisk-politisk valg, «især» var utformet «under hensyntagen til den vide skønnsbeføjelse, institutionerne har ved gjennomførelsen af Fællesskabets politik» (avsnitt 43-44). I sin innstilling i saken hadde generaladvokat Tesauro påpekt at begrunnelsen i *HNL* for et restriktivt erstatningsansvar for fellesskapsinstitusjonenes lovgivende virksomhet ikke strakk til «når de betingelser, hvorunder institusjonen udøver sin kompetence, er klart og præcist defineret» (avsnitt 64-65). Lignende innvendinger var reist av generaladvokat Léger i hans innstilling i *Hedley Lomas* (avsnitt 129-137). EU-domstolen synes å ha erkjent dette når den senere i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* uttalte at «den nationale lovgiver – i øvrigt ligesom fællesskabsinstitutionerne – ikke altid har en vid skønnsbeføjelse, når der er tale om et område, som reguleres af fællesskabsretten» (avsnitt 46, min kursivering).

Med hensyn til EUs eget erstatningsansvar fulgte EU-domstolen opp obiter-uttalelsene fra *Brasserie du Pêcheur/Factortame* i *Bergaderm*. Domstolen løftet frem hensyntagen til institusjonenes skjønnsfrihet som helt sentralt i ansvarsvurderingen og avviste uttrykkelig den erstatningsrettslige relevansen av sondringen mellom konkrete og generelle rettsakter (hhv. avsnitt 40, 46 og 44).

7.6.3 *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Bergaderm*

Ettersom det var *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Bergaderm* som skjøv skjønnsfrihet frem som et sentralt moment i ansvarsvurderingen, kan det være grunn til å se nærmere på hvilke «skønnsbeføjelser» hhv. den tyske og britiske stat (*Brasserie du Pêcheur/Factortame*) og Kommisjonen (*Bergaderm*) hadde i disse sakene.

Erstatningssøksmålet i *Brasserie du Pêcheur* ble fremmet etter at EU-domstolen i en traktatbruddssak mot Tyskland hadde slått fast at et forbud mot import av øl som ikke oppfylte renhetskravet i den tyske øllovgivningen var uforenlig med forbudet mot kvantitative importrestriksjoner i det som nå er TEUV artikkel 34,⁸⁷⁵ mens søksmålet i *Factortame* ble fremmet etter at EU-domstolen som svar på en tidligere foreleggelse i samme sakskompleks hadde slått fast at lovgivning som innførte krav til nasjonalitet,

⁸⁷⁵ Sak 178/84, *Kommisjonen mot Tyskland*, Sml. 1987 s. 1227.

fast opphold og bopel i Storbritannia for eiere av fiskefartøyer var uforenlige med etableringsfriheten, jf. nå TEUV artikkel 49.⁸⁷⁶

I dommen slo EU-domstolen fast at så vel den tyske som den britiske lovgiver «stod over for situationer, hvor de skulle træffe et valg, der kan sammenlignes med det, fællesskabsinstitutionerne foretager ved udstedelsen af generelle retsakter i forbindelse med en fællesskabspolitik» (avsnitt 50). Med tanke på søksmålet anlagt av Brasserie du Pêcheur viste EU-domstolen kort til at fraværet av harmonisering på fellesskapsplan ledet til at tyske lovgiver hadde «en vid skønnsbeføjelse ... med hensyn til udstedelse af bestemmelser om kvaliteten af det øl, der blev bragt i handelen» (avsnitt 48). Med tanke på søksmålet anlagt av Factortame påpekte EU-domstolen at den omtvistede lovgivning dels gjaldt registrering av fartøyer, «et område, som henset til fællesskabsrettens utviklingstrin henhører under medlemsstaternes kompetence», og dels regulering av fiskeriene, «en sektor, hvor medlemsstaterne har et vist skøn ved gjennomførelsen af den fælles politik» (avsnitt 49).

EU-domstolens vurdering av den tyske og britiske lovgivers skjønnsfrihet er lite overraskende, men dommen gav likevel noen viktige føringer for tilfeller hvor statene regulerer områder som ikke er harmonisert gjennom sekundærlovgivning. Både forbudet mot kvantitative importrestriksjoner i TEUV artikkel 34 og forbudet mot restriksjoner på etableringsfriheten nedfelt i TEUV artikkel 49 er eksempler på generelle traktatbestemmelser som åpner for nasjonale unntak så fremt disse forfølger hensyn som EU-retten anerkjenner som legitime og dessuten holder seg innenfor proporsjonalitetsprinsippets grenser. Særlig viktig er det at EU-domstolen tok utgangspunkt i at de aktuelle rettsområdene som sådan ikke hadde vært gjenstand for nærmere harmonisering, uten å blande inn spørsmålet om statenes skjønnsfrihet var innskrenket av etterfølgende rettspraksis mv. Den omstendighet at det i så vel *Brasserie du Pêcheur* som i *Factortame* forelå rettspraksis som klart viste at lovgivningen var traktatstridig (hhv. avsnitt 59 og 64 i dommen), ble holdt atskilt fra vurderingen av statenes skjønnsfrihet på det aktuelle område: Sistnevnte tilsier at ansvarsterskelen ligger høyt; førstnevnte at den likevel var overskredet.

Det følger av dette at jeg er grunnleggende uenig med Biondi og Farley, som trekker EU-domstolens praksis inn i vurderingen av skjønnsfriheten i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og på det grunnlag hevder at saken i realiteten er et eksempel på ett (eller snarere to) tilfelle med «zero discretion».⁸⁷⁷ Rent bortsett fra at denne analysen er direkte i strid med EU-domstolens tilnærming i dommen, så leder den til at spørsmålet om skjønnsfrihet helt og fullt konsumeres av de øvrige momenter i ansvarsvurderingen. En slik tilnærming er ikke bare pedagogisk uheldig; den vil lett

⁸⁷⁶ Sak C-221/89, *The Queen mo Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame (II)*, Sml. 1991 s. I-3905 og sak C-246/89, *Kommisjonen mot Storbritannia*, Sml. 1991 s. I-4585.

⁸⁷⁷ Biondi/Farley 2009 s. 53.

lede til ansvarsvurderinger som ikke ivaretar de særlige hensyn til lovgivningsmaktens handlefrihet som henvisningen til statenes skjønnsfrihet er ment å ivareta.

Vurdert i forhold til *Brasserie du Pêcheur/Factortame* fremstod Kommisjonens skjønnsfrihet i *Bergaderm* som mer begrenset. Spørsmålet om skjønnsretsrettslige betydning kom imidlertid ikke på spissen i dette tilfellet: EU-domstolen sluttet seg til Underrettens vurdering av at Kommisjonens ikke hadde opptrådt rettsstridig da den, som følge av mistanke om at et virkestoff i den sololje som *Bergaderm* produserte kunne være kreftfremkallende, hadde fastsatt i et tilpasningsdirektiv til kosmetikkdirektivet at konsentrasjonen av stoffet ikke kunne overstige 1mg/kg. Domstolen hadde derfor ingen foranledning til å vurdere hvordan de prinsipielle uttalelsene om skjønnsfrihetens betydning for Kommisjonens erstatningsansvar burde anvendes i et tilfelle som det foreliggende.

7.6.4 Kort om senere rettspraksis

I lys av de prinsipielle uttalelsene i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Bergaderm* skulle man forvente at spørsmålet om skjønnsfrihet ville stå helt sentralt i etterfølgende praksis knyttet til så vel statenes som EUs eget erstatningsansvar.

For EUs eget erstatningsansvar er rettspraksis etter *Bergaderm* langt på vei, om enn ikke unntaksfritt, i samsvar med denne antagelsen, jf. for eksempel Underrettens avgjørelser i saker som *Dieckmann & Hansen*, *Area Cova*, *Dole*, *Renco*, *AFCon*, *Agraz*, *Medici Grimm II*, *MyTravel*, *Artegodan II* og *Sison II*⁸⁷⁸ og EU-domstolens avgjørelser i ankesaker som *Camar og Tico*, *Fresh Marine*, *CEVA og Pfizer*, *Holcim* og *Schneider*.⁸⁷⁹ Særlig illustrerende er avgjørelsene *Camar og Tico* og *CEVA og Pfizer*, hvor EU-domstolen påpekte at Underretten med urette hadde unnlatt å ta stilling til omfanget av Kommisjonens skjønn.⁸⁸⁰

⁸⁷⁸ Sak T-155/99, *Dieckmann & Hansen mot Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-3143; sak T-196/99, *Area Cova m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-3597; sak T-56/00, *Dole mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2003 s. II-577; sak T-4/01, *Renco mot Rådet*, Sml. 2003 s. II-171; sak T-160/03, *AFCon mot Kommisjonen*, Sml. 2005 s. II-981; sak T-285/03, *Agraz m.fl. mot Kommisjonen (dom nr. 1)*, Sml. 2005 s. I-1063; sak T-364/03, *Medici Grimm mot Rådet (II)*, Sml. 2006 s. II-79; sak T-212/03, *MyTravel Group mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-1967; sak T-429/05, *Artegodan mot Kommisjonen (II)*, Sml. 2010 s. II-491 og sak T-341/07, *Sison mot Rådet (II)*, dom 23. november 2011. Listen kan utvides med Underrettens underliggende avgjørelser i ankesakene som omtales i neste note.

⁸⁷⁹ Sak C-312/00 P, *Kommisjonen mot Camar og Tico*, [P] Sml. 2002 s. I-11355; sak C-472/00 P, *Kommisjonen mot Fresh Marine*, [P] Sml. 2003 s. II-7541; sak C-198/03 P, *Kommisjonen mot CEVA og Pfizer*, [SK] Sml. 2005 s. I-6357; sak C-282/05 P, *Holcim mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2007 s. I-2941 og sak C-440/07 P, *Kommisjonen mot Schneider*, [SK] Sml. 2009 s. I-6413. Men merk at Kommisjonens skjønn ikke problematiseres i sak C-221/10 P, *Artegodan mot Kommisjonen (II)*, [A5] dom 19. april 2012, til tross for at Underretten gikk inn på dette i sin dom i saken.

⁸⁸⁰ *Camar og Tico*, avsnitt 56; *CEVA og Pfizer*, avsnitt 69.

For statenes erstatningsansvar etterlater imidlertid EU-domstolens praksis et langt mindre enhetlig inntrykk. I den første tiden etter *Brasserie du Pêcheur/Factortame* ble statenes skjønn ved gjennomføring av direktiver trukket frem i *British Telecommunications*, *Dillenkofer*, *Rechberger*, *Haim II* og *Lindöpark*.⁸⁸¹ I *Denkavit*, *Larsy*, *FII*, *Thin Cap* og *CFC* ble imidlertid oppmerksomheten rettet mot sontringen generelle/individuelle rettsakter heller enn en vurdering av statenes skjønn.⁸⁸² Også i *Brinkmann*, *Köbler* og *Traghetti* glimrer vurderingen av statenes skjønnsfrihet med sitt fravær.⁸⁸³ I en rekke avgjørelser hvor det vises til momentlisten fra *Brasserie du Pêcheur/Factortame* er dessuten medlemsstatenes skjønn det eneste momentet som ikke nevnes.⁸⁸⁴ Akkurat i det det i litteraturen ble gitt uttrykk for at «the previous emphasis on discretion has ... been downplayed ... to such an extent that it is now all but redundant in that case law»,⁸⁸⁵ ble imidlertid skjønnsfriheten (eventuelt fraværet av sådan) trukket frem som tilsynelatende helt sentral i *AGM*, *Robins*, *Synthon* og *Fuß*.⁸⁸⁶ I *Robins* uttalte EU-domstolen uten omsvøp at «[m]edlemsstatens skøn er således et væsentligt kriterium, når en tilstrækkelig kvalificeret krænkelse af fællesskabsretten skal fastlægges», en uttalelse som deretter ble gjentatt i *Synthon*.⁸⁸⁷

EFTA-domstolen på sin side har fulgt en mer konsistent linje – samtlige erstatningsaker fra *Sveinbjörnsdóttir* til *HOB-vín* inneholder en generell henvisning til «the measure of discretion left to the national authorities» som et moment i ansvarsvurderingen.⁸⁸⁸ I *HOB-vín* fulgte EFTA-domstolen opp med å gjøre EU-domstolen ovenfor gjengitte formulering fra *Robins* og *Synthon* til sin egen.⁸⁸⁹

7.6.5 Nærmere om EU-domstolens praksis

Utgangspunktet for et forsøk på å analysere EU-domstolens praksis på dette punkt må være selve konseptet «skønnsbeføelse» («pouvoir discretionnaire»). Betegnelsen «skjønn» er kjent fra nasjonale rett, men det eksisterer knapt noen enhetlig, felleseu-

⁸⁸¹ *British Telecommunications*, avsnitt 40; *Dillenkofer*, avsnitt 25-26; *Rechberger*, avsnitt 51; *Haim II*, avsnitt 40; *Lindöpark*, avsnitt 39.

⁸⁸² *Denkavit*, avsnitt 50; *Larsy*, avsnitt 41; *FII*, avsnitt 213 flg.; *Thin Cap*, avsnitt 118 flg.; *CFC*, avsnitt 118 flg.

⁸⁸³ *Brinkmann*, avsnitt 27 flg.; *Köbler*, avsnitt 51 flg.; *Traghetti*, avsnitt 32 flg.

⁸⁸⁴ Jf. *Haim II*, avsnitt 43; *Larsy*, avsnitt 39; *Köbler*, avsnitt 55; *Traghetti*, avsnitt 32 og 43; *FII*, avsnitt 213; *N*, avsnitt 65; *Thin Cap*, avsnitt 119; *CFC*, avsnitt 122.

⁸⁸⁵ Hilson 2005 s. 695.

⁸⁸⁶ *AGM*, avsnitt 81-82; *Robins*, avsnitt 70 flg.; *Synthon*, avsnitt 39-41 og *Fuß II*, avsnitt 51.

⁸⁸⁷ Jf. *Robins*, avsnitt 72; *Synthon*, avsnitt 39.

⁸⁸⁸ *Sveinbjörnsdóttir*, avsnitt 69; *Karlsson*, avsnitt 38; *Nguyen*, avsnitt 33; *Kolbeinnsson*, avsnitt 82; *HOB-vín*, avsnitt 129.

⁸⁸⁹ Avsnitt 131. Det fremgår ikke av uttalelsen at formuleringen er hentet fra EU-domstolens praksis, men det kan ikke være særlig tvilsomt.

ropeisk forståelse av hva konseptet rommer.⁸⁹⁰ I generelle vendinger kan man imidlertid med Caranta betegne skjønn som «the room for choice left to the decision maker by some higher ranking source or authority», eller – fra et domstolsperspektiv – som «a sort of residual concept: discretion is what is left outside judicial control».⁸⁹¹

I et forsøk på en nærmere analyse sonderer Caranta mellom tre ulike former for skjønn: i) «policy decisions linked to the weighting of conflicting private and public interest» (som han betegner som «discretion proper»), ii) «decisions involving complex factual evaluations» og iii) «decisions involving the interpretation of complex and/or unclear legal rules».⁸⁹² For norske forvaltningsrettsjurister gir sistnevnte kategori assosiasjoner i retning av det som gjerne omtales som «rettsanvendelsesskjønn» og da særlig spørsmålet om domstolenes prøving av skjønnspregete vilkår for bruk av forvaltningens kompetanse, mens førstnevnte gir assosiasjoner til det som tradisjonelt betegnes som «fritt skjønn», «forvaltningsskjønn», «hensiktsmessighetskjønn» e.l.⁸⁹³ Også den midterste kategorien gir visse assosiasjoner til norsk rett, nærmere bestemt domstolenes tilbakeholdenhet i etterprøvingen av faglige vurderinger fra ekspertorganer.⁸⁹⁴ Nå er det ikke sammenfall mellom Carantas tilnærming og den tradisjonelle tilnærmingen i norsk forvaltningsrett, og det kan klart nok reises innvendinger knyttet til den nærmere avgrensning av de ulike formene for vurderingsfrihet. Fra et EU/EØS-rettslig perspektiv er dette likevel av begrenset interesse – poenget i herværende sammenheng er bare at Carantas oppdeling synes fruktbar i et forsøk på å komme nærmere inn på EU-domstolens forståelse av konseptet «pouvoir discretionnaire».

Rådets vurderingsfrihet i *Schöppenstedt* og *HNL* lar seg uten videre plassere i Carantas kategori for «discretion proper»: Som påpekt i punkt 7.6.2 ovenfor var de rettslige skranker for Rådets vurderingsfrihet her begrenset til overordnede forbud mot forskjellsbehandling og uforholdsmessig byrdefordeling – innenfor disse rammene var det opp til Rådet å avgjøre hvordan markedene for hhv. sukker og tørrmelk skulle reguleres. Også den tyske og britiske lovgivers handlefrihet i *Brasserie du Pêcheur* og *Factortame* faller etter min oppfatning klart i denne kategorien: Det var i begge tilfeller snakk om lovgivning på området som ikke hadde vært gjenstand for harmonisering gjennom sekundærlovgivning og hvor statenes handlefrihet bare begrenses av de fire friheter.

⁸⁹⁰ Se til dette Caranta 2008 s. 185 flg.: «Djifferent legal traditions have developed different tools to deal with discretion and this in the end has led to divergent readings of the same idea of discretion». Selv omtaler Caranta den tyske, franske, italienske og engelske forståelsen av konseptet og påpeker særlig forskjellene mellom den kontinentale og den engelske tilnærmingen (s. 187-195).

⁸⁹¹ Caranta 2008 s. 185.

⁸⁹² Caranta 2008 s. 195.

⁸⁹³ Jf. nærmere om terminologien Graver 2007 s. 258 flg.

⁸⁹⁴ Jf. bl.a. Rt. 1975 s. 603 *Swingball*.

Allerede i *British Telecommunications* dukket imidlertid det langt mer krevende spørsmål om den erstatningsrettslige betydningen av statenes skjønn ved gjennomføring av direktiver opp. I foreleggelsen for EU-domstolen hadde High Court of Justice uttrykkelig reist spørsmål om dette. Under henvisning til *HNL* og *Brasserie du Pêcheur/Factortame* uttalte EU-domstolen følgende (avsnitt 40):

«Der bør oppstilles restriktive betingelser for, at medlemsstaten kan ifalde ansvar i denne situation, ud fra de samme betragtninger som dem, der ifølge Domstolens praksis begrunder restriktive betingelser for, at institutionerne eller medlemsstaterne kan ifalde ansvar uden for kontraktforhold, når de udsteder generelle retsakter på områder, der henhører under fællesskabsretten, og hvor de har en vid skønsbeføjelse, idet det navnlig skal sikres, at udøvelsen af denne virksomhed ikke hindres ved udsigten til erstatningskrav, hver gang det i almenhedens interesse kræves, at institutionerne eller medlemsstaterne træffer foranstaltninger, som kan skade borgernes interesser».

Uavhengig av hva man måtte mene om ansvarsterskelen ved mangelfull direktivgjennomføring, så fremstår EU-domstolens parallell til *HNL* og *Brasserie du Pêcheur/Factortame* i dette tilfellet som lite treffende. Statenes handlingsrom ved gjennomføring av direktiver vil variere fra tilfeller hvor statene er gitt i hvert fall en viss frihet, for eksempel til å velge hvordan man vil oppfylle plikten til å sikre arbeidstakeres pensjonsrettigheter i henhold til artikkel 8 i EUs konkursgarantidirektiv (80/987/EØF), til tilfeller av fullharmonisering hvor statene er henvist til mer eller mindre ordrett gjennomføring av direktivteksten. Selv om et direktiv «bare» er bindende med hensyn til sitt formål, og overlater til nasjonale myndigheter å bestemme form og midler for gjennomføringen (jf. nå TEUV artikkel 288 tredje ledd), er det imidlertid neppe kontroversielt å hevde at statenes skjønnsfrihet regelmessig er nokså begrenset, i hvert fall i de typetilfeller som er av interesse i erstatningsrettslig sammenheng: Det må minnes om at erstatningsansvar for mangelfull gjennomføring av direktiver først er aktuelt dersom direktivet tillegger private rettigheter hvis innhold «kan fastslås på grundlag af selve direktivets bestemmelser».⁸⁹⁵

Selv i tilfeller hvor et direktiv gir statene reelle valgmuligheter, for eksempel knyttet til om man vil sikre de nevnte pensjonsrettighetene gjennom statlige garantier, pålegg om forsikringsordninger eller opprettelse av en garantiinstitusjon (jf. *Robins*), så er dette et skjønn av et langt mer begrenset omfang enn Rådets handlefrihet i *Schöppenstedt* og *HNL* og statenes handlefrihet i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*. Direktivgjennomføring er stort sett illustrerende for det som EU-domstolen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* selv karakteriserte som tilfeller hvor EU-retten pålegger den nasjonale lovgiver forpliktelser som «i høy grad» innskrenker skjønnsfriheten (avsnitt 46).

⁸⁹⁵ Jf. *Francovich*, avsnitt 40.

Konkret reiste *British Telecommunications* spørsmål om britiske myndigheters skjønn ved gjennomføringen av artikkel 8 første ledd i direktiv 90/531/EØF om fremgangsmåten ved anbud innenfor vann- og energiforsyning samt transport og telekommunikasjon. Det er vanskelig å se at denne bestemmelsen gav statene noe skjønn overhodet. I høyden er det snakk om det som Caranta omtaler som «decisions involving the interpretation of complex and/or unclear legal rules»⁸⁹⁶ og som man i norsk rett kan karakterisere som rettsanvendelsesskjønn. I norsk sammenheng er det imidlertid ikke tvilsomt at en bestemmelse som dette ville være gjenstand for full domstolsprøving – direktivbestemmelsen inneholder ingen skjønnspregete vilkår e.l. som kunne tilsi tilbakeholdenhet i den rettslige prøvingen.

Etter min oppfatning er det grunn til å være oppmerksom på at *British Telecommunications* ble avgjort på et tidlig tidspunkt i utviklingen av erstatningsansvaret og at avgjørelsen bærer preg av at EU-domstolen på dette tidspunkt nok så for seg en ansvarsvurdering i to trinn, hvor det først måtte tas stilling til om ansvarsterskelen «tilstrekkelig kvalifisert brudd» overhodet kom til anvendelse på det aktuelle typetilfellet (jf. kapittel 3, punkt 3.1). Det er i denne sammenheng domstolen trekker paralleller til *HNL* og *Brasserie du Pêcheur/Factortame* – i den etterfølgende vurderingen av om dette vilkåret var oppfylt nevnes ikke statenes skjønn overhodet (se avsnitt 42 flg., jf. avsnitt 39-40). Avgjørelsen etterlot likevel, med rette eller urette, inntrykk av at EU-domstolen satt likhetstegn mellom uklare direktivbestemmelser og eksistensen av skjønnsfrihet.

Etter *British Telecommunications* er omfanget av statenes skjønn trukket inn i flere avgjørelser knyttet til manglende eller mangelfull direktivgjennomføring, men da med motsatt fortegn: Avgjørelser som *Rechberger* og *Lindöpark* er eksempler på at EU-domstolen fremhevet at statene *ikke* hadde noe skjønn ved gjennomføringen av de respektive direktivbestemmelsene.⁸⁹⁷ Det er fristende å se dette i sammenheng med at det på dette tidspunkt synes avklart at ansvarsterskelen «tilstrekkelig kvalifisert brudd» kom til anvendelse også i disse tilfellene, slik at oppmerksomheten kunne rettes direkte mot vurderingen av det foreliggende rettsbruddet. EU-domstolens oppfatning av at verken pakkereisedirektivet artikkel 7 (*Rechberger*) eller sjette merverdiavgiftsdirektiv artikkel 13 (*Lindöpark*) gav statene noen skjønnsfrihet, er det lett å slutte seg til. Den omstendighet at det i begge tilfeller var snakk om overtredelse av klare bestemmelser, medfører likevel at avgjørelsene ikke bidrar til å avklare hva EU-domstolen forstår med konseptet «skjønn». I *Lindöpark* knyttes fraværet av skjønn direkte til «den klare ordlyd af direktivets bestemmelser» på en måte som forsterker inntrykket fra *British Telecommunications* av at EU-domstolen setter likhetstegn mel-

⁸⁹⁶ Caranta 2008 s. 195.

⁸⁹⁷ *Rechberger*, avsnitt 51; *Lindöpark*, avsnitt 40.

lom uklare direktivbestemmelser og eksistensen av skjønnsfrihet.⁸⁹⁸ Uttalelsen *kan* imidlertid også forstås slik at ordlyden bare gjorde det klart at det i dette tilfellet ikke forelå noe «fritt» skjønn til å treffe valg av politisk karakter. En slik forståelse er i hvert fall forenlig med *Rechberger*, hvor EU-domstolen påpekte at «hverken artikkel 7 eller nogen anden bestemmelse i direktivet kan fortolkes således, at den giver medlemsstaterne ret til at begrænse artikkelens anvendelse til rejsler foretaget på en bestemt dato, der ligger efter gennemførelsesfristen» og at Østerrike av den grunn «havde ingen ret til frit at skønne hvad angår gennemførelsen af bestemmelserne i artikkel 7 i sin retsorden» (avsnitt 51).

EU-domstolens forståelse av konseptet blir dessverre ikke klarere om man trekker *Hedley Lomas*, *AGM* og *Synthon* inn i vurderingen. Felles for disse sakene er at de handler om statlig erstatningsansvar for brudd på EU-retten som må tilskrives nasjonale forvaltningsmyndigheter. I samtlige avgjørelser trakk EU-domstolen statenes «skøn», «skønsmargen» og/eller «skønnsbeføyelser» inn i ansvarsvurderingen.⁸⁹⁹ EU-domstolen påpekte videre at statene hadde intet eller bare et sterkt begrenset skjønn, noe som tilsynelatende i seg selv var tilstrekkelig til at tilsidesettelsen av EU-retten kunne karakteriseres som tilstrekkelig kvalifisert (se punkt 7.6.8 nedenfor). Avgjørelsene inneholder formuleringer som kan tyde på det er de overtrådte bestemmelsenes klarhet som fikk EU-domstolen til å konkludere med manglende skjønnsfrihet. Samtidig er imidlertid samtlige saker eksempler på tilfeller hvor statene klart nok ikke var overlatt noen frihet til å treffe politiske valg – det var snakk om brudd på direktiver som tok sikte på full harmonisering av nasjonale forvaltningsmyndigheters kompetanse og forpliktelser.

EU-domstolens forståelse av konseptet skjønn er enda mer uklart i *Robins*. Foreleggelsen fra High Court of Justice tok utgangspunkt i en oppfatning av at spørsmålet om statenes skjønn ved gjennomføring av konkursgarantidirektivets artikkel 8 var avgjørende for om ansvarsterskelen «åpenbart og grovt brudd» kom til anvendelse i saken (jf. punkt 7.3 ovenfor), noe som nok kom til å prege EU-domstolens tilnærming. EU-domstolen svarte, som alt nevnt, at skjønn er «et væsentligt kriterium, når en tilstrækkelig kvalificeret krænkelse af fællesskabsretten skal fastlægges» (avsitt 72). I herværende sammenheng er det imidlertid fortsettelsen som er av størst interesse (avsnitt 73):

«That discretion is broadly dependent on the degree of clarity and precision of the rule infringed»

⁸⁹⁸ *Lindöpark*, avsnitt 40: «Under hensyn til den klare ordlyd af direktivets bestemmelser kunne medlemsstaten ikke træffe et valg ved udstedelsen af generelle retsakter, og den havde kun et stærkt begrænset eller intet skøn.»

⁸⁹⁹ *Hedley Lomas*, avsnitt 28; *AGM*, avsnitt 81-82; *Synthon*, avsnitt 37-39.

Denne uttalelsen,⁹⁰⁰ som senere er gjentatt i *Synthon*,⁹⁰¹ antyder at EU-domstolen oppfatter skjønnsfrihet som lite annet enn et navn på resultatet av vurderingen av den overtrådte bestemmelsens klarhet. Dersom dette er riktig, er det imidlertid svært vanskelig å forstå hvordan EU-domstolen samtidig kan betegne statenes skjønn som et vesentlig kriterium i ansvarsvurderingen. Tvert imot er det vel i så tilfelle grunn til å slutte seg til Fengers oppfatning av at kriteriet «skøn» ikke «tilføyer noget nyt i forhold til de ovennævnte kriterier vedrørende graden af rimelig fortolkningstvivil» og derfor «neppe [bør] tillægges selvstendig betydning».⁹⁰²

Ytterligere forvirring oppstår om man trekker inn i vurderingen at EU-domstolen i forbindelse med EUs eget erstatningsansvar tidvis bruker betegnelsen skjønn i anledning det som Caranta omtaler som «decisions involving complex factual evaluations».⁹⁰³ I følge Caranta selv hører *Bergaderm* hjemme i denne kategorien – Kommisjonens oppgave var i dette tilfellet begrenset til å ta stilling til tillatt konsentrasjon av virkestoffet i den sololje som *Bergaderm* produserte.⁹⁰⁴ Ifølge EU-domstolen måtte imidlertid Kommisjonen «i følsomme og kontroversielle sager» råde over «et rimeligt skøn» (avsnitt 66), noe som ledet til at Kommisjonens handlemåte måtte anses i overensstemmelse med saksbehandlingsreglene nedfelt i kosmetikkdirektivets artikkel 10.

Et lignende eksempel er *CEVA og Pfizer*. Til tross for at det uttrykkelig fremgikk av fortalen til forordning 2377/90 at maksimalgrenseverdier for restkonsentrasjoner af veterinærlegemidler i matvarer skulle fastsettes av Kommisjonen «på grundlag af én enkelt videnskabelig vurdering af den bedst mulige kvalitet», så uttalte EU-domstolen i dette tilfellet at «Kommissionen skal tildeles en skønsbeføjelse, der er tilstrækkelig til, at den under fuldt kendskab til omstændighederne kan vedtage de foranstaltninger, der er nødvendige og egnede til at beskytte den offentlige sundhed».⁹⁰⁵ Domstolen viste deretter til at spørsmålet vedrørende grenseverdiene for progesteron utgjorde «et særdeles kompliseret sagskompleks» og at det under slike omstendigheter ikke kunne

⁹⁰⁰ Merk at i den danske oversettelsen er sammenhengen mellom medlemsstatenes skjønn og den overtrådte bestemmelsens klarhet snudd fullstendig på hodet: «Dette skøn er i høj grad bestemmende for, hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er». Den franske versjonen av dommen viser klart at den danske oversettelsen er feil: «Cette marge d'appréciation est largement tributaire du degré de clarté et de précision de la règle violée».

⁹⁰¹ *Synthon*, avsnitt 39: «Heraf følger, at medlemsstatens skønsbeføjelse, der i høj grad afhænger af, hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, således er et væsentligt kriterium, når en tilstrækkelig kvalificeret krænkelser af fællesskabsretten skal fastlægges» (min kursivering).

⁹⁰² Fenger 2004 s. 958-959 og 2011 s. 94-95. Merk at Fenger uttaler dette med henblikk på medlemsstatenes ansvar for konkrete forvaltningsavgjørelser.

⁹⁰³ Caranta 2008 s. 195.

⁹⁰⁴ Caranta 2008 s. 198: «It is doubtful whether there really is wide discretion in setting the permissible limits of potentially harmful ingredients. ... [T]echnical choices may err on the side of caution when adjudicating on the safety of a given product, but they are still technical – not policy – choices.»

⁹⁰⁵ Sak C-198/03 P, *Kommisjonen mot CEVA og Pfizer*, [SK] Sml. 2005 s. I-6357 (avsnitt 80).

være ansvarsbetingende at Kommisjonens vurdering av om det skulle fastsettes maksimalgrenseverdier for dette stoffet, trakk ut i tid (avsnitt 81-89).

Illustrerende er også Underrettens uttalelser i saken *Agraz*, hvor det var anført at Kommisjonen hadde opptrådt ansvarsbetingende da den hadde fastsatt subsidier for foredlete tomatprodukter uten å innhente opplysninger om markedssituasjonen i Kina:

«Det fastslås, at det følger af fast retspraksis, at fællesskabslovgiver har en vid skønsbeføjelse i tilfælde, hvor det er nødvendigt at vurdere *en kompliceret økonomisk situation*, som f.eks. på områderne for den fælles landbrugspolitik og den fælles fiskeripolitik. Denne beføjelse omfatter ikke udelukkende indholdet og rækkevidden af de bestemmelser, der skal vedtages, men *også i et vist omfang konstateringen af de tilgrundliggende faktiske forhold.*»⁹⁰⁶

7.6.6 Nærmere om EFTA-domstolens praksis

Før det gjøres et forsøk på en mer systematisk tilnærming til skjønn som et moment i ansvarsvurderingen, er det grunn til å se noe nærmere på EFTA-domstolens praksis. I hvert fall ved første øyekast er dette fort gjort – hittil har EFTA-domstolen stort sett nøydt seg med helt generelle henvisninger til «the measure of discretion left to the national authorities» som et moment i ansvarsvurderingen, uten å utdype nærmere hva man forstår med dette.⁹⁰⁷

Etter min oppfatning er det imidlertid grunn til å stille spørsmål ved hvor treffende denne generelle henvisningen var i *Sveinbjörnsdóttir* og *Nguyen* – i begge tilfeller var det snakk om feilaktig gjennomføring av direktivbestemmelser som knapt nok overløt statene noe handlingsrom overhodet. Slik sett skiller *Karlsson* seg ut som en sak hvor EØS-statene rådet over reell skjønnsfrihet – tilsvarende som i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* var det snakk om nasjonal lovgivning på et område som ikke var gjenstand for harmonisering gjennom sekundærlovgivning og hvor statenes handlefrihet «bare» var begrenset av de overordnede reglene i hhv. traktatene og EØS-avtalens hoveddel. Innenfor de skranker som EØS-avtalen artikkel 16 etablerer, har statene betydelig frihet til å regulere import og omsetning av alkoholholdige drikkevarer. At EFTA-domstolen ikke påpekte denne forskjellen skyldes vel helst at domstolen i *Sveinbjörnsdóttir* var opptatt av å etablere generelle retningslinjer for fremtidige saker, uten å ta hensyn til om de ulike momentene var treffende i den konkrete saken, samtidig som det verken i *Karlsson* eller *Nguyen* var påkrevd å gå nærmere inn på

⁹⁰⁶ Sak T-285/03, *Agraz m.fl. mot Kommisjonen* (dom nr. 1), Sml. 2005 s. II-1063 (avsnitt 42). Dommen ble anket til EU-domstolen som opphevet den og hjemsendte den til Underretten, jf. ankesak C-243/05 P, [A3] Sml. 2006 s. I-10833 og sak T-285/03, Sml. 2008 s. II-285*. Ankesaken og Underrettens fornyede behandling gjaldt imidlertid andre sider ved dommen enn spørsmålet om Kommisjonens skjønn. Tilsvarende uttalelser finnes bl.a. i sak T-196/99, *Area Cova m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-3597 (avsnitt 46).

⁹⁰⁷ *Sveinbjörnsdóttir*, avsnitt 69; *Karlsson*, avsnitt 38; *Nguyen*, avsnitt 33; *Kolbeinsson*, avsnitt 82; *HOB-vín*.

skjønnets betydning fordi manglende hensyntagen til EU-domstolens rettspraksis gjorde det klart at det i begge sakene uansett var snakk om et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EØS-retten.⁹⁰⁸

Større foranledning til å klargjøre hva som ligger i henvisningen til statlig skjønn gav derimot *Kolbeinsson*, hvor det sentrale spørsmål var om islandsk rett samlet sett sikret arbeidstakere adekvat beskyttelse mot arbeidsgivers mangelfulle sikring av arbeidsplassen. Ingen av de aktuelle direktivene (92/57/EØF og 89/391/EØF) inneholdt særskilte krav til statenes sanksjonering av overtredelser. Av EU-domstolens praksis følger det klart at det da i utgangspunktet er overlatt til statenes skjønn å avgjøre hvordan overtredelser av EU-retten skal sanksjoneres, men at lojalitetsplikten nedfelt i TEU artikkel 4 nr. 3 tilsier at sanksjonene må være adekvate, proporsjonale og avskrekkende.⁹⁰⁹ Under henvisning til lojalitetsplikten i EØS-avtalen artikkel 3 la EFTA-domstolen til grunn at dette må gjelde tilsvarende i EØS-rettslig sammenheng (avsnitt 46-49). Etter en konkret vurdering fant domstolen at nasjonale erstatningsregler som helt frikjente arbeidsgiver for ansvar under henvisning til arbeidstakerens uaktsomme medvirkning, ikke lot seg forene med de EØS-rettslige forpliktelsene. I den etterfølgende ansvarsvurderingen påpekte imidlertid EFTA-domstolen at EØS-rettens krav til adekvate, proporsjonale og avskrekkende sanksjoner «leaves the States free to choose sanctions within those parameters», samt at saken reiste spørsmål om «how to assess a situation where several sanctions may be imposed on the employer and where some of those sanctions place too much emphasis on the contributory negligence of an employee whereas other sanctions are based on a correct understanding of the Directives» (avsnitt 83-84). Selv om EFTA-domstolen ikke uttrykkelig knyttet dette til den generelle henvisningen innledningsvis i ansvarsvurderingen til «the measure of discretion left to the national authorities» (avsnitt 82), så er det nærliggende å se avgjørelsen som et første eksempel på en sak hvor EFTA-domstolen vektlegger statenes skjønn i vurderingen av om det foreligger et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EØS-retten.

EFTA-domstolen benyttet imidlertid ikke anledningen i *Kolbeinsson* til å klargjøre nærmere hva slags skjønn det var snakk om og hvilken betydning dette måtte få for ansvarsvurderingen. Etter min oppfatning er statenes skjønn ved fastsettelsen av sanksjoner nærmere reell skjønnsfrihet á la *Brasserie du Pêcheur/Factortame* enn det skjønn som vanligvis foreligger ved gjennomføring av konkrete direktivbestemmelser – gitt at direktivene selv ikke inneholder særskilte krav til sanksjonene, så er det snakk om å regulere spørsmål som ikke er harmonisert på EU/EØS-rettslig plan og hvor statenes handlefrihet «bare» begrenses av de overordnede krav som følger av

⁹⁰⁸ Jf. *Karlsson*, avsnitt 40 flg.; *Nguyen*, avsnitt 34-35.

⁹⁰⁹ Se nærmere for eksempel *Craig/de Burca* 2011 s. 222 flg.

likebehandlings- og effektivitetsprinsippet. Etter min oppfatning er derfor *Kolbeinson* et eksempel på en sak hvor statenes skjønn isolert sett trekker i retning av frifinnelse. EFTA-domstolen antydte dette utfallet, men uten å knytte det særskilt til skjønnsfriheten.

Saken er interessant også fordi den norske regjeringen i sitt innlegg for EFTA-domstolen uttrykkelig tok opp at EU-domstolen synes å bruke betegnelsen «discretion» i ulike betydninger: «The first meaning of the term refers to situations where the state can choose between several solutions in its implementation, all compatible with EU/EEA law. ... [T]he second meaning of the term «discretion» relates to the «clarity and precision» of the provisions of the Directives. In this context, it is submitted that the ECJ has held that the discretion enjoyed by the states constitutes an important criterion in determining whether there has been a sufficiently serious breach; and that that discretion is broadly dependent on the degree of clarity and precision of the rule infringed».⁹¹⁰ Sistnevnte ble underbygget med henvisninger til EU-domstolens ovenfor omtalte avgjørelser i sakene *Robins* og *Synthon*. EFTA-domstolen på sin side nøyde seg imidlertid, som nevnt, med å gjenta den generelle henvisningen til «the measure of discretion left to the national authorities» som ett av flere moment i ansvarsvurderingen.

Siste bidrag fra EFTA-domstolen kom i *HOB-vín*, hvor EFTA-domstolen gjorde EU-domstolens formuleringer fra *Robins* og *Synthon* til sin egen.⁹¹¹ Som det vil bli redegjort for i punkt 7.6.7, tilkjennegis det her en forståelse av skjønnsfrihet som jeg mener er lite hensiktsmessig i erstatningsrettslig sammenheng.

7.6.7 Innebærer en uklar rettstilstand skjønnsfrihet?

En mer systematisk tilnærming til skjønn som et moment i ansvarsvurderingen fordrer etter min oppfatning at det sondres mellom ulike former for skjønn. I lys av EU-domstolens praksis må det medgis at betegnelsen tidvis anvendes på en måte som omfatter det norske jurister kjenner som rettsanvendelsesskjønn, jf. særlig *British Telecommunications*, *Hedley Lomas*, *Lindöpark*, *AGM*, *Robins* og *Synthon*. Dette gjelder nå tilsvarende for EFTA-domstolen i *HOB-vín*. Selv om man eventuelt skulle akseptere denne terminologien, så tilsier de hensyn som begrunner skjønn som et moment i ansvarsvurderingen at det må sondres mellom denne formen for skjønn og skjønn forstått som statenes politiske handlefrihet på EU/EØS-rettens område. I tilfeller hvor medlemstatene ikke står over for et reelt politisk-økonomisk valg, er det liten grunn til at de skal kunne påberope seg EU-domstolens tilbakeholdenhet i saker som *HNL* og *Brasserie du Pêcheur/Factortame*.

⁹¹⁰ *Kolbeinson*, Rettsmøterapporten, avsnitt 106-107 (fotnote utelatt).

⁹¹¹ Avsnitt 131. Det fremgår ikke av uttalelsen at formuleringen er hentet fra EU-domstolens praksis, men det kan ikke være særlig tvilsomt.

Etter min oppfatning er imidlertid bruken av betegnelsen «skjønn» i betydningen rettsanvendelsesskjønn lite hensiktsmessig i erstatningsrettslig sammenheng.

En første innvending er av rent pedagogisk karakter: Det synes, som påpekt av Hilson, lite naturlig å sette likhetstegn mellom en uklar rettsstilstand og eksistensen av skjønn: «discretion implies the freedom to choose a certain course of action; it does not seem right to say that a State has discretion until the ECJ rules on the matter».⁹¹²

Den viktigste innvendingen mot å sette likhetstegn mellom en uklar rettsstilstand og eksistensen av skjønn, er imidlertid at dette leder til at skjønnsfriheten *helt og fullt konsumeres av de øvrige momentene i ansvarsvurderingen*. Dersom man oppfatter «skjønn» bare som et navn på resultatet av vurderingen av den overtrådte bestemmelses klarhet, så mister spørsmålet om statlig skjønn enhver selvstendig betydning i ansvarsvurderingen. Vurderingen skjønn/ikke skjønn blir da en overflødig mellomstasjon i en slutning fra klar/uklar bestemmelse og til konklusjonen ansvar/ikke ansvar. Det er fristende å antyde at dette forklarer hvorfor henvisningen til statenes skjønn glimrer med sitt fravær i avgjørelser som *Denkavit*, *Brinkmann*, *Larsy*, *Köbler* og *Traghetti*. Samtidig viser disse avgjørelsene at EU-domstolen ikke har noen konsekvent tilnærming til spørsmålet om sammenhengen mellom uklare regler og skjønn, noe som gjør et den her foreslåtte sontring ikke kan betegnes som noe oppgjør med etablert rettspraksis – det er etter min oppfatning mer snakk om påkrevd opprydning.

7.6.8 Objektivt ansvar i tilfeller av sterkt begrenset eller ingen skjønnsfrihet?

I forlengelsen av sontringen mellom rettsanvendelsesskjønn og reelt politisk handlingsrom er det påkrevd å ta et oppgjør med den fremdeles nokså utbredte oppfatningen av at brudd på EU/EØS-regler i tilfeller hvor statene ikke har noe eller bare et sterkt begrenset skjønn, i seg selv kan være tilstrekkelig til å statuere ansvar.

Grunnlaget for denne oppfatningen er følgende uttalelse i *Hedley Lomas* (avsnitt 28):

«såfremt medlemsstaten på det tidspunkt, hvor den begik overtrædelsen, ikke stod over for et valg af generelle retsakter og havde et stærkt begrænset eller intet skøn, kan selve den omstændighed, at der er begået en overtrædelse af fællesskabsretten, være tilstrækkelig til at bevise, at der foreligger en tilstrækkelig kvalificeret krænkelse».

⁹¹² Hilson 1997 s. 945.

Denne uttalelsen er senere gjentatt i en lang rekke avgjørelser.⁹¹³ EFTA-domstolen gjorde den til sin egen i *HOB-vín* (avsnitt 130).

Som påpekt av Høyesteretts mindretall i *Finanger II* er det grunn til å understreke ordet «kan» i EU-domstolens formulering (avsnitt 116). I *Hedley Lomas* sluttet likevel EU-domstolen direkte fra fraværet av skjønn og til ansvar. Forklaringen er trolig at EU-domstolen på dette tidspunkt (i 1996) nok så for seg at vurderingskriteriet «åpenbart og grovt brudd» bare kom til anvendelse i tilfeller med skjønn og at ansvaret i andre tilfeller var objektivt (i betydningen «strict»).⁹¹⁴ Denne oppfatningen ble imidlertid etter hvert forlatt (jf. kapittel 3, punkt 3.1). I *Haim II* ble det avklart at «selve den omstændighed, at en medlemsstat har begået en overtrædelse af fællesskabsretten, kan udgøre en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse, men ikke nødvendigvis gør det» (avsnitt 41).

Selv etter avklaringen i *Haim II* er det imidlertid enkelte avgjørelser hvor EU-domstolen tilsynelatende slutter direkte fra fraværet av skjønn og til ansvar for den, jf. særlig *Lindöpark*, *AGM* og *Synthon*.⁹¹⁵ Som et resultat av dette støter man i litteraturen fremdeles på den oppfatning at et hvert brudd på EU-retten er ansvarsbetingende i tilfeller hvor statene ikke råder over noe skjønn.⁹¹⁶

Etter min oppfatning kan det etter *Haim II* ikke herske tvil om at det *ikke* er grunnlag for en slik slutning. *Lindöpark*, *AGM* og *Synthon* er alle saker hvor de overtrådte direktivbestemmelsene var helt klare, og det er dette som fikk EU-domstolen til å uttale at statene bare hadde et sterkt begrenset eller intet skjønn. Dette gjelder tilsvarende for EFTA-domstolens ansvarsvurdering i *HOB-vín*.⁹¹⁷ I dette resonnementet er imidlertid, som nevnt, konstateringen av mangel på skjønn en helt overflødig mellomstasjon – i realiteten er det de overtrådte bestemmelsenes klarhet som leder til at overtredelsen anses ansvarsbetingende. Avgjørelsene illustrerer slik Fengers poeng om at dersom man oppfatter «skjønn» bare som et navn på resultatet av vurderingen av den overtrådte bestemmelsens klarhet, så mister momentet enhver selvstendig betyd-

⁹¹³ Jf. bl.a. *Dillenkofer*, avsnitt 25; *Nordbrook Laboratories*, avsnitt 109; *Bergaderm*, avsnitt 44; *Haim II*, avsnitt 38; *Lindöpark*, avsnitt 40; *Larsy*, avsnitt 38; *Camar og Tico*, avsnitt 54; *FII*, avsnitt 212; *N*, avsnitt 64; *AGM*, avsnitt 81; *Holcim*, avsnitt 47; *Robins*, avsnitt 71; *Synthon*, avsnitt 38 og *Schneider*, avsnitt 160.

⁹¹⁴ Slik bl.a. Hilson 2005 s. 691: «In other, no- or limited discretion cases, the breach of Community law would automatically be regarded as sufficiently serious, without having to go through the fault-based criteria».

⁹¹⁵ *Lindöpark*, avsnitt 40; *AGM*, avsnitt 82 og *Synthon*, avsnitt 41. Slik også generaladvokat Légers innstilling i *Nordbrook Laboratories*, avsnitt 133-134.

⁹¹⁶ Slik bl.a. Caranta 2008 s. 204: «when not enjoying any discretion, national authorities are liable for every breach of Community law, any breach being sufficient to establish liability».

⁹¹⁷ Jf. avsnitt 134 i sammenholdt med avsnitt 130.

ning.⁹¹⁸ Med en slik tilnærming er det riktig at fravær av skjønn uten videre leder til ansvar, men dette er altså en begrepsbruk som etter min oppfatning er lite fruktbar.

Til dette kommer at EU-domstolens forståelse av at «selve den omstændighed, at der er begået en overtrædelse af fællesskabsretten» kan utgjøre en tilstrekkelig kvalifisert tilsidesettelse, synes å være en annen en det en rent språklig fortolkning skulle tilsi, jf. særlig *Larsy* (avsnitt 39):

«Ved afgørelsen af, om selve den omstændighed, at der er begået en overtrædelse af fællesskabsretten, udgør en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse, skal der tages hensyn til alle de momenter i den konkrete sag, der er blevet forelagt den nationale ret. Disse momenter er bl.a.: hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, om overtrædelsen er begået, eller tabet er forvoldt forsætligt eller uagtsomt, om en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig, den omstændighed, at en fællesskabsinstitutions holdning kan have været medvirkende til vedtagelsen eller opretholdelsen af nationale foranstaltninger eller praksis i strid med fællesskabsretten».⁹¹⁹

For å kunne avgjøre om ansvar følger av «selve den omstændighed» at EU-retten er overtrådt, må det følgelig tas hensyn til *alle de øvrige momenter som til vanlig inngår i vurderingen av om et brudd er tilstrekkelig kvalifisert*. Eneste forskjell mellom ansvarsvurderingen i tilfeller av intet eller bare sterkt begrenset skjønn og andre tilfeller, er her at fraværet av skjønn tilsier at det vel skal noe mindre til før ansvarsterskelen «tilstrekkelig kvalifisert brudd» er overskredet.

Avklaringen fra *Haim II* er fulgt opp i saker som gjelder EUs erstatningsansvar, hvor Underretten ved flere anledninger har påpekt at det «ikke [er] en automatisk forbindelse mellom manglende skønsbeføjelse hos den berørte institusjon på den ene side og kvalifisering av overtrædelsen som en tilstrækkelig kvalifisert tilsidesættelse av fællesskabsretten på den anden side».⁹²⁰ EU-domstolen sluttet seg til dette i ankesakene *Holcim* og *Schneider*.⁹²¹

7.6.9 Skjønn knyttet til komplekse faglige vurderinger

I saker som gjelder EUs eget erstatningsansvar har EU-domstolen, som nevnt, tidvis anvendt konseptet skjønnsfrihet også i anledning komplekse faglige vurderinger, jf.

⁹¹⁸ Fenger 2004 s. 959.

⁹¹⁹ Formuleringen er basert på *Haim II*, avsnitt 42-43.

⁹²⁰ Uttalelsen stammer fra sak T-429/05, *Artogodan mot Kommisjonen (II)*, Sml. 2010 s. II-491 (avsnitt 59) og er senere gjentatt i sak T-341/07, *Sison mot Rådet (II)*, dom 23. november 2011 (avsnitt 36). Tidligere eksempler på at Underretten avviste anførsler om objektivt (i betydningen «strict») ansvar i tilfeller hvor EU-institusjoner ikke råder over nevneverdig skjønnsfrihet er sak T-212/03, *MyTravel mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-1967; sak T-28/03, *Holcim mot Kommisjonen*, Sml. 2005 s. II-1357 og sak T-351/03, *Schneider mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-2237.

⁹²¹ Sak C-282/05 P, *Holcim mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2007 s. I-2941 (avsnitt 51) og sak sak C-440/07 P, *Kommisjonen mot Schneider Electric*, [SK] Sml. 2009 s. I-6413 (avsnitt 160).

særlig de i punkt 7.6.5 omtalte avgjørelsene *Bergaderm* og *CEVA og Pfizer*. Nå er det knapt er mulig å trekke noen skarp sontring mellom «politiske» og «faglige» vurderinger, men i utgangspunktet faller vel vurderingen av hvilken konsentrasjon av et virkestoff som skal tillates i sololje (*Bergaderm*) eller fastsettelse av maksimalgrenseverdien for restkonsentrasjonen av progesteron i matvarer (*CEVA og Pfizer*) i sistnevnte kategori. At domstolene er tilbakeholdne med å overprøve forvaltningens faglige skjønn i slike tilfeller er ikke i seg selv særlig overraskende, i hvert fall ikke for norske jurister.⁹²² Mer fremmed er det imidlertid at eksistensen av slikt «fritt» (faglig) skjønn spiller over i en eventuell etterfølgende ansvarsvurdering, altså i en situasjon hvor det forutsetningsvis er brakt på det rene at nasjonale eller overnasjonale myndigheter har overtrådt de rettslige skranker for deres handlefrihet.

Dersom man ser henvisningen til statenes skjønn som et vern av deres handlefrihet i tilfeller hvor de står overfor genuine politisk-økonomiske valg, er dette en begrunnelse som ikke slår til med særlig tyngde i tilfeller av mer teknisk-faglige vurderinger. Nå viser avgjørelser som *Bergaderm* og *CEVA og Pfizer* klart at EU-domstolen anser også sistnevnte som erstatningsrettslig relevant, men det gjenstår foreløpig å se hvordan domstolen vil omsette dette i praksis. Verken *Bergaderm* eller *CEVA og Pfizer* gir veiledning her – begge avgjørelsene må forstås slik at Kommisjonen, nettopp som følge av den handlefrihet som EU-domstolen tolket inn i de aktuelle saksbehandlingsreglene, ikke hadde opptrådt rettsstridig.⁹²³

To liknende eksempler er Underrettens avgjørelser i *Dieckmann & Hansen* og *Area Cova*. I *Dieckmann & Hansen* ble Kommisjonen innrømmet et vidt faglig skjønn i vurderingen av om kassakhstanske kaviareksportører tilfredsstilte de hygienekrav som følger av EU-lovgivningen på området (direktiv 91/493): «Endelig må Kommissionen tilkendes en så meget videre skønnsbeføjelse, når den skal vurdere betydningen af oplysninger, der er indhentet under et inspektionsbesøg i det pågældende tredjeland med hensyn til forhold, der er fastsat i artikel 11, stk. 3, i direktiv 91/493, og derfor afgøre, om disse nye oplysninger modsiger eller ændrer de oplysninger, som institutjonen tidligere har modtaget vedrørende det pågældende lands evne til i praksis at overholde direktivets krav».⁹²⁴ I *Area Cova* ble Kommisjonen og Rådet innrømmet et vidt faglig skjønn ved fastsettelsen av kvoter for fangst av kveite.⁹²⁵ Under henvisning til EU-institusjonenes vide skjønn fant

⁹²² Sml. imidlertid Caranta 2008 s. 195-196, som synes å mene at full domstolsprøving av faglig skjønn er hovedregelen i hvert fall i EU-medlemsstatene på det europeiske fastland: «factual assessments are the preserve of technicians, not of politicians, and courts may avail themselves of expert witnesses if the need arises».

⁹²³ Jf. *Bergaderm*, avsnitt 65-71 og *CEVA og Pfizer*, avsnitt 83, 85 og 88.

⁹²⁴ Sak T-155/99, *Dieckmann & Hansen mot Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-3143 (avsnitt 54).

⁹²⁵ Sak T-196/99, *Area Cova m.fl. mot Kommisjonen og Rådet*, Sml. 2001 s. II-3597 (avsnitt 46).

Underretten i begge sakene at beslutningene var lovlige, slik at spørsmålet om skjønnets betydning i en eventuell ansvarsvurdering ikke kom på spissen.⁹²⁶

Nå kan det spørres hvor relevant avgjørelser som *Bergaderm* og *CEVA* og *Pfizer* egentlig er for EØS-statenes erstatningsansvar. Avgjørelser som *AGM*, *Synthon* og *Danske Slagterier* er imidlertid alle eksempler på saker hvor nasjonale forvaltningsmyndigheter stod overfor komplekse faglige vurderinger som langt på vei synes sammenlignbare med Kommisjonens utfordringer i *Bergaderm* og *CEVA* og *Pfizer* – i *AGM* spørsmålet om selskapets billøfter representerte en sikkerhetsrisiko, i *Synthon* spørsmålet om et godkjent legemiddel kunne medføre fare for folkehelsen og i *Danske Slagterier* spørsmålet om når kjøtt fra ukastrerte hanngriser er egnet som menneskemat. Når spørsmålet om statenes skjønn likevel ikke kom på spissen, skyldes det at de aktuelle direktivene alle inneholder klare prosedyreregler som ikke var overholdt.⁹²⁷ De overtrådte saksbehandlingsreglene har alle til formål å sikre rettsenhet på det indre marked, noe som søkes oppnådd ved at Kommisjonen må kobles inn i tilfeller hvor nasjonale myndigheter mener det foreligger forhold som gjør det påkrevd med unntak fra hovedreglene om fri flyt av CE-merkede maskiner (*AGM*), gjensidig anerkjennelse av godkjente legemidler (*Synthon*) eller eksportlandets kontroll med kjøttkvaliteten (*Danske Slagterier*). Saksbehandlingsregler som dette er utbredt i sekundærlovgivningen og leder til at medlemsstatenes skjønn i utgangspunktet ikke synes sammenlignbart med Kommisjonens skjønn i saker som *Bergaderm* og *CEVA* og *Pfizer*.

Bildet endrer seg imidlertid dersom saksbehandlingsfeilene i *AGM*, *Synthon* og *Danske Slagterier* tenkes borte. For å ta *AGM* som eksempel: Dersom finske myndigheter hadde overholdt sin plikt til straks å varsle Kommisjonen om at man ville reagere mot den sikkerhetsrisiko som man mente at *AGM*s billøfter representerte, ville et erstatningssøksmål måtte vært begrunnet med at de materielle vilkårene nedfelt i maskindirektivets artikkel 7 ikke var oppfylt. Selskapet ville nok mene at det rent faktisk ikke var grunnlag for å hevde at billøfteren representerte noen sikkerhetsrisiko, alternativt at de finske reaksjonene var uforholdsmessige.⁹²⁸ Dersom Kommisjonen i ettertid skulle gi selskapet rett i dette, ville finske myndigheter måtte trekke advarslene mot produktet. Et krav om erstatning for det tap som advarslene hadde forårsaket i mellomtiden, ville imidlertid først kunne føre frem dersom finske myndigheters vurdering

⁹²⁶ Dommen i *Dieckmann & Hansen* ble anket til EU-domstolen (ankesak C-492/01 P), men anken ble avvist ved ubegrunnet og upublisert avgjørelse 6. februar 2003. Dommen i *Area Cova* ble ikke anket.

⁹²⁷ Saksforholdet i sakene er nærmere omtalt hhv. i kapittel 4, punkt 4.4 (*AGM*); kapittel 7, punkt 7.7.3.6 (*Synthon*) og kapittel 6, punkt 6.5.2 (*Danske Slagterier*).

⁹²⁸ Etter maskindirektivets artikkel 7 kan medlemsstatene bare reagere dersom det konstateres at en CE-merket maskin «vil kunne frembyde fare for personers og i givet fald husdyrs eller goders sikkerhed» og de kan da bare treffe «nødvendige foranstaltninger».

av at vilkårene i maskindirektivets artikkel 7 for å advare mot billøfteren fremstod som et tilstrekkelig kvalifisert brudd på direktivet. I en slik vurdering måtte den finske stat kunne påberope seg EU-domstolens avgjørelser i *Bergaderm* og *CEVA og Pfizer*.

I litteraturen argumenteres det for at skjønn av mer teknisk-faglig karakter bør tillegges mindre betydning i ansvarsvurderingen enn skjønn av mer politisk karakter.⁹²⁹ I lys av de hensyn som ligger under introduksjonen av skjønn som et moment i ansvarsvurderingen, er dette en oppfatning som jeg deler. Det er neppe tilfeldig at sakene hvor det foreliggende skjønn er av mer teknisk-faglig karakter stort sett er søksmål rettet mot Kommisjonen. Og selv om sakene gjelder tilfeller hvor Kommisjonen har utstedt generelle rettsakter snarere enn individuelle beslutninger, så er det snakk om avgjørelser som i mange medlemsstater nok vil være lagt til forvaltningen snarere enn til den lovgivende forsamling. Det er med andre ord snakk om typetilfeller hvor EU-statenes felles erstatningsrettslige tradisjoner ikke tilsier samme tilbakeholdenhet som i tilfeller hvor det er spørsmål om å knytte ansvar til avgjørelser som typisk ligger til den lovgivende forsamling. Samtidig er det klart nok ikke grunnlag for noe skarpt skille mellom mellom «politiske» og «faglige» vurderinger, slik at man ender opp med en glideskala hvor ansvarsterskelen heves jo mer «politisk» (eller «lovgiveraktig») statenes skjønn fremstår.

7.6.10 Oppsummering

Den betydning eventuell skjønnsfrihet tillegges i ansvarsvurderingen må reflektere EU-domstolens uttalte motiv for å skyve dette frem som et sentralt moment: Beskyttelse av statenes (og institusjonenes) handlefrihet i tilfeller hvor EU/EØS-retten overlater dem politisk handlingsrom. Selv om en EØS-stat i et slikt tilfelle skulle overskride de EU/EØS-rettslige skrankene for sin handlefrihet, kommer skjønnet myndighetene til gode «på ny» i form av en høyere terskel i en etterfølgende ansvarsvurdering – bruddet må være åpenbart og grovt for å påføre staten erstatningsansvar.

På områder som ikke er regulert av sekundærlovgivning vil EØS-statene ofte råde over et vidt skjønn, jf. for eksempel *Brasserie du Pêcheur/Factortame*. I denne enden av skalaen hører etter min oppfatning også saker som *Karlsson* og *Kolbeinsson* hjemme – islandske myndigheters handlingsrom var i disse tilfellene «bare» begrenset av hhv. de generelle reglene om handelsmonopoler i EØS-avtalen artikkel 16 (*Karlsson*) og de generelle kravene til adekvate, proporsjonale og avskrekkende sanksjoner mot overtredelser av EØS-retten (*Kolbeinsson*). Fra norsk rettspraksis er *Edquist* et tilsvarende eksempel – den generelle bestemmelsen om kapitalflyt i EØS-avtalen artikkel 40 overlater lovgiver betydelig handlefrihet.

⁹²⁹ Jf. bl.a. Caranta 2008 s. 195 flg.

Oslo tingrett påpekte dette i sin dom i saken,⁹³⁰ men uten at verken Borgarting lagmannsrett eller Høyesterett fulgte opp. Lagmannsrettens dom inneholder riktignok noen generelle bemerkninger om betydningen av statenes skjønn, primært i form av sitater fra EU-domstolens dom i *Synthon* og Høyesteretts dom i *Finanger II*.⁹³¹ Lagmannsretten gikk imidlertid ikke nærmere inn på noen vurdering av det skjønn som EØS-avtalen artikkel 40 overlater til staten og følgelig heller ikke på hvilken betydning dette kunne ha for ansvarsterskelen. I Høyesteretts dom i Rt. 2010 s. 1500 dukker henvisninger til medlemsstatenes skjønn bare opp i sitatene fra *Finanger II* (avsnitt 90-91), noe som etterlater inntrykk av at retten enten ikke var oppmerksom på, eller ikke tillot noen vekt, at EØS-avtalen artikkel 40 overlater staten skjønnsfrihet av en helt annen karakter og omfang enn motorvognforsikringsdirektivene som lå til grunn for erstatningssøksmålet i *Finanger II*. Etter min oppfatning er det klart at ansvarsterskelen i et tilfelle som *Edquist* ligger høyere enn i tilfeller som *Finanger II*. Den manglende konstatering av dette i *Edquist* er særlig påtakelig fordi Høyesterett i dommens avsnitt 110-111 påpeker at EØS-avtalen artikkel 40 «ikke inneholder noe konkret påbud som direkte relaterer seg til skatt, enn si under hvilke omstendigheter en beskatningsordning må anses som et uakseptabelt inngrep i den frie kapitalflyt» og derfor mer har «karakter av et overordnet prinsipp». Retten fremhever også EØS-statenes legitime behov for handlefrihet og forutberegnelighet på skatterettens område: «det er ikke en tjenlig løsning å oppfylle EØS-forpliktelsene med margin også når dette får konsekvenser for skatteinngangen». Dette fikk Høyesterett til å konkludere med at det i et tilfelle som det foreliggende «ikke kan oppstå en erstatningssanksjonert plikt til å endre interne regler før den nye forståelse av EØS-avtalen er klargjort gjennom en entydig avgjørelse eller en praksis med en viss bredde» (avsnitt 111 i.f.). I realiteten synes Høyesterett her å heve terskelen for statens erstatningsansvar nettopp ut fra slike hensyn som ligger til grunn for EU-domstolens inndragning av statenes skjønn som et sentralt moment i ansvarsvurderingen, men altså uten at retten synes seg denne sammenhengen bevisst. På dette punkt kommer tingretten bedre ut: Under henvisning til *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Finanger II* uttalte tingretten at «[g]raden av skjønnsfrihet er ... et avgjørende kriterium i forhold til vurdering av omfanget av rettsbruddet». Retten påpekte deretter uttrykkelig at saken skilte seg fra *Finanger II* nettopp for så vidt gjaldt omfanget av statens skjønn, samtidig som liknende hensyn som dem Høyesterett senere kom til å vektlegge, ble knyttet til dette kriteriet: «Reelle hensyn kan begrunne at terskelen for ansvar må være høyere ved gjennomføring av direktiv som gir en vid skjønnsfrihet, enn ved direktiv uten rom for vesentlig skjønnsutøvelse ... Når statene er gitt skjønnsmessig handlefrihet, bør ikke den begrenses gjennom strenge ansvarsregler. For det annet vil et strengt ansvar kunne medføre at statene vil legge inn ekstra sikkerhetsmargin i forhold til disse direktivene slik at de blir overopplyt».

I tilfeller hvor statene råder over et vidt skjønn, skal det mye til før en overtredelse av skjønnets EU/EØS-rettslige grenser kan karakteriseres som så «åpenbart og grovt» at det foreligger et «tilstrekkelig kvalifisert» brudd. Det kan her være grunn til å minne

⁹³⁰ Oslo tingretts dom 11. juli 2007 (TOSLO-2005-61707).

⁹³¹ Borgarting lagmannsretts dom og kjennelse 13. januar 2010 (LB-2007-151609), punkt 4.3. Som det vil ha fremgått av fremstillingen ovenfor er ikke *Synthon* det beste sted å begynne for å få grep om EU-domstolens vektlegging av statenes skjønnsfrihet.

om generaladvokat Tesauros utsagn i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* om at det i tilfeller av vidt skjønn vil være «meget vanskelig at påvise en åbenbar og grov tilside-sættelse af de grænser, der gælder udøvelsen af staternes virksomhed, i det mindste for så vidt som den pågældende adfærd, ligesom efter retspraksis vedrørende artikel 215 [nå: TEUV artikkel 340], skal svare til en nærmest vilkårlig adfærd».⁹³² Det er illustrerende at det ikke er noen eksempler i retspraksis hvor EU-institusjoner er kjent erstatningsansvarlig i situasjoner hvor de etter EU-domstolenes oppfatning råder over et vidt skjønn.⁹³³ For statenes erstatningsansvar er riktignok *Brasserie du Pêcheur*, *Factortame* og *Karlsson* eksempler på at vidt skjønn ikke var tilstrekkelig til å redde myndighetene, men i samtlige tilfeller forelå det praksis fra EU-domstolen som klart viste at de aktuelle tyske, britiske og islandske lovreglene var EU/EØS-stridige. Selv om Høyesterett i *Edquist* synes å ha oversett betydningen av det skjønn som EØS-avtalen artikkel 40 overlater statene på skatterettens område, så er det etter mitt syn treffende når det i dommen uttales at det i slike tilfeller ikke kan oppstå en erstatningsansvarlig plikt til å endre interne regler før forståelse av EØS-avtalen er klargjort gjennom «en entydig avgjørelse eller en praksis med en viss bredde» (avsnitt 111).

På områder regulert av sekundærrett vil statenes handlefrihet gjennomgående være mer begrenset, i hvert fall i de erstatningsrettslig interessante tilfellene. Forutsetningen for at ansvarsspørsmålet skal komme på spissen er jo som nevnt at den overtrådte EU/EØS-regelen tillegger private rettigheter hvis innhold «kan fastslås på grundlag af selve direktivets bestemmelser».⁹³⁴ Nå viser en sak som *Robins* at statene også i slike tilfeller unntaksvis råder over et ikke ubetydelig skjønn, men i de fleste sakene som gjelder brudd på sekundærrett er statenes handlefrihet nokså begrenset eller ikke-eksisterende, jf. fra EU-domstolens praksis eksempelvis *British Telecommunications*, *Rechberger*, *Lindöpark*, *AGM* og *Synthon*. Fra EFTA-domstolens praksis faller *Sveinbjörnsdóttir*, *Nguyen* og *HOB-vín* i denne kategorien. To tilsvarende eksempel fra norsk rettspraksis er *Finanger II* og *Personskadeforbundet*.

⁹³² Innstilling i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 82.

⁹³³ Et mulig unntak er sak T-285/03, *Agraz m.fl. mot Kommisjonen* (dom nr. 1), Sml. 2005 s. II-1063, hvor Underretten fant at Kommisjonen hadde opptrådt ansvarsbetingende da den hadde fastsatt subsidier for foredlede tomatprodukter uten å innhente opplysninger om markedssituasjonen i Kina. Underretten viste til at Kommisjonen «i prinsippet råder over en vid skønsmargen ved fastsættelsen af støtten» (avsnitt 42). Domstolen tilføyde imidlertid at «[d]enne skønsmargen omfatter ... ikke opfyldelsen af faktiske omstændigheder og tal, der hører til de kriterier, som ikke kan fraviges, således som prisen på råvarer i de vigtigste tredjelands omhandlet i grundforordningens artikkel 4, stk. 2» og det var nettopp forsømmelsene på dette punkt det deretter ble slått ned på i ansvarsvurderingen (avsnitt 50 og 60). Etter mitt syn er det derfor ikke treffende når Aalto 2011 s. 138-139 klassifiserer *Agraz* som et tilfelle av «wide discretion». Det er dessuten grunn til å påpeke at Kommisjonen i dette tilfellet opptrådte som et forvaltningsorgan som utøvde kompetanse tildelt av Rådet ved forordning 2201/96 og at dens skjønn nok var mer av faglig-teknisk enn politisk karakter. *Agraz* er derfor uansett ikke noe eksempel på vidt lovgivningsskjønn av samme karakter som i *Schöppenstedt*, *HNL* m.fl.

⁹³⁴ Jf. *Francovich*, avsnitt 40.

I tilfeller av begrenset skjønn vil ansvarsterskelen ligge noe lavere. I så henseende er følgende prinsipputtalelse fra Høyesteretts flertall i *Finanger II* treffende (avsnitt 63):

«... det går et skille av betydning for statens erstatningsrettslige stilling mellom på den ene side brudd på direktiver som gir staten skjønnsmyndighet av politisk eller økonomisk karakter, og på den annen side brudd på direktiver som ikke eller i ubetydelig grad åpner for dette. I den første situasjonen legges det stor vekt på hensynet til den frihet staten har ved utforming av rettsakter som forutsetter skjønnsutøvelse, mens det i den andre situasjonen legges større vekt på effektiv gjennomføring og hensynet til de som er berørt av direktivbrudd, noe som tilsier en lavere terskel for ansvar».

I vurderingen av skjønnets erstatningsrettslige betydning må det etter min oppfatning ikke bare sees hen til dets omfang, men også til dets karakter, jf. punkt 7.6.9. I lys av de hensyn som ligger under introduksjonen av skjønn som et moment i ansvarsvurderingen bør skjønn av mer teknisk-faglig karakter tillegges mindre betydning i ansvarsvurderingen enn skjønn av utpreget politisk (eller om man vil: «lovgeveraktig») karakter.

Noen generell presisering av ansvarsterskelen i tilfeller av sterkt begrenset eller intet skjønn er neppe mulig. Som påpekt i punkt 7.3 er jeg av den oppfatning at vurderingskriteriet «åpenbart og grovt» ikke kommer til anvendelse her. Det kan imidlertid være grunn til å påpeke at Høyesteretts henvisning til en «lavere terskel» relaterer seg til den ovenfor omtalte svært høye terskel for tilfeller hvor statene (eller EUs institusjoner) råder over et vidt skjønn.⁹³⁵ At terskelen er lavere i tilfeller av sterkt begrenset eller intet skjønn sier ikke nødvendigvis så mye. Skadelidte må imidlertid kunne anføre at EU-domstolens og EFTA-domstolens vurdering av en overtredelse i et tilfelle av vidt skjønn som ansvarsbetingende (*Brasserie du Pêcheur*, *Factortame*, *Karlsson* mv.) må gjelde enn mer for lignende feil i tilfeller av sterkt begrenset eller intet skjønn. Motsatt kan derimot staten ikke ta frifinnende avgjørelser i tilfeller av vidt skjønn (*FII*, *Thin Cap*, *CFC*, *Robins*, *Kolbeinsson*, *Edquist* m.fl.) til inntekt for at tilsvarende misforståelser knyttet til EU-domstolens praksis e.l. nødvendigvis må lede til frifinnelse også i tilfeller av sterkt begrenset eller intet skjønn.

Etter min oppfatning overså Høyesterett dette da man i Rt. 2008 s. 1705 *Trafikk & Anlegg* trakk EU-domstolens uttalelser i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* inn i vurderingen av Vegvesenets ansvar for brudd på EØS-regelverket om offentlige anskaffelser (avsnitt 54). Forutsetningen for å trekke paralleller til *Brasserie du Pêcheur/Factortame* i anbudsrettslig sammenheng må være at anskaffelsesmyndighetene i den konkrete sak råder over et vidt skjønn.⁹³⁶ Særlig i lys av uttalelse-

⁹³⁵ Fra et annet referansepunkt kan det meget vel tenkes at den «lavere» terskel må karakteriseres som «høy» snarere enn «lav», noe som illustrerer at referanseløse henvisninger til en ansvarsterskel (eller til et ansvar som «strengt», «mildt» eller lignende) er av begrenset verdi.

⁹³⁶ Jf. eksempelvis sak T-4/01, *Renco mot Rådet*, Sml. 2003 s. II-171 (avsnitt 62-63).

ne i *Finanger II* om skjønnets betydning for ansvarsterskelen er det overraskende at Høyesterett i *Trafikk og Anlegg* ikke foretok noen nærmere vurdering av om Vegvesenets posisjon ved gjennomføringen av anbudskonkurransen egentlig kunne sammenlignes med de utfordringer den tyske og britiske lovgiver stod ovenfor i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*.⁹³⁷

For tilfeller av sterkt begrenset eller intet skjønn vil det være mindre veiledning å hente i praksis knyttet til EUs eget ansvar. Selv i tilfeller hvor Kommisjonen utøver kompetanse tildelt av Rådet og EU-parlamentet vil dens handlefrihet oftest være av en helt annen karakter enn statenes, noe som langt på vei kan forklares med at det ikke gjør seg gjeldende de samme utfordringer knyttet til europeisk rettsenhet i tilfeller hvor kompetanse delegeres til en av EUs egne institusjoner. De særlige varslingspliktene som var overtrådt i *AGM*, *Synthon*, *Danske Slakterier* og *HOB-vín* er illustrerende – tilsvarende bestemmelser finnes naturlig nok ikke i direktiver som delegerer kompetanse til Kommisjonen (eller ESA). En viss veiledning kan likevel søkes i avgjørelser hvor EU-domstolene har konkludert med at også institusjonenes skjønn er svært begrenset eller ikke-eksisterende, jf. i første rekke de fellende dommene i *Fresh Marine*, *Agraz* og *Schneider* og de frifinnende dommene i *Medici Grimm II*, *Holcim*, *MyTravel*, *Sison II* og *Artegodan II*. Sammen med rettspraksis som direkte gjelder statenes erstatningsansvar i tilfeller av svært begrenset eller intet skjønn, vil disse avgjørelsene utgjøre grunnlagsmaterialet for den etterfølgende fremstilling av ansvarsterskelen i disse tilfellene.

7.7 EU-domstolens momentliste

7.7.1 Innledning

I *Brasserie du Pêcheur/Factortame* listet EU-domstolen opp følgende momenter av relevans for vurderingen av om en stat har gjort seg skyldig i et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EU-retten (avsnitt 56-57):

- hvor klar og presis den tilsidesatte bestemmelse er;
- hvor vidt et skjønn den tilsidesatte bestemmelse overlater til de nasjonale myndigheter;
- om overtredelsen er begått eller tapet er forvoldt forsettlig;
- om en eventuell rettsvillfarelse er unnskyldelig eller uunnskyldelig;

⁹³⁷ Hermed er imidlertid ikke sagt at det er noe å utsette på utfallet av saken. Som påpekt i punkt 7.6.8 er det også i tilfeller av sterkt begrenset skjønn rom for å unnskyldte et rettsbrudd som ikke fremstår som tilstrekkelig kvalifisert og rettsspørsmålet som Vegvesenet hadde tatt feil av i *Trafikk & Anlegg* fremstod som høyst tvilsomt.

- om en EU-institusjon har medvirket til bruddet og
- om det foreligger praksis fra EU-domstolen «hvoraf det fremgår, at den omtvistede adfærd har karakter af en overtrædelse»

Av denne listen på seks momenter, er det interessant nok bare to – den overtrådte bestemmelsens klarhet og statenes skjønnsfrihet – som ble foreslått av generaladvokat Tesauro; de øvrige momentene ble stilt opp av EU-domstolen på egenhånd.⁹³⁸

Det er klart nok at momentlisten ikke er uttømmende. I *Brasserie du Pêcheur/Factortame* omtalte EU-domstolen innholdet som eksempler på momenter som kunne tas i betraktning (avsnitt 56). I senere praksis uttales det regelmessig at de nasjonale domstolene må «tage hensyn til alle momenter i den konkrete sag».⁹³⁹

Videre er det klart at de opplistede momentene ikke er noe mer enn nettopp det – momenter i en helhetsvurdering. I sin innstilling i *Lindöpark* fremhevet således generaladvokat Jacobs at (avsnitt 58):

«... these various factors are to be taken into consideration globally and are not cumulative requirements the absence of any one of which means that there is no serious breach. Indeed, depending on the circumstances, any one of them may be a sufficient though not a necessary condition to establish State liability»

EFTA-domstolen stilte opp en langt på vei tilsvarende, men EØS-tilpasset momentliste i *Sveinbjörnsdóttir* (avsnitt 69):

«The factors which the competent court may take into consideration include the clarity and precision of the rule breached, the measure of discretion left by that rule to the national authorities, whether the infringement and the damage caused was intentional or involuntary, whether any error of law was excusable or inexcusable, the fact that the position taken by an EEA or Community institution may have contributed towards the omission, and the adoption or retention of national measures or practices contrary to the EEA Agreement.»

I *Karlsson* supplerte EFTA-domstolen listen med det siste momentet fra EU-domstolens liste – rettspraksis (avsnitt 40). Kildehenvisninger letter man imidlertid forgjeves etter også her.

Selv om listene fra *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Sveinbjörnsdóttir/Karlsson* ikke er uttømmende, må det antas at de inneholder de momenter som EU-domstolen og EFTA-domstolen anser som de mest sentrale i ansvarsvurderingen. I enkelte tilfeller har EU-domstolen nøydt seg med å vise til enkelte av de nevnte momentene, men i

⁹³⁸ Jf. generaladvokatens innstilling i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 78 flg.

⁹³⁹ Jf. bl.a. *Haim II*, avsnitt 42; *Larsy*, avsnitt 39; *Evans*, avsnitt 86; *FII*, avsnitt 213; *Thin Cap*, avsnitt 119; *CFC*, avsnitt 122.

en rekke saker har den gjengitt hele listen.⁹⁴⁰ I det følgende omtales de ulike momentene på listen, etterfulgt av andre momenter som også kan tenkes å være relevante (punkt 7.8). Betydningen av statenes eventuelle skjønnsfrihet er alt utførlig omtalt.

7.7.2 Skjæringstidspunktet for ansvarsvurderingen

Før det redegjøres for de ulike momentene er det påkrevd å påpeke at en vurdering av om myndighetene har gjort seg skyldig i et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EU/EØS-rettslige forpliktelser, nødvendigvis må knyttes til rettskildebildet på et bestemt tidspunkt. Ved første øyekast kan det synes naturlig å anta at skjæringstidspunktet må være det tidspunkt da myndighetene handlet i strid med EU/EØS-rettens krav. I *Haim II* påpekte EU-domstolen at det i ansvarsvurderingen måtte sees bort fra rettspraksis som var kommet til etter at den tyske lovgiver hadde vedtatt den lovbestemmelse om turnuskravet for tannleger som viste seg uforenlig med etableringsfriheten nedfelt i TEUV artikkel 49 (avsnitt 40). I overensstemmelse med dette (om enn uten noen henvisning til EU-domstolens praksis) argumenterte staten i *Edquist* for at skjæringstidspunktet måtte være tidspunktet for Stortingets årlige budsjett- og lovvedtak (høsten i det enkelte inntektsår). Høyesterett fant derimot at utgangspunktet måtte tas idet ligningen for det enkelte år ble endelig (avsnitt 94). Til tross for EU-domstolens tilnærming i *Haim II* må Høyesteretts standpunkt være riktig – helt frem til ligningen ble endelig (strengt tatt helt frem til utløpet av omgjøringsfristen i ligningsloven § 9-6 nr. 2) hadde skattemyndighetene rett og plikt å forhindre bruddet på EØS-avtalen artikkel 40, jf. lojalitetsplikten nedfelt i EØS-avtalen artikkel 3. At vedtakelsestidspunktet for gjennomføringslovgivningen ikke kan være avgjørende, følger dessuten av EU-domstolens forventning om at statene følger med i utviklingen i rettspraksis og foretar påkrevde tilpasninger av nasjonal rett (jf. punkt 7.7.7.12).

Med utgangspunkt i en tradisjonell culpavurdering er det nærliggende å anta at skjæringstidspunktet for vurderingen av ansvarsspørsmålet må settes til det seneste tidspunkt da myndighetene *kunne* avverget (eller reparert) bruddet som forårsaket skadelidtes tap.⁹⁴¹ En slik tilnærming tar imidlertid ikke høyde for statenes legitime behov for å operere med rimelige klage-, søksmåls- og foreldelsesfrister: I hvert fall i tilfeller hvor en privat part har et EU/EØS-basert krav på en ytelse fra det offentlige, slik som eksempelvis et krav om tilbakebetaling av rettsstridig oppkrevd skatt eller avgift, har jo staten det i sin makt å etterkomme dette kravet selv etter utløpet av slike frister.

⁹⁴⁰ Jf. bl.a. *Haim II*, avsnitt 43; *Larsy*, avsnitt 39; *Evans*, avsnitt 86; *FII*, avsnitt 213; *Thin Cap*, avsnitt 119; *CFC*, avsnitt 122.

⁹⁴¹ Sml. i norsk sammenheng Nygaard 1974 s. 60 flg., som med en henvisning til Stang 1927 s. 78 definerer «det kritiske tidspunkt» som «det siste øieblik, da han kunde handlet annerledes og derved undgaat at volde skaden».

EU-domstolen har imidlertid i annen sammenheng anerkjent rimelige frister som nevnt som utslag av et grunnleggende rettssikkerhetsprinsipp, ved at de sørger for avklaring av rettstilstanden og dermed økt forutberegnelighet både for private rettssubjekter og det offentlige.⁹⁴² Skjæringstidspunktet må derfor etter min oppfatning settes til det seneste tidspunkt da staten var *EU/EØS-rettslig forpliktet* til å avverge (eller reparere) bruddet som forårsaket skadelidtes tap.

Med dette som utgangspunkt var det klart nok i *Finanger II* at rettskildebildet på ulykkestidspunktet måtte legges til grunn (avsnitt 74). Plikten til korrekt gjennomføring av motorvognforsikringsdirektivene i henhold til EØS-avtalen artikkel 7 forelå selvsagt hele tiden, og helt frem til ulykkestidspunktet ville de påkrevde endringer av bilansvarsloven avverget Finangers tap.

I *Edquist* knyttet Høyesterett sin oppfatning av skjæringstidspunktet til den omstendighet at overtredelsen gjaldt «en av artiklene i EØS-avtalens hoveddel, som etter EØS-avtalen [sic] § 1 skal gjelde som norsk lov» (avsnitt 94).⁹⁴³ Resonnementet er trolig at skattemyndighetene av denne grunn pliktet å vurdere forholdet mellom de norske kildeskattreglene og EØS-avtalen artikkel 40 av eget tiltak, jf. EØS-loven § 2. Etter min oppfatning ville imidlertid vurderingen blitt den samme selv om den overtrådte EØS-bestemmelsen ikke var operativ i norsk rett: For det første kan det anføres gode grunner for at skattemyndighetene i et slikt tilfelle ikke kunne anvende et klart folkerettsstridig hjemmelsgrunnlag som om ingenting var hendt.⁹⁴⁴ For det annet er ikke Stortingets plikt til å sørge for at norsk skattelovgivning er i overensstemmelse med EØS-rettens krav avgrenset i tid til de årlige budsjett- og lovvedtak.

For domstolsansvaret vil skjæringstidspunktet være tidspunktet da den rettsavgjørelse som i ettertid viser seg å hvile på en uriktig fortåelse av gjeldende EU/EØS-rett, ble avsagt.⁹⁴⁵ Helt frem til dette tidspunkt har dommerne rett og plikt til å ta hensyn til endringer i det EU/EØS-rettslige rettskildebildet. Det er mulig det var dette EFTA-domstolen hadde i tankene da den i *Kolbeinsson* påpekte at en avgjørelse fra EU-domstolen av en viss interesse for det underliggende tolkningssspørsmål i saken, var avsagt *etter* den dom i Islands Høyesteretts som nektet Kolbeinsson erstatning (avsnitt 84). Etter inngripen fra Islands Høyesterett var imidlertid ansvarsspørsmålet i *Kolbeinsson* formulert som et spørsmål om den islandske stats ansvar for mangelfull direktivgjennomføring (snarere enn dens eventuelle ansvar for en EØS-stridig høyesterettsdom). Under denne forutsetning, som EFTA-domstolen aksepterte, måtte skjæ-

⁹⁴² Se nærmere i kapittel 10.

⁹⁴³ Henvisningen i sitatets siste del skal være til EØS-loven § 1.

⁹⁴⁴ Jf. nærmere om folkerettsstrid som ugyldighetsgrunn for forvaltningsvedtak Arnesen/Stenvik 2009 s. 117 flg.

⁹⁴⁵ Jf. for norsk retts vedkommende tvisteloven § 19-4.

ringstidspunktet i saken være ulykkestidspunktet, jf. omtalen ovenfor av skjæringstidspunktet i *Finanger II*. Noen betydning for ansvarsvurderingen fikk dette likevel neppe – det synes ikke å ha vært noen nevneverdig utvikling i rettskildebildet i denne perioden.

I tilfeller hvor det skjer avgjørende endringer i rettskildebildet kort tid før det tidspunkt da staten senest pliktet å avverge eller reparere bruddet som forårsaket skadelidtes tap, må det tas hensyn til at statene i visse tilfeller må innrømmes «rimelig tid» til å etterkomme EU/EØS-rettens krav (jf. punkt 7.7.7.12).

Behovet for å fastlegge et skjæringstidspunkt for ansvarsvurderingen gir grunn til å rette en viss kritikk mot EU-domstolens tilnærming i saker som *FII*, *Thin Cap*, og *Fuß*. I de to førstnevnte antydet EU-domstolen nokså klart at ansvarsbetingende avklaring av EU-rettens føringer for nasjonal skatterett først kom ved avgjørelsene *Verkooijen*, *Lenz* og *Manninen*.⁹⁴⁶ For vurderingen av statens eventuelle erstatningsansvar for ligningsvedtak som ble endelige i tidsrommet etter dommen i *Verkooijen* (6. juni 2000), men før avgjørelsene i *Lenz* og *Manninen* (hhv. 15. juli og 7. september 2004), var dette til lite hjelp.⁹⁴⁷ På tilsvarende vis viste EU-domstolen i *Fuß* til en rekke tidligere avgjørelser for å underbygge oppfatningen av at den aktuelle vaktordningen utgjorde et tilstrekkelig kvalifisert brudd på arbeidstidsbestemmelsene i direktiv 2003/88.⁹⁴⁸ Av disse var tre avsagt forut for det tidsrom som *Fuß*' erstatningskrav omhandlet (1. januar 2004 til 31. desember 2006), mens to ble avsagt underveis i denne perioden. EU-domstolen antydet nokså klart at man nok mente det forelå ansvarsgrunnlag for hele perioden, men i så fall er henvisningene til de to siste avgjørelsene strengt tatt mer villedende enn veiledende.

Etter min oppfatning må EU-domstolens henvisning til etterfølgende rettspraksis i *Fuß*, og da særlig henvisningen til den forenklete behandling av det tilsvarende tolkningsspørsmål i saken *Personalrat der Feuerwehr Hamburg*, forstås som «bevis» for at rettstilstanden alt var avklart på et tidligere tidspunkt. De etterfølgende avgjørelsene utgjør ikke rettskilder for vurderingen av om det materielle tolkningsspørsmål i saken på skjæringstidspunktet fremstod som tilstrekkelig klart til at myndighetenes rettsvillfarelse er ansvarspådragende, men de er likevel relevante som *faktiske omstendigheter*, på lik linje med eventuelle etterfølgende vurderinger fra Kommisjonen, ESA, andre EØS-stater, juridiske forfattere mv. Høyesteretts tilnærming til ansvarsspørsmålet i *Edquist* er illustrerende: Etter å ha presisert skjæringstidspunktet til høsten 2003, trekkes så vel etterfølgende praksis fra EU-domstolen som rettsvitenskape-

⁹⁴⁶ *FII*, avsnitt 216; *CFC*, avsnitt 124. Se nærmere om dette nedenfor under punkt 7.7.7.4.

⁹⁴⁷ Noe som i norsk sammenheng illustreres av ansvarsvurderingen i *Edquist* (avsnitt 97 flg.).

⁹⁴⁸ Jf. *Fuß*, avsnitt 54-57. Se nærmere om dette nedenfor under punkt 7.7.7.4.

lige vurderinger av denne inn i ansvarsvurderingen, men da *som ledd i vurderingen av rettstilstanden på skjæringstidspunktet* (avsnitt 102 flg.). Slike etterfølgende vurderinger vil etter omstendighetene kunne være viktige – det vil utvilsomt være velkomment for skadelidte dersom EU-domstolen, EFTA-domstolen, Kommisjonen, ESA og/eller en rekke andre EØS-stater i ettertid gir uttrykk for at man anså rettstilstanden for avklart på det aktuelle skjæringstidspunkt. Prinsipielt er det likevel grunn til å påpeke sontringen mellom rettskilder som myndighetene måtte ta i betraktning på det kritiske tidspunkt og etterfølgende omstendigheter som «bare» kaster lys over den tidligere rettstilstanden. Denne sontringen må has in mente ved anvendelsen av de etterfølgende betraktninger om de ulike momenter som inngår i ansvarsvurderingen.

7.7.3 Den overtrådte bestemmelsens klarhet

7.7.3.1 Innledning

Det første momentet på EU-domstolens og EFTA-domstolens liste er hvor klar og presis den overtrådte bestemmelsen er. Som betegnelsen «bestemmelse» tilsier, synes dette momentet først og fremst relevant i tilfeller hvor det er spørsmål om overtredelse av skrevne EU/EØS-normer. Selv om statenes erstatningsansvar også omfatter overtredelse av ulovfestet EU/EØS-rett, synes det mindre naturlig å tilnærme seg slike tilfeller med utgangspunkt i hvor «klar og presis» den ulovfestete regelen er.⁹⁴⁹

Før EU-domstolens rettspraksis analyseres nærmere, kan det under henvisning til generaladvokat Jacobs innstilling i *Lindöpark* være grunn til å påpeke at vurderingen her ikke må forveksles med kravet til at en EU-rettslig bestemmelse er så klar og presis at den kan tillegges direkte virkning (avsnitt 62):

«A distinction should be drawn between the need for a provision to be clear, precise and unconditional in order to have direct effect and the factor of clarity and precision to be taken into account when considering whether the breach of a provision is sufficiently serious to give rise to liability on the part of the State. In the former case, the possible need for clarification by interpretation is no bar to direct application by the courts. In the latter case, the focus is on the breach itself and whether the act or omission involved was of a kind whose inconsistency with the Community law provision in question cannot be doubted. If so, unless there is doubt as to the application of that provision in the particular circumstances in issue, the breach will be clear-cut and thus normally sufficiently serious»

⁹⁴⁹ I praksis vil overtredelse av en ulovfestet EU/EØS-regel vanskelig kunne karakteriseres som tilstrekkelig kvalifisert før EU-domstolen har stadfestet den ulovfestede regelens eksistens, noe som igjen leder til at ansvarsvurderingen i slike tilfeller ender opp som en vurdering av betydningen av EU-domstolens praksis (jf. punkt 7.7.7).

Det følger av dette at rettspraksis knyttet til spørsmålet om en EU-rettslig bestemmelse er så klar og presis at den kan tillegges direkte virkning, vil være av begrenset interesse i erstatningsrettslig sammenheng. Med tanke på ansvarsvurderingen, er det grunn til å merke seg generaladvokaten synes å legge terskelen nokså høyt – det er først dersom den overtrådte bestemmelsen er så klar og presis at overtredelsen «cannot be doubted», og derfor fremstår som «clear-cut», at bruddet vil lede til ansvar.

Dersom man skal komme nærmere inn på den erstatningsrettslige betydningen av den overtrådte bestemmelsens klarhet, er det påkrevd med en analyse av de eksempler hvor EU-domstolen har vektlagt dette momentet i den ene eller annen retning. Heller enn en oppstilling av alle de tilfeller hvor EU-domstolen generelt har vist til den overtrådte bestemmelsens klarhet som et relevant moment, vil det i det følgende bli foretatt en nokså inngående vurdering av enkelte særlig relevante avgjørelser, supplert med to avgjørelser fra EFTA-domstolen (*Sveinbjörnsdóttir* og *HOB-vín*).

Høyesteretts flertall i *Finanger II* synes avvisende til behovet for en slik fremgangsmåte. Under henvisning til at direktivets ordlyd var «svært klar» og at EU-domstolen ikke syntes å ha vært «i synderlig tvil» om tolkningen, argumenterte staten for at bl.a. EU-domstolens dom i *British Telecommunications* tilsier at terskelen for ansvar generelt ligger høyt (avsnitt 65). På vegne av flertallet avviste førstvoterende dette *uten selv å foreta noen vurdering av den overtrådte direktivbestemmelsen*: «Domstolens vurdering av feilen må etter min mening legges til grunn» (avsnitt 66). Med en slik tilnærming til EU-domstolens rettspraksis kommer man imidlertid ikke lenger enn til å konstatere det nokså selvsagte at staten ikke kan holdes erstatningsansvarlige for feiltolkning av bestemmelser som EU-domstolen selv vurderer som upresise. Veiledning for ansvarsvurderingen ved brudd på andre bestemmelser i fremtidige erstatningssaker får man først dersom man, i tråd med mindretallets tilnærming i *Finanger II*, foretar en nærmere vurdering av den overtrådte bestemmelsen og dermed grunnlaget for EU-domstolens eventuelle karakteristikk av den som for upresis til å utløse erstatningsansvar (se avsnitt 114-116).

7.7.3.2 *British Telecommunications*

Et tidlig eksempel på en sak hvor den overtrådte bestemmelsens (u)klarhet synes å ha blitt tillagt avgjørende vekt, er *British Telecommunications*. EU-domstolen uttalte at artikkel 8 første ledd i direktiv 90/531/EØF om fremgangsmåten ved anbud innenfor vann- og energiforsyning samt transport og telekommunikasjon var «upræcis» og «med rimelighed åbnede mulighed for den fortolkning, som Det Forenede Kongerige i god tro anlagde på grundlag af argumenter, der ikke savner enhver relevans» (avsnitt 43). I følge EU-domstolen var britiske myndigheters forståelse av bestemmelsen «ikke åbenbart i strid med direktivets ordlyd eller dets formål» (avsnitt 43).

Feilen ved gjennomføringen av direktiv 90/531/EØF i britisk rett var knyttet til at myndighetene selv hadde fastlagt hvilke tjenester fra en ordregiver som var unntatt fra direktivet i henhold til artikkel 8. Som EU-domstolen påpekte ved drøftelsen av dette

spørsmålet, fremgikk det av direktivets artikkel 8 nr. 2 at det var ordregiverne som skulle meddele Kommissjonen alle tjenestekategorier som de selv mente var omfattet av unntaket. Noen tilsvarende meldeplikt var ikke pålagt statene, noe som nokså klart tilsa at det ikke var meningen at de skulle detaljregulere spørsmålet (i så tilfellet ville jo ikke Kommissjonen få kjennskap til praksis og dermed heller ikke kunne overvåke anvendelsen av unntaket i de ulike statene). Ordlyden i direktivet gav derfor ingen holdepunkter for den britiske fortolkningen, snarere tvert i mot.⁹⁵⁰

Når EU-domstolen likevel fant at den britiske gjennomføringen ikke var i åpenbar motstrid til direktivets ordlyd (eller formål), må dette trolig sees i sammenheng med de generelle kravene til statenes lojale gjennomføring av direktiver. Generaladvokat Tesauro viste i denne sammenheng til statenes plikt til «at træffe alle foranstaltninger, der er nødvendige for at sikre direktivet fuld virkning i overensstemmelse med dets formål», samt at gjennomføring i henhold til EU-domstolens rettspraksis skal skje «ved udstedelsen af utvivlsomt bindende regler, der ... udgør bestemte, klare regler, der opfylder kravet om retssikkerhed».⁹⁵¹

Mot en slik bakgrunn er det lettere å følge EU-domstolens tilnærming i dommen. Situasjonen synes å ha vært den at britiske myndigheter lojalt hadde forsøkt å etterkomme EU-domstolens krav til gjennomføring av direktivet i form av bindende regler. På sett og vis kan man si at Storbritannia hadde vært *for* pliktoppfyllende – man var av den oppfatning at gjennomføringen ikke kunne overlates til ordregiverne selv å avgjøre hvilke tjenestekategorier de mente var omfattet av unntaket «as this would, in all probability have led to conflicting assessments in similar cases and would inevitably have jeopardized the requirement of legal certainty».⁹⁵² Direktivets løsning var slik sett noe uvanlig – snarere enn å involvere nasjonale myndigheter ble disse forutsatt å forholde seg passive og overlates gjennomføringen på dette punkt til ordregiverne selv. De britiske innvendingene knyttet til «the requirement of legal certainty» er forutsatt ivaretatt ved håndhevelsesdirektivet (92/13/EØF), som bl.a. sikrer at potensielle anbydere kan anlegge søksmål i nasjonale domstoler for å overprøve ordregivernes vurdering av hvilke unntak artikkel 8 i direktiv 90/531/EØF gir rom for. Så vel generaladvokaten som EU-domstolen trakk håndhevelsesdirektivet inn i tolkningen av direktiv 90/531.⁹⁵³ Dette direktivet ble imidlertid først vedtatt 25. februar 1992, samme

⁹⁵⁰ Jf. nærmere generaladvokat Tesauros innstilling, som på dette punkt er langt grundigere enn EU-domstolens dom (se avsnitt 9 flg.). Generaladvokaten uttalte bl.a. at «[t]here is nothing in the literal wording of Article 8(1) of the directive that would appear to support the argument that the Member States themselves have the right to determine which services and operators are excluded from the scope of the directive» og at britiske myndigheters tolkning ville lede til at meldeplikten i annet ledd ble «utterly meaningless» (avsnitt 10-11).

⁹⁵¹ Ibid, avsnitt 13 (med videre henvisninger til rettspraksis).

⁹⁵² Jf. gjengivelsen av den britiske regjeringens argumentasjon i generaladvokatens innstilling, avsnitt 16.

⁹⁵³ Jf. hhv. avsnitt 16 i generaladvokatens innstilling og dommens avsnitt 26.

år som den britiske gjennomføringen av direktiv 90/531. I erstatningsrettslig sammenheng måtte den britiske gjennomføringen av direktiv 90/531 rimeligvis vurderes ut fra det rettskildebildet som forelå på gjennomføringstidspunktet.⁹⁵⁴

Om man legger til at flere andre stater delte Storbritannias forståelse av direktivet, at det ikke forelå veiledning i EU-domstolens praksis samt at Kommisjonen ikke hadde reagert på den britiske gjennomføringen, kan neppe utfallet karakteriseres som særlig overraskende. Dette gjelder særlig om man legger til at det ikke var noe i saken som tydet på at Storbritannia på noe vis hadde søkt å ivareta nasjonale særinteresser på tvers av direktivets formål (jf. nærmere i punkt 7.8.3). Samlet fremstår *British Telecommunications* som en sak hvor den overtrådte bestemmelsens ordlyd alene nok trakk i retning av ansvar, men hvor dette ble oppveid av andre momenter.⁹⁵⁵

7.7.3.3 *Brinkmann*

I *Brinkmann* var det spørsmål om danske myndigheters erstatningsansvar for uriktig klassifisering av et tobakksprodukt som sigaretter i stedet for «røgtobakk», noe som medførte høyere avgifter. EU-domstolen kom til at danske avgiftsmyndigheters klassifisering av produktet «Westpoint» som sigaretter var i strid med i direktiv 79/32/EØF artikkel 3 første ledd fordi tobaksrullene ikke kunne røykes «som de er», men først måtte enten skyves inn i et sigarettpapirhylster eller innhylles i et alminnelig sigarettpapir. Spørsmålet videre var da om den danske stat kunne holdes erstatningsansvarlig for det forhold at avgiftsklassifiseringen førte til at produktet ble tvunget ut av det danske markedet.⁹⁵⁶ EU-domstolen formulerte dette som et spørsmål om «de danske myndigheder, når henses til den klare og præcise karakter af de relevante bestemmelser i andet direktiv, har overtrådt dem på en tilstrækkelig kvalificeret måde» (avsnitt 30). Under henvisning til generaladvokat Jakobs innstilling ble imidlertid spørsmålet om ansvarsgrunnlag besvart benektende (avsnitt 31):

«Dette findes ikke at være tilfældet i hovedsagen. Som generaladvokaten har understreget i punkt 31 i forslaget til afgørelse, svarer Westpoint ikke nøjagtigt til nogen af de relevante definitioner i direktivet. Der er derimod tale om et produkt, som ikke fandtes, da andet direktiv blev udstedt, og som for forbrugerne skulle have en cigarets fordele og samtidig drage fordel af den lavere afgift på røgtobak. De danske myndigheders fortolkning af de relevante definitioner findes herefter ikke at

⁹⁵⁴ Eller riktigere: Tidspunktet da den uriktige gjennomføringslovgivningen påførte British Telecommunications et tap, jf. punkt 7.7.2 ovenfor.

⁹⁵⁵ Etter min oppfatning er det derfor lite treffende når staten og Høyesteretts mindretall i *Finanger II* tar dommen til inntekt for en særlig høy ansvarsterskel (se hhv. avsnitt 65 og 116). Staten gjentok dette i *Personskadeforbundet* (se avsnitt 49), men uten Høyesterett gikk inn på spørsmålet.

⁹⁵⁶ Det satte en ekstra spiss på saken at det aktuelle direktivet ikke var gjennomført i dansk rett, men dette ble likevel ikke tillagt noen vekt av EU-domstolen under henvisning til at danske forvaltningsmyndigheter hadde opptrådt som om direktivet var gjennomført, se nærmere om dette i kapittel 8, punkt 8.5.

have været i åbenbar strid med ordlyden af andet direktiv og navnlig ikke med det mål, der tilsigtes med direktivet. Hertil kommer, at både den finske regering og Kommissionen har anlagt samme fortolkning.»

Den omstendighet at EU-domstolen karakteristikk av de overtrådte direktivbestemmelsenes «klare og præcise karakter» ikke var tilstrekkelig til å statuere ansvar, kan tyde på at det skal mye til før EU-domstolen konkluderer med at en stats tolkning er «i åbenbar strid med ordlyden». Det var derfor knapt noen overraskelse at staten i *Finanger II* tok *Brinkmann* til inntekt for at terskelen for ansvar generelt ligger høyt: Etter statens syn var ordlyden i direktivet «svært klar» (se avsnitt 65). Høyesteretts flertall avviste statens tolkning av *Brinkmann*, men, tilsvarende som ved vurderingen av *British Telecommunications*, uten å foreta noen egen vurdering av ordlyden i de overtrådte bestemmelsene. Førstvoterende nøyde seg i stedet med å vise til at produktet ikke fantes da direktivet ble utstedt, og at Finland og Kommisjonen hadde tolket direktivet på samme måte som Danmark, noe som etter hennes oppfatning tilsa at det ikke var «spesielt oppsiktsvekkende» at det ikke ble konstatert grunnlag for ansvar (avsnitt 66). Forståelse av den overtrådte bestemmelses klarhet som moment i ansvarsvurderingen som interesserer, fordrer imidlertid en nærmere analyse av hvorfor EU-domstolen var av den oppfatning at den uriktige tolkningen av «klare og præcise» direktivbestemmelser ikke var «i åbenbar strid med ordlyden».

Direktiv 79/32/EØF inneholdt i artikkel 3 første ledd det som EU-domstolen karakteriserte som «en præcis definition af begrepet cigaretter»: «Som cigaretter betragtes tobaksruller, der kan ryges, som de er, og som ikke i henhold til artikel 2 er cigarer eller cigarillos». Det var ubestridt at produktet Westpoint oppfylte første og tredje vilkår i denne definisjonen, men det var omtvistet om tobakksrullene kunne røykes «som de er». Ut fra en ren ordlydsfortolkning var det nokså klart at dette måtte besvares benektende – de aktuelle tobakksrullene måtte enten skyves inn i et sigarettpapirhylster eller innhylles i et alminnelig sigarettpapir før de kunne røykes. Til forsvar for sin oppfatning av at produktet Westpoint likevel måtte klassifiseres som sigaretter anførte imidlertid de danske skattemyndighetene, med støtte fra den finske regjering, at visse sigarer ikke kan røykes uten at forbrukerne klipper spissen av, men at de likevel utvilsomt falt inn under definisjonen av sigarer som tobakksruller som kan røykes «som de er» i direktivets artikkel 2. Dette forsøket på å vise at vilkåret «som de er» ikke kunne forstås bokstavelig var nokså anstrengt og ble kontant avvist av EU-domstolen (avsnitt 19-20): Selv om spissen må klippes av en sigar før den kan røykes, så er en sigar, til forskjell fra tobakksrullene i den aktuelle saken, et ferdig produkt.

At EU-domstolen i ansvarsvurderingen likevel vek tilbake fra å betegne danske myndigheters fortolkning av direktivet som «i åbenbar strid med ordlyden» må trolig sees i sammenheng med at de aktuelle tobakksrullene heller ikke fremstod som tradisjonell «røgtobak» i henhold til definisjonen i direktivets artikkel 4 første ledd. Dette fremgår

ikke særlig klart av dommen, men generaladvokat Jacobs fremhevet at Westpoint ikke svarte nøyaktig til noen av de relevante definisjoner i direktivet: «Produktet falder så at sige mellem to stole».⁹⁵⁷ Westpoint var utviklet nettopp for å utnytte den avgiftsmessige forskjellsbehandlingen av sigaretter og røyketobakk: Av patentbeskrivelsen fremgikk det at produktet søkte å forene «den gunstigere skattemessige ansættelse af røgtobak» med «de fordele, som cigaretter frembyder for forbrugeren». For EU-domstolen argumenterte Kommisjonen og den finske regjering for at dette tilsa en utvidende fortolkning av direktivets sigarettdefinisjon, men EU-domstolen avviste dette. Selv om også generaladvokat Jacobs var av den oppfatning at produktet ikke kunne klassifiseres som sigaretter, så påpekte han at spørsmålet etter hans oppfatning var tvilsomt. Han viste også til at en etterfølgende endring av direktivet gjorde det klart at Rådet var av den oppfatning at klassifisering av Westpoint som sigaretter var i samsvar med direktivets formål.⁹⁵⁸ Også EU-domstolen vektla dette da den i ansvars vurderingen fremhevet at den danske forståelsen «navnlig» ikke var i strid med direktivets formål (avsnitt 31).

Det gir derfor et feilaktig inntrykk av *Brinkmann* dersom oppmerksomheten alene rettes mot feiltolkningen av det isolert sett nokså klare vilkåret «som de er» i definisjonen av sigaretter. Tilsvarende som *British Telecommunications* bør dommen anses som en sak hvor den overtrådte bestemmelsens ordlyd alene nok trakk i retning av ansvar, men hvor dette ble oppveid av andre momenter som alle tilsa ansvarsfrihet.⁹⁵⁹

7.7.3.4 *Sveinbjörnsdóttir*

Samtlige avgjørelser hvor EFTA-domstolen har uttalt seg som ansvars vurderingen inneholder en henvisning til «the clarity and precision» av den overtrådte bestemmelse.⁹⁶⁰ Inntil *HOB-vín* (se punkt 7.7.3.7) var det imidlertid ingen eksempler på at EFTA-domstolen gikk nærmere inn på betydningen av dette momentet. En tidligere sak som likevel fortjener nærmere omtale fordi det nok med fordel kunne vært knyttet noen merknader til den overtrådte bestemmelsens klarhet, er *Sveinbjörnsdóttir*.

Det materielle spørsmål i saken var om det var forenlig med konkursgarantidirektivet (80/987/EØF) å unnta *Sveinbjörnsdóttir* fra lønngarantiordningen under henvisning til at hennes bror eide 40 prosent av aksjene i maskinverkstedet hvor hun hadde vært

⁹⁵⁷ Innstilling i *Brinkmann*, avsnitt 31. At også domstolen nok var oppmerksom på dette fremgår bl.a. av at det i ansvars vurderingen benyttes flertallsformen «de relevante definitioner» (avsnitt 31).

⁹⁵⁸ Innstilling i *Brinkmann*, avsnitt 32.

⁹⁵⁹ Det er derfor etter min oppfatning lite treffende når staten i *Finanger II* tok dommen til inntekt for en særlig høy ansvarsterskel, se avsnitt 65.

⁹⁶⁰ *Sveinbjörnsdóttir*, avsnitt 69; *Karlsson*, avsnitt 38; *Nguyen*, avsnitt 33; *Kolbeinsson*, avsnitt 82; *HOB-vín*, avsnitt 129.

ansatt. I egenskap av deleier var broren selv klart nok unntatt, men spørsmålet var om det tilknyttede islandske unntaket for «his/her direct relative» i punkt 24 i vedlegg XVIII til EØS-avtalen omfattet søsken. For EFTA-domstolen viste det seg at de ulike språkversjonene brukte ulike uttrykk som dels kunne sies å omfatte søsken, dels ikke. I følge EFTA-domstolen var den engelske formuleringen «direct relative» ikke helt presis, men «on a wide interpretation» likevel «capable of including siblings» (avsnitt 25). Dette var i samsvar med flertallet av språkversjonene, mens det i den islandske, finske, franske, tyske, greske og spanske versjonen var benyttet «more specific and restrictive terms to include only relatives in direct line of ascent or descent» (avsnitt 26). EFTA-domstolen tok som utgangspunkt at man i et slikt tilfelle bør forsøke å finne frem til den fortolkning som har «the broadest basis in the various language versions» (avsnitt 28). I et tilfelle som det foreliggende, hvor det var spørsmål om fortolkningen av et særskilt islandsk unntak i en situasjon hvor direktivet gav statene en viss frihet til å etablere unntak fra lønnsgarantiordningen, mente imidlertid EFTA-domstolen at det var naturlig å legge større vekt på hva forhandlingspartene var enige om ved utformingen av Islands unntak. Gitt at EFTA-domstolen tidligere i avgjørelsen påpekte at forhandlingene foregikk på engelsk (avsnitt 25), skulle man tro at domstolens egen tolkning av den engelske formuleringen ville være utslagsgivende. Under henvisning til at den engelske versjonen var uklar og at den islandske formuleringen «ættingi í beinan legg» klart var begrenset til slektninger i direkte opp- eller nedstigende linje, konkluderte imidlertid EFTA-domstolen med at det islandske unntaket ikke omfattet søsken (avsnitt 30-32).⁹⁶¹

I lys av uttalelsene om de overtrådte bestemmelsenes klarhet i *British Telecommunications* og *Brinkmann* kunne man forvente at EFTA-domstolen trakk de motstridende språkversjonene inn i ansvarsvurderingen. EFTA-domstolen nøyde seg imidlertid med en generell henvisning til betydningen av «the clarity and precision of the rule breached» og overlot den nærmere vurderingen til islandske domstoler.⁹⁶²

I Island kom så vel Reykjavik herredsrett som Hæstiréttur Islands til at den islandske stat var erstatningsansvarlig for Sveinbjörnsdóttirs tap. Ifølge byretten var det:

«... tale om en ret enkel og let forståelig tekst. Ud fra den var det forholdsvis nemt at se, at ifølge den var der en gruppe lønmodtagere som nød rettigheder ifølge direktivet, men var ekskludert fra

⁹⁶¹ Som påpekt av Eyjólfsson 2000 s. 200 ville det gitt en mer overbevisende begrunnelse for dette standpunktet dersom EFTA-domstolen, i overensstemmelse med EU-domstolens tilnærming, i stedet hadde vist til direktivets formål: beskyttelse av lønsmottagere som Sveinbjörnsdóttir.

⁹⁶² *Sveinbjörnsdóttir*, avsnitt 69. EFTA-domstolen kunne følgelig unngått prinsippsspørsmålet om EØS-ansvarets eksistens ved å vise til at man som følge av de tvetydige språkversjonene uansett ikke stod overfor noe tilstrekkelig kvalifisert brudd, jf. Jervell 2002 s. 131-132. Det er neppe utenkelig at EFTA-domstolens tilbakeholdenhet i selve ansvarsvurderingen skyldes at man ville unngå at prinsipputtalelsene om ansvarets eksistens endte opp som et obiter dictum.

betalinger fra Lønmodtagernes Garantifond. Hvad enten der her drejer sig om lovvildfarelse eller skødesløshed ved ikke at gå de islandske lovbestemmelser efter i sømmene for at komme frem til det rigtige resultat, så anser retten at begge disse grunde, sådan som de er fremsat her, skyldes dadelværdig skødesløshed, som hver for sig skaber grundlag for at erstatningspligt anses at være til stede hvad dette angår.»⁹⁶³

Herredsrettens dom ble opprettholdt i Hæstiréttur Islands. Hæstiréttur gikk ikke inn på vurderingen av den overtrådte bestemmelsens klarhet, men nøyde seg med å slå fast at staten «i væsentlig grad» hadde sviktet sin forpliktelse overfor Sveinbjörnsdóttir, og derfor var ansvarlig etter «de almene regler om det offentliges erstatningsansvar.»⁹⁶⁴

Analysen av de to islandske rettsavgjørelsene i Sveinbjörnsdóttir-saken vanskeliggjøres av at det ikke er særlig klart om ansvarsvurderingen bygger på den EØS-rettslige terskelen «tilstrekkelig kvalifisert brudd» eller på en avvikende (og da forutsetningsvis lavere) ansvarsterskel i henhold til islandsk erstatningsrett. Vurdert ut fra det EU/EØS-rettslige ansvarsgrunnlaget synes det forholdsvis klart at så vel Reykjavik byrett som Hæstiréttur Islands stilte lavere krav til den overtrådte bestemmelsens klarhet enn EU-domstolen i *British Telecommunications*, *Denkavit* og *Brinkmann*.⁹⁶⁵

7.7.3.5 Robins

Robins er ytterligere ett eksempel på en sak hvor den overtrådte bestemmelsens ordlyd stod sentralt i ansvarsvurderingen.

Konkret reiste saken spørsmål om britiske myndigheters erstatningsansvar for mangelfull gjennomføring av artikkel 8 i EUs konkursgarantidirektiv (direktiv 80/987/EØF, nå erstattet av direktiv 2008/94). Etter konkursgarantidirektivet artikkel 8 plikter statene å sikre:

«at de nødvendige foranstaltninger træffes for at beskytte interesser hos arbeidstagere og personer, der allerede havde forladt arbejdsgiverens virksomhed eller bedrift på datoen for dennes insolvens, for så vidt angår erhvervet ret eller delvis erhvervet ret til ydelser i forbindelse med alderdom, herunder ydelser til efterladte, i henhold til supplerende faglige eller tværfaglige forsikringsordninger, som ikke er omfattet af nationale lovbestemte sociale sikringsordninger.»

Artikkel 8 innebærer ikke at statene nødvendigvis selv må finansiere en ordning for å beskytte tidligere ansattes pensjonsrettigheter ved arbeidsgivers insolvens. Forpliktelsene vil for eksempel kunne oppfylles gjennom pålegg om forsikringsordninger eller

⁹⁶³ Upublisert dom 18. mars 1999 fra Héraðsdómur Reykjavíkur. Sitatet er hentet fra en uoffisiell dansk oversettelse. Karakteristikken av den overtrådte bestemmelsen som «en ret enkel og let forståelig tekst» må være basert på den islandske språkversjonen alene – i motsatt fall er den vanskelig å forstå.

⁹⁶⁴ Islands Høyesteretts dom 16. desember 1999 i ankesak 236/1999. Omtalen i det følgende baserer seg på en uoffisiell dansk oversettelse.

⁹⁶⁵ Som her Jervell 2002 s. 134.

opprettelse av en garantiinstitusjon. Som påpekt av EU-domstolen (avsnitt 35-38) er følgelig statene overlatt skjønnsfrihet.

Bakgrunnen for erstatningssøksmålet i *Robins* var den omstendighet at saksøkerne, flere tidligere ansatte i selskapet ASW, endte opp med å få dekket bare mindre deler av deres opptjente pensjonsrettigheter fra selskapets pensjonskasse da selskapet gikk konkurs. Den britiske gjennomføringen av direktivet gikk i hovedsak ut på at arbeidsgiver skulle opprette og betale inn til en separat pensjonskasse, som i tilfelle konkurs var beskyttet mot kreditorbeslag. I tilfellet pensjonskassens midler ikke strakk til, ville visse ytelser kunne kreves utbetalt av National Insurance Fund.⁹⁶⁶ Bobehandlingen etter konkursen i ASW avslørte betydelig underdekning i selskapets to pensjonskasser. Begrensningene i den offentlige garantiordningen ledet til at en av saksøkerne i hovedsaken, *Robins* selv, bare ville få dekket omkring 20 prosent av sine pensjonsrettigheter.

Det materielle spørsmål i saken var kort og godt om den britiske lovgivningen var i samsvar med konkursgarantidirektivet artikkel 8. For EU-domstolen anførte Storbritannia, støttet av Irland, Nederland og Kommisjonen, at direktivet ikke foreskriver fullstendig beskyttelse av arbeidstakernes pensjonsrettigheter, bare en minimumsbeskyttelse av arbeidstakernes «interesser». Generaladvokat Kokott avviste denne fortolkningen,⁹⁶⁷ men uten å overbevise EU-domstolen: Etter domstolens oppfatning kan det ikke av plikten til å sikre arbeidstakernes interesser utledes noe krav til full sikring av opptjente pensjonsrettigheter (avsnitt 35-46). Med tanke på den konkrete saken var imidlertid domstol og generaladvokat enig i at den britiske lovgivningen var utilstrekkelig. Selv om EU-domstolen uttalte at verken artikkel 8 eller noen annen bestemmelse i direktivet gjorde det mulig «præcist at fastlægge det minimumsniveau, der kræves for beskyttelsen af retten til ydelser i henhold til supplerende forsikringsordninger», så var den britiske modellen, hvor arbeidstakere som saksøkerne var sikret mindre enn halvparten av deres opptjente pensjonsrettigheter, ikke forenlig med forpliktelsen til å beskytte arbeidstakernes interesser.⁹⁶⁸

Usikkerheten knyttet til fortolkningen av direktivets artikkel 8 forplantet seg inn i ansvarsvurderingen: EU-domstolen viste til at High Court of Justice måtte ta i betraktning «hvor klar og præcis direktivets artikkel 8 er for så vidt angår det beskyttelsesni-

⁹⁶⁶ Avsnitt 10-24 i dommen inneholder en nærmere redegjørelse for de ulike elementene i den nokså komplekse britiske gjennomføringslovgivningen.

⁹⁶⁷ Innstilling i *Robins*, avsnitt 54 flg., jf. avsnitt 37.

⁹⁶⁸ *Robins*, avsnitt 54-62, jf. også avsnitt 72 i generaladvokat Kokotts innstilling. Saken er en interessant kontrast til EFTA-domstolens vurdering i sak E-16/11, *ESA mot Island («Icesave»)*, dom 28. januar 2013, hvor EFTA-domstolen vek tilbake fra å utlede noen liknende resultatforpliktelse av innskuddsgarantidirektivet (94/19/EF).

veau, som er påkrævet» (avsnitt 78). Domstolen understreket i denne forbindelse at verken partene i saken, de stater som hadde avgitt innlegg eller Kommisjonen hadde vært i stand til å gi noe svar på hvilken minimumsbeskyttelse direktivet krever, før den gjentok at «hverken direktivets artikkel 8 eller nogen anden bestemmelse heri [inneholder] elementer, der gør det muligt præcist at fastsætte det minimumsniveau, der kræves for beskyttelsen af retten til ydelser» (avsnitt 79-80). Selv om den endelige vurdering av ansvarsspørsmålet ble overlatt til engelske domstoler, er det liten tvil om at EU-domstolen var av den oppfatning at det ikke forelå noe tilstrekkelig kvalifisert brudd.⁹⁶⁹

Det kan innvendes mot resonnementet i *Robins* at EU-domstolen selv fant direktivet til hinder for en ordning hvor arbeidstakere var sikret mindre enn halvparten av deres opptjente pensjonsrettigheter. Selv om EU-domstolen ikke uttalte seg generelt om hvilken minimumsbeskyttelse direktivet krever, så er i alle tilfelle en dekningsgrad på 49 prosent utilstrekkelig. For *Robins*, som bare ville få dekket omkring 20 prosent av de pensjonsrettigheter hun hadde opparbeidet, medførte dette en dekning langt under det minstemål som EU-domstolen utledet av ordlyden «beskytte» i direktivets artikkel 8. Fra *Robins* perspektiv er det vel nærliggende å spørre hvorfor usikkerhet knyttet til den eksakte fastleggelse av beskyttelsesnivået avskar hennes erstatningskrav i en situasjon det vanskelig kunne hevdes at den britiske lovgivningen med rimelighet kunne sies å «beskytte» hennes interesser knyttet til opparbeidete pensjonsrettigheter? Hva om hun bare var sikret en dekningsgrad på 10 eller kanskje bare 5 prosent? Ville den ansvarlige stat også i et slikt tilfelle gå fri fordi det var usikkert om det påkrevde beskyttelsesnivå lå i over- eller underkant av 50 prosent?

Uttalelsene om ansvarsspørsmålet i *Robins* etterlater et visst inntrykk av at EU-domstolen helt generelt ville avklare at manglene ved den britiske garantiordningen etter domstolens oppfatning ikke var av en slik karakter at Storbritannia ville kunne holdes erstatningsansvarlig. Oppmerksomheten burde imidlertid da vært rettet mot andre tolkningsproblemer enn usikkerheten knyttet til det eksakte beskyttelsesnivået. For EU-domstolen anførte Storbritannia (og Irland) at det ikke kunne utledes noen resultatforpliktelse overhodet av direktivets artikkel 8 – statenes forpliktelser måtte anses ivaretatt så lenge de hadde sørget for en ordning med separate pensjonskasser som var beskyttet mot kreditorbeslag. Videre argumenterte den britiske regjering med at inngrep i pensjonsrettighetene forårsaket av underfinansiering av en pensjonskasse uansett ikke var omfattet av direktivet fordi dette ikke var et inngrep som skyldes arbeidsgivers insolvens. Generaladvokat Kokott avviste begge disse innvendingene,

⁹⁶⁹ Jf. også henvisningen i dommens avsnitt 81 til at Kommisjonen i en vurdering av medlemsstatenes gjennomføring av direktivet hadde uttalt at den britiske gjennomføringen «synes at oppfylde kravene i artikkel 8», jf. nærmere nedenfor under punkt 7.7.6. Det har ikke lyktes å spore opp noen endelig dom i saken fra High Court of Justice, noe som nok tilsier at søksmålet ble oppgitt etter at EU-domstolens svar forelå.

men i ansvarsvurderingen vedgikk hun at den britiske forståelsen ikke fremstod som «urimelig».⁹⁷⁰ Også generaladvokaten helte derfor at den mangelfulle gjennomføringen av direktivets artikkel 8 i Storbritannia ikke kunne karakteriseres som tilstrekkelig kvalifisert, og mot hennes resonnement kan det ikke rettes de samme innvendinger som mot EU-domstolens.

7.7.3.6 *Synthon*

Synthon er ytterligere et eksempel på en sak hvor den overtrådte bestemmelsens klarhet alene ble ansett tilstrekkelig til å konstatere at det forelå ansvarsgrunnlag. Saken reiste spørsmål om britiske myndigheters erstatningsansvar for avslag på søknad om å få godkjent et legemiddel. Søknaden ble avslått til tross for at legemiddelet allerede var godkjent av det danske legemiddelverket. EU-domstolen slo fast at en slik overprøving var uforenlig med prinsippet om gjensidig anerkjennelse nedfelt i artikkel 28 i direktiv 2001/83. Det er bare dersom det foreligger en risiko for folkehelsen at artikkel 28 gjør unntak fra plikten til å anerkjenne godkjenninger utstedt fra legemiddelmyndighetene i andre EØS-stater, og da bare i overensstemmelse med prosedyren nedfelt i artikkel 29. I den foreliggende sak var dette ikke aktuelt – bakgrunnen for det britiske legemiddelverkets overprøving av den danske godkjenningen var en uenighet om virkestoffet i det aktuelle legemiddelet var identisk med virkestoffet i et allerede godkjent legemiddel og derfor selv kunne godkjennes etter en forenklet prosedyre.

I ansvarsvurderingen nøyde EU-domstolen seg med å vise til at direktivets artikkel 28 bare gir statene «en meget begrenset skønsbeføyelse» og at prosedyreregelen i direktivets artikkel 29 «klart og præcist» utelukker at nasjonale myndigheter kan avvise gjensidig anerkjennelse av et legemiddel «uden forinden at have indledt den i bestemmelsen omhandlede procedure» (avsnitt 41-42). Under henvisning til *Lindöpark* og *AGM* konkluderte domstolen med at myndighetenes manglende anerkjennelse av den danske godkjennelsen representerte et tilstrekkelig kvalifisert brudd på direktivet.

7.7.3.7 *HOB-vín*

Et første eksempel fra EFTA-domstolens praksis på en sak hvor den overtrådte bestemmelsens klarhet alene ble ansett tilstrekkelig til å konstatere at det forelå ansvarsgrunnlag, gir *HOB-vín*. Saksforholdet er alt kort omtalt i kapittel 6, punkt 6.5.4. Den omstendighet at EFTA-domstolen i ansvarsvurderingen valgte å rette all oppmerksomhet mot islandske myndigheters brudd på medleplikten i direktiv 2000/13/EF artikkel 19, leder til at vurderingen langt på vei er en parallell til *Synthon*. Under hen-

⁹⁷⁰ Innstilling i *Robins*, avsnitt 95-96.

visning til at meldeplikten var «clear and unequivocal» (avsnitt 134), konstanterte EFTA-domstolen at det forelå et tilstrekkelig kvalifisert brudd. Dette er en vurdering som det er lett å slutte seg til, men nettopp av den grunn kan saken knapt betegnes som noe grensetilfelle.

7.7.3.8 Nærmere om vurderingen

Som vist inneholder særlig EU-domstolens praksis flere eksempler på erstatningssaker hvor den overtrådte bestemmelsens klarhet står sentralt i ansvarsvurderingen. I avgjørelsene *British Telecommunications*, *Brinkmann* og *Robins* bidro manglende klarhet og presisjon knyttet til den overtrådte bestemmelse til at statene gikk fri,⁹⁷¹ mens *Synthon* og *HOB-vín* er eksempler på det motsatte.⁹⁷²

Forsøk på å sammenlikne domstolenes tilnærming til den overtrådte bestemmelsens klarhet i de ovennevnte avgjørelsene vanskeligjøres av at ordlyden bare er ett av flere momenter i ansvarsvurderingene. *Synthon* og *HOB-vín* synes å være enslige eksempler på at de overtrådte bestemmelsene var så klare og presise at hhv. EU-domstolen og EFTA-domstolen ikke fant grunn til å trekke andre momenter inn i vurderingen. *British Telecommunications* og *Brinkmann* er eksempler på avgjørelser hvor EU-domstolen la vekt på at myndighetenes tolkning ikke var i åpenbar strid med direktivbestemmelsenes ordlyd, men hvor en nærmere analyse av sakene tilsier at det trolig var andre momenter som var avgjørende for at statene gikk fri.

Selv om det ikke kommer til uttrykk i avgjørelsene, er det klart nok at vektlegging av den overtrådte bestemmelsens klarhet og presisjon som et moment i ansvarsvurderingen forutsetter *sammenfall mellom den naturlige språklige forståelse av den overtrådte bestemmelse og den tolkning av bestemmelsen som må legges til grunn når samtlige relevante tolkningsfaktorer er tatt med i betraktningen*. Dersom det ikke er sammenfall mellom den naturlige språklige forståelse av bestemmelsen og den ferdig tolkede rettsregelen, er det uten interesse at ordlyden isolert sett kan karakteriseres

⁹⁷¹ Et liknende eksempel er *Denkavit*, hvor generaladvokat Jacobs knyttet fraværet av et tilstrekkelig kvalifisert brudd til den oppfatning at tyske myndigheters tolkning av den overtrådte direktivbestemmelsen «can [not] be said to be manifestly contrary to the wording and aim of the Directive» (avsnitt 63 i hans innstilling i saken). Interessant nok gikk imidlertid ikke EU-domstolen inn på noen nærmere vurdering av ordlyden i direktivet, i det domstolen nøyde seg med helt kort å peke på at den tyske forståelsen av direktivet var delt av en rekke andre stater (noe som hadde sitt grunnlag i de ovenfor omtalte drøftelsene i Rådet), at formålet med den tyske regelen hadde vært å hindre misbruk, samt at det ikke forelå noen klargjørende rettspraksis om spørsmålet (avsnitt 51-52 i dommen).

⁹⁷² Ut over de ovenfor omtalte avgjørelsene kan det være grunn til å fremheve også *Lindöpark*, *Larsy*, *Norbrook Laboratories* og *Rechberger*: I alle disse sakene la generaladvokatene tilsynelatende avgjørende vekt på de overtrådte bestemmelsenes klarhet i deres vurdering av overtredelsene som ansvarsbetingende. EU-domstolen gav langt på vei uttrykk for samme oppfatning i *Lindöpark* og *Larsy*, men valgte i *Norbrook Laboratories* og *Rechberger* å overlate hele ansvarsvurderingen til de nasjonale domstolene.

som «klar og præcis». Dersom det derimot *er* sammenfall mellom ordlyd og rettsregel, er oppfølgingsspørsmålet hvor klar og presis ordlyden er. Svaret vil nok i praksis ofte falle sammen med vurderingen av om selve tolkningsspørsmålet er klart eller tvilsomt, men noen tvingende sammenheng er det ikke her – det kan tenkes at andre rettskilder trekker i en annen retning enn ordlyden og derfor gjør tolkningsspørsmålet tvilsomt, selv om den endelige konklusjonen blir en tolkning i samsvar med den naturlige språklige forståelse av bestemmelsens (isolert sett) klare ordlyd. I et forsøk på å holde de ulike momentene i ansvarsvurderingen fra hverandre, bør sistnevnte konstellasjon etter min oppfatning helst sees som et tilfelle hvor den overtrådte bestemmelsens klarhet og presisjon isolert sett trekker i retning av ansvar, men hvor andre momenter tilsier at bruddet likevel ikke kan karakteriseres som tilstrekkelig kvalifisert, jf. min analyse av avgjørelsene *British Telecommunications* og *Brinkmann*.

Sammenhengen mellom den overtrådte bestemmelsens klarhet og andre momenter i ansvarsvurderingen gjør det etter mitt skjønn lite fruktbart å prøve å kvalifisere ansvarsterskelen ut fra førstnevnte moment alene. Uttalelsene om klarhet og presisjon i *British Telecommunications* og *Brinkmann* trekker isolert sett i retning av en høy terskel, men det er grunn til å være oppmerksom på at vurderingstemaet fra disse to sakene – spørsmålet om myndighetenes fortolkning av den aktuelle bestemmelse er i «åpenbar» strid med ordlyden – ikke gjenfinnes i senere avgjørelser. Heller ikke betydningen i *British Telecommunications* om at det var tilstrekkelig at de argumenter staten hadde basert sin feilaktige tolkning på, ikke savnet «enhver relevans», gjenfinnes i senere praksis.

En viss veiledning gir det likevel at *British Telecommunications* og *Brinkmann* bekrefter den innledningsvis i punkt 7.7.3.1 uttalte oppfatning av at det ikke uten videre er grunnlag for å slutte noe fra EU-domstolens karakteristikkk av den overtrådte bestemmelsens ordlyd i anledning tolkningen av denne og til ansvarsvurderingen. Kravene til bestemmelsens ordlyd er mindre i førstnevnte enn i sistnevnte tilfelle.⁹⁷³

Selv om karakteristikk av en bestemmelse som «klar» og «præcis» i tolkningsgangen ikke uten videre tilsier at EU-domstolen vil karakterisere den på samme vis i ansvarsvurderingen, så er det etter min oppfatning ikke grunn til å ta dette til inntekt for en særskilt høy ansvarsterskel. I *Finanger II* argumenterte Høyesteretts mindretall med at EU-domstolen i *British Telecommunications* ikke synes å ha vært i tvil om tolkningen av direktivet.⁹⁷⁴ Fraværet av tvil i premissene i *British Telecommunications* fremstår imidlertid som et sedvanlig resultat av EU-domstolens franskinspirerte

⁹⁷³ Klart i denne retning også generaladvokat Jacobs i hans innstilling i *Denkavit*, avsnitt 63, jf. 38.

⁹⁷⁴ Jf. avsnitt 116: «Når man leser premiss 24 til 29 i dommen, som gjelder selve tolkingsspørsmålet, synes det ikke som om domstolen mente at direktivets ordlyd og formål ga særlig rom for tvil». Staten gjentok argumentet i *Personskadeforbundet* (se avsnitt 49), men uten at Høyesterett gikk inn på det.

stil.⁹⁷⁵ Selv om EU-domstolen etter hvert har frigjort seg noe fra den franske tradisjonen og nå begrunner avgjørelsene langt mer utførlig enn tidligere, så gir ikke domstolen i premissene uttrykk for eventuell tvil den måtte ha om tolkningen av EU-retten.⁹⁷⁶ For norske jurister som er vant med så vel offentlige dissenser som dommere som ikke sjelden åpent gir uttrykk for tvil, er dette nokså uvant. I erstatningsrettslig sammenheng medfører EU-domstolens stil at det utad nok ikke alltid er god sammenheng mellom domstolens vurdering av det underliggende tolkningsspørsmål i saken og domstolens etterfølgende vurdering av ansvarsspørsmålet. Selv om det stilles høyere krav til en overtrådt bestemmelses klarhet i ansvarsvurderingen enn i tolkningsomgangen, så må dette leses i lys av at det i tolkningsomgangen ikke skal så mye til før EU-domstolen betegner en bestemmelse anses som «klar», «presis» mv.

Et potensielt meget viktig punkt for betydningen av den overtrådte bestemmelses klarhet som vaket i bakgrunnen i *Sveinbjörnsdóttir*, men som ennå ikke synes å ha kommet på spissen, er knyttet til EU/EØS-rettens flerspråklighet. I *Sveinbjörnsdóttir* var uoverensstemmelsene mellom de ulike språkversjonene av en slik karakter at selve tolkningsspørsmålet fremstod som tvilsomt. Allerede av denne grunn kunne den islandske feiltolkningen av direktivet etter min oppfatning vanskelig karakteriseres som tilstrekkelig kvalifisert, men EFTA-domstolen overlot som nevnt denne vurderingen til islandske domstoler. Problemstillingen kan også illustreres med en annen sak fra EU-domstolen, *Denkavit*, hvor var EU-domstolen i tolkningsomgangen bemerket at den danske versjonen av den aktuelle direktivbestemmelse var i utakt med de øvrige språkversjonene.⁹⁷⁷ I den etterfølgende drøftelsen av om den tyske feiltolkningen av direktivet var ansvarsbetingende, ble ikke den danske ordlyden nevnt. Dette er neppe særlig overraskende – det er vel liten grunn til å anta at den uheldige formuleringen i den danske versjonen påvirket tyske myndigheters forståelse av direktivet. Men en slik begrunnelse gir straks opphav til nye spørsmål: Hva om det var den tyske versjonen av direktivet som var i utakt med de øvrige versjonene? Og hva om tyske myndigheter faktisk hadde sett hen til en uheldig formulert versjon på et annet språk?

Etter mitt skjønn er det også her påkrevd å holde spørsmålet om tolkningen av det aktuelle direktivet atskilt fra ansvarsvurderingen. I tilfeller av språklige uoverensstemmelser sier det seg selv at behovet for en enhetlig EU-rettslig løsning vil kunne

⁹⁷⁵ Se generelt om EU-domstolens «judicial style» Arnulf 2006 s. 622 flg.

⁹⁷⁶ Interessant nok påpeker Høyesteretts kjæremålsutvalg det tilsvarende særtrekk ved EFTA-domstolens avgjørelser i Rt. 2003 s. 866 [U] *CIBA*: «I vår sak har EFTA-domstolen i sine uttalelser ikke uttalt noe om rettsspørsmålets tvilsomhet. Dette er i samsvar med domstolens praksis. En konsekvens av at tvistemålsloven § 175 første ledd annet alternativ skal tolkes slik de kjærende parter anfører, vil være at domstolen i hevningssaker må foreta en selvstendig vurdering av tvilsomheten av de rettsspørsmål som forelegges EFTA-domstolen etter domstolloven § 51a. Dette vil neppe være hensiktsmessig» (avsnitt 30).

⁹⁷⁷ *Denkavit*, avsnitt 25, jf. også generaladvokat Jacobs innstilling, avsnitt 36, note 11.

lede til tolkningsresultater som avviker fra en naturlig språklig fortolkning av enkelte språkversjoner. Det er heller ikke slik at EU-domstolen i slike tilfeller, slik EFTA-domstolens tilnærming i *Sveinbjörnsdóttir* kan gi inntrykk av, søker etter den fortolkning som har «the broadest basis in the various language versions».⁹⁷⁸ I tilfeller av språklige uoverensstemmelser vil EU-domstolen regelmessig søke veiledning i formålsbetraktninger, kontekst mv.⁹⁷⁹ Dersom ordlyden i enkelte språkversjonen fremstår som resultat av rene oversettelsesfeil, slik som den danske versjonen av direktiv 90/435/EØF i *Denkavit*, vil imidlertid EU-domstolen neppe la seg affisere i nevneverdig grad. I slike tilfeller vil løsningen på det EU-rettslige tolkningsspørsmål samlet sett kunne fremstå som «klar» og «åpenbar», selv om den skulle gå på tvers av ordlyden i for eksempel den danske versjonen. EU-retten forutsetter at nasjonale myndigheter ikke kan slå seg til ro etter å ha konsultert «sin egen» språkversjon.

Det er imidlertid ikke gitt at denne forventningen verken kan eller bør overføres uavkortet til erstatningsvurderingen. I tolkningsomgangen er det behovet for en enhetlig EU-rettslig løsning helt avgjørende. I erstatningsrettslig sammenheng er derimot spørsmålet om en enkelt stats overtredelse av EU-retten i et konkret tilfelle fremstår som tilstrekkelig kvalifisert. Selv om den overtrådte bestemmelse alt i alt fremstår som «klar» og «præcis» (og det materielle tolkningsspørsmål i saken derfor kan karakteriseres på samme vis), kan det hevdes at statene i erstatningsrettslig sammenheng må kunne anføre at man er blitt villedet av misvisende ordlyd i en eller flere språkversjoner av den aktuelle EU/EØS-regel. Som påpekt av generaladvokat Léger i *Hedley Lomas*: «Medlemsstaten[e] kan ... ikke drages til ansvar for dårligt formulerede eller uklare fællesskabsbestemmelser, som alene Rådet eller Kommissionen står til ansvar for».⁹⁸⁰ Det må imidlertid kreves at myndighetene rent faktisk er blitt villedet av den aktuelle versjonen – det kan ikke være relevant at det i ettertid viser seg at en språkversjon som man ikke har konsultert, viser seg å være uheldig utformet.

For EU-institusjonene er det umiddelbart vanskeligere å akseptere at de skal kunne gå fri for ansvar under henvisning til uklare formuleringer i regelverk som de selv har vedtatt. Underretten aksepterte like fullt dette i sak T-341/07, *Sison mot Rådet (II)*, dom 23. november 2011, ut fra en betraktning om at saken «ikke drejer sig om Rådets ansvar i dets egenskab af lovgivende myndighed,

⁹⁷⁸ *Sveinbjörnsdóttir*, avsnitt 28.

⁹⁷⁹ Jf. for eksempel Fredriksen/Mathisen 2012 s. 192 flg. EFTA-domstolens tilnærming i *Sveinbjörnsdóttir* kritiseres med rette av Eyjólfsson 2000 s. 199: «This approach in dealing with language discrepancies is somewhat different from the ECJ, which has not opted for such a clear «majority language rule». Under similar circumstances, the ECJ has frequently stated that a provision should be seen and interpreted in the light of the intention and objective of the act at hand». EFTA-domstolen gjentok utgangspunktet fra *Sveinbjörnsdóttir* i *Irish Bank* (avsnitt 86), men fulgte opp med en formålsorientert tilnærming som nok kan leses som en erkjennelse av at det ikke er grunnlag for å operere med noen «majority language rule».

⁹⁸⁰ Innstilling i *Hedley Lomas*, avsnitt 160. Uttalelsen er generelt utformet og tar ikke særskilt sikte på tilfeller av språklige uoverensstemmelser, men den er etter mitt skjønn treffende også her.

der har udstedt de omhandlede bestemmelser, men i dets egenskap af administrativ myndighed med ansvar for gennemførelsen af disse bestemmelser» (avsnitt 64). Noen begrunnelse for denne sontringen ble ikke gitt og det er ikke lett å se for seg at statene kan håpe på samme lempelige behandling i et tilfelle hvor det er lovgivers lite heldige gjennomføring av en EU/EØS-rettslig forpliktelse som leder til at forvaltningen deretter misforstår EU/EØS-reglens innhold. Med dette er imidlertid ikke sagt at EU-institusjonene uten videre må kunne holdes ansvarlig for villfarelser knyttet til forståelsen av regler man selv har vedtatt. Begrunnelsen for en eventuell frifinnelse i et slikt tilfelle må imidlertid etter min oppfatning søkes i en åpen erkjennelse av at lovgivningsprosessene i EU fungerer på et vis som tidvis leder til nokså uklare kompromissløsninger og at erstatningsansvar i alle tilfeller hvor dette dessverre leder til at vedkommende EU-institusjon i ettertid tar feil av reglens innhold ville kunne påføre EU et uhandterlig omfattende ansvar. Til illustrasjon var det som Underretten i *Sison II* karakteriserte som bestemmelser med en meget uklar ordlyd (avsnitt 63) resultatet av tautrekking i Rådet med tanke på EUs kompetanse knyttet til bekjempelse av internasjonal terrorisme.

For EFTA-statene Island og Norge stiller imidlertid saken seg annerledes dersom det er snakk om unøyaktigheter knyttet til den islandske eller norske versjonen av rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen. Av sluttakten til EØS-avtalen fremgår det nemlig at det er EFTA-statene som er ansvarlig for nødvendige oversettelser til bruk i EØS-tillegget i EU-tidende.⁹⁸¹ Selv om de islandske og norske oversettelsene i henhold til EØS-avtalen artikkel 129 nr. 1 formelt sett har samme gyldighet som de øvrige språkversjonene, må islandske og norske myndigheter rimeligvis selv bære ansvaret dersom rene oversettelsesfeil leder til brudd på privates EØS-baserte rettigheter.⁹⁸²

Et illustrerende eksempel fra EFTA-domstolens rettspraksis gir saksforholdet i *Irish Bank*, hvor det viste seg at den islandske versjonen av artikkel 14 i direktiv 2001/24/EF om restrukturering og avvikling av kredittinstitusjoner ganske enkelt er feil: I motsetning til de øvrige språkversjonene sonderer ikke den islandske versjonen mellom kjente og ukjente kreditorer, noe som leder til at den heller ikke gir anvisning på myndighetenes plikt til å underrette kjente kreditorer individuelt om innledning av prosessen for avvikling av en kredittinstitusjon. Med utgangspunkt i den islandske versjonen hadde Island gjennomført direktivet på et vis som ledet til at avviklingsstyret for den fallerte islandske banken Kaupthing nøyde seg med å annonsere avviklingen av banken i EU-tidende, Islands lovtidende og ledende avviser i de land hvor Kaupthing hadde operert. Etter å ha konstatert at dette var i strid med den korrekte, enhetlige fortolkning av direktivet, påpekte EFTA-domstolen at islandske domstoler – i henhold til prinsippet om EØS-konform fortolkning – måtte gjøre sitt ytterste for å fortolke islandsk rett i overensstemmelse med direktivet (avsnitt 123-124). Dersom dette ikke skulle være mulig, vil det kunne oppstå spørsmål om den islandske stat kan holdes erstatningsansvarlig overfor kreditorer som har meldt inn sine krav etter utløpet av den frist som avvik-

⁹⁸¹ Jf. notevekslingen mellom EFTA-statene v/Island og EU v/Kommisjonen om «Arrangement with Regard to Publication of EEA Relevant Information of the EEA Agreement», inntatt i sluttakten på s. 19-22.

⁹⁸² Av denne grunn er det etter min oppfatning uttrykk for en klok tilnærming når Høyesterett i *Personskadeforbundet* (avsnitt 61) trakk den engelske versjonen av den sentrale direktivbestemmelsen inn i ansvarsvurderingen (selv om det i dette tilfellet vel ikke var noe å utsette på den norske oversettelsen).

lingstyret hadde fastsatt. Etter min oppfatning fremstår feilen knyttet til den islandske oversettelsen i dette tilfellet som kvalifisert og, følgelig, ansvarsbetingende.⁹⁸³

7.7.4 Om overtredelsen er begått, eller tapet forvoldt, forsettelig

I *Brasserie du Pêcheur/Factortame* fremhevet EU-domstolen spørsmålet om «overtrædelsen er begått eller tapet er forvoldt forsættlig» som et moment i ansvarsvurderingen.⁹⁸⁴ Tilsvarende uttalelser finnes i en lang rekke senere avgjørelser som for eksempel *Haim II*, *Köbler*, *Thin Cap* og *Robins*, samt i EFTA-domstolens praksis.⁹⁸⁵ Imidlertid har verken EU-domstolen eller EFTA-domstolen ved noen anledning utdypet innholdet eller betydningen av dette momentet.

Det er knapt overraskende at spørsmålet om en EØS-stats overtredelse av EU/EØS-retten er forsettlig, ikke har kommet på spissen for EU-domstolen eller EFTA-domstolen. Rollefordelingen mellom europeisk og nasjonalt domstolsnivå etter TEUV artikkel 267 og ODA artikkel 34 tilsier at forholdene svært sjelden vil ligge til rette for at domstolene i Luxembourg kan vurdere om nasjonale myndigheter forsettelig har satt sine EU/EØS-rettslige forpliktelser til side – som nevnt i kapittel 3, punkt 3.6 hører bevisbedømmelse og subsumsjon under de nasjonale domstolene.

Fra praksis knyttet til EUs erstatningsansvar er det enkelte eksempler hvor EU-institusjonenes gode tro løftes frem som et moment i ansvarsvurderingen. I *Medici Grimm II* anførte Rådet at det handlet i god tro da det avviste å gi en forordning som opphevet straffetoll på import av håndvesker fra Kina tilbakevirkende kraft. Underretten avviste en anførsel om «magtfordreining» («détournement de pouvoir») under henvisning til at saksøker ikke hadde godtgjort at Rådet hadde handlet «udelukkende eller dog i det mindste overvevende med det formål at forfølge andre mål end dem, der er angivet» og konkluderte deretter med at Rådet ikke hadde overtrådt hjemmelsgrunnlaget i den aktuelle forordning «forsættlig».⁹⁸⁶

Fra nasjonale rettspraksis er spanske Tribunal Supremos dom i saken *Canal Satelite Digital* et sjeldent eksempel på en sak hvor det tilsynelatende forelå en bevisst tilsidesettelse av EU-retten.⁹⁸⁷ Konkret forsøkte spanske myndigheter å favorisere det stats-eide telekomselskapets nyetablerte distributørselskap *Vía Digital* mot den franske

⁹⁸³ Dermed er imidlertid ikke sagt at et eventuelt erstatningssøksmål vil føre frem: For kreditorer som til tross for den manglende individuelle underretningen var blitt kjent med avviklingen gjennom andre kanaler, kan det for eksempel tenkes at årsakskravet vil by på utfordringer.

⁹⁸⁴ *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 56.

⁹⁸⁵ *Haim II*, avsnitt 43; *Köbler*, avsnitt 55; *Thin Cap*, avsnitt 119; *Robins*, avsnitt 77. Se fra EFTA-domstolens praksis *Sveinbjörnsdóttir*, avsnitt 69; *Karlsson*, avsnitt 38; *Nguyen*, avsnitt 33 og *Kolbeinsson*, avsnitt 82.

⁹⁸⁶ Sak T-364/03, *Medici Grimm mot Rådet (II)*, Sml. 2006 s. II-79 (avsnitt 94-97).

⁹⁸⁷ [2003] RJ 8844 (sak 1/46/1999). Et engelsk sammendrag er publisert i [2005] 5 Euro. C.L. s. 33. Dommen omtales utførlig av Lage/Brokelmann 2004.

konkurrenten Canal Satellite Digital ved å innføre en godkjenningsordning med tilhørende krav til tekniske spesifikasjoner som i praksis innebar at Canal Satellite Digital's dekodere ikke ble godkjent for bruk i Spania. Reglene ble innført ved en provisorisk anordning, vedtatt av regjeringen dagen etter at Canal Satellite Digital hadde lansert en helt ny digital-TV-tjeneste i Spania. Innen det spanske parlamentet hadde rukket å stadfeste denne forordningen hadde imidlertid Kommisjonen gjort det meget klart at man anså lovgivningen som et eklatant brudd på den frie vareflyten (dekodere var produsert og godkjent i Belgia og Storbritannia) og dessuten på plikten til å notifisere Kommisjonen i forkant om nye tekniske regler, jf. dagjeldende direktiv 83/189/EØF (nå direktiv 98/34/EF). I ansvarsvurderingen i den etterfølgende erstatningssaken fremhevet Tribunal Supremo at det fremgikk av den ansvarlige ministerens redegjørelse for parlamentet at regjeringen var oppmerksom på at den provisoriske anordningen nok var i strid med EU-retten, noe som ledet til at bruddet i hvert fall fra dette tidspunkt måtte kunne karakteriseres som bevisst.

Et liknende eksempel er Bundesgerichtshofs dom i *Danske Slagterier*, hvor det fremgår at tyske veterinærmyndigheter ganske enkelt ikke ville følge veterinærdirektivets regler om opprinnelseslandets kontrollmyndighet. Bundesgerichtshof viste til at veterinærmyndighetenes motvilje mot å følge direktivet fremgikk uttrykkelig av sakens dokumenter og konkluderte med at rettsbruddet dermed ikke kunne ha vært klarere.⁹⁸⁸

De nevnte nasjonale avgjørelsene er eksempler på at bevisste overtredelser av EU-retten uten videre anses som ansvarsbetingende. Dette er lite overraskende, men avgjørelsene illustrerer samtidig at henvisningen til forsett som et moment i ansvarsvurderingen i praksis bare vil virke i skjerpende retning: Det er knapt noe tungtveiende argument for frifinnelse at myndighetene *ikke* har brutt EU/EØS-retten med forsett, men det vil fort være avgjørende i motsatt retning dersom overtredelsen faktisk *er* forsettelig. Som påpekt av Lord Clyde i House of Lords' dom i *Factortame*: «A deliberate intention to infringe would obviously weight heavily in the scales of seriousness».⁹⁸⁹ Dette innebærer at en EØS-stat som med vitende og vilje overtrer EU/EØS-retten, vil kunne bli ansvarlig for skadelidtes tap selv om rettsbruddet objektivt sett ikke ville kunne karakteriseres som «tilstrekkelig kvalifisert».⁹⁹⁰

⁹⁸⁸ BGHZ 181 s. 199.

⁹⁸⁹ [1999] All ER 906, på s. 931.

⁹⁹⁰ Det følger av dette at jeg ikke deler Fengers oppfatning av spørsmålet om forsettelig overtredelse som «blot en uddybning af det ovenfor anførte kriterium vedrørende graden af den fortolkningstvív, den brudte fællesskabsreglen frembyder», jf. Fenger 2004 s. 957. Tvert i mot suppleres den objektive vurderingen av rettsbruddet her med subjektive momenter, jf. for så vidt *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 78 sammenholdt med generaladvokat Tesauros uttrykkelig avvisning av relevansen av slikt i avsnitt 85 flg. i hans innstilling i saken.

Overtredelse av EU/EØS-retten er sjeldent noe mål i seg selv, men et brudd må klart nok kunne karakteriseres som «forsættlig» dersom det offentlige, det være seg lovgiver eller forvaltning, tilsikter å oppnå et resultat som den selv erkjenner at EU/EØS-retten er til hinder for. Det nærmere innhold i kravet til forsettlig overtredelse byr imidlertid på utfordringer. Saken er i og for seg grei dersom det har fremstått som klart for alle involverte beslutningstagere at EU/EØS-retten er til hinder for den foretrukne opptreden, men i slike tilfeller er nok rettsbruddet uansett så åpenbart at det neppe er behov for å trekke subjektive forhold inn i ansvarsvurderingen. I de interessante grensetilfellene hvor det er usikkert om rettsbruddet objektivt sett er «tilstrekkelig kvalifisert», vil forståelsen av EU/EØS-retten på handlingstidspunktet ha fremstått som mer eller mindre usikker. Det avgjørende må vel helst være om beslutningstakerne selv har opptrådt i den tro at man sannsynligvis har satt de EU/EØS-rettslige forpliktelsene til side. Nå kan det innvendes at en slik tilnærming vil kunne frata statene muligheten for å kjempe for en forståelse av gjeldende EU/EØS-rett som de nok innerst inne ikke tror vil vinne frem i EU-domstolen eller EFTA-domstolen, men som de likevel mener vil ha en «fighting chance». Denne innvendingen hensyntas imidlertid om man understreker at myndighetenes vurdering av at man mest sannsynlig trår EU/EØS-retten for nær, bare er et moment i ansvarsvurderingen. Fra skadelidtes perspektiv synes det rimelig at staten må avfinne seg med en noe lavere ansvarsterskel i en situasjon hvor beslutningstakerne selv har opptrådt i den tro at man nok sannsynligvis (men altså ikke helt sikkert) har satt de EU/EØS-rettslige forpliktelsene til side. At det nok byr på store utfordringer å føre bevis for beslutningstakernes manglende tro på egen argumentasjon, er en annen sak.

Fra norsk rettspraksis er likevel *Finanger II* et eksempel på at bevisførsel omkring slike spørsmål ikke er utenkelig. Under saksforberedelsen for tingretten krevde Finanger i medhold av tvistemålsloven (1915) § 250 at staten skulle fremlegge Justisdepartementets og Samferdselsdepartementets interne dokumenter i forbindelse med arbeidet med gjennomføringen av motorvognforsikringsdirektivene i norsk rett. Staten motsatte seg dette. Finanger fikk ikke medhold i byrett eller lagmannsrett, men etter videre kjæremål besluttet Høyesterett kjæremålsutvalg at spørsmålet skulle avgjøres i avdeling i Høyesterett. Kort før hovedforhandling i Høyesterett samtykket staten i fremleggelse, noe som ledet til at de interne dokumentene kom til å spille en forholdsvis sentral rolle i saken. Høyesterett fant notatene relevante for «vurderingen av om det foreligger forsett eller uaktsomhet fra statens side» (avsnitt 76). I det konkrete tilfellet viste imidlertid notatene bare at det hadde vært en viss tvil i Lovavdelingen knyttet til forståelsen av motorvognforsikringsdirektivene. Selv om Lovavdelingen opprinnelig var av den oppfatning at direktivene var til hinder for en regel som bilansvarsloven daværende § 7 tredje ledd bokstav b, viste dokumentene at dette standpunktet senere ble forlatt. Det var derfor intet grunnlag for å hevde at rettsbruddet var forsettlig. De interne dokumentene ble imidlertid vektlagt i vurderingen av om rettsvillfarelsen var unnskyldelig, jf. nærmere nedenfor i punkt 7.7.5.

I norsk rett reiser forsettelige overtredelser av EØS-retten fra lovgivningsmaktens side særlige spørsmål knyttet til EØS-ansvarets stilling i norsk rett. Dersom Stortinget åpent vedgår at man gjennom et lovvedtak bevisst setter EØS-retten til side, vil også EØS-ansvaret måtte vike for den vedtatte loven, jf. kapittel 2, punkt 2.6.

Ut over vurderingen av om selve overtredelsen er forsettelig, er det også relevant om «tabet er forvoldt forsættlig». Særlig praktisk er dette ikke, men det vil altså være et relevant moment i ansvarsvurderingen om staten overtrer EU/EØS-retten i den hensikt å påføre skadelidte et tap, selv om myndighetene skulle sveve i den villfarelse at deres «onde vilje» skulle kunne la seg realisere uten å trå EU/EØS-retten for nær. Det må imidlertid understrekes at hensikten i så fall må ha vært å påføre skade – det er klart nok ikke tilstrekkelig at en stat som vitterlig forfølger aktverdige formål, med sikkerhet vet at resultatet av offentlig inngripen (som den selv anser forenlig med EU/EØS-retten), vil være at markedsaktører fra andre EØS-stater påføres et økonomisk tap.

7.7.5 Om en eventuell rettsvillfarelse er unnskyldelig eller ei

7.7.5.1 Innledning

Siden *Brasserie du Pêcheur/Factortame* har EU-domstolen gjentatte ganger fremhevet spørsmålet «om en eventuel rettsvillfarelse er unnskyldelig eller uunnskyldelig» («le caractère excusable ou inexcusable d'une éventuelle erreur de droit») som et moment i ansvarsvurderingen.⁹⁹¹ Tilsvarende uttalelser finnes i EFTA-domstolens praksis.⁹⁹² Imidlertid har verken EU-domstolen eller EFTA-domstolen foreløpig utdypet innholdet eller betydningen av dette momentet i særlig grad.

Ved første øyekast synes det noe overraskende å operere med spørsmålet om en eventuell rettsvillfarelse er unnskyldelig eller ikke bare som et moment i en overordnet vurdering av om et konstatert rettsbrudd er tilstrekkelig kvalifisert. I praksis er statenes ansvar for brudd på EU/EØS-retten først og fremst aktuelt i tilfeller hvor det foreligger en rettsvillfarelse på det offentliges hånd – enten i form av manglende kjennskap til de overtrådte regelenes blotte eksistens eller til deres nærmere innhold. I overensstemmelse med generaladvokat Légers innstillinger i *Köbler* og *Traghetti* kan det i slike tilfeller synes nærliggende å løfte frem spørsmålet om den foreliggende rettsvillfarelse er unnskyldelig eller ikke som det overordnede vurderingstema, hvoretter spørsmålet om den overtrådte bestemmelsens klarhet, betydningen av praksis fra

⁹⁹¹ Jf. *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 56 og deretter for eksempel *Haim II*, avsnitt 43; *Köbler*, avsnitt 55; *Thin Cap*, avsnitt 119; *Robins*, avsnitt 77.

⁹⁹² Jf. *Sveinbjörnsdóttir*, avsnitt 69; *Karlsson*, avsnitt 38; *Nguyen*, avsnitt 33 og *Kolbeinsson*, avsnitt 82. Heller ikke her er den uoffisielle norske oversettelsen av *Karlsson* som Høyesterett siterte i *Finanger II* helt presis, i det momentet angis som et spørsmål «om eventuell feil rettsanvendelse kan forsvares eller ikke».

EU-domstolen mv. innordnes som momenter i denne vurderingen.⁹⁹³ En slik tilnærming synes underforstått av generaladvokat La Pergola i hans innstilling i *Konle*, hvor den uklare rekkevidden av unntaksbestemmelsen i artikkel 70 i den østerrikske tiltredelsestraktaten til EU ledet til den konklusjon at «den retlige feil, der under de foreliggende omstendigheter er begået af Republikken Østrig, betragtes som undskyldelig».⁹⁹⁴ Dette er også i samsvar med tilnærmingen til generaladvokat Fenelly i *Metallgesellschaft* og generaladvokat Geelhoed i *FII*.⁹⁹⁵ Et tidlig eksempel fra en sak knyttet til EUs eget erstatningsansvar er generaladvokat Van Gervens innstilling i *Mulder*.⁹⁹⁶

Også i EU-domstolens praksis er det noen spredte eksempler som kan tas til inntekt for unnskyldelig rettsvillfarelse som overordnet vurderingstema. I *Brasserie du Pêcheur/Factortame* konkluderte EU-domstolen med at tyske myndigheters uriktige forståelse av forbudet mot kvantitative importrestriksjoner i det som nå er TEUV artikkel 34 «vanskeligt [kan] betragtes som en undskyldelig fejltagelse» (avsnitt 59). Standpunktet ble begrunnet med at eksisterende rettspraksis gjorde bruddet «åpenbart». På liknende vis ble den svenske statens anførsel i *Lindöpark* om at rettsvillfarelsen var unnskyldelig avvist under henvisning til at det ikke bestod noen «rimelig tvivl med hensyn til rækkevidden af de pågældende bestemmelser, som kunne undskylde den påståede tilsidesættelse» (avsnitt 41).

Mot forsøk på å etablere spørsmålet om unnskyldelig rettsvillfarelse som overordnet vurderingstema kan det imidlertid reises flere innvendinger. For det første er det nå engang slik at EU-domstolen, til tross for de ovennevnte fremstøtene for endret systematikk fra enkelte generaladvokater, konsekvent fastholder rettsvillfarelsens unnskyldelighet som bare ett av flere moment i en ansvarsvurdering knyttet til det overordnede vurderingskriteriet tilstrekkelig kvalifisert brudd. I EØS-rettslig sammenheng gjelder dette tilsvarende for EFTA-domstolen.

Videre er det slik at selv om EU/EØS-ansvaret utvilsomt er mest aktuelt i tilfeller hvor det foreligger en rettsvillfarelse, så kan det også tenkes at det er faktiske villfarelser som leder til at privates EU/EØS-rettigheter krenkes (se punkt 7.14). Dette kan forklare både forbeholdet for en «eventuell» rettsvillfarelse, samt uvilje mot å etablere spørsmålet om rettsvillfarelsens unnskyldelighet som overordnet vurderingstema.

⁹⁹³ Innstilling i *Köbler*, avsnitt 139: «Det afgørende moment er efter min opfattelse, om en eventuel retsvillfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig. Dette kan dels afhænge af, hvor klar og tydelig den tilsidesatte retsregel er, dels af Domstolens praksis på området.» Se tilsvarende innstillingen i *Traghetti*, avsnitt 71.

⁹⁹⁴ Innstilling i *Konle*, avsnitt 26.

⁹⁹⁵ Se hhv. innstillingen i *Metallgesellschaft*, avsnitt 55 og innstillingen i *FII*, avsnitt 138.

⁹⁹⁶ Innstilling i *Mulder*, avsnitt 15 i.f.

Til dette kommer EU-domstolens ovenfor omtalte motvilje mot å knytte erstatningsansvaret opp mot culpabegrepet (jf. punkt 7.4). Det gir liten mening å avvise culpa som et vilkår for ansvaret dersom man samtidig skyver spørsmålet om myndighetenes rettsvillfarelse er unnskyldelig frem som det avgjørende kriterium for å vurdere om rettsbruddet er tilstrekkelig kvalifisert.⁹⁹⁷ Dersom det er grunn til å frykte at henvisninger til culpabegrepet vil kunne lede til rettsulikhet statene imellom, så må dette gjelde tilsvarende om man knytter ansvaret til et overordnet spørsmål om en rettsvillfarelses unnskyldelighet.

Viktigst er det nok likevel at spørsmålet om en rettsvillfarelses er unnskyldelig eller ikke, forstått som et moment i ansvarsvurderingen snarere enn som overordnet vurderingstema, åpner for en mer konkret prøving av det hendelsesforløp som i en konkret sak har ledet til myndighetenes uriktige forståelse av EU/EØS-retten.⁹⁹⁸ Etter min oppfatning er det slik man må forstå EU-domstolens henvisning til dette som et selvstendig moment i ansvarsvurderingen (jf. nærmere straks nedenfor).

Samtidig forklarer dette hvorfor det på dette punkt er lite veiledning å finne i EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis: Rollefordelingen mellom europeisk og nasjonalt domstolsnivå etter TEUV artikkel 267 og ODA artikkel 34 tilsier at forholdene svært sjelden vil ligge til rette for at domstolene i Luxembourg kan vurdere det hendelsesforløp som i en konkret sak har ledet til myndighetenes uriktige forståelse av EU/EØS-retten – som nevnt i kapittel 3, punkt 3.6 hører bevisbedømmelse og konkret rettsanvendelse (subsumsjon) under de nasjonale domstolene.⁹⁹⁹

7.7.5.2 Rettsvillfarelsens unnskyldelighet som moment i ansvarsvurderingen

I et forsøk på å holde vurderingen av en eventuell rettsvillfarelses unnskyldelighet atskilt fra momenter som den overtrådte bestemmelsens klarhet, betydningen av praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen mv., rettes oppmerksomheten i det følgende mot det hendelsesforløp som i en konkret sak har ledet til myndighetenes uriktige forståelse av EU/EØS-retten. Høyesteretts spørsmålsformulering i *Finanger II* av «om lovgivningsprosessen har vært forsvarlig» er illustrerende for en slik tilnærming (avsnitt 76),¹⁰⁰⁰ likeså House of Lords inngående vurdering av om den konkrete forhisto-

⁹⁹⁷ Jf. for eksempel Hagstrøm 1987 s. 104, som påpeker at avgjørelsen av om en rettsvillfarelse er unnskyldelig «må bero på en alminnelig aktsomhetsvurdering».

⁹⁹⁸ Sml. Fenger 2004 s. 957 som ser spørsmålet om unnskyldelig rettsvillfarelse som «blot en uddybning af det ovenfor anførte kriterium vedrørende graden af den fortolkningstvivil, den brudte fællesskabsreglen frembyder».

⁹⁹⁹ Statens argument i *Finanger II* om at de interne dokumentene fra Lovavdelingen ikke var av interesse for ansvarsvurderingen fordi slike vurderinger ikke gjenfinnes i praksis fra EU-domstolen eller EFTA-domstolen svikter på dette punkt, jf. gjengivelsen av statens argumentasjon i dommens avsnitt 37.

¹⁰⁰⁰ Merk at vurderingskriteriet «forsvarlig» i den siterte problemstillingen muligens stammer fra den uoffisielle norske oversettelsen av *Karlsson* som Høyesterett siterte tidligere i dommen, hvor spørsmålet om eventuell feil rettsanvendelse er unnskyldelig eller ikke formuleres som et spørsmål om den «kan forsvares eller ikke». Et

rien ledet til at britiske myndigheters rettsvillfarelse i *Factortame* var «excusable» eller «inexcusable».¹⁰⁰¹ Dette er i samsvar med tilnærmingen i tysk rett, hvor BGH har fremholdt at spørsmålet om en rettsvillfarelse er unnskyldelig ikke bare beror på om den uriktige rettsoppfatningen fremstod som «vertretbar», men også på om den «auf Grund sorgfältiger, rechtlicher und tatsächlicher Prüfung gewonnen worden ist».¹⁰⁰² Også generaladvokat Kokott legger en slik forståelse til grunn når hun i *Robins* uttalte at vurderingen av om uttalelser fra Kommissjonen hadde medvirket til overtredelsen «vil kunne opfattes som en underkategori til kriteriet unnskyldelig rettsvillfarelse».¹⁰⁰³

7.7.5.3 Betydningen av momentet

Selv om verken EU-domstolen eller EFTA-domstolen har uttalt seg om hvilken betydning momentet «unnskyldelig rettsvillfarelse» har for ansvarsvurderingen, ligger det en viktig føring allerede i den omstendighet at de to domstolene i en rekke saker har sett seg i stand til å konkludere med hensyn til om en rettsbrudd er tilstrekkelig kvalifisert eller ikke uten å gå inn på spørsmålet om statens rettsvillfarelse er unnskyldelig eller ikke. Det følger av dette at det først er i tilfeller hvor en vurdering av momenter som den overtrådte bestemmelsens klarhet, betydningen av praksis fra EU-domstolen mv. ikke gir noe klart svar i den ene eller andre retning at det overhodet er grunn til å vurdere nærmere det hendelsesforløp som i en konkret sak har ledet til myndighetenes uriktige forståelse av EU/EØS-retten. Det er med andre ord ikke snakk om noe tungtveidende moment. Samtidig tilsier den omstendighet at EU-domstolen på eget initiativ introduserte dette momentet i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, og deretter har fastholdt det i en lang rekke avgjørelser, at det er relevant og, dermed, potensielt utslagsgivende i et tvilstilfelle.

7.7.5.4 Målestokken for vurderingen

Selv om verken EU-domstolen eller EFTA-domstolen foreløpig har gitt nasjonale rettsanvendere noen retningslinjer for vurderingen av prosessen som ledet til myndighetenes uriktige forståelse av EU/EØS-retten, er det klart nok at denne må ta utgangspunkt i en eller annen objektiv målestokk. I mangel av føringer fra domstolene i Luxembourg er det nok fare for at nasjonale rettsanvendere her bevisst eller ubevisst lar

annet eksempel fra norsk høyesterettspraksis hvor spørsmålet om unnskyldelig rettsvillfarelse knyttes opp mot saksbehandlingen i saken er Rt. 2009 s. 354 *Kvintherad Energi* (avsnitt 76-77).

¹⁰⁰¹ [1999] 4 All ER 906, bl.a. s. 920 flg. (Lord Slynn of Hadely). Tilnærmingen i *Factortame* har dannet mønstre for senere engelske saker om offentlig erstatningsansvar for brudd på EU-retten, jf. eksempelvis *Byrne v The Motor Insurers Bureau* [2008] EWCA Civ 574, avsnitt 40 flg.

¹⁰⁰² Jf. bl.a. NVwZ 2001 s. 465 (med videre henvisninger til eldre avgjørelser).

¹⁰⁰³ Innstilling i *Robins*, avsnitt 97 (i note 33). Betydningen av medvirkning fra en EU/EØS-institusjon drøftes nærmere i punkt 7.7.6.

seg styre av etablert nasjonal erstatningsrett, men i prinsippet må det søkes etter et felles EU/EØS-rettslig utgangspunkt.

Fra norsk rettspraksis er *Finanger II* illustrerende for utfordringene med å angi denne målestokken. Feilen hadde i dette tilfellet sitt opphav i Lovavdelingen, noe som foranlediget følgende anførsel fra staten i anledning lagmannsrettens behandling av saken:

«EØS-retten skal følges av alle stater og av alle myndighetsorganer i EØS. Det er et alminnelig prinsipp at måten statene organiserer EØS-arbeidet sitt på, ikke har betydning for EØS-forpliktelsene. Normen må derfor objektiviseres. Terskelen for ansvar kan ikke tilpasses organer med spesialistkompetanse. Det avgjørende er hva man må kunne forvente av et alminnelig opplyst myndighetsorgan, med alminnelig innsikt i både EØS-rett og nasjonal rett. Bruddet på EØS-retten må være åpenbart og grovt i forhold til dette. Det gjelder selv om myndighetsorganet som har begått bruddet, ikke passer i en slik gjennomsnittsbetraktning.»¹⁰⁰⁴

Statens anførsler gir her klare assosisjoner i retning av den for norske jurister velkjente vurderingen etter skadeserstatningsloven § 2-1 av hvilke krav skadelidte med rimelighet kan stille til (den offentlige) virksomheten eller tjenesten. Om forsøket på å definere denne målstokken var særlig treffende i EU/EØS-rettslig sammenheng, er imidlertid en annen sak. I mangel av andre holdepunkter er det vel grunn til å anta at EU-domstolens underliggende målestokk for den overordnede vurderingen av om statens tilsidesettelse av EU/EØS-retten er «tilstrekkelig kvalifisert» må være styrende også for delvurderingen av om en rettsvillfarelse er unnskyldelig. Det er derfor trolig mer treffende å spørre hvilke forventninger man med rimelighet kan stille til myndighetsorganer som forutsetningsvis er støttet av jurister med ekspertise i EU/EØS-rett enn om «hva man må kunne forvente av et alminnelig opplyst myndighetsorgan». Ut fra min forståelse av spørsmålet om unnskyldelig rettsvillfarelsen som et moment i ansvarsvurderingen er det uansett grunn til å presisere at det her bare er spørsmål om å vurdere *prosessen* som i en konkret sak har ledet til myndighetenes uriktige forståelse av EU/EØS-retten. Om et myndighetsorgan uten nevneverdig EØS-rettslig ekspertise tolker uklare direktiver uten å legge saken frem for kyndige EØS-jurister, er spørsmålet om ikke dette i seg selv tilsier at en eventuell rettsvillfarelse ikke kan betraktes som unnskyldelig.

7.7.5.5 Nærmere om vurderingen

Med forbehold for tilfeller av medvirkning fra en EU/EØS-institusjon (se punkt 7.7.6), vil en nærmere vurdering av prosessen som ledet til myndighetenes uriktige forståelse av EU/EØS-retten i praksis bare virke i skjerpene retning. Gitt den høye terskel som ligger i kravet til et tilstrekkelig kvalifisert brudd er det ikke helt lett å se

¹⁰⁰⁴ Jf. gjengivelsen av statens anførsler i Borgarting lagmannsretts dom 14. januar 2005 (LB-2003-11705).

for seg et tilfelle hvor myndighetene slipper unna med et brudd som for øvrig fremstår som ansvarsbetingende, bare fordi det ikke kan påvises konkrete svakheter i prosessen som ledet til den feilaktige forståelsen av EU/EØS-retten.

House of Lords' vurdering i *Factortame* er illustrerende. EU-domstolen gikk i dette tilfellet nokså langt i sin antydning om at britiske myndigheters brudd på EU-retten var tilstrekkelig kvalifisert, men tilbake i britiske rettssaler argumenterte regjeringen med at bruddet var unnskyldelig fordi man på forhånd hadde innhentet uavhengige utredninger som åpnet for at lovgivning som innførte krav til nasjonalitet, fast opphold og bopel i Storbritannia for eiere av fiskefartøyer kunne være forenlige med etableringsfriheten, jf. nå TEUV artikkel 49. Selv om et flertall på fire dommere i House of Lords var av den oppfatning at dette var et relevant moment i ansvarsvurderingen, så ble det tilsynelatende tillagt svært begrenset vekt.¹⁰⁰⁵ At konklusjonene i de eksterne utredningene var nokså klare i statens favør, var ikke til hinder for at House of Lords enstemmig fant bruddet «inexcusable».

Motsatt vil imidlertid mangler ved prosessen som leder frem til det som i ettertid viser seg å være en feilaktig forståelse av EU/EØS-retten, kunne lede til ansvar i et tilfelle hvor bruddet for øvrig kanskje ikke fremstår som ansvarsbetingende. Et illustrerende engelsk eksempel er *Byrne*, hvor High Court fant at det forelå et tilstrekkelig kvalifisert brudd på annet motorvognforsikringsdirektiv (84/5/EØF) som en følge av «an inexcusable lack of thoroughness» i vurderingen av hvilke endringer direktivet krevde i avtaleverket mellom den britiske stat og den britiske trafikkforsikringsforeningen (Motor Insurers' Bureau – MIB).¹⁰⁰⁶ Konkret hadde departementet helt unnlatt å vurdere om en særskilt frist for å reise søksmål mot MIB i tilfeller hvor skade voldes av en ukjent motorvogn var forenlig med direktivets artikkel 1 fjerde ledd, selv om man var oppmerksom på at direktivet generelt var til hinder for at det ble fastsatt eller opprettholdt frister for søksmål mot trafikkforsikringselskapene som er kortere enn fristene som gjelder for et erstatningssøksmål mot skadevolder personlig. Dessuten hadde EU-domstolen i *Evans* hadde funnet andre sider ved den aktuelle avtalen mellom den britiske stat og MIB for direktivstridig, noe som ifølge High Court burde foranlediget en gjennomgang av hele avtalen:

¹⁰⁰⁵ [1999] 4 All ER 906, på s. 922 (Lord Slynn of Hadely, med tilslutning fra tre av de øvrige dommere). Tre-djevoterende (Lord Hoffmann) avviste derimot kategorisk relevansen av de eksterne utredningene: «I do not think that a member state can rely simply upon the fact that its relevant organ of government acted upon legal advice» (s. 925). Bakgrunnen for at betydningen av eksterne utredninger ble drøftet av House of Lords er trolig at det etter etablert engelsk rett antas å utelukke ansvar såfremt vedkommende myndighet har handlet i overensstemmelse med en innhentet juridisk betenkning, jf. *Dunlop mot Woollahra Municipal Council* [1988] 2 WLR 418. Dommen er slik et interessant eksempel på hvordan etablert nasjonal erstatningsrett spiller inn i nasjonale domstolars anvendelse av EU/EØS-ansvaret.

¹⁰⁰⁶ [2007] EWHC 1268 (QB).

«I agree with Mr Paines [saksøkers prosessfullmektig] that the failure to amend Clause 1 (1) (f) to bring it into line with the Limitation Act and hence comply with Article 1 (4) of the Second Directive, is not attributable to confusion or misunderstanding but is attributable to an inexcusable lack of thoroughness. That lack of thoroughness is compounded by the fact that, notwithstanding the Evans judgment of the European Court in 2003 which highlighted that the Untraced Drivers Agreement did not comply with the Second Directive in other respects, the Department does not seem to have checked through the entire Agreement at that time to ensure that it complied in every respect with the Directive» (Flaux J, avsnitt 72).

I følge High Court var departementets unnlattelsessynder, «in the context of the obligations of the member state to ensure compliance with a Council Directive», i seg selv «an extremely serious breach», slik at noen nærmere vurdering av de øvrige momenter på EU-domstolens liste knapt var påkrevd.¹⁰⁰⁷

Etter anke sluttet Court of Appeal seg i all hovedsak til denne vurderingen.¹⁰⁰⁸ Departementets unnlattelsessynder da direktivet ble implementert i 1987 ble riktignok tonet noe ned, men til gjengjeld ble det lagt avgjørende vekt på at EU-domstolens dom i *Evans* burde foranlediget en gjennomgang av avtalen i sin helhet.

Etter min oppfatning er tilnærmingen i *Byrne* i overkant streng, særlig for så vidt gjelder oppfatningen av at *Evans*, som vitterlig omhandlet et annet spørsmål, burde foranlediget en fullstendig gjennomgang av avtalen med MIB. Fra norsk rettspraksis er det grunn til å merke seg at en lignende anførsel ble forkastet av så vel ting- som lagmannsrett i *Edquist*: Under henvisning til EU-domstolens dom i *Avoir Fiscale* fra 1986 anførte saksøkerne at staten alt ved EØS-avtalens ikrafttredelse burde iverksatt en grundig gjennomgang av EØS-rettens eventuelle innvirkning på skatterettens område.¹⁰⁰⁹ Underinstansene lot seg ikke overbevise og av den avsluttende dom i saken (Rt. 2010 s. 1500) fremgår det ikke engang om anførselen ble gjentatt for Høyesterett.

Det kan være grunn til å påpeke at det i etterpåklokskapens lys ofte er forholdsvis lett å peke på svakheter ved myndighetenes vurdering av EU/EØS-retten. I de interessante tvilstilfellene vil det jo forutsetningsvis foreligge et nokså klart (men altså likevel kanskje ikke «tilstrekkelig kvalifisert») brudd på EU/EØS-retten og det sier seg selv at myndighetenes vurderinger i forkant da ikke har vært helt som man kunne ønske. Dersom mangler ved prosessen som leder frem til det som i ettertid viser seg å være en feilaktig forståelse av EU/EØS-retten tillegges så stor vekt som i *Byrne*, vil offentlige myndigheter i realiteten bli pålagt potensielt svært tid- og ressurskrevende utred-

¹⁰⁰⁷ Ibid, avsnitt 74 flg.

¹⁰⁰⁸ [2008] EWCA Civ 574.

¹⁰⁰⁹ Jf. gjengivelsen av saksøkernes anførsler knyttet til erstatningsspørsmålet i hhv. Oslo tingretts dom og kjennelse 11. juli 2007 (TOSLO-2005-61707) og Borgarting lagmannsretts dom og kjennelse 13. januar 2010 (LB-2007-151609).

ningsplikter. Etter mitt skjønn er ansvarsvurderingen i *Byrne* strengere enn EU/EØS-rettslig påkrevd – som nevnt er det min oppfatning at vurderingen av prosessen som ledet til myndighetenes uriktige forståelse av EU/EØS-retten ikke er noe tungtveidende moment i ansvarsvurderingen (jf. punkt 7.7.5.3).

Fra norsk rettspraksis er *Finanger II* et eksempel på at statens EØS-rettslige vurderinger underveis i lovgivningsprosessen, herunder også Lovavdelingens interne overveielser, ble ansett relevante for ansvarsvurderingen og deretter viet betydelig oppmerksomhet fra så vel flertall som mindretall.¹⁰¹⁰ Det fremgår imidlertid ikke særlig klart av dommen hvilken betydning vurderingen av lovgivningsprosessen ble tillagt. Flertallet konkluderte med at misforståelsen omkring bilansvarsloven § 7 tredje ledd bokstav c som en medvirknings- og ikke en utelukkelsesregel ikke kunne sees som en unnskyldelig rettsvillfarelse (avsnitt 91), men fulgte ikke opp med noen antydninger om hvilken betydning dette hadde for det overordnede spørsmål om tilsidesettelsen av motorvognforsikringsdirektivene var «tilstrekkelig kvalifisert». Interessant nok var det tilsynelatende ingen tilsvarende diskusjon knytter til skattemyndighetenes interne dokumenter i *Edquist*, selv om de private parter gjorde gjeldende at staten hadde villedet dem ved å gi uttrykk for at kildeskattregimet var forenlig med EØS-avtalen. I lys av uttalelsene i *Finanger II* kunne man forvente at de private partene i *Edquist* skulle være interessert i interne dokumenter som eventuelt kunne kaste lys over statens vurdering av utviklingen i EU-domstolens praksis og holdbarheten av dens foretrukne fortolkning av EØS-retten, men så synes ikke å ha vært tilfellet.¹⁰¹¹

7.7.5.6 Tilfeller hvor myndighetene er kjent med at deres fortolkning av EU/EØS-retten er omdiskutert

Et viktig, og vanskelig, spørsmål er hvilken betydning det har at myndighetene er kjent med at deres fortolkning av EU/EØS-retten er omdiskutert. Det kan for eksempel tenkes at Kommisjonen eller ESA har gjort myndighetene oppmerksom på det de mener er eller vil være brudd på EU/EØS-retten. Eller det kan dukke opp uttalelser fra EU-domstolens generaladvokater, fra andre myndighetsorganer, fra andre EØS-stater, i nasjonal rettspraksis, i EU/EØS-rettslig litteratur mv. som trekker i samme retning. Myndighetene er selvsagt ikke forpliktet til å kaste inn håndkleet bare fordi det stilles

¹⁰¹⁰ Jf. avsnitt 76, jf. avsnitt 78 flg. (flertallet) og avsnitt 121 flg. (mindretallet).

¹⁰¹¹ Også utenfor EØS-rettens område er det eksempler i norsk rettspraksis hvor påståtte mangler ved myndighetenes utredning av rettslige spørsmål hevdes å være til hinder for å anse en rettsvillfarelse som unnskyldelig, men uten at Høyesterett har latt seg overbevise. I Rt. 1995 s. 781 *Peelorg* bygget kommunen sin tolkning av alkohollovens bevillingsregler på en uttalelse Sosialdepartementet hadde sendt til en annen kommune. Departementets lovforståelse viste seg å være uriktig. I erstatningssaken mot kommunen anførte Peelorg at det ikke var foretatt noen forsvarlig utredning av rettsspørsmålene – man hadde basert seg på det som ble antatt å være Sosialdepartementets syn, uten å forelegge den konkrete sak for departementet. Høyesterett anså det imidlertid unnskyldelig at kommunen hadde bygget på departementets uttalelse, uten å gå inn på anførselen om at kommunen burde ha foretatt nærmere undersøkelser (s. 792). Dette må være riktig – departementets uttalelse var klar og direkte anvendelig. En erstatningsrettslig sanksjonert plikt til likevel å forelegge den konkrete sak for departementet ville neppe være særlig hensiktsmessig bruk verken av kommunens ellers departementets ressurser.

spørsmål ved deres forståelse av EU/EØS-retten, men velbegrunnede innvendinger kan tilsi en fornyet vurdering.

Situasjonen er en annen dersom det er rettspraksis fra EU-domstolen eller EFTA-domstolen som klart viser at myndighetenes forståelse av EU/EØS-retten er uriktig (jf. punkt 7.7.7). Også her kan det imidlertid tenkes grensetilfeller hvor ny praksis ikke direkte avgjør det foreliggende spørsmål, men likevel tilsier at myndighetene bør se på saken en gang til.

Et myndighetsorgan som til tross for kjente motforestillinger ikke foretar nærmere undersøkelser, for eksempel knyttet til andre språkversjoner av de aktuelle bestemmelser eller avgjørelser, nyere rettspraksis, andre staters forståelse mv., vil i ettertid vanskelig kunne unnskyldes seg med at man ikke var kjent med de innvendinger som gjorde seg gjeldende mot deres foretrukne standpunkt. Spørsmålet her er imidlertid om kjennskap til risikoen for at man trer EU/EØS-retten for nære skal tillegges betydning også ut over en plikt til å foreta nærmere undersøkelser.

Denne problematikken stod sentralt i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, hvor EU-domstolen uttalte at engelske domstoler i deres vurdering av ansvarsspørsmålet kunne se hen til (avsnitt 63):

«... Kommissionens holdning, som den i rette tid underrettede Det Forenede Kongerige om, og de vurderinger af klarheden i retstilstanden efter fællesskabsretten, de nationale retsinstanser har anlagt i forbindelse med de sager om foreløbige forholdsregler, der er indledt af de borgere, der berøres af anvendelsen af Merchant Shipping Act.»

Etter EU-domstolens avgjørelse i *Factortame* kom særlig betydningen av Kommisjonens holdning til å stå sentralt i den videre håndtering av saken. Divisional Court gikk svært langt i å antyde at manglende etterlevelse av Kommisjonens posisjon i seg selv var «inexcusable» og dermed ansvarspådragende.¹⁰¹² Court of Appeal nøyde seg med en mer forsiktig formulering om at dette «strengthens the case of those who seek damages for the loss that they have suffered».¹⁰¹³ I House of Lords kom Lord Slynn of Hadley, med tilslutning fra de øvrige dommere, med følgende prinsipputtalelse:

«It is in my view clear that the views of the Commission are not conclusive (a) as to whether there has been a breach of Community law and (b) as to whether the breach is a sufficiently serious breach to justify an award of damages. The former is as a last resort for the European Court in proceedings under Article 169 or on a reference under Article 177 and the latter is for the national court. The considered view of the Commission in a case of this kind, where the Community has a substantial role, is however of importance. Indeed in an area so closely subject to community con-

¹⁰¹² [1997] Eu L.R. 474 (s. 519): «Where there is a doubt about the legality of any proposal, a failure by a Member State to seek the views of the Commission or, if it receives them, to follow them is likely to lead to any breach being regarded as inexcusable and so manifest.»

¹⁰¹³ [1998] Eu L.R. 456 (s. 475).

trol as is the Common Fisheries Policy, it is not only wise but often a necessary step to consult the Commission. The Government did here consult the Commission. A Member State may choose to ignore the advice given but if it does so, it incurs the risk that, if it proves to be wrong and the Commission to be right, the Member State will be found to have gone ahead deliberately, well aware of the Commission's views, and that a court will be more likely to find that the breach has been manifest and grave and thus sufficiently serious. In the present case, the Commission's view was firm, consistent and hostile to the Government.»¹⁰¹⁴

Også i *Larsy* hadde Kommisjonen gjort belgiske myndigheter oppmerksom på det man mente var traktatstridig avkortingspraksis i pensjonssaker, noe som igjen ledet til at overordnede pensjonsmyndigheter gjorde pensjonskassen oppmerksom på at Kommisjonen truet med traktatbruddsak og «oppfordret» den til å omgjøre den EU-stridige avgjørelsen om Larsys pensjonsutbetaling. Generaladvokat Legér fremhevet begge disse omstendigheter som relevante momenter for ansvarsvurderingen.¹⁰¹⁵

For EFTA-domstolens argumenterte ESA i samme retning i *Karlsson*: ESA viste til at man allerede i juli 1994 sendte Island et formelt åpningsbrev etter ODA artikkel 31 hvor man gjorde oppmerksom på at man mente at det islandske importmonopolet for alkoholholdig drikke var uforenlig med EØS-avtalen artikkel 16 og uttalte at det derfor var «unlikely that an excusable error in law could be established subsequent to that date».¹⁰¹⁶ EFTA-domstolen gikk imidlertid ikke inn på denne anførselen.

Fra et privatrettslig perspektiv er denne form for risikobetraktning velkjent: Det er, som påpekt av Hagstrøm, ansett i tråd med grunnleggende rettfærdighetsbetraktninger at skadevolder ikke skal kunne velte risikoen for ulovligheten av sine handlinger over på skadelidte: Om man beveger seg i lovens grenseland, må man ofte ta de erstatningsrettslige konsekvensene av å gripe feil.¹⁰¹⁷ Det er imidlertid tvilsomt om tilsvarende risikobetraktninger er særlig treffende i tilfeller av offentlig myndighetsutøvelse, som jo forutsetningsvis ikke skjer i det offentlige egeninteresse.¹⁰¹⁸ EU/EØS-retten utgjør rettslige skranker for statenes handlefrihet og det kan anføres tungtveiende argumenter for at ikke myndighetene av frykt for et potensielt omfattende erstatningsansvar skal være avskåret fra å kjempe for den fortolkning av EU/EØS-retten som de selv holder for riktig.¹⁰¹⁹ Det kan være grunn til å minne om at terskelen «tilstrekkelig kvalifisert brudd» jo nettopp er begrunnet med at man ikke ønsker å legge for stramme bånd på statene (jf. kapittel 3, punkt 3.4).

¹⁰¹⁴ [1999] 4 All ER 906, på s. 922.

¹⁰¹⁵ Innstilling i *Larsy*, avsnitt 80 (EU-domstolen gikk ikke inn på spørsmålet). Se tilsvarende generaladvokat Jacobs innstilling i *Lindöpark*, avsnitt 71.

¹⁰¹⁶ Jf. gjengivelsen av ESAs anførsler i Rettsmøterapporten i *Karlsson*, avsnitt 101.

¹⁰¹⁷ Hagstrøm 1987, hhv. s. 103 og 51.

¹⁰¹⁸ Se Hagstrøm 1987 s. 103 («en helt fremmed tanke»).

¹⁰¹⁹ Jf. for eksempel Sejersted 2009 s. 546 flg.

I et slikt lys er EU-domstolens anvisning på Kommisjonen og nasjonale domstolers oppfatning som relevante momenter i ansvarsvurderingen problematisk. I utgangspunktet må myndighetene ha anledning til å argumentere for den fortolkning av EU/EØS-retten som de selv (oppriktig) holder for riktig, det være seg i en traktatbruddssak for EU-domstolen eller EFTA-domstolen eller, om nødvendig, til topps i det nasjonale domstolshierarkiet, uten at dette skal få konsekvenser for ansvarsvurderingen i en etterfølgende erstatningssak. Selv om myndighetene lider nederlag i lavere rettsinstanser (eller, som i *Factortame*, i en tilknyttet sak om midlertidige forføyninger), kan ikke dette undergrave deres rett til å prøve (hoved-)saken i ankeinstansen(e).

Det har interesse i denne sammenheng at Høyesteretts mindretall i *Finanger II* uttrykkelig avviste at den omstendighet at lovgiver var klar over at bilansvarsloven § 7 tredje ledd bokstav b kunne reise problemer i forhold til den EØS-rettslige regulering av bilansvaret, tilsa at regelen burde vært opphevet (avsnitt 129):

«Etter min mening ville det legge for stramme bånd på lovgiver om erstatning skulle ilegges på et slikt grunnlag. Det fremgår at regelen i § 7 tredje ledd bokstav b var ønsket av lovgiveren, blant annet ut fra trafiksikkerhetshensyn. Når jeg er kommet til at det var forsvarlig grunnlag for å anse regelen som en medvirkningsregel som ikke kom i konflikt med motorvognforsikringsdirektivene, kan det etter min mening ikke kreves at lovgiveren skulle ha opphevet regelen for helt å unngå risikoen for slik konflikt.»

I lys av *Brasserie du Pêcheur/Factortame* fremstår dette standpunktet som usikkert, i hvert fall for tilfeller hvor det er uttalelser fra Kommisjonen (og vel da også ESA) eller nasjonale rettsavgjørelser som har avvist myndighetenes foretrukne fortolkning av EU/EØS-retten. Ut over hensynet til EU/EØS-rettens effektivitet, som utvilsomt taler for å vektlegge begrunnede standpunkt fra Kommisjonen og ESA, kan det hevdes at oppfatningen av at den som beveger seg i lovens grenseland, må ta de erstatningsrettslige konsekvensene av å gripe feil, kanskje er mer treffende i EU/EØS-rettslig sammenheng enn med tanke på det offentliges erstatningsansvar i andre sammenhenger. Selv om offentlig myndighetsutøvelse ikke skjer i det offentliges egeninteresse, så vil det fra et EU/EØS-rettslig perspektiv ofte fortone seg som om myndighetene søker å ivareta egne markedsaktørers interesser på bekostning av overordnede, felleseuropeiske interesser i et mest mulig effektivt og fritt indre marked. Slik sett har offentlige myndigheter en helt annen interesse i å bevege seg «i lovens grenseland» på EU/EØS-rettens område enn på andre rettsområder. Det kan argumenteres for at det offentliges opptreden på det nasjonale fellesskapets vegne ikke bør tillegges særlig erstatningsrettslig betydning i et tilfelle hvor det går på bekostning av et større, europeisk fellesskap, med den følge at man faller tilbake på den «grunnleggende rettferdighetsbetraktning» at man ikke bør kunne velte risikoen for ulovligheten av sine handlinger over på markedsaktører fra andre EØS-stater. Samtidig tilsier betenkelighetene omtalt ovenfor, særlig myndighetenes legitime interesse i å kunne argumentere

for den fortolkning av EU/EØS-retten som de selv (oppriktig) holder for riktig og den konsesjon til statenes handlingsrom som generelt ligger i ansvarsterskelen «tilstrekkelig kvalifisert brudd», at det er begrenset hvor stor vekt som kan legges på uttalelser fra Kommisjonen og ESA. En balansert mellomposisjon synes å være House of Lords' ovenfor gjengitte nedtoning av den betydning som underinstansene i *Factortame* ville tillegge Kommisjonens uttalelser.¹⁰²⁰ Også i tilfeller hvor innvendingene mot myndighetenes fortolkning av EU/EØS-retten stammer fra andre kilder bør etter mitt syn kjennskap til risikoen for å trå feil når man beveger seg i EU/EØS-rettens grenseland kunne tillegges en viss, men nok likevel bare temmelig begrenset vekt.

Fra EØS-relatert norsk rettspraksis er Rt. 2008 s. 982 *Ventelo Bedrift* interessant i denne sammenheng. Oslo kommune anførte i dette tilfellet forgjeves at man hadde vært i god tro med hensyn til forståelsen av anskaffelsesregelverket. Etter å ha vist til at det fremgår av forarbeidene at manglende kunnskap om anbudsreglene ikke fritar fra erstatningsansvar, uttalte Høyesterett følgende: «Kommunen har valgt å inngå kontrakt etter at spørsmålet om riktig prosedyre var tatt opp, og etter at Oslo byfogdembete hadde gjort det klart at kunngjøringen var i strid med forskriften. Dette er uansett ikke unnskyldelig» (avsnitt 48). Isolert sett tyder disse uttalelsene på at ikke bare vurderinger fra lavere rettsinstanser (i dette tilfellet i en sak om midlertidig forføyning), men også innsigelser fra en privat part spiller inn i vurderingen av om en rettsvillfarelse er unnskyldelig. Etter min oppfatning bør Høyesterett likevel helst forstås slik at det var *substansen* i innvendingene fra hhv. selskapet og byfogdembetet som tilsa at kommunen burde ha forstått at dens fortolkning av anskaffelsesregelverket ikke var holdbar.

7.7.5.7 Handlingssituasjonen

I vurderingen av om en rettsvillfarelse er unnskyldelig må det også sees hen til den konkrete handlingssituasjonen.¹⁰²¹ Et illustrerende eksempel fra praksis knyttet til EUs eget erstatningsansvar er Underrettens avgjørelse *MyTravel*, hvor det var spørsmål om Kommisjonens erstatningsansvar for rettsstridig inngripen mot en fusjon mellom to pakkereiseselskaper. I ansvarsvurderingen viste Underretten bl.a. til at Kommisjonen «er blevet pålagt at overvåge gjennomførelsen af konkurrencereglerne», samt til at fusjonskontrollen er underlagt «korte og strenge frister».¹⁰²² Disse to unnskyld-

¹⁰²⁰ Det kan tilføyes at dette samsvarer godt med den tilnærming som Oberster Gerichtshof i Liechtenstein til sist la til grunn i *Dr. Tschannet*, jf. dom 7. mai 2010 i sak CO.2004.2 (avsnitt 28.2): Den omstendighet at ESA i to brev hadde gjort gjeldende at Liechtensteins «single practice rule» for leger var i strid med EØS-avtalen artikkel 31 kunne ikke i seg selv være avgjørende for ansvarsvurderingen, men lest i sammenheng med den rettspraksis fra EU-domstolen som ESA viste til, tilsa brevene at myndighetenes rettsvillfarelse ikke kunne være unnskyldelig. Et lignende tysk eksempel finnes i BGHs dom 22. januar 2009 i sak III ZR 233/07, hvor det ble ansett relevant, men ikke avgjørende, at Kommisjonen hadde anlagt traktatbruddssak mot Tyskland for å få underkjent en panteordning som var i strid med TEUV artikkel 34 om frie varebevegelser.

¹⁰²¹ Jf. for norsk retts vedkommende Hagstrøm 1987 s. 104-105.

¹⁰²² *MyTravel*, hhv. avsnitt 40 og 81. Også i avsnitt 84 fremheves «vanskelighetene ved gjennomførelse på grund af det tidspres, der hviler på administrationen» som et moment i ansvarsvurderingen.

ningsgrunnene – rettslig handleplikt og tidspress – fremheves også i norsk rett som sentrale i vurderingen av om en rettsvillfarelse er unnskyldelig.¹⁰²³

Selv om det meg bekjent hittil ikke er noen tilsvarende eksempler i EU-domstolens eller EFTA-domstolens praksis knyttet til statenes erstatningsansvar, så tilsier forutsetningen om parallellitet mellom EUs og statenes ansvar at nasjonale myndigheter i en sammenlignbar situasjon på tilsvarende vis må kunne anføre rettslig handleplikt og tidspress som unnskyldningsgrunner.¹⁰²⁴ Den praktiske betydning av dette er imidlertid neppe særlig stor. En EU/EØS-rettslig begrunnet handleplikt vil foreligge i en lang rekke tilfeller, slik at dette nok vil være regelen snarere enn unntaket. Det er ingen eksempler i EU-domstolens praksis på at statenes plikt til å gjennomføre direktiver, etterkomme fellende dommer fra EU-domstolen, ta stilling til EU/EØS-relaterte søknader fra private mv. er vektlagt i ansvarsvurderingene og det er heller ikke noe som tyder på at Underretten la særlig vekt på dette momentet i *MyTravel*. En strengere vurdering av om en rettsvillfarelse er unnskyldelig i et tilfelle hvor en stat handler uten å ha noen EU/EØS-rettslig plikt til dette, vil dessuten bare ramme tilfeller hvor myndighetene på eget initiativ søker å utnytte det handlingsrom de mener EU/EØS-retten gir dem. Fra statenes perspektiv vil vektlegging av deres EU/EØS-rettslige «frihet» til å avstå fra å utøve politikk i slike tilfeller lett fremstå som lite rimelig.

Et EØS-relatert eksempel fra norsk rettspraksis hvor det offentlige handleplikt nevnes, er Rt. 2008 s. 1705 *Trafikk & Anlegg*. Erstatningssøksmålet var begrunnet med at Vegvesenet hadde overtrådt anskaffelsesregelverket ved å ta hensyn til et rabatttilbud fra en anbyder som var betinget av at selskapet også vant en annen anbudskonkurranse. Høyesteretts flertall fant at det forelå en overtredelse av anskaffelsesloven § 5, men at rettsvillfarelsen var unnskyldelig. I den forbindelse ble det bl.a. vektlagt at «[u]ansett hvordan rabatten ble håndtert, risikerte vegvesenet søksmål» (avsnitt 57).

Tilsvarende vil nok eventuelle EU/EØS-rettslige tidsfrister bare helt unntaksvis komme myndighetene til unnsetning. I hvert fall i EU-rettslig sammenheng gjelder dette særlig fristene for gjennomføring av direktiver. Disse er regelmessig langt romsligere enn tidsfristen som Underretten vektla i *MyTravel* – under fusjonskontrollen har Kommisjonen bare fire måneder på seg for å vurdere om man skal gripe inn eller ikke. Dersom myndighetene likevel skulle havne i tidsnød, vil dette vanligvis skyldes interne forhold som staten selv må bære følgene av. Det følger av fast rettspraksis at interne problemer ikke er noen unnskyldningsgrunn for manglende direktivgjennomføring,¹⁰²⁵ og dette må gjelde tilsvarende dersom slike forhold leder til mangelfull gjennomføring «i siste liten».

¹⁰²³ Jf. Hagstrøm 1987 s. 105.

¹⁰²⁴ En parallell til *MyTravel* vil imidlertid ikke kunne oppstå for nasjonale myndigheter fordi Kommisjonen og ESA har eksklusiv kompetanse til å vurdere fusjoner som faller inn under EU/EØS-regelverket.

¹⁰²⁵ Jf. for eksempel sak 279/83, *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 1984 s. 3395 (avsnitt 4).

I EØS-rettslig sammenheng vil det kunne oppstå særlige utfordringer i tilfeller hvor en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse av et direktiv i EØS-avtalen (og eventuell etterfølgende ratifikasjon i en eller flere EFTA-stater) drøyer så lenge at gjennomføringsfristen alt er, eller er i ferd med å bli, oversittet på ikrafttredelsestidspunktet.¹⁰²⁶ I praksis innrømmes ikke EFTA-statene noen egen gjennomføringsfrist av EØS-komiteen, noe som leder til at EFTA-statene har til dels langt mindre tid til rådighet enn EU-statene. Når det likevel er vanskelig å akseptere tidsnød som noen unnskyldningsgrunn i erstatningsrettslig sammenheng, skyldes det at EFTA-statene har det i sin hånd å skaffe seg en tilstrekkelig frist for å forberede gjennomføringen: Enten ved å kreve en særskilt EØS-rettslig gjennomføringsfrist eller – dersom EU skulle motsette seg dette– ved å trenere EØS-komiteens endelige vedtak inntil man har fått forberedt den nasjonale gjennomføringen.¹⁰²⁷

En beslektet problemstilling av praktisk betydning for nye EU/EØS-medlemmer er om det er relevant at de i løpet av kort tid må gjennomføre et meget betydelig antall direktiver.¹⁰²⁸ Spørsmålet dukket opp i *Finanger II*, hvor lagmannsretten uttalte at gjennomføringen av motorvognforsikringsdirektivet skjedde i «en ekstraordinær situasjon som følge av det store antall regler som måtte gjennomgås og vurderes». Høyesterett var imidlertid av den oppfatning at «[s]taten må ha risikoen for at gjennomføringen av direktiver foretas på en forsvarlig måte» (avsnitt 92). Problemstillingen har ikke vært oppe for EU-domstolen eller EFTA-domstolen, men den prinsipielle likestilling av samtlige EU/EØS-stater og den tilhørende forventning hos private parter om likeverdig rettsbeskyttelse fra den dag EU/EØS-rettens anvendelsesområde utvides til å omfatte nye EØS-stater, tilsier klart at Høyesteretts oppfatning må være riktig.

Vurderingen vil derimot være en annen for nasjonale forvaltningsorganer som i gitte tilfeller må forholde seg til korte EU/EØS-rettslige tidsfrister. Disse må kunne påberope seg Underrettens uttalelser i *MyTravel*. Forutsetningen er imidlertid at tidsfristen er relativt knapp og at den følger av EU/EØS-retten (ikke av nasjonal rett).

7.7.5.8 Er det rom for subjektive unnskyldningsgrunner?

Spørsmålet er så om EU-domstolens henvisning til unnskyldelig rettsvillfarelse som et moment i ansvarsvurderingen åpner for å vektlegge de subjektive forutsetninger til det myndighetsorgan som i det konkrete tilfellet griper feil i sin forståelse av

¹⁰²⁶ Se til illustrasjon sak E-8/10, *ESA mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2009-2010 s. 296, hvor det aktuelle direktivets gjennomføringsfrist (20. oktober 2007) var utløpt alt før EØS-komiteens beslutning om å innlemme direktivet i EØS-avtalen (26. oktober 2007). Som følge av behov for etterfølgende ratifikasjon ble direktivet dessuten først formelt bindende for EFTA-statene 20 (!) måneder senere (1. juli 2009).

¹⁰²⁷ Jf. også punkt 7.10 nedenfor om spørsmålet om oversittelse av gjennomføringsfristen i slike tilfeller uten videre leder til erstatningsansvar.

¹⁰²⁸ Problemstillingen er nært beslektet med, men likevel prinsipielt atskilt fra spørsmålet om nye medlemsstater i en overgangsperiode kan anføre manglende erfaring med EU/EØS-retten som en subjektiv unnskyldningsgrunn, jf. punkt 7.7.5.8.

EU/EØS-retten. Da EU-domstolen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* tilføyde spørsmålet om en eventuell rettsvillfarelse er unnskyldelig eller ikke som et moment i ansvarsvurderingen, representerte dette tilsyneltande en avvisning av generaladvokat Tesaurus oppfordring om å «betragte medlemsstaternes ansvar for overtrædelse af fællesskabsretten som et objektivt ansvar».¹⁰²⁹ I følge EU-domstolen er «[v]isse ... subjektive momenter» relevante for ansvarsvurderingen (avsnitt 78).

Etter min oppfatning bør det imidlertid ikke legges for mye i denne formuleringen. Fra nasjonal erstatningsrett er det velkjent at det langt fra en enighet om grensen mellom culpanormens objektive og subjektive side og det er meget mulig at EU-domstolen anser spørsmålet om «unnskyldelig rettsvillfarelse» i sin helhet som et subjektivt moment i ansvarsvurderingen.¹⁰³⁰ Formuleres spørsmålet om subjektive unnskyldningsgrunner som et spørsmål om *vedkommende myndighetsorgans konkrete forutsetninger*, gir praksis fra EU-domstolen ingen holdepunkter for at slike i noe tilfelle er tillagt vekt, verken i delvurderingen av om en rettsvillfarelse er unnskyldelig eller i den overordnede vurdering av om overtredelse av EU/EØS-rette er tilstrekkelig kvalifisert. I *Haim II* uttalte EU-domstolen tvert i mot at statene ikke kan unndra seg sitt ansvar «ved at gøre gældende, at den offentlige myndighed, der har tilsidesat fællesskabsretten, ikke havde den fornødne kompetence, de fornødne kundskaber eller midler» (avsnitt 28). Med Lord Hoffmann i *Factortame* synes det følgelig å være grunnlag for å hevde at «the question of whether the error of law was excusable or inexcusable is an objective one».¹⁰³¹

Statene imellom er vektlegging av subjektive forutsetninger nokså utenkelig. I den virkelige verden er det selvsagt slik at EØS-statenes forutsetninger for å holde seg *à jour* med utviklingen i EU/EØS-retten er nokså ulike – store EØS-stater med ditto forvaltningsapparat har bedre forutsetninger enn små, erfarne EØS-stater bedre enn nye, ressurssterke bedre enn stater som er på konkursens rand mv. I EU/EØS-rettslig sammenheng tilsier likevel hensynet til likebehandling av så vel statene¹⁰³² som private rettighetssubjekter på det felles marked at Liechtenstein og Malta må finne seg i å bli vurdert ut fra samme terskel som langt større og mer erfarne EØS-stater.

På organnivå er det mindre opplagt at det ikke er rom for subjektive unnskyldningsgrunner knyttet til de ansvarlige myndigheters tilgjengelige ressurser. I norsk erstatningsrett er det lagt til grunn at vurderingen av de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten i henhold til skadeserstatningsloven § 2-1, må ta

¹⁰²⁹ Innstilling i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 88, jf. avsnitt 85.

¹⁰³⁰ Sml. i norsk sammenheng systematikken hos bl.a. Hagstrøm 1983 s. 66 og Hjelmeng 2007b s. 127.

¹⁰³¹ [1999] 4 All ER 906 (på s. 925).

¹⁰³² Jf. i EU-rettslig sammenheng prinsippet om medlemsstatenes likhet overfor traktatene, som gjennom Lisboa-traktaten ble nedfelt i TEU artikkel 4 nr. 2.

hensyn til hvilke økonomiske ressurser som står til myndighetenes rådighet på vedkommende område.¹⁰³³ I følge Statsansvarsutredningen kan ikke det offentliges erstatningsansvar anvendes til «forsvarlighetscensur» av Stortingets bruk av dets bevilgningsmyndighet.¹⁰³⁴ Tilsvarende synspunkter kan kanskje anvendes på lovgivers organisering av den offentlige forvaltning, herunder de overordnede politiske valg som ligger til grunn for den eksisterende norske kommunestrukturen. I hvert fall synes det å være enighet om at det i vurderingen av om en rettsvillfarelse er unnskyldelig, normalt må stilles høyere krav til sentralforvaltningen enn til kommunale organer.¹⁰³⁵ Fra et EU/EØS-rettslig perspektiv er imidlertid vurderingskriteriet om staten som helhet har begått et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EU/EØS-retten. Det er – som anført av EU-domstolen i det ovenfor gjengitte sitatet fra *Haim II* – uten interesse om staten har organisert seg på et vis som fører til at ansvaret for å overholde EU/EØS-retten på ulike områder er lagt til små lokale eller regionale myndighetsorganer uten tilstrekkelig EU/EØS-rettslig ekspertise.

Et illustrerende eksempel fra anbudsrettens område er EU-domstolens avgjørelse i sak C-314/09, *Stadt Graz mot Strabag*, [A5] Sml. 2010 s. I-8769, hvor det ikke ble tillagt noe vekt at det i den konkrete saken var lokale forvaltningsmyndighetene i en middels stor by (den østerrikske byen Graz) som hadde trådt feil i anvendelsen av anskaffelsesreglene. Til sammenligning påpekte Høyesterett i Rt. 2008 s. 1705 *Trafikk & Anlegg* at «vegvesenet er en stor aktør på området og skal vurderes strengt» (avsnitt 57). Uttalelsen antyder at Høyesterett mente at mindre ressurssterke og profesjonelle aktører ville kunne slippe unna med et lempeligere ansvar. Dette kan kanskje leses som et svar på spørsmålet fra Bernt og Krüger i den i dommen omtalte artikkel med tittelen «Hvor mye EØS-rett tåler norsk kommuner?», hvor det uttrykkes bekymring for de krav som stilles til «et sårbart desentralisert offentlig forvaltningssystem med undertiden begrensede faglige og økonomiske ressurser til rådighet for å drive fagjuridisk skarpseiling i uryddige farvann».¹⁰³⁶ EU-domstolens dom tilsier imidlertid klart at EU/EØS-rettens (minste-)krav til erstatningsansvar ikke kan lempes under henvisning til en liten norsk kommunes begrensede ressurser. Fra et EU/EØS-rettslig perspektiv er dette rimelig: Satt på spissen kan det ikke komme private aktører til skade om en EØS-stat velger å operere med en intern forvaltningsstruktur som fører til at anskaffelsesmyndighetene ikke er i stand til å overholde anbudsreglene (se nærmere i punkt 7.16.6).

¹⁰³³ Jf. Hagstrøm 1987 s. 104-105, jf. også mer generelt s. 258 flg.

¹⁰³⁴ Statsansvarsutredningen, s. 20 flg. Se tilsvarende for dansk retts vedkommende Fenger 2004 s. 960, med videre henvisninger til dansk rettspraksis og litteratur. Det hører med at uttalelsene i Statsansvarsutredningen (og drøftelsene hos Hagstrøm 1987 s. 258 flg.) primært tar sikte på tilfeller hvor det er spørsmål om det via culpanormen kan utledes konkrete krav til kvaliteten på offentlige ytelser mv. i tilfeller hvor slike krav ikke er fastlagt på annet grunnlag. Det er langt mindre grunn til å utvise tilbakeholdenhet av respekt for Stortingets bevilgningsmyndighet i tilfeller hvor offentlige myndigheter har tilsidesatt eksisterende rettsregler som tillegger private rettigheter. Fenger 2004 s. 960 synes å være inne på dette når han, med dansk rett for øye, uttaler at det skadevoldende forvaltningsorgans ressurser «formentlig kun sjældent [får] betydning for ansvarsbedømmelsen i forhold til underkendte forvaltningsakter».

¹⁰³⁵ Jf. Hagstrøm 1987 s. 105. Se tilsvarende for eksempel Eckhoff/Smith 2011 s. 511-512, under henvisning til Rt. 1972 s. 578 *Randaberg*, Rt. 1995 s. 781 *Peelorg* og Rt. 1999 s. 1273 *Ottesen*.

¹⁰³⁶ Bernt og Krüger 2002 s. 153.

Når det ikke er rom for å vektlegge vedkommende myndighetsorgans konkrete forutsetninger som en unnskyldningsgrunn, sier det seg selv at staten heller ikke kan påberope seg subjektive unnskyldningsgrunner knyttet til den eller de ansvarlige embeds- eller tjenestemenn.¹⁰³⁷ *Köbler* og *AGM* er begge illustrerende for den prinsipielle sonndring som EU-domstolen trekker mellom spørsmålet om statlig og privat ansvar. I *Köbler* avviste EU-domstolen innvendinger knyttet til dommernes uavhengighet under henvisning til at det var spørsmål om statenes ansvar for EU-stridige rettsavgjørelser, ikke dommernes personlige erstatningsansvar (avsnitt 42),¹⁰³⁸ mens det i *AGM* ble uttalt at myndighetene ikke kan påberope seg tjenestemennenes yringsfrihet i et tilfelle av EU/EØS-stridige produktadvarsler (avsnitt 72). I *AGM* fulgte domstolen opp med å slå fast at EU-retten «ikke er til hinder for, at der kan pålægges en tjenestemand ansvar i tillegg til medlemsstatens ansvar», men domstolen tilføyde at EU-retten «stiller ikke krav herom» og formulerte seg for øvrig på et vis som viser at spørsmålet om personlig ansvar må holdes atskilt fra spørsmålet om statenes ansvar. I det, i hvert fall fra et norsk perspektiv, lite praktiske tilfelle at skadelidte fremmer krav om erstatning direkte mot den ansvarlige tjenestemann, er EU/EØS-retten ikke til hinder for at vedkommende kan anføre subjektive unnskyldningsgrunner knyttet til manglende kunnskaper i EU/EØS-rett. Det er imidlertid ikke rom for noe tilsvarende forsvar fra det offentliges side – fra et EU/EØS-rettslig perspektiv må statene sørge for at deres tjenestemenn lever opp til EU-domstolens forventninger.

For EØS-stater som fastholder det offentliges erstatningsansvar utelukkende som en aksessorisk solidarisk heftelse overfor skadelidte innebærer imidlertid EU/EØS-retten at heller ikke den eller de ansvarlige tjenestemenn kan anføre subjektive unnskyldningsgrunner i vurderingen av om en rettsvillfarelse er unnskyldelig. Dette fremgår også klart av generaladvokat Kokotts innstilling i *AGM*: «Er statens erstatningsansvar derimod udformet således i den nationale lovgivning, at der udelukkende er fastsat et erstatningsansvar for tjenestemænd, som overtages af staten i tilfælde af manglende betaling eller overføres til denne, skal fællesskabsrettens krav om en effektiv beskyttelse af personers rettigheder også gennemføres i forbindelse med reguleringen af tjenestemænds erstatningsansvar.» (avsnitt 151).

7.7.5.9 Avsluttende betraktninger

Om enn ikke særlig tungtveiende, så er spørsmålet om en eventuell rettsvillfarelse er unnskyldelig eller ikke, utvilsomt et relevant moment i vurderingen av om et brudd på EU/EØS-retten er tilstrekkelig kvalifisert. Selvstendig betydning ved siden av de øvrige momenter på EU-domstolens liste får dette først dersom oppmerksomheten rettes

¹⁰³⁷ Dette gjelder tilsvarende for norsk erstatningsrett, jf. nærmere Hagstrøm 1987 s. 375 flg.

¹⁰³⁸ EU-domstolen uttalte seg ikke om statenes adgang til etter nasjonal rett å kreve regress av dommerne. Etter som en uinnskrenket regressrett vil kunne true dommernes uavhengighet synes likevel domstolens uttalelser å indikere at EU-retten kan sette visse grenser også her, jf. nå grunnrettighetsprakten artikkel 47.

mot det hendelsesforløp som i en konkret sak har ledet til myndighetenes uriktige forståelse av EU/EØS-retten. Med forbehold for tilfeller hvor statens uriktige forståelse av EU/EØS-retten helt eller delvis må tilskrives villedning fra en EU/EØS-institusjon (se punkt 7.7.6), vil imidlertid en nærmere vurdering av prosessen som ledet til myndighetenes uriktige forståelse av EU/EØS-retten i de fleste tilfeller utelukkende virke i skjerpene retning. Det følger av dette at statene vil kunne ha interesse av å avskjære mulighetene for bevisførsel omkring ulike myndighetsorganers interne vurderinger av EU/EØS-rettslige spørsmål. Fra norsk rettspraksis er tvisten om fremleggelse av Lovavdelingens interne dokumenter i *Finanger II* illustrerende, mens det fra praksis knyttet til EUs eget erstatningsansvar særlig kan vises til tvisten om dokumentinnsyn i *MyTravel*.¹⁰³⁹ Innenfor de skranker som følger av ekvivalens- og effektivitetsprinsippet står det statene fritt å regulere bevisgangen gjennom nasjonal prosesslovgivning. I lys av hvor lite oppmerksomhet EU-domstolen har viet momentet unnskyldelig rettsvillfarelse, lar det seg vanskelig hevde at det vil være i strid med effektivitetsprinsippet å nekte skadelidte innsyn i myndighetenes interne vurderinger.¹⁰⁴⁰

Ut over forskjeller knyttet til mulighetene for bevisførsel omkring det hendelsesforløp som i en konkret sak har ledet til myndighetenes uriktige forståelse av EU/EØS-retten, kan det mer generelt være grunn til å stille spørsmål ved om aksept av rettsvillfarelsens eventuelle unnskyldelighet som et moment i ansvarsvurderingen vil kunne lede til rettsulikhet statene imellom. I lys av EU-domstolens avstandstagen fra culpa-begrepet i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* er det noe overraskende at man samtidig, helt uten å gi noen veiledning med på veien, overlater til de nasjonale domstolene å vurdere om en rettsvillfarelse fremstår som unnskyldelig eller ikke. Så lenge de nasjonale domstolene ikke tillegger dette momentet særlig betydning, i hvert fall ikke i favør av det offentlige, er dette likevel neppe noe stort problem i praksis.

¹⁰³⁹ Jf. senest EU-domstolens dom i ankesak C-506/08 P, *Sverige mot Kommisjonen* [A5] dom 21. juli 2011.

¹⁰⁴⁰ Det er mulig EUs egne regler i forordning 1049/2001 artikkel 4 for innsyn i interne dokumenter vil kunne være retningsgivende, jf. også grunnrettighetspakten artikkel 42. I lys av de nokså ulike tradisjonene knyttet til offentlig innsyn i de ulike medlemsstatene vil det imidlertid være kontroversielt om EU-domstolen skulle operasjonalisere effektivitetsprinsippet på et vis som i praksis utvider disse reglenes anvendelsesområde til også å omfatte medlemsstatene. Problemstillingen må uansett holdes atskilt fra spørsmålet om privates tilgang til interne myndighetsdokumenter med sikte på et mulig erstatningssøksmål mot andre private for brudd på EU/EØS-konkurranseregler, jf. for eksempel sak C-360/09, *Pfleiderer mot Bundeskartellamt*, [SK] Sml. 2011 s. I-5161 og de mange sakene mellom DB Schenker og ESA i anledning førstnevntes erstatningssøksmål mot Posten Norge (sak E-14/11, E-8/12, E-4/13 og E-5/13). Her vil tilgang på interne dokumenter kunne være helt avgjørende for muligheten til å fremme et erstatningskrav (men samtidig foreligger det her en klar EU/EØS-rettslig interesse i å verne om opplysninger som private mer eller mindre frivillig gir til konkurransemyndighetene).

7.7.6 Om en EU/EØS-institusjon har medvirket til rettsbruddet

I *Brasserie du Pêcheur/Factortame* fremhevet EU-domstolen «den omstændighed, at en fællesskabsinstitutions holdning kan have været medvirkende til undladelsen, vedtagelsen eller opretholdelsen af nationale foranstaltninger eller praksis i strid med fællesskabsretten» som et moment i ansvarsvurderingen (avsnitt 56). Tilsvarende uttalelser finnes i senere avgjørelser som for eksempel *Haim II*, *Köbler*, *Thin Cap* og *Robins*.¹⁰⁴¹ EFTA-domstolen fulgte opp i *Sveinbjörnsdóttir*, men tilpasset momentet til EØS-retten ved å tilføye eventuell medvirkning fra en EØS-institusjon (avsnitt 69).

Systematisk taler mye for å se spørsmålet om en EU/EØS-institusjon har medvirket til rettsbruddet som et moment i den alt ovenfor omtalte vurderingen av om en eventuell rettsvillfarelse fremstår som unnskyldelig eller uunnskyldelig.¹⁰⁴² I samsvar med EU-domstolens tilnærming er spørsmålet likevel her skilt ut til separat behandling.

Verken i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* eller i *Sveinbjörnsdóttir* forelå det omstendigheter som tydet på at en EU- og/eller en EØS-institusjon på noe vis hadde medvirket til myndighetenes uriktige forståelse av EU/EØS-retten. I EFTA-domstolens praksis er det heller ingen senere saker hvor dette har vært en aktuell problemstilling, men fra EU-domstolens praksis bidrar *British Telecommunications*, *FII*, *Lindöpark*, *Köbler* og *Robins* til å kaste lys over momentet.

Det fremste eksempelet på medvirkning fra Kommissjonens side er *Robins*, hvor Kommissjonen i forbindelse med en undersøkelse av gjennomføringen av konkursgarantidirektivet fastslo at den britiske lovgivningen tilsynelatende oppfylte direktivets krav. Generaladvokat Kokott påpekte at selv om Kommissjonen hadde valgt en forsiktig formulering, i kontrast til klarere formuleringer i vurderingene av andre medlemsstaters gjennomføring, så gav rapporten britiske myndigheter grunn til å tro at man hadde oppfylt direktivets krav. EU-domstolen sluttet seg til dette med følgende uttalelse (avsnitt 81):

«Den forelæggende ret kan ligeledes tage hensyn til Kommissionens beretning KOM (95) 164 endelig udg. af 15. juni 1995 (ikke offentliggjort i De Europæiske Fællesskabers Tidende) om medlemsstaternes gennemførelse af direktivet, som blev påberåbt i indlæggene afgivet for Domstolen, og hvori Kommissionen konkluderede (s. 52): ”De forskellige regler [vedtaget af Det Forenede Kongerige] synes at opfylde kravene i [direktivets] artikel 8.” Som generaladvokaten har anført i punkt 98 i forslaget til afgørelse, har en sådan formulering således, uanset dens forsigtighed, kunnet bestyrke medlemsstaten i dens opfattelse med hensyn til gennemførelsen af direktivet.»

¹⁰⁴¹ *Haim II*, avsnitt 43; *Köbler*, avsnitt 55; *Thin Cap*, avsnitt 119; *Robins*, avsnitt 77.

¹⁰⁴² Jf. slik generaladvokat Kokotts ovenfor omtalte innstilling i *Robins*, avsnitt 97 (i note 33).

Et liknende eksempel er *FII*, hvor det av generaladvokat Geelhoeds innstilling fremgår at Kommisjonene opprinnelig var av den oppfatningen at britiske myndigheters skattemessige behandling av inngående utbytte (utbytte innenlandske aksjonærer mottar fra utenlandske selskap) var i samsvar med EU-retten.¹⁰⁴³ EU-domstolen gikk ikke inn på dette i sin ansvarsvurdering, men dette kunne heller ikke være påkrevd etter som domstolen ganske klart gav uttrykk for at det ikke forelå noe tilstrekkelig kvalifisert brudd. Court of Appeal sluttet seg til denne vurderingen, men fant for sin del grunn til å fremheve Kommisjonens opprinnelige vurdering som «significant».¹⁰⁴⁴

Ut over tilfeller hvor Kommisjonen og eventuelt ESA konkret gir uttrykk for at nasjonal rett synes i samsvar med EU/EØS-retten krav, kan det også tenkes at de to kontrollorganenes innlegg i saker for EU-domstolen og/eller EFTA-domstolen kan ha gitt myndighetene en berettiget forventning om hvordan gjeldende EU/EØS-rett er å forstå.¹⁰⁴⁵ I vurderingen av hvilken vekt det kan legges på Kommisjonens og/eller ESAs standpunkt i ulike prosesskriv, må det imidlertid tas hensyn til deres rolle i saker for EU-domstolen og EFTA-domstolen. Som redegjort for ovenfor under punkt 7.7.5.6 er jeg skeptisk til å vektlegge Kommisjonens og ESAs prosessstandpunkt i skjerpene retning fordi de to kontrollorganenes ulike skriv i denne sammenheng må betraktes som partsinnlegg som ikke bør kunne undergrave statenes rett til å forsvare egne posisjoner frem til EU-domstolen eller EFTA-domstolen har sagt sitt. Situasjonen er likevel en annen i tilfeller hvor Kommisjonen og/eller ESA støtter opp under statens forståelse av EU/EØS-retten: Her foreligger ikke noen motsetning mellom statenes legitime behov for å kunne argumentere for sin foretrukne tolkning av EU/EØS-retten og vektlegging av EU/EØS-institusjonenes oppfatning. Snarere er det vel slik at Kommisjonens og ESAs kontrollfunksjon tilsier at statene har enn større grunn til å føle seg på den sikre siden i tilfeller hvor kontrollorganene faktisk deler deres forståelse. Den omstendighet at verken Kommisjonen eller ESA kan slå fast tolkningen av gjeldende EU/EØS-rett med autoritativ virkning, begrenser likevel den vekt som kan legges på de to kontrollorganenes forhåndsvurdering.

Medvirkningssynspunktet må uansett begrenses til tilfeller hvor Kommisjonen og/eller ESA *aktivt* støtter opp under statens forståelse av EU/EØS-retten – det er ikke rom for betraktninger om at den som tier samtykker. I *Lindöpark* argumenterte den svenske regjering forgjeves med at overtredelsen av EU-retten var unnskyldelig fordi

¹⁰⁴³ Se innstilling i *FII*, avsnitt 48.

¹⁰⁴⁴ [2010] EWCA Civ 103: «To the contrary, and this is significant, the position of the Commission on the reference in the present case was, initially, that the United Kingdom's dual system of exemption and credit complied with Community rules».

¹⁰⁴⁵ Et eksempel fra nasjonal rettspraksis gir UfR 2007 s. 3124 H *Paranova Danmark*, hvor det i ansvarsvurderingen ble vektlagt at Kommisjonen tidligere hadde gitt uttrykk for samme rettsoppfatning som danske myndigheter i to liknende saker for EU-domstolen.

Kommisjonen ikke hadde innledet noe traktatbruddssak (avsnitt 41). I *British Telecommunications* uttalte riktignok EU-domstolen at britiske domstoler kunne legge vekt på at Kommisjonen ikke hadde reagert på den britiske gjennomføringslovgivningen (avsnitt 44), men dette standpunktet er med rette kritisert i teorien¹⁰⁴⁶ og må anses forlatt med *Lindöpark*. Det er opp til Kommisjonens og ESAs skjønn om man ønsker å forfølge antatte traktatbrudd ved å innlede traktatbruddsproseduren nedfelt i TEUV artikkel 258 og ODA artikkel 31¹⁰⁴⁷ og statene kan da ikke bygge berettigede forventninger på at de to kontrollorganene forholder seg passive.¹⁰⁴⁸ Dette gjelder selv om Kommisjonen eller ESA skulle vært gjort uttrykkelig oppmerksom på et påstått traktatbrudd i form av en henvendelse fra private (eller eventuelt fra andre EØS-stater). Selv i tilfeller hvor Kommisjonen eller ESA har innledet traktatbruddsproseduren i form av et formelt åpningsbrev eller endog fulgt opp med en begrunnet uttalelse, kan et etterfølgende fravær av søksmål for EU-domstolen eller EFTA-domstolen ikke tas til inntekt for at kontrollorganene har skiftet oppfatning.

Et illustrerende eksempel fra nasjonal rettspraksis er spanske Tribunal Supremos dom i saken *Canal Satellite Digital*.¹⁰⁴⁹ Kommisjonen innledet i dette tilfellet en traktatbruddsprosedure mot Spania, men innstilte denne etter at spanske myndigheter lovet å oppheve en godkjenningsordning med tilhørende krav til tekniske spesifikasjoner som i praksis innebar at Canal Satellite Digitals dekode-re ikke ble godkjent for bruk i Spania. I den etterfølgende erstatningssaken avviste imidlertid Tribunal Supremo med rette at dette var av relevans for vurderingen av om den spanske lovgivningen utgjorde et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EU-retten.

Ut over villedning fra Kommisjonen og ESA kan det i prinsippet også tenkes medvirkning fra andre EU/EØS-institusjoner. Et nokså spesielt tilfelle er *Köbler*, hvor det med en viss rett kan hevdes at EU-domstolen selv medvirket til den øverste østerrikske forvaltningsdomstolens villfarelse: Österreichischer Verwaltungsgerichtshof hadde opprinnelig spurt EU-domstolen om EU-retten var til hinder for nasjonale regler som forbeholdt et ansiennitetstillegg til universitetsprofessorer som hadde 15 års tjeneste ved østerrikske universiteter, uten å ta med i betraktning tjeneste ved universiteter i andre medlemsstater. Etter EU-domstolens dom i *Schöning-Kougebetopoulou* henvendte imidlertid EU-domstolens justissekretær seg til den østerrikske domstolen,

¹⁰⁴⁶ Jf. bl.a. Tridimas 2006 s. 515. Det bør imidlertid påpekes at Tridimas' kritikk favner for vidt når den generelt tar utgangspunkt i at «the Commission has no power to give authentic interpretation of Community law». Dette er riktig, men hindrer ikke at medlemsstatene likevel kan anføre Kommisjonens vurderinger som en unnskyldningsgrunn, jf. nå *Robins*. Det kan imidlertid ikke være tilstrekkelig at Kommisjonen har forholdt seg passivt, noe som var situasjonen i *British Telecommunications*.

¹⁰⁴⁷ Jf. fra EU-domstolens praksis for eksempel sak 247/87, *Star Fruit mot Kommisjonen*, Sml. 1989 s. 291 (avsnitt 11-12) og sak C-72/90, *Asia Motor France mot Kommisjonen*, Sml. 1990 s. I-2181 (avsnitt 13).

¹⁰⁴⁸ Se motsatt Borgarting lagmannsretts vektlegging av ESAs passivitet i ansvarsvurderingen i *Edquist*, jf. dom og kjennelse 13. januar 2010 (LB-2007-151609), punkt 4 i.f.

¹⁰⁴⁹ [2003] RJ 8844 (sak 1/46/1999). Omtalen her er basert på fremstillingen hos Lage/Brokelmann 2004.

gjorde oppmerksom på den nye dommen og spurte om Verwaltungsgerichtshof fant det nødvendig å opprettholde anmodningen om en prejudisiell avgjørelse. Foreleggelsen ble deretter trukket tilbake. Da endelig dom falt i saken, viste det seg imidlertid at Verwaltungsgerichtshof med urette antok at *Schöning-Kougebetopoulou* innebar at såkalte lojalitetsytelser kunne rettferdiggjøre unntak fra prinsippet om arbeidskraftens frie bevegelighet.¹⁰⁵⁰ I EU-domstolens etterfølgende vurderingen av om Verwaltungsgerichtshofs tilsidesettelse av EU-retten var tilstrekkelig kvalifisert til å påføre Østerrike erstatningsansvar, vies forhistorien generelt og rollen til EU-domstolens justissekretær spesielt betydelig oppmerksomhet.¹⁰⁵¹ Frifinnelsen knyttes ikke uttrykkelig til spørsmålet om medvirkning fra en EU-institusjon, men det er grunn til å påpeke at *Köbler* er en av relativt få saker hvor nettopp dette er med i den generelle oppstillingen av relevante momenter (avsnitt 55). Interessant er det også at EU-domstolen helt avslutningsvis, etter å ha unnskyldt den østerrikske domstolen med at det ikke fremgikk klart av tidligere praksis hvordan lojalitetsytelser skulle håndteres, oppsummerte med at «heretter, og når henses til omstændighederne i den foreliggende sag, kan den tilsidesættelse af fællesskabsretten, der blev fastslået i nærværende doms præmis 119, ikke anses for åbenbar og dermed tilstrækkelig kvalificeret».¹⁰⁵² Selv om EU-domstolens justissekretær tilsynelatende var svært lite å bebreide,¹⁰⁵³ kan det være grunn til å se frifinnelsen i sammenheng med hans involvering i saken. Gitt de mange eksemplene på nasjonale domstoler som ignorerer plikten til å legge uavklarte tolkningsspørsmål frem for EU-domstolen i henhold til TEUV artikkel 267, ville det være noe paradoksalt om det første eksempel på statlig erstatningsansvar for en EU-stridig rettsavgjørelse skulle være et tilfelle hvor den nasjonale domstolen faktisk i utgangs-

¹⁰⁵⁰ I sak C-15/96, *Schöning-Kougebetopoulou mot Hamburg*, [P] Sml. 1998 s. I-47 kom EU-domstolen til at bestemmelser i en kollektiv overenskomst som førte til at den tid en gresk lege hadde arbeidet i hjemlandet ikke ble medregnet når tyske helsemyndigheter skulle beregne hans ansiennitet, var i strid med prinsippet om arbeidstakernes frie bevegelighet. For EU-domstolen gjorde den tyske regjering gjeldende at behovet for å kunne belønne lojale arbeidstakere måtte kunne rettferdiggjøre regler om at bare ansiennitet opparbeidet i det tyske helsevesenet skulle medregnes. Domstolen avviste imidlertid dette under henvisning til at de tyske reglene ikke kunne anses å ha som formål å belønne arbeidstakernes lojalitet ettersom reglene åpnet for at praksis fra flere forskjellige arbeidsgivere ble medregnet.

¹⁰⁵¹ Jf. *Köbler*, avsnitt 104 flg. Det er påfallende at vurderingen av om bruddet er tilstrekkelig kvalifisert innledes med formuleringen «Indledningsvis skal der erindres om forløbet af retsforhandlingerne i sagen, der førte til Verwaltungsgerichtshofs dom af 24. juni 1998».

¹⁰⁵² *Köbler*, avsnitt 124 (min kursivering). Ordet «heretter» viser klart nok tilbake på de unnskyldende omstendigheter som EU-domstolen omtaler i avsnitt 122-123, noe som tilsier at det med tillegget «omstændighederne i den foreliggende sag» siktes til andre forhold. Det er nærliggende å lese dette som en henvisning til forhistorien redegjort for i dommens avsnitt 104 flg.

¹⁰⁵³ Av EU-domstolens redegjørelse for forhistorien fremgår det at justissekretærens forespørsel tok utgangspunkt i Verwaltungsgerichtshofs oppfatning i foreleggelsen av at det omtvistete ansiennitetstillegg «hverken er et beløb, der udbetales for lang og tro tjeneste, eller en form for belønning, men tværtimod er en del af den løn, der udbetales som led i karriereforløbet» (avsnitt 106). Det var først etter at foreleggelsen var trukket tilbake at den østerrikske domstol kom til at tillegget likevel hadde som formål å belønne arbeidstakere som lojalt holdt seg til en arbeidsgiver (den østerrikske stat), jf. nærmere avsnitt 104-119 i dommen.

punktet hadde overholdt foreleggelsesplikten og først trukket foreleggelsen tilbake på oppfordring fra domstolens justissekretær.

Et EØS-rettslig eksempel på medvirkning fra EFTA-domstolen kan konstrueres med utgangspunkt i divergensen mellom EFTA-domstolens tolkning av varemerekedirektivet (89/104/EØF) artikkel 7 første ledd i *Maglite* og EU-domstolens etterfølgende tolkning i *Silhouette* (og *Sebago*).¹⁰⁵⁴ Mens EFTA-domstolen la til grunn at direktivet i hvert fall i EØS-rettslig sammenheng åpnet for nasjonale bestemmelser om internasjonal konsumpsjon av varemerkerettigheter, kom EU-domstolen til motsatt løsning. Dersom man tenker seg at en merkevareinnehaver i kjølvannet av *Silhouette* saksøkte den norske stat for mangelfull gjennomføring av direktivet, måtte domstolene først ta stilling til om EU-domstolens løsning måtte være riktig også i EØS-rettslig sammenheng. Som EFTA-domstolens etterfølgende helomvending i *L'Oréal* viser, tilsier homogenitetsmålsettingen et bekreftende svar.¹⁰⁵⁵ I den etterfølgende ansvarsvurderingen kunne det likevel ikke være tilstrekkelig å vise til at den norske gjennomføringen i så fall var i åpenbar strid med EU-domstolens praksis – staten måtte her kunne anføre *Maglite* som en unnskyldningsgrunn.

I lys av EU-domstolens praksis kan det knapt bestrides at medvirkning fra en EU/EØS-institusjon må anses som en relevant unnskyldningsgrunn. Hvor stor betydning slik medvirkning kan tillegges, er imidlertid høyst uklart. Etter min oppfatning må EU-domstolens generelle henvisninger til medvirkning fra en EU-institusjon som en unnskyldningsgrunn for nasjonale myndigheter (og EFTA-domstolens resepsjon av disse uttalelsene i EØS-rettslig sammenheng) forstås med det forbehold at skadelidtes krav på effektiv rettsbeskyttelse ivaretas.¹⁰⁵⁶ Særlig viktig er dette i tilfeller hvor Kommisjonen eller underordnede EU-organer involverer seg i enkeltsaker og gir nasjonale myndigheter helt konkrete (men altså uriktige) råd som sakenes EU/EØS-rettslige side. Som vist i kapittel 4, punkt 4.5 forutsetter EU-domstolen at langt de fleste søksmål i tilfeller av samvirke mellom nasjonale og overnasjonale EU/EØS-myndigheter må anlegges mot nasjonale myndigheter for nasjonale domstoler. Isolert sett er dette uproblematisk, men ikke dersom medvirkning fra involverte EU/EØS-institusjoner vektlegges i en slik grad at erstatningsvernet undergraves.

Selv om EU-domstolen og EFTA-domstolen har vist til medvirkning fra en EU/EØS-institusjon som en relevant unnskyldningsgrunn i flere saker, fremstår *Robins* som det eneste eksempel på at dette uttrykkelig vektlegges.¹⁰⁵⁷ Heller ikke denne avgjørelsen

¹⁰⁵⁴ Sak E-2/97, *Mag Instrument mot California Trading*, EFTA Ct. Rep. 1997 s. 129; sak C-355/96, *Silhouette mot Hartlauer*, [P] Sml. 1998 s. I-4799 og sak C-173/98, *Sebago mot G-B Unic*, [A5] Sml. 1999 s. I-4103.

¹⁰⁵⁵ Jf. forente saker E-9/07 og E-10/07, *L'Oréal mot Per Aarskog m.fl.*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259.

¹⁰⁵⁶ Jf. TEU artikkel 19 nr. 1 annet ledd og for så vidt også EMK artikkel 6 og grunnrettighetspakten artikkel 47. EU-domstolens rettspraksis inneholder flere eksempler på at hensynet til skadelidtes krav på effektiv rettsbeskyttelse er trukket inn i saker hvor det foreligger samvirke mellom nasjonale myndigheter og Kommisjonen, jf. for eksempel sak 281/82, *Unifrex mot Kommisjonen og Rådet*, Sml. 1984 s. 1969.

¹⁰⁵⁷ Riktignok vektla EU-domstolen også i *British Telecommunications* medvirkning i form av mangel på innvendinger fra Kommisjonen, men, som påpekt ovenfor, må denne tilnærmingen anses forlatt med *Lindöpark*.

gir særlig veiledning med hensyn til hvilken vekt nasjonale domstoler kan legge på eventuell medvirkning – EU-domstolen nøyde seg som nevnt med å vise til at britiske domstoler kunne «tae hensyn til» at Kommisjonens vurdering av den britiske pensjonslovgivningen kunne ha styrket britiske myndigheters oppfatning av at lovgivningen var i overensstemmelse med EU-rettens krav. Avgjørelsen kan derfor ikke være til hinder for at betydningen av denne unnskyldingsgrunnen nedtones i tilfeller hvor resultatet ellers vil være at skadelidtes krav på effektiv rettsbeskyttelse undergraves. I likhet med de fleste andre avgjørelser hvor medvirkning er nevnt som et relevant moment i ansvarsvurderingen, er dessuten *Robins* et eksempel på en sak som gjelder erstatningsansvar for lovgivers mangelfulle gjennomføring av et direktiv. Selv om det i lys av EU-domstolens praksis må erkjennes at medvirkning fra en EU-institusjon er en relevant unnskyldningsgrunn i slike tilfeller, kan det ikke uten videre antas at dette gjelder tilsvarende i tilfeller hvor institusjonene involverer seg i enkeltsaker. Så vidt vites har EU-domstolen heller ikke vært konfrontert med den innvending av vektlegging av medvirkning fra en EU-institusjon i den konkrete foreliggende sak vil kunne undergrave skadelidtes krav på effektiv rettsbeskyttelse.

Dette kan illustreres med utgangspunkt i Underrettens dom i sak T-212/06, *Bowland Dairy Products mot Kommisjonen*, Sml. 2009 s. II-4073. Saken gjaldt et erstatningssøksmål mot Kommisjonen for dens medvirkning til at det britiske mattilsynet nedla et midlertidig omsetningsforbud mot et av saksøkerens osteprodukter. Søksmålet ble avvist under henvisning til at Kommisjonen ikke hadde truffet noen bindende avgjørelse i saken. Dette er i samsvar med EU-domstolens ovenfor i kapittel 4, punkt 4.5 omtalte tilnærming og isolert sett uproblematisk. Etter mitt syn er det imidlertid ikke forenlig med kravet til effektiv rettsbeskyttelse dersom britiske myndigheter i en etterfølgende nasjonal sak kan anføre Kommisjonens medvirkning som en unnskyldningsgrunn.

Fra statenes ståsted kan det nok innvendes at det er lite rimelig dersom villedning fra en EU/EØS-institusjon ikke anerkjennes som noen unnskyldningsgrunn av nevneverdig betydning, men fra skadelidtes ståsted fremstår det som minst like urimelig om et brudd på EU-/EØS-retten som i utgangspunktet må anses tilstrekkelig kvalifisert, likevel ikke anses som ansvarsbetingende i en konkret sak bare fordi Kommisjonen, ulike EU-organer eller ESA, kanskje etter utilstrekkelig saksbehandling og på et nokså lavt tjenestemannsnivå, skulle gi myndighetene villedende informasjon. Om man tar i betraktning at EU-domstolens helhetlige tilnærming til statene som ansvarssubjekter leder til at for eksempel lokale forvaltningsmyndigheter ikke kan unnskyldes brudd på EU/EØS-retten med villedende nasjonal lovgivning eller uriktige retningslinjer fra sentraladministrasjonen, er det vanskelig å se gode grunner for hvorfor saken stiller seg annerledes bare fordi det er et EU/EØS-organ som har medvirket til rettsvillfarelsen. Fra et erstatningsrettslig perspektiv kan det med styrke argumenteres for at det bør være skadelidte uvedkommende om det er myndighetsorganer på nasjonalt og europeisk nivå som sammen har forårsaket et brudd på gjeldende EU/EØS rett som for øvrig fremstår som tilstrekkelig kvalifisert.

Nå kan det fra et EU/EØS-rettslig perspektiv innvendes at vektlegging av medvirkning fra en EU/EØS-institusjon som en unnskyldningsgrunn for nasjonale myndigheter oppmuntrer til samhandling med institusjonene. Generelt sett er det nok i EU/EØS-rettens interesse om nasjonale myndigheter vender seg til ekspertene i Brussel i tilfeller hvor de er usikre på egen forståelse av regelverket. Selv om selvsagt også Kommisjonen, ulike EU-organer og ESA kan ta feil, må det antas at kvaliteten på dens vurderinger av hvordan EU/EØS-retten er å forstå, gjennomgående er av god kvalitet og dermed egnet til å bidra til rettsenhet i EU/EØS. En erstatningsrettslig ansvarslære som tar hensyn til Kommisjonens og ESAs vurderinger oppmuntrer statene til samhandling med kontrollorganene i Brussel: For staten vil forhåndsgodkjenning fra Kommisjonen eller ESA i så fall realiteten fortone seg som en form for forsikring mot etterfølgende erstatningsansvar. Det kan hevdes at det er en slik funksjonell tilnærming som ligger til grunn for EU-domstolens hittidige praksis på dette punkt. Etter mitt syn kan dette likevel ikke være avgjørende i et tilfelle hvor det vil gå på bekostning av skadelidtes krav på effektiv rettsbeskyttelse.

I lys av EU-domstolens uttalelser i *Robins* må det medgis at den utlegning av rettstilstanden som det her er tatt til orde for, er usikker. Det bør derfor fremheves at nasjonale domstoler uansett står fritt til å nedtone medvirkning fra en EU/EØS-institusjon som unnskyldningsgrunn ut fra nasjonal rett – her som ellers er det EU/EØS-rettslig uproblematisk om nasjonal rett tilbyr skadelidte et bedre erstatningsrettslig vern enn det minimumsvern som følger av EU-domstolens tilnærming. Av de ovenfor anførte grunner bør norske domstoler etter min oppfatning legge til grunn at det er skadelidte uvedkommende om det er myndighetsorganer på nasjonalt og europeisk nivå som sammen har forårsaket et brudd på gjeldende EU/EØS-rett som for øvrig fremstår som tilstrekkelig kvalifisert.

7.7.7 Betydningen av praksis fra EU-domstolene og EFTA-domstolen

7.7.7.1 Innledning

I *Brasserie du Pêcheur/Factortame* uttalte EU-domstolen at en overtredelse av EU-retten «under alle omstendigheter» er åpenbart kvalifisert dersom den «har varet ved til trods for, at der er afsagt en dom, der fastslår traktatbruddet, en dom i en præjudicial sag, eller der foreligger en fast praksis ved Domstolen på det pågældende område, hvoraf det fremgår, at den omtvistede adfærd har karakter af en overtrædelse» (avsnitt 57). Lignende uttalelser finnes i senere avgjørelser som for eksempel *Larsy*,

Köbler, *FII*, *Thin Cap*, *CFC* og *Fuß*.¹⁰⁵⁸ EFTA-domstolen fulgte opp i *Karlsson*, men tilpasset momentet til EØS-retten ved å tilføye egen praksis.¹⁰⁵⁹ Praksis fra EU-domstolen ble også trukket inn i ansvarsvurderingene i *Nguyen* og *Kolbeinsson*.¹⁰⁶⁰

Derimot er det påfallende at Høyesterett ikke viser til dette verken i *Edquist* eller i *Personskadeforbundet*. Forklaringen er nok at man nøyde seg med å vise til omtalen av ansvarsvilkårene i *Finanger II*. Mens fraværet av henvisninger i *Finanger II* til rettspraksis som et (sentralt) moment i ansvarsvurderingen kan forklares med at det ikke var aktuelt i den saken, stiller imidlertid dette seg ganske annerledes i *Edquist* og *Personskadeforbundet*: Som det fremgår av dommene var ansvarsvurderingene her knyttet tett opp til spørsmålet om fra hvilket tidspunkt EU-domstolens praksis tilsa at det forelå et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EØS-retten. I *Edquist* uttalte Høyesterett interessant nok at det ikke kan oppstå en erstatningsansaksjonert plikt til å endre interne regler «før den nye forståelse av EØS-avtalen er klagjort gjennom en entydig avgjørelse eller en praksis med en viss bredde» (avsnitt 112), men altså uten at dette ble knyttet opp mot EU-domstolens og EFTA-domstolens uttalelser om rettspraksis som et moment i ansvarsvurderingen.

EU-domstolens formulering og systematikk i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* indikerte at tilsidesettelse av domstolens praksis i seg selv er tilstrekkelig til å statuere ansvar, noe som forklarer at dette i litteraturen tidvis omtales som en egen kategori «where liability is automatically established».¹⁰⁶¹ Allerede forutsetningene som EU-domstolen selv stilte opp i dommen tilsier imidlertid at dette er en lite treffende karakteristikk – med forbehold for manglende etterlevelse av en dom i en traktatbruddsak eller en foreleggelsessak, så er det først ved brudd på «en fast praksis ved Domstolen» at ansvarsterskelen «under alle omstendigheter» er overskredet. EFTA-domstolen stiller på tilsvarende vis opp «settled case law» som en forutsetning for at manglende etterlevelse i seg selv skal kunne karakteriseres som et tilstrekkelig kvalifisert brudd.¹⁰⁶² EU-domstolens storkammer har senere kvalifisert vurderingen ytterligere i *Köbler* ved å stille opp et vilkår om at staten «åbenbart tilsidesetter Domstolens praksis på det pågældende område» («méconnaissance manifeste de la jurisprudence de la Cour»)¹⁰⁶³ Nå gjaldt *Köbler* spørsmålet om ansvar for EU-rettsstridige rettsavgjørelser, men formuleringen er generell og den er senere gjentatt i *Fuß* (avsnitt 52).¹⁰⁶⁴

¹⁰⁵⁸ *Larsy*, avsnitt 44; *Köbler*, avsnitt 56; *FII*, avsnitt 214; *Thin Cap*, avsnitt 119; *CFC*, avsnir 123; *Fuß*, avsnitt 52.

¹⁰⁵⁹ *Karlsson*, avsnitt 40, jf. avsnitt 45.

¹⁰⁶⁰ *Nguyen*, avsnitt 34; *Kolbeinsson*, avsnitt 82.

¹⁰⁶¹ Jf. Biondi/Farley 2009 s. 42.

¹⁰⁶² *Karlsson*, avsnitt 40; *Nguyen*, avsnitt 34; *Kolbeinsson*, avsnitt 82.

¹⁰⁶³ *Köbler*, avsnitt 56 (min kursivering).

¹⁰⁶⁴ Det hører med at EU-domstolen i sak C-398/11, *Hogan m.fl. mot Minister for Social and Family Affairs, Ireland*, [A5] dom 25. april 2013, ikke gjentok kravet til åpenbar tilsidesettelse (se avsnitt 51-53), i det domstolen i stedet påpekte at dommen i *Robins* ledet til at forpliktelsene i artikkel 8 i direktiv 2008/94 var «klare og

En annen svakhet ved EU-domstolens standardformulering om rettspraksis er at det tilsynelatende gis anvisning på en enten/eller-vurdering: Enten foreligger det en åpenbar tilsidesettelse av EU-domstolens praksis (noe som leder til at bruddet «under alle omstendigheter» er ansvarsbetingende), eller så må man falle tilbake på de øvrige momenter i ansvarsvurderingen. Allerede av avgjørelser som *British Telecommunications* og *Denkavit* følger det imidlertid klart at rettspraksis bør anses som et relevant moment i en helhetlig ansvarsvurdering, altså selv om ikke den foreliggende praksis er så klar eller direkte relatert til det foreliggende brudd at den i seg selv er tilstrekkelig til å statuere ansvar.¹⁰⁶⁵ EFTA-domstolens mer generelle formulering i *Kolbeinson* av at «the presence or absence of settled case law with regard to the interpretation of the rule in question is relevant», synes derfor treffende, selv om kvalifikasjonen «settled» nok med fordel kunne vært utelatt: Situasjonen er ganske enkelt at rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen er relevant for ansvarsvurderingen. Om praksis kan karakteriseres som «fast», er først av betydning for hvilken vekt som i en konkret sak kan legges på dette momentet.

Med dette som utgangspunkt, er siktemålet i det følgende å komme nærmere inn på den erstatningsrettslige betydningen av eksisterende rettspraksis. Her som ellers forutsetter dette en nærmere analyse av de avgjørelser hvor EU-domstolen og EFTA-domstolen har vektlagt dette momentet i den ene eller annen retning.

7.7.7.2 Rettsavgjørelser rettet mot vedkommende EØS-stat

To typetilfeller som fortjener særskilt omtale, fremgår av EU-domstolens formulering i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* (som er gjentatt i senere avgjørelser som *Larsy*, *FII*, *Thin Cap* og *CFC*). Dette gjelder i) tilfeller hvor en overtredelse vedvarer «til tross for, at der er afsagt en dom, der fastslår traktatbruddet», og ii) tilfeller hvor det foreligger en dom i en forleggelsessak. Selv om formuleringen ikke er entydig, tilsier sammenhengen til den tredje kategorien, «fast praksis ved Domstolen på det pågældende område», at EU-domstolen med de to førstnevnte kategoriene sikter til dommer som er rettet mot vedkommende stat. Det er med andre ord snakk om tilfeller hvor den tidligere dom er *bindende* for nettopp den stat som det etterfølgende erstatningssøksål er rettet mot. Bindingsvirkningen forklarer hvorfor det i disse tilfellene ikke stilles noe krav til «fast praksis» eller lignende. På sett og vis kan EU-domstolen synes å

præcise». Resultatet er imidlertid fullt forenlig med et krav til åpenbar tilsidesettelse og det er intet i dommen som tilsier at den er ment å innskjerpe den erstatningsrettslige betydningen av foreliggende rettspraksis.

¹⁰⁶⁵ *British Telecommunications*, avsnitt 44; *Denkavit*, avsnitt 52.

mene at erstatningsansvaret fyller den funksjon som på nasjonalt plan ivaretas gjennom regler om tvangsfyllbyrdelse av rettsavgjørelser.¹⁰⁶⁶

Formuleringen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* må her forstås i lys av problemene knyttet til enkelte staters manglende etterlevelse av fellende dommer i traktatbrudds-søksmål anlagt av Kommisjonen: Da *Francovich* ble forelagt EU-domstolen i 1990 var antall utestående traktatbruddsdommer kommet opp i 86 (hvorav en tredjedel rettet seg mot Italia).¹⁰⁶⁷ På dette tidspunkt foreskrev ikke EU-retten noen effektive sanksjoner i tilfeller hvor EU-domstolens avgjørelser ikke ble etterkommet av medlemsstatene – det var først ved Maastricht-traktaten at det ble åpnet for at manglende etterlevelse kan sanksjoneres i form av bøter eller tvangsmulkt, jf. nå TEUV artikkel 260 annet ledd.¹⁰⁶⁸ I *Francovich* knyttet generaladvokat Mischo erstatningsansvaret til rettskraftsvirkningen av den forutgående traktatbruddssaken mot Italia og italienske myndigheters plikt til å treffe tiltak for å bringe traktatbruddet til opphør.¹⁰⁶⁹

I *Brasserie du Pêcheur/Factortame* tok EU-domstolen også høyde for at den dom som ignoreres av en stat kan være avsagt som følge av en foreleggelse fra en nasjonal domstol. EU-domstolen synes å mene at dette var situasjonen i *Larsy*, hvor det ble vist til at domstolen i en tilsvarende sak anlagt av skadelidtes bror hadde konkludert med at belgiske pensjonsmyndigheters avkortningspraksis var rettsstridig:

«Den kompetente institusjon har, idet den ikke har imødekommet Gervais Larsy's begæring om, at hans alderspensjon blev beregnet på grundlag af 45/45, således som institusjonen havde gjort i forhold til Gervais Larsy's broder, ikke draget alle konsekvenser af en dom afsagt af Domstolen, der – ved fortolkningen af de relevante bestemmelser i forordning nr. 1408/71, som fandt anvendelse på parterne på samme måde – gav et klart svar på de problemer, som den pågældende institusjon stod overfor.»¹⁰⁷⁰

På et mer prinsipielt plan er det imidlertid en rekke utfordringer knyttet til et forsøk på å koble erstatningsansvaret opp mot «rettskraftsvirkningene» av en tidligere dom. Po-

¹⁰⁶⁶ I hvert fall fra et norsk perspektiv halter riktignok denne parallellen på et vesentlig punkt – rettsavgjørelser mot staten kan ikke tvangsfyllbyrdes, jf. unntaket i tvangsfyllbyrdelsesloven § 1-2. I praksis er det imidlertid nokså utenkelig at staten ikke skulle oppfylle en rettskraftig dom, slik at en analyse som ser EU/EØS-erstatningsansvaret som et botemiddel for særegne EU/EØS-utfordringer knyttet til manglende etterlevelse av rettsavgjørelser fra Luxembourg likevel kan være treffende.

¹⁰⁶⁷ Jf. Kommisjonens syvende årsberetning om kontrollen med gjennomføringen av fellesskapsretten, EF-tidende 1990 C/232/1.

¹⁰⁶⁸ Inntil 1993 var følgelig Kommisjonens eneste virkemiddel å anlegge en ny traktatbruddssak, se som eksempel sak 281/83, *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 1985 s. 3397. I EFTA-pilaren av EØS er dette fremdeles situasjonen, noe som gjør EFTA-domstolens henvisning til erstatningsansvaret som et middel for å sikre oppfyllelse av avsatte traktatbruddsdommer enn mer interessant, jf. sak E-18/10, *ESA mot Norge* («Gullenke II»), EFTA Ct. Rep. 2011 s. 202 (avsnitt 28).

¹⁰⁶⁹ Innstilling i *Francovich*, avsnitt 58 flg.

¹⁰⁷⁰ *Larsy*, avsnitt 45, under henvisning til sak C-31/92, *Marius Larsy mot INASTI*, Sml. 1993 s. I-4543.

tensielt vanskelige spørsmål knyttet til «rettskraftens» subjektive grenser forenkles riktignok av EU-domstolens enhetlige tilnærming til statene – det er uten EU/EØS-rettslig interesse om det fra et nasjonalt ståsted skulle være ulike offentlige rettssubjekt som var part i den forutgående traktatbruddssak eller foreleggelsessak og den etterfølgende erstatningssaken. I hvert fall for dommer i foreleggelsessaker er det imidlertid tvilsomt om betegnelsen «rettskraft» er særlig treffende – bindingsvirkningen er i dette tilfellet rettet mot de nasjonale domstolene, ikke partene, og knyttet til EU-domstolens svar på de forelagte tolkningsspørsmål, ikke til de materielle krav som den nasjonale saken gjelder.¹⁰⁷¹ I foreleggelsestilfellene kan det dessuten meget vel tenkes at statlige brudd på EU/EØS-retten konstateres i saker private imellom.¹⁰⁷²

Til dette kommer at det verken i traktatbruddstilfellene eller i foreleggelsessakene er slik at det alltid klart fremgår av domsslutningen hva staten må foreta seg for å oppfylle dommen. EU-domstolens dommer i traktatbruddssaker er fastsettelsesdommer, ikke fullbrydelsesdommer. Den domfelte statens handleplikt fremgår av TEUV artikkel 260 første ledd, som pålegger en plikt til å gjennomføre «de til dommens oppfyllelse nødvendige foranstaltninger». EU-domstolen har utledet en tilsvarende plikt til å oppfylle dens dommer i foreleggelsessakene av lojalitetsplikten nedfelt i TEU artikkel 4 tredje ledd,¹⁰⁷³ men også her kan det tenkes at dette kan gjøres på høyst ulikt vis.

Prinsipielt er det forskjell på den formelle bindingsvirkningen av dommer rettet mot en stat og den generelle prejudikatvirkningen av EU-domstolens uttalelser om forståelsen av EU-retten. Den praktiske betydningen av denne sontringen bør imidlertid ikke overdrives: Så vel innenfor som utenfor dommenes formelle bindingsvirkning er realiteten at statene er forpliktet til lojal etterlevelse av EU-domstolens praksis.¹⁰⁷⁴

¹⁰⁷¹ Etter min oppfatning er det her mer treffende å trekke en parallell til underordnede domstolers plikt til å følge ankeinstansen rettsoppfatning i tilfeller hvor en anke leder til opphevelse og videre behandling i underinstansen, jf. for norsk retts vedkommende tvisteloven § 29-24.

¹⁰⁷² Fra EFTA-domstolens praksis er sak E-1/99, *Storebrand mot Finanger*, EFTA Ct. Rep. 1999 s. 119 illustrerende. Staten ble først trukket inn i den etterfølgende erstatningssaken.

¹⁰⁷³ Jf. forente saker C-231/06 m.fl., *Office national des pensions mot Jonkman m.fl.*, [A5] Sml. 2007 s. I-5149 (avsnitt 37-38). Bindingsvirkningen for den foreleggende domstol (og eventuelle ankeinstanser) ble slått fast allerede i sak 29/68, *Milch-, Fett- und Eierkontor mot Hauptzollamt Saarbrücken*, Sml. 1969 s. 135 (avsnitt 3). Dersom det offentlige er part i hovedsaken og EU-domstolens svar viser seg utslagsgivende for den endelige dommen, kan bindingsvirkningen for staten utledes av den nasjonale dommens rettskraftsvirkning. Sistnevnte er imidlertid, i henhold til nasjonal prosessrett, begrenset objektivt til det krav som er reist i saken og subjektivt til forholdet til den private part og slik sett ikke sammenlignbar med de generelle handlepliktene som følger av TEUV artikkel 260.

¹⁰⁷⁴ Jf. for eksempel Broberg/Fenger 2010 s. 444, som uttaler at andre enn de domstoler og parter som er involvert i hovedsaken «are not directly bound by previous preliminary rulings», men som deretter straks legger til: «However, since these parties are bound by Community law, and since this law must be understood as interpreted by the Court of Justice, the net effect is that they indirectly, and in a broader sense of the word, become bound by a preliminary ruling regardless of the fact that they were not parties to the proceedings that gave rise to the preliminary ruling» (min kursivering). Det reelle sammenfall mellom den formelle bindingsvirkningen og prejudikatvirkningen kommer klart frem om man tenker seg et tilfelle hvor EU-domstolen endrer sin praksis i

Selv om det i enkelte tilfelle vil være påkrevd å sondre mellom bindings- og prejudikatvirkningen av EU-domstolen praksis (for eksempel i en traktatbruddssak for overtreddelse av TEUV artikkel 260), så er det vanskelig å se noen grunn til å sondre i erstatningsrettslig sammenheng.

Nå kan det innvendes at det bør stilles særlige krav til myndighetenes oppfyllelse av en dom som konkret retter seg mot vedkommende stat, jf. for så vidt EU-domstolens påpekning i *Larsy* om at den forutgående dommen i saken anlagt av broren gjaldt «faktiske og rettlige omstendigheter, der er fuldt ud sammenlignelige med de i hovedsagen omhandlede forhold».¹⁰⁷⁵ Synspunktet rekker likevel ikke lenger enn til en generell vektlegging av hvor treffende EU-domstolens praksis er for vurderingen av om nasjonal rett er i samsvar med EU-rettens krav. Dersom en annen EØS-stat skulle følge samme avkortningspraksis i pensjons saker som den EU-domstolen underkjente i saken anlagt av Larsys bror, er det vanskelig å se noen grunn til at dennes pensjonsmyndigheter skulle slippe unna med en mildere vurdering i en etterfølgende erstatningssak enn den som ble den belgiske pensjonskassen til del i *Larsy*.

Til dette kommer at med unntak av tilfeller hvor myndighetene ikke foretar seg noe som helst for å oppfylle en dom, vil spørsmålet i en etterfølgende erstatningssak være om man har lyktes i forsøket på å etterkomme EU-domstolens føringer. I et tilfelle hvor en stat har forsøkt å oppfylle en dom, men hvor det i ettertid viser seg at man ikke har lyktes fullt ut med dette, synes det svært strengt om man av bindingsvirkningen skal utlede en form for objektivt (i betydningen «strict») ansvar. En slik tilnærming ivaretar ikke de hensyn som begrunner hvorfor statenes erstatningsansvar generelt er betinget av en tilstrekkelig kvalifisert tilsidesettelse av EU/EØS-retten.

EU-domstolens mer helhetlige tilnærming til betydningen av rettspraksis som et moment i ansvarsvurderingen i *Köbler* og *Fuß* støtter opp under oppfatningen av at inndelingen i ulike kategorier i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* ikke bør tillegges særlig betydning. At formuleringen fra *Brasserie du Pêcheur/Factortame* er gjentatt i senere saker som *FII*, *Thin Cap* og *CFC* endrer ikke dette – ingen av disse tilfellene handlet om tilsidesettelse av en formelt bindende dom. EFTA-domstolens henvisning i *Gullenke II* til erstatningsansvaret som et middel for å sikre oppfyllelse av tidligere avsatte traktatbruddsdommer trekker i sammen retning – EFTA-domstolen viser her

etterkant av en dom i en traktatbruddssak eller en foreleggelsessak: Hensynet til europeisk rettsenhet tilsier klart at nasjonale myndigheter og domstoler i slike tilfeller forholder seg til EU-domstolens nye linje, snarere enn å føle seg forpliktet til å gjennomføre en dom som hviler på en rettsoppfatning som senere må anses oppgitt.

¹⁰⁷⁵ *Larsy*, avsnitt 43 i.f. Se tilsvarende engelske Court of Appeal i *Byrne*, [2008] EWCA Civ 574, avsnitt 44.

til de alminnelige vilkårene oppstilt i *Sveinbjörnsdóttir* og *Karlsson*, uten å antyde at manglende oppfyllelse av en dom i en traktatbruddssak står i en særstilling.¹⁰⁷⁶

I EØS-rettslig sammenheng medfører den formelt sett bare rådgivende karakter av EFTA-domstolens tolkningsuttalelser i foreleggelsestilfellene (ODA artikkel 34) at det ikke er grunn til å sondre mellom en rådgivende uttalelser betydning i den konkrete sak hvori den er innhentet og dens mer generelle rettskildevækt.¹⁰⁷⁷ Fra et EØS-rettslig perspektiv har derfor den her foretrukne helhetlige tilnærming til rettspraksis som et moment i ansvarsvurderingen den gunstige følge at den formelle forskjellen mellom EU-domstolens bindende og EFTA-domstolens rådgivende svar på forelagte tolkningsspørsmål synes uten erstatningsrettslig relevans. I tråd med drøftelsene ovenfor kan det i erstatningsrettslig sammenheng heller ikke være påkrevd å sondre mellom EFTA-domstolens bindende dommer i traktatbruddssaker (ODA artikkel 31) og dens rådgivende tolkningsuttalelser.¹⁰⁷⁸ Dette betyr *ikke* at praksis fra de to EØS-domstolene i Luxembourg er like tungtveiende i ansvarsvurderingen – bare at det i vurderingen ikke er grunn til å sondre mellom traktatbruddsdommer, dommer/uttalelser i foreleggelsaker i samme sakskompleks og andre avgjørelser. Betydningen av EFTA-domstolens praksis omtales særskilt i punkt 7.7.7.11.

Ett typetilfelle som likevel må skilles ut til separat behandling og hvor manglende etterlevelse av en avgjørelse fra EU-domstolen eller EFTA-domstolen nok uten videre vil lede til erstatningsansvar, er tilfeller hvor det i en sak er truffet beslutning om midlertidige forføyninger rettet mot en EØS-stat. I slike tilfeller kan de to EØS-domstolene i Luxembourg pålegge statene konkrete handle- eller unnlatesesplikter, jf. hhv. TEUV artikkel 279 og ODA artikkel 41. Spørsmålet var fremme i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, hvor det ble anført at Storbritannia hadde trenert oppfyllelsen av en midlertidig forføyning utstedt av EU-domstolens president. EU-domstolen nøyde seg med å bemerke at dersom dette var riktig, så måtte dette av nasjonale domstoler «anses for *i sig selv* at utgjøre en åbenbar og dermed tilstrækkelig kvalifisert overtrædelse af fællesskabsretten» (avsnitt 64, min kursivering). Konkret forløp 22 dager fra EU-domstolens president påla britiske myndigheter å suspendere visse nye bestemmelser i fiskerilovgivningen inntil hovedsaken var avgjort og til dette pålegget ble etterkommet, noe House of Lords i seg selv anså tilstrekkelig til å statuere ansvar, jf. følgende obiter dictum fra førstvoterende (Lord Slynn of Hadley): «I consider also that the United Kingdom was in breach of Community law by failing to give effect to the order of the President of the European Court of 10 October 1989 until 2 November 1989 and that

¹⁰⁷⁶ Sak E-18/10, *ESA mot Norge (Gullenke II)*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 202 (avsnitt 28).

¹⁰⁷⁷ Norske domstoler har ikke i noe tilfelle tillagt denne sondringen betydning. Prinsippklæringen om rettskildevekten av EFTA-domstolens praksis («vesentlig vekt») kom i et tilfelle hvor det var innhentet en tolkningsuttalelse i sakens anledning (Rt. 2000 s. 1811 [P] *Finanger I*, på s. 1820), men den er senere gjentatt i saker hvor så ikke er tilfellet og hvor det følgelig siktes til EFTA-domstolens praksis mer generelt (se for eksempel *Finanger II*, avsnitt 51-52).

¹⁰⁷⁸ Dette er i samsvar med Høyesteretts tilnærming til rettskildevekten av EFTA-domstolens praksis mer generelt, jf. særlig Rt. 2007 s. 1003 *Spilleautomatdommen* (avsnitt 79).

this also constituted a serious breach of Community obligations which would, had they not succeeded on the first ground, have entitled Rawlings (Trawling) Limited to compensation for damage directly caused by that breach» ([1999] 4 All ER 906, på s. 924).

7.7.7.3 Fravær av klar rettspraksis som unnskyldningsgrunn

Som en følge av at *Francovich* ble oppfattet som en reaksjon på medlemsstatenes «deplorable tendency to ignore European Court rulings»,¹⁰⁷⁹ ble EU-domstolen alt i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* forelagt spørsmålet om ansvaret var begrenset til tilfeller hvor traktatbruddet alt var fastslått av EU-domstolen i en traktatbruddssak. EU-domstolen avviste dette under henvisning til at beskyttelsen av private rettigheter ikke kan være avhengig av om Kommisjonen har funnet grunn til å anlegge et traktatbruddssøksmål (avsnitt 95). Domstolen gjentok dette i *Dillenkofer* (avsnitt 28).¹⁰⁸⁰

Selv om forutgående avklaring av traktatbruddet ikke er noen forutsetning for ansvar, viser EU-domstolens praksis klart at fravær av avklarende rettspraksis ofte leder til frifinnelse (eller i det minste klare antydninger om et slikt utfall), jf. særlig avgjørelser som *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, *British Telecommunications*, *Denkavit*, *Haim II*, *Köbler*, *N*, *FII*, *Thin Cap* og *CFC*.

Allerede i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* gikk EU-domstolen langt i retning av å frikjenne Tyskland for så vidt gjaldt ansvar for håndhevelsen av forbudet i den tyske øllovgivningen mot tilsetningsstoffer under henvisning til manglende veiledning i rettspraksis forut for en traktatbruddssak om akkurat dette spørsmål (avsnitt 59).¹⁰⁸¹ EU-domstolen fulgte opp i *Denkavit*, hvor det ble uttalt at «eftersom nærværende sag er den første, der vedrører direktivet, gav Domstolens praksis ikke Forbundsrepublikken Tyskland nogen anvisninger på fortolkning af den pågældende sag» (avsnitt 52).

Ytterligere et eksempel i samme gate er *Haim II*, hvor tyske myndigheter hadde unnlatt å vurdere om en italiensk tannlege utdannet i Tyrkia hadde dokumentert en kompetanse som tilfredsstilte de krav til erfaring som fulgte av den tyske turnusordningen for tannleger. EU-domstolen fant at dette var i strid med etableringsfriheten etter Romatraktaten artikkel 52 (nå: TEUV artikkel 49). I ansvarsvurderingen i den etterfølgende erstatningssaken gikk imidlertid domstolen langt i å antyde at villfarelsen var unnskyldelig frem til avgjørelsen *Vlassopoulou* (som gjaldt et tilsvarende praksiskrav for advokater) (avsnitt 46):

¹⁰⁷⁹ Bebr 1992 s. 582.

¹⁰⁸⁰ Stanpunktet fremgikk for øvrig motsetningsvis allerede av *Francovich*, ettersom EU-domstolen (i motsetning til generaladvokat Mischo) ikke trakk Italias manglende oppfyllelse av dommen i den forutgående traktatbruddssaken inn i ansvarsvurderingen.

¹⁰⁸¹ Den avklarende traktatbruddssaken var sak sak 178/84, *Kommisjonen mot Tyskland*, Sml. 1987 s. 1227. (Erstatningskravet i *Brasserie du Pêcheur* relaterte seg til tap oppstått i perioden 1981-1987.)

«På det tidspunkt, hvor den tyske lovgiver vedtog ZOK § 3, i henhold til hvilken [de lokale forvaltningsmyndighetene] nægtede at indskrive Salomone Haim i tandlægerregisteret, havde Domstolen imidlertid endnu ikke afsagt *Vlassopoulou*-dommen, i hvis præmis 16 Domstolen for første gang fastslog, at når der til en medlemsstat indgives ansøgning om tilladelse til at udøve et erhverv, hvortil adgangen ifølge national ret er betinget af, at vedkommende har et eksamensbevis eller erhvervsmæssige kvalifikationer, skal medlemsstaten tage hensyn til eksamensbeviser, certifikater og andre kvalifikationsbeviser, som vedkommende har erhvervet med henblik på at kunne udøve dette erhverv i en anden medlemsstat, idet den skal foretage en sammenligning mellem den kompetence, der er dokumenteret ved beviserne, og de krav om kundskaber og kvalifikationer, der stilles i de nationale regler».

Generaladvokat Mischo gikk enda lenger ved å uttale at på tidspunktet for vedtaket om å nekte å oppta Haim i tannlegeregisteret «indeholdt Domstolens praksis intet om, hvordan EF-traktatens artikkel 52 skulle fortolkes på området for tandlægers etableringsfrihed og i sammenheng med de særlige omstendigheter i hovedsagen.»¹⁰⁸² Interessant nok synes generaladvokaten også mer forbeholden med tanke på hvor klargjørende *Vlassopoulou* faktisk var ved å betone at den saken ikke handlet om turnuskrav til tannleger, men derimot praksiskrav til advokater.¹⁰⁸³ Det er muligens dette som fikk EU-domstolen til å understreke at løsningen av det materielle spørsmålet i *Haim II* fulgte «af samme princip» som det som ble artikulert i *Vlassopoulou*, noe som kanskje antyder at EU-domstolen, i motsetning til generaladvokaten, anså spørsmålet tilstrekkelig avklart etter sistnevnte dom.¹⁰⁸⁴

Et interessant tilfelle hvor det tilsynelatende ble lagt avgjørende vekt på fraværet av avklarende rettspraksis er *Köbler*. I dommen som gav opphav til erstatnings søksmålet hadde den øverste østerrikske forvaltningsdomstolen antatt at EU-domstolens uttalelser i *Schöning-Kougebetopoulou* innebar at såkalte lojalitetsytelser kunne rettferdiggjøre unntak fra EU-rettens prinsipp om arbeidskraftens frie bevegelighet. Det var nokså klart at dette ikke var riktig. Riktignok hadde den tyske regjering i dette tilfellet gjort gjeldende at behovet for å kunne belønne lojale arbeidstakere måtte kunne rettferdiggjøre regler om at bare ansiennitet opparbeidet i det tyske helsevesenet skulle medregnes. EU-domstolen avviste imidlertid dette under henvisning til at de tyske

¹⁰⁸² Innstilling i *Haim II*, avsnitt 63. Merk at generaladvokaten med rette knytter vurderingen til tidspunktet for det aktuelle vedtak (i motsetning til domstolen som tok utgangspunkt i tidspunktet da hjemmelsloven ble vedtatt), jf. omtalen av skjæringstidspunktet i punkt 7.7.2 ovenfor.

¹⁰⁸³ *Ibid.*, avsnitt 64 i.f.

¹⁰⁸⁴ *Haim II*, avsnitt 47. Det må understrekes at dette er en høyst usikker slutning, men den kan likevel gi en viss pekepinn på hvilke krav EU-domstolen vil stille til graden av avklaring i tidligere rettspraksis. Dersom generaladvokatens sontring mellom praksiskrav til tannleger og praksiskrav til advokater skulle være tilstrekkelig til å utdefinere *Vlassopoulou*, ville terskelen for å anse rettspraksis som klargjørende ligge svært høyt. Se imidlertid Tridimas 2006 s. 520, som i note 113 antar at bruddet «probably not» var tilstrekkelig kvalifisert før rettstilstanden ble «crystal clear» ved EU-domstolens første dom i Haims sak, jf. sak C-319/92, *Haim mot Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein (I)*, Sml. 1994 s. I-425.

reglene uansett ikke kunne anses å ha som formål å belønne arbeidstakernes lojalitet ettersom reglene åpnet for at praksis fra flere forskjellige arbeidsgivere ble medregnet. EU-domstolen konkluderte derfor med at bestemmelser i en kollektiv overenskomst som førte til at den tid en gresk lege hadde arbeidet i hjemlandet ikke ble medregnet når tyske helsemyndigheter skulle beregne hans ansiennitet, var i strid med prinsippet om arbeidstakernes frie bevegelighet.¹⁰⁸⁵ Selv om Verwaltungsgerichtshofs feiltolkning av *Schöning-Kougebetopoulou* vanskelig kan karakteriseres som annet enn åpenbar, kom det Østerrike til unnsetning at en korrekt tolkning av dommen viste at EU-domstolen ikke hadde tatt stilling til prinsippsspørsmålet om lojalitetsytelser kunne rettferdiggjøre unntak fra prinsippet om arbeidskraftens frie bevegelighet.¹⁰⁸⁶

En siste avgjørelse fra EU-domstolens praksis som fortjener oppmerksomhet i denne sammenheng er *N*.¹⁰⁸⁷ Saken reiste spørsmål om den nederlandske stats erstatningsansvar overfor en privatperson som ble pålagt å stille sikkerhet som vilkår for å få utsatt innbetaling av den skatt som i henhold til nederlandsk skattelovgivning påløp da han flyttet fra Nederland til Storbritannia. Sikkerheten ble friggitt av skattemyndighetene etter at EU-domstolen i *de Lasteyrie du Saillant* slo fast at krav om sikkerhetsstillelse i et liknende tilfelle var i strid med etableringsfriheten,¹⁰⁸⁸ men det oppstod tvist om det kunne kreves erstatning for utgifter i tilknytning til sikkerhetsstillelsen. I ansvarsvurderingen gikk EU-domstolen svært langt i retning av å konkludere med at bruddet ikke var ansvarspådragende før dommen i *de Lasteyrie du Saillant*:

«Domstolen hadde imidlertid ikke på det tidspunkt, hvor den omhandlede skatteordning trådte i kraft, nemlig den 1. januar 1997, afsagt dom i *Lasteyrie du Saillant*-sagen, i hvilken den for første gang fastslog, at kravet om sikkerhetsstillelse med henblik på at opnå henstand med betaling af skatten på avancer på værdipapirer – hvilken skat i mange henseender svarer til skatten i hovedsagen – er i strid med etableringsfriheten.»¹⁰⁸⁹

Generaladvokat Kokott gikk enda lenger ved å uttale at «den fællesskabsretlige vurdering af beskatningen ved forflytning i vidt omfang var uklar indtil afsigelsen af *De Lasteyrie du Saillant*-dommen», noe som medførte at det «indtil dette tidspunkt næppe [kan] antages, at der foreligger en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse».¹⁰⁹⁰

¹⁰⁸⁵ Sak C-15/96, *Schöning-Kougebetopoulou mot Hamburg*, [P] Sml. 1998 s. I-47.

¹⁰⁸⁶ Jf. *Köbler*, avsnitt 122.

¹⁰⁸⁷ Sak C-470/04, *N mot Inspecteur van de Belastingdienst Oost*, [A5] Sml. 2006 s. I-7409.

¹⁰⁸⁸ Sak C-9/02, *de Lasteyrie du Saillant mot Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, [A3] Sml. 2004 s. I-2409.

¹⁰⁸⁹ *N*, avsnitt 66. Tilsvarende som i *Haim II* knytter EU-domstolen tilsynelatende ansvarsvurderingen til rettskildebildet på det tidspunkt da lovgivningen ble vedtatt, men det riktige må være tidspunktet for vedtaket i skadelidtes sak, jf. punkt 7.7.2 ovenfor.

¹⁰⁹⁰ Innstilling i *N*, avsnitt 134.

Fra EFTA-domstolens praksis hører *Kolbeinsson* med her. I ansvarsvurderingen påpekte EFTA-domstolen at EU-domstolen hadde vurdert spørsmålet om erstatningsansvar for brudd på bestemmelsene om sikring av arbeidsplasser i direktiv 89/391 i en traktatbruddssak mot Storbritannia.¹⁰⁹¹ Denne dommen ble imidlertid avsagt først halvannet år etter at Islands Høyesterett i en dom fra desember 2005 rettskraftig avviste Kolbeinssons opprinnelige krav på erstatning fra sin arbeidsgiver under henvisning til hans medvirkning til skaden og var allerede av den grunn uten relevans for ansvarsvurderingen. Som et obiter dictum tilføyde EFTA-domstolen at dommen uansett ikke ville ha gitt islandske myndigheter særlig veiledning («not ... much guidance»), ettersom EU-domstolen i dette tilfellet, etter EFTA-domstolens oppfatning, bare hadde avvist at direktiv 89/391 pålegger statene å innføre regler om objektivt erstatningsansvar for arbeidsgivere og derfor «did not address the effect of the principle contained in Article 5(3) of the Directive on such other forms of liability as may exist in national law» (avsnitt 84). Med henblikk på EU/EØS-statenes plikt til å sørge for adekvate, proporsjonale og avskrekkende sanksjoner ved overtredelser av EU/EØS-retten, påpekte EFTA-domstolen at denne følger av «well-established case law of the ECJ» som dessuten er «clearly relevant also with regard to EEA law» (avsnitt 83). EU-domstolens praksis gir imidlertid statene betydelig frihet til å regulere hvordan overtredelser av EU-retten skal sanksjoneres. EFTA-domstolen påpeking av nettopp dette kan leses som en erkjennelse av at det ikke var mye å hente i eksisterende rettspraksis til bruk for den ansvarsvurderingen i *Kolbeinsson* (avsnitt 83-84).

Et liknende eksempel hentet fra praksis vedrørende EUs eget erstatningsansvar er Underretten avgjørelse *Medici Grimm II*. Saken reiste spørsmål om EUs ansvar for tap påført en importør av kinesiske håndvesker som følge av at Rådet i strid med hjemmelsgrunnet i forordning 384/96 hadde avvist å gi en forordning som opphevet straffetoll på import av vesker fra Kina tilbakevirkende kraft. Underretten fant at Rådet ikke rådet over noe politisk-økonomisk skjønn i saken, men frifant likevel Rådet under henvisning til at saken reiste «et vanskelig juridisk spørsmål uten fortilfælde i retspraksis» som, ifølge Underretten, først ble avklart gjennom *Medici Grimm I* – et forutgående ugyldighetssøksmål anlagt av samme importør.¹⁰⁹²

Et unntak fra tendensen til at manglende avklaring i rettspraksis leder til frifinnelse (eller i det minste til at EU-domstolen og EFTA-domstolen antyder et slikt utfall) er *Lindöpark*. I dette tilfellet argumenterte Sverige forgjeves med manglende avklaring i rettspraksis som en unnskyldningsgrunn. EU-domstolen avviste dette under henvisning til at det ikke forelå noen rimelig tvil med hensyn til fortolkningen av de aktuelle

¹⁰⁹¹ Sak C-127/05, *Kommisjonen mot Storbritannia*, [A5] Sml. 2007 s. I-4619.

¹⁰⁹² Sak T-364/03, *Medici Grimm mot Rådet (II)*, Sml. 2006 s. II-79 (avsnitt 92), under henvisning til sak T-7/99, *Medici Grimm mot Rådet (I)*, Sml. 2000 s. II-2671. Et eksempel av nyere dato gir sak T-341/07 *Sison mot Rådet (II)*, dom 23. november 2011 (avsnitt 65 flg.).

direktivbestemmelsene.¹⁰⁹³ Ansvarsvurderingen i *Lindöpark* (og senere saker som *AGM* og *Synthon*) illustrerer slik at det er grenser for i hvilke tilfeller statene kan anføre fravær av avklarende rettspraksis som en unnskyldningsgrunn.

7.7.7.4 Vurderingen av foreliggende rettspraksis

På samme vis som manglende avklaring i rettspraksis ofte vil lede til frifinnelse, vil åpenbar tilsidesettelse av EU-domstolens praksis («*méconnaissance manifeste de la jurisprudence de la Cour*») lede til erstatningsansvar, jf. bl.a. *Fuß* (avsnitt 52). Forutsetningen om åpenbar motstrid gjør imidlertid dette til lite annet enn et navn på resultatet. Spørsmålet er når foreliggende praksis anses så klar at manglende etterlevelse må karakteriseres som en åpenbar tilsidesettelse.

Utgangspunktet for den erstatningsrettslige vurderingen av praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen er naturlig nok alminnelige prinsipper for tolkning av domstolens avgjørelser. En generell redegjørelse for EU/EØS-rettens prejudikatlære faller utenfor rammene for denne avhandlingen, men det kan være grunn til kort å påpeke at tolkningen av praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen utviser visse særtrekk sammenlignet med tradisjonell norsk prejudikatlære.¹⁰⁹⁴ I erstatningsrettslig sammenheng får imidlertid tolkningsproblematikken en ekstra omdreining som på sett og vis «løser» mange av de utfordringer som de ikke alltid like klare premissene i EU-domstolens avgjørelser tidvis kan forårsake: Dersom det for eksempel er uklart om EU-domstolens generelle uttalelser i en tidligere sak om nederlandsk utbyttebeskatning også rammer liknende, men ikke fullt ut identiske skatteregler i en annen EØS-stat, er det i erstatningsrettslig sammenheng tilstrekkelig å konstatere at det i hvert fall ikke foreligger noen åpenbar tilsidesettelse av EU-domstolens praksis.¹⁰⁹⁵

En annen side ved tolkningen av rettspraksis som får en egen erstatningsrettslig vri, er eventuelle utfordringer knyttet til uoverensstemmelser mellom ulike språkversjoner av avgjørelsene – mens det i tolkningsomgangen er min oppfatning at det må legges avgjørende vekt på den språkversjon som hhv. EU-domstolens og EFTA-domstolens dommere forholder seg til, må en EØS-stat som har holdt seg til «egen» språkversjon kunne anføre dette som unnskyldningsgrunn i erstatningsrettslig sammenheng dersom det i ettertid skulle vise seg at denne versjonen ikke er riktig.

Derimot er det verken i tolkningsomgangen eller i en etterfølgende ansvarsvurdering grunn til å legge særlig vekt på om EU-domstolens eller EFTA-domstolens uttalelser

¹⁰⁹³ *Lindöpark*, avsnitt 41 (med videre henvisning til avsnitt 73-74 i generaladvokatens innstilling).

¹⁰⁹⁴ Se nærmere for eksempel Bull 2002 s. 72 flg. og, særlig, Due 1997 s. 125-144.

¹⁰⁹⁵ Se nærmere nedenfor i dette punkt om betydningen av *Verkooijen* i EU-domstolens ansvarsvurderinger i *FII*, *Thin Cap* og *CFC*, samt i Høyesteretts tilnærming i *Edquist*.

om tolkningen av EU/EØS-retten i en tidligere sak kan karakteriseres som *ratio decedendi* eller *obiter dicta* – gitt at de to domstolenes kanskje viktigste oppgave er å sikre rettsenhet i EU og EØS og at de utformer sine domspremisser med dette for øye, er det ikke grunnlag for å devaluere betydningen av uttalelser som strengt tatt ikke er nødvendige for resultatet i den konkrete sak.¹⁰⁹⁶

Særlige utfordringer, også i erstatningsrettslig sammenheng, er knyttet til spørsmålet om hvor generelle slutninger som kan trekkes fra rettspraksis i tilfeller hvor faktum i en senere sak ikke er direkte sammenlignbart med saksforholdet i den sak som EU-domstolen eller EFTA-domstolen har behandlet. Spørsmålet dukket opp for Høyesterett i ansvarsvurderingen i *Edquist*, hvor det brukes forholdsvis mye plass på å redegjøre for særegenheter knyttet til de nederlandske skattereglene som ble underkjent av EU-domstolen i *Verkooijen* (avsnitt 97-99). Høyesterett påpekte at disse atskilte seg fra det norske kildeskattregimet på et vis som tydeligvis gjorde det klarere at de nederlandske reglene var EU/EØS-stridige enn de norske,¹⁰⁹⁷ noe som bygget opp under rettens oppfatning av at *Verkooijen* ikke ledet til en slik avklaring av rettstilstanden av videreføring av det norske kildeskattregimet var ansvarsbetingende.

Fra tysk rettspraksis gjelder dette tilsvarende for Bundesgerichtshofs dom 18. oktober 2012 i en prinsipielt viktig sak som gjaldt delstaten Bayerns påståtte erstatningsansvar for et pengespillmonopol som ikke levde opp til EU-domstolens krav til konsistens som en forutsetning for å kunne rettferdiggjøre slike monopol ut fra et ønske om å bekjempe spillavhengighet (sak III ZR 196/11). BGH avviste at rettstilstanden var avklart allerede gjennom EU-domstolens avgjørelser i *Läärä*, *Zenatti* og *Gambelli* og fremhevet i den sammenheng særtrekk med de nasjonale pengespillmonopolene som disse sakene handlet om. I følge BGH var det først gjennom de tyske sakene *Carmen Media*, *Stoß* og *Winner Wetten* at EU-domstolen hadde gjort det tilstrekkelig klart at også de tyske monopolene var i strid med TEUV artikkel 56 (avsnitt 22 flg.).¹⁰⁹⁸

Ut over den alt omtalte avgjørelsen *Larsy*, er *Fuß* et klart eksempel på åpenbar tilside-settelse av EU-domstolens praksis. Konkret omhandlet saken et erstatningskrav fra en brannmester som av sin arbeidsgiver, den tyske byen Halle, var pålagt en gjennomsnittlig ukentlig vaktbelastning på 54 timer. Spørsmålet om vaktplanen var forenlig

¹⁰⁹⁶ Jf. slik, for så vidt gjelder tolkningsomgangen, Bull 2002 s. 74, med videre henvisning til Due 1997 s. 143.

¹⁰⁹⁷ Etter å ha redegjort for de nederlandske reglene, foretok Høyesterett følgende sammenligning: «De nederlandske reglene atskilte seg fra den norske ordning først og fremst ved at denne effektivt eliminerte dobbeltbeskatning, mens den nederlandske hadde svært begrenset rekkevidde, og dessuten uttrykkelig var utformet med sikte på å tilgodese nederlandske selskaper. Det var i den nederlandske ordningen heller ikke sikkerhet for at fradraget bare ble innrømmet når selskapet faktisk var blitt beskattet for inntekten» (avsnitt 99).

¹⁰⁹⁸ De omtalte avgjørelsene er sak C-124/97, *Läärä m.fl. mot Finland*, [P] Sml. 1999 s. I-6104; sak C-67/98, *Questore di Verona mot Zenatti*, [P] Sml. 1999 s. I-7304; sak C-243/01, *Straffesak mot Gambelli m.fl.*, [P] Sml. 2003 s. I-13076; sak C-409/06, *Winner Wetten mot Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, [SK] Sml. 2010 s. I-8015; forente saker C-316/07 m.fl., *Stoß m.fl. mot Wetteraukreis*, [SK] Sml. 2010 s. I-8069 og sak C-46/08, *Carmen Media mot Land Schleswig-Holstein*, [SK] Sml. 2010 s. I-8149.

med arbeidstidsbestemmelsene i direktiv 2003/88 berodde på om såkalt hvilende vakt var å anse som «arbeidstid» i henhold til direktivets artikkel 6, noe EU-domstolen alt hadde besvart bekreftende i *Simap*, *CIG* og *Jaeger*.¹⁰⁹⁹ I ansvarsvurderingen i *Fuß* viste EU-domstolen til de tidligere avgjørelsene (avsnitt 55):

«Det fremgår [...] klart af denne praksis fra Domstolen, der er fra tiden før de faktiske omstændigheder i hovedsagen, at den arbejdstid, der svarer til de vagttjenester og den tilstedeværelse, som personalet har fuldført i henhold til ordningen om den pågældende arbejdstagers fysiske tilstedeværelse på arbejdspladsen, er indeholdt i begrebet »arbejdstid« i henhold til direktiv 2003/88, og at dette derfor er til hinder for en national lovgivning, der foreskriver en gennemsnitlig ugentlig arbejdsuge, som, idet den også omfatter sådanne perioder med vagttjenester og tilstedeværelse, overskrider den maksimale ugentlige grænse ifølge det pågældende direktivs artikkel 6, litra b) [...]»

EU-domstolen fulgte opp med å påpeke at man i *Pfeiffer* klargjorde at direktivet også finner anvendelse på «beredskabstjeneste utført af arbejdstagere, der ligesom i det foreliggende tilfælde henhører under civilbeskyttelsesområdet»,¹¹⁰⁰ samt at man i *Personalrat der Feuerwehr Hamburg*, på bakgrunn av daværende rettspraksis, hadde ansett spørsmålet om direktivets anvendelse for brannvesenet som så klart at saken var henvist til forenklet behandling.¹¹⁰¹ På denne bakgrunn var det lite overraskende at EU-domstolen konkluderte med at det forelå en åpenbar tilsidesettelse av rettspraksis, noe som igjen ledet til at det forelå et tilstrekkelig kvalifisert brudd på direktivet.¹¹⁰²

Om utfallet ikke var overraskende, så fortjener likevel ansvarsvurderingen i *Fuß* oppmerksomhet av flere grunner. For det første fremgår det at vurderingskriteriet for ansvarsspørsmålet i tilfeller hvor EU-domstolen tidligere har avklart det omstridte rettsspørsmål, er om det foreligger en «åpenbar» tilsidesettelse. For det andre bekrefter dommen at om så er tilfellet, så er dette *i seg selv* tilstrekkelig til å statuere ansvar.

¹⁰⁹⁹ Sak C-303/98, *Simap mot onselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*, [P] Sml. 2000 s. I-7963; sak C-241/99, *CIG mot Servicio Galego de Saúde*, [A5] Sml. 2001 s. I-5139 og sak C-151/02, *Kiel mot Jaeger*, [P] Sml. 2003 s. I-8389.

¹¹⁰⁰ *Fuß*, avsnitt 56, med henvisning til forente saker C-397/01 m.fl., *Pfeiffer m.fl. mot Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut*, [SK] Sml. 2004 s. I-8835.

¹¹⁰¹ *Fuß*, avsnitt 57, med henvisning til sak C-52/04, *Personalrat der Feuerwehr Hamburg mot Leiter der Feuerwehr Hamburg*, [A5] Sml. 2005 s. I-7111.

¹¹⁰² *Fuß*, avsnitt 58. I den danske versjonen av dommen benyttes formuleringen «klar strid med Domstolens praksis», med denne synes ikke fullt ut å reflektere den mer ladete franske originalversjonen. Dette synes bedre ivarettatt i andre oversettelser som den engelske («obvious disregard of the Court's case-law») og den tyske («offenkundiger Verkenning der Rechtsprechung des Gerichtshofs»). Til dette kommer at mens det i bl.a. den franske og tyske versjonen av dommen er samsvar mellom formuleringen av vurderingskriteriet i avsnitt 52 og konklusjonene i avsnitt 58, så er denne parallelliteten borte i den danske versjonen (noe som for øvrig gjelder tilsvarende for den engelske versjonen).

Og for det tredje antydes det at EU-domstolens prosessuelle behandling av tidligere foreleggelsessaker kan ha overføringsverdi til ansvarsvurderingen (se punkt 7.7.7.5).

Et annet eksempel som fremstår som tilsvarende klart, er *Hogan*.¹¹⁰³ Uten noe videre om og men slo EU-domstolen i dette tilfellet fast at irske myndigheters mangelfulle oppfølging av EU-domstolens dom i *Robins* var ansvarsbetingende. Gjennom *Robins* hadde EU-domstolen gjort det klart at artikkel 8 i direktiv 80/987/EØF krever at arbeidstakere er sikret minst halvparten av deres opptjente pensjonsrettigheter. Selv om direktivet er erstattet av direktiv 2008/94/EF, innebærer dette ingen endring på dette punkt og dommen i *Robins* var da direkte anvendelig på vurderingen av den irske gjennomføringen av det nye direktivet. Det hører med at EU-domstolen i *Hogan* ikke stilte opp noe krav til åpenbar tilsidesettelse av *Robins*, men resultatet er fullt forenlig med et slikt krav og det er intet i dommen som tilsier at den er ment å innskjerpe den erstatningsrettslige betydningen av foreliggende rettspraksis.

Selv om det er lite å innvende mot resultatet i *Hogan*, kan det etter mitt syn rettes innvendinger mot EU-domstolens svært kortfattede begrunnelse. For EU-domstolen var det bl.a. reist spørsmål om de ytelser som saksøkerne var sikret fra det offentlige pensjonssystemet skulle medregnes i vurderingen av om halvparten av deres opptjente pensjonsrettigheter var sikret, samt spørsmål om finanskrisen som hadde rammet Irland kunne rettferdiggjøre en innskrenkende fortolkning av de resultatforpliktelser som EU-domstolen i *Robins* hadde utledet av artikkel 8 i direktiv 80/987/EØF. EU-domstolen besvarte begge disse spørsmålene benektende (se avsnitt 28-33 og 41-46). I den etterfølgende ansvarsvurderingen nevnes imidlertid ikke dette – her påpekes det bare at den irske gjennomføringen av direktivet er klart i strid med den fortolkning som EU-domstolen knesatte i *Robins*. Det fremgår av sammenhengen at EU-domstolen nok anså de irske anførselene som åpenbart ubegrunnede, men dette burde etter mitt syn vært omtalt som ledd i ansvarsvurderingen. Slik dommen er utformet, gir den et misvisende inntrykk av at den manglende etterlevelsen av en tidligere dom helt uten videre vil være ansvarsbetingende.

Fra EFTA-domstolens praksis er det to tilfeller som synes å falle i kategorien åpenbar tilsidesettelse av EU-domstolens praksis – avgjørelsene *Karlsson* og *Nguyen*.

I ansvarsvurderingen i *Karlsson* la EFTA-domstolen (avsnitt 42) avgjørende vekt på EU-domstolens dom i *Manghera*:

«The Court observes that in *Manghera*, the Court of Justice of the European Communities ruled that every national monopoly of a commercial nature must be adjusted so as to eliminate any exclusive import rights. Even if it did not deal specifically with alcohol monopolies, it is clear from *Manghera* that an exclusive right to import alcoholic beverages constitutes an infringement of the provision of the EC Treaty corresponding to Article 16 EEA. [...]»

¹¹⁰³ Sak C-398/11, *Hogan m.fl. mot Minister for Social and Family Affairs, Ireland*, [A5] dom 25. april 2013.

Avgjørelsen i *Manghera* gjaldt det italienske importmonopolet for tobakksprodukter, men de sentrale deler av premissene var utformet på et vis som gjorde det klart at vurderingen ville være den samme for andre importmonopol.¹¹⁰⁴ Av større interesser er det derfor at EFTA-domstolen i *Karlsson* implisitt la til grunn at det var klart at EU-domstolens fortolkning måtte gjelde tilsvarende for EØS-avtalen artikkel 16. Da spørsmålet om tolkningen av EØS-avtalen artikkel 16 dukket opp i *Restamark*, argumenterte så vel den finske som den norske regjering for en fortolkning av EØS-avtalen som ville gi EFTA-statene større handlingsrom på alkoholpolitikens område enn det EU-domstolen var villig til å innrømme EUs medlemsstater.¹¹⁰⁵ EFTA-domstolen hadde lite til overs for denne argumentasjonen,¹¹⁰⁶ men det er først i *Karlsson* at det (implisitt) gis uttrykk for at det var så klart at EU-domstolens tolkning måtte ha tilsvarende gyldighet i EØS-rettslig sammenheng at manglende etterlevelse av *Manghera* innebar at Island åpenbart og grovt hadde tilsidesatt sine EØS-rettslige forpliktelser. Selv om vurderingen av homogenitetsmålsettingen rekkevidde må vurderes konkret, så antyder *Karlsson* at EU-domstolens praksis knyttet til fortolkning av EØS-relevante EU-regler som utgangspunkt vil ha *samme betydning* for ansvarsvurderingen under EØS-ansvaret som ved EU-ansvaret (nærmere i punkt 7.7.7.8).

På tilsvarende vis la EFTA-domstolen avgjørende vekt på EU-domstolens avgjørelse i *Ferreira* i ansvarsvurderingen i *Nguyen* (avsnitt 34-35):

«[...] In this regard, the Court notes that in *Ferreira* the Court of Justice of the European Communities ruled that the Member States must ensure that the civil liability arising under their domestic law is covered by insurance which complies with the provisions of the Directives (see paragraph 29 of the judgment). In the context of the case before the national court, it is undisputed that Norway has maintained a rule excepting redress for pain and suffering from the compulsory insurance coverage despite the fact that redress is a form of civil liability. Consequently, the Court concludes that maintaining the rule excepting redress for non-economic injury (“pain and suffering”) from the compulsory insurance coverage under Norwegian law constitutes a sufficiently serious breach of EEA law to entail State liability, provided that the other conditions for State liability as laid down in the Court’s case law are fulfilled.»

Henvisningen til *Ferreira* var tilstrekkelig i *Nguyen* fordi trafikkulykken som gav opphav til hennes krav på oppreisningserstatning inntraff i desember 2002, dvs. mer enn to år etter at EU-domstolen høsten 2000 klargjorde at mototvognforsikringsdirek-

¹¹⁰⁴ Jf. sak 59/75, *Pubblico Ministero mot Manghera m.fl.*, Sml. 1976 s. 91 (avsnitt 3-10).

¹¹⁰⁵ Jf. gjengivelsen av den finske og den norske regjeringens argumentasjon i sak E-1/95, *Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark*, EFTA Ct. Rep. 1994-1995 s. 35 i rettsmøterapporten avsnitt 58-59 og 60-62.

¹¹⁰⁶ *Restamark*, avsnitt 71 flg., sammenholdt med de prinsipielle uttalelsene om homogenitetsmålsettingen i avsnitt 32 flg.

tivene krever full forsikringsdekning av hele det erstatningsansvar som nasjonal rett gir anvisning på.¹¹⁰⁷

Spørsmålet om rettsbruddet var tilstrekkelig kvalifisert også før *Ferreira* dukket opp for Høyesterett i *Personskadeforbundet*. Ettersom Høyesterett fant at den aktuelle bestemmelsen i første motorvognforsikringsdirektiv (77/166/EØF) artikkel 3 nr. 1 ikke var så klar at bruddet kunne anses som tilstrekkelig kvalifisert alt ved EØS-avtalens ikrafttredelse i 1994, var det springende punkt om EU-domstolens dom i *Bernaldez* våren 1996 var tilstrekkelig avklarende.¹¹⁰⁸ I tråd med Personskadeforbundets anførsler tilnærmet Høyesterett seg dette spørsmålet ut fra en vurdering av om EU-domstolens ovenfor omtalte dom i *Ferreira* gav noe avklaring ut over det som fulgte av *Bernaldez*. At rettsstilstanden etter *Ferreira* måtte anses som tilstrekkelig avklart, fulgte jo allerede av EFTA-domstolens vurdering i *Nguyen*. Ut fra den betraktning at *Ferreira* ikke hadde brakt noe «vesentlig nytt» i forhold til *Bernaldez* (avsnitt 65), fant Høyesterett at uklarhetene knyttet til direktivets rekkevidde ble ryddet av veien allerede i *Bernaldez*.

Selv om de fellende avgjørelsene *Larsy*, *Fuß*, *Karlsson* og *Nguyen* alle bidrar til å kaste lys over tidligere rettspraksis som et moment i ansvarsvurderingen, fremstår ingen av dem som grensetilfeller. Det kan derfor være grunn til å supplere fremstillingen med EU-domstolens avgjørelser i *FII*, *Thin Cap* og *CFC*, samt med norske domstolers vurderinger i *Edquist*. Disse sakene har til felles at alle gjelder erstatningskrav som bygger på rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen som underkjenner ulike sider ved nasjonal skattelovgivning som stridende mot EU/EØS-rettens hovedregler om fri bevegelighet (hhv. etableringsfriheten i TEUV artikkel 49/EØS-avtalen artikkel 31 og den frie kapitalflyten nedfelt i TEUV artikkel 63/EØS-avtalen artikkel 40). Mer konkret reiste *FII* og *CFC* spørsmål om erstatningsansvar som følge av engelske myndigheters skattemessige behandling av inngående utbytte (utbytte innenlandske aksjonærer mottar fra utenlandske selskap), mens erstatningskravet i *Thin Cap* var knyttet til engelske myndigheters skattemessige behandling av renter betalt av selskaper hjemmehørende i Storbritannia på lån fra utenlandsk selskap i samme konsern. *Edquist* gjaldt statlig erstatningsansvar for skatt innkrevd i strid med EØS-retten både overfor utenlandske aksjonærer som var blitt avkrevd kildeskatt på utbytte fra norske selskap og overfor norske selskaper som ikke hadde fått godtgjørelesfradrag for skatt på utbytte mottatt fra selskap i andre EØS-stater.

Selv om EU-domstolen i *FII*, *Thin Cap* og *CFC* overlot den endelige vurdering av ansvarsspørsmålet til engelske domstoler, så gikk den nokså langt i retning av å antyde at de konstaterte bruddene på EU-retten ikke var tilstrekkelig kvalifiserte. I *FII* uttalte EU-domstolen følgende (avsnitt 215-216, mine kursiveringer):

¹¹⁰⁷ Sak C-348/98, *Ferreira mot Companhia de Seguros Mundial*, [A5] Sml. 2000 s. I-6711 (avsnitt 29).

¹¹⁰⁸ Sak C-129/94, *Straffesak mot Bernáldez*, [A5] Sml. 1996 s. I-1829.

«I den foreliggende sag skal den nationale ret med henblik på at vurdere, om en tilsidesættelse af artikel 43 EF, der er begået af den pågældende medlemsstat, var tilstrækkelig kvalificeret, tage hensyn til den omstændighed, at *de konsekvenser, der på et område som direkte beskatning følger af den frie bevægelighed, der er sikret ved traktaten, kun gradvist er blevet klarlagt*, bl.a. ved de principper, Domstolen har udviklet siden dommen af 28. januar 1986 i sagen Kommissionen mod Frankrig. *På området for beskatning af udbytte, som hjemmehørende selskaber modtager fra ikke-hjemmehørende selskaber, fik Domstolen desuden først i Verkooijen-dommen, Lenz-dommen og Manninen-dommen lejlighed til at afklare, hvilke krav der følger af den frie bevægelighed, der er sikret ved traktaten, navnlig med hensyn til kapitalens frie bevægelighed.*

Ud over i de tilfælde, der er omfattet af direktiv 90/435, foreskrev fællesskabsretten nemlig ikke udtrykkeligt en forpligtelse for en medlemsstat til at sikre, at udbytte, der udbetales til hjemmehørende personer af hjemmehørende selskaber, og udbytte, der betales af ikke-hjemmehørende selskaber, behandles lige i relation til mekanismer til undgåelse eller lempelse af kædebeskatning eller økonomisk dobbeltbeskatning. Heraf følger, at *den problematik, der er rejst i den foreliggende præjudicielle anmodning, indtil Verkooijen-dommen, Lenz-dommen og Manninen-dommen endnu ikke som sådan var blevet behandlet i Domstolens praksis.*»

Generaladvokat Geelhoed gikk enda lenger ved å konkludere med at bruddet etter hans oppfatning ikke kunne karakteriseres som tilstrekkelig kvalifisert.¹¹⁰⁹ Britiske domstoler fulgte lite overraskende opp med å frikjenne skattemyndighetene for så vidt gjaldt sakens erstatningsrettslige side.¹¹¹⁰ I følge Court of Appeal var det i den foreliggende sak «very difficult indeed, if not impossible, to see how the United Kingdom can be said to have manifestly and gravely disregarded the limits on its discretion», noe som ble ytterligere underbygget med følgende vurdering:

«The matters relied upon by the Claimants [...] in support of the allegation of sufficiently serious breach are unimpressive, and impossible to reconcile with the comments of the Advocate General and the Court. It is perhaps significant that before us Mr Aaronson [saksøkernes prosessfullmektig] was unable to specify when the United Kingdom's breach became sufficiently serious breach other than to say that it was «in the mid-90s» after the decision in Case C-1/93 Halliburton Services BV v Staatssecretaris van Financiën [1994] ECR I-1137 in 1994. This is in contrast with the Claimants' first skeleton argument, which at paragraph [242] contends that «even if the sufficiently serious breach requirement was not met prior to the ECJ Judgment in Verkooijen, it was surely met from the date of that judgment, namely 6 June 2000». It was not until 2002 that a claim was first made to the Revenue that the corporation tax and ACT rules were incompatible with the Treaty.»

¹¹⁰⁹ Innstilling i *FII*, avsnitt 138. Se til sammenligning generaladvokat Fenellys strengere vurdering i hans innstilling i *Metallgesellschaft*, avsnitt 55.

¹¹¹⁰ Jf. i første instans High Court of Justice [2008] EWHC 2893 (Ch.) og, etter anke, Court of Appeal [2010] EWCA Civ 103. Dommen er anket til UK Supreme Court, hvor sakens erstatningsrettslige side er stilt i bero i påvente av en avklaring av EU-rettens føringer for saksøkernes prinsipielle tilbakesøkningskrav (i form av en ny foreleggelse for EU-domstolen, jf. [2012] UKSC 19).

Resonnementet her er overførbart til andre situasjoner hvor EU/EØS-retten gradvis og over tid avklares gjennom rettspraksis. Med fasiten i hånd, vil vurderingen av på hvilket tidspunkt rettsstilstanden fremstod som så avklart at en overtredelse er ansvarsbe- tingende, nokså uunngåelig bli foretatt i form av en omvendt kronologisk gjennom- gang av rettspraksis. I *FII* antydet EU-domstolen nokså klart at avklaringen først kom ved *Verkooijen*, *Lenz* og *Manninen*,¹¹¹¹ noe som ledet til at saksøkerne fikk en nær- mest umulig oppgave med å overbevise engelske domstoler om at rettstilstanden alt var klarlagt gjennom tidligere praksis som *Haliburton*.¹¹¹²

Ansvarsspørsmålet i *CFC* var parallelt til *FII* og EU-domstolen nøyde seg med å vise til uttalelsene i sistnevnte (avsnitt 124). Også *Thin Cap* var et stykke på vei parallell til *FII*, men skiller seg likevel ut ved at spørsmålet om avgjørelsen *Lankhorst-Hohorst* fra desember 2002 var avklarende eller ikke, stod helt sentralt. I *Lankhorst-Hohorst* hadde EU-domstolen for første gang tatt stilling til spørsmålet om EU-rettens skran- ker for statenes skattemessige behandling av renter betalt av selskaper hjemmehøren- de i Storbritannia på lån fra utenlandsk selskap i samme konsern¹¹¹³ og det var denne dommen som foranlediget gruppesøksmålet som ledet til foreleggelsen i *Thin Cap*. For krav om erstatning for tap påført før desember 2002, var saksøkerne avhengig av å overbevise EU-domstolen og engelske domstoler om at rettstilstanden var klarlagt allerede før *Lankhorst-Hohorst*. EU-domstolen gikk imidlertid langt i retning av å antyde at så ikke var tilfellet (avsnitt 121):

«I den foreliggende sag skal den nationale ret med henblik på at vurdere, om en tilsidesættelse af artikel 43 EF, der er begået af den pågældende medlemsstat, var tilstrækkelig kvalificeret, tage hensyn til den omstændighed, at de konsekvenser, der på et område som direkte beskatning følger af den frie bevægelighed, der er sikret ved traktaten, kun gradvist er blevet klarlagt, bl.a. ved de principper, Domstolen har udviklet siden dommen af 28. januar 1986 i sagen Kommissionen mod Frankrig. Indtil Lankhorst-Hohorst-dommen var det spørgsmål, der er rejst i den foreliggende præjudicielle anmodning, endnu ikke blevet behandlet som sådant i Domstolens praksis.»

Dette var i samsvar med generaladvokat Geelhoeds innstilling, som imidlertid også i dette tilfellet gikk lenger ved å konkludere med at bruddet etter hans oppfatning ikke kunne karakteriseres som tilstrekkelig kvalifisert.¹¹¹⁴ I lys av uttalelsene om ansvars- spørsmålet var det lite overraskende at High Court frikjente skattemyndighetene for ansvar forut for dommen i *Lankhorst-Hohorst*.¹¹¹⁵ Samtidig fant imidlertid High

¹¹¹¹ Hhv. sak C-35/98, *Staatssecretaris van Financiën mot Verkooijen*, [P] Sml. 2000 s. I-4071, sak C-315/02, *Lenz mot Finanzlandesdirektion für Tirol*, [A5] Sml. 2004 s. I-7063 og sak C-319/02, *Manninen mot Keskus- verolautakunta*, [SK] Sml. 2004 s. I-7477.

¹¹¹² Sak C-1/93, *Halliburton Services mot Staatssecretaris van Financiën*, [A5] Sml. 1994 s. I-1137.

¹¹¹³ Sak C-324/00, *Lankhorst-Hohorst mot Finanzamt Steinfurt*, [A5] Sml. 2002 s. I-11779.

¹¹¹⁴ Innstilling i *Thin Cap*, avsnitt 108.

¹¹¹⁵ [2009] EWHC 2908 (Ch).

Court at bruddet ble tilstrekkelig kvalifisert i og med *Lankhorst-Hohorst*, noe som resulterte i at saksøkerne ble tilkjent erstatning for etterfølgende tap:

«The position following delivery of the judgment [i *Lankhorst-Hohorst*], however, is a different matter. The ECJ had now ruled on the German thin cap provisions which were used as a model for the 1995 amendments, and had held that they breached art 43 EC. Furthermore, defences of fiscal cohesion and the risk of tax avoidance had been considered and rejected. The writing was now clearly on the wall so far as the UK thin cap provisions were concerned, and although the fiscal cohesion and tax avoidance defences remained arguable, they offered only a slender prospect of success. Leading counsel advised the Revenue in March 2003 that the German provisions could not be relevantly distinguished from the UK regime, and apparently estimated the chances of successfully resisting a challenge to them in the ECJ at around 10%. In my judgment that was an accurate assessment» (avsnitt 335)

Det kan hevdes at EU-domstolens henvisning til *Lankhorst-Hohorst* støtter opp under denne vurderingen, men EU-domstolen uttalte seg ikke uttrykkelig om situasjonen etter denne dommen. Generaladvokat Geelhoed antydte på sin side at rettstilstanden etter hans oppfatning var uklar også etter *Lankhorst-Hohorst*.¹¹¹⁶ Etter anke fra skattemyndighetene sluttet Court of Appeal seg til generaladvokatens vurdering.¹¹¹⁷ For flertallet fikk imidlertid det hele preg av et nokså anstrengt obiter dictum, i det man fant at den engelske lovgivningen likevel ikke var i strid med etableringsfriheten nedfelt i TEUV artikkel 49. At flertallet ikke subsidiært anså dets egen foretrukne fortolkning som et åpenbart og grovt brudd på EU-retten, kan knapt være overraskende. Mindretallet, Lady Justice Arden, fastholdt at de omstridte skattereglene etter hennes oppfatning var uforenlige med etableringsfriheten, men det er knapt overraskende at hun vek tilbake fra å karakterisere flertallets standpunkt som ansvarsbetingende.¹¹¹⁸

I norsk rettspraksis har *FII*, *Thin Cap* og *CFC* en parallell i *Edquist*. For spørsmålet om EØS-ansvaret, anførte saksøkerne prinsipielt at de norske kildeskattereglene utgjorde et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EØS-avtalen artikkel 40 allerede da avtalen trådte i kraft i 1994, et standpunkt som ble underbygget med EU-domstolens dom i *Avoir Fiscale* fra 1986.¹¹¹⁹ Subsidiært ble det hevdet at bruddet under enhver omstendighet var ansvarsbetingende etter EU-domstolens dom juni 2000 i *Verkooijen*. Staten anførte derimot at rettstilstanden først ble tilstrekkelig klarlagt ved EU-domstolens dom i september 2004 i *Manninen* og EFTA-domstolens uttalelse i november samme

¹¹¹⁶ Innstilling i *Thin Cap*, avsnitt 108, jf. også avsnitt 2 og avsnitt 71 flg.

¹¹¹⁷ [2011] EWCA Civ 127 (avsnitt 64-67). Selskapene anket dommen, men anken ble ikke tillatt fremmet av UK Supreme Court.

¹¹¹⁸ *Ibid*, avsnitt 116.

¹¹¹⁹ Jf. gjengivelsen av saksøkernes anførsler i Rt. 2010 s. 1500 (avsnitt 31). *Avoir Fiscale*, som omtales i de ovenfor gjengitte sitatene fra *FII* og *Thin Cap*, er traktatbruddssak 270/83, *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 1986 s. 273.

år i *Fokus Bank*. Anførlene ledet i samtlige instanser til omfattende drøftelser knyttet til utviklingen i EU-domstolens rettspraksis fra *Avoir Fiscale* og frem til *Manninen*. I lys av EU-domstolens alt nevnte antydninger om manglende ansvarsgrunnlag i *FII*, *Thin Cap* og *CFC* var det knapt noen overraskelse at staten ble frifunnet. I herværende sammenheng er det imidlertid de mer generelle trekk ved domstolenes argumentasjonsmønster som påkaller nærmere oppmerksomhet.

Sammenlignet med EU-domstolens (og generaladvokat Geelhoeds) tilnærming i *FII*, *Thin Cap* og *CFC* er det påfallende hvordan norske domstoler vier oppfatningene i juridisk litteratur betydelig oppmerksomhet i ansvarsvurderingen. Ved første øyekast synes dette overraskende, men ved nærmere ettertanke er det mye som tilsier at dette er en fornuftig tilnærming. Henvisninger til samtidige vurderinger av EU-domstolens avgjørelser vil langt på vei eliminere det preg av etterpåklokskap som en etterfølgende vurdering av den gradvise utvikling i rettspraksis ellers fort vil bære preg av. Etter at det forut for eller som ledd i behandlingen av et erstatningssøksmål er konstatert at myndighetene har overtrådt EU/EØS-retten, vil det ofte være forholdsvis lett å identifisere antydninger i tidligere praksis som pekte i denne retning. Selv i tilfeller hvor en ny avgjørelse fra EU-domstolen i realiteten er klart rettsskapende, vil EU-domstolen regelmessig søke å avdempe dette ved å vise til tidligere praksis som kanskje, om enn bare med betydelig velvilje, kan sies å gi visse forvarsler om utviklingen. Etableringen av prinsippet om statlig erstatningsansvar i *Francovich* er illustrerende i så henseende.¹¹²⁰ Med forbehold for de sjeldne tilfeller hvor EU-domstolen uttrykkelig begrenser virkningene av en dom til fremtidige rettsforhold og derigjennom implisitt anerkjenner dommens rettsavklarende karakter,¹¹²¹ er det ytterst sjelden at domstolen erkjenner at den skaper ny rett. Den nokså knappe og dekretaktige måte EU-domstolens avgjørelser skrives på, sammen med forbudet mot offentliggjøring av eventuelle dissenser, bidrar til å dekke til domstolens rettsskapende virksomhet. Dette inntrykket forsterkes av EU-domstolens henvisninger til egen rettspraksis, hvor det ytterst sjeldent erkjennes at en dom avviker fra tidligere rettspraksis¹¹²² og hvor nye avgjørelser fremstilles som lite annet enn en naturlig følge av eksisterende praksis.¹¹²³

¹¹²⁰ Jf. omtalen ovenfor i kapittel 3, punkt 3.5 (i og ved note 396) av EU-domstolens (lite overbevisende) forsøk på å forankre prinsippet om statlig erstatningsansvar i tidligere rettspraksis.

¹¹²¹ Jf. nærmere Broberg/Fenger 2010 s. 445 flg. EU-domstolen begrunner kompetansen til å begrense virkningene av en dom med prinsippet om beskyttelse av berettigete forventninger, noe som innebærer at bruk av denne kompetansen i en konkret sak implisitt er en erkjennelse av dommens rettsavklarende karakter.

¹¹²² Det skjedde første gang i sak C-10/89, *CNL-Sucal mot HAG (II)*, Sml. 1990 s. I-3711, hvor EU-domstolen åpent fravek rettsoppfatningen fra sak 192/73, *van Zuylen mot HAG (I)*, Sml. 1974 s. 731. Det meste kjente eksempel er nok sak C-267/91, *Straffesak mot Keck og Mithouard*, Sml. 1993 s. I-6097, hvor EU-domstolen åpent fravek tidligere praksis knyttet til forståelsen av hva som utgjør restriksjoner på den frie vareflyten.

¹¹²³ Se nærmere om EU-domstolens omgang med egen rettspraksis Arnulf 2006 s. 625 flg. Hans kritikk må leses i lys av hans common law-bakgrunn, men også for en norsk jurist synes innvendingene velbegrunnede.

For EU-domstolen selv kan det kanskje være fristende å anlegge et internt perspektiv. I hvert fall i tilfeller hvor en eller flere av dommerne i den etterfølgende erstatningsaken selv deltok i behandlingen av en tidligere sak som hevdes å være avgjørende, vil EU-domstolen gjerne sitte inne med kunnskap om dommerne selv vurderte avgjørelsen som rettsutviklende eller bare som en stadfestelse av tidligere praksis. Dette er imidlertid kunnskap som er skjult ikke bare for partene i den etterfølgende erstatningssaken, men også for øvrige EØS-stater, EFTA-domstolen, nasjonale domstoler mv. Det er meget mulig at avgjørelser som for EU-domstolens dommere fremstår som lite annet enn en stadfestelse av tidligere praksis, fremstår som mer overraskende for utenforstående observatører. Det avgjørende i erstatningsrettslig sammenheng må her være en objektiv vurdering av den foreliggende rettspraksis – spørsmålet er om staten ut fra en objektiv fortolkning av foreliggende praksis måtte forstå at også dens regler eller praksis var uforenlig med EU/EØS-retten.

Selv om vurderinger i samtidig juridisk litteratur fremstår som et egnet hjelpemiddel for å vurdere utviklingen i rettspraksis, ligger det visse farer i en slik tilnærming. Det kan ikke være avgjørende om det er mulig å lete frem en artikkel eller to hvor den senere utviklingen ble forutsett. Selv om bildet langt fra er entydig, er det med en viss rett hevdet at hovedtyngden av EU/EØS-rettslitteraturen må kunne betegnes som overveiende integrasjonsvennlig.¹¹²⁴ Det kan tidvis spores tendenser til å trekke mer vidtrekkende slutninger av EU-domstolens avgjørelser enn det en mer nøktern analyse av premissene gir grunnlag for. Som påpekt av Sejersted er det nok slik at det ligger en pådriverrolle innebygget i rettsvitenskapen – det er fristende å fremheve de EU/EØS-reglene man selv arbeider med, og å tolke dem utvidende.¹¹²⁵ Motsatt kan det imidlertid heller ikke være avgjørende om det i ettertid er mulig å lete frem et fåtall arbeider fra forfattere som søker å begrense EU/EØS-rettens rekkevidden gjennom innskrenkende fortolkning av EU-domstolens praksis.

På denne bakgrunn fremstår norske domstolers bruk av juridisk litteratur i *Edquist* som balansert og fornuftig. Særlig ting- og lagmannsretten viste til flere rettsvitenskapelige arbeider i kjølvannet av *Verkooijen* hvor det ble antatt at dommen ville ramme nasjonale regler om kildeskatt, men også til andre arbeider i kjølvannet at *Manninen* og *Fokus Bank* hvor disse avgjørelsene ble karakterisert som utslag av EU-domstolens og EFTA-domstolens dynamiske utvikling av EU/EØS-retten. Høyesterett nøyde seg med å vise til litteratur som falt i sistnevnte kategori og konkluderte med at *Verkooijen* «ikke førte til noen alminnelig konsensus blant skatterettslærde med hensyn til hvilke konsekvenser dommen måtte få for reglene i andre land» (avsnitt 103). Høyesterett påpekte likevel at det riktignok var «mange, også i Norge, som på bakgrunn av

¹¹²⁴ Se Sejersted 2009 s. 551-552.

¹¹²⁵ Ibid.

Verkooijen-dommen forventet at det finske systemet ville bli underkjent» og at det derfor neppe var grunnlag for å si at avgjørelsen i *Manninen* var «overraskende», men påpekte deretter at avvikende oppfatninger fra andre forfattere viste at spørsmålet ikke kunne anses som «avklart» før dom i saken falt (avsnitt 107).

Ut over forutsetningsvis uavhengige vurderinger i juridisk litteratur, må det i noen grad også kunne sees hen til hvordan en påstått rettsavklarende avgjørelse er oppfattet i andre EØS-stater. Høyesterett er inne på dette i *Edquist* når det i vurderingen av *Verkooijen* uttales at det må sees hen til «i hvilken utstrekning dommen førte til lovendringer», noe som ble fulgt opp med en nærmere redegjørelse for EU-statenes reaksjoner (avsnitt 99, jf. avsnitt 100 og 102).¹¹²⁶ Det bør imidlertid påpekes at statene kan ha betydelig økonomisk interesse av å begrense rekkevidden av EU-domstolens praksis. Generelt bør nok andre EØS-staters innskrenkende fortolkning av uønsket praksis fra EU-domstolen tillegges liten vekt i denne sammenheng – statene kan ikke immunisere hverandre mot erstatningsansvar ved å vise til hverandres manglende oppfølging av EU-domstolens praksis. Motsatt må det imidlertid kunne tillegges større vekt dersom en avgjørelse fra EU-domstolen har ledet til endringer i andre stater som opprinnelige hadde lignende regler eller praksis.

7.7.7.5 Betydningen av den prosessuelle behandling av tidligere saker

I *Fuß* påpekte EU-domstolen at man i *Personalrat der Feuerwehr Hamburg* hadde ansett spørsmålet om arbeidstidsdirektivets anvendelse på brannvesenet som så klart at saken var blitt henvist til forenklet behandling,¹¹²⁷ noe som antyder at den prosessuelle håndteringen av tidligere saker kan ha relevans for ansvarsvurderingen.

Bestemmelsen om forenklet behandling av prejudisielle foreleggelses finnes nå i artikkel 99 i EU-domstolens nye rettergangsordning og lyder som følger:

«Såfremt et prækjudicielt spørsmål er identisk med et spørsmål, Domstolen allerede har afgjort, såfremt besvarelsen af et sådant spørsmål klart kan udledes af retspraksis, eller såfremt besvarelsen af det prækjudicielle spørsmål ikke giver anledning til nogen rimelig tvivl, kan Domstolen til enhver tid på forslag fra den refererende dommer og efter at have hørt generaladvokaten beslutte at træffe afgørelse ved begrundet kendelse.»¹¹²⁸

¹¹²⁶ Høyesterett var derimot langt mer avvisende i *Personskadeforbundet*, hvor staten forgjeves forsøkte å ta innleggene fra andre EØS-stater og Kommisjonen i *Ferreira* til inntekt for det syn at EU-domstolens tidligere dom i *Bernaldez* ikke kunne anses som rettsavklarende (se avsnitt 66).

¹¹²⁷ Avsnitt 57, med henvisning til sak C-52/04, *Personalrat der Feuerwehr Hamburg mot Leiter der Feuerwehr Hamburg*, [A5] Sml. 2005 s. I-7111.

¹¹²⁸ EU-domstolen fikk ny rettergangsordning høsten 2012 (publisert i EU-tidende 2012 L 265 s. 1 flg.). Artikkel 99 om forenklet behandling av prejudisielle foreleggelses viderefører imidlertid i det alt vesentlige artikkel 104 nr. 3 i den tidligere rettergangsordningen.

Poenget i herværende sammenheng er at anvendelse av rettergangsordningens artikkel 99 i tilfeller hvor EU-domstolen begrunner dette med eksisterende rettspraksis, i seg selv er en indikasjon på at rettstilstanden på området etter EU-domstolens oppfatning alt er avklart, noe som igjen kan tilsi at manglende etterlevelse utgjør ansvarsbetingende tilsidesettelse av rettspraksis. Det må likevel påpekes at det erstatningsrettslige vurderingskriteriet «*méconnaissance manifeste de la jurisprudence de la Cour*» er et annet enn vilkårene for anvendelse av rettergangsordningens artikkel 99, samt at reglens formål er helt forskjellige – formålet med forenklet behandling av opplagte foreleggelsesspørsmål er ene og alene å avlaste EU-domstolen.

Viktig er det også å påpeke at det ikke omvendt kan tillegges vekt at etterfølgende saker *ikke* er henvist til forenklet behandling: Rettergangsordningens artikkel 99 er en kan-regel. Etter artikkel 20 nr. 5 i domstolens vedtekter kan dessuten domstolen alternativt, dersom den finner at en sak «ikke reiser noen nye retsspørsmål», beslutte at saken skal pådømmes uten noen innstilling fra generaladvokaten. I tilfeller hvor ingen av partene eller andre innleggsberettigete ber om muntlig høring, vil det kunne være hurtigere for EU-domstolen å avsi dom i slike tilfeller enn å anvende rettergangsordningens artikkel 99.¹¹²⁹ Dette gjenspeiles i statistikk som viser at omkring halvparten av EU-domstolens dommer nå avsies uten at det er innhentet noen innstilling.¹¹³⁰

For EFTA-domstolens vedkommende inneholder artikkel 97 nr. 3 i domstolens rettergangsordning en bestemmelse som åpner for å besvare en prejudisiell foreleggelse i form av en begrunnet beslutning dersom det forelagte spørsmål «åpenbart» er «identisk» med et spørsmål som domstolen allerede har avgjort eller gitt uttalelse om.¹¹³¹ Bestemmelsen tilsvarende det som nå er første alternativ i artikkel 99 i EU-domstolens rettergangsordning. Terskelen tilsier at anvendelse av bestemmelsen vil være et klart tegn på at det forelagte spørsmål fremstår som avklart, men hittil har ikke EFTA-domstolen ved noen anledning besvart en foreleggelse i form av en begrunnet beslutning.

Resonnementet bak EU-domstolens henvisning i *Fuß* til behandlingen av *Personalrat der Feuerwehr Hamburg* rekker imidlertid lenger enn tilfeller av forenklet behandling i henhold til rettergangsordningens artikkel 99. EU-domstolens adgang etter vedtektenes artikkel 20 nr. 5 til å avsi dom uten å innhente en innstilling fra generaladvokaten dersom en sak «ikke reiser noen nye retsspørsmål», er alt nevnt. Tilsvarende må det

¹¹²⁹ Borberg og Fenger 2010 s. 402.

¹¹³⁰ EU-domstolens årsrapport 2011 s. 11. Til sammenligning henvises om lag syv prosent av foreleggelsessakene til forenklet behandling i henhold til rettergangsordningens artikkel 99 (For 2011 var tallene nærmere bestemt 30 av 388 avgjorte foreleggelsessaker, jf. EU-domstolens årsrapport 2011, s. 11 sammenholdt med s. 100).

¹¹³¹ Bestemmelsen lyder som følger: «Dersom et spørsmål som er forelagt domstolen for en rådgivende uttalelse åpenbart er identisk med et spørsmål som domstolen allerede har avgjort eller gitt uttalelse om, kan domstolen, etter å ha underrettet den domstol som har forelagt spørsmålet og overveiet eventuelle bemerkninger som er fremsatt fra EFTA-statenes regjeringer, EFTAs overvåkningsorgan, Fellesskapet, EF-kommisjonen og partene i saken, treffe avgjørelse ved begrunnet beslutning der den viser til sin tidligere dom eller uttalelse.»

kunne sees hen til EU-domstolens sammensetning ved håndtering av saker som hevdes å være rettsavklarende, samt saker som følger i kjølvannet av slike. Det styrker argumentasjonen for en avgjørelse som rettsavklarende dersom den er avsagt av storkammeret eller i plenum, mens det har formodningen mot seg at en avgjørelse fra et lite kammer med tre dommere representerer det tidlige vannskillet som saksøkerne i en etterfølgende erstatningssak kanskje hevder. Tilsvarende styrker det argumentasjonen for en tidligere avgjørelse som rettsavklarende dersom senere saker henvises til avdelinger med bare tre dommere, mens det trekker i motsatt retning dersom slike tvert i mot henvises til storkammeret (eller, nå bare helt unntaksvis, plenum).¹¹³² For erstatningssøksmålene i saker som *FII*, *Thin Cap*, *CFC* og *Edquist* torde det derfor tale til skattemyndighetenes fordel at *Manninen* ble avgjort av EU-domstolens storkammer.¹¹³³ Noe mer enn et støtteargument kan dette likevel ikke være – EU-domstolens prosessuelle håndtering av sakene gjenspeiler i første rekke domstolens egen vurdering av rettstilstanden og denne samsvarer som nevnt ikke nødvendigvis alltid med en objektiv utenfra-vurdering av den foreliggende rettspraksis.

Det må dessuten utvises særlig forsiktighet med å tillegge storkammerbehandling av senere saker vekt i statenes favør fordi EUs medlemsstater alltid har anledning til å kreve slik behandling av en sak som de selv er part i, jf. artikkel 16 tredje ledd i domstolens vedtekter.

7.7.7.6 Betydningen av *acte éclairé*-doktrinen

Den såkalte *acte éclairé*-doktrinen fritar EU-statenes øverste domstoler fra deres plikt i henhold til TEUV artikkel 267 tredje ledd til å forelegge tolkningsspørsmål for EU-domstolen i tilfeller hvor svaret på det forelagte spørsmål klart kan utledes av foreliggende rettspraksis.¹¹³⁴ I prinsippet ville EU-domstolens nærmere utlegning av dette unntaket kunne ha overføringsverdi til spørsmålet om når foreliggende rettspraksis må anses som så klar at manglende etterlevelse er ansvarsbetingende. I praksis er det imidlertid svært lite veiledning å hente i EU-domstolens praksis på dette punkt. I den grunnleggende avgjørelsen *CILFIT* uttalte EU-domstolen at unntaket fra foreleggelsesplikten omfatter tilfeller hvor «det pågældende retsspørgsmål er afgjort i Domstolens tidligere praksis», at dette gjelder uavhengig av karakteren av de tidligere sakene (traktatbruddssaker, foreleggelsessaker, direkte søksmål mv.) og «også selv om de

¹¹³² Se reglene for fordeling av saker mellom ulike dommerkollegium i artikkel 60 i EU-domstolens rettergangsordning.

¹¹³³ Staten argumenterte med dette i TOSLO-2007-81322 *General Motors*. Det fremgår ikke av Høyesteretts dom i *Edquist* om dette argumentet ble anført også i den saken.

¹¹³⁴ Grunnleggende sak 28/62, *Da Costa en Schaake m.fl. mot Nederland*, Sml. (fransk utgave) 1962 s. 61 og sak 283/81, *CILFIT m.fl. mot Ministero della sanità*, Sml. 1982 s. 3415. Se nærmere Broberg/Fenger 2010 s. 233-234. Det er ikke helt presist å angi pliktsubjektene under TEUV artikkel 267 tredje ledd som medlemsstatenes øverste domstoler – også lavere rettsinstanser er omfattet dersom de i den konkrete sak dømmer i siste instans, jf. nærmere Broberg/Fenger 2010 s. 224 flg.

omhandlede spørsmål ikke er helt identiske». ¹¹³⁵ Noe nærmere vurderingstema ble ikke angitt og unntakets nærmere innhold er heller ikke presisert gjennom senere praksis. Det er nærliggende å se *acte éclairé*-unntaket i sammenheng med det mer generelle *acte clair*-unntaket som ble etablert i *CILFIT*, ¹¹³⁶ men nettopp av denne grunn må det antas at terskelen for *acte éclairé* ligger så høyt at overføringsverdien til erstatningsansvaret også av denne grunn er svært begrenset.

7.7.7.7 Adgangen til å gjøre «opprør» mot EU-domstolen

Dersom myndighetene skulle være av den oppfatning at en avgjørelse fra EU-domstolen ikke er til å leve med, er spørsmålet hvordan erstatningsansvaret forholder seg til et eventuelt «opprør» med sikte på å fremprovosere omkamp. ¹¹³⁷

Problemstillingen kan illustreres med utgangspunkt i EU-domstolens kontroversielle avgjørelse i *Mangold*, hvor det ble lagt til grunn at forbud mot aldersdiskriminering utgjør et generelt EU-rettslig prinsipp. ¹¹³⁸ Dommen utløste heftig kritikk ikke bare fra akademisk (og politisk) hold, men også fra enkelte av EU-domstolens egne generaladvokater. ¹¹³⁹ I Tyskland ble den føderale forfatningsdomstolen i oppfølgingsaken *Honeywell* forelagt spørsmålet om EU-domstolen i dette tilfellet hadde overskredet grensene for sin kompetanse. Forfatningsdomstolens flertall avviste til sist dette under henvisning til at EU-domstolen måtte innrømmes en viss feilmargin («Fehlertoleranz»), noe som ledet til at man kunne la det stå åpent om EU-domstolens standpunkt i *Mangold* var forenlig med anerkjent juridisk metode. ¹¹⁴⁰ Forfatningsdomstolen antydte likevel at den ikke fant EU-domstolens standpunkt særlig velbegrunnet. ¹¹⁴¹

¹¹³⁵ *CILFIT*, avsnitt 14.

¹¹³⁶ Jf. *CILFIT*, avsnitt 16: «Endelig kan den korrekte anvendelse af EF-retten fremgå med en sådan klarhed, at der ikke foreligger nogen rimelig tvivl om afgørelsen af det rejste spørgsmål.» Strukturen i dommen tilsier at EU-domstolen anser *acte éclairé* og *acte clair* som to ulike unntak, og da slik at sistnevnte først finner anvendelse i tilfeller hvor det ikke foreligger klagende rettspraksis. I tilfeller hvor det foreligger praksis, men hvor det ikke er mulig å si at den alene «avgjør» det foreliggende tolkningsspørsmål, vil det imidlertid nødvendigvis bli en flytende overgang mellom disse to unntakene. Se nærmere Broberg/Fenger 2010 s. 235 flg.

¹¹³⁷ Fremstillingen her er begrenset til omkamper initiert av den lovgivende og den utøvende makt – for medlemsstatenes domstoler tilsier lojalitetsplikten nedfeldt i TEU artikkel 4 nr. 3 at innvendinger mot eksisterende rettspraksis må forelegges EU-domstolen for fornyet vurdering, jf. TEUV artikkel 267. Det handlingsalternativ som foreleggelsesadgangen innebærer, tilsier at en nasjonal domstol som med urette fraviker EU-domstolens praksis uten å benytte denne muligheten, uten videre pådrar staten erstatningsansvar, jf. nærmere i punkt 7.11.

¹¹³⁸ Sak C-144/04, *Mangold mot Helm*, [SK] Sml. 2005 s. I-9981.

¹¹³⁹ Jf. generaladvokat Mazáks innstilling i sak C-411/05, *de la Villa Cortefiel Servicios*, [SK] Sml. 2007 s. I-8531. En oversikt over den massive kritikken mot *Mangold* i særlig tysk litteratur finnes i den tyske forfatningsdomstolens avgjørelse i *Honeywell*, NJW 2010 s. 3422.

¹¹⁴⁰ NJW 2010 s. 3422, beslutningens avsnitt 66 flg.

¹¹⁴¹ Jf. eksempelvis følgende: «Es kann dahinstehen, ob sich ein allgemeiner Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen und den völkerrechtlichen Verträgen der Mitgliedstaaten ableiten ließe, obwohl nur zwei der zum Zeitpunkt der Mangold-Entscheidung 15 Verfassungen der Mitgliedstaaten ein besonderes Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters zu entnehmen war [...] und

Spørsmålet er om en medlemsstat som i et slikt tilfelle oppriktig mener at en ny vurdering av EU-domstolens plenum eller storkammer ville kunne lede til en helomvending, kan initiere en omkamp uten fare for at et eventuelt nederlag automatisk leder til erstatningsansvar for tap som «opprøret» eventuelt skulle påføre private. Situasjonen behøver for øvrig ikke være så tilspisset som i *Mangold* – det kan tenkes at avgjørelsen som myndighetene ønsker å fravike er av eldre dato og at utviklingen tilsier at den, etter statens vurdering, ikke lenger bør anses som uttrykk for gjeldende rett.

I vurderingen her må det sondres mellom det materielle spørsmål knyttet til forståelsen av gjeldende rett og spørsmålet om det offentliges erstatningsansvar dersom omkampen ikke fører frem. Materielt sett er det klart nok at statene står fritt til å fremprovosere omkamp i alle tilfeller hvor de oppriktig mener at en tidligere avgjørelse fra EU-domstolen ikke (lenger) bør legges til grunn. Dersom et slikt fremstøt fører frem, det være seg i en traktatbruddssak anlagt av Kommisjonen eller i et søksmål anlagt av private som forgjeves forsøker å forsvare den tidligere rettstilstanden, oppstår ingen erstatningsrettslige spørsmål – i dette tilfellet er jo ikke statens handlemåte rettsstridig. Dersom EU-domstolen derimot fastholder sitt tidligere standpunkt – slik EU-domstolens storkammer i *Küçükdeveci* i ettertid fastholdt prinsippet nedfelt i *Mangold*¹¹⁴² – vil erstatningsspørsmålet komme på spissen.

Om man anser praksis fra EU-domstolen bare som et moment i en helhetlig vurdering av om et konstatert rettsbrudd er tilstrekkelig kvalifisert, må det i prinsippet kunne tenkes at det hefter så store svakheter ved en avgjørelse fra EU-domstolen at den, til tross for at den rettssetning som kommer til uttrykk i avgjørelsen isolert sett er klar nok, ikke er rettsavklarende. Dette også den løsning som best samsvarer med oppfatningen av at også EU-domstolen kan ta feil og at dens avgjørelser derfor ikke uten videre må legges til grunn som uttrykk for gjeldende EU-rett. Standpunktet fordrer riktignok en nyansering av EU-domstolens kategoriske uttalelser om at åpenbar tilsidesettelse av dens avgjørelser *i seg selv* er ansvarsbetingende,¹¹⁴³ men disse bør leses i lys av at de neppe tar sikte på den her skisserte problemstillingen.

I praksis bør imidlertid myndighetene neppe gjøre seg særlig store forhåpninger om å unngå erstatningsansvar i et tilfelle hvor den åpent avviker fra en tidligere avgjørelse fra EU-domstolen. Så vel hensynet til EU-rettens effektivitet som EU-domstolens interesse i å sikre respekten for dens avgjørelser, tilsier at det skal mye til før EU-domstolen vil erkjenne at det hefter så store svakheter ved resonnementet i en tidligere avgjørelse at den ikke kan anses som rettsavklarende.

auch die völkerrechtlichen Verträge, auf die sich der Gerichtshof mit seinem Hinweis auf die Erwägungsgründe der Richtlinie 2000/78/EG bezogen hatte, kein spezielles Diskriminierungsverbot enthielten» (avsnitt 78).

¹¹⁴² Sak C-555/07, *Küçükdeveci mot Swedex*, [SK] Sml. 2010 s. I-365.

¹¹⁴³ Jf. bl.a. *Fuß*, avsnitt 58.

7.7.7.8 EU-domstolens praksis i EØS-rettslig sammenheng

I EØS-rettslig sammenheng må det tas høyde for at forskjeller i kontekst og formål i særlige tilfeller kan lede til at EU-domstolens tolkning av EU-rettslige bestemmelser ikke uten videre kan være avgjørende for tolkningen av EØS-retten. Høyesterett var inne på dette i *Edquist*, i det retten i vurderingen av EU-domstolens avgjørelse i *Verkooijen* påpekte at «[d]et kunne ... være uklart om EFTA-domstolen ville være mer tilbakeholden, gitt at skatteområdet uttrykkelig er holdt utenfor EØS-avtalen» (avsnitt 99). Problemstillingen lå i bakgrunnen også i *Karlsson*, men EFTA-domstolen tok det øyensynlig for gitt at det var så klart at EU-domstolens tolkning av EU-rettens regler om handelsmonopoler måtte ha tilsvarende gyldighet i EØS-rettslig sammenheng at manglende etterlevelse av *Manghera* innebar et ansvarsbetingende brudd på EØS-avtalen. Heller ikke i ansvarsvurderingen i *Nguyen* problematiserte EFTA-domstolen relevansen av EU-domstolens avgjørelse i *Ferreira*, mens EFTA-domstolen i ansvarsvurderingen i *Kolbeinsson* kort slo fast at EU-domstolens praksis vedrørende kravene til statenes sanksjonering av privates overtredelse av direktiver som pålegger dem forpliktelser, var «clearly relevant also with regard to EEA law» (avsnitt 83).

Oberster Gerichtshof i Liechtenstein anla samme tilnærming i *Dr. Tschannet* da den påpekte at liechtensteinske myndigheter ikke hadde anført noe som kunne tilsi at foreliggende praksis fra EU-domstolen *ikke* var EØS-relevant. EU-domstolens praksis viste klart at en «single practice rule» som hindret en østerriksk lege fra å etablere seg i Liechtenstein uten å oppgi sin praksis i Østerrike, var uforenlig med etableringsfriheten og Oberster Gerichtshof konkluderte derfor med at det forelå et ansvarsbetingende brudd på EØS-avtalen artikkel 31.¹¹⁴⁴

Selv om vurderingen av homogenitetsmålsettingens rekkevidde må vurderes konkret, antyder EFTA-domstolens tilnærming i *Karlsson*, *Nguyen* og *Kolbeinsson* at EU-domstolens praksis knyttet til fortolkning av EØS-relevante EU-regler som utgangspunkt vil ha *samme betydning* for ansvarsvurderingen under EØS-ansvaret som ved EU-ansvaret. Dette er i samsvar med EFTA-domstolens generelle tilnærming: Helt siden *Rainford-Towing* har domstolen lagt til grunn at det bare er under «specific circumstances» at forskjeller i virkeområde og formål kan lede til tolkningsforskjeller mellom EU- og EØS-retten,¹¹⁴⁵ noe som i *L'Oréal* ble presisert dit hen at brudd med homogenitetsmålsettingen fordrer «compelling grounds».¹¹⁴⁶

En mer generell drøftelse av homogenitetsmålsettingen rekkevidde og anvendelsen av EU-domstolens rettspraksis i EØS-rettslig sammenheng faller utenfor rammene for

¹¹⁴⁴ Dom 7. mai 2010 i sak CO.2004.2 (avsnitt 28).

¹¹⁴⁵ Sak E-3/98, *Rainford-Towning mot Liechtenstein*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 205. Uttalelsen er gjentatt i senere avgjørelser som sak E-2/06, *ESA mot Norge («hjemfallsrett»)*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 164 (avsnitt 59) og forente saker E-9/07 og E-10/07, *L'Oréal mot Per Aarskog m.fl.*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259 (avsnitt 27).

¹¹⁴⁶ *L'Oréal*, avsnitt 31 og 37.

denne fremstillingen.¹¹⁴⁷ Det er imidlertid grunn til å påpeke at problemstillingen får en ekstra vri i erstatningsrettslig sammenheng: Spørsmålet er ikke bare om EU-domstolens tolkning av en EU-rettslig bestemmelse er overførbar til EØS-retten, men om et bekreftende svar fremstår som så åpenbart at manglende etterlevelse også i EØS-rettslig sammenheng utgjør ansvarsbetingende tilsidesettelse av rettspraksis. I tilfeller som *Nguyen* vil dette være helt uproblematisk – ingen involverte synes å ha vært inne på den tanke at motorvognforsikringsdirektivene kan ha et annet innhold i EØS-rettslig enn i EU-rettslig sammenheng. I et tilfelle som *Karlsson* kreves en noe nærmere vurdering i lys av den omstendighet at flere EFTA-stater både i den saken og den tidligere saken *Restamark* argumenterte for en avvikende tolkning av EØS-retten. Også her fremstod vel likevel homogenitetsmålsettingens gjennomslag som nokså åpenbar. Derimot leder EU-domstolens seneste avgjørelser knyttet til anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 40 til at homogenitetsmålsettingens rekkevidde synes mer usikker i tilfeller hvor den frie kapitalflyten berører nasjonal skatterett.¹¹⁴⁸ I erstatningsrettslig sammenheng innebærer dette at selv om homogenitetsmålsettingen i en konkret sak skulle lede til at EU-domstolens praksis knyttet til tolkningen av EU-retten anses overførbar til EØS-retten, så er det ikke sikkert dette er så åpenbart at manglende etterlevelse utgjør en ansvarsbetingende tilsidesettelse av rettspraksis også i EØS-rettslig sammenheng. Det synes derfor hensiktsmessig å foreta denne vurderingen i to trinn: Først en vurdering av om den foreliggende praksis fra EU-domstolen er av en slik karakter at manglende etterlevelse vil være ansvarsbetingende i EU-rettslig sammenheng, dernest en vurdering av om det er tilsvarende åpenbart at den aktuelle rettspraksis må gis tilsvarende anvendelse i EØS-rettslig sammenheng.

Et eksempel hvor åpenbar tilsidesettelse av EU-domstolens praksis vanskelig ville kunne være ansvarsbetingende i EØS-rettslig sammenheng kan utledes av divergensen mellom EFTA-domstolens tolkning av varemerkedirektivet (89/104/EØF) artikkel 7 første ledd i *Maglite* og EU-domstolens etterfølgende tolkning i *Silhouette* og *Sebago*.¹¹⁴⁹ Dersom man tenker seg at en merkevareinnehaver i kjølvannet av *Silhouette* saksøkte den norske stat for mangelfull gjennomføring av direktivet, måtte domstolene først ta stilling til om EU-domstolens løsning var avgjørende også i EØS-rettslig sammenheng. Som EFTA-domstolens etterfølgende helomvending i *L'Oréal* viser, tilsier homogenitetsmålsettingen et bekreftende svar. I den etterfølgende ansvarsvurderingen kunne det likevel ikke være tilstrekkelig å vise til at den norske gjennomføringen var i åpenbar strid med EU-domstolens praksis – staten måtte her kunne forsvare seg med usikkerhet knyttet til homogeni-

¹¹⁴⁷ Jf. nærmere om dette Fredriksen/Mathisen 2012 s. 219 flg.

¹¹⁴⁸ Se sak C-540/07, *Kommisjonen mot Italia*, [A5] Sml. 2009 s. I-10983, sak C-436/08, *Haribo og Salinen mot Finanzamt Linz*, [A5] Sml. 2011 s. I-305; sak C-72/09, *Établissements Rimbaud mot Directeur des services fiscaux d'Aix-en-Provence*, [A5] Sml. 2010 s. I-10659; sak C-267/09, *Kommisjonen mot Portugal*, [A5] Sml. 2011 s. I-3197 (avsnitt 54); sak C-269/09, *Kommisjonen mot Spania*, [A5] dom 12. juli 2012 (avsnitt 99) og sak C-48/11, *Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö mot A*, [A5] dom 19. juli 2012 (avsnitt 37).

¹¹⁴⁹ Sak E-2/97, *Mag Instrument mot California Trading*, EFTA Ct. Rep. 1997 s. 129; sak C-355/96, *Silhouette mot Hartlauer*, [P] Sml. 1998 s. I-4799 og sak C-173/98, *Sebago mot G-B Unic*, [A5] Sml. 1999 s. I-4103.

tetsmålsettingens gjennomslag i dette tilfellet. I *L'Oréal* argumenterte samtlige av de tre EFTA-statenes regjeringer for at fraværet av en felles handelspolitikk tilsa at EFTA-domstolen burde holde fast på løsningen i *Maglite*.¹¹⁵⁰ (Dessuten måtte staten kunne anføre medvirkning fra EFTA-domstolen som unnskyldningsgrunn, jf. punkt 7.7.6 ovenfor.)

7.7.7.9 Praksis fra Underretten

Kanskje noe overraskende synes ikke spørsmålet om relevansen av *Underrettens* praksis for ansvarsvurderingen å ha kommet på spissen for EU-domstolen. Forklaringen er trolig at langt de fleste saker av interesse for vurderingen av statenes eventuelle brudd på EU-retten stammer fra enten traktatbruddssøksmål eller foreleggelses saker fra nasjonale domstoler – sakstyper som hittil er forbeholdt EU-domstolen alene. Dette vil endre seg dersom EU i fremtiden skulle gjøre alvor av planene om å kanalisere visse foreleggelsessaker til Underretten.¹¹⁵¹ Allerede under dagens regime er det imidlertid en lang rekke avgjørelser fra Underretten, kanskje særlig fra konkurranse- og statsstøtterettens område, som kaster lys over forståelsen av EU/EØS-regler som EØS-statene kan komme i skade for å overtre.

Et enslig eksempel fra praksis vedrørende EUs eget erstatningsansvar hvor Underretten forutsetter at dets egen praksis er relevant for ansvarsvurderingen, er *Medici Grimm II*. Underretten frikjente i dette tilfellet Rådet under henvisning til at forståelsen av forordning nr. 2380/98 reiste et vanskelig juridisk spørsmål som «først blev afklaret, da Retten tog stilling til den nævnte forordnings lovlighed ved Medici Grimm I-dommen».¹¹⁵² Det følger motsetningsvis av dette at en tidligere «avklaring» i Underrettens egen rettspraksis ville kunne ledet til et annet resultat.

Spørsmålet om den erstatningsrettslige relevans av Underrettens avgjørelser er selv sagt nært forbundet med det mer generelle spørsmål knyttet til avgjørelsens rettskildevekt. En nærmere drøftelse av dette faller utenfor rammene for denne fremstillingen. I EØS-rettslig sammenheng er det imidlertid grunn til å være oppmerksom på at EFTA-domstolen har innfortolket Underrettens praksis i EØS-avtalen artikkel 6 og ODA artikkel 3 nr. 2 og uttalt at det må tas «due account» til denne også ved fortolkning av EØS-retten.¹¹⁵³ EFTA-domstolen anser følgelig praksis fra Underretten som

¹¹⁵⁰ Jf. gjengivelsen av regjeringenes i *L'Oréal*, avsnitt 23.

¹¹⁵¹ En slik endring var forutsatt da det med Nicetraktaten ble tilføyd et nytt tredje ledd i EF-traktaten artikkel 225, men av ulike årsaker (kanskje særlig motstand fra EU-domstolen selv) har gjennomføringen strukket ut i tid, jf. nærmere om dette Broberg/Fenger 2010 s. 26 flg. Muligheten for å kanalisere foreleggelsessaker til Underretten er videreført ved det generelle hjemmelsgrunnlaget i TEUV artikkel 256 nr. 1 annet punktum, men det er lite som tyder på at noen endring er nært forestående.

¹¹⁵² Sak T-364/03, *Medici Grimm mot Rådet* («*Medici Grimm II*»), Sml. 2006 s. II-79 (avsnitt 92), under henvisning til sak T-7/99, *Medici Grimm mot Rådet* («*Medici Grimm I*»), Sml. 2000 s. II-2671.

¹¹⁵³ Sak E-2/94, *SSGA mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 1994-1995 s. 59 (avsnitt 13) og sak E-2/02, *Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung og Bellona mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 52 (avsnitt 40).

en relevant rettskilde, og det er da vanskelig å se hvorfor denne praksisen ikke også skulle være relevant i erstatningsrettslig sammenheng.

Hensynet til EU/EØS-rettsens effektivitet taler med styrke for å anse åpenbar tilside-settelse av Underrettens praksis som ansvarsbetingende. Rent faktisk viser statistikk fra Underretten at relativt få av dens avgjørelser ankes til EU-domstolen og, viktigere, at det bare et fåtall av ankene som fører frem.¹¹⁵⁴ I erstatningsrettslig sammenheng kan det argumenteres for at en EØS-stat som ikke innretter seg etter praksis fra Underretten, må bære konsekvensene dersom det i en senere erstatningssak viser seg at domstolene (det være seg EU-domstolen, EFTA-domstolen eller nasjonale domstoler) følger Underrettens rettsoppfatning.

Likevel er det heller ikke i erstatningsrettslig sammenheng grunnlag for å sidestille praksis fra Underretten og EU-domstolen. Tilsvarende som i tilfeller hvor Kommisjonen eller ESA gir uttrykk for staten overtrer sine EU/EØS-rettslige interesser (jf. punkt 7.7.5), må myndighetenes legitime interesse i å kunne holde fast ved den fortolkningen av EU/EØS-retten som de selv holder for riktig, tillegges vekt. Det er EU-domstolen som autoritativt fastlegger innholdet av gjeldende EU-rett og det følger av dette at statene ikke kan være forpliktet til å innrette seg etter en avgjørelse fra Underretten dersom de oppriktig mener deres innvendinger mot den ville føre frem i EU-domstolen. I erstatningsrettslig sammenheng tilsier dette at det i tilfeller av bevisst og overveid motstand bør utvises varsomhet med å tillegge Underrettens praksis en betydning som leder til at staten nærmest automatisk blir erstatningsansvarlig bare fordi EU-domstolen til syvende og sist avviser myndighetenes innvendinger mot Underrettens standpunkt. I slike tilfeller kan ikke tilsidesettelse av Underrettens praksis i seg selv være tilstrekkelig til å statuere ansvar.

7.7.7.10 *Uttalelser fra EU-domstolens generaladvokater*

Det er regelen snarere enn unntaket at EU-domstolens generaladvokater uttaler seg om spørsmål i sine innstillinger som domstolen selv lar ligge. Dersom en generaladvokat i et slikt tilfelle skulle gi uttrykk for en rettsoppfatning som tilsier at en EØS-stat ikke overholder sine EU/EØS-rettslige forpliktelser, oppstår spørsmålet om hvilken betydning dette kan ha for ansvarsvurderingen i en senere erstatningssak.

Det er foreløpig ingen eksempler fra EU-domstolen eller EFTA-domstolen hvor tidligere generaladvokatuttalelser er trukket inn i ansvarsvurderingen, men generaladvokat Kokott berørte problemstillingen i *Robins*. Saken handlet som nevnt om den britiske stats eventuelle erstatningsansvar for mangelfull gjennomføring av artikkel 8 i

¹¹⁵⁴ I 2011 ble 159 av i alt 534 avgjørelser anket (30 prosent). Samme år ble hele 101 av i alt 124 anker som EU-domstolen behandlet, forkastet, jf. nærmere EU-domstolens årsrapport 2011 s. 207-209.

EUs konkursgarantidirektiv (80/987/EØF). I en tidligere traktatbruddssak mot Italia hadde generaladvokat Lenz gitt uttrykk for det syn at det ikke var tilstrekkelig at statene sørget for en ordning med separate pensjonskasser som var beskyttet mot kreditorbeslag: Det måtte også sikres at pensjonskassene ble forsynt med tilstrekkelig med midler.¹¹⁵⁵ EU-domstolen uttalte seg ikke om dette spørsmålet i den etterfølgende dommen, men nesten 20 år senere dukket uttalelsen opp på ny i *Robins*, jf. følgende vurdering fra generaladvokat Kokott:

«Selv om Domstolen ikke uttalte sig nærmere om dette spørsmål i sin dom [i traktatbruddssaken mot Italia], ville man kunne argumentere med, at Det Forenede Kongerige allerede på grund af denne fortolkning i forslaget til afgørelse burde have indset, at artikel 8 i direktiv 80/987 kræver mere omfattende foranstaltninger. Det ville dog være overdrevet at udlede af en utilstrækkelig hensyntagen til et forslag til afgørelse, at den overtrædelse, lovgiveren har begået, er tilstrækkelig kvalificeret. For lovgiveren kan ikke ved at indgive en anmodning om præjudiciel afgørelse indhente Domstolens stillingtagen til et spørgsmål, som ganske vist er blevet behandlet af generaladvokaten, men ikke afgjort af Domstolen.»¹¹⁵⁶

Standpunktet er ikke særlig overraskende, men begrunnelsen er interessant fordi den bygger opp under oppfatningen av at det i erstatningsrettslig sammenheng må sees hen til statenes legitime interesser i å kunne holde fast ved den fortolkningen av EU/EØS-retten som de selv holder for riktig: Ettersom lovgiver ikke har mulighet til å innhente en autoritativ fortolkning fra EU-domstolen, kan ikke manglende etterlevelse av en generaladvokatuttalelse (som staten selv forutsetningsvis mener er uriktig), i seg selv lede til erstatningsansvar bare fordi det i ettertid viser seg at domstolene (det være seg EU-domstolen, EFTA-domstolen eller nasjonale domstoler) slutter seg til generaladvokatens oppfatning.¹¹⁵⁷ Samtidig er det ikke grunnlag for å frakjenne tidligere generaladvokatuttalelser enhver relevans – det riktige synes å være å behandle manglende etterlevelse av generaladvokatens uttalelser som et relevant, men altså ikke i seg selv avgjørende moment langs samme linjer som praksis fra Underretten (jf. punkt 7.7.7.9) og innsigelser fra Kommisjonen og ESA (jf. punkt 7.7.5.6).

Tysk rettspraksis inneholder flere eksempler på erstatningssaker hvor innstillinger fra ulike generaladvokater trekkes inn i ansvarsvurderingen, men da for å underbygge oppfatningen av at rettstilstanden ikke kunne anses som så klar at myndighetenes overtredelse var ansvarsbetingende, jf. for eksempel BGHs avgjørelser 22. januar 2009 i sak III ZR 233/07; 24. juni 2010 i sak III ZR 140/09 og 18. oktober 2012 i sak III ZR 196/11.

¹¹⁵⁵ Innstilling i sak 22/87, *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 1989 s. 143 (avsnitt 48-49).

¹¹⁵⁶ Innstilling i *Robins*, avsnitt 96 (fotnoter utelatt).

¹¹⁵⁷ For nasjonale domstoler stiller imidlertid dette seg ganske annerledes, noe som kan tilsi at foreleggelsesadgangen etter TEUV artikkel 267 og ODA artikkel 34 kan lede til et strengere ansvar i slike tilfeller, jf. antydningssvis generaladvokat Kokott i note 32 i hennes innstilling samt nærmere i punkt 7.11 nedenfor.

7.7.7.11 *Praksis fra EFTA-domstolen*

I EØS-rettslig sammenheng byr betydningen av EFTA-domstolens praksis på visse særlige utfordringer. I *Karlsson* forutsatte riktignok EFTA-domstolen selv klart nok at dens egen praksis må likestilles med praksis fra EU-domstolen,¹¹⁵⁸ noe som tilsier at åpenbar tilsidesettelse av EFTA-domstolens praksis i seg selv vil være ansvarsbetingende. Når dette likevel synes litt for enkelt, skyldes det særegenhetene knyttet til EFTA-domstolens posisjon i EFTA-pilaren i EØS.

Det kan synes nærliggende å drøfte den erstatningsrettslige betydningen av EFTA-domstolens praksis med utgangspunkt i den formelt sett rådgivende karakter av dens tolkningsuttalelser, jf. ODA artikkel 34.¹¹⁵⁹ Som påpekt i punkt 7.7.7.2 er det imidlertid etter min oppfatning ikke grunn til å sondre mellom traktatbruddsdommer og tolkningsuttalelser (eller en tolkningsuttalelses betydning i og utenfor den sak hvori den er innhentet) – det avgjørende for betydningen av EFTA-domstolens praksis er hele tiden EØS-avtalens overordnede homogenitetsmålsetting. Som en følge av denne, kombinert med EU-domstolens eksklusive kompetanse til å fastlegge innholdet av EU-retten, er det min oppfatning at det *i realiteten* er EU-domstolen som er den autoritative fortolker av det felles markedsregelverket også på EØS-rettens område.¹¹⁶⁰ Som EFTA-domstolen selv påpekte i *L'Oréal*: Dersom det i etterkant av en avgjørelse fra EFTA-domstolen viser seg at EU-domstolen har et annet syn på tolkningen av de aktuelle reglene, tilsier homogenitetsmålsettingen «an interpretation of EEA law in line with new case law of the ECJ regardless of whether the EFTA Court has previously ruled on the question» (avsnitt 29). I erstatningsrettslig sammenheng må dette ha til følge at selv et isolert sett åpenbart avvik fra EFTA-domstolens praksis ikke uten videre vil være ansvarsbetingende dersom myndighetene oppriktig mener at EU-domstolen vil komme til en annen løsning. Om EFTA-domstolens praksis har karakter av en traktatbruddsdom eller en tolkningsuttalelse, er i denne sammenheng uten betydning.

Fra norsk rettspraksis er erstatningssøksmålene i kjølvannet av EFTA-domstolens uttalelse i *Fokus Bank* illustrerende: I sakene *General Motors* og *Edquist* viste staten til etterfølgende avgjørelser fra EU-domstolens for å underbygge at bruddet på EØS-

¹¹⁵⁸ *Karlsson*, avsnitt 45, jf. avsnitt 40.

¹¹⁵⁹ Slik Stefansson 2005 s. 155 og Méndez-Pinedo 2009 s. 289

¹¹⁶⁰ Se nærmere Fredriksen 2010 s. 268 flg. og den etterfølgende replikkveksling mellom Rognstad og meg i Tidsskrift for Rettsvitenskap (Rognstad 2011 s. 658-668 og Fredriksen 2012 s. 333-341). Standpunktet er tatt ille opp av representanter for EFTA-domstolen, jf. særlig Baudenbacher 2012 s. 16-19 og Magnússon 2011 s. 507-534. Det kan ikke være påkrevd i herværende sammenheng å gå nærmere inn på dette.

retten ikke kunne være ansvarsbetingende.¹¹⁶¹ I *General Motors* gikk ikke tingretten inn på dette, men i *Edquist* uttalte Høyesterett følgende (avsnitt 112):

«Mens EFTA-domstolen slo fast at det ved beskatning av utgående utbytte ikke var relevant å ta hensyn til den skattekreditt som de utenlandske skattytere ble innrømmet i sine hjemland, synes EU-domstolen å se annerledes på dette. Både i dom 14. desember 2006 i *Denkavit*-saken (C-170/05) og i dom 8. november 2007 i *Amurta*-saken (C-379/05) legger domstolen til grunn at det er relevant å trekke inn den skattekreditt for kildeskatten som skattyteren oppnår i sitt hjemland. I sak C-487/08, *Kommisjonen mot Spania*, argumenterte kommisjonen for løsningen i EFTA-domstolens avgjørelse i *Fokus Bank*-saken, med direkte henvisning til denne avgjørelsen. I EU-domstolens dom i saken 3. juni 2010 opprettholdes imidlertid det som ble lagt til grunn i de tidligere avgjørelser.»

Høyesterett fulgte opp med å påpeke at det «med andre ord [må] forventes at EFTA-domstolen ikke ville kunne opprettholde synspunktene fra *Fokus Bank*-saken om en tilsvarende problemstilling skulle komme opp for domstolen på ny» (op.cit.).

Nyanseringen av den erstatningsrettslige betydningen av EFTA-domstolens praksis i forhold til EFTA-domstolens uttalelser i *Karlsson* må imidlertid ikke forstås slik at fravikelse av uønskede avgjørelser vil være uten erstatningsrettlige konsekvenser.

For det første må det kreves konkrete holdepunkter for myndighetenes oppfatning av at EFTA-domstolens praksis ikke kan anses som uttrykk for gjeldende EØS-rett. I praksis er dette først og fremst aktuelt dersom det er kommet til nyere rettspraksis fra EU-domstolen som tilsier at EFTA-domstolen ikke vil kunne opprettholde sitt tidligere standpunkt, jf. bl.a. *L'Oréal* og den ovenfor omtalte utviklingen i kjølvannet av *Fokus Bank*.¹¹⁶² Gjennom Rt. 2013 s. 258 *STX* har riktignok Høyesterett tilkjennegitt vilje til å fravike EFTA-domstolens syn også uten støtte i nyere praksis fra EU-domstolen. Det er imidlertid grunn til å fremheve at Høyesterett i dette tilfellet fremhevet at man fant støtte i de anførsler som EU-kommisjonen og ESA i sakens anledning hadde fremsatt for EFTA-domstolen (se avsnitt 102), noe som gjør saken nokså spesiell.

¹¹⁶¹ Jf. hhv. TOSLO-2007-81322 *General Motors* og, i siste instans, Rt. 2010 s. 1500 *Edquist*. I *General Motors* er statens anførsler på dette punkt gjengitt som følger av tingretten: «Et slikt tostatsperspektiv ble imidlertid ikke godtatt i *Fokus Bank*-saken, som er den første saken som direkte gjelder kildebeskatning av utbytte. I sak C-170/05 *Denkavit* og sak C-379/05 *Amurta*, som begge er avsagt etter *Fokus Bank*-saken, legger EFTA-domstolen imidlertid til grunn et modifisert tostatsperspektiv, og Norges tolking av regelverket kan derfor uansett ikke anses for åpenbart og grovt».

¹¹⁶² Ytterligere eksempler på tilfeller hvor nyere praksis fra EU-domstolen har ledet til at EFTA-domstolen har korrigert kursen er omtalt i *Fredriksen* 2009 s. 534 og s. 536 flg. Et tidlig eksempel på at Høyesterett signaliserte at man ville følge EU-domstolen i et slikt tilfelle gir den utførlige analysen av forholdet mellom EFTA-domstolens rådgivende uttalelse og EU-domstolens etterfølgende dom i Rt. 2000 s. 1811 [P] *Finanger I*.

For det annet er min oppfatning at en nasjonal domstol som heller mot å slutte seg til myndighetenes argumentasjon for å fravike en tidligere avgjørelse fra EFTA-domstolen, vil kunne pådra staten erstatningsansvar dersom den gjør dette uten å legge spørsmålet frem for EFTA-domstolen, jf. ODA artikkel 34. Dette innebærer ikke at jeg mener at det i slike tilfeller forligger en prosessuell plikt til å forelegge spørsmålet for EFTA-domstolen, men at foreleggelsesadgangens blotte eksistens som handlingsalternativ innebærer at en EFTA-stat hvis nasjonale domstoler åpent fraviker EFTA-domstolens praksis uten å innhente EFTA-domstolens syn på saken, selv må bære konsekvensene dersom det i ettertid viser seg at EFTA-domstolens opprinnelige standpunkt likevel var riktig (jf. nærmere om domstolsansvaret nedenfor under punkt 7.11).

7.7.7.12 Tidsaspektet i tilfeller hvor det blir klart at nasjonal rett er i strid med EØS-retten

Hvor ny rettspraksis fra EU-domstolene eller EFTA-domstolen gjør det klart at det foreligger et brudd på EU/EØS-rettslige forpliktelser, må myndigheter innrømmes en viss tid til å områ seg, jf. EFTA-domstolens standpunkt i *Karlsson* (avsnitt 45):

«The Court observes that generally where a judgment of the EFTA Court or the Court of Justice of the European Communities has clarified previously uncertain obligations under the EEA Agreement, the EEA States must be allowed a reasonable time to adjust their legislation without incurring liability (see, to that effect, *Haim*, at paragraph 46, *et al.*).»¹¹⁶³

EU-domstolen har så vidt vites ikke hatt foranledning til å gå inn på dette spørsmålet, men allerede i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* viste generaladvokat Tesauro til at manglende etterlevelse av avklarende rettspraksis ville være ansvarsbetingende «[s]åfremt staten ikke inden for en rimelig kort frist bringer den i mellomtiden fastslående overtrædelse til ophør» (avsnitt 82).¹¹⁶⁴ Dette er også, som den norske regjeringen påpekte i *Karlsson*,¹¹⁶⁵ i samsvar med artikkel 21 i WTO-avtalens vedlegg om tvisteløsning, som fastslår at avtalepartene må ha «a reasonable period of time» til

¹¹⁶³ Det er imidlertid ikke lett å følge EFTA-domstolens oppfatning i det siterte avsnittet av at EU-domstolens dom i *Haim II* gav støtte til denne oppfatningen. Verken i avsnitt 46 eller noe annet sted i denne dommen omtaler EU-domstolen tidsaspektet i tilfeller hvor ny rettspraksis fra gjør det klart at det foreligger et brudd på EU-rettslige forpliktelser. I avsnitt 46 påpekte EU-domstolen bare at rettsbruddet i *Haim II* inntraff før rettstanden ble klarlagt gjennom avgjørelsen *Vlassopoulou* fra 1991.

¹¹⁶⁴ Se også generaladvokat Mischos innstilling i sak C-160/01, *Mau mot Bundesanstalt für Arbeit*, [A5] Sml. 2003 s. I-4791 (avsnitt 57-58). Merk at EU-domstolen i *Hogan* uttalte at tolkningen av direktiv 8 i direktiv 2008/94 i hvert fall måtte anses avklart fra tidspunktet for dommen i *Robins* (se avsnitt 52), men ut fra sammenhengen kan det ikke antas at EU-domstolen med dette mente å gi uttrykk for at irske myndigheter kunne holdes erstatningsrettslig ansvarlig allerede fra denne dato. Verken de forelagte spørsmål eller saksforholdet gav noen foranledning til å gå inn på dette spørsmålet.

¹¹⁶⁵ Jf. Rettsmøterapporten, avsnitt 84.

å oppfylle avgjørelser fra WTO tvisteløsningspanel. På tilsvarende vis uttalte Court of Appeal i *Thin Cap* at det ville være «unreasonable not to allow the Government time to consider it [avgjørelsen *Lankhorst-Hohorst*] and the terms of remedial legislation, and if thought appropriate to consult with outside bodies, and time to bring the legislation before Parliament, before it could fairly be held to be in sufficiently serious breach for the purposes of the *Brasserie du Pêcheur* conditions». ¹¹⁶⁶

I tilfeller hvor statene innrømmes rimelig tid til å tilpasse lovgivningen, innebærer dette i realiteten en midlertidig suspensjon av den rettsbeskyttelse som erstatningsansvaret er ment å sikre. I tilfeller hvor den aktuelle EU/EØS-regel ikke er operativ i nasjonal rett (typisk fordi gjennomføringslovgivningen ikke har tatt høyde for den fortolkning som EU-domstolen eller EFTA-domstolen senere har kommet frem til), vil dette kunne frata EU/EØS-retten enhver virkning i påvente at påkrevde lovendringer. Og selv om den aktuelle EU/EØS-regel skulle være operativ i nasjonal rett (slik som EØS-avtalen artikkel 40 i *Edquist*), vil dette være til liten hjelp for private som ikke blir oppmerksomme på utviklingen i rettspraksis før etter utløpet av eventuelle klage- eller søksmålsfrister. I et slikt lys fremstår EFTA-domstolens uttalelser i *Karlsson* som for generelle – hensynet til effektiv beskyttelse av EU/EØS-rettslige rettigheter tilsier en konkret vurdering av om myndighetene faktisk kan unnskyldes bruddet som forårsaket skadelidtes tap med et reelt behov for tid til å områ seg.

I tilfeller hvor statens rolle er begrenset til å regulere privatrettslige forhold i samsvar med EU/EØS-rettslige føringer (slik som saksforholdet i *Finanger II*), synes det klart at lovgiver må innrømmes en viss tid for å tilpasse lovgivningen til utviklingen i rettspraksis – her er dette statens eneste handlingsalternativ. ¹¹⁶⁷ I offentligrettslige rettsforhold er imidlertid vurderingen langt vanskeligere. Trolig må det her sondres mellom tilfeller hvor EØS-stridig lovgivning leder til at forvaltningen treffer EØS-stridige avgjørelser og tilfeller hvor lovgivningen «bare» villeder private om deres rettigheter og plikter overfor det offentlige. I sistnevnte tilfelle representerer i utgangspunktet den midlertidige opprettholdelsen av den EØS-stridige lovgivning det eneste bruddet på EØS-avtalen, noe som tilsier at erstatningsansvar først vil være aktuelt dersom lovgivningen ikke endres innen «reasonable time». I vedtakstilfellene må imidlertid vurderingen bli en annen: Selv om lovgiver i et tilfelle som i *Edquist* må innrømmes en viss tid til å tilpasse skattelovgivningen til nye føringer fra EU-domstolen og/eller EFTA-domstolen, kan ikke dette bety at ligningsmyndighetene i mellomtiden kan fortsette å håndheve et EØS-stridig kildeskattregime som om ingen-

¹¹⁶⁶ [2011] EWCA Civ 127 (avsnitt 66).

¹¹⁶⁷ For ordens skyld påpekes det at dette selvsagt ikke gjelder for de nasjonale domstolene: De må umiddelbart gjøre sitt ytterste for å fortolke eksisterende lovgivning i overensstemmelse med ny praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen, jf. prinsippet om EU/EØS-konform fortolkning av nasjonal rett.

ting var hendt. Høyesterett var inne på dette da man påpekte at ansvarsvurderingen måtte knyttes til tidspunktet da ligningen for det enkelte år ble endelig: «Avklares det i tiden frem til dette tidspunkt på tilstrekkelig kvalifisert måte at tidligere praksis ikke kan opprettholdes, kan ligningen ikke gjennomføres uten å ta hensyn til dette» (avsnitt 94). Om ligningsmyndighetene skulle være i villrede i kjølvannet av en for dem uventet dom fra Luxembourg, synes det nærliggende å stille gjennomføringen av ligningen i bero i påvente av en avklaring fra lovgiverhold. Ligningsmyndighetene kan ikke godt unnsnippe erstatningsansvar for et i seg selv klart EØS-stridig vedtak bare fordi lovgiver bruker tid på å finne ut hvordan man mer generelt skal tilpasse lovgivningen til EØS-rettens krav. I tilfeller hvor det å stille behandlingen av en sak i bero ikke er noe reelt handlingsalternativ, vil imidlertid vurderingen kunne bli en annen.

Spørsmålet er så hva som er rimelig tid. Dette må bero på en konkret vurdering hvor det tas hensyn til hvor store endringer av nasjonal rett som synes påkrevd. Det er imidlertid grunn til å understreke at lojalitetsplikten nedfelt i TEU artikkel 4 nr. 3 og EØS-avtalen artikkel 3 klart tilsier at myndighetene avhjelper situasjonen så hurtig som overhodet mulig. Etter min oppfatning er det nærliggende å trekke en parallell her til EU-domstolens forventninger til medlemsstatenes oppfølging av en fellende dom i en traktatbruddssak. TEUV artikkel 260 setter ingen frist i slike tilfeller, men av EU-domstolens faste praksis følger det entydig at «hensynet til en øjeblikkelig og ensartet anvendelse af fællesskabsretten kræver, at denne opfyldelse iværksættes med øjeblikkelig virkning og gennemføres hurtigst muligt».¹¹⁶⁸

EFTA-domstolen la til grunn en tilsvarende fortolkning av ODA artikkel 33 i *Gullenke II*.¹¹⁶⁹ I dette tilfellet hadde det gått mer enn to år fra EFTA-domstolens dom i *Gullenke I*¹¹⁷⁰ og til utløpet av den siste oppfyllelsesfrist som ESA hadde satt i sin grunngitte uttalelse i den nye saken. Noe grensetilfelle var dette følgelig ikke. Det har noe større interesse at ESA i dette tilfellet vurderte den sendrektige oppfyllelsen av dommen som et brudd på ODA artikkel 33 drøyt et år etter at dommen falt, men i lys av redegjørelsen for hendelsesforløpet kan likevel heller ikke dette være avgjørende i erstatningsrettslig sammenheng. Av dommen fremgår det at det som i utgangspunktet fremstod som en enkel tilpasning av lovgivningen for Statens pensjonskasse for å sikre likebehandling av enker og enkemenn, trakk ut i tid og først ble gjennomført femten måneder etter dommen. Til tross for at det deretter viste seg at antall saker var nær dobbelt så stort som opprinnelig antatt (nærmere 3000 tilfeller) og at arbeidet med etterberegning av utestående pensjon var mer komplisert og arbeidskrevende enn for-

¹¹⁶⁸ Jf. for eksempel sak C-278/01, *Kommisjonen mot Spania*, [P] Sml. 2003 s. I-14141 (avsnitt 27). Se fra senere praksis for eksempel C-568/07, *Kommisjonen mot Hellas*, [A5] Sml. 2009 s. I-4505 (avsnitt 51).

¹¹⁶⁹ Sak E-18/10, *ESA mot Norge («Gullenke II»)*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 202 (avsnitt 29).

¹¹⁷⁰ Sak E-2/07, *ESA mot Norge («Gullenke I»)*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 280.

utsatt, ble det ikke satt inn ekstra ressurser for å få sakene unna. Om det ikke var for at lovendringene ble gitt tilbakevirkende kraft og at utbetalingene visstnok også inkluderer rentekompensasjon, ville bordet i dette tilfellet vært dekket for en rekke erstatningssøksmål mot staten.

Dersom man til sammenligning tar i betraktning den hurtighet som staten utviste ved oppfølging av EFTA-domstolens dom i den såkalte Hjemfallsrettssaken,¹¹⁷¹ kan det stilles spørsmålstejn også ved enkelte andre tilfeller hvor staten langt fra synes å ha hatt det særlig travelt. I Rt. 2008 s. 783 *KLM* gikk det eksempelvis mer enn femten måneder fra ESAs begrunnede uttalelse (som staten bøyde seg for) og til den EØS-stridige flyseteavgiften ble endret, noe Høyesterett imidlertid uten videre aksepterte under henvisning til at dette måtte tilskrives «treghet i systemet» (avsnitt 48). Av Finansdepartementets brev til ESA fremgikk det at årsaken var at man mente det, bl.a. av hensyn til Stortingets budsjettbehandling og flyselskapene selv (!), var uheldig å endre avgiftsreglene midt i regnskapsåret, noe som imidlertid vanskelig kunne rettfærdiggjøre en utsettelse på over ett år i ett tilfelle hvor staten i realiteten bare hadde ett handlingsalternativ (harmonisering av avgiftene for innenlandske og internasjonale flygninger) og hvor dette heller ikke gjorde det påkrevd med mer omfattende endringer eller tilpasninger av norsk rett.¹¹⁷²

For Høyesterett (og lagmannsretten) kom ikke spørsmålet om statlig erstatningsansvar for mangelfull gjennomføring av EØS-forpliktelser på spissen i *KLM*-saken fordi staten i ankeinstansene vedgikk at den aktuelle forordning var operativ i norsk rett. Tingretten vurderte imidlertid ansvarsspørsmålet i sin dom i saken 2. juli 2004, herunder også spørsmålet om Norges sendrekte reaksjon på ESAs henvendelser i seg selv var ansvarsbetingende. Tingretten avviste dette. Som det vil ha fremgått av drøftelsene ovenfor, er dette en vurdering jeg ikke deler.

I kjølvannet av EFTA-domstolens ansvarsvurdering i *Nguyen* aksepterte staten EU-domstolens dom i *Ferreira* som rettsavklarende. Under henvisning til kravet på rimelig tid til å bringe nasjonal rett i overensstemmelse med avklarende rettspraksis, erkjente staten deretter erstatningsansvar for trafikkofre som var tilkjent oppreisningserstatning etter trafikkulykker inntruffet etter 1. januar 2001, dvs. tre og en halv måned etter domsavsigelsen i *Ferreira* (14. september 2000). Dette skjæringstidspunktet sy-

¹¹⁷¹ Sak E-2/06, *ESA mot Norge («Hjemfall»)*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 164. Dom i saken forelå 26. juni 2007. Seks uker senere vedtok regjeringen en provisorisk anordning med umiddelbar ikrafttredelse som tok sikte på å bringe norsk rett i samsvar med EØS-retten (Provisorisk anordning 10. august 2007 nr. 949 om offentlig eierskap til vannkraften). I fortalet til anordningen begrunnes behovet for en rask inngripen bl.a. nettopp med Norge EØS-rettslige forpliktelse til «snarest mulig» å treffe de tiltak som er nødvendige for å oppfylle EFTA-domstolens avgjørelser.

¹¹⁷² Jf. redegjørelsen for forhistorien i Oslo tingretts dom i saken 2. juli 2004. ESA hadde opprinnelig satt en frist på tre måneder fra datoen for den begrunnede uttalelsen (20. desember 1999). Finansdepartementet mente imidlertid at endringene først burde foretas i anledning Stortingets behandling av statsbudsjettet for 2001. Avgiften ble likevel deretter endret først med virkning fra 1. april 2001 (altså midt i det påfølgende regnskapsår).

nes bedre i samsvar med lojalitetsplikten nedfeldt i EØS-avtalen artikkel 3 enn i *KLM*-saken, men det er grunn til å påpeke at det også her var snakk om et tilfelle hvor det var helt klart hva staten måtte foreta seg (opphøve bilansvarslovens unntak for oppreisningserstatning) og hvor dette heller ikke gjorde det påkrevd med mer omfattende endringer eller tilpasninger av norsk rett.

Da det senere i *Personskadeforbundet* ble slått fast at det alt etter EU-domstolens dom 28. mars 1996 i *Bernaldez* måtte anses som ansvarsbetingende å unnta oppreisningserstatning fra bilansvarslovens forsikringsdekning, var partene for Høyesterett enige om at skjæringstidspunktet kunne settes til 1. januar 1997 (se avsnitt 67). Etter min oppfatning ble staten med dette innrømmet en temmelig romslig frist for å innrette seg etter avklarende praksis fra EU-domstolen.

I tilfeller hvor det ikke er like entydig hvilke endringer av nasjonal rett som er påkrevd, vil statene måtte innrømmes noe lenger tid til å områ seg. Tilpasningen av engelsk skatterett i kjølvannet av *Lankhorst-Hohorst* er illustrerende: I ansvarsvurderingen i *Thin Cap* mente High Court at britiske skattemyndigheter måtte holdes erstatningsansvarlig fra tidspunktet for domsavsigelsen i *Lankhorst-Hohorst*,¹¹⁷³ men i Court of Appeal fant så vel flertall som mindretall at myndighetene måtte innrømmes rimelig tid til å områ seg og at tidsbruk på omkring femten måneder i det konkrete tilfelle var akseptabelt.¹¹⁷⁴ Mindretallet fremhevet at staten måtte ha muligheten «to conduct consultation with interested parties on the options for reforms available to it and to prepare legislative proposals and lay them before Parliament».¹¹⁷⁵

Spørsmålet om lovgivers oppfølging av EFTA-domstolens uttalelse i *Fokus Bank* havnet ikke på samme vis på spissen fordi Skattedirektoratet instruerte skattekontorene til å akseptere alle klager basert på EFTA-domstolens tolkning av EØS-avtalen artikkel 40 innen treårsfristen i ligningsloven § 9-6 nr. 2. En variant av problematikken dukket likevel opp i *General Motors*, hvor skattyter gjorde gjeldende at skattemyndighetenes oppfølging av *Fokus Bank* i en konkret klagesak trakk uttillatelig ut i tid.¹¹⁷⁶ Bl.a. som følge av Skattedirektoratets arbeid med generelle retningslinjer for håndtering av EØS-baserte refusjonskrav, ble kildeskatten først tilbakebetalt om lag to år etter at

¹¹⁷³ [2009] EWHC 2908 (Ch), avsnitt 337: «I have considered whether the commencement of the period of liability should be somewhat later, to allow time for the Revenue to have taken advice about the judgment and made a public announcement of its future policy. However, I do not consider an enquiry of that nature to be appropriate. The question is rather when the breach, viewed objectively, became sufficiently serious, taking account of 'all the factors which characterise the situation'. At least in the context of the present case, and the passive policy which the UK had adopted since 1995, it seems to me that the critical turning point was the ruling in *Lankhorst-Hohorst*, and that it would be potentially unfair to the claimants to prevent them from recovering damages from the moment when the law was clarified».

¹¹⁷⁴ [2011] EWCA Civ 127. jf. uttrykkelig mindretallet, Lady Justice Arden, i avsnitt 115 i.f.: «The period of 15 months or thereabouts between December 2002 and April 2004 does not seem to me to be excessive in the circumstances». Det følger forutsetningsvis av flertallets sammenfallende vurdering av ansvarsspørsmålet at de var av samme oppfatning.

¹¹⁷⁵ Ibid.

¹¹⁷⁶ Jf. Oslo tingretts dom 4. februar 2009 i saken *General Motors mot Staten v/Finansdepartementet* (TOSLO-2007-81322).

kravet om tilbakebetaling ble fremmet. Staten anførte at tidsbruken var rimelig omstendighetene tatt i betraktning. For tingretten var det ikke påkrevd å gå inn på spørsmålet – erstatningskravet ble avvist fordi saksøker ikke hadde påvist noe tap som oversteg det refunderte beløp. To års saksbehandlingstid kan ved første øyekast synes mye, men det må tas med i vurderingen at det nødvendigvis vil gå noe mer tid fra lovgiver endrer skattereglene for å oppfylle EØS-rettens krav og til skattemyndighetene får omsatt dette i konkrete klagesaker. Dersom lovgiver og sentrale skattemyndigheter gjør sin del av jobben hurtigst mulig, er det først fra dette tidspunkt det oppstår spørsmål om også forvaltningsapparatets oppfølging skjer med påkrevd hurtighet. Fra et EØS-rettslig perspektiv er det likevel grunn til å understreke at det må foretas en helhetlig vurdering av tidsforløpet, jf. eksempelvis EFTA-domstolens tilnærming *Gullenke II*. Dersom lovgivningsarbeidet strekker ut i tid, kan det derfor være påkrevd med ekstra ressurser for å få unna den etterfølgende oppfølging i forvaltningsapparatet.

En tidsmessig ramme for hva som kan anses som «rimelig tid» for tilpasning av nasjonal rett er det neppe mulig å gi. Det kan nevnes at WTO-avtalens tvisteløsningsregler opererer med femten måneder som veiledende,¹¹⁷⁷ men i EU/EØS-rettslig sammenheng synes det som nevnt mer nærliggende å se hen til EU-domstolens og EFTA-domstolens forventninger til statenes oppfølging av en fellende dom i en traktatbruddssak. Rettspraksis knyttet til TEUV artikkel 260 viser at EU-domstolen ikke opererer med tidsfrister, men snarere krever at medlemsstatene i hvert enkelt tilfelle «øyeblikkelig» iverksetter arbeidet med «hurtigst mulig» å bringe nasjonal rett i overensstemmelse med EU-rettens krav.¹¹⁷⁸ EU-domstolen er ikke blind for at avgjørelser som rokker ved sentrale deler av komplekse og sammenvevde nasjonale regler på et område kan tilsi at statene må gis en viss tid til å områ seg, men det er likevel klare grenser for hvor mye tid myndighetene kan kjøpe seg ved å vise til «alt henger sammen med alt» og at man derfor har funnet det påkrevd å nedsette en bredt sammensatt komité som skal snu hver stein på jakt etter en omforent løsning.¹¹⁷⁹ Det er meget mulig at ny rettspraksis fra EU-domstolen eller EFTA-domstolen utløser behov for en mer omfattende gjennomgang av nasjonal rett på det berørte område, men lojalitetsplikten nedfelt i TEU artikkel 4 nr. 3 og EØS-avtalen artikkel 3 tilsier i så fall at statene sørger for midlertidige tilpasninger som etterkommer EU/EØS-rettens krav i på-

¹¹⁷⁷ Artikkel 21 nr. 3 bokstav c i WTO-avtalens vedlegg om tvisteløsning (Vedlegg 2).

¹¹⁷⁸ Jf. for eksempel sak C-278/01, *Kommisjonen mot Spania*, [P] Sml. 2003 s. I-14141 (avsnitt 27) og sak E-18/10, *ESA mot Norge (Gullenke II)*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 202 (avsnitt 29).

¹¹⁷⁹ Jf. generelt sak C-407/09, *Kommisjonen mot Hellas*, [A5] Sml. 2011 s. I-2467 (avsnitt 36): «Som Domstolen gentagne gange har fastslået, kan en medlemsstat ikke påberåbe sig bestemmelser, former for praksis eller forhold i sin interne retsorden til støtte for, at forpligtelser i henhold til EU-retlige regler ikke overholdes». I samme dom påpekte EU-domstolen at de påkrevde lovendringene for å bringe gresk rett i overensstemmelse med EU-retten «ikke indebar nogen særlige vanskeligheder» (avsnitt 33). På denne bakgrunn kan det stilles spørsmål ved tyske BGHs dom 18. oktober 2012 i sak III ZR 196/11, hvor det ble lagt vekt på at pengespillfeltet i henhold til den tyske grunnloven hører under delstatene og at de hadde behov for tid til å koordinere de endringer i pengespilllovgivningen som var påkrevd for å bringe den i overensstemmelse med EU-retten (avsnitt 35).

vente av større reformer. Rettspraksis knyttet til TEUV artikkel 260 viser også at omstendelige nasjonale lovgivningsprosesser, interne politiske uenigheter, valg mv. ikke strekker til som unnskyldningsgrunner.¹¹⁸⁰ Dette må gjelde enn mer i de erstatningsrettslig relevante tilfellene, i det det jo her forusettingsvis er snakk om manglende oppfyllelse av en rettsstilstand som tillegger private konkrete rettigheter.

Det kan innvendes mot bruken av EU-domstolens praksis knyttet til TEUV artikkel 260 at de fleste traktatbruddssakene for mangelfull oppfyllelse av tidligere dommer gjelder tilfeller hvor en stat gjerne har latt det gå åresvis uten å foreta seg noe, jf. eksempelvis sak C-407/09, *Kommisjonen mot Hellas*, [A5] Sml. 2011 s. I-2467 (29 måneder); sak C-369/07, *Kommisjonen mot Hellas*, [SK] Sml. 2009 s. I-5703 (mer enn fire år); sak C-568/07, *Kommisjonen mot Hellas*, [A5] Sml. 2009 s. I-4505 (nesten 37 måneder), sak C-109/08, *Kommisjonen mot Hellas*, [A5] Sml. 2009 s. I-4657 (mer enn to år) og C-121/07, *Kommisjonen mot Frankrike*, [SK] Sml. 2008 s. I-9159 (mer enn ett år). Tilsvarende gjelder EFTA-domstolens dom i sak E-18/10, *ESA mot Norge (Gullenke II)*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 202 (mer enn to år). Dette er imidlertid en konsekvens av at Kommisjonen og ESA naturlig nok konsentrerer seg om slike særlig graverende tilfeller. Det interessante i her-værende sammenheng er snarere EU-domstolens og EFTA-domstolens generelle utsagn i dommene om statenes plikt til «øyeblikkelig» oppfyllelse av avsagte dommer, sammen med EU-domstolens ovenfor omtalte prinsipielle avvisning av ulike nasjonale unnskyldningsgrunner.

7.7.7.13 Avsluttende betraktninger

Oppsummeringsvis kan det være grunn til å påpeke at vurderingskriteriet åpenbar til-sidesettelse av rettspraksis («méconnaissance manifeste de la jurisprudence de la Cour») gir anvisning på en nokså mild vurdering av hvilke konsekvenser statene må trekke av EU-domstolens og EFTA-domstolens avgjørelser for å unngå å havne i ansvar. Om ansvaret på dette punkt kan karakteriseres som mildt eller strengt, beror likevel i noen grad på øynene som ser: Den foreliggende rettspraksis viser at EU-domstolen og EFTA-domstolen forutsetter at statene til en hver tid er à jour med relevant praksis fra Luxembourg, noe som i seg selv må betegnes som krevende nok.

En nokså spesiell, men likevel neppe helt upraktisk problemstilling er knyttet til upubliserte eller bare summarisk publiserte avgjørelser fra EU-domstolene som bare foreligger i fulltekst på fransk og prosessspråket i saken og som bare er tilgjengelig fra EU-domstolens hjemmeside på Internet. Antall avgjørelser om unntas fra fullverdig publisering i domssamlingen er stigende, noe som formentlig skyldes at dette sparer EU-domstolen for vesentlige kostnader knyttet til oversettelse av avgjørelsene. En nokså uheldig følge er at dette etter hvert også gjelder mer enn bare de helt opplagte sakene.¹¹⁸¹ Etter omstendighetene kan det derfor tenkes at en avgjørelse som er relevant for

¹¹⁸⁰ Jf. for eksempel sak C-407/09, *Kommisjonen mot Hellas*, [A5] Sml. 2011 s. I-2467 (avsnitt 36) og sak C-109/08, *Kommisjonen mot Hellas*, [A5] Sml. 2009 s. I-4657 (avsnitt 50).

¹¹⁸¹ Det er illustrerende at det i senere tid finnes en hel rekke eksempler fra så vel EU-domstolen som Underretten på saker hvor det i premissene vises til upubliserte eller summarisk publiserte avgjørelser som prejudikater for forståelsen av gjeldende EU-rett, jf. for eksempel sak C-413/08 P, *Lafarge mot Kommisjonen*, [A5] Sml.

vurderingen av om myndighetene har gjort seg skyldig i et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EØS-avtalen, bare er tilgjengelig på fransk og unntatt fra fullverdig publisering. Selv om hensynet til EU/EØS-rettens effektivitet isolert sett tilsier at statene ikke bør kunne unnskylde seg med at en rettsavklarende avgjørelse ikke er publisert og/eller tilgjengelig på annet enn fransk, synes det svært strengt med en erstatningsrettslig sanksjonert plikt til å ha full oversikt også over avgjørelser som EU-domstolen og Underretten selv ikke vurderer som viktige nok til å rettferdiggjøre oversettelse og offentliggjøring. Gitt at det (heldigvis) fremdeles er slik at langt de fleste av de avgjørelsene som kan karakteriseres som viktige, oversettes og offentliggjøres, vil det trolig ha nokså begrenset betydning for EU/EØS-rettens effektive gjennomslag i nasjonal rett at det ikke kreves at nasjonale myndigheter også er oppdatert med tanke på avgjørelser som gjøres til gjenstand for summarisk publisering. Dette samsvarer også mer generelt med de (sensitive) politiske hensyn som ligger til grunn for EU-domstolens språkregime: Bak reglene om at EU-domstolens avgjørelser som den klare hovedregel skal publiseres på samtlige av EUs offisielle språk,¹¹⁸² ligger en klar forventning om at avgjørelser som kan ha konsekvenser for den enkelte medlemsstat, foreligger på statens eget språk.¹¹⁸³ Slik sett er allerede den omstendighet at så vel EU-domstolen som Underretten viser til upubliserte eller summarisk publiserte avgjørelser som prejudikater for forståelsen av gjeldende EU-rett nokså problematisk, men det vil være enda mer problematisk om slike avgjørelser også skal kunne lede til at nasjonale myndigheter pådrar seg erstatningsansvar.

7.8 Andre momenter

7.8.1 Innledning

At EU-domstolens momentliste ikke er uttømmende, fremgår uttrykkelig av omtalen av den som «eksempler på de momenter, den kompetente rettsinstans i den forbindelse kan tage i betraktning»,¹¹⁸⁴ samt direktivet om å se hen til «alle momenter» i den foreliggende sak.¹¹⁸⁵ På tilsvarende vis har EFTA-domstolen gitt uttrykk for at nasjonale

2010 s. I-5361 (avsnitt 93); sak C-171/08, *Kommisjonen mot Portugal*, [A5] Sml. 2010 s. I-6817 (avsnitt 70); sak C-377/09, *Hanssens-Ensch mot EF*, [A5] Sml. 2010 s. I-7751 (avsnitt 19); sak C-399/08 P, *Kommisjonen mot Deutsche Post*, [A5] Sml. 2010 s. I-7831 (avsnitt 75); sak C-222/08, *Kommisjonen mot Belgia*, [A5] Sml. 2010 s. I-9017 (avsnitt 40, jf. 27); sak C-535/07, *Kommisjonen mot Østerrike*, [A5] Sml. 2010 s. I-9483 (avsnitt 56); sak C-276/09, *Everything Everywhere mot Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*, [A5] Sml. 2010 s. I-12359 (avsnitt 24); sak C-304/09, *Kommisjonen mot Italia*, [A5] Sml. 2010 s. I-13903 (avsnitt 32 og 37); sak C-20/09, *Kommisjonen mot Portugal*, [A5] dom 7. april 2011 (avsnitt 59), samt fra Underrettens praksis for eksempel sak T-181/08, *Tay Za mot Rådet*, Sml. 2010 s. II-1965 (avsnitt 183); sak T-387/07, *Portugal mot Kommisjonen*, Sml. 2011 s. II-903 (avsnitt 115) og sak T-386/06, *Pegler mot Kommisjonen*, Sml. 2011 s. II-1267 (avsnitt 120).

¹¹⁸² Jf. artikkel 40 i EU-domstolens rettergangsordning.

¹¹⁸³ Eller for EFTA-statenes vedkommende det av EUs offisielle språk som vedkommende stat har valgt å benytte overfor EU-domstolen (engelsk for Island og Norge, tysk for Liechtenstein).

¹¹⁸⁴ Jf. *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 55

¹¹⁸⁵ Se for eksempel *Haim II*, avsnitt 42; *Larsy*, avsnitt 39; *Evans*, avsnitt 86; *FII*, avsnitt 213; *Thin Cap*, avsnitt 119; *CFC*, avsnitt 122.

domstoler «must take into account all the factors that characterise the situation before it».¹¹⁸⁶ Disse formuleringene må imidlertid ikke forstås dit hen at «alt» er relevant. Tvert i mot viser gjennomgangen av EU-domstolens praksis at en lang rekke momenter *ikke* er relevante for ansvarsvurderingen, slik som eksempelvis den interne ansvarsdelingen mellom sentrale og lokale myndigheter, spørsmålet om bruddet må tilskrives den lovgivende eller den utøvende makt og unnskyldningsgrunner som omstendelige nasjonale lovgivningsprosesser, interne politiske uenigheter, nyvalg, ressursmangel mv. Siktemålet i det følgende er å drøfte nærmere på enkelte momenter som synes å være relevante i ansvarsvurderingen.

Flere av de momenter som omtales i det følgende kunne uten videre problemer vært innordnet under allerede omtalte momenter fra EU-domstolens momentliste (og da kanskje særlig under vurderingen av om en foreliggende rettsvillfarelse er unnskyldelig eller ikke). Systematikken i det følgende hviler på rent pedagogiske hensiktsmessighetsbetraktninger.

7.8.2 Den overtrådte EU/EØS-regelens formål

Den overtrådte EU/EØS-regelens formål er klart relevant også i ansvarsvurderingen. For direktiver og forordninger fremgår dette uttrykkelig av saker som *British Telecommunications*, *Brinkmann* og *Larsy*.¹¹⁸⁷ I *British Telecommunications* og *Brinkmann* kom det statenes til unnsetning at deres opptreden ikke var i åpenbar motstrid med direktivenes formål, mens det i *Larsy* ble vektlagt at forordningens formål tilsa at bruddet måtte karakteriseres som tilstrekkelig kvalifisert. I tråd med EU-domstolens praksis vektla også Høyesterett trafikkforsikringsdirektivens formål i *Finanger II*.¹¹⁸⁸

At formålsbetraktninger er relevante i vurderingen av om et rettsbrudd fremstår som åpenbart og grovt, er nokså selvsagt: I et tenkt tilfelle hvor ordlyden i en EU/EØS-rettslig bestemmelse åpner for ulike tolkningsalternativer, men hvor formålsbetraktninger etterlater liten tvil om hvilket som bør legges til grunn, vil dette kunne være ikke bare relevant, men også utslagsgivende for ansvarsvurderingen.

7.8.3 Myndighetenes beveggrunner

Mer usikkert er spørsmålet om *myndighetenes formål* med den opptreden som i ettertid viser seg å være rettsstridig, er av betydning.¹¹⁸⁹ *British Telecommunications* og *Brinkmann* gir visse holdepunkter for et bekreftende svar. Felles for disse sakene er at

¹¹⁸⁶ Jf. *Karlsson*, avsnitt 38 og *Nguyen*, avsnitt 33.

¹¹⁸⁷ *British Telecommunications*, avsnitt 43; *Brinkmann*, avsnitt 31; *Larsy*, avsnitt 46-47.

¹¹⁸⁸ *Finanger II*, avsnitt 82.

¹¹⁸⁹ For norske jurister gir problemstillingen unektelig visse assosiasjoner til Knophs «Hensiktens betydning for grensen mellom rett og urett» (Kristiania 1921).

myndighetene ikke på noe vis forsøkte å utnytte unntak i regelverket for å ivareta nasjonale særinteresser, men tvert i mot lojalt søkte å ivareta direktivenes formål.¹¹⁹⁰ På sett og vis kan man si at myndighetene opptrådte i det man oppfattet som *felleskapets interesse*. Når EU-domstolen akkurat i disse to tilfellene fant grunn til å påpeke at myndighetenes opptreden ikke var i åpenbar strid med direktivenes formål, kan dette leses som en anerkjennelse av myndighetenes beveggrunner som et relevant moment.

En viss støtte for en slik tolkning finnes i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, hvor EU-domstolen viste til statenes lojalitetsplikt som et sentralt hensyn ved fastlegging av ansvarsterskelen (avsnitt 39). Prinsippet om lojalt samarbeid tilsier en lempeligere ansvarsvurdering i tilfeller hvor myndighetene trår feil under et forsøk på ivaretagelse av fellesskapets interesser til forskjell fra tilfeller hvor myndighetene «bare» ivaretar nasjonale særinteresser. Lord Clyde var inn på dette i *Factortame* da han uttalte at «[i]f the purpose was to advance the interests of the Community a breach committed with that end in view might be seen as less serious than one committed with the purpose of serving merely national interests».¹¹⁹¹ Tilsvarende gjelder generaladvokat Geelhoeds innstilling i *Thin Cap*, hvor det ble vektlagt at Storbritannia hadde forsøkt å bringe de nasjonale skattereglene i overensstemmelse med EU-rettens krav.¹¹⁹²

EU-domstolens praksis knyttet til EUs eget erstatningsansvar inneholder flere eksempler hvor EU-institusjonenes beveggrunner trekkes inn i ansvarsvurderingen. Fra Underrettens praksis de senere år kan det for eksempel vises til *Sison II*,¹¹⁹³ mens det fra EU-domstolens praksis er grunn til å fremheve *Artegoda II*.¹¹⁹⁴ I *Sison II* fremhevet Underretten flere steder det aktverdige formålet med de rettsstridige handlinger (bekjempelse av internasjonal terrorisme) på et vis som tilsier at dette ble vektlagt i ansvarsvurderingen (se bl.a. avsnitt 62 og 73). I *Artegoda II* påpekte EU-domstolen at Kommisjonens beveggrunner da den trakk tilbake markedsføringstillatelsen for det aktuelle legemiddel var hensynet til folkehelsen, et hensyn som «uomtvistelig må tillægges større vekt end økonomiske overvejelser» (avsnitt 99).

Hensyntagen til myndighetene beveggrunner vil imidlertid kunne by på en rekke vanskelige grensetilfeller. I *Denkavit* opplyste eksempelvis tyske myndigheter at man hadde benyttet seg av unntaket i artikkel 3 nr. 2 i direktiv 90/435/EØF om felles beskatningsordning for mor- og datterselskaper for å hindre skatteunndragelser (avsnitt 30, jf. 51). Dette er et hensyn som uttrykkelig anerkjennes i artikkel 1 nr. 2, selv om

¹¹⁹⁰ Jf. nærmere omtalen av dommene ovenfor under punkt 7.7.3.2 og 7.7.3.3.

¹¹⁹¹ [1999] All ER 906, på s. 931.

¹¹⁹² Innstilling i *Thin Cap*, avsnitt 108.

¹¹⁹³ Sak T-341/07, *Sison mot Rådet (II)*, dom 23. november 2011.

¹¹⁹⁴ Sak C-221/10 P, *Artegoda mot Kommisjonen (II)*, [A5] dom 19. april 2012.

direktivets overordnede formål er å lette den skattemessige ordning for samarbeid over landegrensene. I ansvarsvurderingen vektla EU-domstolen «særlig» at direktivets artikkel 1 nr. 2 «udtrykkelig nævner hensynet til at hindre misbrug» (avsnitt 51).

På liknende vis anførte engelske myndigheter i *Norbrook Laboratories* at det var hensynet til folkehelsen som fikk dem til å kreve ytterligere dokumentasjon før man ville utstede markedsføringstillatelser til produsenter av veterinærmedisinske preparater (avsnitt 56-57). Dette er selvsagt et hensyn som EU/EØS-retten anerkjenner, men formålet med reglene om gjensidig anerkjennelse av markedsføringstillatelser bygger jo nettopp på en avveining (og dermed avgrensning) av dette hensynet opp mot hensynet til produsentene. Interessant nok fulgte ikke EU-domstolen i dette tilfellet eksemplene fra *British Telecommunications*, *Brinkmann* og *Denkavit* med å trekke forholdet mellom direktivenes formål og statenes opptreden inn i ansvarsvurderingen.

Tilnærmingen i *Denkavit* tilsier uansett at det ikke kan foretas noen rangering hvor interessen i et mest mulig effektivt og fritt indre marked anses overordnet de hensyn som EU/EØS-retten selv anerkjenner som egnet til å kunne rettferdiggjøre restriksjoner på markedsfrihetene. Av *Artogodan II* fremgår det tvert i mot at hensynet hensynet til folkehelsen må ha forrang. Utenfor faller i så fall bare hensyn som EU/EØS-retten ikke anser som legitime, slik som et ønske om å ivareta nasjonale (sær-)interesser på bekostning av EU-fellesskapets interesser.

Et tysk eksempel finnes i BGHs dom 22. januar 2009 i sak III ZR 233/07, hvor det tilsynelatende vektlegges i ansvarsvurderingen at myndighetenes formål med en panteordning som viste seg å være i strid med den frie vareflyten i henhold til TEUV artikkel 34, var miljøhensyn (og altså ikke proteksjonisme rettet mot bryggerier fra andre medlemsland).

Når den erstatningsrettslige betydningen av myndighetenes beveggrunner selv i slike tilfeller fremstår som høyst usikker, skyldes det at problemstillingen langt på vei bare er en variant av den underliggende avveiningen av hensynet til EU-rettens effektivitet og statenes legitime handlingsrom (se kapittel 3, punkt 3.4). Det er intet ved EU-domstolens uttrykkelig konsesjon til statenes handlingsrom i *Brasserie du Pêcheur/Factortam* som tilsier at dette avhenger av hvilke formål myndighetene forfølger. I mange tilfeller vil vel situasjonen være den at myndighetene utnytter det de oppfatter som EU/EØS-rettens grenser til å forfølge andre politiske målsettinger enn overordnede, felleseuropeiske interesser. Det er på sett og vis friheten til å gjøre nettopp dette som utgjør EØS-statenes handlefrihet på EU/EØS-rettens område. Og det vil da føre for langt å anvende lojalitetsprinsippet på en måte som reduserer det vern om handlefriheten som terskelen «tilstrekkelig kvalifisert brudd» er ment å sikre.

Alt i alt synes det vanskelig å komme særlig lenger enn til å hevde at det neppe kan være skjerpende i erstatningsrettslig sammenheng om offentlige myndigheter har forfulgt nasjonale interesser i et tilfelle hvor de oppriktig (om enn feilaktig) mener at

EU/EØS-retten åpner for dette, samtidig som det trolig er en relevant unnskyldningsgrunn dersom et brudd på en EU/EØS-regel skyldes at man på sett og vis har gått for langt i fellesskapets tjeneste i et forsøk på å realisere reglens overordnede formål.

7.8.4 Den overtrådte bestemmelsens tilblivelseshistorie

Det er fremdeles en nokså utbredt oppfatning i litteraturen at forarbeider fra EUs lovgivende organer ikke har noen plass i EU-domstolens tolkningslære.¹¹⁹⁵ Praksis fra EU-domstolen viser imidlertid at dette er en sannhet med betydelige modifikasjoner: Forarbeider trekkes i mange tilfeller inn i tolkningen av sekundærlovgivningen – om ikke for å avgjøre tolkningen så i det minste for å avvise tolkningsalternativer som forhistorien viser at EUs lovgivende institusjoner har vurdert, men forkastet.¹¹⁹⁶ I den utstrekning forarbeider er relevante i tolkningsomgangen, må dette klart nok gjelde tilsvarende for ansvarsvurderingen. Spørsmålet er imidlertid om ikke forarbeider og andre kilder som kan kaste lys over den overtrådte EU/EØS-regelens tilblivelseshistorie må tillegges *større* betydning i erstatningsrettslig sammenheng.

EU-domstolens uttalelser i *Denkavit* tilsier her et bekreftende svar.¹¹⁹⁷ I dette tilfellet argumenterte tyske myndigheter med at det ved vedtakelsen av det aktuelle direktiv hadde vært enighet i Rådet om «at anvende forholdsvis vage formuleringer for at gjøre det mulig at anlegge forskjellige fortolkninger afhængig af behovet i de nationale retsordener».¹¹⁹⁸ I tolkningsomgangen avviste EU-domstolen dette kontant under henvisning til borgernes mulighet til å forutberegne sin rettsstilling.¹¹⁹⁹ I den etterfølgende ansvarsvurderingen uttalte imidlertid domstolen følgende (avsnitt 51):

«Med hensyn til betingelsen i den foreliggende sag om, at den minimumsperiode, der er fastsat for besiddelse af kapitalandelen, skal være tilbagelagt, når skattefordelen ydes, bemærkes det, at den af Forbundsrepublikken Tyskland anlagte fortolkning deles af næsten alle andre medlemsstater, der har udnyttet beføjelsen til fravigelse. Efter det oplyste var disse medlemsstater efter de drøftelser, der havde fundet sted i Rådet, af den opfattelse, at de med føje kunne anlægge en sådan fortolkning.»

¹¹⁹⁵ Jf. i skandinavisk sammenheng for eksempel Neergard/Nielsen 2010 s. 119-124.

¹¹⁹⁶ Se fra den senere tid for eksempel sak C-310/08, *London Borough of Harrow mot Ibrahim*, [SK] Sml. 2010 s. I-1065 (avsnitt 47); sak C-480/08, *Teixeira mot London Borough of Lambeth*, [SK] Sml. 2010 s. I-1107 (avsnitt 58) og sak C-578/08, *Chakroun mot Minister van Buitenlandse Zaken*, [A5] Sml. 2010 s. I-1839 (avsnitt 62). Et ferskt eksempel fra EFTA-domstolens praksis gir sak E-17/11, *Aresbank mot Landsbankinn m.fl.*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 916 (avsnitt 56).

¹¹⁹⁷ Jf. også Fenger 2004 s. 957-958.

¹¹⁹⁸ Jf. gjengivelsen av anførselene i dommens avsnitt 28.

¹¹⁹⁹ *Denkavit*, avsnitt 29: «Meninger, medlemsstatene har givet udtryk for i Rådet, såsom dem, regeringerne har omtalt i deres indlæg, er uden juridisk betydning, når de ikke har fundet udtryk i retsreglerne. Retsreglerne rettes nemlig til borgerne, og borgerne skal kunne handle i tillid til deres indhold, hvilket er i overensstemmelse med retssikkerhedsprincippet.»

Ved første øyekast synes denne forskjellen mellom forarbeidenes relevans i tolkningsomgangen og i ansvarsvurderingen påfallende.¹²⁰⁰ Ved nærmere ettertanke er imidlertid dette en naturlig konsekvens av at EU-domstolen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* åpnet for det man betegnet som «visse ... subjektive momenter».¹²⁰¹ Dersom det først er relevant om staten eksempelvis er blitt villedet av en EU/EØS-institusjon (jf. punkt 7.7.6), så er det liten grunn til at det ikke også må være relevant om det var den overtrådte bestemmelsens tilblivelseshistorie som fikk myndighetene til å legge til grunn en tolkning som viste seg å være uriktig. Det kan selvsagt innvendes at drøftelsene i Rådet ikke er offentlige, men det er heller ikke nødvendigvis tilfelle med uttalelser fra en EU/EØS-institusjon som (med urette) gir myndighetene grunn til å tro at man oppfyller EU/EØS-rettens krav. EU/EØS-retten gir anvisning på en konkret ansvarsvurdering og det kan da ikke uten videre trekkes paralleller fra den generelle tolkningen av EU/EØS-retten (hvor forutberegnelighetshensynet tilsier at man må se bort fra uttalelser som ikke er offentlig tilgjengelige).

I EØS-rettslig sammenheng byr imidlertid EU-domstolens tilnærming i *Denkavit* på utfordringer. I visse tilfeller er det riktignok slik at EØS-komiteen vedtar særlige tilpasningstekster ved innlemmelse av ny sekundærrett i EØS-avtalen. Dersom det i ettertid skulle vise seg at norske myndigheter feiltolker en slik tilpasningstekst og derfor ender opp med å bryte EØS-rettslige forpliktelser, tilsier *Denkavit* at staten må kunne anføre som unnskyldningsgrunn eventuelle drøftelser i EØS-komiteen som måtte ha gitt opphav til villfarelsen. I langt de fleste tilfeller er imidlertid EØS-komiteens oppgave begrenset til å sørge for å oppdatere EØS-avtalen med nye EU-rettsakter. Det er vel ikke utenkelig at EUs representanter i EØS-komiteen kan viderebringe opplysninger fra lovgivningsprosessen i EU, men i de fleste tilfeller vil situasjonen være den at Norge og de øvrige EFTA-statene ikke har kjennskap til uttalelser som dem som EU-domstolen vektla i *Denkavit*.

Et første spørsmål som oppstår i denne sammenheng er om norske myndigheter i et slikt tilfelle kan påberope seg drøftelsene i Rådet som unnskyldningsgrunn. Til inntekt for et bekreftende svar kan det anføres at EFTA-statenes erstatningsansvar i motsatt fall vil være strengere enn EU-statenes i typetilfeller som *Denkavit*. Når svaret trolig likevel vil være benektende, skyldes det at drøftelsene i Rådet i slike tilfeller rent faktisk ikke vil ha bidratt til norske myndigheters rettsvillfarelse. Tilsvarende som i forhold til andre unnskyldningsgrunner som avvikende språkversjoner, villedende informasjon fra EU/EØS-institusjoner mv. må det i erstatningsrettslig sammen-

¹²⁰⁰ Jf. Tridimas 2006 s. 516: «This difference in treatment appears odd. If observations made in the Council cannot have any bearing on interpretation unless they are expressed in the legislation, neither should they be attributed any legal significance for the purpose of establishing the seriousness of the breach».

¹²⁰¹ *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 78, jf. avsnitt 56.

heng kreves årsakssammenheng mellom den unnskyldningsgrunn som gjøres gjeldende og myndighetenes rettsvillfarelse.

Omvendt kan det imidlertid spørres om EFTA-statene kan anføre manglende innsyn i EUs lovgivningsprosesser som unnskyldningsgrunn i tilfeller hvor for eksempel kjennskap til drøftelsene i Rådet ville være veiledende snarere enn villedende. Som påpekt av Backer innebærer EFTA-statenes manglende innsyn i den politiske behandling av ny sekundærrett at de ikke har førstehåndsinformasjon om hva som ligger bak det innhold og den endelige utforming som et direktiv (eller en annen rettsakt) får, samtidig som de heller ikke har mulighet til å konfrontere nasjonale løsninger med direktivets.¹²⁰² Fra EFTA-statenes perspektiv er dette unektelig en ulempe, men ut fra EØS-avtalens overordnede målsetting om ensartet beskyttelse av individuelle rettigheter er det vanskelig å se at dette kan rettferdiggjøre en svekkelse av erstatningsvernet i EFTA-pilaren. Satt på spissen er det vanskelig å akseptere at EFTA-statenes manglende innsyn i EUs lovgivningsprosesser skal gå ut over den erstatningsrettslige beskyttelse som tilbys markedsaktører som opererer i EFTA-pilaren. Et stykke på vei vil vel dessuten EFTA-statene kunne avhjelpe situasjonen gjennom kontakt med myndigheter i EUs medlemsstater, som jo har kjennskap til drøftelsene i Rådet.

7.8.5 Andre EØS-staters oppfatning

EU-domstolens praksis viser klart at det er relevant for ansvarsvurderingen dersom andre stater har oppfattet den overtrådte EU/EØS-regelen på samme feilaktige måte, jf. avgjørelsene *British Telecommunications*, *Denkavit* og *Brinkmann*.¹²⁰³ Norges Høyesterett la vekt på det samme i *Finanger II* og i *Edquist* og likeså Danmarks Høyesteret i saken *Paranova Danmark*.¹²⁰⁴

Engelske High Courts langt mer skeptiske tilnærming i *Byrne* har imidlertid krav på interesse i denne sammenheng:

«Finally in relation to the comparative study as to what other member states do, I consider that the fact that other member states may be in breach of their obligations to implement Directive 84/5

¹²⁰² Backer 2006 s. 261-262.

¹²⁰³ *British Telecommunications*, avsnitt 41; *Denkavit*, avsnitt 51; *Brinkmann*, avsnitt 31.

¹²⁰⁴ Jf. *Finanger II*, avsnitt 85, samt mindretallet i 127 og 136; *Edquist*, avsnitt 99 flg. og UfR 2007, 3124 H (på s. 3138-3139 fra landsrettens dom, som Høyesteret sluttet seg til). Et tysk eksempel finnes i BGHs dom 18. oktober 2012 i sak III ZR 196/11, hvor andre medlemsstaters innlegg for EU-domstolen i sak C-409/06, *Winner Wetten mot Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, [SK] Sml. 2010 s. I-8015 ble trukket inn som et argument for at det var unnskyldelig at tyske delstatsmyndigheter ikke på et tidligere tidspunkt hadde innsett at deres penge-spillmonopoler var i strid med TEUV artikkel 56. I *Personskadeforbundet* stilte derimot Høyesterett seg avvisende til statens henvisninger til hvordan andre medlemsstater (og Kommisjonen) hadde oppfattet EU-domstolens dom i *Bernáldez* (se avsnitt 67).

properly is not relevant to the question whether the United Kingdom is in breach. Furthermore, that fact does not seem to me to reduce the seriousness of the breach unless it could be said that the United Kingdom had relied, albeit mistakenly, upon the conduct of other member states as evidencing that a shorter time limit than the general limitation period was not contrary to the Directive. However, there is no evidence of any such reliance.»¹²⁰⁵

Oppfatningen av øvrige staters forståelse av direktivet som irrelevant med mindre de faktisk har bidratt til myndighetenes rettsvillfarelse er ikke umiddelbart lett å forene med EU-domstolen ovennevnte praksis – verken *British Telecommunications*, *Denkavit* eller *Brinkmann* synes å falle i denne kategorien. Sondringen mellom disse tilfellene og tilfeller hvor andre staters oppfatning først blir brakt på det rene i ettertid, må imidlertid likevel være prinsipielt riktig (jf. punkt 7.7.2). I førstnevnte typetilfelle er det spørsmål om villedning fra andre stater kan lede til at myndighetenes rettsvillfarelse er unnskyldelig, mens det i sistnevnte tilfelle er snakk om å trekke andre staters oppfatning inn som et «bevis» for at det foreliggende rettsbrudd ikke kan karakteriseres som åpenbart og grovt. Slik sett har henvisningene til andre staters forståelse *British Telecommunications*, *Denkavit* eller *Brinkmann* klare paralleller til Høyesteretts bruk av samtidig juridisk litteratur i vurderingen av utviklingen i EU-domstolens praksis i *Edquist* (jf. punkt 7.7.7.4).

Selv om High Courts uttalelser i *Byrne* fremstår som for kategoriske, bør det neppe tillegges særlig stor vekt om det i ettertid skulle være mulig å påvise at enkelte andre stater har oppfattet den overtrådte EU/EØS-regelen på samme feilaktige måte: Et brudd som i utgangspunktet fremstår som åpenbart og grovt, endrer ikke karakter bare fordi myndighetene i enkelte andre EØS-stater har gjort seg skyldig i samme villfarelse. Nå kan det innvendes at det verken i *British Telecommunications* eller *Brinkmann* var snakk om noen utbredt rettsvillfarelse statene imellom – i *British Telecommunications* var det opplyst at tre andre stater delte britiske myndigheters forståelse av direktivet, mens det i *Brinkmann* bare påpekes at finske myndigheter forstod direktivet på samme måte som den danske momsnemnden.¹²⁰⁶ Det fremgår imidlertid ikke av dommene hvilken vekt dette ble tillagt ved siden av andre momenter som uklar ordlyd og, kanskje særlig, opptreden i samsvar med det man oppfattet som direktivenes formål. Støtte for den oppfatning at det er av begrenset betydning om det i ettertid viser seg at en rettsvillfarelse deles av myndighetene i enkelte andre stater, er å finne i den omstendighet at momentet bare synes vektlagt av EU-domstolen i de tre nevnte sakene *British Telecommunications*, *Denkavit* og *Brinkmann*. I en lang rekke saker har følgelig EU-domstolen ment at den har alle nødvendige opplysninger for å ta stilling

¹²⁰⁵ [2007] EWHC 1268 (QBD, Flaux J), avsnitt 77. Dommen ble stadfestet av Court of Appeal, jf. [2008] EWCA Civ 574.

¹²⁰⁶ I *Denkavit* var derimot rettsvillfarelsen felles for nesten alle andre medlemsstater som hadde gjort bruk av unntaket i direktivets artikkel 3 nr. 2, se avsnitt 51 i dommen.

til ansvarsspørsmålet uten å vurdere om andre stater har oppfattet den overtrådte EU/EØS-regelen på samme feilaktige måte.

I *Finanger II* fremstår også Høyesterett som nokså avmålt da staten anførte at også andre stater hadde feiltolket motorvognforsikringsdirektivenes krav til forsikringsdekning – flertallet nøyde seg med å vise til EU-lovgiver i fortalen til det etterfølgende femte direktiv uttrykkelig tok avstand fra den tolkning av de tidligere direktivene som «nogle få medlemsstater» hadde lagt til grunn (avsnitt 90). Denne skepsisen er senere fulgt opp i *Personskadeforbundet* (avsnitt 66).

7.8.6 Den overtrådte regelens karakter

I tidligere rettspraksis knyttet til det daværende EFs eget erstatningsansvar ble det regelmessig vist til den overtrådte regelens karakter som et relevant moment i ansvarsvurderingen.¹²⁰⁷ I senere praksis, det være seg i søksmål rettet mot EU eller mot statene, er ikke dette momentet viet samme oppmerksomhet. I *Factortame* fremhevet riktignok EU-domstolen at den engelske lovgivningen utgjorde åpen diskriminering, men premissene antyder at det mer var det åpenbare i bruddet på diskrimineringsforbudet enn dette forbudets grunnleggende karakter som var utslagsgivende.¹²⁰⁸ I etterspillet i engelske domstoler ble imidlertid den overtrådte bestemmelsens grunnleggende karakter trukket frem – Court of Appeal gikk så langt som å hevde helt generelt at et brudd på «a fundamental principle of the Treaty ... almost inevitably [will] create a liability in damages».¹²⁰⁹ House of Lords gikk ikke like langt, men Lord Slynn of Hadely påpekte at det i den konkrete saken var snakk om «a ... fundamental provision of the Treaty».¹²¹⁰ Lord Hope tilføyde mer generelt at «the nature of the breach will always be a highly relevant factor in the assessment», noe Lord Clyde sluttet seg til ved å fremheve «the importance of the principle which has been breached» som «one of the most prominent» av momentene i ansvarsvurderingen.¹²¹¹

Støtte for oppfatning av den overtrådte EU/EØS-regelens karakter som et relevant moment i ansvarsvurderingen kan kanskje utledes av EU-domstolens forståelse av effektivitetsprinsippet som en skranke for statenes prosessuelle autonomi. En sentral avgjørelse her er *ECO Swiss*, hvor EU-domstolen trakk karakteristikken av EF-traktaten artikkel 81 [nå: TEUV artikkel 101] som «en grundlæggende bestemmelse,

¹²⁰⁷ Jf. for eksempel sak 238/78, *Ireks-Arkady mot EF*, Sml. 1979 s. 2955 (avsnitt 11); forente saker 241/78 m.fl., *DGV m.fl. mot EF*, Sml. 1979 s. 3017 (avsnitt 11); forente saker 261/78 m.fl., *Interquell Staerke-Chemie m.fl. mot EF*, Sml. 1979 s. 3045 (avsnitt 14) og forente saker 64/76 m.fl., *Dumortier m.fl. mot Rådet*, Sml. 1979 s. 3091 (avsnitt 11) (alle vedrørende den særlig viktige betydning av forbudet mot forskjellsbehandling i Roma-traktaten artikkel 40 annet ledd).

¹²⁰⁸ *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 61.

¹²⁰⁹ [1998] Eu L.R. 456.

¹²¹⁰ [1999] All ER 906, på s. 919.

¹²¹¹ *Ibid*, hhv. s. 927 og 931.

der er nødvendig for utførelsen af de opgaver, som er blevet overdraget til Fællesskabet, og navnlig for det indre markedes funktion» inn i vurderingen av hvilke forpliktelser nasjonale domstoler har til å overprøve en voldgiftsdom.¹²¹²

Fra skadelidtes ståsted kan det innvendes at det er lite rimelig om det kan innvendes mot et erstatningskrav at den overtrådte bestemmelsen som tillegger skadelidte rettigheter «bare» følger av et direktiv som i et overordnet EU-perspektiv kanskje ikke kan betegnes som særlig viktig. EU-domstolens funksjonelle tilnærming til erstatningsansvaret tilsier nok likevel at slike rimelighetsbetraktninger kan måtte vike dersom vektlegging av den overtrådte regelens «viktighet» bidrar til å sikre grunnleggende EU/EØS-regler større gjennomslag i nasjonal rett. Det vil imidlertid by på betydelige utfordringer å ta stilling til hvilke EU/EØS-regler som fortjener et særlig sterkt erstatningsrettslig vern – dette vil vel i noen grad avhenge av perspektivet. Satt på spissen: Er konkurransereglene i TEUV artikkel 101 og 102 «viktigere» enn sekundærlovgivningen på miljørettens område?

Dersom vektlegging av den overtrådte EU/EØS-regelens karakter forbeholdes traktatens grunnleggende regler om de fire friheter vil uansett den eventuelle betydning av dette trolig mer enn oppveies av de samme reglenes nokså ubestemte karakter og det skjønn de ofte overlater til statene. EØS-avtalen artikkel 40 kan tjene som eksempel på dette. Bestemmelsen nedfeller utgangspunktet om frie kapitalbevegelser og må nok slik, på samme vis som den tilsvarende bestemmelsen i TEUV artikkel 63, karakteriseres som «grunnleggende» og «viktig». Samtidig, som påpekt av Høyesterett i *Edquist*, følger det nettopp bestemmelsens «karakter av et overordnet prinsipp» at den «ikke inneholder noe konkret påbud som direkte relaterer seg til skatt, enn si under hvilke omstendigheter en beskatningsordning må anses som et uakseptabelt inngrep i den frie kapitalflyt» (avsnitt 110). Det er for øvrig også grunn til å merke seg at EU-domstolen verken i *FII, Thin Cap* eller *CFC* trakk den utvilsomt grunnleggende karakter av TEUV artikkel 63 inn i ansvarsvurderingen, likeså lite som det i tidligere avgjørelser som *Hedley Lomas* og *Köbler* ble påpekt at disse sakene omhandlet overtredelser av hhv. det grunnleggende forbudet mot kvantitative eksportrestriksjoner i det som nå er TEUV artikkel 35 og hovedregelen om arbeidskraftens frie bevegelighet i det som nå er TEUV artikkel 45. Alt i alt synes det derfor synes på sin plass å nedtone betydningen av den overtrådte EU/EØS-regelens karakter.

7.8.7 Den overtrådte regelens stilling i nasjonal rett

I forlengelsen av spørsmålet om den overtrådte bestemmelsens karakter kan det spørres om det er relevant for ansvarsvurderingen om bestemmelsen fyller vilkårene for

¹²¹² Sak C-126/97, *ECO Swiss mot Benetton*, [P] Sml. 1999 s. I-3055.

direkte virkning i EU-statene. Med et funksjonelt perspektiv på erstatningsansvaret kan det hevdes at behovet for erstatningsrettslig vern er mindre i tilfeller hvor prinsippet om direkte virkning er tilstrekkelig til å sikre reglene gjennomslag på nasjonalt plan. Heller ikke hensynet til skadelidte slår til med samme styrke dersom han har mulighet til å påberope seg EU/EØS-regelens direkte virkning.

Denkavit og *Köbler* er interessante i denne sammenheng ettersom EU-domstolen i begge disse sakene understreket at de overtrådte EU-reglene fylte vilkårene for direkte virkning, for deretter å konkludere med at overtredelsene ikke var tilstrekkelig kvalifiserte til å utløse erstatningsansvar.¹²¹³ Det fremgår ikke av premissene at det er noen sammenheng mellom disse to vurderingene, men det er ikke utenkelig at EU-domstolen i ansvarsvurderingen ser hen til om skadelidtes interesser allerede kan anses ivaretatt gjennom reglenes direkte virkning. Det er i det minste interessant hvordan EU-domstolen i *Köbler* fulgte opp konklusjonen om manglende ansvarsgrunnlag med en påpekning av at dette ikke fritok Østerrike fra de forpliktelser som domstolen tidligere i dommen hadde utledet av prinsippet om arbeidskraftens frie bevegelighet.¹²¹⁴ Det er, som påpekt av Eriksson, fristende «att spekulera om EG-domstolen hadde bedömt Verwaltungsgerichtshofs överträdelser hårdare, om Köbler på något sätt skulle ha varit avskuren från att åberope den direkte effekten av artikel 39».¹²¹⁵

Selv om det kanskje ikke kan utelukkes at EU-domstolen i praksis ser hen til skadelidtes interesser kan anses ivaretatt gjennom reglenes direkte virkning, er det likevel lite som tyder på at domstolen vil anerkjenne dette som et relevant hensyn. I *Brasserie du Pêcheur/Factortame* avviste domstolen statenes forsøk på å begrense erstatningsansvaret til tilfeller hvor ansvar var påkrevd for å sikre reglene gjennomslag i nasjonal rett.¹²¹⁶ EU-domstolens uttalte oppfatning av erstatningsansvaret som et selvstendig og uavhengig sanksjonsmiddel tilsier klart at ansvarsvurderingen ikke påvirkes av hvilke andre håndhevelsesmuligheter som står til skadelidtes disposisjon. Det er intet i de ovenfor omtalte dommene som tilsier at EU-domstolen mener at de overtrådte reglenes direkte virkning kan begrunne en mer lempelig ansvarsvurderingen. En avgjørelse som *Haim II* trekker nærmest i motsatt retning: EU-domstolen fremhevet her at den overtrådte bestemmelse var en traktatbestemmelse med direkte virkning på et vis som antydte at dette tilsa at overtredelsen var tilstrekkelig kvalifisert.¹²¹⁷ Også i *Fuß* og *Lindöpark* fremhevet EU-domstolen den direkte virkning av de overtrådte reglene,

¹²¹³ Jf. *Denkavit*, avsnitt 45, jf. 54 og *Köbler*, avsnitt 124-125.

¹²¹⁴ *Köbler*, avsnitt 125.

¹²¹⁵ Eriksson 2004 s. 211.

¹²¹⁶ Se avsnitt 22, jf. avsnitt 18.

¹²¹⁷ *Haim II*, avsnitt 45 sammenholdt med bruken av ordet «imidlertid» i avsnitt 46.

men fulgte dette opp med en helt selvstendig ansvarsvurdering hvor man gikk langt i å konkludere med at det også forelå erstatningsansvar.¹²¹⁸

I EØS-rettslig sammenheng leder EU-domstolens tilnærming på dette punkt til at man unngår vanskelige spørsmål om EØS-ansvarets forhold til fraværet av et EØS-rettslig prinsipp om direkte virkning som ville dukket opp dersom EU-domstolen skulle la ansvarsvurderingen avhenge av om den overtrådte regel fyller vilkårene for direkte virkning i nasjonal rett (se kapittel 3, punkt 3.2).

7.8.8 Betydningen av om skaden rammer en begrenset og klart definert gruppe

I tidligere rettspraksis knyttet til EFs eget erstatningsansvar inngikk spørsmålet om skaden hadde rammet en begrenset og klart definert gruppe av skadelidte i ansvarsvurderingen.¹²¹⁹ I følge Fenger skyldtes dette at ansvarsvurderingen ikke utelukkende hviler på effektivitetsbetraktninger, men også på «overvejelser vedrørende spesifikasjon og nærhed».¹²²⁰ I tilfeller hvor et rettsbrudd rammer en ubestemt krets av skadelidte, vil statuering av et potensielt meget omfattende offentlig erstatningsansvar kunne virke særlig avskrekkende på statenes lovgivningsvirksomhet.¹²²¹ Fenger må vel forstås slik at han mener at spørsmålet om en overtredelse rammer «en begrenset og klart definert gruppe» vil være relevant også ved ansvarsvurderingen for søksmål rettet mot statene, selv om han understreker at momentet «ikke [kan] gives prioritet i forhold til de øvrige ansvarsindikatorer».¹²²²

Selv om jeg deler Fengers oppfatning av «spesifikasjon og nærhed» som relevante momenter for vurderingen av medlemsstatenes erstatningsansvar, er det min oppfatning at dette bør holdes utenfor vurderingen av om det foreligger et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EU/EØS-retten. EU-domstolen har meg bekjent ikke ved noen anledning trukket spørsmålet om en overtredelse har rammet en begrenset og klart definert gruppe inn i vurderingen av *medlemsstatenes* erstatningsansvar. Senest etter samordningen av statenes og EUs erstatningsansvar i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Bergaderm* gjenfinnes heller ikke de tidligere uttalelsene i praksis knyttet til EUs eget ansvar.¹²²³ Som påpekt bl.a. av Anagnostaras synes ikke EU-domstolens tilnærming

¹²¹⁸ Fuß, avsnitt 35, jf. avsnitt 53 flg.; Lindöpark, avsnitt 35, jf. avsnitt 40 flg.

¹²¹⁹ Se for eksempel sentrale dommer som sak 238/78, *Ireks-Arkady mot EF*, Sml. 1979 s. 2955 (avsnitt 11); forente saker 241/78 m.fl., *DGV m.fl. mot EF*, Sml. 1979 s. 3017 (avsnitt 11); forente saker 261/78 m.fl., *Interquell Staerke-Chemie m.fl. mot EF*, Sml. 1979 s. 3045 (avsnitt 14) og forente saker 64/76 m.fl., *Dumortier m.fl. mot Rådet*, Sml. 1979 s. 3091 (avsnitt 11).

¹²²⁰ Fenger 2004 s. 966.

¹²²¹ Jf. Fenger 2004 s. 962.

¹²²² Jf. Fenger 2004 s. 966-967.

¹²²³ Det kan hevdes at endringen på dette punkt skjedde allerede i forente saker C-104/89 og C-37/90, *Mulder m.fl. mot Rådet og Kommisjonen (dom nr. 1)*, Sml. 1992 s. I-3061, jf. nærmere Aalto 2011 s. 90.

til vurderingskriteriet «tilstrekkelig kvalifisert brudd» å etterlate noen plass til en vurdering av gruppen av skadelidte.¹²²⁴

Dette innebærer likevel ikke at vurderingen av om et rettsbrudd rammer en ubestemt krets av skadelidte eller en begrenset og klart definert gruppe er uten erstatningsrettslig relevans, men dette er et moment som EU-domstolen nå ivaretar gjennom den rettslige avgrensning av årsakssammenhengen (jf. kapittel 8). Dette synes også langt på vei tilstrekkelig for å beskytte statene mot overveldende erstatningskrav fra en helt ubestemt krets av skadelidte, noe som av systematiske og pedagogiske årsaker i seg selv er et argument for at spørsmålet om skaden rammer en begrenset og klart definert gruppe ikke også bakes inn i vurderingen av om den aktuelle overtredelse av EU/EØS-retten fremstår som tilstrekkelig kvalifisert.

7.8.9 Betydningen av om konsekvensene av rettsbruddet overstiger forretningslivets risiko

Et annet sentralt moment i tidligere rettspraksis knyttet til EFs erstatningsansvar var om konsekvensene av rettsbruddet oversteg den risiko som markedsaktører som skadelidte generelt måtte avfinne seg med på det aktuelle området.¹²²⁵ Som påpekt av generaladvokat van Gerven i hans innstilling i *Mulder* er dette et moment som relaterer seg til den lidte skade snarere enn til selve rettsbruddet.¹²²⁶ I sin praksis integrerte likevel EU-domstolen dette i vurderingen av om det forelå et ansvarsgrunnlag.¹²²⁷ Under henvisning til behovet for samordning av statenes og EUs erstatningsansvar har Fenger tatt til orde for at spørsmålet om tapet rammer særlig intensivt også vil være relevant ved vurderingen av statenes erstatningsansvar.¹²²⁸ EU-domstolen synes imidlertid å ha valgt den motsatte løsning: Etter samordningen av statenes og EUs erstatningsansvar i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Bergaderm* gis det heller ikke i saker som gjelder EUs eget ansvar lenger anvisning på noen vurdering av om tapet overskrider den risiko som markedsaktører generelt må avfinne seg med. EU-domstolens tilnærming til vurderingskriteriet «tilstrekkelig kvalifisert brudd» synes ikke å etterlate noen plass til en slik vurdering.¹²²⁹ Dette betyr likevel ikke nødvendigvis at EU/EØS-ansvaret ikke gir rom for å se hen til den risiko som aktører på markedet generelt må leve med, men dette spørsmålet må etter mitt skjønn nå vurde-

¹²²⁴ Anagnostaras 2008 s. 594. Se også Gutman 2011 s. 710-711.

¹²²⁵ Foruten dommene omtalt innledningsvis i det foregående punkt kan det her særlig vises til forente saker 83/76 m.fl., *HNL m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1978 s. 1209.

¹²²⁶ Innstilling i forente saker C-104/89 og C-37/90, *Mulder m.fl. mot Rådet og Kommisjonen (dom nr. 1)*, Sml. 1992 s. I-3061 (avsnitt 16).

¹²²⁷ Jf. Tridimas 2006 s. 484.

¹²²⁸ Fenger 2004 s. 965.

¹²²⁹ Jf. Anagnostaras 2008 s. 594.

res som ledd i EU/EØS-rettens skranker for adgangen til rettslig avgrensning av årsakssammenhengen (jf. kapittel 8, punkt 8.4.7).

De lege ferenda kan det argumenteres godt for at EU-domstolen *burde* gjennomføre betraktninger om forretningslivets risiko som et relevant momen i ansvarsvurderingen fordi dette ville gi domstolen et egnet verktøy for å differensiere erstatningsvernet avhengig av om skadelidte er en profesjonell markedsaktør eller en ganske alminnelig privatperson (jf. noe nærmere i kapittel 12).

7.8.10 Betydningen av de påregnelige konsekvensene av rettsbruddet

Med utgangspunkt i nasjonal erstatningsrett er det nærliggende å spørre om ikke også de påregnelige konsekvensene av det offentliges opptreden i strid med EU/EØS-rettslige føringer må være relevant for ansvarsvurderingen. Under culpanormen vil jo skadelidtes kjennskap ikke bare til risikoens eksistens, men også til dens art og grad være høyst relevant.¹²³⁰ I EU/EØS-rettslig sammenheng er det ingen eksempler på at EU-domstolen eller EFTA-domstolen har vektlagt de påregnelige konsekvensene av rettsbruddet, men det kan likevel argumenteres for at dette vil være relevant i vurderingen av om en rettsvillfarelse på det offentliges hånd fremstår som unnskyldelig. Dette synes i hvert fall å være oppfatning i engelsk rett. I *Factortame* trakk House of Lords de konsekvenser som myndighetene måtte forstå at de innførte kravene til nasjonalitet, fast opphold og bopel i Storbritannia ville få for utenlandske eiere av fiskefartøyer, inn i vurderingen av om bruddet kunne karakteriseres som tilstrekkelig kvalifisert.¹²³¹ Lord Hope of Graighead betegnet de påregnelige følgene som «serious and irreparable» og uttalte at:

«This potential for obvious and immediate damage leads naturally to the conclusion that, even though the government was acting in good faith, this was a serious breach and that the respondents ought to be entitiled to compensation ...».¹²³²

Tilnæringen i *Factortame* er fulgt opp av engelske domstoler i senere saker, noe som bl.a. kommer til uttrykk i Court of Appeals ansvarsvurdering i *Byrne*. Under henvisning til at «[i]t should ... have been clear that failure to remedy the defect would cause serious prejudice to a significant group of potential claimants», oppsummerte Lord Carnwath som følger:

¹²³⁰ Jf. for norsk retts vedkommende for eksempel Nygaard 2007 s. 188 flg.

¹²³¹ [1999] 4 All ER 906, bl.a. s. 923 (Lord Slynn of Hadely).

¹²³² [1999] 4 All ER 906, s. 927-928. Lord Hope of Graigheads votum fikk uttrykkelig tilslutning fra to av de øvrige dommerne og det er heller ikke noe som tyder på at ikke også først- og femtevoterende delte hans oppfatning på dette punkt.

«In the present case the important points to my mind are three-fold: the relative precision of the requirement, following Evans; *the serious consequences of failure to comply*; and the clear warning given in Evans of the need to make the comparison.»¹²³³

Mot vektleggingen av de påregnelige konsekvensene i *Byrne* er det lite å innvende. Forholdet i denne saken var at transportdepartementet ikke hadde vært tilstrekkelig aktpågivende i sin vurdering av den britiske gjennomføringen av annet motorvognforsikringsdirektiv, særlig i lys av EU-domstolens uttalelser i *Evans*. Selv om det er min oppfatning at engelske domstoler i dette tilfellet stilte i overkant strenge krav til prosessen som ledet til mangelfull gjennomføring, må det generelt være riktig å trekke de påregnelige konsekvensene av bruddet inn i vurderingen av hvor grundige vurderinger som må kreves: Dersom følgene av et brudd vil være særlig store, må det kreves at myndighetene utreder forholdet til EU/EØS-retten grundigere enn ellers før de kan høres med at en eventuell rettsvillfarelse fremstår som unnskyldelig.

Derimot er det grunn til å stille spørsmål ved House of Lords' tilnærming i *Factortame*.¹²³⁴ I dette tilfellet var britiske myndigheter meget vel oppmerksomme på forholdet til EU-retten og det var ikke grunnlag for å kritisere dem for ikke å ha brukt tid og ressurser på å utrede dette grundig. Forholdet var snarere at myndighetene, med støtte i flere eksterne ekspertutredninger, oppriktig mente at den nye fiskerilovgivningen var forenlig med EU-retten. At man var oppmerksom på risikoen for at EU-domstolen ville vurdere dette annerledes, ligger i sakens natur. Som påpekt ovenfor i punkt 7.7.5.6 er det imidlertid usikkert hvilken betydning dette kan tillegges i ansvarsvurderingen. Som antydnet er det min oppfatning at kjennskap til risikoen for å trå feil når man beveger seg i EU/EØS-rettens grenseland bør kunne tillegges en viss, men likevel bare temmelig begrenset vekt. Dette må gjelde tilsvarende for myndighetenes kjennskap til at den opptreden som de oppriktig mener EU/EØS-retten gir rom for, vil komme til å påføre private betydelige tap. Det må minnes om at EU-domstolen ikke i noe tilfellet har gått inn på dette spørsmålet, selv ikke i saker hvor de påregnelige konsekvensene av medlemsstatens brudd fremstod som meget store for skadelidte.

Nå er intet til hinder for at engelske domstoler til skadelidtes gunst tillegger de påregnelige konsekvensene av et eventuelt brudd større vekt enn EU/EØS-rettslig påkrevd. Det er imidlertid ingen holdepunkter verken i *Factortame* eller *Byrne* for at engelske domstoler her har ment å statuere et strengere ansvar enn det EU-domstolens praksis gir anvisning på.

¹²³³ [2008] EWCA Civ 574, avsnitt 45 (min kursivering).

¹²³⁴ Det kan være grunn til å påpeke at innvendingene mot *Factortame* her er begrenset til House of Lords' vektlegging av de påregnelige konsekvensene av rettsbruddet og ikke den etter min oppfatning klart riktige vurderingen av bruddet som ansvarsbetingende.

7.9 Kumulasjon av flere rettsbrudd

Et særskilt spørsmål som fortjener omtale er muligheten for kumulasjon av flere rettsbrudd som hver især ikke fremstår som tilstrekkelig kvalifiserte. I norsk sammenheng er det som kjent sikker rett at det offentlige etter skadeserstatningsloven § 2-1 svarer for summen av eventuelle småfeil som har forårsaket en skade dersom «de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller skaden» samlet sett ikke er innfridd.¹²³⁵ En avgjørelse som tilsier et bekreftende svar også i EU/EØS-rettslig sammenheng er *Scan Office Design*, hvor Underretten påpekte at Kommisjonen hadde begått en «række alvorlige fejl, som hver især eller *i hvert fald tilsammen* må anses for at opfylde den første af de tre betingelser, der er nødvendige for, at Fællesskabet kan ifalde ansvar uden for kontrakt».¹²³⁶ I *MyTravel* viste saksøkerne til disse uttalelsene og argumenterte for at det samlet sett forelå et tilstrekkelig kvalifisert brudd også i deres tilfelle. Underretten avviste dette, men stadfestet samtidig implisitt at det i tilfeller av flere småfeil må foretas en samlet vurdering.¹²³⁷ Tilsvarende uttalelser finnes foreløpig ikke i praksis fra EU-domstolen eller EFTA-domstolen knyttet til EØS-statenes erstatningsansvar, men i *Evans* uttalte generaladvokat Alber at ansvarsspørsmålet berodde på «om de markerede tilsidesættelser af fællesskabsretten hver for sig eller taget under ét udgør en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse».¹²³⁸ Denne uttalen må trygt kunne legges til grunn som uttrykk for gjeldende EU/EØS-rett.

Her som ellers er det imidlertid en forutsetning at feil som kumuleres i en samlet vurdering, faktisk har bidratt til det rettsbrudd som har påført skadelidte det tap som kreves erstattet.¹²³⁹ Et uproblematisk eksempel er forvaltningsorganet som gjør seg skyld i flere mindre brudd på EU/EØS-rettslige saksbehandlingsregler på veien frem mot et vedtak som også er materielt EU/EØS-stridig – om nødvendig må saksbehandlingsfeilene hensyntas i vurderingen av om sistnevnte utgjør et tilstrekkelig kvalifisert brudd.¹²⁴⁰ Tilsvarende gjelder tilfeller som *Scan Office Design*, hvor Kommisjonen hadde gjort seg skyld i en rekke brudd på anskaffelsesregelverket i form av aksept av for sent innkommet bud fra en konkurrent, manglende oversendelse av anbudsdokumenter, flere feil knyttet til vurderingen av anbudene og aksept av et tilbud som ikke fylte kravene i konkurransegrunnlaget. Uproblematisk er også et tilfelle som *MyTravel*, hvor Kommisjonen i sin vurdering av en fusjon hadde begått flere saksbehand-

¹²³⁵ Jf. nærmere Nygaard 2007 s. 247-248. Se fra rettspraksis de senere år særlig Rt. 2012 s. 146 (kommunalt erstatningsansvar for kumulative feil knyttet til mobbing i skolen).

¹²³⁶ Sak T-40/01, *Scan Office Design mot Kommisjonen*, Sml. 2002 s. II-5043 (avsnitt 107) (min kursivering).

¹²³⁷ Sak T-212/03, *MyTravel Group mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-1967 (avsnitt 95).

¹²³⁸ Innstilling i *Evans*, avsnitt 154 (min kursivering).

¹²³⁹ Jf., for norsk retts vedkommende, Nygaard 2007 s. 247.

¹²⁴⁰ I praksis kan dette gjøres ved å trekke saksbehandlingsfeilene inn i vurderingen av om den materielle rettsvillfarelsen fremstår som unnskyldelig.

lingsfeil, foretatt en feilaktig bedømmelse av faktum og gjort seg skyld i flere feil knyttet til vurderingen av fusjonens innvirkning på konkurransen på det indre marked.

Derimot er det ikke rom for kumulasjon av flere rettsbrudd dersom myndighetenes opptreden hviler på *alternative hjemmelsgrunnlag* som alle viser seg å være uforenlige med EU/EØS-retten. Dette kan illustreres med saksforholdet i *Brasserie du Pêcheur*, hvor det var to (uavhengige) traktatbrudd fra tyske myndigheter som ledet til at det franske bryggeriet så seg tvunget til å innstille eksporten av øl til Tyskland: Dels det tyske forbudet mot å markedsføre øl som ikke var brygget i samsvar med den tyske ølloven som «Bier» og dels forbudet mot import av øl tilsatt tilsetningsstoffer. I ansvarsvurderingen påpekte EU-domstolen at det måtte sondres mellom de to bruddene – en tilnærming som også ble fulgt opp av BGH i den avsluttende dom i saken.¹²⁴¹ Verken EU-domstolen eller BGH synes å ha vært inne på den tanke at det var rom for noen samlet vurdering av om de to bruddene *sammen* utgjorde et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EU-retten.

Noe annet er den omstendighet at flere feil ved gjennomføringen av et direktiv kan vise at staten ikke har opptrådt forsvarlig ved gjennomføringen, noe som vil være relevant for vurderingen av om det konkrete brudd som har forårsaket et tap kan betegnes som tilstrekkelig kvalifisert. De øvrige brudd kommer imidlertid da bare indirekte inn i vurderingen av om det brudd som har forårsaket skadelidtes tap er ansvarsbetingende.

7.10 Ansvarsvurderingen ved manglende gjennomføring av direktiver og forordninger

Helt siden *Francovich* har det vært en utbredt oppfatning at oversittelse av fristen for gjennomføring av direktiver uten videre er ansvarsbetingende.¹²⁴² EU-domstolen bekreftet dette i *Dillenkofer*, hvor det under henvisning til *Francovich* ble uttalt at når en stat «ikke trækker nogen af de foranstaltninger, der er nødvendige for at nå det mål, der tilsigtes med et direktiv, inden for den i direktivet fastsatte frist, overskrider den ... åbenbart og groft grænserne for sine beføjelser» (avsnitt 26). Denne uttalelsen er senere stadfestet i *Brinkmann* (avsnitt 28). I et slikt tilfelle er det derfor ikke påkrevd med noen nærmere vurdering av ansvarsspørsmålet.¹²⁴³

At en EØS-stat som ikke foretar seg noe som helst for å gjennomføre en direktivbestemmelse gjør seg skyldig i et ansvarsbetingende brudd på EU/EØS-retten, er knapt

¹²⁴¹ Jf. hhv. *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 59 og BGHZ 134 s. 30. BGHs avsluttende dom i saken er omtalt nærmere i kapittel 8, punkt 8.5 i.f.

¹²⁴² Jf. bl.a. Biondi/Farley 2009 s. 43, som omtaler dette som en egen kategori «where liability is automatically established».

¹²⁴³ Slik også generaladvokat Six-Hackls innstilling i *Paul*, avsnitt 104.

overraskende. Hvor praktisk dette er, beror imidlertid på den nærmere forståelse av forutsetningen i *Dillenkofer* om at myndighetene ikke har truffet «nogen ... foranstaltninger». Det er nemlig ikke slik at direktivgjennomføring nødvendigvis krever lovendringer. I en del tilfeller vil «gjennomføringen» bare bestå i at myndighetene konstaterer at nasjonal rett allerede antas å oppfylle de krav som følger av nye direktiver.¹²⁴⁴ Dersom myndighetene rent faktisk har foretatt en slik vurdering, synes dette tilstrekkelig til å løfte saken ut av kategorien unnlatt/forsinket gjennomføring og over i kategorien mangelfull gjennomføring, med den følge at det må foretas en alminnelig vurdering av om rettsvillfarelsen knyttet til fortolkningen av direktivet er av en slik karakter at bruddet fremstår som tilstrekkelig kvalifisert.¹²⁴⁵

Et illustrerende eksempel fra EU-domstolens praksis er *Evans*, hvor britiske myndigheter hadde antatt at den voldgiftsordning som eksisterte for tvister mellom den britiske trafikksforsikringsforeningen og trafikkskadeholdere var i samsvar med EU-rettens krav. Ordningen ble derfor ikke endret da annet motorvognforsikringsdirektiv ble gjennomført i engelsk rett. EU-domstolen anerkjente uttrykkelig at slik konstatering av rettsharmonisk kunne være tilstrekkelig gjennomføring dersom de eksisterende nasjonale reglene var tilstrekkelig bestemte og klare (avsnitt 35). Så vel den endelige vurderingen av om voldgiftsordningen var i samsvar med EU-rettens krav som vurderingen av ansvarsspørsmålet ble deretter overlatt til engelske domstoler. EU-domstolen gav likevel visse føringer for ansvarsvurderingen, og disse viser klart at saken falt utenfor kategorien for unnlatt/forsinket gjennomføring – i dommen gis det anvisning på en alminnelig vurdering av om et eventuelt brudd fremstod som tilstrekkelig kvalifisert (avsnitt 85-86). EU-domstolen fulgte dermed verken skadelidtes argumentasjon for at saken burde betraktes som en parallell til *Francovich* og *Dillenkofer*, eller generaladvokat Albers henvisninger til statenes gjennomføringsforpliktelser som avgjørende for ansvarsvurderingen.¹²⁴⁶

I lys av tilnærmingen i *Evans* kan det for øvrig stilles spørsmål ved om *Francovich* er et helt rent eksempel på unnlatt gjennomføring av et direktiv. I den forutgående traktatbruddssaken 22/87 *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 1989 s. 143 gav den italienske regjeringen uttrykk for den oppfatning at den eksisterende italienske lønnsgarantiordningen (over-)oppfylte direktivets krav. Saksø-

¹²⁴⁴ Jf. nærmere Fredriksen/Mathisen 2012 s. 252.

¹²⁴⁵ Jf. Tridimas 2006 s. 506. Et tysk eksempel på nettopp dette finnes i BGHs beslutning 26. april 2012 i sak III ZR 215/11, hvor den manglende gjennomføringen av en bestemmelse i sjette merverdiavgiftsdirektiv (77/388/EØF) skyldtes av tyske myndigheter antok at tysk lovgivning allerede oppfylte direktivets krav og hvor BGH av denne grunn avviste at saken kunne sammenlignes med *Dillenkofer* (avsnitt 18-20).

¹²⁴⁶ Jf. nærmere i generaladvokat Albers innstilling, avsnitt 154 flg. I motsetning til EU-domstolen konkluderte generaladvokaten med at den britiske voldgiftsordningen var i strid med kravet til effektiv beskyttelse av EU-baserte rettigheter (avsnitt 112) og han anså også dette som et tilstrekkelig kvalifisert brudd (avsnitt 157). Også generaladvokaten distanserte seg fra skadelidtes henvisninger til *Francovich* og *Dillenkofer* (avsnitt 154), men knyttet likevel ansvarsvurderingen til myndighetenes gjennomføringsforpliktelser i henhold til EF-traktaten artikkel 249 (nå: TEUV artikkel 288), jf. avsnitt 156 i.f.

kerne i *Francovich* var alle påført tap forut for EU-domstolens avvisning av dette i traktatbrudds-saken og det kan da heves at også *Francovich* burde vært vurdert som et tilfelle av mangelfull snarere enn manglende gjennomføring. Dette gjelder i alle tilfelle for *Wagner Miret*, hvor spanske myndigheter med urette hadde antatt at spansk rett allerede oppfylte lønnsgarantidirektivets krav. EU-domstolen påpekte dette, men uten at det fikk følger for erstatningsspørsmålet (avsnitt 22). I lys av senere rettspraksis må det antas at EU-domstolen i dag ville gitt anvisning på en alminnelig vurdering av om det foreligger et tilstrekkelig kvalifisert brudd i et tilfelle som dette.

Selv i tilfeller hvor lovgiver ikke foretar seg noe som helst for å gjennomføre et direktiv innen fristen, kan staten gå fri for ansvar dersom forvaltningen på eget initiativ søker å etterkomme direktivets krav. Selv om forsøket på å opptre i samsvar med direktivet skulle mislykkes, så følger det av *Brinkmann* at saken da vil bli vurdert som et tilfelle av mangelfull snarere enn unnlatt gjennomføring. Eller riktigere: Lovgivers unnlattelse anses i seg selv som et tilstrekkelig kvalifisert brudd, men forvaltningens forsøk på å avhjelpe dette utgjør en etterfølgende omstendighet som, i følge EU-domstolen, avskjærer årsakssammenhengen mellom lovgivers unnlattelse og skadelidtes tap.¹²⁴⁷ Noe tilsvarende må gjelde dersom det ikke-gjennomførte direktivet i ettertid skulle vise seg å være ugyldig som følge av kompetansesvikt: Det riktige synes å være å se det slik at statens unnlattelse innebærer at det foreligger et ansvarsgrunnlag, men at direktivets ugyldighet medfører at skadelidte ikke kan utlede erstatningsrettslig beskyttede rettigheter av det.¹²⁴⁸

En konsekvens av at helt unnlatt gjennomføring i seg selv anses som ansvarsbetingende, er at en stat som siste liten foretar en mangelfull gjennomføring står sterkere i en etterfølgende erstatningssak enn en stat som oversitter gjennomføringsfristen.¹²⁴⁹ Dette kan synes noe tilfeldig, men fra et EU/EØS-rettslig perspektiv er en ufullstendig gjennomføring i siste liten langt å foretrekke og det er da lite å innvende mot at erstatningsansvaret på sett og vis oppmuntrer til dette. Ikke minst er det grunn til å påpeke at prinsippet om direktivkonform fortolkning ofte vil være tilstrekkelig til at nasjonale domstoler kan reparere eventuelle mangler ved den nasjonale gjennomføringslovgivningen. Selv «gjennomføring» i form av en isolert sett diskutabel uttalelse i siste liten fra ansvarlige myndigheter om at nasjonal rett alt er i samsvar med det aktuelle direktiv, kan være verdifullt i denne sammenheng.

¹²⁴⁷ *Brinkmann*, avsnitt 29. EU-domstolens tilnærming til årsaksspørsmålet i denne saken omtales nærmere i kapittel 8, punkt 8.5. Et annet eksempel er *Fuß*, hvor årsaken til overskridelsen av den maksimale arbeidstid nedfelt i artikkel 6 bokstav b direktiv 2003/88/EF var lokale myndigheters uriktige oppfatning av at hvilende vakt ikke fullt ut måtte regnes som arbeidstid og ikke den omstendighet at delstatsmyndighetene i Sachsen-Anhalt ikke hadde gjennomført direktivet overhodet. I vurderingen av om det forelå et tilstrekkelig kvalifisert brudd så EU-domstolen helt bort fra den manglende gjennomføringen.

¹²⁴⁸ Sml. Tridimas 2006 s. 507-509, som etter mitt skjønn gjør dette spørsmålet vanskeligere enn nødvendig.

¹²⁴⁹ Jf. allerede generaladvokat Tesauros innstillinger i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 83 og *British Telecommunications*, avsnitt 38.

Med henblikk på EØS-retten oppstår det imidlertid enkelte særlige problemstillinger. En første er knyttet til gjennomføring av forordninger. I EU følger det av TEUV artikkel 288 annet ledd at en forordning er umiddelbart anvendelig i medlemsstatene – nasjonal gjennomføring er verken påkrevd eller tillatt.¹²⁵⁰ Under EØS-forhandlingene ledet hensynet til flere av EFTA-statenes dualistiske tradisjoner til en avvikende løsning i avtalens artikkel 7 bokstav b: Forordninger skal «som sådan» gjøres til en del av avtalepartenes interne rettsorden. Det ligger i dette at forordninger skal gjennomføres ordrett, noe som i praksis skjer ved at det vedtas en enkelt lov- eller forskriftsbestemmelse som slår fast at forordningen gjelder som norsk rett. Det er derfor ikke tilstrekkelig å konstatere at norsk rett alt oppfyller forordningens krav.

Formålet med de særskilt strenge gjennomføringsforpliktelsene nedfeldt i EØS-avtalen artikkel 7 bokstav b er å minimere forskjellen mellom EU-retten og EØS-retten på dette punkt, noe som klart tilsier at en EFTA-stats oversittelse av fristen for å gjennomføre en forordning uten videre bør betraktes som ansvarsbetingende. Dette må helst gjelde også i tilfeller hvor årsaken til manglende gjennomføring i nasjonal rett er at myndighetene har antatt at forordningen ikke tillegger private noen rettigheter: Gjennomføringsforpliktelsen i EØS-avtalen artikkel 7 bokstav b gir ingen holdpunkter for noe slikt unntak og det er vanskelig å få øye på noen beskyttelsesverdig interesse på det offentliges hånd for ikke å gjennomføre en forordning «som sådan» bare fordi man mener at den bare pålegger det offentlige forpliktelser (som i og for seg kan oppfylles i form av interne instruksjoner mv.).¹²⁵¹ Dersom det i ettertid skulle vise seg at forordningen likevel tillegger private rettigheter, bør det offentlige ikke kunne forsvare seg mot et etterfølgende erstatningskrav ved å vise til at rettighets spørsmålet var høyst usikkert – EØS-avtalens overordnede målsetting om størst mulig grad av rettsenhet på det felles marked tilsier at den manglende gjennomføringen av forordningen «som sådan» i seg selv må anses som ansvarsbetingende.

Mer problematisk er vurderingen i tilfeller hvor oversittelse av gjennomføringsfristen fremstår som en følge av at det i praksis ikke fastsettes særegne frister i EØS-komiteens beslutninger om innlemmelse av nye direktiver og forordninger i EØS-avtalen. Dersom beslutningen ikke utløser behov for etterfølgende ratifikasjon i en eller flere EFTA-stater, vil den i utgangspunktet tre i kraft straks, jf. EØS-avtalen artikkel 103 og 104. For direktivers vedkommende vil EFTA-statene selvsagt nyte godt av en eventuell rest av direktivets egen gjennomføringsfrist, men dersom EØS-

¹²⁵⁰ En medlemsstat kan imidlertid ha plikt til å supplere en forordning med nasjonale regler dersom dette er nødvendig for å få den effektivt etterlevd, jf. generelt TEUV artikkel 291 nr. 1.

¹²⁵¹ Denne problematikken lå i bakgrunnen i sak E-5/11, *ESA mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 418, men EFTA-domstolen benyttet ikke anledningen til å kommentere den.

komiteens beslutning har trukket ut i tid kan denne meget vel alt være utløpt.¹²⁵² For forordningers vedkommende er dette uansett ikke aktuelt. Med mindre EFTA-statene har forskuttert EØS-komiteens beslutning og forberedt gjennomføringen, vil det i slike tilfeller være praktisk umulig å gjennomføre forordningen i tide.¹²⁵³

I tilfeller hvor det er påkrevd med etterfølgende ratifikasjon i en eller flere EFTA-stater, vil dette i praksis gi EFTA-statene en viss gjennomføringsfrist. Dersom det er norske myndigheter som har varslet behov for Stortingets godkjenning etter grunnloven § 26, vil man selv kunne sikre gjennomføring innen beslutningen trer i kraft. Dersom det bare er Island og/eller Liechtenstein som anser det påkrevd med ratifisering, vil derimot ikrafttredelsestidspunktet være temmelig uforutsigbart for norske myndigheter.

Når det gjelder traktatbruddssaker, spiller dette ikke så stor rolle. ESA lar det i praksis gå en viss tid før man anlegger traktatbruddssøksmål for unnlatt gjennomføring. Spørsmålet er imidlertid hvordan det i et slikt tilfelle vil stille seg med et eventuelt erstatningsansvar for en EFTA-stat som ikke har gjennomføringen klar og iverksatt fra den dato EØS-komiteens beslutning trer i kraft. Som påpekt i punkt 7.7.5.7 er min oppfatning at det her bør tillegges avgjørende vekt at EFTA-statene har det i sin hånd å sørge for en tilstrekkelig frist for gjennomføringen. Dersom EU av en eller annen grunn skulle være uvillig til å nedfelle en egnet gjennomføringsfrist i EØS-komiteens beslutning, må EFTA-statene ganske enkelt vente med å påta seg nye EØS-forpliktelser med umiddelbar eller svært nær forestående ikrafttredelse inntil man har fått forberedt den nasjonale gjennomføringen. For innlemmelse av nye forordninger i EØS-avtalen støttes dette standpunktet også av hensynet til rettsenhet mellom EU-pilaren og EFTA-pilaren: For EU-statenes vedkommende vil forordningen tre i kraft med virkning for rettighetssubjekter hjemmehørende i EFTA-statene i og med ikrafttredelsen av EØS-komiteens beslutning, noe som tilsier at manglende gjennomføring i EFTA-staten bør anses som ansvarsbetingende fra samme tidspunkt.¹²⁵⁴

¹²⁵² Se til illustrasjon sak E-8/10, *ESA mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2009-2010 s. 296, hvor det aktuelle direktivets gjennomføringsfrist (20. oktober 2007) var utløpt alt før EØS-komiteens beslutning om å innlemme direktivet i EØS-avtalen (26. oktober 2007).

¹²⁵³ Se til illustrasjon sak E-2/09, *ESA mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2009-2010 s. 12, hvor EØS-komiteens beslutning av 7. desember 2007 påla EFTA-statene å gjøre den aktuelle forordning til en del av sin interne rettsorden innen neste dag!

¹²⁵⁴ Dette gjelder tilsvarende for direktiver som alt er gjennomført i en EU-stat. For direktiver som ikke er (korrekt) gjennomført vil derimot resiprositetshensynet alternativt kunne ivaretas ved at private ikke innrømmes rett til å anlegge erstatningssøksmål for brudd på EØS-retten mot en EU-stat før utløpet av den EØS-særegne gjennomføringsfrist som man i den konkrete sak mener EFTA-statene må innrømmes. Dette fremstår imidlertid som en unødig komplisert tilnærming i et tilfelle hvor det avgjørende etter mitt syn bør være at EFTA-statene er nærmest til å bære ansvaret dersom de påtar seg nye EØS-forpliktelser med umiddelbar ikrafttredelse uten å ha forberedt den nasjonale gjennomføringen.

7.11 Ansvarsterskelen for domstolsansvaret

For statens erstatningsansvar for EU/EØS-stridige rettsavgjørelser er det alt påpekt i punkt 7.5 at EU-domstolens uttalelser i *Köbler* og *Traghetti* og EFTA-domstolens obiter dictum i *Kolbeinsson* synes å gi anvisning på en særskilt høy terskel: Ansvar er først aktuelt dersom domstolene åpenbart har tilsidesatt gjeldende EU/EØS-rett.

Ved den nærmere analyse av domstolsansvarets innhold, må det sees hen til EU-domstolens begrunnelse for den høye ansvarsterskelen – hensynet til «den dømmende funksjons særlige karakter» og «de legitime krav til retssikkerheden».¹²⁵⁵ I lys av medlemsstatenes anførsler i *Köbler* og *Traghetti* er det nærliggende å anta at EU-domstolen med dette særlig siktet til den stabilitet og forutberegnelighet i rettslivet som rettskraftsreglene er ment å sikre. EØS-statenes nasjonale rettsmiddelsystemer bygger alle på den grunnleggende forutsetning at rettslige avgjørelser skal angripes ved rettsmidler, ikke gjennom etterfølgende erstatningssøksmål.¹²⁵⁶ Selv om det i de fleste EØS-land finnes visse åpninger for å kreve erstatning av det offentlige for uriktige rettsavgjørelser, er utgangspunktet at det offentlige erstatningsansvar ikke kan brukes til omkamp om spørsmål som etter prosesslovgivingen forutsettes å være endelig løst.¹²⁵⁷ Ut over hensynet til de involverte parter støttes dette også av hensynet til fornuftig bruk av rettsvesenets begrensede ressurser. Videre vil også hensynet til domstolenes uavhengighet kunne tas til inntekt for det syn at dommerne bør kunne tilnærme seg EU/EØS-rettslige spørsmål uten frykt for at feil vil kunne påføre staten erstatningsansvar. Fra et rettsøkonomisk perspektiv er det av disse grunner anført «powerful economic reasons» for en særskilt høy terskel for statenes erstatningsansvar for EU/EØS-stridige rettsavgjørelser.¹²⁵⁸ Nevnes kan kanskje også hensynet til offentlighetens tillit til domstolssystemet – selv om det med EU-domstolen vel kan hevdes at en åpning for statlig erstatningsansvar for uriktige rettsavgjørelser vil kunne styrke snarere enn svekke tilliten til den dømmende makt,¹²⁵⁹ så synes det diskutabelt om dette gjelder dersom ansvarsterskelen legges så lavt at antallet vellykkede erstatningsrettslig angrep på rettskraftige EU/EØS-dommer blir betydelig. Til dette kommer det særegne EU/EØS-rettslige hensyn til samarbeidsforholdet mellom de to EØS-domstolene i Luxembourg og nasjonale domstoler: EU-domstolen og EFTA-domstolen er begge avhengige av at de nasjonale domstoler sender tolkningsspørsmål til Luxembourg, samt at de deretter lojalt anvender de mottatte svar på det nasjonale plan. Domstolene fremhever derfor til stadighet at ordningene med prejudisielle fore-

¹²⁵⁵ *Köbler*, avsnitt 53; *Traghetti*, avsnitt 32.

¹²⁵⁶ For norsk prosessretts vedkommende kommer dette nå til uttrykk i domstoloven § 200 tredje ledd, jf. nærmere Tvistemålsutvalget i NOU 2001:32, Bind I, s. 500 første spalte.

¹²⁵⁷ Slik Tvistemålsutvalget i NOU 2001:32, Bind I, s. 500 første spalte.

¹²⁵⁸ Jf. van den Bergh 2010 s. 429-430.

¹²⁵⁹ *Köbler*, avsnitt 43.

leggelse etter TEUV artikkel 267 og ODA artikkel 34 baserer seg på samarbeid med de nasjonale domstoler.¹²⁶⁰ Et vidtrekkende erstatningsansvar for uriktige rettsavgjørelser vil kunne utsette dette samarbeidsforholdet for uønskede spenninger.

I norsk rett begrenses adgangen til å kreve erstatning av staten for uriktige rettsavgjørelser først og fremst av søksmålsbetingelsene nedfelt i domstoloven § 200 tredje ledd: Erstatningssøksmål om en tjenstemanns eller det offentliges ansvar i anledning av rettslige avgjørelser kan ikke reises uten at a) avgjørelsen er opphevet eller forandret, b) avgjørelsen er bortfalt med den virkning at rettidig anke mot den ikke kunne tas under behandling eller avgjøres, eller c) tjenstemannen ved dom er kjent skyldig i straffbart forhold ved avgjørelsen.¹²⁶¹ Det er først i tilfeller hvor et av disse alternativene er oppfylt at ansvarsterskelen i domstoloven §§ 200 første ledd og 201 kommer inn som en ytterligere begrensning: Et ansvarsgrunnlag foreligger først dersom det kan påvises «forsømmelig eller annet utilbørlig forhold under rettergang» (§ 200) eller «aapenbare feil i avgjørelsen» (§ 201). I tilfeller hvor erstatningskravet er knyttet til innholdet av en rettsavgjørelse, kreves kvalifisert klanderverdige forhold.¹²⁶²

Twisteloven inneholder i § 20-12 en særbestemmelse om statens ansvar for partenes sakskostnader forårsaket av feil fra rettens side. Dette ansvaret – som er uttrykkelig begrenset til de sakskostnader som en eller flere av partene påføres som følge av feil fra rettens side – kan også være aktuelt hvor retten har avsagt en materielt uriktig avgjørelse, men da slik at hovedvilkåret i § 20-12 første ledd bokstav b om at retten må være «vesentlig å bebreide» bare er oppfylt i særlige tilfeller hvor det foreligger «klart uforsvarlig rettsanvendelse».¹²⁶³ Ved brudd på grunnleggende saksbehandlingsregler, for eksempel retten til kontradiksjon, synes terskelen langt lavere – her følger det av forarbeidene at hovedregelen er at staten dekker merkostnadene som følge av at det må foretas ny behandling etter opphevelse.¹²⁶⁴ Feil i rettens bedømmelse av faktum skal derimot ifølge forarbeidene ikke kunne utløse ansvar.¹²⁶⁵ Søksmålsbegrensningene i domstoloven § 200 tredje ledd gjelder også for statens ansvar i henhold til tvisteloven § 20-12, jf. bestemmelsens annet ledd.

Den særlig høye terskelen for statlig erstatningsansvar for EU/EØS-stridige rettsavgjørelser tilsier at det ved den nærmere analyse av domstolsansvarets innhold ikke kan

¹²⁶⁰ Jf. bl.a. EU-domstolens «Orientering om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål fra de nationale retter» (EU-tidende 2011 C 160 s. 1 flg.), punkt 5. Fra EFTA-domstolens praksis de senere år kan det vises til sak E-18/11, *Irish Bank mot Kaupthingi*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 592 (avsnitt 53-54).

¹²⁶¹ Forholdet mellom søksmålsbetingelsene i domstoloven § 200 tredje ledd og EØS-ansvaret for uriktige rettsavgjørelser omtales noe nærmere nedenfor i kapittel 10.

¹²⁶² Jf. bl.a. Rt. 1990 s. 214 og Rt. 1997 s. 615.

¹²⁶³ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 287, jf. s. 452. Fra rettspraksis kan det vises til Rt. 2012 s. 484 [U] (avsnitt 18); Rt. 2012 s. 784 [U] (avsnitt 8) og Rt. 2012 s. 1338 [U] (avsnitt 19). Så vidt vites er det imidlertid ingen eksempler i rettspraksis på at realitetsfeil har vært av en slik karakter at staten er ilagt ansvar for partenes sakskostnader.

¹²⁶⁴ Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 452. Rt. 2012 s. 961 [U] er et eksempel på at erstatning ble tilkjent i et slikt tilfelle.

¹²⁶⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 452.

sluttes direkte fra de mange ovenfor omtalte dommene knyttet til overtredelser som må tilskrives den utøvende eller den dømmende makt – det kreves noe mer. Samtidig er det grunn til presisere at dette er en forskjell i grad, ikke art. I *Köbler* og *Traghetti* argumenterte ulike medlemsstater for å knytte domstolsansvaret til en forutsetning om *bevisst* eller i det minste *grovt uaktsom* tilsidesettelse av EU-retten, men EU-domstolen lot seg ikke overbevise.¹²⁶⁶

Det er imidlertid et trekk ved de nasjonale domstolenes håndtering av uavklarte EU/EØS-rettslige tolkningsspørsmål som setter dem i en særstilling i forhold til øvrige myndigheter og som i praksis vil kunne lede til et ansvar som i visse tilfeller kan fremstå som strengere snarere enn mildere: Muligheten til ganske enkelt å be EU-domstolen eller EFTA-domstolen om å avklare rettstilstanden. Problemstillingen illustreres best med utgangspunkt i den tradisjonelle culpanormen: I vurderingen av om skadevolders opptreden var forsvarlig, tilsier kombinasjonen synlig risiko og et klart handlingsalternativ et benektende svar. Overført på domstolenes virksomhet: Når risikoen for feiltolkning av EU/EØS-retten er synlig og handlingsalternativet i form av en foreleggelse for EU-domstolen eller EFTA-domstolen ligger i dagen, kan staten synes nærmest til å bære konsekvensene om det går galt om en domstol likevel velger å avgjøre tolkningsspørsmålet på egenhånd.

For norske domstoler har det handlingsalternativ som foreleggelsesadgangen i ODA artikkel 34 representerer ingen parallell på andre rettsområder, noe som leder til at det er vanskelig å sammenligne domstolsansvaret på og utenfor EØS-rettens område.

I EU-retten får problemstillingen en ekstra omdreining ved at TEUV artikkel 267 tredje ledd nedfeller en *plikt* for nasjonale domstoler som i den konkrete sak dømmer i sisten instans til å forelegge uavklarte tolkningsspørsmål for EU-domstolen.

Spørsmålet om hvor stor vekt de nasjonale domstolenes rett og, i EUs medlemsstater, eventuelle plikt til foreleggelse må gis i den samlede vurdering av om det foreligger en åpenbar tilsidesettelse av gjeldende EU/EØS-rett, er imidlertid langt fra avklart. Verken *Traghetti* eller *Kolbeinsson* gir noen veiledning, slik at *Köbler* inntil videre er eneste holdepunkt fra rettspraksis.

¹²⁶⁶ Jf. *Köbler*, avsnitt 52 flg. sammenholdt med avsnitt 17 flg.; *Traghetti*, avsnitt 42 flg. Det kan nevnes her at generaladvokat Warner i sak 30/77, *Régina mot Bouchereau*, Sml. 1977 s. 1999 antok at en medlemsstat først ville kunne dømmes for traktatbrudd forårsaket av en av dens domstoler dersom bruddet var forsettelig (s. 2020). Uttalelsene om erstatningsansvaret i *Köbler* viste at EU-domstolen var av en annen oppfatning, noe den også senere uttrykkelig stadfestet i traktatbruddsaken C-129/00, *Kommisjonen mot Italia*, [SK] Sml. 2003 s. I-14637.

I sin innstilling i *Köbler* argumenterte generaladvokat Léger for at et åpenbart brudd på foreleggelsesplikten *i seg selv* kunne være ansvarsbetingende.¹²⁶⁷ Mot en slik tilnærming kan det imidlertid reises flere innvendinger. En første gjelder spørsmålet om TEUV artikkel 267 er en bestemmelse som har til formål å tillegge private erstatningsrettslig beskyttede rettigheter. Den tradisjonelle oppfatning har utvilsomt vært at ordningen med prejudisielle foreleggelse «bare» angår nasjonale dommere, ikke private parter.¹²⁶⁸ I tilfeller hvor TEUV artikkel 267 tredje ledd pålegger nasjonale dommere som dømmer i siste instans en plikt til å forelegge tolkningsspørsmål for EU-domstolen, kan det likevel argumenteres for at bestemmelsen gir partene i den nasjonale saken korresponderende rettigheter: Så vel EU-domstolen som EMD ser foreleggelsesordningen som en integrert del av EU-rettens ivaretagelse av privates grunnleggende krav på effektiv rettsbeskyttelse.¹²⁶⁹ Dette er likevel av liten interesse i herværende sammenheng fordi det først vil kunne påvises årsakssammenheng mellom et brudd på foreleggelsesplikten og skadelidtes tap dersom den nasjonale domstolen også griper feil ved løsningen av de materielle EU/EØS-rettslige spørsmål i saken.

Nå kan det i prinsippet argumenteres for at kravet til åpenbar tilsidesettelse av gjeldende rett i et slikt tilfelle bare knytter seg til bruddet på foreleggelsesplikten, slik at det ikke (også) kreves at det materielle rettsbruddet kan karakteriseres på tilsvarende vis. En slik tilnærming, hvor det påkrevde materielle rettsbrudd bare inngår som et ledd i årsaksvurderingen, ville kunne få betydelige konsekvenser – i lys av de svært strenge vilkårene EU-domstolen har stilt opp for unntak fra foreleggelsesplikten er det uten videre klart at EU-statenes øverste domstoler årlig gjør seg skyldig i brudd på foreleggelsesplikten. Paradoksalt nok er den mangelfulle etterlevelsen av foreleggelsesplikten en forutsetning for at EU-domstolen ikke skal drukne i en flodbølge av foreleggelse. En erstatningsrettslig tilnærming som knytter ansvarsvurderingen ene og alene til foreleggelsesplikten ville kunne komme til å endre dette, noe som igjen trolig ville fremtvinget en ikke ubetydelig oppmykning i foreleggelsesplikten.

Om EU-domstolen var inne på slike betraktninger i *Köbler* vites ikke, men dommen i saken viser i alle tilfelle klart at EU-domstolen også ved vurderingen av domstolsfeil retter oppmerksomheten mot *det materielle rettsbrudd i saken*, for først deretter å trekke et eventuelt brudd på foreleggelsesplikten inn i vurderingen av om førstnevnte fremstår som en åpenbar tilsidesettelse av gjeldende rett.¹²⁷⁰

¹²⁶⁷ Innstilling i *Köbler*, avsnitt 144 flg.

¹²⁶⁸ Slik for eksempel Broberg/Fenger 2010 s. 279.

¹²⁶⁹ Jf. særlig EU-domstolens dom i ankesak C-50/00 P, *UPA mot Rådet*, [P] Sml. 2002 s. I-6677 (avsnitt 40) og EMDs dom i klagesak 45036/98, *Bosphorus Airways mot Irland*, [SK] RJD 2005-IV (avsnitt 164).

¹²⁷⁰ *Köbler*, hhv. avsnitt 55 i.f. og avsnitt 123. Merk for øvrig at også generaladvokat Léger anla en slik tilnærming i sin konkrete vurdering av ansvarsspørsmålet, jf. avsnitt 173 i hans innstilling i saken.

Det følger av dette at det etter min oppfatning ikke er grunn til å følge Tridimas' forsøk på å holde det prosessuelle bruddet på foreleggelsesplikten skarpt atskilt fra det materielle bruddet (Tridimas 2006 s. 526 flg.). Tvert i mot deler jeg generaladvokat Légers oppfatning i *Tragheti* av at tilsidesettelse av foreleggelsesplikten vil spille inn i vurderingen av om det samlet sett foreligger ansvarspådragende tilsidesettelse av gjeldende EU-rett (avsnitt 74). I lys av *Köbler* bør en unnlatt foreleggelse for EU-domstolen etter min oppfatning betraktes systematisk som et underpunkt i vurderingen av om den materielle rettsvillfarelsen fremstår som unnskyldelig eller ei: Som påpekt ovenfor i punkt 7.7.5 bør sistnevnte forstås som en vurdering av det hendelsesforløp som i en konkret sak ledet til myndighetenes uriktige forståelse av EU/EØS-retten. For domstolenes vedkommende inngår omstendighetene omkring en unnlatt foreleggelse naturlig i denne vurderingen.

Dommen i *Köbler* gir imidlertid liten veiledning med hensyn til hvilken vekt et eventuelt brudd på foreleggelsesplikten vil måtte tillegges. I premissenes generelle del la EU-domstolen ganske enkelt brudd på foreleggelsesplikten til den eksisterende momentlisten. Og i den konkrete ansvarsvurderingen nøyde EU-domstolen seg med å vise til at det var Verwaltungsgerichtshofs feilaktige tolkning av dommen i saken *Schöning-Kougebetopoulou* som ledet til at foreleggelsen ble trukket tilbake.

I sin innstilling i *Tragheti* tar imidlertid generaladvokat Léger til orde for at kriteriet om plikten til prejudisiell foreleggelse må tillegges «særlig» eller endog «avgjørende» betydning (avsnitt 70-71). Begrunnelsen er besnærende:

«Selv om den tilsidesatte retsregel ikke er særlig klar og præcis, er den retlige fejl ikke uden videre undskyldelig, da den øverste retsinstans netop i så fald bør forelægge et præjudicielt spørgsmål, idet den ikke kan gå ud fra, at afgørelsen vedrørende det pågældende retsspørsmål ikke efterlader rimelig tvivl i den i *Cilfit*-dommen anvendte betydning, så meget mere, hvis der ikke findes nogen praksis fra Domstolen, som kan afklare retten om det pågældende spørgsmål» (avsnitt 72)

EU-domstolen gikk ikke nærmere inn på dette i den etterfølgende dommen. I *Robins* er imidlertid generaladvokat Kokott tilsynelatende inne på tilsvarende tanker når hun tar høyde for at manglende hensyntagen til tidligere generaladvokatuttalelser vil kunne være relevant for vurderingen av en stats erstatningsansvar i et tilfelle hvor bruddet må tilskrives den dømmende makt: Det er nettopp fraværet av muligheten til å be om en avklaring fra EU-domstolen som tilsier at en tidligere generaladvokatuttalelse ikke kan brukes mot staten i et tilfelle hvor det er den utøvende eller lovgivende makt som med urette fraviker denne (avsnitt 96).¹²⁷¹

Mot generaladvokat Légers oppfatning kan det innvendes at EU-domstolens konkrete vurdering av den østerrikske domstolens håndtering av foreleggesspørsmålet i *Kö-*

¹²⁷¹ Merk imidlertid at Kokott i note 32 formulerer domstolsansvaret som et spørsmål om en unnlatt foreleggelse i seg selv utgjør et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EU-retten. Som det vil ha fremgått av brødteksten ovenfor deler jeg ikke denne tilnærmingen.

bler antyder at de krav som stilles er nokså beskjedne. Som generaladvokat Léger selv påpekte i sin innstilling i *Köbler* var det vanskelig å forestille seg hvordan de østerrikske dommerne kunne mene at deres (uriktige) forståelse av EU-retten var *acte clair* (avsnitt 173). I sin innstilling i *Traghetti* vedgår Léger at dette «afsvækker betydningen af kriteriet om tilsidesættelsen af forelæggelsesplikten», men han tilskriver det «de særlige omstændigheder i sagen» og antar derfor at subsumsjonen i *Köbler* «ikke har gyldighed i videre omfang» (avsnitt 72, note 40).

Generaladvokaten har utvilsomt rett i at omstendighetene i *Köbler* var nokså spesielle ettersom den østerrikske forvaltningsdomstolen i utgangspunktet hadde overholdt foreleggelsesplikten og først trukket foreleggelsen tilbake på oppfordring fra EU-domstolens justissekretær (jf. punkt 7.7.6 ovenfor). Samtidig var ikke dette til hinder for at Léger selv mente at det forelå ansvarsgrunnlag i saken. Når EU-domstolen vurderte dette annerledes, kan det tyde på at domstolen la til grunn en høyere ansvarstærskel enn sin generaladvokt også mer generelt.

I mangel av nærmere veiledning i EU-domstolens praksis, må det medgis at foreleggelsespliktens betydning for ansvarsvurderingen fremstår som usikker. Dette gjelder enn mer i EØS-rettslig sammenheng, ettersom det etter mitt syn vanskelig lar seg utlede noen EØS-rettslig plikt til å legge uavklarte tolknings spørsmål frem for EFTA-domstolen.¹²⁷² Det følger av dette at EU-domstolens henvisning til foreleggelsesplikten etter TEUV artikkel 267 tredje ledd ikke kan overføres til EØS-ansvaret.¹²⁷³ Dette er likevel ikke i seg selv til hinder for at det i EØS-rettslige sammenheng vektlegges at en nasjonal domstol *kunne* forelagt det aktuelle tolknings spørsmål for EFTA-domstolen etter ODA artikkel 34, jf. for norske domstolers vedkommende domstolloven § 51a.¹²⁷⁴ Fraværet av en foreleggelsesplikt hindrer ikke at det handlingsalternativ som en foreleggelse innebærer, er like reelt for EFTA-statenes domstoler. Samtidig kan ikke muligheten for foreleggelse for EFTA-domstolen i henhold til ODA artikkel 34 vektlegges i en slik grad at man i realiteten ender opp med en erstatningsrettslig sanksjonert foreleggelsesplikt for EFTA-domstolen – det ville være uforenlig med EFTA-statenes klare forutsetninger vedrørende EØS-avtalens domstolsordning. Det er nok derfor først i tilfeller hvor det fremstår som åpenbart at en norsk domstol burde ha bedt EFTA-domstolen om en tolkningsuttalelse at foreleggelsesmuligheten kan tillegges vekt i et etterfølgende erstatningsoppgjør. Etter min oppfatning er dette i hvert fall situasjonen dersom en nasjonal domstol åpent fraviker tidligere rettspraksis fra EU-domstolen og/eller EFTA-domstolen. Vurderingen bør være den samme i tilfeller hvor det er dissens innad i dommerkollegiet knyttet til den generelle forståelsen

¹²⁷² Se kapittel 2, punkt 2.5 (i og ved note 267).

¹²⁷³ Tilsvarende Stefánsson 2005 s. 499, jf. også Méndez-Pinedo 2009 s. 289.

¹²⁷⁴ Tilsvarende motsatt Méndez-Pinedo 2009 s. 289.

av de EU/EØS-rettigheter som saken gjelder. Dersom det går helt galt når en nasjonal domstol i et slikt tilfelle likevel velger å avgjøre tolkningsspørsmålet på egenhånd, synes staten nærmere enn skadelidte til å bære konsekvensene.

Det kan innvendes at *enhver* vektlegging av muligheten for foreleggelse for EFTA-domstolen i henhold til ODA artikkel 34 vil gripe inn i og i noen grad endre på forholdet mellom EFTA-statenes nasjonale domstoler og EFTA-domstolen. Det kan kanskje trekkes en parallell til spørsmålet om den erstatningsrettslige relevansen av Stortingets mulighet for å innhente Høyesteretts «Betænkning over juridiske Gjenstande», jf. grunnloven § 83. I *BW Gas*-saken fra 2011 anførte saksøkerne at det måtte tillegges vekt at Stortinget hadde hatt mulighet til å forelegge spørsmålet om rederiskatteordningens grunnlovsmessighet for Høyesterett før lovvedtaket ble truffet. Tingretten avviste imidlertid dette under henvisning til at det ville innebære en omlegging av konstitusjonell praksis som ville endre forholdet mellom de øverste statsorganer, den dømmende og den lovgivende makt.¹²⁷⁵ Etter min oppfatning slår imidlertid denne begrunnelsen ikke til for så vidt gjelder ODA artikkel 34 – her er det snakk om foreleggelse fra en domstol til en annen. Hertil kommer at ordningen med foreleggelse for EFTA-domstolen er en mulighet som EFTA-statene selv, uten at det foreligger noen EØS-rettslig plikt til det, har åpnet opp for (og som Stortinget har gjennomført i norsk rett ved domstolloven § 51a). Og selv om antall foreleggelse for EFTA-domstolen er lavere enn ønskelig, brukes ordningen regelmessig. Et visst erstatningsrettslig incitament til å gjøre bruk av ODA artikkel 34 vil derfor ikke innebære noen omlegging av praksis som kan sammenlignes med en erstatningsrettslig sanksjonert forventning om at Stortinget tar i bruk den sovende foreleggelsesordningen som følger av grunnloven § 83.

Domstolsansvarets særegenheter leder til at spørsmålet om forholdet mellom dette ansvaret og statenes ansvar for brudd på EU/EØS-regler forårsaket av den lovgivende eller den utøvende makt, påkaller nærmere oppmerksomhet. Ved feilaktig tolkning og anvendelse av EU/EØS-regler som utvilsomt er korrekt gjennomført i nasjonal rett, fremstår domstolsansvaret som eneste alternativ. I mange tilfeller vil det imidlertid foreligge underliggende mangler knyttet til den nasjonale gjennomføringen av de aktuelle reglene og/eller, i saker mot det offentlige, feil knyttet til forvaltningens fortolkning og anvendelse av EU/EØS-retten. Ut fra den betraktning at skadelidte må kunne velge hvilke rettsstiftende faktiske forhold han ønsker å bygge sin påstand på, må det i slike tilfeller i utgangspunktet være mulig å unngå den høye terskelen for domstolsansvaret ved å anføre de underliggende feil fra lovgiver og/eller forvaltning som påstandsgrunnlag (jf. i norsk sammenheng tvisteloven § 11-2).¹²⁷⁶ Dersom sak nr. 1 handler om gyldigheten av et forvaltningsvedtak, vil imidlertid den positive rettskraftsvirkningen av den dom som stadfestet vedtaket, være til hinder for at et etterfølgende erstatningssøksmål basert på forhold knyttet til selve vedtaket. Med ut-

¹²⁷⁵ Dom 7. juli 2011 i saken *BW Gas mot Staten v/Finansdepartementet* (TOSLO-2010-199031).

¹²⁷⁶ Jf. slik Eriksson 2004 s. 215 og Wennerås 2007 s. 165. Dette synes enda klarere dersom den underliggende feil må tilskrives forvaltningsorganer som hører under andre rettssubjekt enn staten, ettersom det da er spørsmål om hvem skadelidte ønsker å rette sitt erstatningskrav mot.

gangspunkt i kjennelsene Rt. 2006 s. 1265 og Rt. 2006 s. 1281 må likevel norsk rett trolig forstås slik at det er rom for å saksøke staten i egenskap av lovgiver, så fremt erstatningskravet er begrunnet med det Høyesterett oppfatter som forhold som ligger utenfor selve vedtaket, jf. *Edquist* (avsnitt 59-60).¹²⁷⁷ Etter mitt syn er norsk rett på dette punkt mer imøtekommende overfor skadelidte enn EU/EØS-rettslig påkrevd – betoningen av «den dømmende funksjons særlige karakter» og «legitime krav til retts-sikkerhet» i *Köbler* tilsier at EU-domstolen vil akseptere om man i nasjonal rett innretter seg slik at det ikke er mulig å omgå den høye terskelen for domstolsansvaret ved å bygge et etterfølgende erstatningskrav direkte på underliggende brudd på EU/EØS-retten fra lovgiver og/eller forvaltning. Når man først har fått domstolsbe-handlet det aktuelle rettsspørsmål (og tapt), må nasjonal rett kunne kreve at et etter-følgende erstatningskrav bygges på domstolsansvaret.¹²⁷⁸

Fra et EU/EØS-rettslig perspektiv er det likevel uproblematisk om nasjonal rett åpner for omgåelse av den høye terskelen for domstolsansvaret i slike tilfeller. Et nokså pussig eksempel fra EFTA-domstolens praksis er *Kolbeinsson*, hvor skadelidte selv ønsket å bygge erstatningskravet på *Köbler*, men hvor Islands Høyesterett omformulerte foreleggelsen til EFTA-domstolen slik at saken kom til å handle om statens eventuelle erstatningsansvar for EØS-stridig lovgivning. Vurdert ut fra norsk prosessrett er det vanskelig å forene dette med disposisjonsprinsippet – i realiteten ble Kolbeinsson tvunget til å basere sitt erstatningskrav på et annet påstandsgrunnlag enn det han selv ønsket (sml. tvisteloven § 11-2). Samtidig var Hæstirétturs inngripen paradoksalt nok til Kolbeinssons fordel, ettersom han dermed unngikk den høyere terskelen for domstolsansvaret.

Domstolsansvarets særegenheter leder videre til at det kan oppstå spørsmål om domstolslignende forvaltningsorganer i denne sammenheng må tilregnes den dømmende eller den utøvende makt. I praksis kan statene unngå at dette spørsmålet kommer på spissen gjennom å kreve at en part som mener at en avgjørelse avsagt av et domstolslignende forvaltningsorgan er i strid med EØS-retten, utnytter retten til å få avgjørelsen prøvd for de ordinære domstolene (jf. kapittel 10). Om spørsmålet likevel skulle dukke opp, tilsier systembetragtninger at domstolslignende forvaltningsorganer som anses som domstoler i henhold til TEUV artikkel 267 og ODA artikkel 34,¹²⁷⁹ også betraktes som domstoler i erstatningsrettslig sammenheng. Her som ellers er det imidlertid EU/EØS-rettslig uproblematisk om nasjonal rett tilbyr bedre rettsbeskyttelse ved

¹²⁷⁷ Merk at det her var spørsmål om fortolkningen av fristregelen i skattebetalingsloven (1952) § 48 nr. 5, men systembetragtninger tilsier klart at det i erstatningsrettslig sammenheng er uten betydning om et forvaltningsvedtak står ved lag som følge av oversittelse av en søksmålsfrist eller som følge av en rettskraftig dom som stadfester vedtaket.

¹²⁷⁸ Men her som ellers er effektivitetsprinsippet til hinder for at skadelidtes erstatningskrav undergraves ved at statsmaktene skylder på hverandre, eksempelvis ved at man unnskylder domstolenes brudd på EU/EØS-retten med mangler knyttet til gjennomføringslovgivningen.

¹²⁷⁹ Se nærmere om domstolsbegrepet i TEUV artikkel 267 og ODA artikkel 34 hhv. Broberg/Fenger 2010 s. 59 flg. og Fredriksen/Mathisen 2012 s. 177-179.

å betrakte slike organer som forvaltningsorganer og av den grunn underlegger dem et for skadelidte mer fordelaktig ansvarsregime.

7.12 Ansvarsterskelen ved brudd på grunnleggende rettigheter

Spørsmålet om kravet til et tilstrekkelig kvalifisert brudd kan anvendes også ved brudd på grunnleggende rettigheter, dukket opp i *Sison II*.¹²⁸⁰ Saksøker anførte at så ikke kunne være tilfelle, men uten å overbevise Underretten (avsnitt 81):

«I denne henseende skal det tilføjes, at hverken Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder eller EMRK, som sikrer retten til en effektiv søgsmålsadgang, er til hinder for, at Fællesskabets erstatningsansvar uden for kontraktforhold under omstændigheder som i den foreliggende sag afhænger af, at det fastslås, at der foreligger en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af de af sagsøgeren påberåbte grundlæggende rettigheder.»

Denne uttalelsen fremstår som svært kategorisk, men den må nok helst leses med utgangspunkt i at den konkrete saken reiste spørsmål om krenkelse av saksøkers eiendomsrett (jf. EUs grunnrettighetspakt artikkel 17 og EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 1). Som påpekt av Underretten i *Sison II* gir EMDs storkammeravgjørelse i saken *Bosphorus mot Irland* støtte for den oppfatning at det erstatningsvern som i slike tilfeller tilbys i henhold til TEUV artikkel 340 annet ledd, er akseptabelt fra et EMK-perspektiv.¹²⁸¹ At EMD ikke pålegger konvensjonspartenerent et objektivt erstatningsansvar for krenkelser av eiendomsretten, er desuten senest bekreftet i dommen over den norske tomtfesteordningen (*Lindheim m.fl. mot Norge*): Etter å ha konstatert krenkelse av bortfesterne eiendomsrett, avviste EMD deres krav om erstatning for tapte festeinntekter under henvisning til bl.a. «the particular complexity of the issues with which the Norwegian Parliament was confronted».¹²⁸² Dette er også i samsvar med Høyesteretts oppfatning i Rt. 2010 s. 291 *Vangen*, hvor det ble uttalt at kon-

¹²⁸⁰ Sak T-341/07, *Sison mot Rådet (II)*, dom 23. november 2011.

¹²⁸¹ *Sison II*, avsnitt 81, med henvisning til sak 45036/98, *Bosphorus mot Irland*, RJD 2005-IV (avsnitt 163-165, jf. avsnitt 88).

¹²⁸² Forente saker 13221/08 og 2139/10, *Lindheim m.fl. mot Norge*, dom 12. juni 2012 (avsnitt 141). I kjølvannet av dommen har visstnok bortfesterne anlagt et gruppesøksmål mot staten med krav om erstatning for tapte festeinntekter. I lys av EMDs avviseholdning til erstatningskravet må søksmålet bygge på en oppfatning av at norsk erstatningsrett her tilbyr et bedre erstatningsvern enn påkrevd av EMK, noe som vel synes tvilsomt. Men se likevel Hoel Lie 2012 s. 422-423, som stiller seg tvilende til om staten kan anføre rettsvillfarelse som unnskyldningsgrunn ved brudd på EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 1.

vensjonspartene «ikke [er] forpliktet til å etablere ordninger med objektivt erstatningsansvar for krenkelse av konvensjonsrettigheter» (avsnitt 39).¹²⁸³

Om det helt generelt kan antas at kravet til et tilstrekkelig kvalifisert brudd for å nå frem med et EU/EØS-basert erstatningskrav mot EU/EØS-statene eller en EU/EØS-institusjon er uproblematisk i forhold til EMK, synes likevel ikke opplagt. Selv om EMD-praksis knyttet til EMK artikkel 13, 41 og 46 viser at det ikke gjelder noe generelt krav om et helt objektivt ansvar for konvensjonskrenkelser, er jeg ikke kjent med at EMD ved noen anledning har knyttet erstatningsansvar til eksistensen av et tilstrekkelig kvalifisert (enn si åpenbart og grovt) brudd på konvensjonen.¹²⁸⁴ Når denne problematikken likevel ikke vil bli forfulgt videre i det følgende, skyldes det at den er uten nevneverdig interesse for norsk rett. Det rettslige grunnlag for norske myndigheters plikt til å yte erstatning for skade forårsaket av brudd på grunnleggende rettigheter vil være menneskerettsloven § 1 og målestokken vil være de krav til nasjonal erstatningsrett som følger direkte av EMK. Om det i EU/EØS-rettslig sammenheng må lempes på ansvarsterskelen i enkelte tilfeller (eksempelvis slik at brudd på visse grunnleggende rettigheter uten videre anses som tilstrekkelig kvalifisert), er derfor uten praktisk betydning for norsk rett. Noen nærmere redegjørelse for hvilke krav EMK stiller til norsk erstatningsrett vil ikke bli gitt i denne sammenheng – selv om det absolutt synes å være behov for nærmere undersøkelser av denne problematikken, hører ikke dette hjemme i en EØS-rettslig avhandling.

Det kan tilføyes at saksforholdet i *Sison II* neppe var det beste utgangspunkt for en prinsipiell vurdering av EU-institusjonenes erstatningsansvar for krenkelse av grunnleggende rettigheter. Krenkelsen av saksøkers eiendomsrett skyldtes at Rådet med urette hadde antatt at to nederlandske rettsavgjørelser som knyttet saksøker til en terrororganisasjon på Filippinene utgjorde et tilstrekkelig grunnlag for å «fryse» hans midler i europeiske banker. De nederlandske avgjørelsene gjaldt imidlertid bare myndighetenes avslag på saksøkers søknad om oppholdstillatelse i Nederland (som ble avslått under henvisning til hans terrortilknytning). Underretten fortolket den aktuelle forordning slik at dette ikke kunne være tilstrekkelig – ifølge Underretten er det bare nasjonale rettsavgjørelser som direkte gjelder straffeforfølgning for terrorisme som i seg selv utgjør et tilstrekkelig grunnlag for økonomiske sanksjoner fra EU. Resultatet av denne fortolkningen – som Underretten selv karakteriserte som innskrenkende («en snæver fortolkning») – var at Rådet ikke hadde hjemmel for å fryse saksøkers midler, noe som igjen ledet til at det forelå en krenkelse av EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 1. Samtidig fremgikk det av sakens dokumenter at det nok var all mulig

¹²⁸³ Se tilsvarende Fairgrieve 2002 s. 85 flg., som argumenterer for at ansvarsgrunnlaget i engelsk rett for erstatning for krenkelser av EMK-rettigheter bør la seg inspirere av EU-rettens krav til tilstrekkelig kvalifiserte brudd og som dermed forutsetter at dette vil være tilstrekkelig til å tilfredsstillte konvensjonens krav.

¹²⁸⁴ Jf. omtalen av den nevnte artikkel hos Harris/O'Boyle/Warbrick 2009 og Lorenzen m.fl. 2011. Se også redegjørelsen for betydningen av EMK artikkel 41 ved brudd på eiendomsvernet i protokoll 1 artikkel 1 hos Solheim 2010 s. 100 flg.

grunn til å tro at saksøker hadde en ledende rolle i det filippinske kommunistpartiets gerilja, noe Underretten også fremhevet i ansvarsvurderingen (avsnitt 70-73).

7.13 Ansvarsterskelen ved krav om erstatning for ikke-økonomisk skade

Vilkårene for krav om erstatning for ikke-økonomiske tap er i utgangspunktet de samme som ved krav om erstatning for økonomiske tap.¹²⁸⁵ Samtidig er det etter min oppfatning holdepunkter i rettspraksis for å hevde at vurderingen av om det foreligger et ansvarsgrunnlag avviker noe i tilfeller hvor det er spørsmål om erstatning for ikke-økonomisk skade, i hvert fall dersom man holder utenfor saker som gjelder ikke-økonomiske følger av personskader. Sakene hvor markedsaktører, det være seg privatpersoner eller selskaper, er tilkjent erstatning for ikke-økonomisk skade på sitt gode navn og rykte, kjennetegnes av at institusjonenes rettstridige atferd fremstår som kvalifisert klanderverdig, jf. eksempelvis saker som *Embassy Limousines*, *New Europe Consulting*, *Hautem*, *Nikolaou*, *Franchet og Byk*, *Systran* og *Idromacchine*.¹²⁸⁶

7.14 Faktiske villfarelser

Myndighetenes overtredelse av privates EU/EØS-rettslige rettigheter kan selvsagt bero på villfarelser knyttet til sakens faktiske omstendigheter snarere enn til forståelsen av EU/EØS-rettens innhold. Mest praktisk er dette for overtredelser forårsaket av forvaltningen. Også lovgiver kan imidlertid komme i skade for å overtre EU/EØS-retten som en følge av faktiske villfarelser – det kan eksempelvis tenkes at lovgivers oppfatning av en restriksjon på en av EU/EØS-rettens grunnfrierheter som nødvendig og forholdsmessig, viser seg å hvile på sviktende faktisk grunnlag.

I prinsippet kan også domstolenes forsvar av privates EU/EØS-rettigheter svikte som følge av uriktig bedømmelse av sakens faktiske omstendigheter.¹²⁸⁷ EU-domstolen stadfestet dette da den i *Traghetti* underkjente italienske regler som bl.a. utelukket statlig erstatningsansvar i tilfeller hvor rettsbruddet måtte tilskrives domstolenes be-

¹²⁸⁵ Jf. slik bl.a. Vaquer 2008 s. 40.

¹²⁸⁶ Sak T-203/96, *Embassy Limousines mot EU-parlamentet*, Sml. 1998 s. II-4239; sak T-231/97, *New Europe Consulting og Brown mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. II-2403; sak T-11/00, *Hautem mot Den europeiske investeringsbank*, Sml. 2000 s. II-4019; sak T-259/03, *Nikolaou mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-99*, sak T-48/05, *Franchet og Byk mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-1585; sak T-19/07, *Systran mot Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-6083 og sak T-88/09, *Idromacchine mot Kommisjonen*, dom 8. november 2011 (påanket).

¹²⁸⁷ Sml. forarbeidene til særregelen i tvisteloven § 20-12 om statens ansvar for sakskostnader som skyldes feil ved rettens behandling av en sak, hvor det er forutsatt at feil i rettens bedømmelse av faktum ikke kan utløse ansvar, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 452. I tilfeller hvor vilkårene for EØS-ansvaret er oppfylt, må det sees bort fra dette unntaket.

dømmelse av faktum. EU-domstolen påpekte i den forbindelse at bedømmelse av faktum utgjør «et væsentlig led i den judicielle virksomhet» ettersom «anvendelsen af retsreglerne på det konkrete tilfælde, uanset hvilken fortolkning den nationale domstol, for hvem en bestemt sag er indbragt, måtte have anlagt heraf, ofte afhænger af dens bedømmelse af de faktiske omstændigheder i sagen samt værdien og relevansen af de beviser, som sagens parter har fremlagt i så henseende» (avsnitt 38). EU-domstolen fulgte opp med å påpeke at uriktig bedømmelse av faktum under visse omstendigheter *i seg selv* kunne bero på åpenbar tilsidesettelse av gjeldende rett «uanset om bedømmelsen foretages i forbindelse med anvendelsen af særlige regler om bevisbyrde, bevisers verdi eller det bevismateriale, som kan fremlægges, eller i forbindelse med anvendelsen af regler, som forudsætter en retlig subsumption af faktum» (avsnitt 39). Dette ledet frem til følgende konklusjon (avsnitt 40):

«Såfremt man under sådanne omstændigheder fuldstændig udelukkede, at staten kan ifalde ansvar, når den tilsidesættelse, som den nationale domstol hævdes at have begået, vedrører dennes bedømmelse af faktum eller beviser, ville det princip, som er opstillet i Köbler-dommen, også blive berøvet sin effektive virkning hvad angår de åbenbare tilsidesættelser af fællesskabsretten, som kan tilregnes nationale domstole, der træffer afgørelse i sidste instans»

Verken EU-domstolen eller EFTA-domstolen har hittil hatt foranledning til å gå inn på spørsmålet om andre myndighetsorganers faktiske villfarelser, men det er liten grunn til at uttalelsene i *Traghetti* ikke skulle ha generell gyldighet.¹²⁸⁸

For EUs eget erstatningsansvar følger det av fast rettspraksis at kompleksiteten av de faktiske forhold er et relevant moment i ansvarsvurderingen.¹²⁸⁹ Opprinnelig ble dette trukket frem som et moment som tilsa at EU-institusjonenes ansvar ikke kunne være særlig strengt når de forsøkte å regulere komplekse rettsområder, altså primært knyttet til institusjonenes ansvar for generelle rettsakter som i ettertid viste seg å stride mot ranghøyere EU-rett. I realiteten fungerte henvisninger til kompleksiteten av de faktiske forhold her som et argument for hvorfor EU-institusjonene måtte innrømmes en viss skjønnsfrihet, noe som igjen fikk følger for ansvarsterskelen. Etter hvert har det imidlertid vokst frem en erkjennelse av at det også er grunn til å vektlegge kompleksiteten av de faktiske forhold i tilfeller hvor institusjonene er pålagt å treffe individuelle avgjørelser på saksområder hvor fastlegging av faktum byr på vel så store utfordring-

¹²⁸⁸ Men merk at EU-domstolen i *Traghetti* knyttet ansvarsvurderingen til kriteriet «åpenbar tilsidesettelse af gjældende ret» ettersom det var snakk om statlig erstatningsansvar for feil begått av domstolene. I andre tilfeller vil spørsmålet om det foreligger et tilstrekkelig kvalifisert brudd bero på om overtredelsen av de aktuelle EU/EØS-reglene fremstår som åpenbart og grovt.

¹²⁸⁹ Jf. for eksempel sak C-352/98 P, *Bergaderm mot Kommisjonen*, [P] Sml. 2000 s. I-5291 (avsnitt 40); sak C-312/00 P, *Kommisjonen mot Camar og Tico*, [P] Sml. 2002 s. I-11355 (avsnitt 52); sak C-198/03 P, *Kommisjonen mot CEVA og Pfizer*, [SK] Sml. 2005 s. I-6357 (avsnitt 62); sak C-282/05 P, *Holcim mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2007 s. I-2941 (avsnitt 50) og sak C-440/07 P, *Kommisjonen mot Schneider Electric*, [SK] Sml. 2009 s. I-6413 (avsnitt 161).

er som jussen. Underrettens aksept av dette vant tilslutning fra EU-domstolen i ankesaken *Holcim* fra 2007 og ble deretter stadfestet i storkammeravgjørelsen *Schneider* fra 2009.¹²⁹⁰ Noen nærmere veiledning gir EU-domstolens praksis likevel ikke på dette punkt – Underrettens konkrete vurdering av saksforholdets kompleksitet faller utenfor EU-domstolens kompetanse som ankeinstans.¹²⁹¹

Fra Underrettens praksis er *MyTravel* særlig illustrerende. Saken gjaldt Kommisjonens erstatningsansvar for rettsstridig inngripen mot en fusjon mellom to pakkereiseselskaper. I ansvarsvurderingen påpekte Underretten at Kommisjonen i sin vurdering av fusjonens virkning «langt fra byggede sin fremtidsanalyse på vægtige beviser og foretog en række fejlvurderinger vedrørende forhold, der var af betydning for vurderingen af en eventuel skabelse af en kollektiv dominerende stilling».¹²⁹² Underretten bemerket videre at Kommisjonens økonomiske analyse hvilte på «en ufuldstendig og ukorrekt bedømmelse af de oplysninger, som den modtog i forbindelse med den administrative procedure», at den «fortolkede et dokument uden at respektere dets ordlyd og teleologiske indhold [!], selv om den besluttede at fastholde det som et dokument, der er væsentligt for dens bedømmelse» og at den «så bort fra visse oplysninger i det dossier, som det omhandlede dokument henviste til» (avsnitt 86). Etter Underrettens oppfatning var dette likevel *ikke* ansvarsbetingende ettersom Kommisjonen samlet sett hadde foretatt en «omhyggelig undersøgelse af de indgivne oplysninger i forbindelse med den administrative procedure» (avsnitt 88).

Ansvarsvurderingen i *MyTravel* må sees i lys av de særlige utfordringer som er forbundet med Kommisjonens vurdering av en fusjons innvirkning på det berørte marked, herunder det som Underretten betegnet som «komplekse og vanskelige intellektuelle fremstillinger, hvori der kan indsnige sig mangelfuldheder såsom tilnærmelser og uoverensstemmelser eller endog unldadelser» (avsnitt 81).¹²⁹³ Underretten har imidlertid gitt uttrykk for lignende synspunkt også i saker fra andre rettsområder.¹²⁹⁴

I den nærmere analyse av den erstatningsrettslige betydning av faktiske villfarelser kan det være hensiktsmessig å se hen til om den uriktige bedømmelsen av faktum i

¹²⁹⁰ Jf. *Holcim*, avsnitt 51; *Schneider*, avsnitt 161.

¹²⁹¹ Jf. eksempelvis *Holcim*, avsnitt 55.

¹²⁹² Sak T-212/03, *MyTravel Group mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-1967 (avsnitt 79).

¹²⁹³ Se også avsnitt 83, hvor det påpekes at Kommisjonen må innrømmes «et vist spillerum, når den skal vælge imellem de økonomiske redskaber, den disponerer over, og når den skal vælge, hvilken indfaldsvinkel der er passende for undersøgelsen af et spørgsmål».

¹²⁹⁴ Jf. for eksempel sak T-429/05, *Artegodaan mot Kommisjonen (II)*, Sml. 2010 s. II-491 (godkjenning av legemidler) og sak T-341/07, *Sison mot Rådet (II)*, dom 23. november 2011 (terrorbekjempelse). EU-domstolen gikk inn på saksområdet kompleksitet som en unnskyldningsgrunn i den avsluttende dommen i *Artegodaan II*, men dette var heller ikke påkrevd da EU-domstolen var av den oppfatning at Kommisjonens rettsvillfarelse uansett var unnskyldelig.

seg selv skyldes brudd på konkrete EU/EØS-rettslige regler eller «bare» på mer generelle forpliktelser til å sørge for et forsvarlig faktisk grunnlag for en avgjørelse. Som eksempler på førstnevnte viste generaladvokat Léger i sin innstilling i *Traghetti* til flere direktiver som inneholder regler om bevisbyrde i tilfeller hvor det gjøres gjeldende at det foreligger diskriminering som følge av kjønn, rase eller etnisk opprinnelse.¹²⁹⁵ Dersom det foreligger et tilstrekkelig kvalifisert brudd på det som EU-domstolen i *Traghetti* omtalte som særlige regler om «bevisbyrde, bevisers verdi eller det bevismateriale, som kan fremlægges», og dette er årsak til tilsidesettelsen av skadelidtes EU/EØS-rettslige rettigheter, er det tilstrekkelig til å statuere ansvar.¹²⁹⁶

I enkelte tilfeller inneholder EU/EØS-regelverket nærmere regler om hvordan myndighetene må gå frem for å fastlegge det relevante rettsfaktum. Som påpekt avslutningsvis i punkt 7.6.5 viser praksis knyttet til EU-institusjonenes erstatningsansvar at EU-domstolene tidvis innrømmer myndighetene et visst skjønn med hensyn til hvillke undersøkelser som foretas, måten dette gjøres på, hvor store ressurser som settes inn mv. I en rettslig prøving av avgjørelsenes gyldighet er dette uten betydning – domstolene vil i utgangspunktet felle sin dom basert på det faktum som de finner bevist, uavhengig av om myndighetene kan klandres for en eventuell faktisk villfarelse eller ikke. I erstatningsrettslig sammenheng vil imidlertid myndighetene i slike tilfeller nyte godt av den høyere ansvarsterskelen som gjelder ved brudd på EU/EØS-regler som gir myndighetene et ikke ubetydelig skjønn, jf. senest Underrettens dom 16. mai 2013 i ak T-437/10, *Gap SA granen & producten mot Kommisjonen*.

I fravær av konkrete EU/EØS-rettslige regler knyttet til fastleggelse av det faktiske grunnlag for en avgjørelse må oppmerksomhetene rettes mot mer generelle EU/EØS-rettslige føringer. For domstolenes vedkommende er disse av beskjedne betydning – EU-domstolen anerkjenner i utgangspunktet forhandlingsprinsippet i sivilprosessen som skranke for domstolenes plikt til å sørge for sakens opplysning.¹²⁹⁷ I erstatningsrettslig sammenheng fører dette til at domstolene ikke bærer ansvaret dersom svakheter ved en parts bevisførsel leder til at subsumsjonen under en EU/EØS-rettslige regel hviler på det som i ettertid viser seg å være en uriktig bedømmelse av sakens faktiske omstendigheter. Dette gjelder likevel ikke unntaksfritt – bl.a. på forbrukervernrettens område har EU-domstolen innfortolket en plikt til aktiv inngripen fra domstolene under henvisning til behovet for å avhjelpe styrkeforskjellen mellom de næringsdrivende og forbrukerne.¹²⁹⁸ I tilfeller hvor nasjonal prosessrett pålegger domstolene ansvar for

¹²⁹⁵ Innstilling i *Traghetti*, avsnitt 45.

¹²⁹⁶ Det nærmere innhold i vurderingstemaet «tilstrekkelig kvalifisert brudd» vil her som ellers variere avhengig av om bruddet må tilskrives domstolene eller andre myndigheter.

¹²⁹⁷ Jf. særlig EU-domstolens prinsipputtalelse om dette i forente saker C-430/93 og C-431/93, *van Schijndel og van Veen mot Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, [P] Sml. 1995 s. I-4705.

¹²⁹⁸ Jf. den etter hvert nokså lange rekke av avgjørelser som begynte med forente saker C-240/98 m.fl., *Océano Grupo Editorial m.fl. mot Quintero m.fl.*, [P] Sml. 2000 s. I-4921 og som i senere tid er stadfestet bl.a. i sak C-76/10, *Pohotovost' mot Korčkovská*, [A3] Sml. 2010 s. I-11557; sak C-472/10, *Hatóság mot Invitel*, [A5] dom 26. april 2012 og sak C-618/10, *Banco Español de Crédito mot Camino*, [A5] dom 14. juni 2012.

å sørge for et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag,¹²⁹⁹ innebærer dessuten det EU/EØS-rettslige ekvivalensprinsippet at dette vil gjelde tilsvarende for sammenlignbare saker fra EU/EØS-rettens område.¹³⁰⁰ For domstolene er det dessuten grunn til å ha in mente at det EU/EØS-rettslige effektivtetsprinsippet vil kunne legge begrensninger på adgangen til å avskjære bevisførsel som en part anser nødvendig for å underbygge EU/EØS-rettslige anførsler, selv om det nok skal mye til for at det kan anses åpenbart at bevisavskjæring har gjort det «umulig eller uforholdsmessig vanskelig» for en part å håndheve sine EU/EØS-rettslige rettigheter.

For øvrige myndighetsorganer vil EU/EØS-rettens generelle saksbehandlingsprinsipper, herunder et ulovfestet krav til forsvarlig utredning av faktum, komme til anvendelse. Det nærmere innhold i EU/EØS-rettens krav til myndighetenes opplysning av en sak faller utenfor rammene for fremstillingen her,¹³⁰¹ men Underrettens angivelse av vurderingstemaet i erstatningsaker som *MyTravel* fortjener likevel oppmerksomhet. Under henvisning til tidligere praksis utla Underretten prinsippet om god forvaltningsskikk dit hen at en EU-institusjon først vil kunne holdes erstatningsansvarlig «såfremt der konstateres en ulovlighet, som under tilsvarende omstendigheter ikke ville være blevet begået af en normalt forsigtig og påpasselig administration».¹³⁰² Det var opp mot denne normen Underretten vurderte de ovenfor omtalte manglene ved Kommisjonens utredning og vurdering av saksforholdet som unnskyldelig, noe som viser hvordan det ulovfestede kravet til forsvarlig utredning av faktum i erstatningsrettslig sammenheng ender opp som en nokså tradisjonell culpavurdering.

Kort oppsummert etterlater EU-domstolenes praksis et ikke ubetydelig rom for faktisk villfarelse som unnskyldningsgrunn. Fra et norsk perspektiv synes løsningen ikke vesensforskjellig fra Høyesteretts krav til «vesentlege feil» knyttet til det faktiske grunnlaget før en forbigått tilbyder kan kreve erstatning for tapt fortjeneste, jf. Rt. 2001 s. 1062 *Nucleus*. Kontrasten er derimot større til den etablerte oppfatning i norsk rett av det offentliges erstatningsansvar for forvaltningsavgjørelser som viser seg å hvile på feil faktum – oppfatningen i litteraturen synes å være at dette i henhold til etablert norsk rett som regel vil være ansvarsbetingende.¹³⁰³

¹²⁹⁹ Jf. for norsk retts vedkommende straffeprosessloven § 294 og tvisteloven § 21-3.

¹³⁰⁰ Se Fredriksen 2008 s. 321 flg. for en nærmere redegjørelse for ekvivalensprinsippetets betydning for domstolenes plikt til å håndheve EU/EØS-rettslige regler av eget tiltak.

¹³⁰¹ Se nærmere om EU-rettens krav til sakens opplysning hos Fenger 2004 s. 239 flg.

¹³⁰² *MyTravel*, avsnitt 49, under videre henvisning til Underrettens avgjørelser i sakene T-198/95 m.fl., *Comafri-ca og Dole mot Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-1975 (avsnitt 134) og T-285/03, *Agraz m.fl. mot Kommisjonen (dom nr. 1)*, Sml. 2005 s. II-1063 (avsnitt 40).

¹³⁰³ Se nærmere om dette avslutningsvis i punkt 7.16.2.

7.15 Villfarelser knyttet til forståelsen av nasjonal rett

Etter omstendighetene kan årsaken til bruddet på EU/EØS-rettslige forpliktelser ligge i villfarelser knyttet til forståelsen av *nasjonal rett*. Et norsk eksempel gir *Finanger II*, hvor lovgiver med urette hadde ansett dagjeldende bokstav c i bilansvarsloven § 7 tredje ledd som en medvirkningsregel som gikk klar av motorvognforsikringsdirektivene. Høyesterett var imidlertid av den oppfatning at bestemmelsen var en direktivstridig utelukkelsesregel, noe som ledet til at flertallet la til grunn at bruddet på direktivene «først og fremst [består] i en feiltolkning av en norsk lovbestemmelse» (avsnitt 83). Dette ble fulgt opp med følgende prinsipielle betraktning (avsnitt 84):

«Selv om klassifiseringen av regelen vil kunne anses diskutabel, kan dette etter min mening ikke påberopes som et moment i statens favør. En uriktig forståelse av en nasjonal lovregel må staten bære risikoen for.»

Høyesterett fant støtte for dette standpunktet i *Dillenkofer*, hvor EU-domstolen uttalte at en stat ikke kan påberope seg «bestemmelser, praksis eller forhold i sin nationale retsorden som begrunnelse for ikke at overholde forpliktelse og frister i henhold til et direktiv» (avsnitt 53). Nå skyldes ikke tyske myndigheters brudd på pakkereisedirektivet at man feilaktig hadde antatt at nasjonal rett alt oppfylte direktivets krav, men derimot utfordringer knyttet til å få fremforhandlet en direktivkonform garantiordning med aktørene i bransjen. I utgangspunktet må det likevel være riktig at EU-domstolens avstandstagen fra nasjonale unnskyldningsgrunner også omfatter villfarelser knyttet til forståelsen av nasjonal rett.¹³⁰⁴ Vurderingen av om det foreligger et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EU/EØS-retten må skje i lys av den rettsstilstand som de øverste nasjonale domstoler har lagt til grunn som gjeldende nasjonal rett, ikke ut fra den feilaktige oppfatning av nasjonal rett som lovgiver og/eller forvaltning har basert seg på.

Et mer renskåret eksempel enn *Finanger II* gir saksforholdet i *Kolbeinsson*. Selv om islandske myndigheter skulle ha vært fullt ut innforstått med hvilke krav EØS-avtalen stiller til nasjonale sanksjoner ved arbeidsgivers brudd på EØS-reglene om helse og sikkerhet på arbeidsplassen, så var det vel nærliggende å anta at eksisterende islandsk erstatningsrett levde opp til disse kravene. På sett og vis oppstod bruddet på effektivitetsprinsippet først da det i ettertid viste seg at Islands Høyesterett mente at islandsk rett gav grunnlag for å avkorte Kolbeinssons erstatningskrav mot sin arbeidsgiver til null. Fra et EU/EØS-rettslig perspektiv kan det likevel vanskelig aksepteres at den islandske lovgiver (som Kolbeinssons søksmål endte opp med å bli rettet mot) i ettertid anfører en slik rettsvillfarelse som en unnskyldningsgrunn. Som EFTA-domstolen tilnærming i saken viser, må ansvarsvurderingen ta utgangspunkt i den rettsstilstand som de øverste nasjonale domstoler har lagt til grunn som gjeldende nasjonal rett, for så å vurdere om staten som helhet har gjort seg skyld i et tilstrekkelig kvalifisert brudd på sine EØS-rettslige forpliktelser.

¹³⁰⁴ Jf. også Sørnum 2006 s. 135.

Selv om det prinsipielle utgangspunktet synes klart nok, viser *Finanger II* at det etter omstendighetene vil kunne by på betydelige utfordringer å avgjøre om et brudd på EU/EØS-rettslige forpliktelser skyldes villfarelser knyttet til forståelsen av nasjonal snarere enn europeisk rett. I tilfeller hvor systematikken i EU/EØS-regelverket bryter med systematikken i nasjonal rett, vil det gjerne være utfordringene knyttet til å forstå EU/EØS-rettens krav til nasjonal rett som leder til det som i *Finanger II* ble karakteriserte som en feilaktig «klassifisering» av en nasjonal rettsregel. Etter min oppfatning treffer Graver godt når han påpeker at årsaken til feilene knyttet til den norske gjennomføringen av motorvognforsikringsdirektivene «var den manglende kompatibilitet mellom den særnorske varianten med et eget bilansvar med betalingsplikt for forsikringsselskapene og direktivets forutsetning om tvungen ansvarsforsikring for å dekke et føreransvar etter vanlige erstatningsregler».¹³⁰⁵ Hermed er ikke sagt at feil som oppstår som følge av slik manglende «systemkompatibilitet» ikke kan være ansvarsbetingende,¹³⁰⁶ men det er diskutabelt om det er treffende å si at det «bare» er et spørsmål om forståelsen av nasjonal rett.¹³⁰⁷

Det faller utenfor rammene for denne avhandlingen å redegjøre detaljert for de krav som motorvognforsikringsdirektivene stiller til de norske reglene om bilansvar, men det bør nevnes at senere praksis fra EU-domstolen har presisert at det må sondres skarpt mellom spørsmålet om forsikringsdekning (som direktivene regulerer) og spørsmålet om hvilke ansvarsregler som gjelder for trafikkulykker (som direktivene ikke regulerer), jf. sak C-484/09, *Santos mot Companhia Europeia de Seguros*, [A5] Sml. 2011 s. I-1821 (avsnitt 39 flg.); sak C-409/09, *Lavrador og Bonifácio mot Companhia de Seguros Fidelidade-Mundial*, [A5] Sml. 2011 s. I-4955 (avsnitt 31 flg.); sak C-442/10, *Churchill Insurance mot Wilkinson*, [A5] dom 1. desember 2011 (se særlig avsnitt 24) og sak C-300/10, *Almeida mot Companhia de Seguros Fidelidade-Mundial m.fl.*, [SK] dom 23. oktober 2012 (avsnitt 34 flg.). På dette grunnlag kan det hevdes at så vel *Finanger I* (både EFTA-domstolen og Høyesterett) og *Finanger II* (Høyesterett, mht. «feil nr. 1») treffer på siden av sakens kjerne. Direktivenes kobling mellom underliggende erstatningsansvar og forsikringsdekning leder til at EØS-rettens krav til bilansvarsloven styres av det personlige ansvaret en bilfører har i henhold til gjeldende norsk erstatningsrett. Ut over det underliggende erstatningsansvaret, står lovgiver fritt til å fastlegge den forsikringsdekningen som man ønsker. Dersom man, som i norsk rett, som hovedregel og utgangspunkt pålegger trafikkforsikringsselskapene et mer vidtrekkende ansvar, så er det uproblematisk om man samtidig innfører større eller mindre unntak fra eller begrensninger i denne overskytende forsikringsdekningen. Problemet med en bestemmelse som dagjeldende bokstav c i bilansvarsloven § 7 tredje ledd er følgelig ikke at den utelukket skadelidte som *Finanger* fra forsikringsdekningen, men at den også gjorde det i tilfeller hvor det ikke var

¹³⁰⁵ Graver 2005 s. 4.

¹³⁰⁶ Se nærmere Graver 2005 s. 5, som tvert i mot argumenterer godt for at det må være nasjonale myndigheter som må ha ansvaret for at nasjonale rettslige ordninger i utgangspunktet er dårlig tilpasset det system EU/EØS-retten bygger på.

¹³⁰⁷ Se imidlertid Sørum 2006 s. 136, som konkret med henblikk på *Finanger II* mener at det var treffende av flertallet å betrakte «feil nr. 1» som en misforståelse av innholdet i norsk rett.

grunnlag for å utelukke førerens personlige ansvar (forutsetningsvis ut fra alminnelige medvirkningsbetraktninger). Spørsmålet om bestemmelsen måtte klassifiseres som en «unntaksregel» eller som en «medvirkningsregel» er slik sett uten betydning – selv om man, som mindretallet i *Finanger II*, heller mot å betegne bestemmelsen som en medvirkningsregel, så er det snakk om en *forsikringsrettslig* medvirkningsregel som er direktivstridig fordi den er *strengere* overfor en passasjer som Finanger enn den *erstatningsrettslige* medvirkningsregel som gjaldt rettsforholdet mellom henne og bilføreren. Etter min oppfatning er derfor den eneste feilen i *Finanger II* det som ble betegnet som «feil nr. 2». I vurderingen av om denne feilen var ansvarsbetingende eller ikke, deler jeg flertallets vurdering (avsnitt 98-102). Etter min oppfatning fremgår det temmelig klart av direktivene at det kreves full forsikringsdekning av førerens underliggende erstatningsansvar. Med utgangspunkt i den norske bilansvarsordningen er det ikke vanskelig å forstå at koblingen til førerens personlige ansvar ble oversett, men dette skyldes altså de norske reglene på området. I EØS-rettslig sammenheng kan ikke dette unnskyldes et brudd på direktivene som for øvrig fremstår som tilstrekkelig kvalifisert.

7.16 En sammenligning med etablert norsk erstatningsrett

7.16.1 Innledning

Underveis i fremstillingen ovenfor er det foretatt sideblikk til «intern» norsk erstatningsrett i tilfeller hvor det har vært nærliggende å påpeke likheter eller forskjeller mellom etablerte norske ansvarsregler og EØS-ansvaret. Strukturen i fremstillingen har imidlertid hele tiden vært styrt av EØS-retten. Når det avslutningsvis skal gjøres et forsøk på å «dreie scenen» og sammenligne EØS-ansvaret med utgangspunkt i etablerte norske regler om det offentlige erstatningsansvar, synes det hensiktsmessig å sondre mellom ansvarsvurderingen i tilfeller av EØS-stridige enkeltvedtak (punkt 7.16.2), i tilfeller av EØS-stridige forskrifter (punkt 7.16.3), i tilfeller av EØS-stridig lovgivning (punkt 7.16.4), i tilfeller av EØS-stridige rettsavgjørelser (punkt 7.16.5) og i visse andre tilfeller (punkt 7.16.6). Som påpekt i kapittel 1, punkt 1.1, faller imidlertid en generell redegjørelse for norske rettsregler om offentligrettslig erstatningsansvar langt utenfor rammene for denne avhandlingen. Formålet med denne avsluttende sammenstillingen er derfor først og fremst å få frem i hvilke typetilfeller EØS-ansvarsgrunnlaget «tilstrekkelig kvalifisert brudd» kan antas å få praktisk betydning i norsk rett. Det følger av dette at i tilfeller hvor det uansett må legges til grunn at etablert norsk erstatningsrett tilbyr private et minst like godt erstatningsrettslig vern som det som følger av EØS-retten, så vil det ikke bli gjort noe forsøk på å avklare rent nasjonale stridsspørsmål knyttet til det eksakte innholdet av de norske ansvarsreglene.

Det er grunn til å presisere at fremstillingen her bare tar mål av seg til å sammenstille EU/EØS-ansvarsgrunnlaget med *forutsetningsvis eksisterende ansvarsgrunnlag* etter etablert norsk erstatningsrett, ikke å drøfte spørsmålet om når det som Høyesterett i *Finanger II* omtalte som fravær av brudd på «en materiell internrettslig rettsnorm» leder til at EØS-ansvaret er eneste alternativ. Med

tanke på ansvarsvurderingene i tilfeller av EØS-stridige enkeltvedtak (punkt 7.16.2) innebærer dette at EØS-ansvarsterskelen «tilstrekkelig kvalifisert brudd» sammenstilles med ansvarsvurderingen i et tilfelle hvor et slikt vedtak forutsetningsvis er ugyldig som følge av brudd på EØS-forpliktelser. Spørsmålet om et enkeltvedtak må kjennes ugyldig fordi det bryter med EØS-forpliktelser som ikke er (korrekt) gjennomført i norsk rett, drøftes i kapittel 11. Annerledes formulert: I det følgende sammenstilles EØS-ansvaret og etablert norsk erstatningsrett i typetilfeller hvor sistnevnte forutsetningsvis tilbyr skadelidte selvstendig beskyttelse mot brudd på EØS-forpliktelser. Spørsmålet om hvor langt denne forutsetningen rekker, drøftes i kapittel 11.

7.16.2 Ansvarsvurderingen i tilfeller av ugyldige enkeltvedtak

Dersom brudd på EØS-avtalen leder til at et norsk enkeltvedtak må kjennes ugyldig (se kapittel 11), så oppstår spørsmålet om EØS-ansvarsterskelen «tilstrekkelig kvalifisert brudd» tilfører noe ut over det eksisterende «interne» ansvarsgrunnlaget i henhold til etablert norsk erstatningsrett. Svaret avhenger først og fremst av i hvilken utstrekning norske myndigheter har et objektivt erstatningsansvar for skade som private påføres som følge av ugyldige enkeltvedtak, noe som er omstridt.¹³⁰⁸ At kommunale myndigheter etter omstendighetene må innrømmes et visst rom for unnskyldelige rettsvillfarelser følger riktignok klart av avgjørelser som Rt. 1972 s. 578 *Randaberg*; Rt. 1987 s. 199 *Shinco*; Rt. 1995 s. 781 *Peelorg* og Rt. 1999 s. 1273 *Ottesen*. Omvendt er det tilsvarende klart at staten i visse tilfeller hefter på objektivt grunnlag, jf. Rt. 1987 s. 1495 *Reitgjerdet II* og Rt. 2005 s. 416 *Advokatbevillingsdommen*. I Rt. 2010 s. 291 *Vangen* uttalte imidlertid Høyesterett at det ikke er grunnlag for å hevde at det i norsk rett gjelder noen generell regel om objektivt ansvar for ulovhjemlet myndighetsutøvelse (avsnitt 33). Selv om dommen gjaldt en kommunes eventuelle erstatningsansvar for et ugyldig vedtak om å nekte bruksendring etter plan- og bygningsloven, er premissene formulert på et vis som levner liten tvil om at Høyesterett også hadde spørsmålet om statens ansvar for øyet.¹³⁰⁹ Hvilken prejudikatverdi dommen har med tanke på statens erstatningsansvar, er det høyst ulike oppfatninger av i litteraturen.¹³¹⁰ Det faller utenfor rammene for denne avhandlingen å drøfte dette

¹³⁰⁸ Se fra den senere tid for eksempel Eckhoff/Smith 2010 s. 508 flg.; Grøndalen 2013 s. 138-148; Hagstrøm 2010 s. 285-291; Hoel Lie 2012 s. 407-423; Lødrup/Kjelland 2009 s. 223; Liisberg 2010 s. 282-318 og Nisja/Sørli 2013 s. 311-316. En oversikt over eldre arbeider gis av Hagstrøm 2010 s. 285-286. For ordens skyld presiseres det at «objektivt ansvar» her, i tråd med etablert norsk terminologi, benyttes i betydningen «strict liability», altså slik at det ikke stilles noen ytterligere krav til ansvarsgrunnlaget enn at det foreligger et ugyldig vedtak. Som nevnt i punkt 7.4 benyttes betegnelsen i EU/EØS-rettslig sammenheng tidvis i en ganske annen betydning, nemlig som uttrykk for en helt objektiv vurdering av om en overtredelse er «tilstrekkelig kvalifisert», jf. bl.a. generaladvokat Tesaurus innstilling i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 78 flg.

¹³⁰⁹ Slik forstås dommen også av Hagstrøm 2010 s. 287 flg.; Hoel Lie 2012 s. 417 og Liisberg 2010 s. 287 (som nettopp kritiserer Høyesterett for å «bruke» saken til å uttale seg om statens ansvar).

¹³¹⁰ Se Hagstrøm 2010 s. 290-291 (som omfavner dommen); Hoel Lie 2012 s. 417-421 (som tolker dommen innskrenkende) og Liisberg 2010 s. 307-311 (som mener dommen er helt uten relevans for spørsmålet om statens ansvar). Et, så vidt meg bekjent første eksempel på at staten i kjølvannet av Vangendommen ble frifunnet under henvisning til at en ugyldig forvaltningsavgjørelse bygget på en rettsvillfarelse som var unnskyldelig, gir

nærmere. Det bør imidlertid påpekes at selv om man legger rettsoppfatningen i Vangendommen til grunn også med tanke på statens ansvar, så betyr ikke det at det generelt er avklart hvilket ansvarsgrunnlag som gjelder i ulike typetilfeller. Selv om Høyesterett nokså utvetydig gir uttrykk for at myndighetenes ansvar for feiltolking av en hjemmelslov «som hovedregel» reguleres av de alminnelige reglene for det offentlige arbeidsgiveransvar etter skadeserstatningsloven § 2-1 (avsnitt 34), så fremgår det uttrykkelig av dommen at det må gjøres unntak for rettsområder (eller bedre: typetilfeller) hvor det gjør seg gjeldende «særlige hensyn» (avsnitt 35). Spørsmålet blir jo da hvor mye som skal til før dette utgangspunktet må fravikes.¹³¹¹ Det er ikke grunnlag for å hevde at Høyesterett i Vangendommen distanserte seg fra de nevnte dommene Rt. 1987 s. 1495 *Reitgjerdet II* og Rt. 2005 s. 416 *Advokatbevillingsdommen*. Av disse er det først og fremst sistnevnte som kan gi en pekepinn på grensdragningen: Høyesteretts begrunnelse for objektivt ansvar for ulovhjemlet tilbakeholdelse av advokatbevilling ble her begrunnet med at advokaten ble fratatt sitt levebrød, men også at Advokatbevillingsnemndas avslag hadde et pønalt preg (avsnitt 65).¹³¹² I vurderingen av hvor inngripende nemndas vedtak var, må det imidlertid tas i betraktning at det «bare» var snakk om urettmessig tilbakehold av bevillingen for en periode på om lag fire og en halv måned, i et tilfelle hvor den i utgangspunktet var rettmessig tilbakekalt som følge av at advokaten ikke hadde fremlagt regnskaper og revisorberetning. Selv om Liisberg etter min oppfatning trekker det vel langt når han hevder at dommen etterlater et «betydelig» område for objektivt statsansvar,¹³¹³ så er det klart at hovedregelen som knesettes i Vangendommen ikke er mer enn nettopp en hovedregel. I den nærmere vurdering av om det foreligger «særlige grunner» for objektivt ansvar, må inngrepets art og grad stå sentralt, men det må også være rom for å trekke inn momenter som om det er snakk om kommunale eller statlige myndigheter, om skadelidte er en privatperson eller en profesjonell næringsdrivende osv.¹³¹⁴

En interessant underinstansavgjørelse i kjølvannet av Vangendommen er Oslo tingretts dom 11. oktober 2010 i sak *A mot Helse- og omsorgsdepartementet* (TOSLO-2010-66809). Staten ble her holdt ansvarlig på objektivt grunnlag for ugyldig tilbakekall av saksøkers autorisasjon som lege.

Borgarting lagmannsretts dom 22. november 2010 i saken *Hval sjokoladefabrikk mot Staten v/ Finansdepartementet* (LB-2010-12206).

¹³¹¹ Jf. nærmere Hoel Lie 2012 s. 420 og Liisberg 2010 s. 304-305. Sml. Nisja/Sørli 2013 s. 315-316, som tilsynelatende forsøker å «fryse fast» rettstilstanden ved å hevde at inntil Høyesterett eventuelt angir mer generelle vurderingskriterier så er det objektive ansvaret er avgrenset til de typene forvaltningsvedtak hvor Høyesterett allerede har oppstilt et slikt ansvarsgrunnlag (det vil si Rt. 1987 s. 1495 *Reitgjerdet II* og Rt. 2005 s. 416 *Advokatbevillingsdommen*).

¹³¹² I Rt. 1987 s. 1495 *Reitgjerdet II* var det snakk om statens erstatningsansvar for ulovhjemlet tvangsmessig tilbakeholdelse i psykiatrisk sykehus over en periode på nesten ti år, noe som leder til at saken knapt kan betegnes som noe grensetilfelle.

¹³¹³ Liisberg 2010, hhv. s. 292-293 og s. 304-305.

¹³¹⁴ Se særlig Liisberg 2010 s. 301-307.

Tingretten avviste at det er mulig å avgjøre generelt om staten på dette området er erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag eller ikke, i det det i stedet må foretas en nærmere vurdering av det foreliggende typetilfellet. Under henvisning til at Statens helsetilsyn med urette hadde lagt til grunn det tingretten karakteriserte som et «belastende faktum» (seksuelt krenkende atferd overfor kvinnelige pasienter) og at feilen medførte at saksøker mistet retten til å utføre sitt yrke, konkluderte retten med at det forelå «særlige hensyn» for objektivt ansvar. Vurderingen fremstår som en velbegrunnet og nyansert avveining av Vangendommen og Advokatbevillingsdommen. Legen ble tilkjent en erstatning på mer enn 5 millioner kroner. Dommen ble ikke anket av staten. Den konkrete tilnærmingen leder til at saken nok har begrenset verdi for helsepersonell fra andre EØS-stater som på mindre infamerende faktumgrunnlag nektes autorisasjon i Norge, selv om det skulle vise seg at nektelsen er uforenlig med det omfattende EØS-regelverket som gjelder på dette området.

I typetilfeller hvor det offentlige hefter på objektiv grunnlag, vil det EU/EØS-rettslige ansvarsgrunnlaget være uten direkte betydning. Om årsaken til at et enkeltvedtak er ugyldig skulle være brudd på EØS-rettslige forpliktelser, er i denne sammenheng uten interesse: Det følger av ekvivalensprinsippet at norske domstoler ikke kan behandle krav om erstatning for tap som skyldes EØS-stridige enkeltvedtak mindre fordelaktig enn erstatningskrav som skyldes vedtak som er ugyldige av andre grunner.

Selv om det ikke er noe som tyder på at Høyesterett hadde EØS-retten i tankene i Rt. 2010 s. 291 *Vangen*, så kan EØS-dimensjonen av denne grunn betraktes som et reelt hensyn som støtter opp under den oppfatning at det i norsk rett ikke bør knesettes noen helt generell regel om objektivt ansvar for ulovhjemlet myndighetsutøvelse: I motsatt fall ville ekvivalensprinsippet tvunget norske domstoler til å holde det offentlige erstatningsrettslig ansvarlig for et hvert brudd på EØS-rettslige forpliktelser som leder til at et forvaltningsvedtak må anses ugyldig.¹³¹⁵ Den omstendighet at et helt sentralt argument for objektivt ansvar for statlige forvaltningsmyndigheter – statens rolle som produsent av det regelverk som man deretter selv feiltolker – ikke treffer ved brudd på EØS-avtalen, endrer ikke dette. Hele poenget med ekvivalensprinsippet er at rettsbeskyttelsen av rettigheter utledet av regler produsert i Brussel må være minst like god som rettigheter utledet av opphavlig nasjonal rett. Dersom statene skulle kunne underkaste EU/EØS-baserte erstatningskrav et, for skadelidte, mindre fordelaktig ansvarsregime under henvisning til hvem som har produsert regelverket, så ville det være lite igjen av ekvivalensprinsippet.¹³¹⁶

¹³¹⁵ Noe som ble påpekt allerede av Arnesen 1997 s. 663 og som dannet bakteppe for hans argumentasjon for at utgangspunktet for det offentliges ansvar for ugyldige forvaltningsavgjørelser bør være et culpaansvar med ansvarspresumsjon (s. 670-671).

¹³¹⁶ Huitfeldt 2012 s. 433 stiller seg tvilende til dette standpunktet, men uten at han gjør noe forsøk på å begrunne sin skepsis. Det kan tilføyes at tingretten i Edquistsaken avviste (eller kanskje snarere: overså) ekvivalensprinsippets betydning da den påpekte at tolkningen av gjennomførte EØS-regler påvirkes av forhold som ligger utenfor statens kontroll og uttalte av at det ville være «tilfeldig» og «urimelig» dersom statens erstatningsansvar for brudd på gjennomførte EØS-regler skulle være strengere enn ansvaret for brudd på EØS-regler som ikke er

Via ekvivalensprinsippet rammer EØS-retten også et annet argument som tidvis anføres for et objektivt ansvar for ugyldige forvaltningsvedtak, nemlig det synspunkt at det ikke er noe stort problem med en noe mer tilbakeholden tilnærming fra forvaltningen i tilfeller hvor hjemmelsgrunnlaget fremstår som uklart: Forvaltningen kan jo bare gjøre lovgiver oppmerksom på hjemmelsproblemet, hvoretter lovgiver kan avklare spørsmålet med tanke på fremtidige saker.¹³¹⁷ I et EU med 27 medlemsstater og omstendelige lovgivningsprosesser er dette ikke særlig praktisk. Og for EFTA-statene er det tilnærmet utenkelig at myndighetene kan få avklart usikkerhet knyttet til EØS-rettens innhold på noen annen måte enn gjennom å treffe vedtak i samsvar med egen rettsoppfatning, for deretter om nødvendig å forsvare standpunktet i domstolene. Mangelen på alternative tilnærminger for avklaring av et uklart hjemmelsgrunnlag kan imidlertid vanskelig være tilstrekkelig til å unnsnippe ekvivalensprinsippet. I realiteten er dette bare en konsekvens av at EØS-regelverket produseres i Brussel og som nevnt ville det være lite igjen av ekvivalensprinsippet dersom EØS-statene kunne forskjellsbehandle EU/EØS-baserte erstatningskrav på dette grunnlag.

Her som ellers vil det imidlertid kunne by på problemer å avgjøre hvilke EØS-relaterte forvaltningsvedtak som er sammenlignbare med avgjørelser hvor det offentlige hefter på objektivt grunnlag i henhold til etablert norsk erstatningsrett (se kapittel 3, punkt 3.5). I typetilfeller hvor det er usikkert hvilket ansvarsgrunnlag som gjelder, oppstår dessuten spørsmålet om norske domstoler kan se hen til sakens EØS-rettslige tilknytning i vurderingen av om det foreligger slike «særlige grunner» som nevnt i Rt. 2010 s. 291 *Vangen*. Prinsipielt må dette besvares benektende – ekvivalensprinsippet krever at norske domstoler foretar en hypotetisk vurdering av hvilket ansvarsgrunnlag som ville kommet til anvendelse dersom sakens EØS-tilknytning tenkes borte, for deretter å behandle det EØS-relaterte erstatningskravet på samme vis.

I typetilfeller hvor det offentliges erstatningsansvar for ugyldige forvaltningsvedtak reguleres av de alminnelige reglene for det offentliges arbeidsgiveransvar etter skadeserstatningsloven § 2-1, er forskjellen mellom EU/EØS-ansvarsgrunnlaget «tilstrekkelig kvalifisert brudd» og etablert norsk erstatningsrett mindre. I Rt. 2010 s. 291 *Vangen* understreket imidlertid Høyesterett at det offentliges ansvar ved feiltolkning av en hjemmelslov er «strengt» (avsnitt 34 og 42). Senere i dommen ble dette presisert dit hen at det avgjørende er om forvaltningens lovforståelse er «forsvarlig» (avsnitt 49 og 50). Særlig klare retningslinjer gir disse uttalelsene likevel ikke¹³¹⁸ og i den konkrete saken gikk Høyesterett svært langt i å antyde at kommunens tolkning av plan- og

gjennomført i norsk rett (*Finanger II*-tilfellene), jf. dom og kjennelse 11. juli 2007 (TOSLO-2005-61707). Fra et EU/EØS-rettslig perspektiv er den avgjørende innvending at det fra skadelidtes ståsted er minst like tilfeldig dersom det erstatningsrettslige vernet ved EØS-stridige forvaltningsavgjørelser skulle være mindre enn den rettsbeskyttelse som tilbys i tilfeller hvor en norsk forvaltningsavgjørelse er ugyldig av andre årsaker.

¹³¹⁷ Dette fremheves av Hoel Lie 2012 s. 418.

¹³¹⁸ Jf. Liisberg 2010 s. 285: «Dette uttrykket sier i seg selv lite om strengheten i den anvendte aktsomhetsnormen».

byggningsloven faktisk var korrekt, slik at det snarere var den rettskraftige lagmannsrettsdommen som underkjente vedtaket som bygget på uriktig lovforståelse.¹³¹⁹

Klare retningslinjer for hvor mye som skal til før statlige og/eller kommunale forvaltningsmyndigheter må frifinnes på grunnlag av unnskyldelig rettsvillfarelse, gir heller ikke tidligere høyesterettspraksis. På det generelle plan uttalte Høyesterett i Rt. 1999 s. 1273 *Ottesen* at det skal «mye til» for at en kommune skal frifinnes på grunnlag av unnskyldelig rettsvillfarelse ved myndighetsutøvelse (s. 1280). I Rt. 2009 s. 354 *Kvinnherad Energi*, som gjaldt et søksmål mot staten, uttalte Høyesterett noe mer forsiktig at det gjelder «relativt strenge krav» for at offentlige myndigheters rettsvillfarelse skal kunne anses som unnskyldelig (avsnitt 74).

Særlig mye veiledning gir heller ikke de konkrete vurderingene i de få dommene fra Høyesterett hvor kommunale myndigheter har blitt frifunnet på dette grunnlag. Både i Rt. 1972 s. 578 *Randaberg* og i Rt. 1999 s. 1273 *Ottesen* mente et mindretall i Høyesterett at det ikke var grunnlag for å underkjenne de aktuelle forvaltningsvedtakene, noe som i seg selv tilsier at kommunenes rettsvillfarelse fremstod som kvalifisert unnskyldelig. I Rt. 1987 s. 199 *Shinco* var det enighet i Høyesterett om vurderingen av de underliggende rettssspørsmål, men det ble fremhevet at det var snakk om «en ekstraordinært vanskelig situasjon både med hensyn til klarleggingen av de faktiske forhold og anvendelsen av rettsreglene» (s. 204). På tilsvarende vis ble det uttalt i Rt. 1995 s. 781 *Peelorg* at situasjonen både rettslig og faktisk var «meget uklar» (s. 792).

Rent språklig er det likevel klart nok at den aktsomhetsnorm som Høyesterett opererer med, generelt synes å stille *strengere* krav til myndighetenes lovforståelse enn det EU/EØS-rettslige kravet til et tilstrekkelig kvalifisert rettsbrudd.¹³²⁰ Om aktsomhetsnormens konkrete innhold i en EØS-relatert sak er i samsvar med EØS-rettens krav, vil imidlertid en norsk domstol først kunne ha en begrunnet oppfatning av etter å ha holdt det aktuelle rettsbrudd opp mot EØS-terskelen «tilstrekkelig kvalifisert brudd». Etter mitt syn er det alt for enkelt å basere seg på en generell antakelse om at etablert norsk erstatningsrett uten videre (over-)oppfyller EØS-rettens krav på dette området. Det relevante sammenligningsgrunnlaget er ikke generelle betraktninger om at det offentliges ansvar ved feiltolkning av en hjemmelslov er «strengt», men aktsomhetsnormens nærmere innhold i typetilfeller som er sammenlignbare med saker som gjelder brudd på EØS-forpliktelser. Her er det lite veiledning å hente i høyesterettspraksis som stiller krav til kommunale myndigheters kjennskap til forvaltningslovens habili-

¹³¹⁹ Førstvoterende viste i den forbindelse til at departementet i et brev til Stortinget hadde uttalt at lagmannsrettens lovtolkning var feil (avsnitt 48). Han fulgte opp med å slå fast at det er påkrevd med bruksendringstillatelse dersom ny bruk av bygninger skaper behov for vurdere planløsning, parkeringsforhold, utenomhusareal, atkomstforhold og tekniske anlegg, før han la til *at det etter hans mening forelå slike behov i den aktuelle saken* (avsnitt 49). Til tross for den innledende bemerkningen om at det ikke var nødvendig å ta endelig stilling til om lagmannsrettens lovforståelse var riktig, så kan dette vanskelig forstås som noe annet enn et benektende svar.

¹³²⁰ Jf. også Arnesen 1997 s. 662 og Jervell 2002 s. 148, som begge antar at etablert norsk erstatningsrett på dette punkt tilbyr private minst like god beskyttelse som EØS-ansvaret.

tetsregler,¹³²¹ eller som avviser at det er unnskyldelig å unnlate å foreta en skjønnsmessig vurdering i et tilfelle hvor loven uttrykkelig gir anvisning på et «kan»-skjønn.¹³²² Om man tenker seg et tilfelle hvor kommunale myndigheter har grepet feil ved anvendelsen av et omfattende og komplisert (men likevel i og for seg klart) regelverk og legger til den vri at statlige forvaltningsmyndigheter (eller endog domstolene og/eller lovgiver) har bidratt til rettsvillfarelsen, så synes det langt fra gitt at norsk retts «relativt strenge krav» for at offentlige myndigheters rettsvillfarelse skal kunne anses som unnskyldelig, (over-)oppfyller EØS-rettens krav. Dette gjelder enn mer for tilfeller hvor et forvaltningsvedtak isolert sett er i samsvar med det anførte hjemmelsgrunnlaget (eksempelvis i en forskrift), men likevel må settes til side som ugyldig fordi vedtaket viser seg uforenlig med ranghøyere normer.

Et ikke fullt så tilspisset, men likevel interessant eksempel fra norsk underinstanspraksis gir Borgarting lagmannsretts dom 8. april 2010 i saken *ISO+ mot Staten v/Kommunal- og regionaldepartementet* (LB-2009-136211). Saken reiste spørsmål om statlig erstatningsansvar for et ugyldig vedtak om omsetningsstans av bygningsisolasjonsprodukter.¹³²³ Statens bygningstekniske etat (nå: Direktoratet for byggkvalitet) hadde med urette antatt at byggeveredirektivet (89/106/EØF) gav anledning til å kreve dokumentasjon for at produktenes varmeisolasjonsevne var testet i henhold til en standardisert metode. I vurderingen av om rettsvillfarelsen var unnskyldelig tok lagmannsretten utgangspunkt i Vangendommen og det der oppstilte krav til forsvarlig lovforståelse. Lagmannsretten tolket vedtaket fra Statens bygningstekniske etat slik at saksøker var blitt pålagt å teste produktenes varmeisolasjonsevne i henhold til en standardisert prosedyre. Det var imidlertid på det rene at det ikke eksisterte noen harmonisert EØS-standard for testing av det aktuelle produktet. Nasjonale standarder kan bare innføres gjennom regelverk som må forhåndsgodkjennes av ESA i henhold til EØS-høringsloven, ikke gjennom forvaltningspraksis. Ut fra den betraktning at vedtaket også var begrunnet med et (lovlig) krav om ytterligere dokumentasjon om produktets egenskaper fra et teknisk kontrollorgan, konkluderte lagmannsretten med at den lovforståelse som lå til grunn for vedtaket «samlet sett» var forsvarlig. Aktsomhetsvurderingen ble ikke holdt opp mot EØS-terskelen «tilstrekkelig kvalifisert brudd». Dersom det er riktig at kravet til standardisert testing ikke var avgjørende for vedtaket, er det lite å innvende mot utfallet. Den konkrete vurderingen av at villfarelsen knyttet til standardisert testing var unnskyldelig, er imidlertid i beste fall farlig nær det minstekrav til erstatningsrettslig beskyttelse som følger av EØS-ansvaret.

¹³²¹ Se Rt. 2009 s. 1319 *Slåstad*, hvor det ble uttalt at kommunen «burde ha vært vel kjent med» rekkevidden av forvaltningslovens inhabilitetsregler i et tilfelle hvor innstillingsorganet for tildelingen bestod av fem kolleger av en av søkerne til et kommunalt driftstilskudd for fysioterapeuter (avsnitt 67).

¹³²² Se Rt. 2010 s. 376, hvor det heter at det «vanskelig» kunne anses unnskyldelig at kommunen hadde tilbakekalt saksøkers drosjeløyve uten å ha vurdert om løyvet burde tilbakekalles (det fremgår uttrykkelig av yrkestransportloven § 29 at løyvet «kan» tilbakekalles når søker ikke lenger fyller lovens krav).

¹³²³ Eller rettere sagt: Slik ble saken oppfattet av lagmannsretten. Det aktuelle vedtaket var imidlertid blitt opphevet av Kommunal- og regionaldepartementet uten at det på noe tidspunkt hadde vært i kraft, noe som etter mitt syn må bety at saken i realiteten handlet om statens eventuelle ansvar for at det ble kjent i markedet at Statens bygningstekniske etat mente at selskapets isolasjonsmateriale ikke var forskriftsmessig (altså en form for informasjonsansvar). Se tilsvarende Liisberg 2012 s. 174 flg.

Hvordan norske domstoler rent praktisk bør håndtere EØS-rettens krav på dette punkt, kan det imidlertid være delte oppfatninger om. Umiddelbart kan det synes nærliggende å integrere EØS-ansvarsvurderingen i Vangendommens krav til forsvarlig lovforståelse. Etter min oppfatning er det imidlertid mye som tilsier at dette er lite hensiktsmessig. For det første vil gjennomgangen av EØS-terskelen «tilstrekkelig kvalifisert brudd» ha vist at en rekke momenter som inngår i en tradisjonell norsk vurdering av om en rettsvillfarelse er unnskyldelig (slik som eventuell villedning fra andre myndighetsorganer, subjektive unnskyldningsgrunner knyttet til det organ som har fattet vedtaket, betraktninger om hvem som har skrevet regelverket osv.) *ikke* er gangbare i EØS-rettslig sammenheng. For det annet vil en sammensmelting av Vangendommens krav til forsvarlig lovforståelse og EØS-terskelen «tilstrekkelig kvalifisert brudd» som bare anvendes i EØS-relaterte saker, meget fort havne i et problematisk forhold til ekvivalensprinsippet. Etter min oppfatning bør norske domstoler derfor vurdere de to ansvarsgrunnlagene i hver for seg. Om man begynner med å ta stilling til hvilke minstekrav EØS-retten stiller til det offentliges ansvar i det foreliggende typetilfellet, eller i stedet tar utgangspunkt i Vangendommens krav til forsvarlig lovforståelse, kan være en smakssak. Ut fra den betraktning at den aktsomhetsnorm som Høyesterett opererer med generelt synes noe strengere enn det EU/EØS-rettslige kravet til et tilstrekkelig kvalifisert rettsbrudd, vil det imidlertid trolig være hensiktsmessig å begynne med etablert norsk rett. Dersom konklusjonen blir at myndighetenes rettsvillfarelse ikke er unnskyldelig, så bortfaller jo behovet for å vurdere om rettsbruddet må karakteriseres som tilstrekkelig kvalifisert i EØS-rettslig forstand. Med en slik tilnærming blir det også lettere å overholde ekvivalensprinsippet: Om man bare i første omgang ser helt bort fra sakens EØS-dimensjon (herunder den omstendighet at det overtrådte regelverk er produsert i Brussel), så vil ekvivalensprinsippet være ivaretatt. Til dette kommer den fordel at norske domstoler med en slik tilnærming i utgangspunktet kan fortsette å vektlegge subjektive unnskyldningsgrunner knyttet til det organ som har fattet vedtaket også i EØS-relaterte saker. Det er først dersom en etterfølgende konfrontasjon med EØS-rettens minstekrav viser at man har stilt for beskjedne krav til myndighetenes lovforståelse at EØS-retten vil avskjære slike momenter. *Over* det EØS-rettslige minstenivået står nasjonale domstoler fritt til å anvende også andre unnskyldningsgrunner enn dem som EØS-retten anerkjenner, så lenge dette skjer uten å forskjellsbehandle EØS-relaterte erstatningskrav.¹³²⁴

For tilfeller hvor ugyldighetsgrunnen består i saksbehandlingsfeil snarere enn i en materiell kompetansesvikt synes oppfatningen i litteraturen å være at det i norsk rett er nærmest utenkelig at feiltolkning av en saksbehandlingsregel kan anses for å være

¹³²⁴ Jf. Arnesen 1997 s. 663, som treffende påpeker at EØS-ansvaret ikke er til hinder for at norske domstoler anlegger en mildere vurdering for lokalforvaltningen enn for sentralforvaltningen, så lenge de minstekrav som følger av EØS-retten er ivaretatt.

unnskyldelig.¹³²⁵ Dersom dette er riktig, så vil EØS-ansvaret være uten nevneverdig betydning i disse tilfellene – det er ikke noe i EU-domstolens praksis som tyder på at kravene til statenes etterlevelse av saksbehandlingsregler er noe strengere enn de krav som stilles til andre EU/EØS-regler.¹³²⁶

Også for tilfeller hvor ugyldighetsgrunnen består i feil i det faktiske grunnlaget for forvaltningens vedtak, synes oppfatningen i litteraturen å være at dette i henhold til etablert norsk rett som regel vil være ansvarsbetingende.¹³²⁷ I typetilfeller hvor det offentliges erstatningsansvar for ugyldige forvaltningsvedtak reguleres av de alminnelige reglene for det offentliges arbeidsgiveransvar etter skadeserstatningsloven § 2-1, forutsetter denne oppfatningen at det som regel kan bebreides forvaltningen at saken ikke var bedre opplyst. Etter omstendighetene kan imidlertid et forvaltningsvedtak bli kjent ugyldig selv om det primært er den private part som må lastes for at det er basert på feil faktum, og i hvert fall i disse tilfellene må forvaltningen kunne anføre villfarelsen som en unnskyldningsgrunn i et etterfølgende erstatningsoppgjør.¹³²⁸ Også mer generelt må det vel kunne tenkes saker hvor faktum er så komplekst at det kan være unnskyldelig at forvaltningen griper feil.¹³²⁹ I Rt. 1987 s. 199 *Shinco* fremhevet Høyesterett at det var snakk om «en ekstraordinært vanskelig situasjon både med hensyn til klarleggingen av de faktiske forhold og anvendelsen av rettsreglene» (s. 204), mens det i Rt. 1995 s. 781 *Peelorg* ble fremhevet at det var «en meget uklar situasjon både rettslig og faktisk» (s. 792). I lys av det rom for unnskyldelige faktiske villfarelser som EU-domstolene synes å akseptere (punkt 7.14 ovenfor) synes det like fullt klart at EØS-retten her ikke bidrar til å styrke skadelidtes erstatningsrettslige vern. Tvert i mot er det vel fare for at norske forvaltningsmyndigheter med hell kan vise til EU-domstolens praksis som et argument for å svekke erstatningsvernet i typetilfeller hvor de faktiske forhold fremstår som komplekse.

¹³²⁵ Jf. for eksempel Eckhoff/Smith 2010 s. 512; Graver 2007 s. 623 og Hagstrøm 2010 s. 291.

¹³²⁶ Det faller utenfor rammene for denne avhandlingen å etterprøve oppfatningen av at det i norsk rett ikke er nevneverdig rom for unnskyldelig rettsvillfarelse knyttet til saksbehandlingsfeil, men det bør nevnes at i hvert fall Rt. 1995 s. 781 *Peelorg* tilsier at også saksbehandlingsfeil etter omstendighetene kan være unnskyldelige og at det meg bekjent ikke foreligger noen prinsippavgjørelse fra Høyesterett som slår fast at aktsomhetsnormen er strengere knyttet til forståelsen av saksbehandlingsregler enn til materielle hjemmelsgrunnlag.

¹³²⁷ I følge Eckhoff/Smith 2010 s. 510 er unnskyldelig rettsvillfarelse eneste unnskyldningsgrunn som kan tenkes i tilfeller av ugyldige forvaltningsvedtak, noe som vel må forstås slik at faktiske villfarelser aldri er unnskyldelige. Graver 2007 s. 623, Hagstrøm 2010 s. 291 og Jervell 2013 s. 209-210 åpner derimot alle for at feil i det faktiske grunnlaget etter omstendighetene kan være unnskyldelig, men påpeker alle at ansvaret er strengt.

¹³²⁸ I denne retning Hoel Lie 2012 s. 411 og Jervell 2002 s. 145. Dersom erstatningskravet stammer fra nettopp den part som burde ha fremskaffet er korrekt faktagrunnlag for vedtaket, er selvsagt betraktninger om skadelidtes medvirkning et alternativ.

¹³²⁹ Slik Hagstrøm 2010 s. 291 og Jervell 2002 s. 145.

7.16.3 Ansvarsvurderingen i tilfeller av ugyldige forskrifter

Dersom brudd på EØS-forpliktelser leder til at en norsk forskrift helt eller delvis må kjennes ugyldig (jf. kapittel 11), så oppstår spørsmålet om EØS-ansvarsterskelen «tilstrekkelig kvalifisert brudd» tilfører noe ut over det «interne» ansvarsgrunnlag som i henhold til etablert norsk erstatningsrett kommer til anvendelse i slike tilfeller. Det er en utfordring her at rettskildematerialet knyttet til det offentliges erstatningsansvar for ugyldige forskrifter er svært tynt. Meg bekjent er det *ingen* eksempler på at spørsmålet har havnet på spissen for en norsk domstol. Oppfatningen i litteraturen er imidlertid at det offentliges ansvar her må antas å være det samme som for ugyldige enkeltvedtak.¹³³⁰ Dette har også en viss støtte i rettspraksis, hvor Høyesterett bl.a. i Rt. 2010 s. 291 *Vangen* uttaler seg i generelle vendinger om det offentliges erstatningsansvar for «ulovhjemlet myndighetsutøvelse» (avsnitt 33).

Fra et EU/EØS-rettslig perspektiv er en slik felles tilnærming til individuelle vedtak og utøvelse av delebert lovgivningsmyndighet noe overraskende. Selv om EU-domstolen i erstatningsrettslig sammenheng har forlatt den skarpe sontringen mellom individuelle og generelle rettsakter til fordel for vurderingen av EU-institusjonenes skjønnsfrihet (jf. punkt 7.5 og 7.6), er det klart at EU-domstolen fremdeles mener at det også i denne sammenheng er forskjell på individuelle og generelle normeringer.¹³³¹ Selv om man nok i norsk rett kan avgrense myndighetenes potensielt omfattende ansvar overfor alle som rammes av en ugyldig forskrift gjennom betraktninger om beskyttelsesformål og adekvans (og i nødsfall lempning), kan det hevdes at terskelen for å statuere et objektivt ansvar for det offentlige bør være noe høyere her enn i enkeltvedtakstilfellene. Med dette lille forbehold må det imidlertid kunne legges til grunn at fremstillingen i punkt 7.16.2 ovenfor er treffende også for vurderingen av forholdet mellom EØS-ansvarsterskelen og ansvarsvurderingene i henhold til «intern» norsk erstatningsrett i tilfeller av forskrifter som helt eller delvis må kjennes ugyldige som følge av motstridende EØS-rettslige forpliktelser.¹³³²

7.16.4 Ansvarsvurderingen i tilfeller av stortingsvedtak i strid med gjennomførte EØS-forpliktelser

Dersom skadelidtes tap skyldes at Stortinget har opprettholdt eller vedtatt lovgivning som i ettertid viser seg å bryte med EØS-regler som er gjennomført i norsk rett, opp-

¹³³⁰ Se forutsetningsvis for eksempel Eckhoff/Smith 2010 s. 508 flg.; Graver 2007 s. 613 flg.; Hagstrøm 2010 s. 285 flg.; Hoel Lie 2012 s. 407 flg. og Liisberg 2010 s. 282 flg., som alle drøfter det offentliges erstatningsansvar for ugyldige forvaltningsvedtak og/eller rettsstridig myndighetsutøvelse, uten å sonde mellom enkeltvedtak og forskrifter.

¹³³¹ Som nevnt i punkt 7.6.4 dukker sontringen stadig opp i EU-domstolens praksis knyttet til medlemsstatenes erstatningsansvar.

¹³³² Jf. også Arnesen 1997 s. 661 og Jervell 2002 s. 148-149.

står spørsmålet om «intern» norsk erstatningsrett også her tilbyr et alternativt ansvarsgrunnlag som EØS-ansvaret kan holdes opp mot. Etter min oppfatning er svaret på dette spørsmålet ja – skadeserstatningsloven § 2-1 omfatter også Stortingets virksomhet¹³³³ og ekvivalensprinsippet krever da at norske domstoler ikke behandler krav om erstatning for tap som skyldes lovgivning som må settes til side som følge av fortrinnsregelen i EØS-loven § 2 mindre fordelaktig enn tilfeller hvor det andre ranghøyere normer som leder til at Stortingets normering av saksøkers rettsforhold må anses rettsstridig (se nærmere i kapittel 11).¹³³⁴ Hvor stor praktisk betydning dette har, avhenger imidlertid av hvor strengt man mener Stortingets erstatningsansvar er i sammenlignbare tilfeller hvor en lovbestemmelse må settes til side som grunnlovsstridig.

Da spørsmålet om statens erstatningsansvar for skattelovgivning i strid med tilbakevirkningsforbudet i grunnloven § 97 havnet på spissen i *BW Gas*-saken,¹³³⁵ argumenterte to morselskap til en rekke av rederiene for objektivt ansvar. I dette tilfellet var imidlertid den grunnlovsstridig oppkrevde skatten tilbakebetalt, slik at erstatningssaken «bare» gjald avledede tap. Tingretten fremhevet dette og lot det uttrykkelig stå åpent om en analogi fra grunnloven § 105 kunne tilsi et objektivt ansvar for selve skattekravet.¹³³⁶ Utenfor anvendelsesområdet for en eventuell ekspropriasjonsanalogi var imidlertid retten klar på at det ikke er grunnlag for noe objektivt erstatningsansvar for Stortingets virksomhet. Ut over en parallell til Høyesteretts alt omtalte drøftelse av ansvarsgrunnlaget ved ulovhjemlet myndighetsutøvelse i Rt. 2010 s. 291 *Vangen*, ble standpunktet underbygget med følgende prinsipielle vurdering:

«Retten mener videre at reelle hensyn med tyngde taler mot objektivt erstatningsansvar for stortingets lovvedtak. I en omskiftelig verden med store økonomiske og politiske endringer er det av vesentlig betydning at Stortinget benytter sin lovgivningskompetanse i samsvar med folkeviljen innen for de grenser som Grunnloven, konstitusjonell sedvanerett og Menneskerettighetsloven med videre henvisning til traktater setter. Både i Norge av Høyesterett og i internasjonale domstoler er det en dynamisk forståelse av retten. Det vil derfor ikke alltid være lett å vite hvor grensen for lov-

¹³³³ Jf. Statsansvarsutredningen s. 20-21 og Ot.prp. nr. 48 (1965-66) s. 32. Fra litteraturen kan det vises til Arnesen 1997 s. 659; Hagstrøm 1987 s. 428 og Jervell 2002 s. 150. Da spørsmålet om statlig erstatningsansvar for grunnlovsstridig lovgivning dukket opp for norske domstoler i *BW Gas*-saken (som omtales nærmere i det følgende), erkjente da også staten at et slikt ansvar er prinsipielt tenkelig.

¹³³⁴ Merk forutsetningen om at lovgivningen må settes til side som følge av fortrinnsregelen i EØS-loven § 2. For det lite praktiske, men like fullt prinsipielt viktige tilfelle at en lov må tolkes slik at den skal gjelde selv om den er i strid med gjennomførte EØS-forpliktelser, vil loven ikke kunnes anses som rettsstridig i henhold til norsk rett og det vil da ikke foreligge noe internrettslig ansvarsgrunnlag. Se nærmere om dette Jervell 2002 s. 152-153. I et slikt tilfelle vil heller ikke EØS-ansvaret som sådan være til hjelp – den aktuelle loven må nok her fortolkes slik at den også setter gjennomføringen av EØS-ansvaret til side, jf. kapittel 2, punkt 2.6.

¹³³⁵ Dom 7. juli 2011 i saken *BW Gas mot Staten v/Finansdepartementet* (TOSLO-2010-199031).

¹³³⁶ Spørsmålet ville havnet på spissen dersom rederiene hadde oversittet søksmålsfristen i skattebetalingsloven, i det Høyesterett ut fra tilnærmingen i Rt. 2006 s. 1265 og Rt. 2006 s. 1281 nok måtte akseptert at et etterfølgende erstatningssøksmål basert på at lovgrunnlaget for ligningsvedtaket var grunnlovsstridig omhandlet forhold utenfor selve ligningsvedtaket.

givningskompetansen går. Et objektivt ansvar vil kunne medføre større forsiktighet i lovgiverviljen enn det som er ønskelig for styring av landet og best i samsvar med de demokratiske prinsippene.»¹³³⁷

Henvisningen til folkerettslige traktatforpliktelser og internasjonale domstoler med «en dynamisk forståelse av retten» er mildt sagt iøynefallende i en sak som ene og alene handlet om grunnlovsstridig lovgivning. Etter mitt syn er dette likevel relevant og treffende – dersom det knesettes et helt generelt objektivt ansvar for grunnlovsstridig lovgivning, tilsier ekvivalensprinsippet at dette må gjelde tilsvarende i tilfeller hvor lovgivning må settes til side som følge av fortrinnsregelen i EØS-loven § 2 (jf. kapittel 11).

Støtte for tingrettens vurdering finnes også i skadeserstatningslovens forarbeider, hvor Statsansvarskomiteen knyttet Stortingets erstatningsansvar for grunnlovsstridig lovgivning til en forutsetning om at Stortingets forhold kunne karakteriseres som «uforsvarlig».¹³³⁸ Selv om tingrettsdommen i seg selv er uten nevneverdig rettskildevekt, så bør tingrettens standpunkt etter mitt syn betraktes som et treffende uttrykk for gjeldende rett.¹³³⁹

Med tanke på skyldansvarets nærmere innhold i disse typetilfellene, trakk tingretten i *BW Gas*-saken en meget interessant parallell til EØS-ansvaret. Snarere enn å vise til Høyesteretts uttalelser i Rt. 2010 s. 291 *Vangen* om at det offentliges ansvar ved feiltolking av en hjemmelslov er «strengt», viste tingretten – i samsvar med statens anførsler i saken – til *Finanger II* og uttalte at erstatningsansvar for grunnlovsstridig lovgivning først kan være aktuelt dersom det foreligger «et tilstrekkelig kvalifisert brudd på den handlingsnorm som foreligger når Stortinget vedtar lover og dermed benytter sin lovgiverkompetanse».

Ut fra dette vurderingstemaet fant tingretten at det ikke forelå noe ansvarsgrunnlag i saken, noe som knapt kan være overraskende i lys av at fem av elleve dommere i Høyesterett var av den oppfatning at rederiskatteordningen ikke var grunnlovsstridig, jf. Rt. 2010 s. 143 [P].

Dersom tingrettens forståelse av aktsomhetsnormen legges til grunn som uttrykk for gjeldende rett, sier det seg selv at «intern» norsk erstatningsrett her ikke vil tilby private noe mer omfattende erstatningsrettslig beskyttelse enn det som følger av EØS-retten selv. I tilfeller av EØS-stridig lovgivning vil det da være uten praktisk betyd-

¹³³⁷ Noe mer kuriøst, men i og for seg betryggende for Stortingets vedkommende, var det at tingretten avviste at det kan etableres objektivt erstatningsansvar for Stortingets lovvedtak basert på etablert rettspraksis om ulovfestet objektivt ansvar for farlig bedrift!

¹³³⁸ Noe komiteen selv, anno 1958, betegnet som «praktisk talt utenkelig», jf. Statsansvarsutredningen s. 20.

¹³³⁹ I samme retning bl.a. Jervell 2002 s. 153 og Skoghøy 2011 s. 282. Arnesen 1997 s. 666 er noe mer uklar på hvor langt det kan analogiseres fra grunnloven § 105, mens Høgberg 2010 s. 446-449 mener at de beste grunner taler for et objektivt ansvar for lovgivning som er i strid med tilbakevirkningsforbudet i grunnloven § 97.

ning om norske domstoler tar utgangspunkt i intern norsk erstatningsrett eller knytter ansvarsvurderingen direkte opp mot EØS-ansvaret.¹³⁴⁰ Dersom man derimot skulle mene at et krav om kvalifisert grunnlovsstrid er for lempelig overfor Stortinget, krever ekvivalensprinsippet etter min oppfatning at en strengere norm gis anvendelse også på tilfeller hvor et lovvedtak må settes til side fordi det er i strid med gjennomførte EØS-regler, jf. EØS-loven § 2 (se kapittel 11).

Det er grunn til å være oppmerksom på at dersom parallellen til EØS-ansvaret forfølges helt ut, så vil det i realiteten være tilnærmet umulig å vinne frem med erstatningskrav mot staten for grunnlovsstridig lovgivning. Årsaken til dette er at mens myndighetenes skjønnsfrihet på EØS-rettens område ofte er temmelig begrenset (med den følge at vilkåret «tilstrekkelig kvalifisert brudd» lettere vil være oppfylt), så overlater grunnloven Stortinget et vidt handlingsrom. En parallell til EØS-ansvaret vil derfor lede til at Stortinget først kan holdes ansvarlig dersom det åpenbart og grovt har overskredet grunnlovens grenser. *BW Gas*-saken selv er illustrerende: Stortingets handlingsrom ved utforming av rederiskatten leder til at en treffende parallell fra høyesterettspraksis knyttet til EØS-ansvaret vil være *Edquist* snarere enn *Finanger II*. I tilfeller hvor en EØS-stat råder over et vidt skjønn, er ansvar i realiteten først aktuelt ved åpenbar tilsidesettelse av praksis fra EU-domstolen og/eller EFTA-domstolen. Utenfor EØS-rettens område tilsier dette at erstatningsansvar for grunnlovsstridig lovgivning først vil være aktuelt for det lite praktiske tilfelle at Stortinget har oversett eller ignorert praksis fra Høyesterett som klart viser at man var i ferd med å trå grunnloven for nære.

7.16.5 Ansvarsvurderingen i tilfeller av EØS-stridige rettsavgjørelser

For økonomisk tap som påføres som følge av en EØS-stridig rettsavgjørelse, foreligger et internrettslig ansvarsgrunnlag i domstoloven §§ 200 og 201. Vilklårene er imidlertid meget strenge – det kreves at dommerne har gjort seg skyldig i «forsømmelig eller annet utilbørlig forhold under rettergang» (§ 200) eller at det foreligger «en åpenbar feil i avgjørelsen» (§ 201).¹³⁴¹ For feil knyttet til avgjørelsens materielle innhold, må det foreligge et kvalifisert klanderverdig forhold.¹³⁴² Av tvistelovens forarbeider fremgår det at slikt ansvar ikke er ilagt i noe tilfelle etter annen verdenskrig.¹³⁴³ Selv om drøftelsene i punkt 7.11 vil ha vist at også det EU/EØS-rettslige domstolsansvaret gir anvisning på en høy ansvarsterskel, synes det klart at EØS-ansvaret på dette punkt er strengere enn etablert norsk erstatningsrett. Dette hindrer

¹³⁴⁰ For Høyesterett vil dette ha den gunstige sidevirkning at det i retrospektiv kan konstateres at rettens manglende hensyntagen til ekvivalensprinsippet i *Edquist* (se nærmere i kapittel 11) var uten praktisk betydning.

¹³⁴¹ Erstatningsansvaret begrenses også i betydelig grad av prosessforutsetningene i domstoloven § 200 tredje ledd, jf. nærmere om disse i EØS-rettslig sammenheng avslutningsvis i kapittel 10.

¹³⁴² Jf. bl.a. Rt. 1990 s. 214 og Rt. 1997 s. 615; NOU 2001:32 s. 544; Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 285 og Bøhn 2011, note 608 og 618 til domstoloven §§ 200 og 201.

¹³⁴³ NOU 2001:32 s. 544.

likevel ikke en norsk domstol som måtte skulle bli konfrontert med en EØS-rettslig parallell til *Köbler* fra å ta utgangspunkt i domstoloven §§ 200 og 201, men ansvarsterskelen må da lempes for å imøtekomme EØS-ansvarets krav. Vilkårene i domstoloven §§ 200 og 201 er imidlertid så skjønnsmessige at en EØS-konform fortolkning synes uproblematisk, noe som tilsier at det heller ikke her er behov for å anvende EØS-ansvaret som sådan som ansvarsgrunnlag.¹³⁴⁴

Spørsmålet om særreglene i domstoloven §§ 200 og 201 kan suppleres med den alminnelige regel om statens arbeidsgiveransvar i skadeserstatningsloven § 2-1 er noe uklart. Domstolenes virksomhet er ikke unntatt fra skadeserstatningslovens anvendelsesområde og av lovforarbeidene fremgår det at den eksisterende regelen om subsidiært ansvar for staten etter domstoloven § 200 ikke var ment å hindre at staten kunne anses prinsipalt ansvarlig etter skadeserstatningsloven § 2-1, jf. Statsansvarsutredningen s. 43-44 og Ot.prp. nr. 48 (1965-66) s. 84. I forarbeidene til tvisteloven uttaler imidlertid departementet at domstoloven §§ 200 og 201 «antagelig» må anses uttømmende, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 285. Spørsmålet har imidlertid neppe særlig stor praktisk betydning: Med tanke på det offentliges erstatningsansvar for feil knyttet til rettslige avgjørelser må de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten nødvendigvis ta høyde for særegenhetene knyttet til domstolenes dømmende virksomhet. Eventuell anvendelse av skadeserstatningsloven § 2-1 vil derfor neppe gi noe erstatningsrettslig vern ut over det som følger av særreglene i domstoloven §§ 200 og 201.

I tilfeller hvor en part påføres sakskostnader på grunn av rettens EØS-stridige behandling av saken, tilbyr tvisteloven § 20-12 noe bedre beskyttelse.¹³⁴⁵ Med henblikk på realitetsfeil fremgår det imidlertid av lovforarbeidene at det bare er aktuelt med ansvar i særlige tilfeller hvor det foreligger «klart uforsvarlig rettsanvendelse».¹³⁴⁶ Noe nevneverdig vern ut over EØS-rettens minstekrav knesettes nok heller ikke her.

7.16.6 Ansvarsvurderingene i visse andre typetilfeller

Ut over de ovenfor omtalte sektorovergripende typetilfellene kan spørsmål om det offentliges erstatningsansvar for brudd på EØS-forpliktelser dukke opp i høyst ulike sammenhenger. De etablerte reglene for det offentliges erstatningsansvar i norsk rett utgjør ingen homogen gruppe, noe som leder til at EØS-ansvarets praktiske betydning vil være høyst varierende. Det ville sprengte rammene for denne avhandlingen fullstendig om det skulle gjøres noe forsøk på å fremstille det offentliges ansvar på alle

¹³⁴⁴ Sml. traktatbruddssaken mot Italia i kjølvannet av *Traghetti*, hvor EU-domstolen ikke lot seg overbevise om at de italienske lovbestemmelsene om erstatningsansvar i anledning rettslige avgjørelser lot seg fortolke i overensstemmelse med EU-rettens krav (sak C-379/10, *Kommisjonen mot Italia*, [A5] dom 24. november 2011).

¹³⁴⁵ Det fremgår uttrykkelig av lovforarbeidene at terskelen for ansvar i henhold til tvisteloven § 20-12 er lavere enn den som gjelder etter domstoloven §§ 200 og 201, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 287 og s. 452. Dette er også fulgt opp i praksis, jf. særlig Rt. 2012 s. 961 [U].

¹³⁴⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 287 og s. 452.

de områder hvor det kan tenkes at myndighetene kommer i skade for å bryte EØS-rettslige forpliktelser. En kort omtale av noen eksempler synes likevel på sin plass.

Et første spørsmål som bør omtales er forholdet mellom EØS-ansvaret og diskusjonen i norsk rett knyttet til anvendelsen av en mildere aktsomhetsnorm for offentlig kontroll-, bistands- og servicevirksomhet.¹³⁴⁷ Det faller utenfor denne avhandlingens rammer å gå inn i den omfattende diskusjonen i litteraturen knyttet til forståelsen av norsk erstatningsrett på dette punkt,¹³⁴⁸ men det bør påpekes at det i EU/EØS-rettslig sammenheng ikke er grunnlag for å hevde at det offentliges ansvar generelt er mildere for handlinger eller unnlater som kan klassifiseres som kontroll-, bistands- og servicevirksomhet. Hermed er ikke sagt at ikke også EU/EØS-retten kan være lydhør for de hensyn som fikk departementet til å ta til orde for en mildere aktsomhetsnorm i slike tilfeller,¹³⁴⁹ men dette må i så fall komme til uttrykk gjennom utformingen av de direktiver og forordninger som regulerer det offentliges kontroll-, bistands- og servicevirksomhet. Som illustrert ved EU-domstolens dom i *Paul* kan slike betraktninger i ytterste konsekvens lede til at EU/EØS-regelverket fortolkes slik at private ikke tillegges noen erstatningsrettslig beskyttede rettigheter overhodet. Alternativt kan EU-lovgiver utforme regelverket slik at myndighetene innrømmes et betydelig handlingsrom, noe som i erstatningsrettslig sammenheng leder til at det kreves et åpenbart og grovt brudd før myndighetene kan holdes ansvarlige.¹³⁵⁰ Dersom regelverket ikke overlater myndighetene noe skjønn, må det imidlertid foretas en alminnelig vurdering av om det foreligger et tilstrekkelig kvalifisert brudd. Som påpekt i kapittel 3, punkt 3.4 er frykten for at et strengt erstatningsansvar skal virke passiviserende på myndighetene generelt ivaretatt gjennom kravet til et tilstrekkelig kvalifisert brudd, samtidig som den heller ikke vil ha samme eksistensberettigelse i EU/EØS-rettslig sammenheng i tilfeller hvor medlemsstatene har akseptert direktiver og forordninger som pålegger dem konkrete kontroll-, bistands- og serviceoppgaver.

På strafferettens område vil EØS-ansvaret neppe få nevneverdig betydning. Det er riktignok ikke upraktisk at norsk straffelovgivning kan komme i konflikt med EØS-retten, og vel heller ikke at påtalemyndigheten og domstolene kan komme i skade for

¹³⁴⁷ Jf. senest Rt. 2011 s. 991 *Brannvesendommen* (med utførlige henvisninger til forarbeidene og tidligere rettspraksis).

¹³⁴⁸ Jf. særlig Liisberg 2005 (med en rekke henvisninger til eldre litteratur). Se fra den senere tid omtalen i standardverkene Lødrup/Kjelland 2009 s. 219 flg. og Nygaard 2007 s. 241 flg.

¹³⁴⁹ Jf. Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) s. 59 flg.

¹³⁵⁰ Om man vil, kan man selvsagt formulere dette slik at det i EU/EØS-rettslig sammenheng gjelder en «mild norm» i tilfeller hvor myndighetene råder over et ikke ubetydelig skjønn. I norsk sammenheng er imidlertid denne betegnelsen tett knyttet til diskusjonen om det offentliges ansvar for kontroll-, bistands- og servicevirksomhet og betegnelsen er derfor unngått i drøftelsen av EU/EØS-ansvarets innhold i dette kapittelet.

å påstå og idømme straff i slike tilfeller.¹³⁵¹ Krav om erstatning i anledning uberettiget strafferettslig forfølgning er imidlertid vel ivaretatt gjennom reglene i straffeprosessloven kapittel 31.¹³⁵² Etter straffeprosessloven § 444 hefter staten i utgangspunktet på objektivt grunnlag overfor en siktet for økonomisk tap som skyldes uberettiget forfølgning, noe som innebærer at det her er uten betydning om EØS-rettens begrensning av statens handlingsrom i det foreliggende typetilfellet fremstod som høyst uklar og kanskje også har vært gjenstand for dynamisk utvikling gjennom rettspraksis. Annerledes formulert: I tilfeller hvor det myndighetene oppfatter som EØS-rettslig handlingsrom er benyttet til å gi straffesanksjonerte regler, vil EØS-stridig håndhevelse av regelverket kunne påføre det offentlige erstatningsansvar selv om det ikke foreligger noe kvalifisert brudd på EØS-retten. Sett fra siktedes perspektiv er dette rimelig nok, men for myndighetene tilsier dette at straffelovgivningen neppe er noe egnet virkemiddel for å utforske yttergrensene for det EØS-rettslige handlingsrommet.

På anbudsrettens område er det derimot grunn til å hevde at EØS-ansvarsterskelen «tilstrekkelig kvalifisert brudd» har større praktisk betydning, i hvert fall for krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse. Da Høyesterett i Rt. 2001 s. 1062 *Nucleus* la til grunn at det må foreligge *vesentlige* brudd på anbudsreglene før en forbigått anbylder kan kreve erstatning for tapt fortjeneste i henhold til anskaffelsesloven § 10 (nå § 11), skjedde det riktignok ut fra en uttrykt oppfatning av at EØS-retten ikke stiller nærmere krav til hvordan erstatningsreglene skulle utformes (s. 1076). I ettertid har imidlertid EU-domstolen klargjort at det såkalte håndhevelsesdirektivet (89/665/EØF) artikkel 2 første ledd bokstav c pålegger anskaffelsesmyndighetene et erstatningsansvar for brudd på anskaffelsesregelverket som er i samsvar med det alminnelige EU/EØS-ansvaret.¹³⁵³ Stilt overfor anførsler om at ansvarsterskelen fra *Nucleus*-dommen er høyere enn EØS-rettslig tillatt,¹³⁵⁴ svarte Høyesterett i Rt. 2008 s. 1705 *Trafikk & Anlegg* med å vise til EU-domstolens generelle utlegning av terskelen «tilstrekkelig kvalifisert brudd» i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* (avsnitt 53-56). Høyesterett fulgte opp med å frifinne Vegvesenet med følgende begrunnelse (avsnitt 57):

«Selv om vegvesenet er en stor aktør på området og skal vurderes strengt, må det være en viss åpning for at rettsvillfarelse kan fritta for ansvar for positiv kontraktsinteresse. Spørsmålet om lovligheten av å ta hensyn til rabatten må anses tvilsomt – løsningen er ikke opplagt, og en befinner seg

¹³⁵¹ EU-domstolens praksis inneholder en lang rekke eksempler på saker hvor det har vært konflikt mellom EU-rett og straffesanksjonert nasjonal lovgivning. Fra EFTA-domstolens praksis kan det vises til sak E-2/03, *Påtalemakten mot Ásgeirsson*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 185 og sak E-1/07, *Straffesak mot A*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 245. Fra norsk rettspraksis kan det bl.a. vises til Rt. 2004 s. 834 *Vannscootersaken*, samt til RG 2003 s. 1268 (Borgarting); RG 2005 s. 1627 (Oslo) og RG 2008 s. 981 (Agder). Se nærmere om EØS-rettens betydning for strafferetten hos Mathisen 2009 s. 258-273.

¹³⁵² Se utførlig Bjerke/Keiserud/Sæther 2011, § 444 flg.

¹³⁵³ Sak C-568/08, *Spijker Infrabouw mot Provincie Drenthe*, [A5] Sml. 2010 s. I-12655.

¹³⁵⁴ Jf. særlig Bernt/Krüger 2002 s. 151 flg. Se nå også Krüger 2012 s. 181.

ikke i kjerneområdet for kravet om forutberegnelighet. Vegvesenet kan ikke klandres for sin avgjørelse, som ikke ble tatt før TA hadde fått prøvd sitt krav om midlertidig forføyning. Uansett hvordan rabatten ble håndtert, risikerte vegvesenet søksmål. Etter min mening må rettsvillfarelsen anses unnskyldelig og frita for det erstatningskravet som er fremmet.»

Det fremgår ikke av dommen om Høyesterett med dette har ment å etablere et ansvar som i hvert fall for store aktører som Vegvesenet er strengere enn EØS-rettslig påkrevd. Stadfestelsen av Nucleusdommens krav til «vesentlege feil» tilsier rent språklig at de to ansvarstersklene vil være temmelig like. Nyere underinstanspraksis er noe sprikende.¹³⁵⁵ Om man tar i betraktning at det EØS-rettslige kravet til et tilstrekkelig kvalifisert brudd lettere vil være oppfylt i typetilfeller hvor anskaffelsesmyndighetenes skjønnsfrihet er begrenset, ender man etter min oppfatning opp i samme situasjon som ved sammenligningen av ansvarsterskelen i tilfeller av ugyldige enkeltvedtak: Eneste mulighet for være sikker på at EØS-rettens krav overholdes, er å holde saker hvor man i utgangspunktet heller mot at Nucleusdommens krav til «vesentlege feil» ikke er oppfylt (med den følge at anskaffelsesmyndighetene vil bli frifunnet) opp mot EØS-ansvarsterskelen «tilstrekkelig kvalifisert brudd». Det er bare ut over EØS-rettens minstekrav at det er rom for å vektlegge et skyldkrav som innbefatter unnskyldningsgrunner som ikke anerkjennes i EØS-rettslig sammenheng (som subjektive unnskyldningsgrunner knyttet til mindre aktører enn Vegvesenet). Konkret veiledning om EØS-rettens minstekrav kan her søkes i rettspraksis knyttet til EU-institusjonenes ansvar for brudd på anskaffelsesregelverket som gjelder for deres egne anskaffelser.

For krav om negativ kontraktsinteresse synes det derimot ikke påkrevd å se hen til EØS-retten – i Rt. 2008 s. 982 *Ventelo* etablerte tilsynelatende Høyesterett et objektiv erstatningsansvar for krav om erstatning for utgifter pådradd i forbindelse med forsøk på å hindre en rettsstridig kontraktstildeling, og det er vel grunn til å anta at dette gjelder tilsvarende for utgifter pådratt som følge av deltakelse i en anbudskonkurranse som håndteres i strid med anskaffelsesreglene.¹³⁵⁶

En annen sak er at de fleste krav på erstatning for negativ så vel som positiv kontraktsinteresse strander på årsakskravet, jf. nærmere Krüger 2012 s. 172-182 (med en lang rekke henvisninger til

¹³⁵⁵ Se på den ene side Oslo tingretts dom 28. november 2011 i saken *Skanska mot Staten v/ Samferdselsdepartementet* (TOSLO-2011-18828), hvor det stilles nokså beskjedne krav til feilens størrelse (dommen er påanket), og på den annen side den strengere vurderingen i Borgarting lagmannsretts dom 4. mai 2012 i saken *Norconsult mot Staten v/ Samferdselsdepartementet* (LB-2010-201985). Sml. også Borgarting lagmannsretts dom 9. desember 2008 i saken *Staten v/Samferdselsdepartementet mot Veolia Transport* (LB-2008-610) og RG 2012 s. 25 (Borgarting), hvor det i begge tilfelle ble konstatert vesentlige feil og tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse.

¹³⁵⁶ Rt. 2008 s. 982 *Ventelo* (avsnitt 48). I Rt. 2008 s. 1705 *Trafikk & Anlegg* (avsnitt 51) avgrenset Høyesterett mot uttalelsene *Ventelo* under henvisning til at den saken gjaldt negativ kontraktsinteresse. Fra senere underinstanspraksis kan det vises til Borgarting lagmannsretts dom 4. mai 2012 i saken *Norconsult mot Staten v/ Samferdselsdepartementet* (LB-2010-201985), hvor det legges til grunn at anskaffelsesmyndighetene hefter for slike tap på objektivt grunnlag.

rettspraksis fra de nordiske land). Som vist i kapittel 5, punkt 5.7.2.4 gjelder imidlertid dette i enda større grad for søksmål mot EU-institusjonene i henhold til TEUV artikkel 340 annet ledd.

Et annet område hvor EØS-ansvaret trolig vil kunne få praktisk betydning, er det offentliges ansvar for uriktige produktadvarsler som rammer markedsaktører fra andre EØS-stater. Dette skyldes imidlertid ikke først og fremst ulike ansvarsterskler, men derimot den omstendighet at sekundærretten i vid utstrekning pålegger myndighetene en plikt til straks å varsle Kommisjonen (eller nærmere angitte EU-byråer) om alle restriksjoner som innføres på omsetning av varer som i utgangspunktet er lovlig brakt i handel i det indre marked. At offentlige produktadvarsler kan utgjøre en restriksjon på den frie vareflyten, er ikke tvilsomt. Og som demonstrert gjennom EU-domstolens dom i *AGM* vil brudd på varslingspliktene meget fort måtte karakteriseres som ansvarsbetingende.¹³⁵⁷ I tilfeller hvor en advarsel mot et produkt fremsettes av eller på vegne av andre myndighetsorganer enn dem som har ansvar for å håndtere den aktuelle del av EØS-regelverket om frie varebevegelser, kan dette by på utfordringer. Så fremt varslingsplikten er overholdt, er derimot EØS-rettens betydning for myndighetenes eventuelle ansvar for det som i ettertid viser seg å være feilaktige advarsler trolig forholdsvis beskjeden. Dersom man i utlegningen av norsk rett etablerer et lempelig ansvarsregime ut fra paralleller mellom det offentliges og privates informasjonsansvar,¹³⁵⁸ er det imidlertid grunn til å påpeke at EU-domstolen i *AGM* kategorisk avviste at myndighetene kan påberope seg tjenestemennenes yringsfrihet for å «unddrage sig deres eget ansvar i henhold til fællesskabsretten» (avsnitt 72). Også fra et EØS-rettslig perspektiv skal det nok en hel del til før det offentlige kan holdes ansvarlig for det som i ettertid viser seg å være en feilaktig produktadvarsel, men begrunnelsen må her søkes i føre-var-prinsippet og offentligrettslige betraktninger om myndighetenes plikt til å reagere mot antatte farer.

7.16.7 Særlig om erstatning for ikke-økonomisk skade

Krav om erstatning for ikke-økonomisk skade krever et særskilt grunnlag i norsk rett. Erstatning for ikke-økonomiske følger av en personskaade kan tilkjennes med grunnlag i skadeserstatningsloven § 3-2 (ménerstatning) og § 3-5 (oppreisning), men dette er lite praktisk med tanke på det offentliges ansvar for brudd på EØS-avtalen.¹³⁵⁹ Mer praktisk er det nok at offentlige myndigheter kan komme i skade for å fremsette rettsstridige advarsler mot markedsaktører fra andre EØS-stater som har en slik form at de

¹³⁵⁷ Dommen er nærmere omtalt bl.a. i kapittel 4, punkt 4.4.

¹³⁵⁸ Jf. i denne retning Hagstrøm 2006 s. 217-224 og Tverberg 2005 s. 240-241.

¹³⁵⁹ Umiddelbart kan det innvendes at så vel *Nguyen* som *Personskadeforbundet* handlet om trafikkoftres krav på oppreisningserstatning, men det riktige er nok å betrakte dette som krav om erstatning for økonomisk tap tilsvarende den erstatning for ikke-økonomisk skade som saksøkerne ville fått dekket av skadevolders forsikringsselskap dersom bilansvarsloven hadde være i samsvar med EØS-rettens krav på dette punkt.

også er egnet til å skade aktørens gode navn og rykte. Som påpekt i kapittel 5, punkt 5.4, kan dette utløse et EØS-baserte erstatningskrav mot det offentlige. Etter norsk rett må et slikt krav bygges på skadeserstatningsloven § 3-6. Det er imidlertid en utfordring at skadeserstatningsloven § 3-6 bare gir opphav til et personlig ansvar for «den» som har krenket en annens ære.¹³⁶⁰ For offentlige organer kan det riktignok komme på tale med organansvar, men det forutsetter at den eller de tjenestemenn som har fremsatt ærekrenkelsene bekler en tilstrekkelig høy stilling i styringshierarkiet.¹³⁶¹ I tilfeller hvor en direktivstridig og ærekrenkende advarsel fremsettes av underordnede tjenestemenn, må man i norsk rett enten foreta en klart utvidende tolkning av skadeserstatningsloven § 3-6 eller falle tilbake på EØS-ansvaret som sådan, jf. EØS-loven § 1.

¹³⁶⁰ Se nærmere Askeland 2012, Kommentarer til skadeserstatningsloven, note 185.

¹³⁶¹ Se nærmere Nygaard 2007 s. 228-229. Den sentrale dommen er Rt. 1995 s. 209, hvor en kommune ble holdt ansvarlig for en ærekrenkelse fremsatt av sosialsjef/klientvalg. Sml. også Rt. 2001 s. 428, hvor Høyesterett imidlertid lot spørsmålet om rekkevidden av statens organansvar stå åpent.

8 Årsakssammenhengen

8.1 Innledning – EU-domstolens formulering av årsakskravet

Det tredje grunnvilkår EU-domstolen og EFTA-domstolen har stilt opp for EØS-statenes erstatningsansvar, er direkte årsakssammenheng mellom overtredelsen av EU/EØS-rettslige forpliktelser og skaden. I *Francovich* ble det ikke knyttet noen nærmere kvalifikasjon til årsakskravet,¹³⁶² men allerede i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* stilte EU-domstolen opp en forutsetning om «en direkte årsagsforbindelse mellom statens overtrædelse af sin forpligtelse og de skadelidtes tab» («un lien de causalité direct») (avsnitt 51). Opprinnelsen til denne formuleringen er å finne i de grunnleggende avgjørelsene om EUs eget erstatningsansvar, hvorav følgende uttalelse i *Dumortier* har krav på særlig oppmerksomhet:

«Selv om det antages, at restitutionernes bortfald har bidraget til at aktualisere disse sagsøgers vanskeligheder, må det imidlertid konstateres, at disse vanskeligheder ikke er en så direkte følge af Rådets retsstridige adfærd, at Fællesskabet er erstatningspligtig. Hvor der er tale om offentlige myndigheders ansvar uden for kontraktforhold som følge av generelle retsakter, kan de retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer, og som EØF-traktatens artikel 215, stk. 2, henviser til, ikke påberåbes til støtte for en forpligtelse til at genoprette enhver, nok så fjern, skadelig følge af en retsstridig retsforskrift.»¹³⁶³

Til tross for EU-domstolens presisering i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* nøyde EFTA-domstolen seg med å kreve årsaksforbindelse («a causal link») i *Sveinbjörnsdóttir* (avsnitt 66). I *Karlsson, Kolbeinsson* og *HOB-vín* har imidlertid også EFTA-domstolen stilt opp en forutsetning om «a direct causal link between the breach of the obligation of the State and the damage sustained by the injured parties».¹³⁶⁴

De ulike formuleringene av årsakskravet i *Francovich* og *Sveinbjörnsdóttir* på den ene og *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Karlsson* på den annen side, kunne tas til inntekt for den oppfatning at kravet til direkte årsakssammenheng ikke kom til anvendelse i tilfeller av manglende direktivgjennomføring. I saker som gjelder ansvar for manglende direktivgjennomføring har EU-domstolen også etter *Brasserie du Pêcheur/Factortame* utelatt adjektivet «direkte» fra årsakskra-

¹³⁶² I *Francovich* ble det bare stilt opp en forutsetning om «årsagsforbindelse» (avsnitt 40) og påpekt at det måtte ytes erstatning for tap som var «en følge af» den manglende direktivgjennomføringen (avsnitt 44). Henvisninger til disse formuleringene fulgte i sakene *Wagner Miret*, avsnitt 22; *Facchini Dori*, avsnitt 27 og 29 og *El Corte Inglés*, avsnitt 22.

¹³⁶³ Sak 64/76, *Dumortier m.fl. mot Rådet*, Sml. 1979 s. 3091 (avsnitt 21).

¹³⁶⁴ Jf. *Karlsson*, avsnitt 47; *Kolbeinsson*, avsnitt 78 og 80. Kursivert her.

vet.¹³⁶⁵ I *Dillenkofer* er det påfallende hvordan EU-domstolen i to påfølgende avsnitt forbeholder kravet til «direkte årsagsforbindelse» til «*Brasserie du Pêcheur*-tilfellene» (avsnitt 21-22). Formuleringsforskjellene må imidlertid sees i sammenheng med at EU-domstolen opprinnelig så for seg *Francovich*- og *Brasserie du Pêcheur*-tilfellene som to ulike kategorier med ulike ansvarsterskler (jf. kapittel 3, punkt 3.1). Etter at denne sondringen er oppgitt, er det heller ikke grunnlag for å nyansere formuleringen av årsakskravet. Avgjørelser som *Brinkmann* og *Paul* er illustrerende: Her benyttes formuleringen «direkte årsagsforbindelse» også med tanke på statenes erstatningsansvar for manglende direktivgjennomføring.¹³⁶⁶

Spørsmålet som skal behandles i dette kapittelet, er hva som ligger i dette generelle kravet til direkte årsakssammenheng. Det er med rette påpekt at denne problemstillingen har fått forbausende liten oppmerksomhet i litteraturen, i hvert fall sammenlignet med de øvrige ansvarsvilkårene.¹³⁶⁷ Den enkle forklaringen er trolig at EU-domstolen og EFTA-domstolen regelmessig overlater det til nasjonale domstoler å ta stilling til om det foreligger direkte årsakssammenheng mellom en overtredelse av EU/EØS-rettslige forpliktelser og skadelidtes tap, med den følge at det er lite veiledning å finne i EU-domstolens praksis.¹³⁶⁸ Selv om dette unektelig vanskeliggjør rettsvitenskapelig analyse av spørsmålet, reduserer det på ingen måte årsakskravets betydning. Som den videre fremstilling vil vise, tar EU-domstolens tilnærming til årsakskravet opp i seg elementer som bl.a. i norsk erstatningsrett tradisjonelt henføres til selve ansvarsvurderingen. Videre viser EU-domstolens praksis at årsakskravet utgjør et meget effektivt verktøy for å avgrense EUs eget erstatningsansvar – det er regelen snarere enn unntaket at erstatningssøksmål mot en EU-institusjon stranded på nettopp dette punkt. Så vel prinsipielt som praktisk er det derfor grunn til å forsøke å komme nærmere inn på hva som ligger i kravet til «direkte årsagsforbindelse».¹³⁶⁹

Alt innledningsvis bør det påpekes at formuleringen ikke må tas bokstavelig: Det er ikke slik at EU-domstolen med kravet til direkte årsakssammenheng har ment å avgrense mot alle former for avledete tap. Dette fremgår i og for seg allerede av det ovenfor gjengitte sitatet fra *Dumortier* – kravet til direkte årsakssammenheng tjente her til å avgrense mot *fjerne* skadefølger. I storkammeravgjørelsene *FII* og *Thin Cap* fra hhv. 2006 og 2007 presiserte EU-domstolen årsakskravet dit hen at det kreves at det påståtte tap er en «tilstrækkelig direkte» («suffisamment directe») følge av statens

¹³⁶⁵ Se eksempelvis *Dillenkofer*, avsnitt 22 og 27 og *Carbonari*, avsnitt 52.

¹³⁶⁶ *Brinkmann*, avsnitt 29; *Paul*, avsnitt 89.

¹³⁶⁷ Jf. Smith og Woods 1997 s. 926 og Anagnostaras 2002 s. 663.

¹³⁶⁸ Jf., med henblikk på EU-domstolen, Fenger 2011 s. 100. Dette gjelder enn mer for EFTA-domstolen, som ikke i noe tilfeller har gått nærmere inn på årsaksproblematikken.

¹³⁶⁹ Sml. Fenger 2011 s. 100: «De EU-rettlige krav til, hvor strenge krav til kausalitet og adækvans national ret lovligt må opstille, er endnu så uklare, at det ikke er muligt at foretage en nærmere sammenligning med dansk rets egne regler».

brudd på EU-retten.¹³⁷⁰ I *Trubowest*, som gjaldt et erstatningssøksmål mot Kommisjonen, benyttes formuleringen «en tilstrækkelig direkte forbindelse mellom institusjonenes adferd og tabet» («un lien suffisamment direct de cause à effet entre le comportement des institutions et le dommage»)¹³⁷¹ Som anført av generaladvokat Kokott i hennes innstilling i *Danfoss* kan det hevdes at det ville være mer treffende å erstatte formuleringen «direkte årsagsforbindelse» med «snæver årsagsforbindelse» («lien de causalité étroit»)¹³⁷² Som Kokott selv innrømmet (og EU-domstolens etterfølgende dom i saken bekrefter) er imidlertid formuleringen «direkte årsagsforbindelse» innarbeidet i rettspraksis. Så fremt den ikke forstås bokstavelig, men i samsvar med opprinnelsen i *Dumortier* og presiseringene i *FII* og *Thin Cap*, synes det hensiktsmessig å holde fast ved den også i denne sammenheng.¹³⁷³

8.2 Er årsakskravet et autonomt EU/EØS-rettslig begrep?

8.2.1 Innledning – rettskildebildet før *Danfoss*

Et grunnleggende spørsmål er om årsakskravet er «ren» EU/EØS-rett eller «bare» et spørsmål om anvendelse av nasjonal erstatningsrett innenfor de skranker som følger av ekvivalens- og effektivitetsprinsippet.

Bakgrunnen for usikkerheten på dette punkt er den omstendighet at EU-domstolen regelmessig overlater årsaksvurderingen til nasjonale domstoler. Et typisk eksempel er følgende formulering fra *Hedley Lomas* (avsnitt 30):

«For så vidt angår den tredje betingelse bemærkes, at det tilkommer den forelæggende ret at etterprøve, om der er en direkte årsagsforbindelse mellom statens overtrædelse af sin forpligtelse og det tab, som sagsøgeren i hovedsagen har lidt.»¹³⁷⁴

I litteraturen har denne tilnærmingen resultert i at enkelte har lagt til grunn at årsaks-spørsmålet er et spørsmål om anvendelse av etablert nasjonal erstatningsrett (innenfor de EU-rettslige skranker som følger av ekvivalens- og effektivitetsprinsippet).¹³⁷⁵ Mot dette kan det imidlertid innvendes at det ikke kan trekkes slutninger fra rolleforde-

¹³⁷⁰ *FII*, avsnitt 218; *Thin Cap*, avsnitt 122.

¹³⁷¹ Sak C-419/08 P, *Trubowest og Makarov mot Rådet og Kommisjonen*, [A5] Sml. 2010 s. I-2259 (avsnitt 53).

¹³⁷² Sak C-94/10, *Danfoss mot Skatteministeriet*, [A5] dom 20. oktober 2011 (avsnitt 76).

¹³⁷³ Tilsvarende Kokott i *Danfoss*, som påpeker at hun anvender formuleringen i «bred» betydning (avsnitt 76).

¹³⁷⁴ Tilsvarende formuleringer finnes i en rekke saker, jf. bl.a. *Norbrook Laboratories*, avsnitt 110; *Rechberger*, avsnitt 72; *Evans*, avsnitt 157; *AGM*, avsnitt 83; *FII*, avsnitt 218; *Thin Cap*, avsnitt 122 og *CFC*, avsnitt 125.

¹³⁷⁵ Jf. bl.a. Burrows og Greaves 2007 s. 244: «As far as damage and causal link conditions are concerned, the rules to be applied are the national ones...» Slik også for eksempel Anagnostaras 2002 s. 664; Jervell 2002 s. 171; Smith og Woods 1997 s. 927 flg. og Aalto 2011 s. 11.

lingen mellom EU-domstolen og nasjonale domstoler til spørsmålet om årsakskravet er «ren» EU-rett eller underlagt nasjonal rett: At EU-domstolen regelmessig overlater årsaksspørsmålet til nasjonale domstoler er en naturlig følge av at ordningen med prejudisielle avgjørelser etter TEUF artikkel 267 overlater bevisbedømmelse til den foreliggende domstol.¹³⁷⁶ Som anført av Tridimas:

«It is for the national court to determine whether such link exists. This means that the national court must determine whether causation exists on the facts. It does not mean that the rules governing causation depend on national law. That would amount to a ‘re-nationalization’ of the conditions of liability. Although the case law is equivocal on this point, this view is supported by *Brinkmann* and *Rechberger* and derives also from the nature of State liability as a Community remedy.»¹³⁷⁷

Sakene som Tridimas anfører til støtte for sitt syn, *Brinkmann* og *Rechberger*, er to unntakstilfeller hvor EU-domstolen gikk nærmere inn på årsaksspørsmålet.¹³⁷⁸ Senere eksempler på det samme er *AGM* og *Fuß*.¹³⁷⁹ Selv om EU-domstolen er påpasselig med å ta forbehold for den nasjonale domstolens endelige vurdering av årsaksspørsmålet,¹³⁸⁰ antyder allerede den omstendighet at domstolen uttaler seg om årsakskravet at det er snakk om et EU-rettslig spørsmål. Særlig illustrerende er *Rechberger*, hvor EU-domstolen klart sondret mellom spørsmålet om faktisk årsakssammenheng og spørsmålet om uaktsomhet hos reisearrangøren eller inntreden «af helt usædvanlige eller uforudselige begivenheder» kunne lede til at det likevel ikke forelå direkte årsakssammenheng i rettslig forstand: Mens førstnevnte ble overlatt den nasjonale domstol, avklarte EU-domstolen selv at årsakene til reisearrangørens konkurs var uten interesse for spørsmålet om det var direkte årsakssammenheng mellom manglene ved den østerrikske reisegarantiordningen og forbrukernes økonomiske tap: Reisegaranti-direktivet tilsikter jo nettopp å sikre forbrukernes interesser i tilfeller av en reisearrangørs konkurs, uansett konkursens årsaker (avsnitt 74).¹³⁸¹

Tilnærmingen i *Rechberger* er interessant også fordi den britiske og svenske regjering i dette tilfellet anførte at «det tilkommer den nationale ret at afgøre *efter grundsætningerne i national ret*, om der konkret er direkte årsagsforbindelse».¹³⁸² Selv om EU-

¹³⁷⁶ Treffende Fenger 2011 s. 100.

¹³⁷⁷ Tridimas 2006 s. 533. Kursivering i original. Fotnote utelatt.

¹³⁷⁸ Jf. *Brinkmann*, avsnitt 29; *Rechberger*, avsnitt 75-76.

¹³⁷⁹ Jf. *AGM*, avsnitt 84; *Fuß*, avsnitt 59.

¹³⁸⁰ Jf. *Rechberger*, avsnitt 76; *AGM*, avsnitt 84; *Fuß*, avsnitt 59.

¹³⁸¹ Det kan tilføyes at det ikke er helt lett å se hvordan økonomiske problemer hos en reisearrangør som ganske enkelt hadde tatt seg vann over hodet, kunne karakteriseres som «helt usædvanlige eller uforudselige begivenheder», sml. generaladvokat Saggio som treffende påpekte at det tvert i mot var snakk om en «helt almindelig og forudsigelig hendelse inden for den pågældende erhvervssektor» (avsnitt 48 i hans innstilling i saken).

¹³⁸² Slik EU-domstolens gjengivelse av anførselene i *Rechberger*, avsnitt 70. Kursivert her.

domstolen ikke uttrykkelig avviste dette, tilsa domstolens svar på spørsmålet om årsakskravets nærmere innhold klart at den anså dette som et EU-rettslig spørsmål.¹³⁸³

Ytterligere støtte for oppfatningen av årsakskravet som et rent EU-rettslig spørsmål, finnes i EU-domstolens uttalelser om at retten til erstatning følger *direkte av EU-retten* i tilfeller hvor det er direkte årsakssammenheng mellom en tilstrekkelig kvalifisert overtredelse av EU-retten og skadelidtes tap.¹³⁸⁴ I samme retning trekker uttalelsene i storkammeravgjørelsene *FII* og *Thin Cap* om at det (underforstått: bare) er *anvendelsen* av ansvarsvilkårene som er overlatt de nasjonale domstoler, og at denne må skje «i overensstemmelse med de anvisninger, som Domstolen har givet herfor».¹³⁸⁵ Det fremstår som nokså klart at EU-domstolens henvisning i denne sammenheng til «betingelserne for, at medlemsstaterne ifalder ansvar», også innbefatter årsakskravet.¹³⁸⁶ Endelig er det grunn til å minne om at EU-domstolen i nevnte *FII* knyttet formuleringen av årsakskravet til det årsakskrav som gjelder for EUs eget erstatningsansvar (som jo klart nok er et EU-rettslig spørsmål).¹³⁸⁷

8.2.2 Generaladvokat Kokotts innstilling i *Danfoss*

På bakgrunn av den ovennevnte praksis var det knapt noen overraskelse av generaladvokat Kokott i *Danfoss* klart gikk ut fra at årsakskravet er et EU-rettslig spørsmål.

Sakens erstatningsrettslige side handlet om den danske stat kunne avvise et erstatningskrav fra kjøpere av smøreolje som Danmark hadde knyttet en EU-rettsstridig avgift til, under henvisning til at det bare var oljeselskapene som solgte oljen som var direkte berørt av avgiften (som de måtte innbetale til avgiftsmyndighetene). Årsaken til at erstatningskravet ble fremmet av kjøperne, var at det var enighet om at oljeselskapene hadde veltet avgiftene over på dem. Ifølge den danske stat var det ikke *direkte* årsakssammenheng mellom rettsbruddet (innkreving av en EU-stridig avgift) og kjøpernes økonomiske tap (pristillegget på smøreoljen).¹³⁸⁸ Standpunktet ble underbygget med at det ikke var kjøperne som var avgiftspliktige og at det ikke var mulig for myndighetene å forutse hvor i omsetningskjeden avgiftsbyrden ville ende opp.

¹³⁸³ Tilsvarende bl.a. Biondi/Farley 2009 s. 59.

¹³⁸⁴ Se for eksempel *Sutton*, avsnitt 33; *Norbrook Laboratories*, avsnitt 111; *Eman*, avsnitt 70; *FII*, avsnitt 219; *Thin Cap*, avsnitt 123. I etterkant av *Danfoss* er dette gjentatt i *Leth*, avsnitt 42.

¹³⁸⁵ *FII*, avsnitt 210; *Thin Cap*, avsnitt 116.

¹³⁸⁶ Jf. *FII*, avsnitt 210 lest i sammenheng med avsnitt 218 og *Thin Cap*, avsnitt 116 lest i sammenheng med avsnitt 122.

¹³⁸⁷ *FII*, avsnitt 218.

¹³⁸⁸ Se gjengivelsen av de danske anførslene i *Danfoss*, avsnitt 17.

I sin innstilling påpekte Kokott at det «i prinsippet» er opp til de nasjonale domstoler å ta stilling til om årsakskravet er oppfylt, men tilføyde straks at dette ikke var til hinder for at EU-domstolen gav uttrykk for sitt syn på spørsmålet (avsnitt 74):

«For det første kan Domstolen med henblik på at give den forelæggende ret et hensigtsmæssigt svar imidlertid give denne alle de oplysninger, som den finder nødvendige, og for det andet er der her i højere grad tale om et retsspørgsmål end om et spørgsmål med hensyn til de faktiske omstændigheder. Det skal nemlig afklares, om betingelsen om en direkte årsagssammenhæng skal fortolkes så snævert, at den, således som den danske regering har gjort gældende, kun kan opfyldes i relation til den afgiftspligtige, men derimod ikke i forhold til en borger, hvorpå den afgiftspligtige har overvæltet den i strid med EU-retten opkrævede punktafgift.»

Etter å ha gjengitt danske myndigheters fremstilling av «dansk rets almindelige prinsipper om erstatningsansvar», som (angivelig) innebærer at det bare er den avgiftspliktige som «den umiddelbart skadelidte» som kan kreve erstatning, uttalte generaladvokaten (avsnitt 78-79):

«Et sådant kriterium om den ‘umiddelbare skadelidte’ har imidlertid ingen støtte i EU-retten. [...] Det kriterium, som den danske regering har anført, udgør en yderligere betingelse, hvorved der samtidig lægges en strengere årsagsbedømmelse til grund. Det fører nemlig til, at den, der økonomisk har båret den i strid med EU-retten opkrævede afgift og dermed klart har lidt et tab, uden en efterprøvelse i det konkrete tilfælde systematisk nægtes det i EU-retten forankrede erstatningskrav. EU-rettens fulde virkning og den effektive beskyttelse af de ved EU-retten tillagte rettigheder, som dette erstatningskrav skal sikre, vil med en sådan form for fast begrænsning af kredsen af erstatningsberettigede blive betydeligt påvirket.»

Generaladvokaten fulgte opp med å påpeke at kjøpernes tap i den konkrete saken ikke kunne karakteriseres som en fjern følge av den EU-stridige avgiften – det handler om ett og samme tap som var flyttet nedover i omsetningskjeden. Omfanget av tapet var ikke endret, og det kunne derfor både forutses og beregnes av staten: Eksistensen av en direkte årsakssammenheng mellom avgiften og tapet «bliver ikke brudt alene af den grund, at den afgiftspligtige kunne have undladt at overvælde afgiften på salgspriisen, og at den faktisk skadelidte har undladt at overvælde denne på ny» (avsnitt 80). Under henvisning til *Brasserie du Pêcheur/Factortame* påpekte generaladvokaten at det at et ubestemt antall personer kunne komme i betraktning som skadelidte, ikke i seg selv medførte at årsakskravet ikke var oppfylt, før hun tilføyde at i denne saken var kretsen av skadelidte uansett klart definerbar helt fra begynnelsen: «Den omfatter alle dem, hvorpå afgiften er overvæltet, og som ikke selv kan overvælde afgiften på ny» (avsnitt 81).

8.2.3 EU-domstolens dom i *Danfoss*

I sin dom i saken valgte imidlertid EU-domstolen en ganske annen tilnærming. EU-domstolen knyttet nemlig sin vurdering av årsaksspørsmålet til effektivitetsprinsippet som en skranke for nasjonal erstatningsrett (avsnitt 36-37):

«I denne sammenheng er det viktig at anføre, at et nasjonalt juridisk system som det i hovedsagen omhandlede, hvorefter der alene kan konstateres en direkte årsagsforbindelse mellom statens opkrævning af en urigtigt erlagt afgift og den afgiftspligtiges tab, ikke kan udvide kravet om nævnte forbindelse på en sådan måde, at opnåelsen af erstatning for det lidte tab gøres praktisk umulig eller uforholdsmæssigt vanskelig. Det følger heraf, at et sådant nasjonalt juridisk system i prinsippet er i overensstemmelse med effektivitetsprinsippet, forudsat at køberen, hvorpå den afgiftspligtige har overvæltet byrden ved nævnte afgift, i medfør af national ret kan fremsætte sit krav om erstatning af det tab, der er lidt på grund af denne omstændighed, mod nævnte afgiftspligtige.»

EU-domstolens tilnærming er her diametralt motsatt av generaladvokatens: Snarere enn å redegjøre for innholdet i et EU-rettslig årsakskrav, tar EU-domstolen utgangspunkt i et nasjonalt rettssystem som forutsetningsvis opererer med et årsakskrav som er så strengt at bare den avgiftspliktige selv er erstatningsrettslig vernet, for deretter å vurdere om en slik løsning er forenlig med effektivitetsprinsippet. I følge EU-domstolen er effektivitetsprinsippet ivaretatt så lenge kjøper i et slikt tilfelle kan kreve erstatning av den avgiftspliktige. Snarere enn en fortolkning av vilkåret «direkte årsagsforbindelse», foretar EU-domstolen en vurdering av om nasjonal rett *samlet sett* tilbyr kjøper adekvat beskyttelse. I realiteten trekker EU-domstolen eksistensen av et eventuelt (forutsetningsvis kontraktsrettslig) krav fra kjøper mot de avgiftspliktige oljeselskapene, inn i vurderingen av årsaksspørsmålet.¹³⁸⁹ Fra en erstatningsrettslig innfallsvinkel gir dette liten mening – spørsmålet om årsakskravet er oppfylt i en erstatningssak mellom kjøper og den danske stat, kan ikke være betinget av kjøpers rettslige og faktiske mulighet til å gjøre kontraktsrettslige misligholdsbeføyelser gjeldende overfor sin leverandør.¹³⁹⁰ Derimot gir tilnærmingen god mening dersom det forutsettes at årsakskravet er overlatt nasjonal erstatningsrett, med den konsekvens av EU-domstolens rolle er begrenset til å etterprøve om dette i det aktuelle typetilfellet leder til løsninger i strid med hensynet til EU-rettens effektive gjennomslag i nasjonal rett. Om så skulle være tilfellet, må den nasjonale forståelsen av årsakskravet fortol-

¹³⁸⁹ Det ovenfor gjengitte avsnitt 37 i dommen inneholder en formulering som isolert sett tyder på at det erstatningskrav som eventuelt kan fremmes mot den avgiftspliktige, er *samme krav* som alternativt må kunne gjøres gjeldende mot medlemsstaten. Dette gir imidlertid ingen mening: Det er klart nok at en leverandør ikke kan gjøres ansvarlig for et erstatningskrav som bygger på prinsippet om statlig erstatningsansvar for statlige brudd på EU-retten. Et krav fra Danfoss mot leverandørleddet må være basert på kontraktsforholdet dem imellom.

¹³⁹⁰ Derimot kan nok dette være relevant i en erstatningsrettslig vurdering av om kjøper har overholdt sin tapsbegrensingsplikt, men det er intet i *Danfoss* som tilsier at EU-domstolen tenkte i slike baner.

kes utvidende, noe EU-domstolen uttrykkelig påpekte avslutningsvis i dommen (avsnitt 38):

«... hvis den afgiftspligtiges erstatning af det tab, som er lidt af køberen, der har båret den økonomiske byrde ved den urigtigt erlagte afgift, som er blevet overvæltet på ham, viser sig at være umulig eller uforholdsmæssigt vanskelig, navnlig i tilfælde af den afgiftspligtiges insolvens, kræver effektivitetsprincippet, at nævnte køber skal være i stand til at rette sit erstatningskrav direkte mod staten, uden at sidstnævnte med føje kan gøre den manglende direkte årsagsforbindelse mellem opkrævningen af den urigtigt erlagte afgift og køberens tab gældende over for ham.»

Altså: Dersom, men bare dersom, hensynet til kjøper ikke er ivarettatt i form av et (kontraktsrettslig) krav mot leverandøren, så foreligger det «direkte årsagsforbindelse» mellom statens EU-stridige innkreving av avgiften og kjøpers økonomiske tap.

Det kan være grunn til å stille spørsmål ved EU-domstolens forutsetning om at kjøper normalt vil kunne kreve sitt tap dekket av leverandøren. Mellom leverandør og kjøper består et ordinært kontraktsforhold, hvor kjøper forutsetningsvis har fått levert den avtalte mengde smøreolje til avtalt pris. Kjøpers mulighet for å kreve erstatning eller prisavslag avhenger av nasjonal kontraktsrett. I hvert fall fra et norsk perspektiv er det ikke helt lett å få øye på noe rettsgrunnlag for slike misligholdsbeføyelser. Eneste mulighet synes å være å betrakte det som en bristende forutsetning for den avtalte kjøpesum at den aktuelle avgift er ulovlig innkrevd av myndighetene, men dette fremstår som usikkert. Det foreligger jo heller ingen vinning på leverandørens hånd, slik at det i realiteten er spørsmål om leverandøren kan pålegges en plikt til å ivareta kjøpers interesser overfor avgiftsmyndighetene. Det er nok derfor meget mulig at den praktiske konsekvens av dommen i *Danfoss* er at kjøper i et tilfelle som dette må kunne rette et EU/EØS-rettslig erstatningskrav mot staten. Dette er likevel uten betydning for spørsmålet om EU-domstolen betrakter årsakskravet som «ren» EU-rett eller som overlatt til nasjonal rett: Det fremgår klart av dommen at dersom kjøper må kunne kreve erstatning av staten, så skyldes det effektivitetsprinsippets føringer for nasjonal erstatningsrett og ikke innholdet av et EU-rettslig årsakskrav.

8.2.4 Nærmere om dommen og dens konsekvenser

På det prinsipielle plan må EU-domstolens tilnærming i *Danfoss* kunne karakteriseres som et nokså overraskende brudd med tidligere praksis. Dommen er «bare» avsagt av en ordinær avdeling med fem dommere og uten at det åpent vedgås at tilnærmingen er diametralt motsatt av den oppfatning som generaladvokat Kokott i sin innstilling forankret i tidligere rettspraksis, herunder også flere avgjørelser fra domstolens plenum og storkammer. Til dette kommet at premissene etterlater flere ubesvarte spørsmål.

Særlig påfallende er parallellen domstolen trekker til EU-rettens krav om tilbakebetaling av EU-stridige avgifter (avsnitt 38). Det følger av fast rettspraksis at retten til å få tilbakebetalt avgifter som en stat har krevd inn i strid med EU-retten, består som en konsekvens av og i tilslutning til de rettigheter som private er tillagt ved de EU-

rettslige bestemmelser som forbyr de aktuelle avgifter.¹³⁹¹ Retten til tilbakebetaling er følgelig en EU-rettslig rettighet. I mangel av EU-rettslig regulering er det imidlertid overlatt til statene å fastlegge reglene for gjennomføring av denne rettigheten i nasjonal rett, men da innen de skranker som følger av ekvivalens- og effektivitetsprinsippet.¹³⁹² I denne sammenheng aksepterer EU-domstolen i utgangspunktet at myndighetene kan kreve at en kjøper som Danfoss, som har fått avgiften overveltet på seg, må kreve merprisen tilbake fra leverandørleddet. Forutsetningen er imidlertid at det verken rettslig eller faktisk er umulig eller uforholdsmessig vanskelig å vinne frem med et krav mot leverandøren, samt at leverandøren deretter kan vende seg mot avgiftsmyndighetene.¹³⁹³ Så lenge retten til å få tilbakebetalt EU-stridige avgifter ivaretas, legger ikke EU-retten seg opp i hvordan dette skjer.

Problemet med å overføre dette resonnementet til det erstatningsrettslige grunnvilkåret om (direkte) årsakssammenheng mellom myndighetenes overtredelse av EU-rettslige forpliktelser og skadelidtes økonomiske tap, er at årsakssammenheng er en grunnforutsetning for eksistensen av et erstatningskrav: Uten årsakssammenheng mellom den påståtte skadevolders opptreden og skadelidtes tap, oppstår intet erstatningskrav. Gjennom tilnærmingen i *Danfoss* forskyver EU-domstolen, uten noen nærmere begrunnelse, grensen mellom «ren» EU-rett og nasjonal rett i sistnevntes favør. En bedre tilnærming i *Danfoss* ville etter min oppfatning være å konstatere at det (utvilsomt) forelå «direkte årsagsforbindelse» mellom den EU-stridige avgiften og Danfoss' økonomiske tap, med den følge at det i utgangspunktet forelå et EU-rettslig erstatningskrav. EU-domstolen kunne deretter, såfremt ønskelig, kommet til samme *resultat* som den faktisk gjorde ved å åpne for at nasjonal rett kan kreve at en kjøper som Danfoss', som ledd i sin tapsbegrensningsplikt, eller eventuelt som en prosessuell søksmålsbetingelse, først har forsøkt å få pristillegget erstattet av leverandørleddet.

Et annet spørsmål i kjølvannet av *Danfoss* er leverandørens stilling dersom nasjonal rett åpner for et erstatningskrav fra en kjøper som Danfoss. Parallellen EU-domstolen selv trakk til EU-rettens krav om tilbakebetaling av EU-stridige avgifter, tilsier nokså klart at leverandøren da må kunne vende seg mot avgiftsmyndighetene. Leverandørens krav i et slikt tilfelle vil EU-rettslig anses som et krav om tilbakebetaling av ulovlig innkrevde avgifter, bl.a. med den følge at det ikke er noen forutsetning av avgiftsmyndighetenes feiltolkning av EU-retten kan karakteriseres som «tilstrekkelig kvalifisert». Det kan heller ikke være anledning til å operere med søksmålsfrister mv. som leder til at tapet i et slikt tilfelle ender opp hos leverandøren, jf. *Danfoss*, avsnitt 26: «hvis den endelige

¹³⁹¹ Den grunnleggende dommen er sak 199/82, *Amministrazione delle Finanze dello Stato mot San Giorgio*, Sml. 1985 s. 3595. Fra senere praksis kan det vises til sak C-264/08, *Belgia mot Direct Parcel Distribution*, [A5] Sml. 2010 s. 731 og sak C-398/09, *Lady & Kid mot Skatteministeriet*, [SK] dom 6. september 2011.

¹³⁹² Jf. for eksempel sak C-35/05, *Reemtsma Cigarettenfabriken mot Ministero delle Finanze*, [A5] Sml. 2007 s. I-2425 (avsnitt 37).

¹³⁹³ Se *Danfoss*, avsnitt 26 flg. (med videre henvisninger til tidligere rettspraksis).

køber i medfør af national ret hos den afgiftspligtige kan få tilbakebetalt det afgiftsbeløp, der er overvæltet på ham, skal den afgiftspligtige herefter kunne kræve beløpet tilbakebetalt af de nationale myndigheter».¹³⁹⁴ Fra et erstatningsrettslig perspektiv leder dette til at det vil være fordelaktig for staten å avskjære kjøpers rett til å gå på sin leverandør i slike tilfeller: Det erstatningskrav som EU-domstolen da forutsetter at kjøper må kunne fremme mot staten, vil jo først føre frem dersom det foreligger et ansvarsgrunnlag. Når dette likevel ikke er noe praktisk problem, skyldes det at EU-domstolen klart forutsetter at kjøper i et slikt tilfelle alternativt kan fremme et krav om tilbakebetaling av avgiften direkte overfor myndighetene (*Danfoss*, avsnitt 28). Dette viser at erstatningsansvaret er lite praktisk i saker som gjelder tilbakesøkning av skatter og avgifter som er innkrevd i strid med EU-retten, noe EU-domstolen med fordel kunne påpekt: For utgifter som omfattes av tilbakesøkningsretten, gir det ingen mening å velge å gå veien om et erstatningssøksmål.¹³⁹⁵

Når det likevel ikke synes påkrevd å drøfte om svakhetene ved EU-domstolens tilnærming er av en slik karakter at den ikke bør legges til grunn som uttrykk for gjeldende EU-rett, skyldes det at den ikke nødvendigvis vil ha nevneverdige praktiske konsekvenser. Forklaringen er kombinasjonen av det strenge krav til «direkte årsagsforbindelse» som EU-domstolen har stilt opp for EUs eget erstatningsansvar etter TEUV artikkel 340 annet ledd og effektivitetsprinsippet som skranke for avvikende nasjonale årsakskrav. Kort fortalt synes årsakskravet knyttet til EUs eget erstatningsansvar (jf. nærmere i punkt 8.3 og 8.4) så strengt at det ikke kan være rom for enda strengere nasjonale krav før nasjonal erstatningsrett rammes av det som EU-domstolen i *Danfoss* formulerte som et forbud mot å «udvide» kravet til direkte årsakssammenheng på en slik måte «at opnåelsen af erstatning for det lidte tab gøres praktisk umulig eller uforholdsmæssigt vanskelig» (avsnitt 36).¹³⁹⁶ En slik tolkning av *Danfoss* leder til at dommen i *realiteten* ikke utgjør noe brudd med tidligere rettspraksis, noe som synes klart best i samsvar med den omstendighet at den er «bare» avsagt av en avdeling med fem dommere og uten at det på noe vis fremgår av premissene at den er ment å innebære noen endring av rettsstilstanden.

Etter min oppfatning støttes denne utlegningen av *Danfoss* nå av etterfølgende praksis fra EU-domstolen. I *Leth* synes nemlig en annen avdeling i EU-domstolen (også den med fem dommere) uten videre å gå ut fra at årsakskravet er et autonomt EU-rettslig begrep. I dommen drøftes det om det er direkte årsakssammenheng mellom østerrikske myndigheters manglende vurdering av miljøkonsekvensene av utvidelsen av en

¹³⁹⁴ Jf. også sak C-427/10, *BAPV mot Ministero dell'Economia e delle Finanze*, [A5] dom 15. desember 2011.

¹³⁹⁵ Se til sammenligning EU-domstolens påpekning av enklere alternativer enn erstatningssøksmål i *Lindöpark* (avsnitt 35) og i forente saker C-444/09 og C-456/09, *Gavieiro og Torres mot Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia*, [A5] Sml. 2010 s. I-14031 (avsnitt 87).

¹³⁹⁶ Unntaket vil være tilfeller hvor nasjonal rett fullt ut ivaretar hensynet til skadelidte på annet vis. Som tilfellet *Danfoss* selv viser, vil det imidlertid være en mager trøst for staten at den kan «unnslipe» erstatningsansvar mot å betale, direkte eller indirekte, samme beløp til skadelidte under en annen rettslig merkelapp.

flyplass og verdireduksjonen på saksøkers faste eiendom *uten at dette knyttes til effektivitetsprinsippet*. Under henvisning til at konsekvensutredningsdirektivet bare krever at myndighetene gjennomfører en konsekvensutredning (og altså ikke begrenser deres adgang til å godkjenne miljøskadelige tiltak), antydet EU-domstolen nokså klart at man mente at årsakskravet ikke var oppfylt.¹³⁹⁷ I tråd med rollefordelingen mellom EU-domstolen og nasjonale domstoler ble imidlertid den endelige vurderingen overlatt til østerrikske domstoler, men dette skjedde gjennom en formulering som etter mitt syn temmelig klart tilsier at EU-domstolen forutsatte at om årsakskravet er en autonom EU/EØS-rettslig størrelse (avsnitt 47, mine kursiveringer):

«Det tilkommer imidlertid i sidste instans den nationale ret, som er enekompetent til at vurdere de faktiske omstændigheder i den sag, der er indbragt for den, at efterprøve, om *de krav i EU-retten, der finder anvendelse på ret til erstatning, særligt kravet om, at der foreligger en direkte årsagsforbindelse mellem den påståede tilsidesættelse og de lidte tab*, er opfyldt.»

Det er påfallende, og uheldig, at EU-domstolen i *Leth* ikke går inn på forholdet til *Danfoss*. Etter mitt syn kan disse dommene bare forenes dersom man utlegger *Danfoss* slik at effektivitetsprinsippet legger føringer på nasjonal erstatningsrett som i praksis leder til *akkurat samme resultater som om årsakskravet betraktes som en autonom EU/EØS-rettslig størrelse*. Det følger av dette at det ikke kan spille noen rolle i praksis om man definerer årsakskravet positivt som et autonomt EU/EØS-rettslig begrep, eller negativt som et produkt av effektivitetsprinsippets krav til nasjonal erstatningsrett.

På denne bakgrunn redegjøres det i det følgende først for innholdet av et autonomt EU/EØS-rettslig begrep, slik det særlig kommer til uttrykk gjennom praksis knyttet til EUs eget erstatningsansvar (punkt 8.3-8.4). Denne fremstillingen etterfølges av en drøftelse av hvilke føringer effektivitetsprinsippet må antas å legge på nasjonale årsaksvurderinger dersom man velger å følge EU-domstolens tilnærming i *Danfoss* (punkt 8.5).

¹³⁹⁷ Se særlig avsnitt 46: «I det foreliggende tilfælde foreskriver denne regel en vurdering af et offentligt eller privat projekts indvirkninger på miljøet, men indeholder ikke materielle bestemmelser vedrørende en afvejning af indvirkningerne på miljøet med de øvrige faktorer og forbyder heller ikke gennemførelse af de projekter, der kan have negative indvirkninger på miljøet. Disse kendetegn indikerer, at en tilsidesættelse af direktivets artikel 3, dvs. i det foreliggende tilfælde undladelsen af at foretage den ved denne artikel foreskrevne vurdering, i princippet ikke i sig selv udgør årsagen til værdiforringelsen af en fast ejendom.»

8.3 Årsakskravets faktiske side

8.3.1 Nødvendige, (u)vesentlige og avgjørende årsaker

Den etablerte oppfatning er at utgangspunktet for EU-domstolens årsaksvurderinger er en tradisjonell *conditio sine qua non*-test: Dersom det tap som saksøker krever erstattet ville inntruffet selv om det rettsstridige forhold tenkes borte, så er ikke rettsbruddet årsak til tapet.¹³⁹⁸ Omvendt kan en rettsstridig unnlattelse ikke anses som årsak til skadelites tap dersom tapet ville oppstått selv om vedkommende EU-institusjon hadde oppfylt sin handleplikt.¹³⁹⁹ Dette kan sees som et utslag av «de almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer» i henhold til TEUV artikkel 340 annet ledd og er som sådan lite overraskende.¹⁴⁰⁰

I EU-rettslig sammenheng kan det imidlertid *ikke* slutes motsetningsvis av *conditio sine qua non*-testen at et rettsbrudd anses som årsak til skadelites tap dersom det fremstår som en nødvendig betingelse for tapets inntreden: Som den følgende fremstilling vil vise, inneholder EU-domstolens praksis en rekke eksempler på saker hvor det sees bort fra nødvendige betingelser ut fra betraktninger om at andre årsaker er dominerende i årsaksbildet og derfor, ifølge EU-domstolen, utgjør den «egentlige» årsak til tapet. Særlig praktisk er dette i tilfeller hvor EU-domstolen anser skadelites egen handlemåte som den dominerende årsak: Domstolen nøyer seg da gjerne med å påpeke at tapet «udelukkende» skyldes skadelites egen atferd, selv om saksforholdet klart nok viser at tapet ikke ville oppstått dersom den påstått rettsstridige opptreden fra EU-institusjonene tenkes borte. I senere tid har EU-domstolen formulert dette slik at årsakskravet ikke er oppfylt dersom skadelites egen atferd utgjør «den avgjørende årsag» («la cause déterminante») til tapet, jf. eksempelvis ankesaken *Trubowest* fra 2010.¹⁴⁰¹ I samme dom fulgte EU-domstolen opp med å påpeke at «institutionernes bidrag til det tab, der kræves erstattet, selv om det foreligger, kan være for fjernt som følge af andre personers ansvar, herunder i givet fald appellanternes» (avsnitt 59).

¹³⁹⁸ Eller som EU-domstolen selv formulerte det i sak C-164/01 P, *van den Berg mot Rådet og Kommisjonen*, [A3] Sml. 2004 s. I-10225 (avsnitt 57): «Den årsagsforbindelse, der kræves, foreligger således ikke, når skaden ligeledes ville være opstået, hvis fællesskabsinstitutionerne ikke havde udstedt den pågældende retsakt».

¹³⁹⁹ Jf. fra EU-domstolens praksis for eksempel forente saker C-363/88 og C-364/88, *Finsider m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1992 s. I-359 (avsnitt 41) og fra Underrettens praksis for eksempel sak T-572/93, *Odigitria mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1995 s. II-2025 (avsnitt 65) (stadfestet av EU-domstolen i ankesak C-293/95 P, [A3] Sml. 1996 s. I-6129); sak T-167/94, *Nölle mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1995 s. II-2589 (avsnitt 90); sak T-7/96, *Perillo mot Kommisjonen*, Sml. 1997 s. II-1061 (avsnitt 42); sak T-304/01, *Pérez mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2006 s. II-4857, (avsnitt 131) og sak T-138/03, *É. R m.fl. mot Rådet og Kommisjonen.*, Sml. 2006 s. II-492 (avsnitt 138) (stadfestet av EU-domstolen i ankesak C-100/07 P, [A5] Sml. 2007 s. I-136*).

¹⁴⁰⁰ Samme utgangspunkt finnes i PETL artikkel 3:101 (men ikke, i hvert fall ikke i ren form, i PEL bok VI artikkel 4:101, jf. von Bar 2009 s. 751).

¹⁴⁰¹ Sak C-419/08 P, *Trubowest og Makarov mot Rådet og Kommisjonen*, [A5] Sml. 2010 s. I-2259 (avsnitt 61).

For norske jurister gir avgrensningen mot bidrag som er for små, assosiasjoner til det som i norsk erstatningsrett gjerne omtales som «vesentlighetslæren».¹⁴⁰² I henhold til fast rettspraksis sees det bort fra bidrag som ikke er så vidt vesentlige i årsaksbildet at det er «naturlig» å knytte erstatningsansvar til dem.¹⁴⁰³ Parallellen må imidlertid ikke strekkes for langt – i norsk erstatningsrett representerer vesentlighetslæren et unntak som bare åpner for å se bort fra bidrag som fremstår som helt uvesentlige i forhold til andre årsaksfaktorer.¹⁴⁰⁴ I EU-retten fremstår derimot sontringen mellom ansvarsfrie og ansvarsbetingende årsaker som en langt mer omfattende avgrensning av erstatningsansvaret. Underretten har i en hel rekke av saker uttrykt seg dithen at institusjonenes rettsstridige atferd må utgjøre «den afgørende årsag» («la cause déterminante») til det tap som kreves erstattet.¹⁴⁰⁵ I ankesaken *Mauerhofer* fra 2011 synes EU-domstolen, så vidt vites for første gang, å ha gjort denne formuleringen til sin egen.¹⁴⁰⁶ I de senere ankesakene *Ngele* og *Inalca* sluttet EU-domstolen seg til Underrettens bruk av samme formulering i de påankete avgjørelsene.¹⁴⁰⁷

Tatt på ordet gir Underretten og EU-domstolen her anvisning på en EU-rettslig hovedårsakslære: Ansvar knyttes bare til *hovedårsaken* til skadelidtes tap. Nå er det grunn til å være oppmerksom på at *Mauerhofer*, *Ngele* og *Inalca* foreløpig er de eneste sakene hvor *EU-domstolen* har formulert seg på dette vis, og at begge disse avgjørelsene er avsagt av avdelinger med «bare» hhv. tre og fem dommere. Forsøket i *Mauerhofer* på å underbygge formuleringen med en henvisning til *Trubowest* er dessuten lite overbevisende: Det er vesensforskjell på uttalelsen i *Trubowest* om at årsakskravet ikke er oppfylt dersom *saksøkers egen atferd* utgjør den avgjørende årsak (med den følge at det kan sees bort fra andre, forutsetningsvis uvesentlige bidrag) og det omvendte kravet i *Mauerhofer* om at *institusjonenes atferd* må kunne karakteriseres som avgjørende for at årsakskravet skal være oppfylt.¹⁴⁰⁸

¹⁴⁰² Jf. Nygaard 2007 s. 325 flg.

¹⁴⁰³ Jf. for eksempel Rt. 1992 s. 64 (på s. 70); Rt. 2000 s. 620 (på s. 631); Rt. 2000 s. 915 (på s. 925); Rt. 2001 s. 320 (på s. 334); Rt. 2001 s. 337 (på s. 342).

¹⁴⁰⁴ Jf. for eksempel Rt. 2000 s. 418 (på s. 433) og nærmere Lødrup/Kjelland 2009 s. 341-342, som av denne grunn foretrekker betegnelsen «uvesentlighetslæren».

¹⁴⁰⁵ Jf. for eksempel sak T-201/99, *Royal Olympic Cruises m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-4005 (avsnitt 26); forente saker T-440/03 m.fl., *Arizmendi m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2009 s. II-4893 (avsnitt 93); forente saker T-252/07 m.fl., *Sungro m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-55 (avsnitt 47); sak T-42/06, *Gollnisch mot EU-parlamentet*, Sml. 2010 s. II-1135 (avsnitt 110); sak T-461/08, *Evropaiki Dynamiki mot Kommisjonen*, dom 20. september 2011 (avsnitt 209) og sak T-587/10, *Interspeed mot Kommisjonen*, dom 10. juli 2012 (avsnitt 58). Formuleringen stammer tilsynelatende fra sak T-614/97, *Rubio m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-2387 (avsnitt 19) og sak T-611/97, *Transfluvia m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-2405 (avsnitt 17).

¹⁴⁰⁶ Sak C-433/10 P, *Mauerhofer mot Kommisjonen*, [A3] Sml. 2011 s. I-48* (avsnitt 127).

¹⁴⁰⁷ Sak C-272/11 P, *Ngele mot Kommisjonen*, [A3] kjennelse 4. oktober 2011 (avsnitt 18, jf. 17) og sak C-460/09 P, *Inalca mot Kommisjonen*, [A5] dom 28. februar 2013 (avsnitt 117 flg.).

¹⁴⁰⁸ Sml. *Trubowest*, avsnitt 61 med *Mauerhofer*, avsnitt 127.

Det har i denne sammenheng krav på interesse at generaladvokat Stix-Hackl i ankesaken *van den Berg* fra 2004 utla EU-domstolens daværende rettspraksis dithen at årsakskravet først er oppfylt dersom skadelidtes tap «umiddelbart og udelukkende» skyldes den aktuelle EU-institusjons rettsstridige atferd.¹⁴⁰⁹ På liknende vis gav generaladvokat Trstenjak i ankesaken *Internationaler Hilfsfond* fra 2007, under henvisning til Underrettens ovenfor omtalte praksis, uttrykk for at EU-institusjonenes rettsstridige atferd må utgjøre «den direkte og navnlig afgørende årsag» til det tap som kreves erstattet.¹⁴¹⁰ I begge sakene nøyde imidlertid EU-domstolen seg med å gjenta det generelle kravet til direkte årsakssammenheng («lien de causalité direct»).¹⁴¹¹

Utviklingen i rettspraksis kan gi grunn til å spørre om det er treffende å fastholde at det EU-rettslige årsakskravet tar utgangspunkt i en *conditio sine qua non*-test som deretter avgrenses gjennom en (u)vesentlighetslære, eller om man vil si at EU-domstolens praksis snarere gir anvisning på en form for hovedårsakslære.

I enkelte avgjørelser de senere år har Underretten gått langt i retning av å distansere seg fra *conditio sine qua non*-testen som utgangspunkt, jf. eksempelvis følgende uttalelse i *Atlantic Container Line*:

«By submitting that the requisite causal link exists in the present case on the sole basis that, if the Commission had not adopted the TACA decision in their regard, they need not have provided the bank guarantees, the applicants in fact put forward a definition of causal link different from that which prevails in Community law. Such an argument is based on a definition to the effect that, for such a link to exist, it is enough if the unlawful conduct constituted a necessary condition (a *sine qua non*) for the damage, in the sense that it would not have occurred without such conduct. However, such a broad definition of the causal link is not supported by the Community case-law on the second paragraph of Article 288 EC. As noted at paragraph 31 above, that provision limits Community liability to damage flowing directly, or sufficiently directly, from the conduct of the institution concerned which is complained of, which, in particular, precludes that liability from covering damage which arises only as a remote consequence of that conduct.»¹⁴¹²

¹⁴⁰⁹ Innstilling i sak C-164/01 P, *van den Berg mot Rådet og Kommisjonen*, [A3] Sml. 2004 s. I-10225 (avsnitt 55). Min kursivering.

¹⁴¹⁰ Innstilling i sak C-331/05 P, *Internationaler Hilfsfonds mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2007 s. I-5475 (avsnitt 90). Min kursivering.

¹⁴¹¹ Unntaket er den engelske versjonen av *van den Berg*, hvor det heter at «an act of the Community institutions is the cause of damage only where such damage can be attributed *directly and exclusively* to such act» (avsnitt 57, min kursivering). I lys av den franske versjonen av dommen må imidlertid dette betraktes som en ren oversettelsesfeil.

¹⁴¹² Sak T-113/04, *Atlantic Container Line mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-171* (avsnitt 39-40) (kursivering i original). Formuleringen synes å stamme fra generaladvokat Mengozzis innstilling i sak C-282/05 P, *Holcim mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2007 s. I-2941 (avsnitt 91-92) (i anledning vurderingen av samme årsaksspørsmål som det som dukket opp i *Atlantic Container Line*, se nærmere punkt 8.4.4.4 nedenfor).

En tilsvarende avstandtagen fra *conditio sine qua non*-testen gjenfinnes i Underrettens avgjørelse i *Trubowest*.¹⁴¹³ I ankesaken hadde EU-domstolen intet å innvende mot at Underretten «ikke forudgående og overordnet har undersøgt, om det påståede tab ville være forekommet uten institusjonernes ulovlige adfærd», så lenge den påankete dom viste at Underretten med rette var kommet til at det uansett ikke forelå *direkte* årsakssammenheng fordi det *enten* var tyske tollmyndigheter *eller* skadelidte selv som var den avgjørende årsak til tapet.¹⁴¹⁴

Etter min oppfatning må det likevel være riktig å fastholde at det EU-rettslige årsakskravet tar utgangspunkt i en *conditio sine qua non*-test som deretter, som en følge av kravet til *direkte* årsakssammenheng, avgrenses *rettslig* gjennom en form for (u)vesentlighetslære.¹⁴¹⁵ Uttalelsene i *Atlantic Container Line* og *Trubowest* har ikke hindret Underretten i å ta utgangspunkt i *conditio sine qua non*-testen i andre saker.¹⁴¹⁶ Etter min oppfatning viser Underrettens praksis bare at den rettslige avgrensning av ansvaret som ligger i kravet til *direkte* årsakssammenheng, er av en slik karakter at det etter omstendighetene kan være like greit å gå rett løs på spørsmålet om det er andre bidrag enn EU-institusjonenes påstått rettsstridige atferd som er «la cause déterminante» (typisk fordi man da unngår vanskelige bevisvurderinger). Umiddelbart kan det nok fortone seg noe uvant at man dermed avgrenser årsakssammenhengen rettslig uten først å ha tatt stilling til spørsmålet om faktisk årsakssammenheng, men prosessøkonomisk kan dette være tjenlig. Av EU-domstolens dom i *Trubowest* følger det uansett at den ikke har noe å innvende mot en slik fremgangsmåte.

¹⁴¹³ Sak T-429/04, *Trubowest og Makarov mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-128* (avsnitt 112-113). Se tilsvarende sak T-259/03, *Nikolaou mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-99* (avsnitt 320), og sak T-107/08, *Kazchrome mot Kommisjonen*, dom 30. november 2011 (avsnitt 80).

¹⁴¹⁴ Sak C-419/08 P, *Trubowest og Makarov mot Rådet og Kommisjonen*, [A5] Sml. 2010 s. I-2259 (avsnitt 57).

¹⁴¹⁵ Jf. også generaladvokat Trstenjaks innstilling i sak C-331/05 P, *Internationaler Hilfsfonds mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. I-5475 (avsnitt 95 sammenholdt med avsnitt 92).

¹⁴¹⁶ Jf. eksempelvis sak T-259/03, *Nikolaou mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-99* (avsnitt 318 og 337); sak T-514/09, *bpost mot Kommisjonen*, kjennelse 23. november (avsnitt 171); sak T-264/09, *Tecnoproces mot Kommisjonen (I)*, Sml. 2011 s. II-208* og sak T-367/09, *Tecnoproces mot Kommisjonen (II)*, Sml. 2011 s. II-209*. Se også de tidligere avgjørelsene i sak T-383/00, *Beamglow mot EU-parlamentet, Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2005 s. II-5459 (avsnitt 196) og sak T-69/00, *FIAMM mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2005 s. II-5393 (avsnitt 181) (og den tilsvarende tilnærmingen i sak T-135/01, *Fedon & Figli mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2005 s. II-29*; sak T-320/00, *Cartondruck mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2005 s. II-27*; sak T-301/00, *Groupe Fremaux mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2005 s. II-25* og sak T-151/00, *Le Laboratoire du Bain mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2005 s. II-23*). Ytterligere eksempler på anvendelse av en tradisjonell *conditio sine qua non*-test gir sak T-304/01, *Pérez m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2006 s. II-4857 (avsnitt 131) og sak T-138/03, *É. R. m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2006 s. II-492 (avsnitt 138).

Selv om det er riktig at EU-domstolen lenge ikke opererte med noen uttalt sontring mellom årsakskravets faktiske og rettslige side,¹⁴¹⁷ så ble det i storkammeravgjørelsen *Schneider* fra 2009 utvetydig fastslått at spørsmålet om det er årsaksforbindelse mellom institusjonenes rettsbrudd og skaden er et rettsspørsmål, med den følge at EU-domstolen i henhold til TEUV artikkel 256 nr. 1 annet ledd har kompetanse til å prøve «den rettlige kvalifikasjon af de faktiske omstændigheder» som Underretten har lagt til grunn, «for så vidt som denne prøvelse ... kan foretages uden at betvivle den foretagne konstatering og vurdering af de faktiske omstændigheder».¹⁴¹⁸ Dette må være en riktig tilnærming. Dersom man alternativt skulle drøfte spørsmål som avgrensning mot ansvarsfrie årsaker, spørsmål om brudd i årsakskjeden mv. under merkelappen «faktisk årsakssammenheng» ville ikke bare EU-domstolen plassere seg selv på side-linjen; man ville også lett kunne tape av syne at det er snakk om normative vurderinger av erstatningsansvarets rekkevidde.¹⁴¹⁹ Det følger av dette at den avgrensning av *conditio sine qua non*-testen som finner sted gjennom EU-domstolens sontring mellom ansvarsbetingende og ansvarsfrie årsaker, helt og fullt må betraktes som rettslig avgrensning av en faktisk årsakssammenheng som enten er konstatert eller, i tilfeller som *Atlantic Container Line* og *Trubowest*, forutsatt.

Før det i det følgende gjøres et forsøk på å komme nærmere inn på EU-domstolens rettslige avgrensning av årsakssammenheng (punkt 8.4), er det imidlertid påkrevd å redegjøre for det praktisk meget viktige kravet til at saksøker fører bevis for at årsakssammenheng mellom institusjonenes rettstridige atferd og det påståtte tap er *sikker* (punkt 8.3.2).

8.3.2 Forutsetningen om at årsakssammenheng er «sikker» – bevissspørsmål

8.3.2.1 Innledning

I de grunnleggende dommene om EUs eget erstatningsansvar på 1950- og 1960-tallet ble det ikke knyttet noe nærmere krav til beviset for den påståtte årsakssammenheng mellom institusjonenes rettstridige atferd og skadelidtes tap. Under henvisning til at saksøker må føre bevis for at den påståtte skade er sikker (jf. kapittel 5, punkt 5.7), uttalte imidlertid EU-domstolen i saken *GAEC* fra 1987 at et krav om erstatning for påstått *fremtidig* skade forutsetter at saksøker godtgjør at det påståtte rettsbrudd utgjør

¹⁴¹⁷ Jf. bl.a. Smith og Woods 1997 s. 937, som påpekte at EU-domstolen ikke opererte med noe skarpt skille mellom «causation in fact» og «remoteness»: «... for the Court causation can mean many issues: the categories used in English law are all intermixed under the broad term 'causation' at European level».

¹⁴¹⁸ Sak C-440/07 P, *Kommisjonen mot Schneider*, [SK] Sml. 2009 s. I-6413 (avsnitt 192-193).

¹⁴¹⁹ Se tilsvarende i norsk sammenheng Thorson 2011 s. 283-284.

«den sikre årsag» («la cause certaine») til det tap som kreves erstattet.¹⁴²⁰ I senere rettspraksis synes denne uttalelsen videreutviklet til et *generelt* krav til bevis for den påståtte årsakssammenheng. Et illustrerende eksempel fra de senere år er følgende generelle formulering fra Underretten i saken *Belgian Sewing Thread* fra 2010:

«Det påhviler sagsøgeren at fremlægge bevis for, at der *med sikkerhed* består en direkte forbindelse mellem den fejl, som den pågældende institution har begået, og det påståede tab (jf. i denne retning Domstolens dom af 15.1.1987, sag 253/84, *GAEC de la Ségaude mod Rådet og Kommissionen*, Sml. s. 123, præmis 20, og af 30.1.1992, forenede sager C-363/88 og C-364/88, *Finsider m.fl. mod Kommissionen*, Sml. I, s. 359, præmis 25, samt Rettens dom af 30.9.1998, sag T-149/96, *Coldiretti m.fl. mod Rådet og Kommissionen*, Sml. II, s. 3841, præmis 101).»¹⁴²¹

Kravet knyttet til bevis for årsakssammenheng må sees i sammenheng med kravet til at også selve tapet er reelt og sikkert (jf. kapittel 5, punkt 5.7). Som alt nevnt leder sammenfallet i beviskravet til at det er uten praktisk betydning å forsøke å sonde skarpt mellom disse to bevistemaene. I det det generelt henvises til fremstillingen av bevissspørsmålene knyttet til skadevilkåret, skal det i det følgende knyttes noen særmerknader til EU-domstolenes krav til bevis for den påståtte årsakssammenheng (punkt 8.3.2.2). I denne sammenheng er det også på sin plass å ta opp spørsmålet om, og i tilfelle under hvilke omstendigheter, det kan være grunnlag for å la tvil om den påståtte årsakssammenheng gå ut over myndighetene snarere enn saksøker (punkt 8.3.2.3). Samtidig, som en følge av at EU-domstolen (og Underretten) ikke sonder klart mellom årsakskravets faktiske og rettslige side, vil forutsetningen om at den påståtte årsakssammenheng er sikker også bli omtalt i fremstillingen av den rettslige avgrensningen av årsakssammenheng (jf. punkt 8.4 nedenfor). Det er nokså klart at EU-domstolene betrakter beviskravet som et normativt virkemiddel for å avgrense erstatningsansvaret og spørsmålet om årsakssammenheng er «sikker» drøftes gjerne sammen med de momenter som inngår i vurderingen av om en eventuell årsakssammenheng er tilstrekkelig «direkte». Selv om man måtte mene at spørsmål om bevis for faktisk årsakssammenheng og den rettslige avgrensningen av denne bør holdes strengt atskilt, så vil det gi et fortegnert bilde av rettstilstanden om man prøver å presse en slik systematikk ned over EU-domstolenes praksis.

8.3.2.2 Kravet til bevis for årsakssammenheng

Kravet til sikker årsakssammenheng representerer et effektivt verktøy for å avgrense erstatningsansvaret. At beviskravet fyller en slik normativ funksjon fremgår bl.a. av at

¹⁴²⁰ Sak 253/84, *GAEC mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1987 s. 123 (avsnitt 20).

¹⁴²¹ Sak T-452/05, *Belgian Sewing Thread mot Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-1373 (avsnitt 166). Kursivert her. I den franske originalversjonen heter det at det påhviler saksøker å bevise at årsakssammenheng er «certain et direct».

det særlig trekkes frem i saker som reiser spørsmål om EU-institusjonenes erstatningsansvar for påstått rettsstridige unnlatelser. Et illustrerende eksempel fra Underrettens praksis er saken *É.R.* fra 2006:

«Endvidere skal det anføres, at eksistensen af en årsagsforbindelse kræver, at den foreholdte adfærd er en *sikker og direkte årsag* til den påståede skade, og at det i sager som den foreliggende, hvor den adfærd, der angiveligt har været årsag til den påståede skade, består i en *undladelse*, navnlig er nødvendigt *at få vished for, at denne skade rent faktisk er forårsaget af den påståede undladelse* og ikke har kunnet være forårsaget af handlinger, der ikke har noget at gøre med dem, som de sagsøgte institutioner beskyldes for.»¹⁴²²

Tilsvarende formuleringer finnes etter hvert i en rekke avgjørelser fra Underretten hvor saksøker hevder at en EU-institusjon har begått en unnlattelsessynd og derigjennom forårsaket det tap som kreves erstattet.¹⁴²³

I enkelte saker, slik som *É.R.* og *Pérez* (knyttet til EUs påstått mangelfulle innsats mot spredning av «kugalskap»), synes det i praksis umulig for saksøker å løfte bevisbyrden.¹⁴²⁴ Følgende formulering fra *Pérez* er illustrerende (avsnitt 131):

«På baggrund af det anførte må det konkluderes, at de sagsøgte institutioners styring af de problemer, der er knyttet til anvendelse af kød- og benmel i foder til husdyr, herunder navnlig drøvtyggere, og til forarbejdning af animalsk affald, ikke kan anses for en sikker og direkte årsag til udbruddet af BSE [«kugalskap»] i Spanien. Det er nemlig ikke godtgjort, at såfremt disse institutioner havde vedtaget de foranstaltninger tidligere, som de vedtog senere, ville BSE-sygdommen under ingen omstændigheder være nået dette land.»

Beviskravet sørger her i realiteten for at saksøkers tap ikke er erstatningsrettslig vernet. Nyere avgjørelser som *Kazchrome*, *Tecnoproces I*, *Idromacchine*, *Gutknecht* og *Belgian Sewing Thread* antyder at dette gjelder tilsvarende i tilfeller hvor saksøker hevder at det er en EU-institusjons rettsstridige opptreden som er årsak til tap av kunder, markedsandeler mv.¹⁴²⁵

Underrettens dom i sak T-88/09, *Idromacchine mot Kommisjonen*, dom 8. november 2011, fortjener særlig oppmerksomhet i denne sammenheng. Saken gjaldt et erstatningssøksmål mot Kommisjonen for publisering av uriktige, negative opplysninger i EU-tidende om saksøker, et italiensk

¹⁴²² Sak T-138/03, *É. R. m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2006 s. II-492, avsnitt 134 (mine kursiveringer).

¹⁴²³ Jf. for eksempel sak T-304/01, *Pérez m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2006 s. II-4857, sak T-137/07, *Portela mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-329* (stadfestet i sak C-85/09 P, [A5] Sml. 2009 s. I-178*), sak T-264/09, *Tecnoproces mot Kommisjonen (I)*, Sml. 2011 s. II-208* og sak T-367/09 *Tecnoproces mot Kommisjonen (II)*, Sml. 2011 s. II-209*. Se også den noe eldre avgjørelsen i sak T-7/96, *Perillo mot Kommisjonen*, Sml. 1997 s. II-1061 (avsnitt 42-44).

¹⁴²⁴ Avgjørelsene er nærmere omtalt nedenfor i punkt 8.4.4.5.

¹⁴²⁵ Med unntak av *Idromacchine* (som omtales i det følgende petitavsnittet) er avgjørelsene omtalt nedenfor, hhv. under punkt 8.4.3.6 og 8.4.4.8.

selskap som var underleverandør av lastetanker til et skipsverft som skulle levere fire tankbåter for frakt av flytende gass. Da Kommisjonen, etter søknad fra italienske myndigheter, forlenget godkjenningen av en støtteordning til det aktuelle skipsverftet, ble dette begrunnet i forsinkelser som følge av mangler ved saksøkers tanker som ledet til at disse visstnok ikke kunne godkjennes for frakt av flytende gass. Påstandene stammet fra det italienske skipsverftet og var viderebrakt til Kommisjonen av italienske myndigheter. Kommisjonens videreformidling av påstandene i form av en offisiell meddelelse i EU-tidende utløste et søksmål fra den uthengte underleverandør med krav om omkring 5 millioner euro i erstatning for økonomisk tap, samt en «rimelig» erstatning for ikke-økonomisk skade. Underretten fant at Kommisjonen hadde krenket sin taushetsplikt da den hadde angitt saksøker som opphav til forsinkelsene. Kravet om erstatning for ikke-økonomisk skade førte delvis frem, men kravene om erstatning for ulike økonomiske tap strandet på kravet til bevis for at så vel det påståtte tap som den påståtte årsakssammenhengen var sikker. I et forsøk på å underbygge et krav på omkring en million euro i erstatning for tap som følge av manglende utnyttelse av eksisterende produksjonskapasitet og et krav på omkring en halv million euro for tapte inntekter, påpekte saksøker at man hadde opplevd et meget kraftig omsetningsfall i en periode da bransjen samlet sett hadde vært i vekst. Underretten avviste imidlertid dette argumentet under henvisning til at det «ikke [kan] udledes af den omstændighed, at et marked er i vækst, at omsætningen for et nærmere bestemt selskab på dette marked nødvendigvis vil forøges» (avsnitt 111). Saksøker hadde også fremlagt en erklæring fra en skipsmegler om at potensielle kunder stadig reiste «uoverstigelige forbehold [i betraktning af] den formodede defekt ved [de omhandlede] containere, således som det er blevet oplyst af Europa-Kommissionen i [EU-Tidende] den 18. februar 2005». Underretten var imidlertid av den oppfatning at man ikke av dette kunne fastslå «at der er en tilstrækkelig direkte årsagsforbindelse mellem offentliggørelsen af den anfægtede beslutning og den omstændighed, at Idromacchine har oplevet et kraftigt fald i sin indtjening fra 2005 til 2008». Kravet om håndfaste bevis for sammenhengen mellom Kommisjonens meddelelse og saksøkers tap av kunder og oppdrag kan synes rimelig nok, men illustrerer samtidig at beviskravet er et svært effektivt virkemiddel for å avgrense EU-institusjonenes ansvar for slike følger. (Dommen er påanket.)

8.3.2.3 Plassering av tvilsrisikoen

For så vidt gjelder spørsmålet om plassering av tvilsrisikoen, er det EU-rettslige utgangspunktet klart nok – det er saksøker som må føre bevis for at det påståtte rettsbrudd utgjør den «sikre årsag» til det tap som kreves erstattet (og for at dette tapet er «reelt og sikkert»)¹⁴²⁶ Dersom EU-institusjonene forsvarer seg med at årsakskjeden er brutt som følge av etterfølgende hendelser, må de imidlertid ha bevisbyrden for

¹⁴²⁶ Jf. de grunnleggende avgjørelsene i sak 9/60, *Vloeberghs mot Den høye myndighet*, Sml. (fransk utgave) 1961 s. 391 og sak 18/60, *Worms mot Den høye myndighet*, Sml. (fransk utgave) 1962 s. 377. Se også senere avgjørelser som sak 40/75, *Bertrand mot Kommisjonen*, Sml. 1976 s. 1 (avsnitt 14); sak 26/74, *Roquette frères mot Kommisjonen*, Sml. 1976 s. 677 (avsnitt 22-23); forente saker 64/76 m.fl., *Dumortier m.fl. mot Rådet*, Sml. 1979 s. 3091 (avsnitt 21); forente saker 197/80 m.fl., *Ludwigshafer Walzmühle mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1981 s. 3211 (avsnitt 51-56); sak 253/84, *GAEC mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1987 s. 123 (avsnitt 20); forente saker C-363/88 og C-364/88, *Finsider m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1992 s. I-359 (avsnitt 25) og ankesaken C-362/95 P, *Blackspur mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1997 s. I-4775 (avsnitt 31). Se nærmere for eksempel Brealey 1985 s. 255 flg., Hackspiel 2003 s. 438 og Durant 2008 s. 72.

dette.¹⁴²⁷ EU-domstolen følger her det som generaladvokat Mancini i *Pauls Agriculture* betegnet som «den velkendte og almindelige regel om bevisbyrdens fordeling»:

«den, som gør et krav gældende, må bevise de omstændigheder, kravet støttes på, og den, som bestrider kravet, må bevise de omstændigheder, der gør kravet helt eller delvis uberettiget».¹⁴²⁸

Som utgangspunkt er dette klart og greit, men vanskelighetene melder seg i tilfeller hvor det er nær sammenheng mellom skadelidtes argumenter for hvorfor årsakskravet er oppfylt og EU-institusjonenes innsigelser mot dette.¹⁴²⁹ EU-domstolens praksis gir *ikke* grunnlag for å hevde at EU-institusjonene har tvilsrisikoen i alle tilfeller hvor de innvender at skadelidtes tap uansett ville intrådt som følge av et hypotetisk hendelsesforløp: Selv om det foreligger feil fra en EU-institusjon som leder til at en rettsakt må settes til side som ugyldig, er det som det klare utgangspunkt opp til saksøker å bevise at hans rettsstilling («med sikkerhet») ville vært en annen om alt var gått riktig for seg.¹⁴³⁰ Dette gjelder ikke bare i tilfeller hvor en EU-institusjon på rettsstridig vis har nektet saksøker en rettighetsposisjon som saksøker ikke har rettskrav på (ugyldig avslag på en søknad mv.), men tilsynelatende også tilfeller hvor rettsbruddet består i at institusjonene på rettsstridig vis har grepet inn i en eksisterende rettighetsposisjon.¹⁴³¹ Disse spørsmål er imidlertid av så vidt stor betydning for statenes ansvar for brudd på EU/EØS-retten, at de er skilt ut for nærmere omtale i punkt 8.8 og 8.9.

Selv om det klare utgangspunkt er at tvilsrisikoen for «de omstændigheder, kravet støttes på» påhviler skadelidte, viser EU-domstolens praksis at dette ikke gjelder unntaksfritt. Et eksempel på at EU-domstolen lot tvil om årsakssammenheng gå ut over en EU-institusjon gir saken *Leussink* fra 1986.¹⁴³² Skadelidte var en av Kommisjonens tjenestemenn som var kommet alvorlig til skade i en bilulykke. Det var imidlertid uklart om ulykken skyldes førerfeil eller utilstrekkelig vedlikehold og ettersyn av den tjenestebil som skadelidte var passasjer i. Etter å ha påpekt at Kommisjonen ikke hadde fremført bevis som gjorde det mulig å avgjøre årsaksspørsmålet, uttalte EU-domstolen at tvilsrisikoen måtte gå ut over Kommisjonen (avsnitt 17):

«Da Kommissionen bedst var i stand til at fremføre beviser herom, må usikkerheden komme den til skade. Sagsøgenes oppfattelse, hvorefter ulykken skyldes ansvarspådragende uagtsomhed fra Kommissionens side, må derfor lægges til grund.»

¹⁴²⁷ Jf., forutsetningsvis, sak C-293/95 P, *Odigitria mot Rådet og Kommisjonen*, [A3] Sml. 1996 s. I-6129 (avsnitt 13-15).

¹⁴²⁸ Sak 256/81, *Pauls Agriculture mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1983 s. 1707 (på s. 1726-1727).

¹⁴²⁹ Jf. Brealey 1985 s. 256: «A difficulty lies in distinguishing between mere denials of the applicant's case and the defendant's own allegations».

¹⁴³⁰ Jf. bl.a. sak T-351/03, *Schneider mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-2237 (avsnitt 265, jf. avsnitt 191).

¹⁴³¹ Se forente saker T-252/07 m.fl., *Sungro mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-55 (avsnitt 62-63).

¹⁴³² Forente saker 169/83 og 136/84, *Leussink m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1986 s. 2801.

Et annet eksempel gir *de Nil*.¹⁴³³ Saken oppstod i kjølvannet av en dom fra Underretten som konkluderte med at Rådet med urette hadde strøket flere ansatte etter en utvelgelsesprøve som var påkrevd for opprykk til en høyere stilling. Saksøkerne hadde bestått en senere utvelgelsesprøve og deretter blitt forfremmet, men de krevde bl.a. erstatning for økonomisk tap som følge av de reduserte karriereutsikter som utsettelsen medførte. Om årsaksspørsmålet uttalte EU-domstolen følgende (avsnitt 29):

«For så vidt angår spørsmålet om årsagsforbindelsen mellom den ulovlige adfærd og det økonomiske tab i denne forbindelse bemærkes, at det påhviler Rådet at fremlægge bevis for, at sagsøgenes manglende held ved den første udvælgelsesprøve – såvel som det heraf følgende tab – ikke skyldes de konstaterede ulovligheder. Da et sådant bevis ikke er ført i sagen, må det første led af det sjette anbringende forkastes på dette punkt».

Ytterligere et eksempel fra Underrettens praksis gir avgjørelsen *Franchet og Byk* fra 2008.¹⁴³⁴ Tvilen knyttet seg i dette tilfellet til om lekkasjer til pressen virkelig stammet fra EUs byrå for bedrageribekjempelse (OLAF). Underretten viste til at det i utgangspunktet påhvilde saksøkerne å føre bevis for dette, men under henvisning til EU-domstolens tilnærming i *Leussink* slo den fast at det måtte kunne gjøres unntak

«når skadetilføjjelsen har kunnet have flere årsager, og fællesskabsinstitutionen ikke har fremlagt bevis, der kan godtgøre, hvilken af disse årsager der er den relevante, skønt den var den bedst egnede til at fremføre beviser i denne forbindelse, således at den tilbageværende usikkerhed må tillægges denne» (avsnitt 183)

Underretten fulgte opp med å slå fast at tvilsrisikoen i dette tilfellet måtte gå ut over Kommissjonen, noe som ledet til at det – «i mangel af beviser fremført af Kommissionen med henblik på at påvise, at lekkene har kunnet have en anden baggrund» – måtte legges til grunn at lekkasjene stammet fra OLAF (avsnitt 206).

Det er imidlertid all mulig grunn til å understreke at disse tre avgjørelsene langt på vei fremstår som unntakene som bekrefter regelen – det er alt i alt svært få eksempler på at EU-domstolen har latt tvil om årsakssammenheng gå ut over EU-institusjonene. Avgjørelsene *Leussink*, *de Nil* og *Franchet og Byk* er dessuten ikke særlig representative for de tilfeller av EU/EØS-stridig myndighetsutøvelse som er emnet for denne avhandlingen – alle tre gjelder søksmål fra privatpersoner i egenskap av nåværende eller forhenværende tjenestemenn.¹⁴³⁵ *Leussink* er dessuten et ytterst sjeldent eksempel på et erstatningskrav mot en EU-institusjon for personskader. I saker som gjelder EUs erstatningsansvar for myndighetsutøvelse som hevdes å ha påført en profesjonell

¹⁴³³ Sak C-259/96 P, *de Nil m.fl. mot Rådet*, Sml. 1998 s. I-2915.

¹⁴³⁴ Sak T-48/05, *Franchet og Byk mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-1585. Saken omtales nærmere nedenfor i punkt 8.4.6.4.

¹⁴³⁵ Jf. også Tridimas 2006 s. 497, som antyder at EU-domstolen opererer med en mildere linje i «staff cases».

markedsaktør et formuestap, er det så vidt vites ingen eksempler på at EU-domstolene har latt tvil om årsakssammenhengen gå ut over EU-institusjonene.

EU-domstolenes praksis gir heller ikke særlige holdepunkter for å mene noe kvalifisert om hvor mye som skal til før tvil om årsakssammenhengen eventuelt vil gå ut over EU-institusjonene. I ankesaker hvor spørsmålet dukker opp, nøyer EU-domstolen seg stort sett med å vise til hovedregelen om at bevisbyrden påhviler skadelidte.¹⁴³⁶ I ankesaken *Mebrom* fra 2009 gikk EU-domstolen noe lenger og drøftet om Underretten hadde pålagt saksøker «an unjustified and disproportionate burden of proof» («une charge de la preuve injustifiée et disproportionnée»), men dette er en summarisk publisert beslutning truffet av en liten avdeling, ankegrunnen ble kort avvist og vurderingskriteriet gjenfinnes så vidt vites ikke i senere avgjørelser.¹⁴³⁷

Samlet sett synes det likevel å være grunnlag for å hevde at omvendt bevisbyrde først vil være aktuelt i tilfeller hvor det er klart at EU-institusjonene er nærmest til å avklare bevisvilen.¹⁴³⁸ Så lenge man holder søksmålene fra EUs egne tjenestemenn utenfor, er det vanskelig å få øye på andre hensyn som f.eks. styrkeforholdet mellom partene eller mer åpne vurderinger av skadelidtes erstatningsrettslige vern i det aktuelle typetilfellet.¹⁴³⁹ Nå kan det innvendes at plassering av bevisbyrden uansett beror på en normativ vurdering og at slike hensyn derfor uunngåelig må antas å inngå i EU-domstolenes tilnærming. Om man anlegger en slik analyse, må det imidlertid konkluderes med at EU-domstolene synes å mene at behovet for å verne EU-institusjonene mot et for strengt erstatningsansvar medfører at det skal mye til før det kan være aktuelt å plassere bevisbyrden på institusjonene ut fra effektivitetsbetraktninger.¹⁴⁴⁰

En annen sak er at domstolene selvsagt må foreta en selvstendig og reell vurdering av årsaks-spørsmålet. Underretten tok nokså lett på dette i sak T-277/97, *Ismeri mot Revisjonsretten*, Sml. 1999 s. II-1825, da den avviste at det var årsakssammenheng mellom Revisjonsrettens tilsidesettelse av saksøkers tilvarsrett og eventuelle tap forårsaket av en svært negativ evalueringsrapport under henvisning til at Revisjonsretten *i ettertid* hadde tilbakevist samtlige av saksøkers innvendinger mot rapporten (avsnitt 101-105). I ankesaken påpekte EU-domstolen med rette at dette var for lettvint: «En institution vil naturligvis være mere åben over for kommentarer, før den tager endeligt stilling end efter offentliggørelsen af dens stillingtagen, da en accept af kritikken efter

¹⁴³⁶ Ett av mange eksempler er ankesakene C-162/01 P og C-163/01 P, *Bouma og Beusmans mot Rådet og Kommisjonen*, [A5] Sml. 2004 s. I-4509, hvor de ankende parter forgieves gjorde gjeldende at Underretten med urette hadde pålagt dem tvilsrisikoen for årsakssammenheng mellom det påståtte rettsbrudd og det lidte tap (avsnitt 97-100).

¹⁴³⁷ Sak C-374/07 P, *Mebrom mot Kommisjonen*, [A3] Sml. 2009 s. I-3* (avsnitt 81-83).

¹⁴³⁸ Jf. Hackspiel 2003 s. 438-439.

¹⁴³⁹ Sml. Nygaard 2000 s. 531, som antyder at slike vurderinger er relevante i norsk rett.

¹⁴⁴⁰ Jf. slik Baumhof 1996 s. 250-264, som også gir uttrykk for at dette er en riktig tilnærming som bidrar til å holde offentlige myndigheters erstatningsansvar innenfor rimelige grenser og som på dette grunnlag kritiserer at EU-domstolen i den ovenfor omtalte avgjørelsen *Leussink* lot tvilsrisikoen gå ut over Kommisjonen.

offentliggjørelsen tvinger den til at ombestemme sig og udsende en berigtigelse» (ankesak C-315/99 P, [P] Sml. 2001 s. I-5281, avsnitt 31). EU-domstolen foretok deretter en selvstendig vurdering av omstendighetene i saken, men uten at dette var til særlig hjelp for den ankende part: Også EU-domstolen var av den oppfatning at rapporten ville hatt samme innhold selv om selskapet hadde fått gi uttrykk for sine innvendinger i forkant (avsnitt 33-34).

8.4 Den rettslige avgrensningen av årsakssammenhengen

8.4.1 Innledning

I hvert fall for nordiske og tyske jurister er det nærliggende å knytte EU-domstolens rettslige avgrensning av årsakssammenhengen til begrepet adekvans.¹⁴⁴¹ Så lenge det presiseres at det i så fall er snakk om en autonom, EU/EØS-rettslig adekvanslære, er dette i og for seg uproblematisk. Nettopp faren for at man trekker med seg elementer av den hjemlige adekvanslæren i analysen av EU-domstolenes praksis, tilsier likevel at adekvansbegrepet etter mitt syn helst bør unngås. Selv om det er riktig at enkelte generaladvokater i noen få tilfeller har formulert EU-domstolens krav til «direkte årsagsforbindelse» som et spørsmål om adekvans,¹⁴⁴² har EU-domstolen selv (og Underretten) konsekvent unngått begrepet.¹⁴⁴³ Forklaringen er trolig at man nettopp vil unngå en begrepsbruk som ville kunne lede til forvirring knyttet til forholdet til nasjonale adekvanslærere.¹⁴⁴⁴ I dette ligger det implisitt også en avstandtagen fra nasjonale rettstradisjoner, og da kanskje særlig fra den tyske adekvanslæren, som franske jurister synes å betrakte som unødig abstrakt og stivbeint.¹⁴⁴⁵

Enda klarere er det at EU-domstolens tilnærming til den rettslige avgrensning av årsakssammenhengen i avgjørelsene på 1960-tallet ikke er inspirert av den nordiske

¹⁴⁴¹ Jf. i norsk sammenheng for eksempel Sejersted i Sejersted m.fl. 2011 s. 214 og i dansk sammenheng Fenger 2011 s. 100. Også i tysk litteratur er dette vanlig, jf. de mange litteraturhenvisningene hos Wurmnest 2003 s. 176 (Wurmnest selv tar imidlertid avstand fra denne begrepsbruken).

¹⁴⁴² Jf. generaladvokat Gand i forente saker 5/66 m.fl., *Kampffmeyer m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. (fransk utgave) 1967 s. 317 (på s. 366); generaladvokat de Lamothe i sak 4/69, *Lütticke mot Kommisjonen*, Sml. 1971 s. 325 (på s. 348 i den franske originalen, hvor det settes likhetstegn mellom «causalité direct» og «causalité adéquate»); generaladvokat Roemer i forente saker 63/72 m.fl., *Werhahn Hansamühle mot Rådet*, Sml. 1973 s. 1254 (på s. 1271 i den tyske originalen: «adäquate Ursache»); generaladvokat Lenz i sak 277/84, *Jänsch mot Kommisjonen*, Sml. 1987 s. 4923 (avsnitt 28 i den tyske originalen: «adäquate Verursachung») og nå senest generaladvokat Kokott i hennes innstilling 8. november 2012 i sak C-420/11, *Leth mot Østerrike* (avsnitt 53).

¹⁴⁴³ Søk i Eur-lex-basen på fransk og tysk gir *ingen* eksempler på at EU-domstolen eller Underretten har knyttet den rettslige avgrensning av årsakssammenhengen til begrepet adekvans.

¹⁴⁴⁴ I tråd med EU-domstolens avvisning i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* av å knytte ansvarsgrunnlaget til begrepet culpa, jf. kapittel 7, punkt 7.4.

¹⁴⁴⁵ Jf. omtalen av den franske skepsisen til den tyske adekvanslæren hos Wurmnest 2003 s. 170-171 (med en rekke henvisninger til fransk litteratur).

varianten av adekvanslæren, enn si av den engelske læren om *remoteness* – Danmark, Irland og Storbritannia ble først medlemmer i 1973, Sverige og Finland først i 1995.

Derimot er det nok grunn til å anta at EU-domstolen også på dette punkt har latt seg inspirere av fransk erstatningsrett. Basert på en analogi fra den franske sivillovboken artikkel 1151 om kontraktsrettslig erstatningsansvar kreves det i fransk erstatningsrett generelt at den lidte skade er en umiddelbar og direkte følge («une suite immédiate et directe») av skadevolders handling.¹⁴⁴⁶ At EU-domstolens krav til «direkte årsagsforbindelse» er hentet herfra, understøttes også av flere generaladvokattstillinger i saker fra 1960-tallet vedrørende Kommisjonenens erstatningsansvar i henhold til EKSF-traktaten artikkel 34 og 40.¹⁴⁴⁷ Særlig hjelp for forståelsen av EU-domstolens rettslige avgrensning av årsakssammenhengen gir dette likevel ikke. Fransk erstatningsrett synes ikke å tilby noen helhetlig teoretisk tilnærming til den rettslige avgrensning av årsakssammenhengen som er egnet for å systematisere EU-domstolenes praksis.¹⁴⁴⁸ Inspirasjonen fra fransk rett kan nok bidra til å forklare hvorfor også EU-domstolenes tilnærming til årsaksspørsmålet fremstår som nokså pragmatisk og «case-by-case»-orientert, men altså uten at dette er til særlig hjelp når det i det følgende likevel skal gjøres et forsøk på å systematisere domstolenes praksis.

Til dette kommer at EU-domstolen over tid utvilsomt har utviklet en egen, autonom (om enn fragmentarisk) EU-rettslig variant av kravet til «direkte» årsakssammenheng. I litteraturen er det av denne grunn uttalt at EU-domstolens tilnærming ikke korresponderer fullt ut med noen av de nasjonale teorier for rettslig avgrensning av årsakssammenhengen som finnes i EU-statene.¹⁴⁴⁹

EU-domstolens tilnærming er, naturlig nok, heller ikke inspirert av den rettslige avgrensning av årsakssammenhengen som er lagt til grunn i PETL (fra 2005) og PEL bok VI (fra 2009). Dermed er

¹⁴⁴⁶ Se nærmere Wurmnest 2003 s. 170 (med en rekke videre henvisninger).

¹⁴⁴⁷ Jf. for eksempel generaladvokat Lagranges innstilling i forente saker 29/63 m.fl., *Usines de la Providence mot Den høye myndighet*, Sml. (fransk utgave) 1965 s. 1123. (Som følge av ordlyden i EKSF-traktaten artikkel 34 ble dette formulert som et spørsmål om skaden var direkte.) Se til dette også van Dam 2006 s. 280, som treffende påpeker at EU-domstolen «seems to be inspired by the way the French *Cour de cassation* deals with causation issues».

¹⁴⁴⁸ Jf. Wurmnest 2003 s. 169 flg., som påpeker at fransk litteratur er preget av skepsis ovenfor (tyske) forsøk på omfattende teoribygging på dette punkt fordi det vil begrense dommernes frihet til å komme frem til rimelige løsninger i hvert enkelt tilfelle. Se også van Dam 2006 s. 278-279 («French legal writers have not expressed a strong inclination to develop profound theories and thoughts about causation»). I samme retning også van Gerven 2000b s. 418 flg.

¹⁴⁴⁹ Jf. Weitenberg 2008 s. 337: «[T]he European Courts do not refer to any of the theories used to determine legal causation in the domestic legal systems, nor does the requirement of directness directly correspond to any of these approaches». Tilsvarende bl.a. Smith og Woods 1997 s. 937 (om forholdet til den engelske læren om *remoteness*) og Wurmnest 2003 s. 170 (om forholdet til den tyske adekvanslæren). I samme retning også van Dam 2006 s. 280, som følger opp sin påpekning av at EU-domstolen nok har latt seg inspirere av fransk rett med den betraktning at domstolens nærmere anvendelse av kravet til «direkte» årsakssammenheng fremstår som strengere (overfor skadelidte) enn tilnærmingen i fransk rettspraksis.

imidlertid ikke sagt at EU-domstolen ikke i fremtiden vil kunne la seg inspirere av elementer fra disse utkastene. I henhold til TEUV artikkel 340 annet ledd er de alminnelige rettsprinsipper som er felles for medlemsstatenes rettssystemer styrende for EU-ansvarets innhold og i hvert fall et stykke på vei kan PETL og PEL bok VI betraktes som et forsøk på å kodifisere disse. Generelt er nok inntrykket at så vel PETL som PEL bok VI også på dette punkt ligger noe tettere opp mot tysk rettstenkning enn EU-domstolens tilnærming, men i en situasjon hvor den rådende oppfatning i litteraturen er at det ikke eksisterer noen koherent EU-rettslig «lære» for avgrensning av årsakssammenhengen (jf. nærmere nedenfor) kan det være fruktbart å holde EU-domstolens praksis opp mot tilnærmingen i PETL og PEL bok VI. Tilsvarende som ved sammenligning med nasjonal rett, må det imidlertid da advares mot faren for at man på sviktende grunnlag fortolker prinsippene i PETL og PEL bok VI «inn i» EU-domstolens praksis. I det følgende vil EU-domstolens tilnærming bli holdt opp mot PETL og PEL bok VI i tilfeller hvor en slik sammenligning fremstår som relevant.

Den omstendighet at EU-domstolen opererer med en egen, autonom EU-rettslig forståelse av kravet til direkte årsakssammenheng, innebærer likevel ikke at utsiktene til å avdekke en koherent EU-rettslig «lære» for avgrensning av årsakssammenhengen bør overvurderes. I litteraturen er det en utbredt oppfatning at ganske enkelt ikke er mulig å etablere noen helhetlig teoretisk ramme rundt EU-domstolens tilnærming til årsaksspørsmålet.¹⁴⁵⁰ Et slikt syn fremstår imidlertid som i overkant kritisk (overfor EU-domstolen) så vel som noe av en fallitterklæring (på rettsvitenskapens vegne). Fraværet av en klar teoretisk overbygning leder imidlertid til at eneste farbare vei for å komme nærmere inn på EU-domstolens forståelse av kravet til at årsakssammenhengen må være «direkte», består i en omfattende og inngående analyse av et betydelig antall konkrete rettsavgjørelser.

Som følge av rollefordelingen mellom Underretten og EU-domstolen i saker som gjelder EUs erstatningsansvar i henhold til TEUV artikkel 340 annet ledd, må også praksis fra Underretten vies betydelig oppmerksomhet i forsøket på å komme nærmere inn på kravet til at årsakssammenhengen må være «direkte». EU-domstolens kompetanse som ankeinstans er, som alt nevnt, begrenset til rettsspørsmål, jf. TEUV artikkel 256 nr. 1 annet ledd. Fraværet av en klar sontring mellom spørsmålet om faktisk årsakssammenheng og spørsmålet om en sådan er tilstrekkelig «direkte», leder til at EU-domstolen prøving av Underrettens rettslige avgrensning av årsakssammenhengen ofte

¹⁴⁵⁰ Jf. for eksempel Durant 2008 s. 71, som etter en gjennomgang av en rekke avgjørelser fra EU-domstolen konkluderer med at «it remains difficult to give a strict definition of the notion of direct causation». Tilsvarende bl.a. van Dam 2006 s. 279: «A clear community law concept of causation does not yet exist»; Ruffert i Calliess/Ruffert 2011 s. 2637-2638: «Der EuGH folgt keiner bestimmten Kausalitätstheorie»; Smith og Woods 1997 s. 937: «... for the Court causation can mean many issues: the categories used in English law are all intermixed under the broad term 'causation' at European level» og Wurmnest 2003 s. 176: «Den knappen Ausföhrungen der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte kann keine klar strukturierte gemeinschaftsrechtliche Kausalitätstheorie entnommen werden».

fremstår som nokså begrenset.¹⁴⁵¹ Illustrerende eksempler på *konkrete utslag* av EU-domstolens generelle forståelse av årsakskravet finnes nå først og fremst i Underrettens praksis.

8.4.2 Forutsetningen om skaden som en påregnelig følge av rettsbruddet

8.4.2.1 Innledning

Et naturlig utgangspunkt for et forsøk på å systematisere EU-domstolens rettslige avgrensning av årsakssammenhengen synes å være forutsetningen om at skaden fremstår som en *objektivt påregnelig følge* («*une conséquence objectivement prévisible*») av EU-institusjonenes rettsstridige atferd.¹⁴⁵² I generelle vendinger uttrykte generaladvokat Trstenjak dette slik i hennes innstilling i *Internationaler Hilfsfond* (avsnitt 90):

«Alene handlinger, der efter almindelig erfaring typisk er egnede til at medføre en skade som den lidte, kan anses for kausale. Dette er ikke tilfældet, såfremt skadens indtræden som følge af handlingen var helt usandsynlig, idet den lå uden for enhver erfaring.»

EU-domstolenes rettspraksis tilsier imidlertid at spørsmålet om skadelidtes tap er påregnelig eller ikke, spiller en forholdsvis beskjeden rolle. I hvert fall er det nokså sjelden at EU-domstolene uttrykkelig drøfter spørsmålet. Her skiller tilsynelatende EU-retten seg ut fra så vel adekvanslæren (det være seg den nordiske eller den tyske varianten) som tilnærmingen i PETL artikkel 3:201. Før det redegjøres noe nærmere for dette, er det imidlertid påkrevd å omtale nærmere noen av de eksempler fra de senere år hvor EU-domstolene uttrykkelig har knyttet årsaksspørsmålet til spørsmålet om skadelidtes tap er en objektivt påregnelig følge av institusjonenes rettsstridige atferd.

8.4.2.2 Dorsch Consult

Et første eksempel er *Dorsch Consult*. Saken gjaldt et erstatningssøksmål mot Rådet og Kommisjonen i kjølvannet av EUs handelsembargo mot Irak forut for Gulf-krigen i 1990-1991. Saksøker var et tysk ingeniørselskap som hadde utestående fordringer mot irakiske myndigheter knyttet til bygging av en motorvei. Saksøker mente at EUs handelsembargo hadde ført til at Irak nektet å gjøre opp for seg og hevdet i den forbindelse at EU måtte ha et objektivt ansvar for særlige og usedvanlige tap som embargoen hadde påført næringsdrivende med utestående fordringer mot irakiske myndig-

¹⁴⁵¹ Se til illustrasjon EU-domstolens avgjørelser i ankesaker som sak C-362/95 P, *Blackspur m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, [A3] Sml. 1997 s. I-4475; sak C-237/98 P, *Dorsch Consult mot Rådet og Kommisjonen*, [A5] Sml. 2000 s. I-4549; sak C-331/05 P, *Internationaler Hilfsfonds mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2007 s. I-5475; sak C-325/06 P, *Galileo International Technology mot Kommisjonen*, [A3] Sml. 2007 s. I-44* og C-481/07 P, *SELEX mot Kommisjonen*, [A3] Sml. 2009 s. I-127*.

¹⁴⁵² Jf. Underrettens dom i sak T-184/95, *Dorsch Consult mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-667 (avsnitt 72) (stadfestet av EU-domstolen i ankesak C-237/98 P, [A5] Sml. 2000 s. I-4549).

heter. Subsidiært ble det anført at Rådet og Kommisjonen på rettstridig vis hadde unnlatt å ivareta de næringsdrivendes interesser da embargoen ble vedtatt.

I stedet for å ta stilling til det, på dette tidspunkt, uavklarte prinsippspørsmålet om EU kunne ha et objektivt, ekspropriasjonslignende erstatningsansvar overfor private som rammes helt særskilt og usedvanlig av rettmessige handlinger,¹⁴⁵³ valgte så vel Underretten som EU-domstolen å konsentrere seg om vilkårene tap og årsakssammenheng. Om sistnevnte påpekte Underretten at saksøker ikke hadde ført tilstrekkelig bevis for at irakiske myndigheters mislighold av landets betalingsforpliktelser overfor næringsdrivende hjemmehørende i EU «under et normalt begivenhedsforløb udgjorde en objektivt forudsigelig følge af udstedelsen af forordningen».¹⁴⁵⁴

Underretten la til (avsnitt 73) at selv om man skulle betrakte Iraks betalingsnekt som en påregnelig følge av handelsembargoen, så måtte saksøkers eventuelle tap, «in the final analysis» («en dernière analyse»), tilskrives FN snarere enn EU: EUs handelsembargo var vedtatt for å oppfylle medlemsstatenes forpliktelser i henhold til Sikkerhetsrådets resolusjon nr. 661 (1990).

I ankesaken nøyde EU-domstolens seg med å vise til at den ikke kunne se at det var hold i noen av de av saksøkers innsigelser mot Underrettens dom som var omfattet av EU-domstolens kompetanse som ankeinstans.¹⁴⁵⁵

8.4.2.3 *FIAMM m.fl.*

En hel liten rekke avgjørelser fra Underretten som fortjener oppmerksomhet, er *FIAMM, Le Laboratoire du Bain, Groupe Fremaux, Cartondruck, Beamglow* og *Fedon & Figli*.¹⁴⁵⁶ Samtlige søksmål var foranlediget av EUs WTO-stridige importordning for bananer. Ordningen favoriserte import fra enkelte karibiske stater med tilknytning til forhenværende europeiske kolonimakter, noe som særlig rammet amerikanske selskaper som kjøpte inn bananer fra andre stater og eksporterte dem til Europa. Amerikanske myndigheter svarte derfor med å innføre gjengjeldelsestoll på en lang rekke produkter fra EU. Blant disse var saksøkernes produkter. Erstatningssøksmålene strandet i all hovedsak på WTO-reglens manglende direkte virkning i EU-retten, men Underretten kom likevel med interessante betraktninger om årsakssam-

¹⁴⁵³ Jf. den senere avklaringen av dette spørsmålet i forente saker C-120/06 P og C-121/06 P, *FIAMM og Fedon mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2008 s. I- 6513 (kort omtalt i kapittel 3, punkt 3.1).

¹⁴⁵⁴ Sak T-184/95, *Dorsch Consult mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-667 (avsnitt 72).

¹⁴⁵⁵ Sak C-237/98 P, *Dorsch Consult mot Rådet og Kommisjonen*, [A5] Sml. 2000 s. I-4549.

¹⁴⁵⁶ Sak T-69/00, *FIAMM mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2005 s. II-5393; sak T-151/00, *Le Laboratoire du Bain mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2005 s. II-23*; sak T-301/00, *Groupe Fremaux mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2005 s. II-25*; sak T-320/00, *Cartondruck mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2005 s. II-27*; sak T-383/00, *Beamglow mot EU-parlamentet, Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2005 s. II-5459 og sak T-135/01, *Fedon & Figli mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2005 s. II-29*.

menhengen mellom EUs brudd på WTO-reglene og USAs forhøyde toll på saksøkerens produkter.

Rådet og Kommisjonen hevdet i samtlige saker at årsakskravet ikke var oppfylt fordi at USA verken var forpliktet til å treffe beskyttelsestiltak eller til å ramme akkurat saksøkernes produkter. Underretten avviste dette under henvisning til at de amerikanske gjengjeldelsestiltakene fremstod som en *objektivt påregnelig følge* av EUs brudd på WTO-retten. I *FIAMM* ble dette formulert som følger (avsnitt 183):

«Under disse omstendigheter skal tilbaketrækningen af indrømmelser over for Fællesskabet i form af tillægstolden på import anses for en følge, der objektivt – ifølge et almindeligt og forudsigeligt forløb for WTO's ordning for bilæggelse af tvister, som er accepteret af Fællesskabet – følger af de sagsøgte institutioners opretholdelse af en importordning for bananer, der er uforenelig med WTO-aftalerne.»

Underretten konkluderte med at det var EUs brudd på WTO-retten som utgjorde «den afgørende årsag» til saksøkernes tap, før den tilføyde at amerikanske myndigheter endog på forhånd hadde gjort EU oppmerksom på hvilke mottiltak som ville bli iverksatt dersom ikke EU brakte importordningen i overensstemmelse med WTO-regelverket, herunder detaljerte lister over hvilke produkter som ville bli ilagt tilleggstoll (avsnitt 186-188).

To av sakene, *FIAMM* og *Fedon & Figli*, ble anket, men EU-domstolen forkastet ankene uten å gå inn på årsaksspørsmålet. Generaladvokat Maduro sluttet seg imidlertid til Underrettens vurdering: «Langt fra at bryde årsagsforbindelsens kæde mellem Fællesskabets adfærd og det påståede tab fremstår de amerikanske myndigheders initiativer snarere som led i kæden. Retten har derfor med føje anset Fællesskabets adfærd for den 'avgørende årsag' til sagsøgenes tab.» (innstilling i forente saker C-120/06 P og C-121/06 P, [SK] Sml. 2008 s. I-6513, avsnitt 72, fotnote utelatt).

8.4.2.4 Nikolaou

En annen avgjørelse fra Underretten som fortjener oppmerksomhet, er *Nikolaou*.¹⁴⁵⁷ Saksøker var et tidligere medlem av EUs revisjonsrett som saksøkte Kommisjonen med krav om erstatning for skade lidt etter lekkasjer fra EUs byrå for bedrageribekjempelse (OLAF) om en pågående undersøkelse mot henne. Lekkasje omhandlet bl.a. opplysninger om at OLAF hadde anbefalt EUs revisjonsrett å reise sak om hennes pensjonsrettigheter. Da Revisjonsretten likevel valgte å legge bort saken, saksøkte Nikolaou Kommisjonen, dels med krav om erstatning for økonomiske tap, dels med krav om erstatning for ikke-økonomiske tap.

¹⁴⁵⁷ Sak T-259/03, *Nikolaou mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-99*.

I årsaksvurderingen fremhevet Underretten at de mange presseoppslagene om saksøker klart nok hadde flere kilder ut over lekkasjer fra OLAF, men at lekkasjene hadde bidratt til skadene på saksøkers anseelse. Interessant nok var Underretten av den oppfatning at lekkasjene bare var årsak til en relativt liten del («une partie relativement marginale») av den negative presseomtalen (avsnitt 302), men retten fant likevel at lekkasjene hadde bidratt på et vis som gjorde at det ikke uten videre kunne avvises at årsakskravet var oppfylt (avsnitt 304).¹⁴⁵⁸ Det ble i den sammenheng fremhevet at informasjonen fra OLAF bidro til å styrke troverdigheten av informasjon som stammet fra andre kilder. Under henvisning til at presseoppslagene var en påregnelig følge («la conséquence prévisible») av det å lekke informasjon av denne karakter til journalister, konkluderte Underretten med at årsakskravet var oppfylt.

I herværende sammenheng er det også av interesse at Underretten avviste Kommisjonens anførsler om journalistenes beslutning om å publisere informasjonen som en avskjærende årsak: Publiseringen kunne ikke anses som noe brudd i årsakskjeden all den tid publiseringen var svært sannsynlig («fortement probable»), særlig når man tok med i betraktningen at saksøker var en kjent politiker (avsnitt 320). Saksøker ble deretter tilkjent en erstatning for ikke-økonomisk skade på 3000 euro. Hennes krav om erstatning for økonomisk tap knyttet til påståtte helseplager ble derimot avvist – for helseplagene vedkommende hadde hun ikke kunnet påvise direkte årsakssammenheng mellom dem og lekkasjene (avsnitt 337).

8.4.2.5 *Franchet og Byk*

En avgjørelse med klare likhetstrekk med *Nikolaou* er Underrettens dom i saken *Franchet og Byk*.¹⁴⁵⁹ Også denne saken reiste spørsmål om EUs erstatningsansvar for lekkasjer til media fra OLAF.¹⁴⁶⁰ Saksøkerne var henholdsvis tidligere generaldirektør og tidligere direktør for Eurostat (EUs statistikkbyrå). Lekkasjene stammet fra OLAFs undersøkelse av påståtte økonomiske misligheter i Eurostat. OLAF mente at saksøkerne hadde gjort seg skyldige i omfattende misbruk av Eurostats midler. Etter å ha fått oversendt saksdokumentene fra OLAF, hadde franske påtalemyndigheter innledet straffeforfølgning av saksøkerne. Kommisjonen anførte at pådømmelsen av erstatningssaken måtte utsettes til de nasjonale straffesakene var avgjort, men Underretten avviste dette under henvisning til at erstatningskravene knyttet til lekkasjene fra OLAF (og andre regelbrudd under etterforskningen) stod på egne ben (avsnitt 90-92).

¹⁴⁵⁸ Umiddelbart fremstår denne vurderingen som mildere stemt ovenfor saksøker enn flere av dommene omtalt ovenfor. Forklaringen ligger trolig i den omstendighet at det ved idømmelse av erstatning for ikke-økonomisk skade er mulig å tilpasse erstatningen til den enkelte årsaks bidrag til skaden, jf. Underrettens påpekning av nettopp dette i dommens avsnitt 335.

¹⁴⁵⁹ Sak T-48/05, *Franchet og Byk*, Sml. 2008 s. II-1585.

¹⁴⁶⁰ Saken reiste også spørsmål om en rekke andre rettsbrudd fra hhv. OLAF og Kommisjonen, men i herværende sammenheng er det først og fremst spørsmålet om ansvar for lekkasjene som interesserer.

Underretten fant det bevist at lekkasjene stammet fra OLAF og at de innebar et åpenbart og grovt brudd på grunnleggende rettssikkerhetsgarantier. Heller ikke årsakskravet bød på vanskeligheter (avsnitt 402, min kursivering):

«Hvad angår lekkene i forbindelse med fremsendelsen af Datashop-Planistat-sagsakterne til de franske retslige myndigheder er det erkendt, selv af Kommissionen, at der er sket et angreb på sagsøgenes ære og faglige omdømme ved de oplysninger, der er blevet offentliggjort i pressen. Det skal ligeledes fastslås, at der ikke hersker tvivl om den direkte karakter af årsagsforbindelsen mellem den af OLAF begåede retsstridighed og den ikke-økonomiske skade for sagsøgerne. Når en fortrolig oplysning lækkes, er offentliggørelsen af den *en forudseelig og naturlig følge af denne retsstridighed*, hvorfor årsagsforbindelsen er tilstrækkelig direkte.»

En anførsel fra en av saksøkerne om at han ville fått stillingen som Eurostats nye generaldirektør om det ikke var for lekkasjene fra OLAF, ble derimot avvist under henvisning til at dette ikke kunne anses godtgjort (avsnitt 406).¹⁴⁶¹ Videre avviste Underretten at det var påvist direkte årsakssammenheng mellom lekkasjene og saksøkernes fysiske og psykiske plager, bl.a. under henvisning til at dette kunne skyldes de «voldsomme angreb mod dem fra en vis tysk presses side» (avsnitt 408).¹⁴⁶² Endelig ble en anførsel om at også saksøkernes pårørende var påført helsemessige plager, avvist under henvisning til at det ikke var påvist direkte årsakssammenheng mellom de påståtte plagene og EU-institusjonenes rettsbrudd i etterforskningen av saksøkerne (avsnitt 410). Av et samlet krav på 800.000 euro i erstatning for ikke-økonomiske tap, måtte saksøkerne etter dette nøye seg med 56.000 euro. Krav om erstatning for økonomiske tap i størrelsesorden 200.000 euro ble avvist under henvisning til at kravet ikke var nærmere konkretisert og dessuten uansett gjaldt ulike former for saksomkostninger som ikke kan kreves erstattet i form av et erstatningssøksmål under TEUV artikkel 340 annet ledd (avsnitt 413-418).

8.4.2.6 Nærmere om forutsetningen om påregnelighet

De ovenfor omtalte avgjørelsene til tross: Inntrykket man sitter igjen med etter å ha studert EU-domstolens praksis er at spørsmålet om skadelidtes tap er påregnelig eller ikke, spiller en nokså beskjeden rolle. Riktignok kan listen over avgjørelser gjøres noe lenger,¹⁴⁶³ men det endrer ikke den omstendighet at EU-domstolene i langt de fleste

¹⁴⁶¹ Merk at Underretten i denne sammenheng også viste til den uutnyttede muligheten for rettslig prøving av ansettelsesprosessen (avsnitt 407), jf. generelt om denne problematikken nedenfor i kapittel 10.

¹⁴⁶² På dette punkt er dommen vanskelig forenlig med avgjørelser som *Pérez* og *Nikolaou* (jf. hhv. punkt 8.4.4.5 nedenfor og punkt 8.4.2.4 ovenfor). Noen betydning for utfallet fikk dette likevel neppe, i det Underretten også påpekte at saksøkerne ikke hadde ført tilstrekkelig bevis for de anførte helseplagene (avsnitt 408).

¹⁴⁶³ Et noe tidligere eksempel finnes i sak 131/81, *Berti mot Kommisjonen*, Sml. 1982 s. 3493, men her er spørsmålet om Kommisjonens erstatningsansvar for «almindelige og påregnelige følger» (avsnitt 22) knyttet til den omstendighet at Kommisjonen hadde informert deltakerne på en feriekoloni for ansatte m/familier om at man hadde tegnet en egen ulykkesforsikring som lå innbakt i deltakeravgiften. Da forsikringen viste seg å være

tilfeller avgrenser årsakssammenhengen uten å drøfte spørsmålet om påregnelighet. Inntrykket endres heller ikke vesentlig av at det i og for seg er mulig å forstå EU-domstolens argumentasjon i ytterligere noen saker dit hen at det under andre overskrifter integreres en vurdering av om hendelsesforløpet i kjølvannet av institusjonenes rettsstridige atferd fremstår som påregnelig.¹⁴⁶⁴

I hvert fall ved første øyekast skiller EU-domstolens tilnærming seg her fra tilnærmingen i norsk rett, hvor kravet til påregnelighet generelt betraktes som et helt sentralt element i adekvanslæren.¹⁴⁶⁵ Også i tysk og engelsk rett synes spørsmålet om påregnelighet mer sentralt enn det EU-domstolens praksis etterlater inntrykk av.¹⁴⁶⁶ Ved nærmere ettertanke er det imidlertid ikke sikkert forskjellen er så stor: Praksis knyttet til EUs eget erstatningsansvar viser at langt de fleste saker gjelder krav om erstatning for rene formuestap. For slike tap synes det også i norsk sammenheng erkjent at påregnelighet alene normalt ikke er tilstrekkelig til å holde erstatningsansvaret innen rimelige grenser.¹⁴⁶⁷ I EU-domstolens praksis synes forutsetningen om at tapet fremstår som en objektivt påregnelig følge av EU-institusjonenes rettsstridige atferd å ligge i bunn som et *minstekrav* for at årsakssammenhengen skal kunne betegnes som tilstrekkelig «direkte». At dette ofte ikke nevnes i avgjørelsene, kan forklares med at EU-domstolene retter oppmerksomheten direkte mot andre, mer vidtrekkende avgrensningskriterier (jf. nærmere i punkt 8.4.3 flg.).

Det følger av dette at slutningen fra påregnelighet og til «direkte årsagsforbindelse» i de ovenfor omtalte avgjørelsene *FIAMM*, *Nikolaou* og *Franchet og Byk* ikke må tas bokstavelig. At skadelidtes tap fremstår som en objektivt påregnelig følge av EU-institusjonenes rettsstridige atferd er en *nødvendig, men ikke tilstrekkelig* forutsetning for at årsakssammenhengen skal kunne betegnes som tilstrekkelig «direkte».

I norsk rett uttalte Høyesterett i Rt. 2007 s. 172 (avsnitt 68) at det at skadefølgen er upåregnelig, ikke i seg selv utelukker at årsakssammenhengen kan være adekvat. Uttalelsen falt imidlertid i en sak hvor konklusjonen til sist ble at kravet til adekvans ikke var oppfylt og den synes vanskelig forenlig med den etablerte forståelsen av adekvanslæren. For de tap som i praksis er aktuelle i tilfeller hvor nasjonale eller overnasjonale myndigheter tilsidesetter EU/EØS-rettslige forpliktelser,

utilstrekkelig, oppstod spørsmålet om Kommisjonens erstatningsansvar for utgifter som ikke ble dekket av forsikringen. EU-domstolen slo fast at Kommisjonen gjennom sin handlemåte hadde påtatt seg ansvar for «alminnelige og påregnelige følger» av enhver ulykke som kunne ramme barna på feriekolonien.

¹⁴⁶⁴ Et eksempel er *CAS Succhi di Frutta*, jf. den nærmere omtalen av denne saken i punkt 8.4.3.5 nedenfor. Flere av avgjørelsene hvor årsakskjeden anses brutt som følge av etterfølgende forsømmelser fra skadelidte selv kan betraktes på samme vis (se nærmere i punkt 8.4.5 nedenfor).

¹⁴⁶⁵ Det får i denne sammenheng være tilstrekkelig å vise til Nygaard 2007 s. 352 flg. og Lødrup/Kjelland 2009 s. 373-375.

¹⁴⁶⁶ Jf. for eksempel van Dam 2006, hhv. s. 271-272 og s. 275-277. Se også PETL artikkel 3:201 hvor det første element i den rettslige avgrensningen av årsakssammenhengen er «the foreseeability of the damage».

¹⁴⁶⁷ Jf. slik Thorson 2011 s. 272.

er det uansett ikke lett å se for seg at upåregnelige tap skal kunne være adekvate. Selv om EU-domstolen ikke uttrykkelig har tatt stilling til spørsmålet, tilsier Underrettens tilnærming i *Dorsch Consult* (som EU-domstolen ikke hadde noe å utsette på) at det uten videre kan legges til grunn at et upåregnelig tap ikke kan anses som en tilstrekkelig direkte følge av institusjonenes handlinger. Generaladvokat Trstenjaks ovenfor i punkt 8.4.2.1 siterte uttalelse fra *Internationaler Hilfsfond* trekker i samme retning. I EU-domstolens praksis finnes det i alle tilfelle ingen eksempler på at en upåregnelig skadefølge er ansett som tilstrekkelig direkte.

Med tanke på påregnelighetsvurderingens nærmere innhold, følger det klart av de ovenfor omtalte avgjørelsene at det må foretas en objektiv vurdering. Terskelen for påregnelighetsvurderingen er det imidlertid vanskelig å ha noen kvalifisert formening om – i de ovenfor omtalte avgjørelsene *FIAMM*, *Nikolaou* og *Franchet og Byk* var det klart nok at følgene var påregnelige og dommene gir slik ingen holdepunkter for å mene noe kvalifisert om hvordan EU-domstolene vil vurdere en sak hvor skadefølgen fremstår som mer sjelden.¹⁴⁶⁸ Samtidig antyder avgjørelsene *Dorsch Consult* og *FIAMM* at ikke bare skadefølgen, men også det konkrete begivenhetsforløpet må fremstå som påregnelig.¹⁴⁶⁹

På dette punkt kan EU-domstolens avgrensning av årsakssammenhengen synes noe strengere enn norsk rett. Avgjørelser som Rt. 1958 s. 984 *Blystad Fabrikker*; Rt. 1967 s. 697 *Lier* og Rt. 1992 s. 453 *Furunkulose* antyder at så lenge selve skadefølgen fremstår som påregnelig, så er det av mindre betydning om det konkrete hendelsesforløpet kan karakteriseres på samme vis.¹⁴⁷⁰

8.4.3 Forutsetningen om rettsbruddet som «den afgørende årsag» til skadelidtes tap

8.4.3.1 Innledning

Langt viktigere enn forutsetningen om at tapet fremstår som en objektivt påregnelig følge av rettsbruddet, er forutsetningen om at rettsbruddet utgjør «den afgørende årsag» til skadelidtes tap. I et betydelig antall tilfeller løser EU-domstolene, i hvert fall tilsynelatende, årsaksspørsmålet direkte ut fra *en sondring mellom vesentlige og uvesentlige bidrag* til skadelidtes tap. Av fremstillingen i punkt 8.3.1 vil det ha fremgått at det er noe usikkert om vurderingstemaet er hvorvidt institusjonenes rettsstridige atferd utgjør den avgjørende årsak til det tap som kreves erstattet, eller om det «bare» er slik at årsakskravet ikke er oppfylt dersom det foreligger bidrag til skaden fra annet hold som kan karakteriseres på dette vis (med den følge at EU-institusjonenes bidrag

¹⁴⁶⁸ Sml. for norsk retts vedkommende for eksempel Rt. 2000 s. 915 *Disprildommen* og Rt. 2001 s. 320 *Nilssen*, som begge viser at sjeldne skadefølger kan være påregnelige.

¹⁴⁶⁹ Jf. *Dorsch Consult*, avsnitt 72: «under et normalt begivenhetsforløb»; *FIAMM*, avsnitt 183: «et almindeligt og forudsigeligt forløb».

¹⁴⁷⁰ Jf. slik Lødrup/Kjelland 2009 s. 375.

forutsetningsvis kan karakteriseres som uvesentlig). Som nevnt har imidlertid Underretten i en hel rekke saker lagt til grunn førstnevnte tilnærming, noe som nå også synes å ha vunnet tilslutning fra EU-domstolen i *Mauerhofer, Ngele og Inalca*. Det overordnede vurderingstemaet kan derfor trolig formuleres dit hen at det er en forutsetning for at årsakssammenhengen skal være tilstrekkelig direkte at EU-institusjonenes rettsstridige atferd utgjør «den afgørende årsag» («la cause déterminante») til skadelidtes tap.

Selv om denne formuleringen av vurderingstemaet er av forholdsvis ny dato, er det lite som tyder på at EU-domstolene med dette har ment å endre på grensdragningen mellom vesentlige og uvesentlige bidrag som er lagt til grunn i tidligere rettspraksis. Nå kan det ikke utelukkes at et positivt krav til at rettsbruddet kan karakteriseres som «den afgørende årsag» vil kunne få en slik virkning på sikt – det er etter min oppfatning ikke til å komme forbi at dette gir en annen innfallsvinkel og et annet utgangspunkt for vurderingen enn den negative avgrensning som følger av at EU-institusjonene ikke kan holdes ansvarlig dersom det foreligger bidrag til skaden fra annet hold som fremstår som avgjørende for utfallet. Foreløpig er det imidlertid ingen holdepunkter for en slik utvikling i praksis. Gitt at tilslutningen for EU-domstolens vedkommende (foreløpig) bare stammer fra to små avdelinger med tre dommere, vil det uansett være problematisk å utlegge dette som en innstramming av den tilnærming som fremgår av domstolens tidligere praksis. Den avgrensning mot tilfeller hvor EU-institusjonenes bidrag til skadelidtes tap fremstår som «nok så fjern» som EU-domstolen la til grunn i *Dumortier*, og som rent språklig fremstår som klart mindre vidtrekkende enn det positive kravet til at bidraget skal være «den afgørende årsag» til skaden, er senest gjentatt i *Trubowest* fra 2010. Etter mitt syn bør det derfor utvises en viss forsiktighet med å legge for mye i selve formuleringen av vurderingstemaet.

Eneste farbare vei for å forsøke å komme noe nærmere inn på avgrensningen mellom vesentlige og uvesentlige bidrag til skadelidtes tap er uansett en nærmere redegjørelse for EU-domstolenes vurdering av spørsmålet i enkelte sentrale avgjørelser.

8.4.3.2 *Dumortier*

Et illustrerende eksempel på avgrensningen mellom vesentlige og uvesentlige bidrag gir *Dumortier*.¹⁴⁷¹ De tap som EU-domstolen i dette tilfellet avskar under henvisning til at de ikke var en tilstrekkelig direkte følge av Rådets rettsstridige adferd, var knyttet til konkurs hos enkelte av selskapene som på rettsstridig vis var nektet fortsatt produksjonsstøtte til kvernet mais. Det er nærliggende å anta at bortfallet av støtten var en medvirkende årsak til konkursene, men det var tilsvarende klart at selskapene rådet

¹⁴⁷¹ Sak 64/76, *Dumortier m.fl. mot Rådet*, Sml. 1979 s. 3091.

over foreldete produksjonsanlegg, var preget av svak ledelse og utsatt for hard konkurranse fra andre aktører.¹⁴⁷² Selskapene og Rådet var, ikke uventet, uenige om produksjonsstøttens betydning i årsaksbildet. EU-domstolen tok bare indirekte stilling til dette idet den slo fast at selv om man antok at bortfallet av produksjonsstøtten hadde «bidraget» til å aktualisere selskapenes vanskeligheter, så var ikke årsakssammenhengen tilstrekkelig direkte (avsnitt 21). Det kan innvendes mot denne begrunnelsen at det knapt er snakk om noen avledet eller upåregnelig sammenheng når bortfall av støtte leder til finansielle problemer nettopp hos den som var berettiget til å motta støtten.¹⁴⁷³ Selv om EU-domstolen karakteriserte konkursene som en «nok så fjern» følge av Rådets rettsstridige opptreden, er det etter mitt syn mer treffende å se dommen som et eksempel på at Rådets bidrag til konkursen ikke fremstod som tilstrekkelig sentral i årsaksbildet (altså snarere som for liten enn som for fjern).

8.4.3.3 *Bertrand og GAEC*

To dommer med visse likhetstrekk med *Dumortier* er *Bertrand* og *GAEC*.¹⁴⁷⁴ Begge sakene gjaldt søksmål fra franske markedsaktører som mente seg påført omsetningstap som følge av rettsstridig støtte til konkurrenter hjemmehørende i andre medlemsstater. I *Bertrand* anførte en fransk pastaprodusent at Kommisjonen på rettsstridig vis hadde unnlatt å gripe inn overfor ulovlig italiensk statsstøtte, mens forholdet i *GAEC* var at franske kjøttprodusenter mente at Rådet hadde gitt tyske bønder urettmessige subsidier. I begge sakene avviste EU-domstolen at det var ført tilstrekkelig bevis for årsakssammenheng mellom eventuelle rettsbrudd og de anførte tap. I *Bertrand* ble det påpekt at eksporten av italiensk pasta til Frankrike hadde begynt å øke alt før den omstridte støtten ble gitt. Det var bare påvist en «svag» økning i eksporten (4,4 prosent) i den aktuelle perioden og denne kunne også skyldes andre forhold (bl.a. valutasingninger). I *GAEC* ble det på liknende vis påpekt av prisene på okse- og kalvekjøtt på det franske markedet hadde begynt å falle alt forut for den påstått konkurransevridende støtten til tyske bønder, samt at den økte tyske eksporten også kunne skyldes andre forhold (bl.a. en støtteordning for å få ned antall melkekyr). Begge dommene *kan sees* som utslag av en tradisjonell *conditio sine qua non*-test: Visse tap ville trolig oppstått selv om institusjonenes rettsstridige opptreden tenkes borte.¹⁴⁷⁵ Det fremstår imidlertid noe anstrengt å hevde at rettsstridige subsidier til konkurrenter ikke medvirker til

¹⁴⁷² Jf. avsnitt 21 i dommen og, mer utførlig, generaladvokat Capotortis (andre) innstilling i saken, jf. Sml. 1979 s. 2976 på s. 3009 flg. (felles innstilling i sak 238/78, *Ireks-Arkady mot Rådet og Kommisjonen* og en rekke andre saker, herunder *Dumortier*).

¹⁴⁷³ Noe som etter min oppfatning skiller saken fra de to norske dommene i Rt. 1959 s. 883 og Rt. 1967 s. 697, som Thorson 2011 s. 281-282 trekker paralleller til.

¹⁴⁷⁴ Sak 40/75, *Bertrand mot Kommisjonen*, Sml. 1976 s. 1 og sak 253/84, *GAEC mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1987 s. 123.

¹⁴⁷⁵ Slik Durrant 2008 s. 60-61.

et omsetningstap, selv om støtten bare var ett blant flere bidrag til en negativ utvikling som alt var i gang. Realiteten er vel derfor den samme som i *Dumortier*: I lys av de øvrige årsakene fremstod ikke EU-institusjonenes bidrag som så sentrale i årsaksbildet at det, etter EU-domstolens vurdering, var naturlig å knytte ansvar til dem.¹⁴⁷⁶

8.4.3.4 *Blackspur*

En noe senere sak som kaster lys over EU-domstolens sontring mellom ansvarsbetingende og ansvarsfrie årsaker, er *Blackspur*.¹⁴⁷⁷ Sakens bakgrunn var en rådsforordning som innførte antidumpingtoll på visse typer malerpensler produsert i Kina. Erstatningssøksmålet ble reist i kjølvannet av en dom fra EU-domstolen som underkjente forordningen under henvisning til at Rådet ikke hadde tatt utgangspunkt i en korrekt vurdering av penslens normalverdi. Saksøker var et britisk selskap som solgte hobbyverktøy og som hadde importert et parti av de aktuelle penslene. Partiet ble forfulgt inn i Storbritannia på samme dag som forordningen trådte i kraft. Av ukjente årsaker gikk det likevel halvannet år før britiske tollmyndigheter krevde inn antidumpingtollen. Om lag et halvt år etter dette igjen, gikk *Blackspur* konkurs.

Selskapets erstatningssøksmål ble avvist av Underretten under henvisning til at det ikke var ført bevis for at den rettsstridige antidumpingtollen utgjorde hovedårsaken («la cause principale») for *Blackspurs* økonomiske vanskeligheter.¹⁴⁷⁸ Underretten viste bl.a. til at selskapet beviselig hadde vært i stand til å erstatte de kinesiske malerpenslene med pensler fra andre leverandører, samt dessuten også solgte andre produkter, noe som ledet til den konklusjon at antidumpingtollen «på ingen måte har forhindret *Blackspur* i at udøve sin handelsmessige virksomhet og endog forøge sin omsætning betydeligt i regnskabsåret 1989/1990, en periode, som lå umiddelbart forud for indledningen af den procedure, som førte til selskabets konkurs» (avsnitt 48). Underretten tilføyde at tollens selskapet hadde måtte betale, bare utgjorde om lag 18.000 britiske pund, uten at saksøkerne hadde kunnet gi noen plausibel forklaring på hvordan et så lite beløp kunne føre til konkurs i et selskap hvor kapitalinnskuddet ved stiftelsen i 1988 hadde vært på hele 750.000 pund (avsnitt 49). I ankesaken nøyde EU-domstolens seg med å vise til at den ikke kunne se at det heftet noen feil ved Underrettens rettsanvendelse.¹⁴⁷⁹

¹⁴⁷⁶ Et liknende eksempel er forente saker 197/80 m.fl., *Ludwigshafer Walzmühle mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1981 s. 3211.

¹⁴⁷⁷ Sak C-362/95 P, *Blackspur m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, [A3] Sml. 1997 s. I-4475.

¹⁴⁷⁸ Sak T-168/94, *Blackspur m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1995 s. II-2627 (avsnitt 42-49).

¹⁴⁷⁹ Dommen preget av en forståelse av sontringen mellom juss og faktum som langt på vei avskar EU-domstolen fra å prøve Underrettens vurdering av årsaksspørsmålet. I senere praksis har EU-domstolen i større grad erkjent at det her i realiteten er snakk om normative vurderinger som bør anses som rettsspørsmål i hen-

Mot Underrettens tilnærming, og EU-domstolens tilslutning til denne, kan det innvendes at det synes klart at et helt sentralt element i Blackspurs forretningsidé var import og salg av billige kinesiske malerpensler. Selskapet ble opprettet etter at Rådet opprinnelige hadde avvist å innføre antidumpingtoll på kinesiske malerpensler og det bestilte umiddelbart et betydelig vareparti fra Kina. Av selskapets anførsler for EU-domstolen fremgår det at man så for seg at malerpensler importert fra Kina skulle utgjøre minst halvparten av omsetningen og at man regnet med en fortjeneste på dem på 40 prosent. At selskapet så, etter at EU innførte en (rettsstridig) antidumpingtoll (på hele 69 prosent), så seg rundt etter alternativer, kan vanskelig brukes som argument for at tollene ikke var en vesentlig årsak til selskapets økonomiske problemer.¹⁴⁸⁰ Det synes derfor å være grunnlag for å hevde at saken i realiteten handlet om hvorvidt selskapets forventning om å kunne importere billige pensler fra Kina var erstatningsrettslig beskyttet. Alternativt kan *resultatet* forsvares ut fra medvirkningsbetraktninger – Blackspur verken angrep antidumpingtollen rettslig (erstatningssøksmålet ble først reist etter at forordningen var underkjent i en sak reist av en annen importør), eller innstilte driften umiddelbart etter at tollene underminerte selskapets forretningsidé (mens brorparten av kapitalinnskuddet fremdeles må antas å ha vært i behold).¹⁴⁸¹

8.4.3.5 CAS *Succhi di Frutta*

Fra de senere år gjør CAS *Succhi di Frutta* krav på oppmerksomhet.¹⁴⁸² Saksøker, en italiensk fruktleverandør, hevdet at Kommisjonen hadde begunstiget en konkurrent (Trento Frutta) da man hadde åpnet for at betaling for et bistandsoppdrag som sistnevnte hadde utført på oppdrag fra EU (levering av fruktsaft og syltetøy til befolkningen i Armenia og Aserbajdsjan) kunne skje i form av fersken og nektariner fra EUs overskuddslagre (i stedet for, som opprinnelig forutsatt i konkurransegrunnlaget, epler og appelsiner). Søksmålet ble reist etter at EU-domstolen slo fast at endringen av betalingens art var i strid med anskaffelsesregelverket. I erstatningssøksmålet gjorde CAS *Succhi di Frutta* gjeldende at Kommisjonens rettsstridige opptreden hadde ført til betydelig reduserte priser på det italienske markedet for fersken og nektariner.

I første instans avviste Underretten at det var direkte årsakssammenheng mellom Kommisjonens rettsstridige beslutning og saksøkers økonomiske tap.¹⁴⁸³ Selve be-

hold til TEUV artikkel 256 nr. 1 annet ledd, jf. særlig sak C-440/07 P, *Kommisjonen mot Schneider*, [SK] Sml. 2009 s. I-6413 (avsnitt 192-193).

¹⁴⁸⁰ Jf. også Smith og Woods 1997 s. 940, som betegner årsaksvurderingen som utslag av «a very narrow approach indeed».

¹⁴⁸¹ Jf. også Smith og Woods 1997 s. 939-940, som treffende påpeker at Underrettens tilnærming (som EU-domstolen deretter sluttet seg til) «confuses the incident causing loss with the obligation to mitigate».

¹⁴⁸² Sak C-497/06 P, *CAS Succhi di Frutta mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2009 s. I-69*.

¹⁴⁸³ Sak T-226/01, *CAS Succhi di Frutta mot Kommisjonen*, Sml. 2006 s. II-2763.

slutningen om å åpne for å betale med fersken og nektariner kunne vanskelig ha påført saksøker noe erstatningsrettslig beskyttet tap – Trento Frutta kunne kjøpt inn tilsvarende mengder av de nevnte frukter helt uavhengig av den aktuelle anbuds konkurransen (avsnitt 49-50). Den påståtte overkompensasjon av Trento Frutta som følge av de omregningsnøkler mellom de ulike fruktene som Kommisjonen hadde fastsatt, ble deretter avvist under henvisning til at den, målt i volum, i høyden utgjorde omkring 1,8 prosent av det totale markedsvolum for fersken og nektariner i Italia. Prismessig representerte dette en rabatt på 9 prosent på det volum som Trento Frutta hadde mottatt. Underretten karakteriserte fordelene som «ubetydelig» og slo fast at den i et marked preget av betydelige prissvingninger, høye produksjonskostnader og hard konkurranse, ikke kunne anses som årsak til saksøkers tap (avsnitt 61-65).

I ankesaken sluttet EU-domstolen seg i det vesentligste til Underrettens vurdering, men likevel med en noe annen tilnærming. Innledningsvis vedgikk EU-domstolen at Kommisjonens rettstridige beslutning om å åpne for å betale Trento Frutta med fersken og nektariner rent faktisk hadde bidratt til prisetallet som rammet saksøker (avsnitt 61). Deretter ble det imidlertid påpekt at det var Trento Frutta selv som hadde valgt å motta betaling i form av fersken og nektariner, i stedet for epler og appelsiner. I følge EU-domstolen hadde ikke saksøker kunne påvise at Trento Fruttas valg var det økonomisk sett eneste rasjonelle («la seule réaction raisonnable»), noe som ledet til den konklusjon at selskapets markedsatferd ikke kunne anses som noen direkte følge av Kommisjonens rettstridige beslutning (avsnitt 62-64).

EU-domstolens tilnærming atskiller seg fra Underrettens ved at det ikke synes avgjørende at Trento Frutta hypotetisk kunne ha kjøpt inn tilsvarende mengder fersken og nektariner for bare litt høyere pris, helt uavhengig av Kommisjonens tilbud.¹⁴⁸⁴ Oppmerksomheten rettes i stedet mot Trento Fruttas atferd som et brudd i årsakskjeden (jf. nærmere under punkt 8.4.4). Det er ikke helt lett å følge EU-domstolens resonnering, men vurderingstemaet synes å være om Kommisjonens tilbud var så fordelaktig at Trento Fruttas aksept fremstod som den eneste rasjonelle (og vel dermed påregnelige) reaksjon. Spørsmålet om omregningsnøkler mellom de ulike fruktene vil nødvendigvis stå sentralt her (selv om EU-domstolen ikke gikk nærmere inn på spørsmålet), men ikke på helt samme vis som i Underrettens sammenligning av den påståtte overkompensasjonen med andre faktorer som påvirket markedsprisen for fersken og nektariner. Det er likevel meget mulig EU-domstolen ville endt opp med sammenligningstema som Underretten dersom den først hadde kommet til at Trento Fruttas valg *var* den eneste rasjonelle svar på Kommisjonens tilbud, slik at forskjellen ligger i at EU-domstolen tilføyde vurderingen av sammenhengen mellom Kommisjonens tilbud og Trento Fruttas valg som et ytterligere element i årsaksvurderingen.

¹⁴⁸⁴ Jf. avsnitt 56-57, hvor EU-domstolens tar avstand fra denne delen av Underrettens resonnering.

8.4.3.6 Utvalgte avgjørelser fra Underretten

Til ytterligere belysning av EU-domstolenes avgrensningen mellom vesentlig og uvesentlige årsaker, skal det her kort vises til tre avgjørelser fra Underretten de senere år.

Belgian Sewing Thread gjaldt Kommisjonens angivelig rettsstridige videreformidling av interne prislistes som saksøker hadde avgitt som ledd i etterforskningen av brudd på kartellforbudet i TEUV artikkel 101 og EØS-avtalen artikkel 53.¹⁴⁸⁵ Saksøker hevdet at det var årsakssammenheng mellom den omstendighet av deres interne prislistes var havnet i hendene til konkurrenter og tapet av selskapets viktigste kunde. Underretten avviste dette bl.a. under henvisning til at saksøker i et forsøk på å beholde kunden hadde tilbudt en rabatt på 10 prosent på de opprinnelige prisene, noe som ifølge Underretten tilsa at konkurrentenes eventuelle kjennskap til prislisten ikke kunne utgjøre «den reelle årsag» til tapet (avsnitt 178). Begrunnelsen tilsier at Underretten mente at Kommisjonens rettstridige opptreden ikke var noen *conditio sine qua non*. Det kan innvendes at det vel er grunn til å anta at konkurrentenes kjennskap til saksøkers prissetting var av betydning når de selv utformet sine tilbud, slik at det også her i realiteten er snakk om rettslig avgrensning mot et bidrag som, etter Underrettens syn, ikke fremstod som tilstrekkelig sentralt i årsaksbildet.¹⁴⁸⁶

Kazchrome gjaldt et erstatningssøksmål mot Rådet som følge av rettsstridig antidumpingtoll på saksøkers leveranser av ferrosilisiummangan fra Kasakhstan.¹⁴⁸⁷ Kommisjonen hadde suspendert ikrafttredelsen av tollene, men saksøker mente at den overhengende risiko for en ekstratoll (på 6,5 prosent) hadde påført selskapet betydelige omsetningstap. Forordningen som innførte tollene ble, for så vidt gjaldt saksøker, underkjent som følge av «åpenbart uriktigt skøn» knyttet til beregningen av prisen på saksøkers leveranser til EU-markedet. Kravet om erstatning for lidte inntektstap ble imidlertid avvist under henvisning til at saksøker ikke hadde kunnet påvise direkte årsakssammenheng. Under henvisning til betydelige innbyrdes variasjoner i den årlige eksporten av ferrosilisiummangan fra ulike land, avviste Underretten at «en simpel henvisning til et fald i salgsmængder» i kjølvannet av EUs antidumpingtiltak var tilstrekkelig bevis for den påkrevde årsakssammenheng (avsnitt 76). Basert på tidligere svingninger i eksporten fra Kasakhstan konkluderte Underretten med at «meget betydelige nedgange i importen fra Kasakhstan *ikke alene* er en følge af indledningen af en antidumpingprocedure eller pålæggelsen af antidumpingtold» (avsnitt 76, kursiv-

¹⁴⁸⁵ Sak T-452/05, *Belgian Sewing Thread mot Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-1373.

¹⁴⁸⁶ Saken har en parallell i sak T-264/09, *Tecnoprocess mot Kommisjonen (I)*, Sml. 2011 s. II-208*, hvor Kommisjonens delegasjon i Marokko hadde viderebrakt informasjon om saksøkers finansielle vanskeligheter til EUs delegasjoner i andre land som igjen hadde lekket dette til flere underleverandører. Underretten avviste imidlertid at saksøker hadde påvist årsakssammenheng mellom dette forhold og selskapets etterfølgende konkurser (avsnitt 137).

¹⁴⁸⁷ Sak T-107/08, *Kazchrome mot Kommisjonen*, dom 30. november 2011.

vert her). Indirekte erkjennes det vel her at den rettsstridige forordningen var én medvirkende årsak til omsetningstapet (noe som jo også synes temmelig opplagt), men dette følges ikke opp av noen nærmere vurdering av hvor sentral den var i det samlede årsaksbildet. Det er ikke helt lett å følge Underrettens resonnement i dette tilfellet, men en mulig forklaring er at saksøker tilsynelatende ikke hadde tilbudt noen bevis for årsakssammenhengen ut over de generelle omsetningstallene.

Nevnes kan også saken *Interspeed*, som gjaldt et erstatningssøksmål mot Kommisjonen som følge av angivelig rettsstridig opptreden fra EUs byrå for gjenoppbygging av områdene rammet av krigene på Balkan (The European Agency for Reconstruction – EAR).¹⁴⁸⁸ Søksmålet strandet primært som følge av at den angivelig rettsstridige utbygning av en serbisk grensepost, som ifølge saksøker hadde undergravd kundegrunnlaget for saksøkers egen virksomhet i området, måtte tilskrives serbiske myndigheter snarere enn EAR. Selv om den omstendighet at EAR hadde finansiert prosjektet var en av faktorene som hadde muliggjort den påstått skadevoldende handling, så slo Underretten kort fast at EARs bidrag ikke kunne anses som «la cause déterminante» til saksøkers tap (avsnitt 64).

8.4.3.7 Kort oppsummering

Tatt på ordet gir forutsetningen om at rettsbruddet må utgjøre «den avgjørende årsag» til skadelidtes tap anvisning på en EU-rettslig hovedårsakslære. Mitt inntrykk av rettspraksis er likevel at det «bare» er snakk om å avgrense mot tilfeller hvor EU-institusjonenes bidrag fremstår som forholdsvis beskjedne i det samlede årsaksbildet. Noe nærmere forsøk på å kvantifisere EU-domstolens sontring mellom vesentlig og uvesentlige bidrag til skaden, er neppe mulig: Det er snakk om konkrete vurderinger hvor det må antas at også andre hensyn spiller inn, jf. nærmere i punkt 8.4.4-8.4.13.

8.4.4 Tap som skyldes senere ledd i en årsakskjede

8.4.4.1 Innledning

I forlengelsen av de ovenfor omtalte tilfeller hvor årsaksspørsmålet, i hvert fall tilsynelatende, løses direkte ut fra en sontring mellom vesentlig og uvesentlige bidrag til skaden, støtter man i EU-domstolens praksis på en rekke eksempler på saker hvor årsakskravet ikke anses oppfylt under henvisning til etterfølgende ledd i årsakskjeden.

¹⁴⁸⁸ Sak T-587/10, *Interspeed mot Kommisjonen*, dom 10. juli 2012 (avsnitt 64).

8.4.4.2 Hamill

Et illustrerende eksempel fra EU-domstolens praksis forut for opprettelsen av Underretten er *Hamill*.¹⁴⁸⁹ Saksøker var en tjenestemann i Kommisjonen som britisk politi mistenkte for å være delaktig i et internasjonalt sjekkbedrageri. Kommisjonens sikkerhetstjeneste, som var oppmerksom på den britiske etterforskningen og tidligere hadde besvart spørsmål i sakens anledning, kontaktet på eget initiativ britisk politi med opplysninger om at Hamill skulle på en tjenestereise til Storbritannia.¹⁴⁹⁰ Opplysningene ledet til at Hamill ble pågrepet og varetektsfengslet. Et drøyt år senere endte imidlertid straffesaken med full frifinnelse. Hamill saksøkte deretter Kommisjonen for på rettstridig vis å ha tilrettelagt for hans pågrepelse på britisk jord og for derigjennom å ha fratatt ham de rettigheter han ville hatt dersom britisk politi hadde måttet begjære ham utlevert fra Belgia. EU-domstolen påpekte at Kommisjonen var forpliktet til å samarbeide med britisk politi, men fant at opplysninger om Hamills fremtidige tjenestereiser var etterforskningen uvedkommende. Uten noen videre drøftelse fant domstolen at den omstendighet at Kommisjonen derved hadde bidratt til pågripelsen, medførte at «den af Kommissionen begåede tjenestefejl direkte [har] påført sagsøgeren en ideel skade, for hvilken Kommissionen er erstatningsansvarlig» (avsnitt 12-13). Hamills krav om erstatning for økonomisk tap ble imidlertid avvist, med følgende begrunnelse (avsnitt 14):

«Derimod kan det første punkt i erstatningspåstanden ikke tages til følge, for så vidt som det tilsigter erstatning for alle de skader, som er forårsaget af sagsøgerens fængsling og rettsforfølgningen mod ham. Selv om de forudsattes dokumenteret, kan disse skader nemlig ikke, i lyset af de britiske myndigheders indgriben, betragtes som en direkte følge af Kommissionens handlemåde.»

Mens årsakssammenhengen mellom Kommisjonens tips til britisk politi og den ikke-økonomiske skade som fulgte av pågripelsen var tilstrekkelig direkte, var dette altså ikke tilfellet for de økonomiske tap forårsaket av den etterfølgende fengsling og rettsforfølgelse. Denne grensedragningen fremstår unektelig som nokså subtil, men den leder til at dommen er illustrerende i to ulike henseender. Kommisjonens ansvar for den ikke-økonomiske skade som pågripelsen påførte Hamill, viser at kravet til direkte årsakssammenheng ikke er så strengt at EU-institusjonene uten videre går fri bare fordi den direkte skadevolder er en tredjepart hvis handlinger ikke kan tilskrives EU. Samtidig viser frifinnelsen for kravet om erstatning for økonomisk tap at det ikke skal mye til før en tredjeparts selvstendige valg avskjærer årsakssammenhengen – for Kommisjonen må det ha fremstått som høyst påregnelig at pågripelsen kunne bli etter-

¹⁴⁸⁹ Sak 180/87, *Hamill mot Kommisjonen*, Sml. 1988 s. 6141.

¹⁴⁹⁰ Hamill selv hevdet at Kommisjonen hadde gitt ham et oppdrag i Storbritannia nettopp for å gi britisk politi mulighet for å pågripe ham på britisk jord, men Kommisjonen benektet dette.

fulgt av fengsling og straffeforfølgning. Det er imidlertid mulig at den mildere vurderingen av årsakssammenhengen mellom Kommisjonens tips til britisk politi og den ideelle skade som følge av selve pågripelsen skyldes at det her var snakk om erstatning for ikke-økonomisk skade, noe som i så fall tilsier at den er av begrenset overføringsverdi til tilfeller av økonomiske tap.¹⁴⁹¹

Det er en interessant nyanseforskjell mellom EU-domstolens dom og generaladvokat Mancinis innstilling i saken. Også generaladvokaten understreket at Kommisjonens ansvar måtte begrenses til tap som var en direkte følge av pliktforsømmelsen, men etter hans oppfatning omfattet dette (alt) tap som skyldtes at Hamill ikke hadde nytt godt av de garantier som han ville kunne påberope seg for belgiske domstoler dersom britisk politi hadde måttet begjære ham utlevert på ordinært vis (innstillingens punkt 6). Generaladvokatens tilnærming er lettere å følge enn EU-domstolens, men i praksis ville den ledet til meget vanskelige vurderinger av utfallet av en hypotetisk prøving i belgiske domstoler av en britisk utleveringsbegjæring.

8.4.4.3 *Bühning og Jansma*

To avgjørelser fra Underretten som fortjener oppmerksomhet, er *Bühning* og *Jansma*.¹⁴⁹² Begge sakene gjaldt erstatningskrav mot Rådet og Kommisjonen i kjølvannet av institusjonenes bestrebelser på å avhjelpe problemene med betydelig overproduksjon av melk. Saksøkerne var to av mange tidligere melkeprodusenter som hadde gått inn på en frivillig ordning om, mot vederlag, å innstille melkeproduksjonen for en tidsbegrenset periode. Som følge av denne ordningen hadde saksøkerne ingen produksjon å vise til i det år som senere ble fastsatt som referanseperiode for tildeling av melkekvoter under et nytt kvotesystem. Erstatningssøksmålene ble reist etter at EU-domstolen, i saker anlagt av andre forhenværende melkeprodusenter, hadde kommet til at forordningen som innførte det nye kvotesystemet innebar et brudd på prinsippet om berettigete forventninger og at EU var ansvarlig for de tap som kvoteordningen hadde påført produsenter som hadde gått inn på ordningen med frivillig innstilling av melkeproduksjonen.¹⁴⁹³ Det spesielle med *Bühning* og *Jansma* var at saksøkerne i ettertid hadde solgt gårdene hvor de opprinnelig drev melkeproduksjon. Rådet og Kommisjonen var av den oppfatning at salgene avskar krav om erstatning for tapt fortjeneste knyttet til perioden etter salgstidspunktet.

I *Bühning* anførte institusjonene at deres rettstridige avslag på saksøkers søknad om å få tildelt nye kvoter høyst hadde medvirket til forverring av allerede eksisterende

¹⁴⁹¹ Jf. nærmere i punkt 8.4.12 nedenfor.

¹⁴⁹² Sak T-246/93, *Bühning mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-171 og sak T-76/94, *Jansma mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-243.

¹⁴⁹³ De grunnleggende avgjørelsene er sak 120/86, *Mulder mot Minister van Landbouw en Visserij*, Sml. 1988 s. 2321 og forente saker C-104/89 m.fl., *Mulder mot Rådet og Kommisjonen (dom nr. 1)*, Sml. 1992 s. I-3061.

økonomiske vanskeligheter. Ifølge Rådet og Kommisjonen var allerede den omstendighet at saksøkers tap «*i det mindste delvis* blev fremkaldt ved manglende forudseenhed eller dårlig forvaltning fra sagsøgerens side», tilstrekkelig til at årsakskjeden var brutt (avsnitt 43, min kursivering). Bühring hevdet på sin side at bedriften hans var levedyktig på vedtakstidspunktet og fullt ut i stand til å gjenoppta melkeproduksjonen dersom han hadde fått tildelt de kvoter han hadde krav på. I en meget knapp dom unnlot Underretten helt å ta stilling til årsaken(e) til at Bührings gård var tvangs-solgt, i det den ganske enkelt slo fast at Bühring ikke kunne kreve erstatning for den periode da han ikke lenger var eier av gården (avsnitt 51)!¹⁴⁹⁴

I *Jansma* ble utfallet et annet. Uten å kommentere institusjonenes henvisninger til *Bühring*, konkluderte Underretten med at Jansmas salg av gården hadde «direkte forbindelse med det forhold, at han ikke fikk tildelt nogen kvote efter udløbet af sin ikke-markedsføringsforpligtelse i 1984» (avsnitt 60). Ut fra den forventning at han ville bli tildelt en avgiftsfri melkekvote, hadde Jansma fått banklån og gjenopptatt melkeproduksjonen. Da han likevel ble avkrevd avgift, «kunne han ikke erhverve de nødvendige inntægter til at klare sine finansielle byrder, hvorfor han blev tvunget til at sælge».

Mot årsaksvurderingen i *Jansma* er det lite å innvende, men Underrettens begrunnelse for manglende årsakssammenheng i *Bühring* fremstår som lite tilfredsstillende. Det er meget mulig at Bührings selvforskyldte økonomiske vanskeligheter var av en slik karakter at resultatet er i tråd med EU-domstolens sontring mellom ansvarsbetingende og ansvarsfrie årsaker i de ovenfor omtalte sakene *Dumortier*, *Bertrand*, *GAEC mv.*, men dette fremgår på ingen måte av Underrettens dom. Tilnærmingen i *Jansma* tilsier i hvert fall at Underretten i ettertid har erkjent at det ikke er grunnlag for det standpunkt som tilsynelatende inntas i *Bühring*, hvorefter saksøkers etterfølgende salg uten videre ble ansett som et brudd i årsakskjeden.

8.4.4.4 *Holcim og Atlantic Container Line*

Ytterligere to avgjørelser fra Underretten som fortjener oppmerksomhet, er *Holcim* og *Atlantic Container Line*.¹⁴⁹⁵ Begge sakene gjaldt krav om erstatning for kostnader knyttet til bankgarantier som saksøkerne hadde stilt for å unngå å måtte innbetale bøter for påståtte brudd på konkurransereglene i påvente av rettslig prøving av Kommisjonens vedtak. Saksøker i *Holcim* var en tysk sementprodusent, mens saksøkerne i *Atlantic Container Line* var en rekke sjøtransportselskaper. Søksmålene ble reist etter at bøkene ble annullert av Underretten. Kommisjonen nektet i begge sakene å erstatte

¹⁴⁹⁴ Dommen ble påanket til EU-domstolen (ankesak C-105/98 P), men anken ble senere trukket.

¹⁴⁹⁵ Sak T-28/03, *Holcim mot Kommisjonen*, Sml. 2005 s. II-1357 og sak T-113/04, *Atlantic Container Line mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. 171*.

selskapenes kostnader knyttet til garantiene, bl.a. under henvisning til at det var selskapene selv som hadde valgt å akseptere Kommisjonens forslag om bankgarantier som alternativ til innbetaling av bøtene.

I *Holcim* avviste Underretten erstatningskravet allerede av den grunn at Kommisjonens rettsbrudd ikke kunne karakteriseres som åpenbart og grovt, men deretter sluttet retten seg også til Kommisjonens vurdering av årsaksspørsmålet (avsnitt 123):

«Det tab, sagsøgeren har påberåbt sig i denne forbindelse, er opstået på grund af sagsøgerens egen beslutning om ikke at opfylde sin forpligtelse til at betale bøden, men i stedet, som en undtagelse til EF-traktatens artikel 192, stk. 1, og EF-traktatens artikel 185, første punktum, at stille en bankgaranti inden for den frist, der er fastsat i cementbeslutningen.»

Dommen ble anket, men anken ble forkastet uten at EU-domstolen gikk inn på årsaksspørsmålet.¹⁴⁹⁶ Generaladvokat Mengozzi drøftet imidlertid spørsmålet utførlig i sin innstilling. Han utla Underrettens generelle forståelse av årsakskravet dit hen at «et tab ikke er tilstrækkelig direkte forvoldt af institutionens adfærd, medmindre det er en nødvendig følge heraf» (avsnitt 99). Med «nødvendig følge» siktes det her til en *rettslig tvingende følge*.¹⁴⁹⁷ Generaladvokaten tilføyde at denne forståelsen forekom ham «temmelig restriktiv», men han tok likevel ikke uttrykkelig avstand fra den.

For EU-domstolen anførte *Holcim* at valget om å stille bankgaranti ikke kunne anses som fritt, men tvert i mot som et utslag av selskapets tapsbegrensningsplikt. Videre ble det hevdet at Underrettens vurdering av årsakskravet ledet til en uberettiget vinning på Kommisjonens hånd. Begge anførselene var begrunnet med at kostnadene forbundet med å låne penger for å betale boten, oversteg kostnadene knyttet til bankgarantien, samtidig som det følger av rettspraksis at Kommisjonen plikter å yte rentekompensasjon i tilfeller hvor en innbetalt bot blir underkjent.¹⁴⁹⁸ Generaladvokaten avviste at det av tapsbegrensningsplikten kunne utledes noen rettslig forpliktelse til å velge bankgaranti fremfor innbetaling av boten,¹⁴⁹⁹ men han sluttet seg til argumentasjonen knyttet til sammenhengen mellom årsakskravet og prinsippet om fraleggelse av uberettiget vinning.¹⁵⁰⁰ Standpunktet ble begrunnet som følger (avsnitt 115):

¹⁴⁹⁶ Sak C-282/05 P, *Holcim mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2007 s. I-2941.

¹⁴⁹⁷ Jf. avsnitt 124 i Underrettens dom («bindende») og avsnitt 95 og 104-105 i generaladvokatens innstilling («forpligtet» og «tvingende»).

¹⁴⁹⁸ Jf. sak T-171/99, *Corus UK mot Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-2967.

¹⁴⁹⁹ Avsnitt 104. På dette punkt synes Underrettens begrunnelse bedre enn generaladvokatens: Underretten viste til at *Holcim* ikke hadde utnyttet den tredje mulighet som ligger i å begjære gjennomføringen av boten utsatt, jf. (nå) TEUV artikkel 278.

¹⁵⁰⁰ Generaladvokaten presiserte at det ikke var snakk om et eget krav basert på prinsippet om uberettiget vinning, men derimot spørsmål om prinsippets betydning for vurderingen av årsakskravet, jf. avsnitt 108.

«Although negligent conduct on the part of the victim of the unlawful conduct which contributed to the damage suffered by it may, in certain circumstances, break the causal link between the unlawful conduct and the damage, it must be concluded that the same does not apply to action taken by the same person which, in contrast, is indicative of diligence and which, by affecting the causal chain brought into being by the unlawful conduct, resulted in damage different from and lesser than the recoverable damage which otherwise would have derived from the unlawful conduct.»¹⁵⁰¹

I lys av generaladvokatens vurdering, var det ikke overraskende at spørsmålet dukket opp på ny for Underretten i *Atlantic Container Line*. Uten å ta avstand fra generaladvokatens utlegning av sammenhengen mellom årsakskravet og prinsippet om fraleggelse av uberettiget vinning, fastholdt imidlertid Underretten standpunktet inntatt i *Holcim*. Etter å ha påpekt at saksøkerne verken hadde anført at det av økonomiske årsaker hadde vært umulig for dem å innbetale bøtene, eller begjært gjennomføringen av Kommissjonens vedtak utsatt, avviste Underretten at valget av bankgarantier fremfor innbetaling ledet til noen uberettiget vinning på Kommissjonens hånd (avsnitt 41-50). Riktignok måtte Kommissjonen i sistnevnte tilfelle også ha betalt saksøkerne renter på de innbetalte beløp, men denne omkostningen ville utlignes av de renteinntekter som Kommissjonen ville oppebåret i den tid beløpene stod til Kommissjonens disposisjon. Underretten tok forbehold for det tilfelle at saksøkernes kredittverdighet var av en slik karakter at deres rentekostnader ville overstige Kommissjonens renteinntekter, men påpekte at det ikke var anført at så var tilfelle.

Det er usikkert om det er grunnlag for å forstå *Atlantic Container Line* dit hen at Underretten på prinsipielt grunnlag distanserte seg fra generaladvokat Mengozzis vurdering av årsakskravet.¹⁵⁰² Etter min oppfatning synes uenigheten begrenset til den konkrete vurdering av om det var noen vinning på Kommissjonens hånd. På det prinsipielle plan synes generaladvokat Mengozzis ovenfor gjengitte vurdering av sammenhengen mellom årsakskravet og prinsippet om fraleggelse av uberettiget vinning å ha mye for seg, men *in concreto* fremstår Underrettens standpunkt som riktig.¹⁵⁰³

Det er klart nok at *Holcim* og *Atlantic Container Line* skaper økonomiske incentiver som tilsier at selskaper som finansielt er i stand til det, for fremtiden vil foretrekke å innbetale ilagte bøter snarere enn å stille bankgarantier. Noe grunnlag for kritikk av Underrettens vurdering gir dette likevel ikke: Generaladvokat Mengozzis standpunkt ville trolig ledet til samme resultat, i det Kommissjonen da neppe lenger ville akseptert bankgarantier som et alternativ til betaling.

¹⁵⁰¹ Her gjengitt på engelsk fordi den danske oversettelsen av den italienske originalen er misvisende.

¹⁵⁰² I denne retning Gutman 2011 s. 734.

¹⁵⁰³ Det er mulig at også saksøkerne i *Atlantic Container Line* erkjente dette – til tross for støtten fra generaladvokat Mengozzi ble avgjørelsen ikke anket til EU-domstolen.

8.4.4.5 *É.R.* og *Pérez*

Ytterligere to avgjørelser fra Underretten som fortjener oppmerksomhet, er *É.R.* og *Pérez*.¹⁵⁰⁴ Begge sakene gjaldt erstatningssøksmål mot Rådet og Kommisjonen i kjølvannet av EUs påstått mangelfulle tiltak mot «kugalskap» (Bovin spongiform encefalopati – BSE). Saksøkerne i *É.R.* var en rekke pårørende til fem personer hjemmehørende i Frankrike som døde av den BSE-relaterte sykdommen Creutzfeldt-Jakob. Saksøkerne i *Pérez* var nærmere 500 spanske kvegoppdrettere som hadde lidt betydelige tap som følge av utbrudd av kugalskap i Spania. Felles for søksmålene var at saksøkerne anførte at de tiltak som Rådet og Kommisjonen iverksatte mellom 1990 og 2000 for å bekjempe kugalskap var utilstrekkelige, uegnete og alt for sene, og at institusjonene derfor måtte kunne holdes ansvarlig for at sykdommen spredte seg til hhv. Frankrike og Spania. Underretten avviste i begge sakene at årsakskravet var oppfylt.¹⁵⁰⁵ Det er alt nevnt at saksøkerne fikk den umulige oppgave å bevise at det var *sikkert* at sykdommen ikke ville spredt seg om det ikke var for EUs påståtte unnlatesesynder (jf. punkt 8.3.2.2). Av særlig interesse i herværende sammenheng er at Underretten i begge dommene også fremhevet at de tiltak som EU faktisk hadde truffet, ble ignorert av en rekke medlemsstater (og markedsaktører). I *Pérez* ble dette tilsynelatende vurdert som avgjørende i seg selv (avsnitt 152, kursivert her):

«På nuværende tidspunkt finder Retten det ikke godtgjort, at sykdommen, selv om disse institusjoner hadde truffet – eller tidligere hadde truffet – strengere foranstaltninger, herunder de foranstaltninger, som sagsøgerne foreholder dem ikke at have truffet, under alle omstendigheter ikke ville have ramt den spanske kvægbestand. Navnlig fremgår det af sagen, at fællesskabsbestemmelserne ofte er blevet ignorert, såvel af de nationale myndigheder som af erhvervsdrivende. *Disses handlinger og undladelser er faktisk til hinder for, at den direkte årsagsforbindelse, som skal bestå mellem de angivelige ulovligheder, som fællesskabsinstitutionerne skal have begået, og de under sagen påberåbte tab, kan konstateres.*»

Resonnementet synes å være at strengere tiltak fra EUs side ikke ville ha hindret spredning av sykdommen fordi de ikke ville blitt etterlevd av verken medlemsstatene eller markedsaktørene. Den nærliggende innvending at Kommisjonen i så fall fikk sørge for håndhevelse av reglene, om nødvendig gjennom traktatbruddssøksmål for EU-domstolen, nevnes ikke.

Ut over vurderingen av medlemsstatenes manglende etterlevelse av EU-retten som en avskjærende årsak, fortjener *Pérez* også oppmerksomhet fordi Underretten forkastet

¹⁵⁰⁴ Sak T-138/03, *É.R. m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2006 s. II-492 og sak T-304/01, *Pérez m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2006 s. II-4857.

¹⁵⁰⁵ Se tilsvarende også sak T-149/96, *Coldiretti mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-3841, et tidligere erstatningssøksmål fra en rekke italienske kjøttprodusenter i kjølvannet av EUs mislykkede forsøk på å stanse spredningen av sykdommen.

EU-institusjonenes forsøk på å avvise årsakssammenhengen under henvisning til at det var *mediedekningen* som var den direkte årsak til at spanske forbrukere etter rapporter om de første sykdomsutbrudd i Spania ikke lenger ville spise storfekjøtt. Underretten påpekte, etter min oppfatning med rette, at ikke var mulig å atskille den omstendighet at sykdommen brøt ut i Spania, fra mediens dekning av dette (avsnitt 107). At mediedekningen etter EU-institusjonenes oppfatning var overdreven, var uten betydning i denne sammenheng.

Underrettens årsaksvurdering i *É.R.* ble påanket til EU-domstolen, men anken ble forkastet som åpenbart ugrunnet i en kjennelse 4. oktober 2007 (ankesak C-100/07 P, [A5] Sml. 2007 s. I-136*).
Dommen i *Perez* ble ikke anket.

8.4.4.6 Internationaler Hilfsfond

En sak fra EU-domstolens praksis med visse likhetstrekk med de ovenfor omtalte sakene *Holcim* og *Atlantic Container Line*, er *Internationaler Hilfsfond*.¹⁵⁰⁶ Saksøker var en tysk bistandsorganisasjon som hadde søkt Kommisjonen om medfinansiering av flere prosjekter. Etter at Kommisjonen avsto en første søknad under henvisning til at organisasjonen ikke fylte vilkårene for å motta støtte, ble flere senere søknader ikke vurdert. Kommisjonens saksbehandling foranlediget flere klager til EUs ombudsmann. Etter å ha fått kritikk fra ombudsmannen, traff Kommisjonen formelle vedtak som avsto de senere søknadene. Avslagene ble brakt inn for Underretten, som satt dem til side som ugyldige under henvisning til at Kommisjonen ikke hadde vurdert nye opplysninger som kunne tilsi at saksøker kvalifiserte som støttemottaker på tidspunktet for de senere søknadene. Underretten avviste imidlertid saksøkers krav om å få dekket utgiftene, i hovedsak advokatutgifter, knyttet til klagen til ombudsmannen som en del av sakskostnadene. Et etterfølgende erstatningssøksmål mot Kommisjonen ble avvist av Underretten som åpenbart ugrunnet, bl.a. under henvisning til at det ikke var nødvendig å la seg representere med advokat i klagesaker for ombudsmannen, samt at det uansett ikke var direkte årsakssammenheng mellom Kommisjonens forsettelse og saksøkers klager til ombudsmannen.¹⁵⁰⁷ I ankesaken sluttet EU-domstolen seg til Underrettens vurdering av årsaksspørsmålet: Klagen til ombudsmannen var et resultat av saksøkers « eget valg » og Kommisjonen kunne ikke holdes ansvarlig for utgifter « der således er afholdt af klageren af egen fri vilje » (avsnitt 27).

Isolert sett leder dette til at *Internationaler Hilfsfond* er en av sakene hvor eksistensen av « frie valg » uten videre leder til den konklusjon at årsakskravet ikke er oppfylt.¹⁵⁰⁸ Etter mitt syn må imidlertid uttalelsene leses i lys av at saksøkers valg i dette tilfellet

¹⁵⁰⁶ Sak C-331/05 P, *Internationaler Hilfsfond mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2007 s. I-5475.

¹⁵⁰⁷ Sak T-294/04, *Internationaler Hilfsfond mot Kommisjonen*, Sml. 2005 s. II-2719.

¹⁵⁰⁸ Jf. Gutman 2011 s. 728-729.

også rent faktisk fremstod som fritt. Alternativet til klagen til ombudsmannen ville vært et passivitetssøksmål for Underretten og det var intet ved Kommisjonens for- sømmelser som la noen føringer for saksøkers valg mellom disse alternativene. Til dette kommer at det ville gi svært dårlig sammenheng i systemet dersom utgifter som ikke kan krevdes dekket som sakskostnader i henhold til de regler som regulerer om- budsmannens virksomhet, skulle kunne kreves erstattet i et etterfølgende søksmål mot Kommisjonen basert på EU-institusjonenes alminnelige erstatningsansvar.¹⁵⁰⁹

Dersom saksøker hadde valgt å anlegge et passivitetssøksmål i stedet for klagen til ombudsman- nen, ville Underretten, i henhold til EU-domstolens alminnelige regler om sakskostnader, kunne pålegge Kommisjonen å erstatte nødvendige utgifter i anledning rettsaken. Vel for ikke å skape tvil om dette, påpekte EU-domstolen at valg som går ut på å gjøre bruk av retten til domstolsprø- ving, ikke avskjærer årsakssammenheng (avsnitt 28). Det er likevel neppe grunnlag for å anklage EU-domstolen for inkonsekvent tilnærming til årsakskravet med det formål å skape økonomiske incentiver til fordel for søksmål fremfor klager til Ombudsmannen – selv om det ikke påpekes i dommen, er forskjellsbehandlingen en naturlig følge av at EU-lovgiver har fastsatt ulike regler for erstatning for sakskostnader for EU-domstolene og for Ombudsmannen.

8.4.4.7 *Schneider*

Viktig for forståelsen av EU-domstolens tilnærming til årsakskravet er storkammer- avgjørelsen *Schneider* fra 2009.¹⁵¹⁰ Årsaksspørsmålet knyttet seg i dette tilfellet til saksøkers beslutning om ikke å avvente den endelige vurderingen av om selskapets oppkjøp av det franske elektronikk-selskapet Legrand var forenlig med det indre mar- ked. Kommisjonen hadde opprinnelig underkjent fusjonen og pålagt Schneider å selge Legrand, men Schneider hadde brakt vedtakene inn for Underretten. I påvente av den rettslige behandlingen var Schneider forpliktet til å forberede et eventuelt salg av Le- grand. En salgsavtale med et konsortium (Wendel) ble inngått i juli 2002. Salget skul- le imidlertid først skje den 10. desember samme år og avtalen inneholdt en klausul om at dersom Schneider vant frem i retten, så kunne avtalen helt frem til 5. desember an- nulleres mot en erstatning på 180 millioner euro. Halvannen måned før utløpet av denne fristen underkjente Underretten Kommisjonens vedtak under henvisning til at den både hadde tatt feil i sine vurderinger av fusjonens virkninger utenfor Frankrike og, i vurderingen av virkningene i Frankrike, tilsidesatt Schneiders rett til forsvar.¹⁵¹¹ Kommisjonen anket ikke avgjørelsene, i det den i stedet besluttet å gjenoppta behand- lingen av fusjonen. Medio november bekjentgjorde Kommisjonen at man, etter å ha vurdert Schneiders innsigelser, fortsatt mente at fusjonen ville ha skadelige virkninger i Frankrike. Schneider fremsatte deretter flere forslag om å skille ut deler av Legrands

¹⁵⁰⁹ Noe generaladvokat Trstenjak påpekte i sin innstilling i saken (avsnitt 96).

¹⁵¹⁰ Sak C-440/07 P, *Kommisjonen mot Schneider*, [SK] Sml. 2009 s. I-6413.

¹⁵¹¹ Hhv. sak T-310/01 (Sml. 2002 s. II-4071) og sak T-77/02 (Sml. 2002 s. II-4201).

virksomhet, men uten at Kommisjonen lot seg overbevise. I lys av den usikkerhet som forelå, våget ikke Schneider å ta kostnadene med å stanse salget til Wendel-KKR, noe som ledet til at fusjonskontrollen ble gjenstandsløs. Etter salget reiste imidlertid Schneider søksmål mot Kommisjonen med krav om erstatning for tap som man mente var en direkte følge av det ugyldige pålegget om å selge Legrand.

I sin dom i saken avviste Underretten de tapsposter som forutsatte at fusjonen ville ha blitt godkjent om det ikke var for Kommisjonens rettsstridige opptreden (se nærmere punkt 8.8). Schneider vant imidlertid frem med at den rabatt på aksjene i Legrand som man hadde vært nødt til å innrømme Wendel for å få til en avtale med utsatt gjennomføring av salget, var en tilstrekkelig direkte følge av de feil som heftet ved Kommisjonens saksbehandling. Resonnementet var at Schneider i henhold til Kommisjonens pålegg hadde vært forpliktet til å forberede salg av Legrand og at klausulen om utsatt gjennomføring fremstod som nødvendig for å ivareta Schneiders rett til effektiv håndhevelse av selskapets rettigheter i anledning fusjonskontrollen.¹⁵¹²

I ankesaken kom imidlertid EU-domstolen til at årsakskravet ikke var oppfylt. I følge EU-domstolen var den direkte årsak til tapet Schneiders egen beslutning om å gjennomføre salget av Legrand. At årsaken til denne beslutningen var kostnadene på 180 millioner euro forbundet med oppsigelse av avtalen med Wendel, var uten betydning: «En sådan risiko fulgte ... af den salgsaftale, virksomheden havde indgået på de nævnte betingelser» (avsnitt 205-206). EU-domstolen var her på linje med generaladvokat Colomer, som i sin innstilling uttalte at avtalen mellom Schneider og Wendel «ikke [er] et resultat af retsaktens ugyldighed, men af Schneiders frie vilje til at handle med sine medkontrahenter» (avsnitt 143). Det følger vel av dette at dersom Schneider hadde stanset salget av Legrand, så ville selskapet *uansett endelig utfall av fusjonskontrollen* ikke fått erstattet de 180 millioner euroene som man måtte betale til Wendel.¹⁵¹³ Videre synes EU-domstolen å forutsette at dersom utfallet av fusjonskontrollen skulle bli et nytt, gyldig pålegg om å selge Legrand, så ville heller ikke et eventuelt tap knyttet til redusert salgsverdi være erstatningsrettslig vernet: Et slikt tap anser tilsynelatende domstolen som en følge av den risiko som et selskap løper når man velger å gjennomføre et oppkjøp uten forhåndsgodkjenning fra Kommisjonen.

Realiteten i *Schneider* synes å være at Underretten og EU-domstolen så ulikt på hvem som må bære risikoen for tap som forårsakes av at en fusjonskontroll trekker ut tid –

¹⁵¹² Sak T-351/03, *Schneider mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-2237 (avsnitt 315, jf. avsnitt 304 flg.). Erstatningen ble fastsatt til differansen mellom den pris Schneider fikk for Legrand og den pris selskapet kunne fått dersom Kommisjonen hadde avsluttet den opprinnelige fusjonskontrollen med et gyldig vedtak, men deretter redusert med en tredjedel som følge av det Underretten betraktet som medvirkning fra Schneiders side, jf. avsnitt 322 og 329 flg.

¹⁵¹³ Jf., forutsetningsvis, avsnitt 204 i dommen.

Kommisjonen, som i den aktuelle sak hadde begått en «åpenbar og grov» saksbehandlingsfeil som ledet til at de opprinnelige vedtak ble kjent ugyldige, eller selskapet, som hadde valgt å benytte seg av unntaket i fusjonskontrollforordningen til å gjennomføre oppkjøpet uten forhåndsgodkjenning. EU-domstolen synes å mene at denne risikoen helt og fullt påhviler selskapet og det er da en naturlig konsekvens at selskapet heller ikke kan kreve erstatning for tap som forårsakes av tiltak som det iverksetter for å redusere denne risikoen. Dette kan nok være en rimelig vurdering,¹⁵¹⁴ men det fremstår som tvilsomt hvor overbevisende det er å begrunne standpunktet med at det ene og alene var Schneiders «frie valg» om å inngå og deretter gjennomføre avtalen med Wendel-KKR som forårsaket selskapets tap.

8.4.4.8 *Gutknecht*

Et siste tilfelle som har krav på interesse, er Underrettens avgjørelse fra 2011 i *Gutknecht*. Saken gjaldt et erstatningssøksmål mot Kommisjonen som følge av en påstått konkurransevridende godkjenningsordning for biocidholdige produkter.¹⁵¹⁵ Det konkurransevridende element lå i den omstendighet at ordningen innebar at samtlige produsenter nøt godt av den meget ressurskrevende prosess som saksøkers selskap hadde igangsatt for tillatelse til bruk av virkestoffet pereddiksyre. I følge saksøker hadde dette ledet til at selskapet hans tapte to av dets største kunder, noe som igjen ledet til at han ved et salg i 2008 fikk langt mindre for sine aksjer enn hva som ville vært tilfelle uten Kommisjonens påstått rettsstridige opptreden. Underretten avviste imidlertid at årsakskravet var oppfylt under henvisning til at den direkte årsak til selskapets tap var de to kundenes beslutning om å skifte leverandør av pereddiksyre (avsnitt 33).

Selv om det ble tilføyd at den ene av de to kundene også hadde oppgitt ønske om en global leverandør som en grunn til at kundeforholdet ble avsluttet (avsnitt 34), fremstår Underrettens tilnærming i dette tilfellet som lite tilfredsstillende. Selv om den direkte årsak til saksøkers tap var kundenes selvstendige beslutning om å skifte leverandør, så var saksøkers poeng at kostnadene knyttet godkjenningsordningen førte til at hans priser ikke lenger var konkurransedyktige. Kundenes valg fremstår da som lite annet enn en rasjonell (og, dermed, høyst påregnelig) reaksjon på prisutviklingen.

8.4.4.9 *Kort oppsummering*

Det er etter hvert en lang rekke saker hvor EU-domstolen og Underretten uttrykker seg på et vis som antyder at «frie valg» i kjølvannet av EU-institusjonenes rettsstridige atferd uten videre leder til den konklusjon at årsakskravet ikke er oppfylt. I enkelte

¹⁵¹⁴ Slik Grzeszick 2011 s. 920 flg.

¹⁵¹⁵ Sak T-561/08, *Gutknecht mot Kommisjonen*, dom 18. oktober 2011.

tilfeller antydes det faktisk at EU-institusjonene bare kan holdes ansvarlig dersom senere ledd i en årsakskjede fremstår som en *rettslig tvingende* følge av institusjonenes atferd.¹⁵¹⁶ Avgjørelser som *Hamill*, *Jansma* og *Pérez* (og tidligere omtalte *FIAMM* m.fl.) viser imidlertid at det ikke kan trekkes så vidtrekkende slutninger: Etterfølgende ledd i årsakskjeden kan fremstå som en så naturlig konsekvens av EU-institusjonenes rettsstridige opptreden at årsakskravet anses oppfylt, selv om handlingene rettslig sett rubriseres som «frie valg». Inntrykket er imidlertid at det skal nok så lite til før EU-domstolen avviser et erstatningskrav under henvisning til at tapet er forårsaket av etterfølgende valg – det være seg fra utenforstående tredjepersoner (jf. for eksempel *Gutknecht* og tidligere omtalte *CAS Succhi di Frutta*) eller fra skadelidte selv (jf. for eksempel *Schneider* og tidligere omtalte *Blackspur*). Om man vil, kan kanskje dette utlegges som et særlig strengt krav til påregnelighet.

8.4.5 Skadelidtes forsømmelser som «brudd i årsakskjeden»

8.4.5.1 Innledning

I enkelte, men langt fra samtlige, av de i punkt 8.4.4 omtalte sakene knyttes årsaksvurderingen til konseptet «brudd i årsakskjeden». I EU-domstolens praksis knyttes imidlertid dette konseptet primært til en vurdering av om *skadelidtes* atferd i kjølvannet av EU-institusjonenes rettsstridige atferd har karakter av en *forsømmelse*.¹⁵¹⁷ Et eksempel fra den senere tid er *Trubowest*:

«Årsagsforbindelsen kan afbrydes af skadelidtes forsømmelse, eftersom denne adfærd kan vise sig at udgøre en afgørende årsag til tabet.»¹⁵¹⁸

Det følger av denne tilnærmingen at det først er grunn til å vurdere spørsmålet om skadelidtes atferd som brudd i årsakskjeden dersom EU-institusjonenes bidrag i årsaksbildet i *utgangspunktet* fremstår som så vidt sentrale at kravet til direkte årsakssammenheng ville vært oppfylt, altså dersom skadelidtes etterfølgende forsømmelse tenkes borte.¹⁵¹⁹ Samtidig synes det klart at det ikke er mulig å trekke noe skarpt skille mellom de ulike tilnærmingene for avgrensning av årsakssammenhengen – de ovenfor

¹⁵¹⁶ Av de ovenfor omtalte sakene gjelder dette særlig *Holcim*, jf. særlig generaladvokat Mengozzis forståelse av dommen i hans innstilling i ankesaken (se punkt 8.4.4.4). Se også forente saker T-440/03 m.fl., *Arizmendi m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2009 s. II-4893 (avsnitt 92).

¹⁵¹⁷ Men tidvis opererer EU-domstolene med en videre forståelse av konseptet, jf. for eksempel Underrettens dommer i de i punkt 8.4.2.3 omtalte sakene *FIAMM* m.fl. og den i punkt 8.4.2.4 omtalte saken *Nikolaou*.

¹⁵¹⁸ Sak C-419/08 P, *Trubowest og Makarov mot Rådet og Kommisjonen*, [A5] Sml. 2010 s. I-2259 (avsnitt 61).

¹⁵¹⁹ Se til illustrasjon generaladvokat Colomers innstilling i sak C-440/07 P, *Kommisjonen mot Schneider*, [SK] Sml. 2009 s. I-6413 (avsnitt 159 og 174), hvor det understrekes at spørsmålet om brudd i årsakskjeden er subsidiært i et tilfelle hvor generaladvokaten mente at det i utgangspunktet ikke var direkte årsakssammenheng mellom Kommisjonens rettsstridige opptreden og selskapets tap.

omtalte sakene *Blackspur* og *Schneider* viser at det nettopp kan være etterfølgende opptreden fra skadelidte selv som leder til at EU-institusjonenes bidrag i årsaksbildet samlet sett fremstår som for fjernt til å pådra EU ansvar (uten at EU-domstolen i disse sakene vurderte om skadelidtes atferd kunne karakteriseres som en forsømmelse som utgjorde et brudd i årsakskjeden).¹⁵²⁰ Til dette kommer at EU-domstolens vurdering av om skadelidtes atferd utgjør et brudd i årsakskjeden, fremstår som lite annet enn et utslag av EU-domstolens generelle forventning om at skadelidte på passende måte har søkt å unngå skaden eller begrense dens omfang (jf. nærmere i kapittel 9).¹⁵²¹ Alt dette leder til at det kan diskuteres hvor hensiktsmessig det er å operere med konseptet «brudd i årsakskjeden». Prinsipielt er det imidlertid forskjell på vurderinger av skadelidtes medvirkning og tilfeller hvor skadelidtes atferd leder til at EU-domstolene konkluderer med at EU-institusjonenes rettsstridige opptreden ikke kan anses som årsak til skadelidtes tap. I en fremstilling av EU-domstolens tilnærming til årsakskravet er det uansett ikke til å komme forbi at konseptet synes vel etablert.

«Brudd i årsakskjeden» er en kjent størrelse også i norsk erstatningsrett, jf. eksempelvis Høyesteretts vurdering av «avskjærende årsaker» i Rt. 1992 s. 453 *Furunkulosedommen* (s. 484). Videre er det, som anført av Lødrup og Kjelland, fullt mulig å begrunne resultatet i den klassiske dommen i Rt. 1891 s. 814 *Ellida* ut fra samme konsept.¹⁵²² Dette gjelder også dommen i Rt. 1989 s. 426, hvor skadelidtes unnlatte fremmøte for en kirurg, snarere enn en eventuell forutgående forsømmelse fra sykehusets side, ble ansett som årsak til skaden. Det synes like fullt klart at konseptet «brudd i årsakskjeden» spiller en mer fremtredende rolle i EU-domstolens praksis enn i norsk erstatningsrett.

8.4.5.2 *Aciéries du Temple* og *Compagnie Continentale France*

To tidlige eksempler fra EU-domstolens praksis er *Aciéries du Temple* fra 1963 og *Compagnie Continentale France* fra 1975.¹⁵²³ Begge sakene gjaldt EUs eventuelle erstatningsansvar for villedende informasjon og reiste, som ledd i årsaksvurderingen, spørsmål om hvilke krav som stilles til skadelidtes aktsomhet.

Saken *Aciéries du Temple* hadde sin bakgrunn i flere beslutninger truffet av Kommisjonen i egenskap av «Den Høje Myndighed» for Det europeiske kull- og stålfelles-

¹⁵²⁰ Se tilsvarende sak C-272/11 P, *Negele mot Kommissjonen*, [A3] kjennelse 4. oktober 2011 (avsnitt 18, jf. 17), hvor EU-domstolens sluttet seg til Underrettens vurdering av saksøkers eget forhold som «la cause directe et immédiate du préjudice».

¹⁵²¹ Sml. Smith og Woods 1997 s. 928, som påpeker at systematikken i EU-domstolens tilnærming her er fremmed for engelsk rett: «In English law this would be a matter of quantum of damage rather than causation».

¹⁵²² Lødrup/Kjelland 2009 s. 348-349.

¹⁵²³ Sak 36/62, *Aciéries du Temple mot Den høje myndighed*, Sml. (fransk utgave) 1963 s. 585 og sak 169/73, *Compagnie Continentale France mot Rådet*, Sml. 1975 s. 117.

skap.¹⁵²⁴ EU-domstolen gav saksøker medhold i at de aktuelle beslutningene var egnet til å skape inntrykk av at den type skrapjern som saksøkers rettsforjenger mottok, var unntatt fra ordningen med utjevningsavgift. Domstolen avviste imidlertid at årsakskravet var oppfylt under henvisning til at beslutningene ikke var egnet til å *forsikre* om at så var tilfellet, noe som også kom til uttrykk ved at saksøkers rettsforjenger hadde bedt Kommisjonen om en avklaring (uten å få svar). EU-domstolen understreket at vurderingstemaet ikke var hvorvidt Kommisjonens beslutninger faktisk hadde forårsaket saksøkers villfarelse, men hvorvidt de var *egnet til å forårsake en villfarelse hos en forstandig markedsaktør*.¹⁵²⁵ Konklusjonen ble at det var selskapets egen mangel på forutseenhet som var den direkte årsak til det økonomiske tap som misforståelsene knyttet til avgiftsplikten hadde ledet til.

Saken *Compagnie Continentale France* gjaldt et erstatningssøksmål mot Rådet fra et større fransk korneksportselskap. Saksøkerne hevdet at Rådet hadde villedet markedsaktørene om prisutjevningstiltakene i kjølvannet av EØF-utvidelsen i 1973 (da Danmark, Irland og Storbritannia gikk inn i det daværende EØF). I en resolusjon forut for tiltredelsen hadde Rådet oppmuntret markedsaktørene til å inngå avtaler om kjøp og salg av korn over landegrensene basert på en overgangsordning med faste satser for å utligne prisforskjeller mellom de nye og de opprinnelige medlemsstatene, uten å gjøre oppmerksom på en særbestemmelse i tiltredelsesakten som åpnet for unntak. Da uforutsette endringer i kornprisene på verdensmarkedet fremtvang bruk av denne unntaksbestemmelsen, påførte dette saksøkte betydelige tap på kontrakter som gjaldt eksport av korn til Storbritannia. EU-domstolen var av den oppfatning at Rådet i sin resolusjon fra 1972 burde ha gjort oppmerksom på unntaksbestemmelsen og tatt forbehold for at den kunne komme til anvendelse (avsnitt 20). Domstolen vektla at resolusjonen var vedtatt nettopp «med henblikk på at opplyse og vejlede de erhvervsdrivende» (som saksøker). I årsaksvurderingen ble det vurdert om Rådets resolusjon «kunne og måtte fremkalde en sådan vildfarelse hos en kyndig og omhyggelig forretningsdrivende» (avsnitt 23). Under henvisning til at saksøker synes å ha vært oppmerksom på den uventede utviklingen på verdensmarkedet (og de følger den kunne få for EUs ordning med prisutjevning) på det tidspunkt da de tapsbringende kontraktene ble inngått, av-

¹⁵²⁴ Det rettslige grunnlag for erstatningskravet var derfor EKSF-traktaten artikkel 40, men dette er uten betydning for årsaksspørsmålets vedkommende.

¹⁵²⁵ I fransk originalversjon: «qu'aux fins de cet examen, il importe de rechercher, non pas si le comportement de la défenderesse a réellement provoqué ladite erreur, mais s'il pouvait et devait provoquer une telle erreur dans l'esprit d'un justiciable averti» (s. 601). I den senere engelske oversettelsen av dommen lyder den prinsipielle formuleringen som følger: «... one must ask not whether the conduct of the defendant in fact caused the error, but whether it could and should have caused such an error in the mind of a prudent person», jf. Sml. (engelsk spesialutgave) 1963 s. 289.

viste EU-domstolen erstatningskravet: «Det påståede tab er derfor ikke en følge af Rådets adfærd» (avsnitt 24-32).¹⁵²⁶

Det er med rette påpekt at EU-domstolens tilnærming til årsakskravet i disse dommene avviker noe fra tilnærmingen i andre saker – det sentrale vurderingskriterium er om EU-institusjonenes uriktige informasjon objektivt sett synes egnet til å forårsake en villfarelse hos en forstandig markedsaktør.¹⁵²⁷ I bekreftende fall må vurderingen suppleres med en konkret vurdering av om den villedende informasjonen faktisk har realisert seg i den skaden informasjonsmottaker har påført seg selv,¹⁵²⁸ men den objektive vurderingen fremstår som så streng at dette nok er mer teori enn praksis.

8.4.5.3 *Oleifici Mediterranei*

En annen avgjørelse som bør nevnes i denne sammenheng, er *Oleifici Mediterranei* fra 1982.¹⁵²⁹ Saksøker var en italiensk forhandler av olivenolje som hevdet at Rådet og Kommisjonen var forpliktet til å vedta overgangsregler da man innførte et nytt støtteregime som medførte betydelig fall i prisene på olivenolje og som bl.a. gjorde import av olivenolje fra tredjeland langt mindre profitabelt. EU-domstolen avviste erstatningskravet under henvisning til at det uansett ikke var årsakssammenheng mellom EU-institusjonenes vedtak og saksøkers tap fordi saksøker hadde vært kjent med den forestående endringen: Tapet skyldtes saksøkers beslutning om å satse på at ikrafttredelsen av det nye støtteregimet, som alt var blitt utsatt to ganger, ville bli utsatt nok en gang. EU-domstolen vektla i denne sammenheng at skadelidte var en «fornuftig eksportør med fuldt kendskab til markedsreguleringen» som ikke kunne være ukjent med den forestående endringen og dens konsekvenser. Den omstendighet at iverksettelsen tidligere var blitt utsatt, endret ikke «den risiko, som sagsøgeren frivillig hadde valgt at løbe». Det oppståtte tap skyldes følgelig «udelukkende» saksøkers eget valg.

Det er interessant at EU-domstolen i denne saken valgte å forkaste søksmålet under henvisning til at årsakskravet ikke var oppfylt når argumentasjonen nokså klart viser at det ikke forelå rettsstridig opptreden overfor saksøker (og langt mindre noe ansvarsgrunnlag): Rettsbruddet måtte eventuelt bestå i tilsidesettelse av saksøkers berettigede forventninger, noe saksforholdet klart viste at det

¹⁵²⁶ Se mer utførlig generaladvokat Trabucchi sin innstilling i saken (vedrørende årsaksspørsmålet). Trabucchi fremhevet bl.a. saksøkers opptreden som en «konkurrerende årsag» som «kan afbryde årsagsforbindelsen mellom den konstaterede rettsstridige adfærd og skaden» (Sml. 1975 s. 117 på s. 150).

¹⁵²⁷ Jf. Durant 2008 s. 78-79. Se også de tidligere dommene i forente saker 19/60 m.fl., *Lille Cail m.fl. mot Den høye myndighet*, Sml. (fransk utgave) 1961 s. 561 og forente saker 29/63 m.fl., *Usines de la Providence m.fl. mot Den høye myndighet*, Sml. (fransk utgave) 1965 s. 1123, hvor EU-domstolen påpekte at løftene fra Kommisjonen var av en slik karakter at saksøkerne med rimelighet kunne innrette seg i tiltro til dem.

¹⁵²⁸ Jf., for norsk retts vedkommende, Færstad 2010 s. 373-402.

¹⁵²⁹ Sak 26/81, *Oleifici Mediterranei mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1982 s. 3057.

ikke var grunnlag for.¹⁵³⁰ Dette er ikke noe særsyn i EU-domstolens praksis, men det fremstår som nokså anstrengt å vurdere om det er årsakssammenheng mellom et eventuelt rettsbrudd og skadelidtes tap når de samme argumenter som trekkes inn i årsaksvurderingen klart viser at det ikke er grunnlag for denne forutsetningen.

8.4.5.4 *FIAMM*

Det er alt påpekt at Rådet og Kommisjonen i *FIAMM* forgjeves anførte at USAs frie valg om å ramme nettopp saksøkernes produkter med en særskilt toll, ikke var en tilstrekkelig direkte følge av EUs WTO-stridige importordning for bananer (punkt 8.4.2.3). Her skal det tilføyes at de to EU-institusjonene også innvendte at skadelidte ikke var forpliktet til å eksportere sine produkter til USA, samt at årsakskjeden var brutt fordi skadelidte ikke hadde forsøkt å eksportere til andre markeder i stedet, eller å opprettholde sin markedsandel på det amerikanske markedet ved å senke prisene. Innsigelsene ble kontant avvist av Underretten (avsnitt 190):

«Sådanne betragtninger, der alene vedrører de foranstaltninger, som sagsøgerne kunne være blevet foranlediget til at vedtage for at unddrage sig betalingen af tillægstolden og formindske deres handelsmæssige tab, kan ikke rejse tvivl om, at der foreligger en tilstrækkelig direkte årsagsforbindelse mellem de sagsørgtes adfærd og det tab, som sagsøgerne har lidt som følge af indførelsen af tillægstolden.»

Eventuelle forsømmelser fra skadelidtes side kunne altså i høyden få betydning for omfanget av EUs erstatningsansvar, ikke for spørsmålet om årsakskravet var oppfylt. Standpunktet fremstår som rimelig, men noen egentlig begrunnelse ble ikke gitt.

8.4.5.5 *Bouychou og FG Marine*

To senere avgjørelser fra Underretten som er av interesse, er *Bouychou* og *FG Marine*.¹⁵³¹ Begge søksmålene gjaldt krav om erstatning for tap angivelig lidt som følge av en beslutning fra Kommisjonen som slo fast at Frankrike hadde ytt ulovlig statsstøtte til selskapet Stardust Marine, og som påla franske myndigheter å kreve mer enn 450 millioner franske franc tilbake fra selskapet. Kommisjonens beslutning ledet til at selskapet FG Marine, som på dette tidspunkt kontrollerte mer enn 99 prosent av aksjene i Stardust, utnyttet en opsjon overfor tidligere eier om å selge selskapet tilbake for 2 millioner franc. Etter salget ble det, på selskapets eget initiativ, åpnet konkurs i Stardust. I ettertid underkjente imidlertid EU-domstolen Kommisjonens beslutning i et ugyldighetssøksmål anlagt av Frankrike,¹⁵³² noe som utløste to søksmål med samlede

¹⁵³⁰ Se utførlig generaladvokat van Themaats innstilling i saken, særlig s. 3086-3087.

¹⁵³¹ Sak T-344/04, *Bouychou mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-91* og T-360/04, *FG Marine mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-92*.

¹⁵³² Sak C-482/99, *Frankrike mot Kommisjonen*, Sml. 2002 s. I-4397.

erstatningskrav på nærmere 150 millioner euro fra hhv. boet til Stardust og FG Marine. Underretten forkastet imidlertid søksmålene under henvisning til at årsakskravet ikke var oppfylt.

I begge sakene tok Underretten utgangspunkt i at skadelidtes forsømmelser kan lede til brudd i årsaksrekken og at dette bl.a. vil kunne være tilfellet dersom skadelidte ikke gjør bruk av de rettsmidler som står til disposisjon.¹⁵³³ I vurderingene spurte Underretten hvordan en opplyst og omhyggelig markedsaktør («un opérateur averti et diligent») ville opptrådt i den aktuelle situasjon – med nedslående resultat for saksøkerne: Ifølge Underretten ville en slik aktør verken foretatt et forhastet salg av sine aksjer eller gått til skifteretten med en oppbudsbegjæring i en situasjon hvor man selv mente at det ikke var grunnlag for det tilbakebetalingskrav som truet med å velte selskapet. Underretten avviste bl.a. boets anførsel om at selskapet i henhold til fransk rett hadde vært forpliktet til å begjære oppbud – under henvisning til fransk rettspraksis slo retten fast at dette ikke kunne gjelde i en situasjon hvor innsigelsene mot Kommisjonens vedtak ikke var åpenbart ubegrunnede og hvor tilbakesøkningskravet dessuten ennå ikke var forfalt.¹⁵³⁴ FG Marine hadde for sin del anført at en opplyst markedsaktør nettopp ville ha utøvd opsjonen på tilbakesalg av selskapet, for slik i hvert fall å berge visse verdier. Underretten avviste imidlertid også dette, bl.a. ut fra den betraktning at en opplyst og omhyggelig markedsaktør med en eierandel på hele 99 % av et selskap, ville gjort bruk av tilgjengelige rettsmidler for å forsvare seg mot et krav som man mente var ubegrunnet og som ville bety konkurs.¹⁵³⁵

Mot Underrettens konkrete vurdering i *Bouychou* og *FG Marine* er det lite å innvende – så vel FG Marines tilbakesalg av aksjene som Stardusts oppbudsbegjæring fremstod som åpenbart forhastede. Avgjørelsens interesse ligger derfor primært i det vurderingstema Underretten stiller opp – hvordan «un opérateur averti et diligent» ville opptrådt i den aktuelle situasjon –, samt i den tilhørende oppfatning av at en slik markedsaktør gjør bruk av tilgjengelige rettsmidler for å forsvare seg mot krav som man mener er uberettigete (jf. nærmere om sistnevnte i kapittel 10).

8.4.5.6 *Trubowest*

Fra EU-domstolens praksis de senere år er det særlig grunn til å nevne *Trubowest*.¹⁵³⁶ Erstatningskravet i saken var begrunnet i en påstått ugyldig forordning som innførte

¹⁵³³ *Bouychou*, avsnitt 42 og 43 og *FG Marine*, avsnitt 52-53.

¹⁵³⁴ *Bouychou*, avsnitt 49. Det følger av Underrettens vurdering på dette punkt at den mener at avgjørelsen fra skifteretten i Paris, som tok Stardusts oppbudsbegjæring til følge, var i strid med gjeldende fransk konkurslovgivning!

¹⁵³⁵ *FG Marine*, avsnitt 74.

¹⁵³⁶ Sak C-419/08 P, *Trubowest og Makarov mot Rådet og Kommisjonen*, [A5] Sml. 2010 s. I-2259.

antidumpingtoll på import av en viss type rør til EU. Saksøker, et tysk selskap som importerte rør fra Russland, hevdet dels at «deres» rør falt utenfor forordningens anvendelsesområde, dels av forordningen var ugyldig. Underretten nøyde seg med å konstatere at det uansett ikke var årsakssammenheng mellom et eventuelt rettsbrudd fra Kommisjonen og/eller Rådet og skadelidtes tap: Dersom rørene falt utenfor forordningens anvendelsesområde, måtte tapet tilskrives tyske tollmyndigheters feilaktige oppfatning av det skulle vært betalt antidumpingtoll. Og dersom rørene falt innenfor forordningens anvendelsesområde, hadde saksøker selv deklart dem feilaktig, noe som måtte anses som «the determinant cause of the damage» («la cause déterminante des préjudices»¹⁵³⁷). I ankesaken sluttet EU-domstolen seg uforbeholdent til Underrettens vurderinger.

At EU ikke kunne holdes ansvarlig dersom Trubowests rør ikke falt inn under forordningens anvendelsesområde, synes vel klart nok.¹⁵³⁸ Av større interesse er derfor det scenario hvor Underretten og EU-domstolen forutsatte at det skulle vært betalt antidumpingtoll da rørene ble importert til Tyskland. Under dette alternativ synes det klart at forordningen utgjorde en nødvendig betingelse for Trubowests tap – tyske tollmyndigheter hadde i så fall ikke gjort noe annet enn å håndheve forordningen.

Utgangspunktet for Underrettens vurdering av dette alternativ var hvorvidt Trubowest på passende måte hadde søkt å forhindre tapet, eller om årsakskjeden var brutt som følge av en forsømmelse fra selskapets side. Underretten viste i denne sammenheng til at en importør som er i tvil om klassifiseringen av sine produkter må foreta nærmere undersøkelser, samt til muligheten for å anmode tollmyndighetene om en bindende forhåndsuttalelse. Under henvisning til at Trubowests daglige leder var «an experienced and knowledgeable trader» (avsnitt 125), avviste Underretten selskapets oppfatning av at man ikke hadde grunn til å tvile på klassifiseringen av rørene. Underretten erkjente at en erklæring fra et regionalt tysk tollkontor og en uttalelse fra en tysk tolltjenestemann som stadfestet selskapets klassifisering, «constituted information capable of providing some guidance to the applicants as to the correctness of that classification», men fant likevel at «such opinions did not, [...] given the foreseeable consequences that a classification error might have, provide the legal certainty that an experienced and knowledgeable trader such as Mr Makarov should have sought before Trubowest began trading» (avsnitt 132). På dette grunnlag konkluderte Underretten med at «the causal link between that alleged wrongful conduct and the damage alleged was broken by the conduct of the applicants, who, having regard to the cir-

¹⁵³⁷ Sak T-429/04, *Trubowest og Makarov mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-128* (avsnitt 114 flg.).

¹⁵³⁸ Riktignok kan det innvendes at den åpenbart ikke særlig vellykkete formulering av forordningen nok medvirket til den rettsvillfarelse som tyske tollmyndigheter i så fall hadde gjort seg skyldig i, men dette er likevel ikke tilstrekkelig til å anse årsakskravet oppfylt: Et erstatningskrav må her rettes mot medlemsstaten i egenskap av den direkte skadevolder, jf. kapittel 4, punkt 4.5.

cumstances of the case, failed to demonstrate reasonable diligence in order to avoid that damage» (avsnitt 133).

I ankesaken nøyde EU-domstolen seg med å bemerke at Underretten «med føje» hadde fastslått at skadelidtes egen adferd var «den avgjørende årsag til det tap, de har gjort gjældende, og ikke Rådets og Kommissionens angiveligt ulovlige adfærd» (avsnitt 61).

8.4.5.7 *Azienda Agricola Bracesco*

En siste avgjørelse fra Underretten med krav på oppmerksomhet, er *Azienda Agricola Bracesco*.¹⁵³⁹ Saksøker var et italiensk selskap som oppdrettet vaktler. I overensstemmelse med anbefalingene fra den italienske foreningen for fjærkreoppdrettere foretok saksøkte nedslakting av bestanden da det sommeren 2006 ble konstatert utbrudd av fugleinfluenza i Europa. Da selskapet søkte om økonomisk kompensasjon fra EU, viste det seg imidlertid at den kompensasjonsordning som Kommisjonen hadde opprettet ikke gjaldt for vaktler. I erstatningssøksmålet mot Kommisjonen anførte selskapet at ordningen representerte et åpenbart og grovt brudd på forbudet mot forskjellsbehandling i det som nå er TEUV artikkel 40 om regulering av landbruksmarkedene i EU. Underretten avviste søksmålet allerede fordi den Rådsforordning som utgjorde hjemmelsgrunnlaget for Kommisjonsforordningen som etablerte kompensasjonsordningen, ikke åpnet for at Kommisjonen kunne inkludere vaktler i ordningen. Underretten tilføyde deretter – muligens for å forhindre et eventuelt etterfølgende søksmål mot Rådet – at det uansett ikke var direkte årsakssammenheng mellom den manglende støtte til oppdrettere av vaktler og saksøkers tap. Under henvisning til den ovenfor omtalte saken *FG Marine* påpekte Underretten at årsakskjeden anses brutt dersom en forsømmelse fra skadelidte selv utgjør «la cause déterminante du préjudice» (avsnitt 40). I følge Underretten var dette tilfellet her: En opplyst og omhyggelig markedsaktør ville vært oppmerksom på at kompensasjonsordningen etter forordningens ordlyd uttrykkelig var begrenset til nedslakting av kylling, ender, gjess, kalkuner og perlehøner og ville derfor ikke foretatt nedslakting av en vaktelbestand (avsnitt 41-43). At den italienske foreningen for fjærkreoppdrettere hadde anbefalt nedslakting også av vaktler, var uten interesse i denne sammenheng – ifølge Underretten måtte saksøkers nedslakting av vaktlene betegnes som en forsømmelse som utgjorde den avgjørende årsak til det anførte tap.

¹⁵³⁹ Sak T-440/09, *Azienda Agricola Bracesco mot Kommisjonen*, kjennelse 4. juni 2012.

8.4.5.8 Kort oppsummering

EU-domstolenes inndragning av forsømmelser fra skadelidte i årsaksvurderingen, kan synes noe fremmed for norske jurister. Én ting er å vurdere om skadelidtes etterfølgende forhold objektivt sett leder til at EU-institusjonenes bidrag i årsaksbildet fremstår som for beskjedent til å påføre EU ansvar (punkt 8.4.4), noe annet er å trekke spørsmålet om eventuelle forsømmelser inn i vurderingen. I litteraturen er det med rette påpekt at EU-domstolen synes å blande sammen årsaksspørsmålet med spørsmålet om skadelidtes eventuelle medvirkning.¹⁵⁴⁰ Det er påfallende at vurderingstemaet er nøyaktig det samme i de ovenfor omtalte sakene som i tilfeller hvor det vurderes om et etablert erstatningsansvar må reduseres som følge av skadelidtes medvirkning (se kapittel 9, punkt 9.3). Samlet sett etterlater faktisk EU-domstolens rettspraksis inntrykk av at systematikken styres av utfallet: Dersom skadelidtes forsømmelse er av en slik karakter at det ikke er grunnlag for å pålegge EU-institusjonene noe ansvar, så betrakter EU-domstolene dette som et brudd i årsakskjeden snarere enn som medvirkning. For norske jurister er det ingen grunn til å la seg påvirke av EU-domstolens lite konsistente tilnærming på dette punkt – som påpekt i kapittel 3, punkt 3.5 kan ikke strukturen i nasjonal erstatningsrett være avgjørende for rekkevidden av effektivitets- og ekvivalensprinsippet. At EU-domstolen så vidt vites ikke har avkortet erstatningen med mer enn en halvdel i noe tilfelle som domstolen selv har drøfter under overskriften skadelidtes medvirkning, kan ikke være til hinder for at norske domstoler kan avkorte erstatningen til null under henvisning til skadeserstatningsloven § 5-1 i tilfeller hvor EU-domstolen ville kommet til samme resultat ut fra betraktninger om skadelidtes forsømmelser som et brudd i årsaksrekken (se også punkt 8.5 til 8.7 nedenfor).

8.4.6 Tap som går via andre subjekters tap (tredjemannstap)

Dersom skadelidtes tap er avledet i den forstand at det er en følge av et tap som EU-institusjonene på rettsstridig vis har påført et annet rettssubjekt («tredjemannstap»), så trekker dette i retning av at årsakssammenhengen ikke er tilstrekkelig «direkte».

Et klart, om enn i herværende sammenheng noe atypisk eksempel er *Leussink*, hvor en av Kommisjonens tjenestemenn ble tilkjent erstatning etter en bilulykke forårsaket av utilstrekkelig vedlikehold av den tjenestebil som han var passasjer i.¹⁵⁴¹ Krav om erstatning for ikke-økonomisk skade fra Leussinks kone og barn ble imidlertid avvist med følgende begrunnelse (avsnitt 20-21):

¹⁵⁴⁰ Jf. bl.a. Wurmnest 2003 s. 181-182: «Häufig vermischte die Rechtsprechung die Frage der Ursächlichkeit mit der Frage, inwieweit beiderseitiges Fehlverhalten einzubeziehen ist und stellt bereits bei Prüfung des Kausalzusammenhangs eine Haftungseinschränkung fest.»

¹⁵⁴¹ Forente saker 169/83 og 136/84, *Leussink m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1986 s. 2801.

«For så vidt angår de af Leussink's hustru og børn nedlagte påstande om erstatning som følge af ulykkens virkninger for familielivet, kan det fastslås, at også familien har lidt som følge af ulykken og de eftervirkninger, navnlig af psykisk art, som de har haft for Leussink. Det fremgår navnlig af de fremlagte lægeattester og udtalelser fra børnenes skole. Skønt der ikke kan rejses tvivl om disse følger eller om årsagsforbindelsen med ulykken, kan det imidlertid fastslås, at de direkte skyldes den af Leussink liden skade, og at de ikke er omfattet af de eftervirkninger, som Kommissionen kan holdes ansvarlig for i sin egenskab af arbejdsgiver, hvilket bekræftes af det forhold, at der ifølge retsordenen i de fleste medlemsstater ikke hjemles erstatning for sådanne følger.»

Domstolenes standpunkt var i samsvar med generaladvokat Slynn's innstilling i saken, som tilbød følgende mer utførlige begrunnelse for standpunktet (s. 2819):

«Jeg kan tilslutte mig, at familien har lidt under det ødelagte familieliv og de psykiske problemer og de skoleproblemer, de påberåber sig. Der er intet, der tyder på, at de overdriver. Det er også klart, at deres problemer skyldes de gener, Leussink har haft som følge af ulykken, som er sket, fordi sagsøgte tilsidesatte sin omsorgspligt. På den anden side mener jeg ikke, at det efter fællesskapsretten anerkendes eller bør anerkendes, at der skal ydes erstatning for alle skader, som kan hævdes at være opstået som en indirekte følge af en culpøs handling. Der kan ydes erstatning for direkte og umiddelbare følger, men forholdet er ikke det samme for, hvad der reelt er følgerne af sådanne følger. Der må være en grænse for sagsøgtes ansvar. Følgerne kan blive for sekundære. Her skyldes den skade, som familien hævder at have lidt, ikke tilsidesættelse af omsorgsplikten eller ulykken. Skaden er en følge af, hvorledes ulykken har påvirket Leussink. Jeg mener ikke, at der på grundlag af den påståede skade kan rejses erstatningssøgsmål for ansvar uden for kontraktsforhold i henhold til traktatens artikler 178 og 215. Det ville være at gå for vidt.»

Generaladvokatens erkjennelse av behovet for å avgrense erstatningsansvaret mot slike avledete tap, og EU-domstolens tilslutning til dette, er interessante. Det er likevel grunn til å påpeke at det var spørsmål om pårørendes krav om erstatning for ikke-økonomiske følger av en persons skade forårsaket av en trafikkulykke.¹⁵⁴² Saken skiller seg slik nokså markant fra saker hvor det kreves erstatning for avledete formuestap i kjølvannet av rettsstridige myndighetshandlinger (det være seg fra EUs institusjoner eller fra EØS-statene).

Det kan nevnes at Underretten fulgte opp tilnærmingen i *Leussink* i sak T-48/01, *Vainker og Vainker mot EU-parlamentet*, Sml. 2004 s. II-197*: Selv om det ikke var tvilsomt at ektefellen til en tidligere tjenestemann i EU-parlamentet var påført helseplager som en følge av parlamentets mangelfulle behandling av mannens krav på yrkesskadeerstatning, var ikke årsaksforbindelsen tilstrekkelig direkte: «although there can be no doubt about the reality of the damage described by Mrs Vainker or about the existence of a link with her husband's illness, they are nevertheless the

¹⁵⁴² Sml. hovedregelen i norsk rett, hvor skadeserstatningsloven § 3-5 første ledd, jf. annet ledd sørger for at det bare den umiddelbart skadelidte selv som kan kreve oppreisning: Det er først dersom skadelidte omkommer at hans barn, foreldre, ektefelle eller samboer kan fremme et slikt krav.

indirect result of the injury suffered by Mr Vainker and do not constitute part of the harm for which the Parliament may be held liable in its capacity as employer» (avsnitt 210).

Et i herværende sammenheng mer illustrerende eksempel gir Underrettens dom i *C-Content*.¹⁵⁴³ Saksøker var en underleverandør til selskapet GrafiData, som hadde deltatt i en anbudskonkurranse knyttet til elektronisk offentliggjøring av EU-tidende. Konkurransen ble kansellert som følge av medieoppslag som tydet på at det var lekket fortrolig informasjon. GrafiData avfant seg tilsynelatende med dette, men C-Content saksøkte Kommisjonen med krav om erstatning bl.a. for tapt fortjeneste som man mente skyldtes krenkelse av prinsippet om god forvaltning, anbudsrettslige prinsipper om likebehandling og transparens, samt selskapets berettigete forventninger. Kommisjonen avviste kravet, først og fremst under henvisning til at saksøker bare var en underleverandør som ikke selv hadde deltatt i anbudskonkurransen (avsnitt 76).

Underretten forkastet erstatningskravet med følgende begrunnelse (avsnitt 78-79):

«As regards tendering procedure No 6019, it is apparent from the file, in particular from the annexes to the application, that the applicant did not participate in that tendering procedure as a tenderer. DOCdata France and the applicant are mentioned in a letter addressed to the Publications Office as partners of GrafiData, which was itself a tenderer. Furthermore, the applicant has not provided any evidence to establish, in the absence of any unlawfulness, any right to be granted the sub-contract for the contract either directly by the Publications Office or indirectly by GrafiData. Consequently, the unlawful acts allegedly committed by the Commission in connection with tendering procedure No 6019, in which the applicant did not participate as a tender, cannot give rise in a sufficiently direct manner to the loss alleged by the applicant, which is linked generally to the fact that it did not obtain the sub-contract for that contract. The applicant has not shown that there is a certain and direct link between the cancellation of that tendering procedure by the Commission, even if it were to be unlawful, and the damage that it is alleging.»

Det fremgår dessverre ikke klart av domsgrunnene om C-Contents posisjon som middelbar skadelidt i seg selv var avgjørende (som anført av Kommisjonen), eller om søksmålet strandet på at selskapet ikke hadde ført tilstrekkelig bevis for at man ville fått oppdraget som underleverandør dersom GrafiData hadde vunnet konkurransen. Underrettens gjentatte henvisninger til saksøker ikke selv deltok i anbudskonkurransen, tilsier likevel at dette ble ansett som relevant. Etter mønster fra andre anbudssaker hvor det fremsettes krav om positiv kontraktsinteresse, kunne Underretten alternativt forkastet C-Contents krav allerede under henvisning til at det ikke fremstod som «sikkert» at hovedleverandøren GrafiData ville fått tildelt kontrakten om konkurransen var blitt gjennomført som planlagt.¹⁵⁴⁴ At man i stedet rettet oppmerksomheten

¹⁵⁴³ Sak T-247/08, *C-Content mot Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-205*.

¹⁵⁴⁴ Jf. kapittel 5, punkt 5.7.2.4.

mot C-Contents rolle som underleverandør, tilsier at dette ble ansett som et sentralt poeng i den rettslige avgrensningen av årsakssammenhengen.

Med forbehold for tilfeller hvor sammenhengen mellom den umiddelbart skadelidte og saksøker er svært nær (jf. nærmere straks nedenfor), foreligger det så vidt vites *ingen* eksempler i EU-domstolenes praksis på saker hvor tredjemannstap er ansett erstatningsrettslig vernet. Selv om det er relativt få saker hvor denne problematikken har dukket opp, antyder tilnærmingen i *Leussink*, *Vainker* og *C-Content* at EU-domstolenes tilnærming til tredjemannstap er vel så streng som etablert norsk erstatningsrett: Selv om Rt. 1955 s. 872 *Kabeldommen* er et nokså sjeldent eksempel på det er blitt tilkjent erstatning for tredjemannstap i norsk rett,¹⁵⁴⁵ følger det av fast høyesterettspraksis at også tredjemannstap i prinsippet nyter erstatningsrettslig vern dersom saksøker har en «nærliggende og konkret» interesse knyttet til de rettigheter på den umiddelbart skadelidtes hånd som skadevolder har krenket.

Samtidig har Høyesterett påpekt at et «avledet formuestap som hovedregel ikke nyter erstatningsrettslig vern» (Rt. 2000 s. 1756 *Arbeidsgiveravgiftdommen*, på s. 1761), samt helt generelt at «det skal mye til for at et tredjemannstap har erstatningsrettslig vern» (bl.a. Rt. 2005 s. 65 *KILEdommen*, avsnitt 49). Og i tilfeller hvor spørsmålet er kommet på spissen, har resultatet etter *Kabeldommen* vært heller magert for saksøkerne, jf. eksempelvis Rt. 1973 s. 1756 *Flymanøverdommen*; den alt nevnte Rt. 2000 s. 1756 *Arbeidsgiveravgiftdommen*, Rt. 2004 s. 1816 *Skiltmakerdommen* og Rt. 2010 s. 24 *Hanekleivdommen*. Gitt at det i tilfeller av statlige brudd på EØS-rettslige forpliktelser regelmessig vil være slik at ikke bare det avledete tapet, men også den umiddelbart skadelidtes tap vil være et rent formuestap, skal det trolig mye til før kriteriet «nærliggende og konkret interesse» kan anses oppfylt. Forskjellen mellom EU/EØS-retten og norsk rett er følgelig neppe særlig stor på dette punkt.

I tilfeller hvor sammenhengen mellom den umiddelbart skadelidte og saksøker er svært nær, er imidlertid betydningen av at skadelidtes tap går via et annet rettssubjekts tap vanskeligere å vurdere. Det typiske eksempel er tilfeller hvor saksøker helt eller delvis eier et selskap som EU-institusjonene på rettsstridig vis har påført et tap, noe som får konsekvenser for verdiene av saksøkers eierandeler.¹⁵⁴⁶ Fra EU-domstolenes praksis finnes det meg bekjent to saker som faller i denne kategorien – Underrettens avgjørelser i *Gutknecht* og *FG Marine*.

¹⁵⁴⁵ Det sees her bort fra særtilfellene hvor sammenhengen mellom den umiddelbart skadelidte og saksøker er svært nær (slik som i Rt. 1992 s. 453 *Furunkulose* og Rt. 1996 s. 1497 *Løiten Almanning*), jf. nærmere om dette spørsmålet i brødteksten straks nedenfor. Helt enestående er *Kabeldommen* likevel ikke, jf. Rt. 2006 s. 690 *Lillestrømdommen* og senest Borgarting lagmannsretts dom 23. april 2012 i saken *CargoNet mot Staten v/Samferdselsdepartementet* (LB-2010-168478), hvor en godstransportør ble tilkjent erstatning for inntektstap forårsaket av sprengningsarbeider som utløste et ras over Nordlandsbanen (statens anke til Høyesterett ble nektet fremmet av ankeutvalget).

¹⁵⁴⁶ Jf. i norsk sammenheng særlig Stenvik 2010 s. 294 flg. (med en rekke videre henvisninger til rettspraksis og litteratur).

De to sakene er nærmere omtalt hhv. i punkt 8.4.4.8 og punkt 8.4.5.5. I herværende sammenheng er poenget at det i begge sakene var snakk om erstatningskrav fra tidligere eiere av selskap som var blitt utsatt for det som saksøkerne mente var rettsstridig opptreden fra Kommisjonen. Den omstendighet at det var snakk om avledete formuestap, bli imidlertid ikke nevnt av Underretten.

Selv om kildematerialet er spinkelt, synes det som om Underretten i *FG Marine* og *Gutknecht* helt uten videre la til grunn at den omstendighet at en aksjonærs tap er avledet av selskapets tap er uten nevneverdig interesse. Dette er i så fall en ganske annen tilnærming enn Høyesteretts uttalelse i Rt. 2004 s. 1816 *Skiltmakerdommen* om at det er «framandt for vår rettsorden å seie at aksjeeigarar lir tap der tapet direkte rammar aksjeselskapet, sjølv om tapet på kort eller lang sikt vil redusere inntektsstraumen i form av utbyte til aksjeeigarane» (avsnitt 28).

Det bærende argument i *Skiltmakerdommen* synes å være at «[e]tablering av eit aksjeselskap har ein realitet» (avsnitt 29), noe som i det konkrete tilfellet ledet til at et offer for en trafikulykke som arbeidet i et firma i skiltbransjen som han også eide 65 prosent av, ikke kunne kreve erstatning for fremtidig tapt eierinntekt i form av aksjeutbytte fra selskapet. Hovedaksjonærens tap ble i denne sammenheng karakterisert som «avleidd av tapet hos den direkte skadelidne, her selskapet» (avsnitt 41).¹⁵⁴⁷ Dommen, som ble avsagt under dissens 3-2, er kritisert i litteraturen.¹⁵⁴⁸ Den er ikke helt lett å forene med en tidligere avgjørelse som Rt. 1992 s. 453 *Furunkulosedommen*: I dette tilfellet var de middelbart skadelidte lakseslakterier som var eid av de umiddelbart skadelidte oppdrettsanleggene. Under henvisning til at det var snakk om en «praktisk organisering» i ulike selskaper av en felles produksjonsvirksomhet, samt at organiseringen sett fra skadevolders perspektiv hadde preg av tilfeldighet, fant Høyesterett at det forelå en «en nærhet til skadeårsaken» som burde føre til at også slakterienes tap var erstatningsrettslig vernet (s. 488). I *Skiltmakerdommen* uttales det at vurderingen i *Furunkulosedommen* er et utslag av «dei grunnleggjande prinsippa om når det er ei 'nærliggende og konkret interesse', slik dette har vore utvikla i rettspraksis» (avsnitt 37). Selv om førstvoterende i *Skiltmakerdommen* på ingen måte markerte noen avstand fra vurderingen i *Furunkulosedommen*, er ikke helt lett å forene dette med den nokså formalistiske vektleggingen at av et selskap og dets hovedaksjonær utgjør separate rettssubjekter.¹⁵⁴⁹ Et liknende eksempel er Rt. 1996 s. 1497 *Løiten Almenning*, hvor en allmenning ble tilkjent erstatning for tapt foredlingsgevinst av trevirke som følge av båndleggelse av deler av allmenningen som naturreservat. At sagbruksvirksomheten var lagt til et eget kommandittselskap som allmenningen var deleier av, ble ikke ansett avgjørende da det forelå «en konkret og nær tilknytning mellom driften av eiendommen og treforedlingstapet» (s. 1501). Allmenningen hadde rett og plikt til å levere tømmer til sagbruket,

¹⁵⁴⁷ Samtidig ble selskapets krav på erstatning for tapte inntekter som følge av at hovedaksjonæren ikke lenger var i stand til å yte samme arbeidsinnsats som tidligere, avvist under henvisning til at dette tapet var for fjernt (avsnitt 32-41).

¹⁵⁴⁸ Jf. for eksempel Stenvik 2010 s. 298 flg. Og Thorson 2011 s. 278-279.

¹⁵⁴⁹ Jf. også Stenvik 2010 s. 299, hvor det påpekes at mindretallets standpunkt i *Skiltmakerdommen* fremstår som «mest konsistent, både i forhold til alminnelige erstatningsrettslige og selskapsrettslige prinsipper, og i forhold til tidligere rettspraksis, særlig dommene i Rt. 1992 s. 453 (furunkulose) og Rt. 1996 s. 1497 (*Løiten Almenning*)».

og det forelå en avtale om deling av overskuddet. I følge førstvoterende i Skiltmakerdommen var det disse avtalene som ledet til at tilknytningen i Løiten Almenning fremstod som tilstrekkelig nær (avsnitt 30), noe som vel må forstås som uttrykk for den oppfatning at eierforholdet var av underordnet betydning.

Det faller utenfor rammene for denne avhandlingen å ta stilling til i hvilken grad Skiltmakerdommen må antas å gi uttrykk for gjeldende norsk rett på dette punkt,¹⁵⁵⁰ men i tilfeller som faller inn under EØS-ansvarets anvendelsesområde tilsier Underrettens avgjørelser i *FG Marine* og *Gutknecht* en aksjonærs tap i form av redusert verdi av en eierandel i et selskap som er påført skade, normalt må anses som adekvat. Så lenge det presiseres at aksjonærenes krav må koordineres med eventuelle krav fra selskapet selv,¹⁵⁵¹ synes dette også å være en rimelig løsning: Det er påregnelig for myndighetene at rettsstridig atferd som påfører et selskap skade, også påfører eierne tap i form av reduserte verdier av deres eierandeler.

8.4.7 Betydningen av forretningslivets risiko

8.4.7.1 Innledning

Det er alt nevnt i kapittel 7, punkt 7.8.9, at betraktninger om det som kan betegnes som forretningslivets risiko inngikk som et sentralt moment i vurderingen av erstatningsvernets utstrekning i EU-domstolens eldre praksis, men da integrert som et moment i vurderingen av om det forelå et ansvarsgrunnlag. I *HNL* uttalte EU-domstolen at «på de områder, der henhører under Fællesskabets økonomiske politik, bør private, inden for rimelige grænser og uden at kunne opnå skadeløsholdelse af offentlige midler, affinde sig med, at en generel retsakt medfører visse skadelige virkninger for deres økonomiske interesser, selv om akten er erklæret for ugyldig».¹⁵⁵² Domstolen knyttet dette til ansvarsterskelen «åpenbart og grovt» rettsbrudd, men den etterfølgende subsumsjonen bestod utelukkende av en vurdering av om EU-institusjonens bidrag til saksøkernes omsetningstap var av en slik karakter at EU kunne holdes ansvarlig.¹⁵⁵³ EU-domstolen besvarte dette benektende under henvisning til at forordningen neppe hadde økt saksøkernes fôrkostnader med mer enn to prosent, noe som var beskjedent hensett til at svingningene i verdensmarkedsprisen på proteinholdig fôr i den

¹⁵⁵⁰ Tilnærmingen i Skiltmakerdommen er fulgt opp i Rt. 2012 s. 543 *Bastesen*. Konkret med tanke på tapt eierinntekt i form av aksjeutbytte som skyldes nedsatt arbeidsevne hos en eier som arbeider i egen bedrift (saksforholdet i Skiltmakerdommen), er rettstilstanden foreslått endret i NOU 2011:16, s. 104.

¹⁵⁵¹ Jf. i norsk sammenheng aksjeloven § 17-6.

¹⁵⁵² Forente saker 83/76 m.fl., *HNL m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1978 s. 1209 (avsnitt 6).

¹⁵⁵³ Bakgrunnen i *HNL* var, som nevnt i kapittel 7, punkt 7.6.2, en forordning som påla bruk av tørrmelk i dyrefôr og som EU-domstolen allerede i flere tidligere saker hadde underkjent som uforholdsmessig og diskriminerende overfor de fôrprodusenter og oppdrettere som dermed måtte bære kostnadene med å få omsatt Fellesskaps store lagre av tørrmelk.

aktuelle periode var tre til fire ganger så stor. Dette ledet til følgende konklusjon (avsnitt 7):

«forordningens indvirkning på virksomhedernes rentabilitet har alt i alt ikke været vidergående end omfanget af de økonomiske risici, som er forbundet med virksomhed i de pågældende landbrugssektorer»

EU-domstolen fulgte opp denne tilnærmingen i en lang rekke saker: Det var en forutsetning for EUs erstatningsansvar for tap forårsaket av ugyldige rettsakter av generell karakter at institusjonenes bidrag til saksøkers tap oversteg den risiko som en markedsaktør generelt måtte avfinne seg med på angjeldende område.¹⁵⁵⁴ Tilnærmingen ledet til at det ikke var noe behov for å trekke dette inn i den rettslige avgrensning av årsakssammenhengen. I den grad betraktninger om risiko dukket opp i årsaksvurderingen, var det i tilfeller hvor saksøkers etterfølgende aksept av den foreliggende risiko ble vurdert som den avgjørende årsak til det lidte tap.¹⁵⁵⁵

Med samordningen av statenes og EUs erstatningsansvar i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Bergaderm* forsvant imidlertid betraktningene om forretningslivets risiko fra ansvarsvurderingen. Som vist ovenfor i kapittel 7, punkt 7.8.9 rettes oppmerksomheten nå ene og alene mot spørsmålet om et foreliggende rettsbrudd kan karakteriseres som «tilstrekkelig kvalifisert», noe som ikke synes å gi rom for betraktninger om skadelidtes egenrisiko.¹⁵⁵⁶ Spørsmålet som skal undersøkes i det følgende, er om, og i tilfelle hvordan og i hvilken utstrekning, vurderinger av forretningslivets risiko nå i stedet inngår som et ledd i EU-domstolens rettslige avgrensning av årsakssammenhengen.

Sml. PETL artikkel 3:201, hvor det uttrykkelig gis anvisning på en rettslig avgrensning av årsakssammenhengen som tar hensyn til «the extent of the ordinary risks of life» (bokstav d). Dette synes i samsvar med det som i tysk rett generelt betegnes som *das allgemeine Lebensrisiko*, og som på gir

¹⁵⁵⁴ Se for eksempel dommene i sak 238/78, *Ireks-Arkady mot EF*, Sml. 1979 s. 2955 (avsnitt 11); forente saker 241/78 m.fl., *DGV m.fl. mot EF*, Sml. 1979 s. 3017 (avsnitt 1); forente saker 261/78 m.fl., *Interquell Staerke-Chemie m.fl. mot EF*, Sml. 1979 s. 3045 (avsnitt 14) og forente saker 64/76 m.fl., *Dumortier m.fl. mot Rådet*, Sml. 1979 s. 3091 (avsnitt 11); sak 59/83, *Biovilac mot EØF*, Sml. 1984 s. 4057 (avsnitt 29); sak 50/86, *Grands Moulins de Paris mot EØF*, Sml. 1987 s. 4833 (avsnitt 21); sak C-152/88, *Sofrimport mot Kommisjonen*, Sml. 1990 s. I-2477 (avsnitt 28) og forente saker C-104/89 og C-37/90, *Mulder m.fl. mot Rådet og Kommisjonen (dom nr. 1)*, Sml. 1992 s. I-3061 (avsnitt 13, jf. 17).

¹⁵⁵⁵ Jf. for eksempel sak 26/81, *Oleifici Mediterranei mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1982 s. 3057 (omtalt ovenfor i punkt 8.4.5.3).

¹⁵⁵⁶ Jf. eksempelvis Underrettens påpekning av nettopp dette i sak T-429/05, *Artegodan mot Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-491 (avsnitt 56). En annen sak er at det synes å ha tatt noe tid før Underretten erkjente dette, jf. sak T-56/00, *Dole mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2003 s. II-577 og sak T-57/00, *Banan-Kompaniet mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2003 s. II-607 (avsnitt 70). I begge disse avgjørelsene avviste Underretten saksøkernes erstatningskrav bl.a. under henvisning til at følgene av EUs rettsstridige importordning for bananer «ikke anses for at gå ud over grænserne for de økonomiske risici, der er forbundet med aktiviteterne i banansektoren» (hhv. avsnitt 80 og 70).

seg utslag i nærmere vurderinger av skadelidtes *Risikobereich*, jf. f.eks. van Gerven 2000b s. 398 (med videre henvisninger). Fra norsk rettspraksis er det nærliggende å vise til Rt. 2006 s. 690 *Lillestrømdommen*, hvor det ble uttalt at avgrensningen av ansvaret måtte skje «ut fra adekvansbetraktning er, hvor spørsmålet er om tapene må anses som for fjerne eller avledete, og hvor det også må legges vekt på hvem som bør bære risikoen for tapet» (avsnitt 52).¹⁵⁵⁷

8.4.7.2 Eksplisitt argumentasjon om forretningslivets risiko som ledd i årsaksvurderingen

En gjennomgang av EU-domstolenes rettspraksis etter *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Bergaderm* viser at det er svært få tilfeller hvor henvisninger til forretningslivets risiko *uttrykkelig* trekkes inn som et argument i den rettslige avgrensning av årsakssammenhengen. Det kan uten videre konstateres at de åpne risiko-vurderingene fra tiden forut for *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Bergaderm*, ikke gjenfinnes i senere praksis.

Et interessant og praktisk viktig unntak er likevel saker som reiser spørsmål om en forbigått anbyder kan kreve erstatning for utgifter knyttet til deltakelse i en anbudskonkurranse som det viser seg å hefte mangler ved («negativ kontraktsinteresse»). I flere saker har Underretten avvist slike krav under henvisning til at tapet «ikke går ud over de økonomiske risici, som naturligt er forbundet med at afgive bud på en offentlig aftale».¹⁵⁵⁸ Et dekkende uttrykk for Underrettens vurdering av dette spørsmålet er følgende uttalelse i *Citymo* (avsnitt 139):

«Endvidere fremgår det af retspraksis, at erhvervsdrivende i princippet må bære de økonomiske risici, som normalt er forbundet med deres virksomhed, under hensyntagen til omstændighederne i hvert konkret tilfælde. I forbindelse med en licitation omfatter sådanne økonomiske risici bl.a. omkostningerne ved udarbejdelse af et tilbud. Udgifterne i den forbindelse skal således betales af den virksomhed, som har besluttet at deltage i licitationen, idet adgangen til at afgive tilbud ved

¹⁵⁵⁷ Se nærmere om betraktninger om risikofordeling som moment i den rettslige avgrensning av årsakssammenhengen i norsk rett hos Thorson 2011 s. 299-303.

¹⁵⁵⁸ Jf. bl.a. sak T-271/04, *Citymo mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-1375 (avsnitt 174). Se i samme retning; sak T-13/96, *TEAM mot Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-4073 (avsnitt 71); sak T-203/96, *Embassy Limousines mot EU-parlamentet*, Sml. 1998 s. II-4239 (avsnitt 75 og 97); sak T-160/03, *AFCon mot Kommisjonen*, Sml. 2005 s. II-981 (avsnitt 98) og sak T-514/09, *bpost mot Kommisjonen*, dom 23. november 2011 (avsnitt 173). Merk at det på dette punkt *ikke* er parallellitet mellom EU-institusjonenes og medlemsstatenes ansvar: For offentlige anskaffelser som gjelder vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon følger det av direktiv 92/13/EØF artikkel 2 (7) at medlemsstatenes anskaffelsesmyndigheter hefter for utgifter knyttet til deltakelse i anbudskonkurransen («negativ kontraktsinteresse») overfor en anbyder som påviser at han hadde hatt en reell mulighet til å få tildelt kontrakten om det ikke var for anskaffelsesmyndighetenes rettsstridige atferd. I anbudsrettslig litteratur er det antatt at dette gjelder tilsvarende for anskaffelser som reguleres av direktiv 2004/18/EF (varer, tjenester, bygg og anlegg mv.), jf. for eksempel Treumer 2006 s. 164 og Caranta 2011 s. 171 (se tilsvarende også generaladvokat Cruz Villalóns innstilling i *Spijker Infrabouw*, avsnitt 97). Fraværet av parallellitet på dette punkt er iøynefallende, men skyldes altså særregulering av statenes ansvar.

licitation ikke giver vished for at få tildelt kontrakten (...). Er en af de bydende derimod før tildelingen af den pågældende kontrakt til vinderen af udbuddet af den ordregivende institution blevet tilskyndet til på forhånd at foretage uigenkaldelige investeringer og dermed gå ud over grænserne for de økonomiske risici, som normalt er forbundet med den aktivitet, der er tale om, nemlig at afgive bud, kan Fællesskabet pådrage sig et ansvar uden for kontraktforhold (...).»

Forbeholdet i sitatets siste del henspiller på situasjonen i saken *Embassy Limousines*, hvor et belgisk transportselskap som deltok i en anbudskonkurranse knyttet til transport av EU-parlamentets medlemmer og ansatte hadde fått muntlig beskjed om at man hadde vunnet konkurransen. Da parlamentet likevel ikke ville følge administrasjonens innstilling om å tildele kontrakten til selskapet, ble det reist krav om erstatning for bl.a. utgifter knyttet til inngåtte avtaler om leasing av biler og ansettelse av en rekke sjåførere («frustrerte utgifter»). Underretten fant at Parlamentet hadde skapt en berettiget forventning hos selskapet og tilskyndet dette til å ta «en risiko ud over den, de bydende i en udbudsprocedure normalt løber» (avsnitt 86, jf. 98 flg.). I årsaksvurderingen ble det vektlagt at parlamentet hadde påpekt at man ønsket snarlig oppstart av transporttjenesten og tilføyde at saksøker ikke hadde handlet uforsiktig ved å foreta investeringene uten å avvente en formell bekreftelse fra parlamentet. Avgjørelsen illustrerer slik den nære sammenhengen mellom betraktninger om forretningslivets risiko, spørsmålet om tapet som en påregnelig følge av rettsbruddet og vurderinger av skadelidtes atferd i kjølvannet av EU-institusjonenes rettsstridige opptreden.

Også i *Embassy Limousines* ble imidlertid kravet om erstatning for omkostningene knyttet til den forutgående utarbeidelsen av selskapets tilbud avvist (avsnitt 97), slik at saken ikke er noe eksempel på at det er tilkjent erstatning for negativ kontraktsinteresse. Et eksempel på dette er derimot *AFCOn*, hvor Underretten knyttet anbyders egenrisiko til en forutsetning om at Kommisjonen ville overholde prinsippene om god forvaltning og likebehandling, «med henblik på at sikre like muligheter mellom de bydende» (avsnitt 102). I dette tilfellet var det klart nok at denne forutsetningen ikke var oppfylt: Selv om mye tydet på at selskapet som hadde vunnet anbudskonkurranse var kjent med at en av ekspertene i det bedømmelsesutvalg som Kommisjonen hadde nedsatt var ansatt i et av selskapets datterselskap, hadde ikke Kommisjonen foretatt noen nærmere undersøkelser.¹⁵⁵⁹ Ifølge Underretten hadde Kommisjonen med dette utvist et «åpenbart urigtigt skøn» og tilsidesatt så vel prinsippet om god forvaltning som likebehandlingsprinsippet. Dersom Kommisjonen hadde avdekket at AFCOns konkurrent faktisk hadde kjennskap til ekspertens dobbeltrolle, ville dette ha ledet til at selskapet måtte ekskluderes fra konkurransen. Underretten konstaterte at Kommi-

¹⁵⁵⁹ Etter å ha avdekket interessekonflikten og avsluttet samarbeidet med den aktuelle eksperten, nøyde Kommisjonen seg med å be bedømmelsesutvalgets resterende medlemmer om å foreta en ny vurdering. Da den andre bedømmelsen gav samme resultat som den første, fastholdt Kommisjonen den opprinnelige kontraktstildelingen.

sjonens unnlåtelsessynd hadde skadet AFCons sjanse for å få tildelt kontrakten og tilkjente erstatning for utgiftene knyttet til deltakelse i anbudskonkurransen.

Det er grunn til å være oppmerksom på at Underrettens generelle og vidtfavnende formuleringer i *AFCOn* nok må leses i lys av de nokså særegne omstendighetene i saken. Strengt tatt vil nær sagt et hvert brudd på anskaffelsesregelverket kunne påvirke deltakernes vinner sjanser. At dette likevel ikke er tilstrekkelig for å hindre at henvisninger til anbydernes egenrisiko avskjærer erstatning for utgifter knyttet til deltakelse i en anbudskonkurranse, bekreftes av senere avgjørelser som *Citymo*, *C-Content* og *bpost*: I alle disse sakene viste saksøkerne forgjeves til *AFCOn*.¹⁵⁶⁰

8.4.7.3 Uttalte betraktninger om forretningslivets risiko som ledd i årsaksvurderingen?

At det etter *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Bergaderm* er svært få tilfeller hvor betraktninger om forretningslivets risiko uttrykkelig trekkes inn som et argument i den rettslige avgrensning av årsakssammenhengen, hindrer ikke at risikobetraktninger kan ha forklaringskraft i et forsøk på å analysere EU-domstolenes tilnærming til årsakskravet. Om man vil, kan man forstå svært mange av de ovenfor omtalte avgjørelsene som utslag av vurderinger av forretningslivets risiko. Dette gjelder for øvrig også flere av avgjørelsene forut for *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Bergaderm* – vurderingene i *Dumortier*, *Bertrand*, *GAEC mv.* av EU-institusjonenes bidrag som for fjerne (eller snarere: for beskjedne) til at det kunne knyttes ansvar til dem, kunne like gjerne vært underbygget med at institusjonenes bidrag til saksøkers tap ikke var verre enn det markedsaktører generelt må tåle som utslag av forretningslivets iboende risiko på angjeldende område.¹⁵⁶¹ Et nyere eksempel er *CAS Succhi di Frutta*, hvor det ble vektlagt at saksøker opererte i et marked preget av betydelige prissvingninger, høye produksjonskostnader og hard konkurranse.

Tilsvarende kan nær sagt samtlige avgjørelser hvor EU-domstolene viser til etterfølgende «frie» valg fra kunder, konkurrenter mv. som «den avgjørende årsak» til skadelidtes tap, samt de ovenfor omtalte informasjonsansvarssakene, betraktes ut fra samme synsvinkel.

I enkelte avgjørelser fra de senere år, særlig den i punkt 8.4.4.7 omtalte storkammeravgjørelsen *Schneider*, er det ikke bare mulig, men min oppfatning nødvendig å trek-

¹⁵⁶⁰ Jf. sak T-271/04, *Citymo mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-1375 (avsnitt 174); sak T-247/08, *C-Content*, Sml. 2010 s. II-205* (avsnitt 86-87) og sak T-514/09, *bpost mot Kommisjonen*, dom 23. november 2011 (avsnitt 173). Se også sak C-331/05 P, *Internationaler Hilfsfonds mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2007 s. I-5475, hvor EU-domstolen tar avstand fra Underrettens oppfatning i *AFCOn* av at utgifter knyttet til en klage til EUs ombudsmann utgjør en erstatningsrettslig vernet følge av en rettsstridig gjennomføring av en anbudskonkurranse (avsnitt 31).

¹⁵⁶¹ Se slik for norsk retts vedkommende Nygaard 2007 s. 363 og Thorson 2011 s. 300.

ke inn betraktninger om risikofordeling for fullt ut å forstå EU-domstolens tilnærming til årsaksspørsmålet.¹⁵⁶²

Nå kan det spørres hvor stor forklaringskraft risikobetraktninger har i en situasjon hvor EU-domstolene selv stort sett nøyer seg med andre argumenter. En gjennomgang av EU-domstolenes praksis etter *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Bergaderm* etterlater inntrykk av at de åpne risikovurderingene fra *HNL* mv., er konsumert av andre vurderingstema. Det er lite som tyder på at avkallet på eksplisitte vurderinger av forretningslivets risiko har ledet til noen mindre streng avgrensning av EU-institusjonenes erstatningsansvar. Erstatningskrav om tidligere ville blitt forkastet under henvisning til at institusjonenes bidrag til saksøkers tap ikke oversteg den risiko som en markedsaktør generelt måtte avfinne seg med på angjeldende område, forkastes nå ut fra andre resonnementer. Særlig forutsetningen om at så vel det lidte tap som årsakssammenhengen fremstår som «sikker», fremstår som en effektiv avgrensning av erstatningsansvaret i slike tilfeller. Samtidig er korte henvisninger til at beviskravet ikke er oppfylt, eller til at EU-institusjonenes rettstridige opptreden ikke utgjør «den afgørende årsag» til skadelidtes tap, lite opplysende. Slik sett representerer utviklingen i EU-domstolenes argumentasjonsmønster på dette punkt et tilbakeskritt – betraktninger om forretningslivets risiko burde etter mitt syn på ny løftes frem og drøftes åpent som et moment i avgrensningen av EUs erstatningsansvar. En slik tilnærming ville også i større grad åpne for en rimelig differensiering mellom profesjonelle markedsaktører og andre som påføres økonomiske tap som følge av rettsstridig atferd, det være seg fra EU-institusjonene eller fra myndighetene i en EØS-stat.

8.4.8 Betydningen av om tapet rammer en begrenset og klart definert gruppe

Det er alt nevnt at EU-domstolens i praksis forut for samordningen av statenes og EUs erstatningsansvar i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Bergaderm* trakk spørsmålet om tapet rammet en begrenset og klart definert gruppe av skadelidte inn som et moment i avgrensningen av EUs erstatningsansvar.¹⁵⁶³ I *HNL* avviste EU-domstolen at Rådet og Kommisjonen hadde gjort seg skyldig i et «åpenbart og grovt» rettsbrudd bl.a. under henvisning til at feilen «ramte meget store grupper af erhvervsdrivende, nemlig samtlige købere af proteinholdigt blandingsfoder, således at dens virkninger afsvækkedes betydeligt på de enkelte virksomheders niveau».¹⁵⁶⁴ Denne

¹⁵⁶² Jf. også Grzeszick 2011 s. 923: «... the *Schneider IV* ruling of the ECJ deserves support because it is based on an understanding of causation on the basis of normative allocation of risks and responsibilities – a highly preferable concept, not only, but also in European law».

¹⁵⁶³ Jf. kapittel 7, punkt 7.8.8.

¹⁵⁶⁴ Forente saker 83/76 m.fl., *HNL m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1978 s. 1209 (avsnitt 7).

tilnærmingen ble fulgt opp i en rekke saker hvor EU-domstolen vurderte om skadelidte tilhørte en begrenset og klart definert gruppe.¹⁵⁶⁵

Da Bundesgerichtshof i *Brasserie du Pêcheur* spurte EU-domstolen om statenes erstatningsansvar kunne gjøres betinget av at rettsbruddet «vedrører den enkeltes situasjon», var imidlertid svaret negativt. Begrunnelsen var at et slikt vilkår i praksis ville gjøre det (avsnitt 71):

«umuligt eller urimeligt vanskelig faktisk at erstatte tab, der skyldes overtrædelsen af fællesskabsretten, da de opgaver, der påhviler den nationale lovgiver, i princippet vedrører almenheden og ikke er rettet mod bestemte personer eller personkredse, der kan betragtes enkeltvis»

EU-domstolen gikk ikke inn på hvordan denne avvisningen av den tyske *Schutzzweck*-begrensningen harmonerte med domstolens egen avgrensning av EUs erstatningsansvar til tap som rammet en begrenset og klart definert gruppe av skadelidte. Noen nødvendig motsetning lå ikke her – mens den tyske *Schutzzweck*-begrensningen fordrer en abstrakt vurdering av (hoved)formålet med den overtrådte rettsregel, gav EU-domstolens praksis anvisning på en konkret vurdering av hvor mange som er påført et økonomisk tap av det aktuelle rettsbruddet. Systematisk er det den forskjell at tysk retts betraktninger om *Schutzzweck* reiser spørsmål om den overtrådte rettsregel har til formål å tillegge skadelidte erstatningsrettslig beskyttede rettigheter (jf. kapittel 6), mens EU-domstolens tilnærming fremstår som en etterfølgende rettslig avgrensning av årsakssammenhengen (selv om EU-domstolen integrerte vurderingen i spørsmålet om det forelå et ansvarsgrunnlag). I *Brasserie du Pêcheur* fremgikk det av foreleggelsen fra Bundesgerichtshof at den tyske tilnærmingen ville avskåret erstatningsansvaret, samtidig som EU-domstolen uten særlige problemer kunne påpekt at de rettstridige importrestriksjonene på øl rammet en begrenset og klart definert gruppe av bryggerier.¹⁵⁶⁶ Funksjonelt er det like fullt klare likheter – det er i begge tilfeller snakk om normativ avgrensning av det offentliges erstatningsansvar for rettsbrudd som vil kunne komme til å ramme en ubestemt krets av skadelidte og hvor statuering av et potensielt meget omfattende erstatningsansvar derfor vil kunne virke særlig avskrekkende på myndighetsutøvelsen.

Resultatet av samordningen av statenes og EUs erstatningsansvar i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Bergaderm* er i alle tilfelle at forutsetningen om at saksøker tilhørte en begrenset og klart definert gruppe av skadelidte, ikke lenger inngår i EU-

¹⁵⁶⁵ Se for eksempel dommene i sak 238/78, *Ireks-Arkady mot EF*, Sml. 1979 s. 2955 (avsnitt 11); forente saker 241/78 m.fl., *DGV m.fl. mot EF*, Sml. 1979 s. 3017 (avsnitt 11); forente saker 261/78 m.fl., *Interquell Staerke-Chemie m.fl. mot EF*, Sml. 1979 s. 3045 (avsnitt 14) og forente saker 64/76 m.fl., *Dumortier m.fl. mot Rådet*, Sml. 1979 s. 3091 (avsnitt 11).

¹⁵⁶⁶ Jf. EU-domstolens nokså lempelige praktisering av denne forutsetningen i sakene omtalt i forrige note.

domstolenes ansvarsvurderinger i rettspraksis knyttet til EUs eget ansvar.¹⁵⁶⁷ I motsetning til de ovenfor omtalte er det heller ikke holdepunkter i rettspraksis de senere år for å hevde at spor av vurderingene av om et rettsbrudd rammer en begrenset og klart definert krets av skadelidte nå gjenfinnes i EU-domstolenes tilnærming til kravet om direkte årsakssammenheng.

Samtidig er det klart nok at flere av de ovenfor omtalte elementer i EU-domstolens avgrensning av årsakssammenhengen, herunder særlig forutsetningene om at tapene fremstår som påregnelige og sikre følger av EU-institusjonenes rettsstridige handlinger, åpner for at domstolene kan beskytte EU mot potensielt meget omfattende erstatningsansvar fra en tilnærmet ubegrenset krets av skadelidte. Til dette kommer dessuten det vern mot «flodbølger» av erstatningskrav som det kan hevdes at EU-domstolen gjennom *Paul* har åpnet for å ta hensyn til i vurderingen av om en overtrådt rettsregel tillegger private erstatningsrettslig beskyttete rettigheter (jf. kapittel 6). Det må like fullt fastholdes at det er en realitet i EU-domstolens avkall på forutsetningen om at et tap rammer en begrenset og klart definert gruppe av skadelidte. Som påpekt av generaladvokat Kokott i *Danfoss* kan det at «et ubestemt antal personer kommer i betraktning som erstatningsberettigede», ikke som sådan utelukke et EU-rettslig erstatningskrav (avsnitt 81).

8.4.9 Betydningen av om skaden er et rent formuestap

I hvert fall ved første øyekast gir EU-domstolenes rettspraksis få holdepunkter for å hevde at sondringen mellom integritetskrenkelser og formuestap er av betydning for den rettslige avgrensning av årsakssammenhengen. Langt de fleste av de ovenfor omtalte avgjørelsene gjelder krav om erstatning for formuestap som ikke står i noen sammenheng med ting- og personskader, men en avgjørelse som *Leussink* (jf. punkt 8.4.6) viser at det også finnes eksempler på erstatningskrav mot EU-institusjoner som faller i kategorien integritetskrenkelser. Andre eksempler på det samme gir saker som *Grifoni og É.R.*¹⁵⁶⁸ Verken i disse eller i de mange sakene som gjelder rene formuestap trekkes tapets karakter frem som et relevant moment i den rettslige avgrensningen av årsakssammenhengen. Forsøk på å avgrense erstatningsansvaret ut fra en slik sondring, ville da også, som påpekt av Høyesterett i Rt. 2006 s. 690 *Lillestrømdommen* kunne ramme tilfeldig og være i strid med hensynene bak erstatningsansvaret (avsnitt 52).

¹⁵⁶⁷ Jf. kapittel 7, punkt 7.8.8. Som påpekt der kan det hevdes at omslaget kom allerede i forente saker C-104/89 og C-37/90, *Mulder m.fl. mot Rådet og Kommisjonen (dom nr. 1)*, Sml. 1992 s. I-3061, jf. også Aalto 2011 s. 90.

¹⁵⁶⁸ Sak C-308/87, *Grifoni mot Euratom (dom nr. 1)*, Sml. 1990 s. I-1203 og sak T-138/03, *É.R. m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2006 s. II-492.

At sondringen mellom integritetskrenkelser og rene formuestap som sådan ikke er av direkte betydning for den rettslige avgrensning av årsakssammenhengen, betyr likevel ikke at tapets karakter ikke indirekte vil kunne virke inn på utfallet. Flere av de ovenfor omtalte elementer i EU-domstolens avgrensning av årsakssammenhengen, herunder kanskje særlig forutsetningene om at tapene fremstår som sikre og tilstrekkelig nære følger av EU-institusjonenes rettsstridige handlinger, vil i mange tilfeller få en mer fremtredende plass i årsaksvurderingen i saker som gjelder rene formuestap.¹⁵⁶⁹ Som gjennomgangen av EU-domstolens rettspraksis viser, er det bare helt unntaksvis at krav om erstatning for tap av kunder, markedsandeler, eksport- og importmuligheter og annet som leder til tapte inntektsmuligheter fører frem.

Sml. PETL artikkel 3:201, hvor det uttrykkelig gis anvisning på en rettslig avgrensning av årsakssammenhengen som tar hensyn til «the nature and the value of the protected interest» (bokstav b).

8.4.10 Betydningen av særlig klanderverdige forhold

Ut fra nasjonal erstatningsrett kan det være nærliggende å spørre om særlig klanderverdig opptreden fra EU-institusjonene er relevant for den rettslige avgrensningen av årsakssammenhengen.¹⁵⁷⁰ Noen eksempler på at dette i EU-domstolens praksis, er det imidlertid ikke lett å finne. I langt de fleste tilfeller hvor det rettes anklager mot EU-institusjonene om myndighetsmisbruk eller annen særlig klanderverdig opptreden, lykkes ikke saksøkerne med å føre tilstrekkelig bevis for forholdet.¹⁵⁷¹ Unntakene blant de ovenfor omtalte avgjørelsene er sakene som gjelder lekkasjer fra OLAF – *Nikolaou* og *Franchet og Byk*. Som antydning er det sider ved årsaksvurderingene i begge disse sakene som fremstår som noe mer sjenerøs overfor saksøkerne enn EU-domstolens øvrige praksis, men det er grunn til å fremheve at dette bare gjelder spørsmålet om erstatning for ikke-økonomisk skade (jf. punkt 8.4.12 nedenfor). For de ulike kravene om erstatning for påståtte økonomiske tap, synes årsaksvurderingene i *Nikolaou* og *Franchet og Byk* like strenge som i andre saker. I den grad en mildere årsaksvurdering i tilfeller av særlig klanderverdig atferd begrunnes med et ønske om å kunne sanksjonere slik atferd med erstatningsrettslige virkemidler, kan EU-domstolene synes å mene at dette kan ivaretas gjennom erstatning for ikke-økonomisk skade. I lys av EU-statenes tradisjonelle hensyntagen til skadevolders skyldgrad som et relevant moment i den rettslige avgrensning av årsakssammenhengen, kan det like fullt neppe utelukkes at også EU-domstolene vil vektlegge dette om det skulle dukke

¹⁵⁶⁹ Se tilsvarende for norsk erstatningsretts vedkommende Thorson 2011 s. 274.

¹⁵⁷⁰ Jf., for norsk retts vedkommende, Thorson 2011 s. 313 flg. og for fransk retts vedkommende Wurmnest 2003 s. 169-172.

¹⁵⁷¹ Jf. eksempelvis anklagene i *Hamill* om at Kommissjonen hadde konspirert med britisk politi for å legge til rette for saksøkers pågrepelse på britisk jord (jf. punkt 4.3.2 ovenfor). Et annet eksempel er anklagene om forestellig myndighetsmisbruk i *Medici Grimm II*, avsnitt 94-97.

opp et tilfelle hvor en EU-institusjon gjennom særlig klanderverdig opptreden skulle påføre noen økonomiske tap som i utgangspunktet fremstår som for usikre og avledete. Særlig praktisk er imidlertid dette neppe.

Sml. PETL artikkel 3:201, hvor det uttrykkelig gis anvisning på en rettslig avgrensning av årsakssammenhengen som tar hensyn til «the basis of liability» (bokstav c).

8.4.11 Betydningen av om tapet er forårsaket av en generell rettsakt

Da EU-domstolen i *Dumortier* avgrenset EU-institusjonenes erstatningsansvar mot indirekte skadefølger, var dette uttrykkelig knyttet til «offentlige myndigheters ansvar uten for kontraktforhold som følge av generelle rettsaker».¹⁵⁷² Denne anvisning på en strengere årsaksvurdering i tilfeller hvor det er spørsmål om erstatningsansvar for lovgivende virksomhet, fremstod som en åpen erkjennelse av årsaksvurderingenes normative karakter. Tilnærmingen gjenfinnes imidlertid ikke i senere rettspraksis. Dette må sees i sammenheng med at EU-domstolen gjennom *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Bergaderm* oppgav sondringen mellom generelle og individuelle rettsakter knyttet til selve ansvarsvurderingen (jf. kapittel 7, punkt 7.5). Det hensyn til lovgivningsmaktens handlefrihet som EU-domstolen i *Dumortier* åpnet for å ivareta (også) gjennom rettslig avgrensning av årsakssammenhengen, må nå antas fullt ut ivaretatt gjennom vektlegging av eventuell skjønnsfrihet som et sentralt element i ansvarsvurderingen (jf. kapittel 7, punkt 7.6).

8.4.12 Særlig om krav om erstatning for ikke-økonomisk skade

I tilfeller hvor det er spørsmål om å tilkjenne saksøker erstatning for ikke-økonomisk skade, fremstår EU-domstolens årsaksvurderinger som noe mildere stemt overfor saksøker. Særlig illustrerende er EU-domstolens dom i *Hamill* (jf. punkt 8.4.4.2) og Underrettens dom i *Nikolaou* (jf. punkt 8.4.2.4) – i begge disse tilfelle ble det tilkjent erstatning for ikke-økonomiske tap samtidig som krav om erstatning for ulike økonomiske tap ble forkastet under henvisning til at årsakskravet ikke var oppfylt. Andre eksempler på det samme er *Embassy Limousines*, *Franchet og Byk* og *Idromacchine*.¹⁵⁷³ Forklaringen ligger trolig i den omstendighet at det ved idømmelse av erstatning for ikke-økonomisk skade er mulig å tilpasse erstatningsansvaret til den enkelte årsaks bidrag til skaden, noe Underretten selv fremhevet i *Nikolaou* (avsnitt 335). Selv om det alminnelige krav til «direkte årsakssammenheng» også gjelder her,¹⁵⁷⁴

¹⁵⁷² Sak 64/76, *Dumortier m.fl. mot Rådet*, Sml. 1979 s. 3091 (avsnitt 21).

¹⁵⁷³ Omtalt ovenfor hhv. i punkt 8.4.7.2, 8.4.2.5 og 8.3.2.2.

¹⁵⁷⁴ Jf. for eksempel sak T-48/05, *Franchet og Byk mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-1585 (avsnitt 402-404) og sak T-88/09, *Idromacchine mot Kommisjonen*, dom 8. november 2011 (avsnitt 67) (påanket).

synes tilkjennelse av erstatning for ikke-økonomisk skade basert på en nokså fri rimelighetsvurdering fra EU-domstolens side. Av denne grunn fremstår overføringsverdien til årsaksvurderinger i andre tilfeller som begrenset.

8.4.13 Sammenfatning

Selv om det EU-domstolens praksis bærer preg av at årsaksspørsmål avgjøres ut fra en «case-by-case»-tilnærming, viser gjennomgangen ovenfor etter min oppfatning at det lar det seg gjøre å komme noe nærmere inn på hva som ligger i kravet til «direkte årsagsforbindelse». Riktignok fremstår henvisninger til den eller de «egentlige» årsaker til en skade i mange tilfeller som lite annet enn navn på et resultat som presenteres uten at EU-domstolene går inn på de underliggende argumenter som kan forklare utfallet. Samlet sett gir likevel den ovenfor omtalte rettspraksis grunnlag for å hevde at de sentrale elementene i kravet til «direkte årsagsforbindelse» er betraktninger om påregnelighet, vesentlighet, usikkerhet, nærhet og, om enn i mindre grad enn tidligere, forretningslivets risiko. Særlig overraskende er dette ikke – dette er langt på vei de samme vurderingskriterier som gjenfinnes i nasjonal erstatningsrett.¹⁵⁷⁵ Her som ellers er det imidlertid fare for at likhetene på det abstrakte plan kan lede til den mulige feilslutning at det også er sammenfall mellom EU-domstolens og nasjonale domstolers rettslige avgrensning av årsakssammenhengen i konkrete saker.¹⁵⁷⁶ Grunnlag for å mene noe om dette spørsmålet, har man først om man tar utgangspunkt i domstolens konkrete vurderinger i sammenlignbare typetilfeller. Dette er årsaken til at det i fremstillingen ovenfor er brukt mye plass på å redegjøre for EU-domstolens praksis.

Vel så interessant som en påpekning av at EU-domstolene vektlegger betraktninger om vesentlighet, påregnelighet, usikkerhet og nærhet, er hvilke kriterier som *ikke* gjenfinnes i den ovenfor omtalte rettspraksis. EU-domstolens nedtoning av åpne risikobetraktninger, dens avkall på forutsetningen om at et tap rammet en begrenset og klart definert gruppe av skadelidte og oppgivelsen av sondringen mellom generelle og individuelle rettsakter er alt omtalt. Enda mer interessant er det imidlertid at det i EU-domstolens rikholdige praksis knyttet til EU-institusjonenes erstatningsansvar ikke finnes eksempler på saker hvor *effektivitetsbetraktninger* trekkes inn som en skranke i den rettslige avgrensningen av årsakssammenhengen.¹⁵⁷⁷ At effektivitetsprinsippet som sådan ikke nevnes, kan riktignok forklares med at dette først kommer til anvendelse i saker hvor det er spørsmål om EU-rettslige begrensninger på nasjonal rett. De

¹⁵⁷⁵ Jf. for norsk retts vedkommende Thorson 2011 s. 265 flg.

¹⁵⁷⁶ Jf. også Smith og Woods 1997 s. 937, som treffende påpeker at EU-domstolens tilnærming gir opphav til «causation rules which are deceptively similar to, but not the same as, national rules».

¹⁵⁷⁷ Men se likevel sak C-243/05 P, *Agraz mot Kommisjonen*, [A3] Sml. 2006 s. I-10833, hvor effektivitetsbetraktninger ble trukket inn i vurderingen av skadevilkåret (avsnitt 31). (Dommen er nærmere omtalt ovenfor i kapittel 5, punkt 5.7.2.3, samt nedenfor i herværende kapittel, punkt 8.8.)

underliggende betraktninger om effektiv beskyttelse av EU-baserte rettigheter synes imidlertid like relevante i tilfeller hvor det er EU-institusjonene som opptrer i strid med gjeldende EU-rett. På dette punkt er det en iøynefallende forskjell til de få saker om statlig erstatningsansvar hvor EU-domstolen har gått nærmere inn på kravet til direkte årsakssammenheng – i så vel *Rechberger* som *Danfoss* fremhever EU-domstolen effektivitetsbetraktninger som en skranke for den rettslige avgrensningen av årsakssammenhengen. Denne forskjellen bør imidlertid ikke lede til den konklusjon at EU-institusjonene kan slippe unna med en mer omfattende avgrensning av deres erstatningsansvar enn det statene må avfinne seg med – en slik forskjellsbehandling lar seg simpelthen ikke forsvare (jf. generelt kapittel 3, punkt 3.3). Den enkle forklaring er trolig innretningen på de spørsmål fra de nasjonale domstoler som EU-domstolen forholdt seg til i *Rechberger* som *Danfoss*. Den underliggende årsak er at sakene som gjelder statenes erstatningsansvar, som en følge av at EU-domstolen i utgangspunktet overlater årsaksvurderingen til nasjonal rett og nasjonale domstoler, nokså uunngåelig kommer til å handle om de EU-rettslige skranke for denne vurderingen. I saker som gjelder EU-institusjonenes eget erstatningsansvar har EU-domstolene selv hånd om hele årsaksvurderingen, noe som gjør at oppmerksomheten rettes direkte mot den rettslige avgrensning av årsakssammenhengen, snarere enn de skranke for denne som følger av hensynet til effektiv rettsbeskyttelse av skadelidte.

Det bør tilføyes at det etter mitt skjønn ikke er grunnlag for å hevde at det er noen motstrid mellom EU-domstolens vurderinger av årsakskravet i saker som gjelder EU-institusjonenes erstatningsansvar på den ene og i avgjørelser som *Rechberger* og *Danfoss* på den annen side, jf. nærmere nedenfor under punkt 8.5.

8.5 Effektivitetsprinsippets betydning for nasjonale domstolers årsaksvurderinger

Dersom man legger EU-domstolens tilnærming i *Danfoss* til grunn, er det effektivitetsprinsippets om avgjør overføringsverdien av EU-domstolenes ovenfor omtalte årsaksvurderinger til saker som gjelder statenes erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-retten. Som redegjort for i punkt 8.2.4, er jeg av den oppfatning at overføringsverdien må være betydelig: Årsakskravet knyttet til EUs eget erstatningsansvar fremstår som så strengt at det ikke kan være rom for enda strengere nasjonale krav før en stat rammes av det som EU-domstolen i *Danfoss* formulerte som et forbud mot å «utvide» kravet til direkte årsakssammenheng på en slik måte «at opnåelsen af erstatning for det lidte tab gøres praktisk umulig eller uforholdsmæssigt vanskelig» (avsnitt 36).

Denne forståelsen av sammenhengen mellom årsakskravet knyttet til EUs eget erstatningsansvar og effektivitetsprinsippet som skranke for nasjonale domstoler rettslige

avgrensning av statenes erstatningsansvar, støttes av storkammeravgjørelsen *FII* fra 2006: Gjennom en henvisning til ovenfor omtalte *Dumortier* gav EU-domstolen her anvisning på en årsaksvurdering i samsvar med den som gjelder for EU-institusjonenes ansvar (avsnitt 218). Dette er også, som vist i punkt 8.2.4, den fortolkning av *Danfoss* som harmonerer best med EU-domstolens tilnærming til årsakskravet i andre avgjørelser om statlig erstatningsansvar (slik som *Brinkmann*, *Rechberger*, *AGM*, *Fuß* og *Leth*). Selv om rollefordelingen mellom EU-domstolen og nasjonale domstoler leder til at betraktninger om effektiv beskyttelse av EU-baserte rettigheter er mer fremtredende i svaret til nasjonale domstoler i en avgjørelse som *Rechberger*, er det ikke grunnlag for å hevde at det er innholdsmessige forskjeller på EU-domstolens årsaksvurdering i dette tilfellet og i saker som gjelder EUs eget erstatningsansvar: Som påpekt i punkt 8.2.1 fulgte det i denne saken av reisegarantidirektivets formål at årsaken til reisearrangørens konkurs var uten særlig interesse for spørsmålet om det var direkte årsakssammenheng mellom manglene ved den østerrikske reisegarantiordningen og forbrukernes økonomiske tap. Avgjørelsen illustrerer slik det generelle poeng at vurderingen av om årsakssammenheng er tilstrekkelig direkte må skje i lys av formålet med den overtrådte norm,¹⁵⁷⁸ men den kan etter min oppfatning ikke tas til inntekt for det syn at betydningen av EU-rettens krav til at årsakssammenheng må være direkte, er beskjeden.¹⁵⁷⁹

En tidligere sak som støtter opp under oppfatningen av at EU-domstolen også i saker om statlig erstatningsansvar opererer med et nokså strengt årsakskrav, er *Brinkmann*. Saken gjaldt, som nevnt i kapittel 7, punkt 7.7.3.3, den danske stats eventuelle erstatningsansvar for direktivstridig klassifisering av et tobakksprodukt. For EU-domstolen anførte saksøker, den tyske produsenten av produktet, at et bekreftende svar fulgte allerede av den omstendighet at det aktuelle direktivet ikke var gjennomført i dansk rett. EU-domstolen stadfestet at i seg selv utgjorde et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EU-retten, men fant at dette likevel ikke var avgjørende i det foreliggende tilfelle fordi danske forvaltningsmyndigheter hadde opptrådt *som om direktivet var gjort til en del av dansk rett* (avsnitt 28-29):

«Det må imidlertid fastslås, at der i den foreliggende sag ikke er en direkte årsagsforbindelse mellem overtrædelsen af fællesskabsretten og det tab, Brinkmann hævder at have lidt. Således har de danske myndigheder ufortøvet anvendt de relevante bestemmelser i andet direktiv, der indeholder præcise definitioner for så vidt angår tobaksprodukter. Den omstændighed, at definitionerne i andet direktiv ikke er gennemført ved ministerielt fastsatte bestemmelser, medfører derfor ikke i sig selv, at staten ifalder ansvar.»

¹⁵⁷⁸ Jf. også Wurmnest 2003 s. 181 og Thorson 2011 s. 290. Sml. PETL artikkel 3:201, hvor det uttrykkelig gis anvisning på en rettslig avgrensning av årsakssammenheng som tar hensyn til «the protective purpose of the rule that has been violated» (bokstav e).

¹⁵⁷⁹ Sml. Fenger 2011 s. 100.

Det kan innvendes mot EU-domstolens tilnærming at selv om avgiftsmyndighetene hadde forsøkt å innrette sin praksis etter direktivet, så lykkes de ikke med dette – saksøkerens produkt ble klassifisert på direktivstridig vis. Én ting er å betrakte etterfølgende årsaksbidrag fra skadelidte eller tredjeparter som brudd i årsakskjeden (jf. punkt 8.4.4-8.4.5 ovenfor), men det er noe ganske annet å betrakte et ytterligere rettsbrudd fra skadevolder selv på samme måte (selv om rettsbruddet kan karakteriseres som et mislykket forsøk på å bøte på et tidligere rettsbrudd). Tridimas' kritikk av årsaksvurderingen i *Brinkmann* synes av denne grunn velbegrunnet:

«A criticism which might be levelled against *Brinkmann* is that it is not based on a structured view of causation. Why was the alleged loss of the applicants more attributable to the erroneous interpretation of the directive by the Danish administration than to the failure to adopt implementing measures? After all, proper transposition requires binding measures of general application and, if the Minister authorized by national law to adopt implementing provisions had done so, the authorities would not have had to improvise.»¹⁵⁸⁰

Ut fra en funksjonell tilnærming til prinsippet om statlig erstatningsansvar har imidlertid tilnærmingen i *Brinkmann* den fordel at den etablerer et incitament for nasjonale forvaltningsmyndigheter til etter beste evne (og innenfor rammene av deres kompetanse i henhold til nasjonal rett) å avhjelpe lovgivende myndigheters manglende eller mangelfulle gjennomføring av et direktiv.¹⁵⁸¹ Det er derfor neppe grunnlag for å betrakte årsaksvurderingen i *Brinkmann* som et feilskjær som ikke vil bli opprettholdt dersom samme problemstilling skulle dukke opp på ny.¹⁵⁸²

Samtidig viser *Danfoss* hvordan effektivitetsprinsippet knytter seg til en vurdering av *det konkrete utfall* av anvendelsen av nasjonal rett i den aktuelle sak: Dersom nasjonal rett åpner for at en kjøper i *Danfoss'* situasjon kan kreve den EU-stridige avgiften refundert av sin leverandør (som deretter kan vende seg mot staten), legger ikke EU-domstolen seg opp i om årsakskravet i nasjonal erstatningsrett praktiseres så strengt at et direkte erstatningssøksmål fra kjøper mot staten er utelukket.¹⁵⁸³

EU-domstolens resultatorienterte tilnærming innebærer at nasjonale domstoler i utgangspunktet kan tilnærme seg årsaksspørsmålet ut fra etablert nasjonal rett, så lenge resultatet deretter vurderes opp mot EU-domstolens tilnærming. Så fremt resultatet

¹⁵⁸⁰ Tridimas 2006 s. 531. Se videre for eksempel Biondi/Farley 2009 s. 58-59, som slutter seg til Tridimas' kritikk.

¹⁵⁸¹ Noe som også påpekes av Tridimas 2006 s. 530-531 (som treffende karakteriserer EU-domstolens tilnærming som «pragmatic»).

¹⁵⁸² Ei heller er det grunnlag for å hevde at det er noe prinsipielt motsetningsforhold mellom årsaksvurderingene i *Brinkmann* og *Rechberger* (slik som det gis inntrykk av i Biondi/Farley 2009 s. 58-59).

¹⁵⁸³ *Danfoss*, avsnitt 36-37. Som påpekt i punkt 8.2.4 er det likevel en mager trøst for en medlemsstat at den kan «unnslippe» erstatningsansvar mot å betale, direkte eller indirekte, samme beløp til skadelidte under en annen rettslig merkelapp.

(samlet sett, jf. *Danfoss*) ikke er mindre fordelaktig for skadelidte enn det EU-domstolens tilnærming ville ledet til i det aktuelle typetilfellet, er det uten EU/EØS-rettslig interesse om nasjonal rett gir anvisning på vurderingskriterier og argumentasjonsmønstre som avviker fra dem som fremgår av EU-domstolenes ovenfor omtalte praksis. Skulle derimot nasjonal rett gi anvisning på en rettslig avgrensning av årsaksammenhengen som fremstår som strengere enn EU-domstolens tilnærming til kravet til «direkte årsagsforbindelse», må den nasjonale domstolen lempe på avgrensningen under henvisning til effektivitetsprinsippet.

I lys av EU-domstolenes nokså strenge avgrensning av EU-institusjonenes erstatningsansvar, og den overføringsverdi som effektivitetsprinsippet leder til at denne vil ha for statenes ansvar, kan det avslutningsvis være grunn til å rette en viss kritikk mot EU-domstolens manglende påpekning av nettopp dette. Riktignok fremstår årsaks spørsmålet som nokså uproblematisk i langt de fleste av de saker om statlig erstatningsansvar som har havnet på EU-domstolens bord, men de tre engelske Test Claimants-sakene (*FII*, *Thin Cap* og *CFC*) faller ikke i denne kategorien. Et sentralt spørsmål i disse sakene var om skattytere kunne kreve at engelske skattemyndigheter dekket tap de hadde lidt som følge av ulike disposisjoner de hadde foretatt for å komme best mulig ut av det som i ettertid viste seg å være EU-rettsstridige britiske skatteregler: Dersom engelsk skattelovgivning hadde vært i samsvar med EU-retten, ville selskapene bl.a. unngått finansieringskostnader knyttet til ekstraordinært utbytte til aksjonærer som ble møtt med uberettigete skattekrav (*FII* og *CFC*) eller de kunne innrettet seg på et vis som ville redusert deres skattebyrde i andre land (*Thin Cap*). Skattyterne argumenterte prinsipalt for at tapene måtte dekkes som ledd i skattemyndighetenes plikt til å tilbakebetale rettsstridig oppkrevde skatter (ettersom det da ikke var nødvendig å påvise at rettsbruddet var åpenbart og grovt). EU-domstolen avviste imidlertid dette under henvisning til at det ikke var «direkte forbindelse» mellom disse tapene og de rettsstridig oppkrevde skattene. I den første av de tre avgjørelsene, *FII*, begrunnet storkammeret dette som følger (avsnitt 207):

«I modsætning til hvad sagsøgerne i hovedsagen har gjort gældende, kan imidlertid hverken de lempelser, som den skattepligtige person har givet afkald på for fuldt ud at kunne modregne en skat som ACT-skat, der er opkrævet med urette, i anden skat, der skulle betales, eller det tab, som de hjemmehørende selskaber, der har valgt FID-udbytteordningen, har lidt, fordi de har været nødt til at forhøje det beløb, de udbetalte i udbytte, for at kompensere deres aktionærer for tabet af skattegodtgørelse, kompenseres på grundlag af fællesskabsretten ved et søgsmål med påstand om tilbagebetaling af den skat, der er opkrævet med urette, eller af de beløb, der er betalt til den pågældende medlemsstat eller indeholdt af denne i direkte forbindelse med denne skat. Sådanne afkald på skattelempelser eller forhøjelser af udbyttebeløb beror på beslutninger truffet af disse selskaber og udgør ikke i sig selv en uundgåelig konsekvens af, at Det Forenede Kongerige nægter

de nevnte aksjonærer en behandling svarende til behandlingen af aksjonærer, der modtager udbytte ved en udlodning på grundlag af udbytte af indenlandsk oprindelse.»¹⁵⁸⁴

EU-domstolens avgrensning av tilbakesøkningskravet ledet til at oppmerksomheten måtte rettes mot spørsmålet om skattetilpasningenes erstatningsrettslige vern (avsnitt 208):

«På denne baggrund påhviler det den nationale ret at fastslå, om afkaldene på skattelempelser eller forhøjelserne af udbyttet for de pågældende selskaber udgør finansielle tab, der er lidt som følge af en tilsidesættelse af fællesskabsretten, der kan tilregnes den pågældende medlemsstat.»¹⁵⁸⁵

Selv om det ut fra praksis knyttet til EUs eget erstatningsansvar synes nokså klart at kravet til «direkte årsagsforbindelse» ikke var oppfylt, nøyde EU-domstolen seg med å overlate årsaksvurderingen til engelske domstoler (avsnitt 218):

«Hvad angår den tredje betingelse, dvs. kravet om at der er en direkte årsagsforbindelse mellem tilsidesættelsen af den forpligtelse, som påhviler staten, og de skadelidtes tab, tilkommer det den forelæggende ret at undersøge, om det påståede tab er en tilstrækkelig direkte følge af tilsidesættelsen af fællesskabsretten til, at staten er erstatningspliktig (...)»¹⁵⁸⁶

Nå hører det med at EU-domstolen nettopp i *FII* la til en henvisning til avgjørelsen *Dumortier* og slik gav den foreleggende rett anvisning på en årsaksvurdering i samsvarende med den som EU-domstolen selv opererer med under TEUV artikkel 340 annet ledd (avsnitt 218 i.f.), men det kunne nok med fordel vært uttrykt mer åpent og direkte at EU-retten ikke krever erstatningsrettslig vern av de finansielle tap som var aktuelle i *FII*, *Thin Cap* og *CFC*.¹⁵⁸⁷

Fra norsk underinstanspraksis er det i denne sammenheng grunn til å nevne Oslo tingretts dom 4. februar 2009 i saken *General Motors mot Staten v/Finansdepartementet* (TOSLO-2007-81322). Søksmålet var ett av mange som ble reist etter at EFTA-domstolen i sak E-1/04, *Fokus Bank mot Staten v/Skattedirektoratet*, EFTA Ct. Rep. 2004 s. 11, slo fast at de tidligere norske reglene om kildeskatt var i strid med EØS-avtalen artikkel 40. Staten hadde i dette tilfellet tilbakebetalt den kildeskatt som General Motors var avkrevd fordi det ugyldige ligningsvedtaket lå innenfor den treårige omgjøringsfristen i ligningsloven § 9-6 nr. 2, men selskapet mente at den tilhørende rentekompensasjonen ikke var tilstrekkelig til å dekke de kapitalkostnader selskapet var påført ved ikke å kunne disponere de aktuelle pengene i trekkperioden. Staten innvendte prinsipalt at den standardiserte avsavnsrenten etter skattebetalingsloven måtte anses uttømmende, men tingretten avviste dette bl.a. med en henvisning til «hensynet til likebehandlingsprinsippet i EØS-retten» (som ut fra

¹⁵⁸⁴ Tilsvarende formuleringer finnes i *Thin Cap* (avsnitt 113) og *CFC* (avsnitt 115-116).

¹⁵⁸⁵ Tilsvarende formuleringer finnes i *Thin Cap* (avsnitt 114) og *CFC* (avsnitt 117).

¹⁵⁸⁶ Tilsvarende formuleringer finnes i *Thin Cap* (avsnitt 122) og *CFC* (avsnitt 125).

¹⁵⁸⁷ Selv om det også hører med at EU-domstolen i samtlige avgjørelser nokså klart gav uttrykk for at det ikke forelå noe tilstrekkelig kvalifisert brudd på EU-retten, slik at det var liten grunn til å anta at årsaksspørsmålet ville komme på spissen for engelske domstoler (noe det heller ikke gjorde).

sammenhengen nok helst må forstås som en henvisning til effektivitetsprinsippet). I følge tingretten hadde selskapet krav på å få dekket «adekvate og påregnelige kapitalkostnader selskapet er påført ved ikke å kunne disponere de aktuelle pengene i trekkperioden». Staten innvendte i denne sammenheng subsidiært at tap som skyldes manglende likviditet, ikke kunnes anses som adekvate. Interessant nok viste staten her til EU/EØS-rettens krav om direkte årsakssammenheng, som under henvisning til praksis om EU-institusjonenes erstatningsansvar ble utlagt som «et strengt årsakskrav». Tingretten på sin side nøyde seg med å konstatere at General Motors ikke hadde sannsynliggjort noe avsnitap som oversteg den mottatte rentekompensasjon, uten å gå inn på om det i et tilfelle som dette var grunnlag for å operere med et strengt EØS-rettslig årsakskrav. Uten at det fremgår av dommen, unngikk tingretten med dette å måtte vurdere hvorvidt statens anførsel om årsakskravet var forenlig med ekvivalensprinsippet (jf. nærmere om dette spørsmålet i punkt 8.6 og 8.7 nedenfor).

EU-domstolens nokså strenge årsaksvurderinger leder til at det skal noe til før det er grunnlag for å stille spørsmål ved om nasjonale domstoler har avgrenset årsakssammenhengen i strid med effektivitetsprinsippet. Én avgjørelse som likevel ofte trekkes frem, er BGHs avsluttende frifinnelse i *Brasserie du Pêcheur*.¹⁵⁸⁸ Som nevnt bl.a. i kapittel 7, punkt 7.6.3, hadde tyske myndigheter i dette tilfellet gjort seg skyldig i to traktatbrudd: Så vel et forbud mot å markedsføre øl som ikke var brygget i samsvar med den tyske ølloven som «Bier» som et forbud mot import av øl tilsatt tilsetningsstoffer var i strid med EU-retten. I tråd med EU-domstolens føringer fant BGH at førstnevnte utgjorde et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EU-retten, men ikke sistnevnte. For BGH anførte bryggeriet at det var uten betydning for årsaksspørsmålet at brudd nr. 2 ikke var ansvarsbetingende så lenge brudd nr. 1 var det: Forbudet mot å markedsføre produktet som «Bier» alene ville ha ført til full stopp av salget i Tyskland, uavhengig av om det samtidig ble nedlagt forbud mot å selge produktet fordi det inneholdt tilsetningsstoffer. BGH avviste imidlertid denne tilnærmingen og uttalte at det måtte foretas en normativ vurdering («wertende Betrachtung») av hvilke av de to bruddene som rettslig sett («im Rechtssinne») stod i direkte sammenheng med det lidte tap. De tyske dommerne tilføyde at de forstod det EU-rettslige årsakskravet dit hen at det åpnes for en vurdering som er sammenlignbar med den tyske adekvanslæren.¹⁵⁸⁹ Domstolen kom deretter til at myndighetenes reaksjoner mot bryggeriets forhandlere og kunder var begrunnet i bruken av tilsetningsstoffer. Det var derfor ikke årsakssammenheng mellom det av bruddene som kunne karakteriseres som tilstrekkelig kvalifisert og det tap som var oppstått.

¹⁵⁸⁸ BGHZ 134 s. 30.

¹⁵⁸⁹ Noe som ble uttrykt som følger: «Der Senat geht davon aus, daß es insoweit einer wertenden, auf den Haftungstatbestand bezogenen Zurechnung der Haftungsfolgen bedarf, vergleichbar derjenigen Beziehung, die im deutschen Recht durch den Adäquanzgedanken ausgedrückt wird.»

I litteraturen er oppfatningen av BGHs tilnærming delte.¹⁵⁹⁰ Prinsipielt er det vanskelig å akseptere at myndighetene kan gå fri for ansvar i et tilfelle hvor de faktisk har gjort seg skyldig i et ansvarsbetingende rettsbrudd bare fordi de samtidig også har gjort seg skyldig i ytterligere et rettsbrudd som isolert sett ikke er ansvarsbetingende.¹⁵⁹¹ Dette synes imidlertid heller ikke å ha vært BGHs oppfatning – resultatet må forstås i lys av at det i den konkrete saken fremstod som klart at myndighetenes reaksjoner mot bryggeriets forhandlere og kunder primært rent faktisk var begrunnet i bruken av tilsetningsstoffer, ikke i bruken av betegnelsen «Bier». Det følger av dette at dersom det var førstnevnte snarere enn sistnevnte brudd som hadde vært tilstrekkelig kvalifisert, så ville utfallet blitt et annet.

8.6 Ekvivalensprinsippet betydning for nasjonale domstolars årsaksvurderinger

EU-domstolenes nokså strenge tilnærming til årsakskravet medfører at ekvivalensprinsippet vil kunne få reell betydning for nasjonale domstoler som håndterer EU/EØS-relaterte erstatningssøksmål mot offentlige myndigheter. Ekvivalensprinsippetets rekkevidde som skranke for den rettslige avgrensning av det offentliges erstatningsansvar er imidlertid ikke så klar som man kanskje skulle tro.

Utgangspunktet er riktignok klart: Nasjonale domstoler kan ikke operere med en årsaksvurdering i saker som gjelder det offentliges ansvar for brudd på EU/EØS-regler som er strengere enn den avgrensning av årsakssammenhengen som nasjonal erstatningsrett gir anvisning på i sammenlignbare saker som gjelder brudd på opphavlige nasjonale rettsregler.¹⁵⁹² Som påpekt i kapittel 3, punkt 3.5, byr imidlertid forskjeller i erstatningsrettslig systematikk EØS-statene imellom her på særlige utfordringer. Ønsket om å holde det offentliges erstatningsansvar innenfor rimelighetens grenser kan dukke opp på høyst ulike steder i erstatningsretten, noe anvendelsen av ekvivalens-

¹⁵⁹⁰ Se på den ene side bl.a. Baudenbacher 2005 s. 407, som er kritisk til at BGH «left the plaintiff empty handed», og på den annen side bl.a. Rebhahn 2008 s. 203, som påpeker at dommen riktignok er uttrykk for «a rather tight approach to causation», men at BGHs tilnærming nok likevel prinsipielt sett er riktig. Sml. også Deards 1997, med den talende tittelen «*Brasserie du Pêcheur*: Snatching Defeat from the Jaws of Victory». Også Biondi/Farley 2009 s. 56-57 kritiserer BGHs tilnærming, men det er vanskelig å forstå deres oppfatning av at de tyske dommerne anvendte «the German rules of causation» til fortrensel for det EU-rettslige årsakskravet (jf. min omtale av BGHs tilnærming i brødteksten ovenfor). Av samme grunn er det ikke lett å følge deres oppfatning av at engelske domstoler i *Factortame* «took a very different approach to that adopted by the German Courts»: At utfallet i *Factortame* ble et annet enn i *Brasserie du Pêcheur* kan enkelt forklares med at omstendighetene i de to sakene var helt forskjellige.

¹⁵⁹¹ Jf. for så vidt resonnementet i sak C-315/01, *GAT mot ÖSAG*, [A5] Sml. 2003 s. I-6351 (avsnitt 54), hvor EU-domstolen med rette avviste at en forbigått anbyders eventuelle erstatningskrav mot anskaffelsesmyndighetene kunne avskjæres med den begrunnelse at anbudskonkurransen også var beheftet med andre feilaktige beslutninger enn den som saksøker hadde angrepet.

¹⁵⁹² Jf. *Francovich*, avsnitt 43; *Karlsson*, avsnitt 33.

prinsippet må ta høyde for. Offentlige myndigheter under et nasjonalt erstatningsregime som isolert sett opererer med et noe mildere årsakskrav enn EU-domstolen, men som kompenserer dette gjennom en streng *Schutzzweck*-lære og/eller en særlig høy ansvarsterskel i sammenlignbare tilfeller, må derfor kunne kreve at dette hensyntas dersom skadelidte anfører at ekvivalensprinsippet er til hinder for å anvende EU-domstolens strenge årsakskrav. Annerledes formulert: Forskjellene i erstatningsrettslig systematikk EØS-statene imellom leder til at anvendelsen av ekvivalensprinsippet må ta utgangspunkt i *det samlede erstatningsrettslige vern* som nasjonal rett tilbyr i sammenlignbare tilfeller, ikke i en isolert vurdering av den tradisjonelle tilnærming til årsakskravet i vedkommende stat.

Det er mulig BGH var inne på dette i sin avsluttende dom i *Brasserie du Pêcheur* (BGHZ 134 s. 30). Avslutningsvis i årsaksvurderingen lot dommerne det uttrykkelig stå åpent om det EU-rettslige årsakskravet tar opp i seg betraktninger som i tysk rett omfattes av *Schutzzweck*-læren og om EU-retten derved åpner for en strengere avgrensning av årsakssammenhengen enn den etablerte tyske adekvanslæren: «Ob dabei das Merkmal der Unmittelbarkeit eine engere, etwa an Schutzzweckerwägungen orientierte Betrachtungsweise ermöglicht, ist hier nicht zu entscheiden.»

8.7 Nærmere om EØS-rettens føringer for norske domstolers årsaksvurderinger

Mer konkret for norsk retts vedkommende tilsier EU-domstolenes nokså strenge tilnærming til årsakskravet til at det skal mye til før det er grunnlag for å stille spørsmål ved om norske domstoler i EØS-relaterte saker har avgrenset årsakssammenhengen i strid med effektivitetsprinsippet. Generelt er inntrykket at etablert norsk erstatningsrett på dette punkt i hvert fall ikke avgrenser årsakssammenhengen i støtte grad enn det som følger av EU-domstolenes tilnærming til kravet til «direkte årsagsforbindelse».¹⁵⁹³ For norske domstolers vedkommende må det derfor kunne konkluderes med at effektivitetsprinsippets betydning som skranke for den rettslige avgrensning av offentlige myndigheters erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen vil være temmelig begrenset.¹⁵⁹⁴

Eksempelvis må det, i lys av at EU-domstolen pålegger skadelidte å føre bevis for at en EU-institusjons påståtte rettsbrudd utgjør den «sikre årsag» til det tap som kreves erstattet (jf. punkt

¹⁵⁹³ Snarere gir særlig forskjellene i beviskravene for faktisk årsakssammenheng og forutsetningen om rettsbruddet som «den afgørende årsag» til skadelidtes tap grunn til å hevde at det EU-rettslige årsakskravet generelt fremstår som strengere enn det norske. Ut over de henvisninger til norsk erstatningsrett som er innarbeidet i teksten ovenfor, får det i denne sammenheng være tilstrekkelig å vise til redegjørelsen for avgrensningen av erstatningsvernet etter etablert norsk erstatningsrett hos Thorson 2011, kapittel 8. Thorsons fremstilling er begrenset til rene formuestap, men i EU/EØS-rettslig sammenheng vil gjennomgangen ovenfor ha vist at det nettopp er dette som er av praktisk interesse.

¹⁵⁹⁴ Jf. tilsvarende Thorson 2011 s. 298-299.

8.3.2 ovenfor), antas at effektivitetsprinsippet ikke kan være til hinder for det krav til klar sannsynlighetsovervekt for årsakssammenhengen som Høyesterett i Rt. 2001 s. 1062 *Nucleus* stilte opp for at en forbigått anbyder skal kunne kreve erstatning av anskaffelsesmyndighetene for positiv kontraktsinteresse.

Nettopp fordi etablert norsk erstatningsrett på dette punkt fremstår som noe mer sje-nerøs overfor skadelidte enn EU/EØS-rettslig påkrevd, vil derimot ekvivalensprinsippet kunne få reell betydning for norske domstoler som håndterer EU/EØS-relaterte erstatningssøksmål mot offentlige myndigheter (jf. punkt 8.6 ovenfor). Et konkret eksempel gir saken *General Motors* fra 2009, hvor staten avviste et krav om erstatning for påståtte kapitalkostnader (som gikk ut over den rentekompensasjon som saksøker alt hadde mottatt) bl.a. under henvisning til EU-domstolens «strenge» årsakskrav.¹⁵⁹⁵ Etter min oppfatning er statens argumentasjon på dette punkt i strid med ekvivalensprinsippet: Saken handlet om statlig ansvar for et ligningsvedtak som var i strid med EØS-avtalen artikkel 40 og ekvivalensprinsippet er da, i hvert fall som utgangspunkt, til hinder for at norske domstoler anvender et årsakskrav som er strengere enn det som i henhold til etablert norsk erstatningsrett gjelder for det offentliges erstatningsansvar for ligningsvedtak som er ugyldig som følge av brudd på andre norske lovregler.¹⁵⁹⁶

Samtidig, som påpekt i generell form i punkt 8.6 ovenfor, leder forskjeller i erstatningsrettslig systematikk EØS-statene imellom til at anvendelsen av ekvivalensprinsippet må ta utgangspunkt i *det samlede erstatningsrettslige vern* som nasjonal rett tilbyr i sammenlignbare tilfeller, ikke i en isolert vurdering av den tradisjonelle tilnærming til årsakskravet i vedkommende stat. I et typetilfelle hvor etablert norsk erstatningsrett for eksempel trekker betraktninger om forretningslivets risiko inn i vurderingen av om det overhodet foreligger et ansvarsgrunnlag, men hvor den EU/EØS-rettslige vurdering av om det foreligger et tilstrekkelig kvalifisert rettsbrudd ikke (lenger) synes å gi rom for å vektlegge dette (jf. kapittel 7, punkt 7.8.9), må myndighetene kunne kreve at momentet, i samsvar med EU-domstolens tilnærming (jf. punkt 8.4.7), i stedet trekkes inn i årsaksvurderingen. Det er først dersom en tilsvarende rent nasjonal sak *alt i alt* ville ledet til at skadelidtes erstatningskrav mot norske myndigheter ville ført frem, at ekvivalensprinsippet fremtvinger samme resultat i en EØS-relatert sak (altså selv om EU-domstolens strenge årsakskrav ikke er oppfylt).

Selv om utgangspunktet er klart nok, vil det her som ellers kunne by på problemer å avgjøre ekvivalensprinsippets rekkevidde i typetilfeller hvor en sammenlignbar na-

¹⁵⁹⁵ Oslo tingretts dom 4. februar 2009 i saken *General Motors Europe Holdings mot Staten v/Finansdepartementet* (TOSLO-2007-81322). Saksforholdet er nærmere omtalt i punkt 8.5 ovenfor.

¹⁵⁹⁶ Som nevnt i punkt 8.5 nøyde tingretten seg med å konstatere at *General Motors* ikke hadde sannsynliggjort noe avsnit som oversteg den mottatte rentekompensasjon.

sjonal sak fremstår som mer teori enn praksis. Så fremt innskjerping av årsaksvurderingn i et nærmere angitt typetilfelle formelt og reelt begrunnes med andre hensyn enn den omstendighet at det er snakk om eventuelt offentlig erstatningsansvar for brudd på EØS-forpliktelser, må ekvivalensprinsippet i utgangspunktet anses overholdt.

8.8 Særlig om tilfeller hvor en rettighetsposisjon er blitt nektet på EU/EØS-stridig vis

I tilfeller hvor en rettighetsposisjon er blitt nektet på EU/EØS-stridig vis, er utgangspunktet i EU/EØS-retten så vel som i norsk rett at saksøker må føre bevis for at han ville fått posisjonen om alt var gått riktig for seg.¹⁵⁹⁷

Et illustrerende eksempel knyttet til EUs eget erstatningsansvar, er følgende uttalelse fra Underretten i *Schneider*:

«Når den forseelse, der danner grundlag for erstatningskravet, indgår i en beslutning, som indebærer, at en ansøger meddeles afslag på en godkendelse eller en anden gunstig foranstaltning, kan det ved undersøgelsen af forseelsens virkninger og sammenligningen med den faktiske og den rekonstruerede retlige situation ikke lægges til grund, at ansøgeren nødvendigvis ville have opnået den godkendelse eller anden gunstige foranstaltning, han anmodede om, hvis den konstaterede fejl ikke havde foreligget.»¹⁵⁹⁸

Underretten fulgte opp med å påpeke at det i den konkrete sak fremstod som «for usikkert» om den anmeldte fusjonen ville blitt godkjent om bruddet på kontradiksjonsprinsippet tenktes borte (avsnitt 283). At denne usikkerheten måtte gå ut over *Schneider*, fulgte allerede av den innledende påpekning om at det i henhold til fast rettspraksis påhviler saksøker å bevise at årsakskravet er oppfylt (avsnitt 119). De av selskapets erstatningskrav som forutsatte at fusjonen ville blitt godkjent om det ikke var for Kommisjonens brudd på selskapets prosessuelle rettigheter, ble følgelig avvist.

Særlig i tilfeller hvor det helt eller delvis er opp til myndighetenes frie skjønn om saksøker skal få den rettighetsposisjon som han har søkt om, vil det kunne by på betydelige problemer å føre tilstrekkelige bevis for at man ville fått den aktuelle tillatelsen,

¹⁵⁹⁷ Jf. Sejersted i Sejersted m.fl. 2011 s. 214.

¹⁵⁹⁸ Sak T-351/03, *Schneider mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-2237 (avsnitt 265) (Denne delen av Underrettens årsaksvurdering ble ikke påanket og er følgelig ikke berørt av EU-domstolens dom i ankesaken). Et tidligere eksempel fra Underrettens praksis er sak T-230/94, *Farrugia mot Kommisjonen*, Sml. 1996 s. II-195, hvor Kommisjonen hadde tatt feil av saksøkers nasjonalitet og med dette som begrunnelse avslått hans søknad om et særskilt forskningsstipend. Feilen ledet til at avslaget ble erklært ugyldig, men erstatningskravet ble avvist under henvisning til at saksøker ikke hadde godtgjort at hans søknad fylte alle vilkår for å bli innvilget (avsnitt 43 flg.). Se videre sak T-99/95, *Scott mot Kommisjonen*, Sml. 1996 s. II-2227 (avsnitt 72). Fra senere praksis kan det vises til sak T-436/09, *Dufour mot Den europeiske sentralbank*, dom 26. oktober 2011 (avsnitt 198).

ville vunnet den aktuelle anbudskonkurransen eller ville fått tildelt den aktuelle støtte mv. Underretten gikk imidlertid klart for langt i *Agraz*, da den la til grunn at den blotte eksistensen av fritt skjønn utelukker at det påståtte tap kan betraktes som «reelt».¹⁵⁹⁹ Som EU-domstolens dom i ankesaken bekrefter, tilsier effektivitetsbetraktninger at skadelidte må gis mulighet for å bevise at man ville fått den omsøkte rettighetsposisjon om alt var gått riktig for seg.¹⁶⁰⁰ I *Agraz* var rekkevidden av Kommisjonens skjønn begrenset til beregning av eksportsubsidiens størrelse og ut fra saksforholdet var det åpenbart at hensyntagen til prisene på det kinesiske markedet ville ha resultert i høyere støttebeløp.¹⁶⁰¹

I tilfeller hvor private på nærmere angitte vilkår har et *rettskrav* på den aktuelle rettighetsposisjon, er det i utgangspunktet lettere å føre bevis for det påståtte tap. En sak som nevnte *Schneider* viser imidlertid at det også i slike tilfeller vil kunne være vanskelig å føre tilstrekkelig bevis for at man ville fått et positivt vedtak om alt var gått riktig for seg: Etter fusjonskontrollregelverket har et foretak et rettskrav på å få godkjent en fusjon dersom den ikke vil skape eller styrke en dominerende stilling som fører til at effektiv konkurranse i EØS hindres i betydelig grad. I *Schneider* hadde imidlertid Kommisjonen innstilt sin behandling av fusjonen som en følge av at *Schneider* gav opp og solgte *Legrand*.¹⁶⁰² I en situasjon hvor det ikke foreligger noen endelig vurdering fra Kommisjonen, skal det nok mye til før Underretten lar seg overbevise om at utfallet av den avbrutte vurderingen «med sikkerhet» ville være at Kommisjonen måtte gi fusjonen grønt lys.

Et norsk eksempel fra EØS-anbudsrettens område gir Rt. 2007 s. 983 *Reno Vest*, hvor et sentralt spørsmål var om det var klar sannsynlighetsovervekt for at en forbigått anbyder, SB Transport, ville fått tildelt oppdraget dersom alt hadde gått riktig for seg. Saksøkte, det interkommunale selskapet *Reno Vest*, gjorde gjeldende at tilbudet fra SB Transport var så høyt at man ville utført avfallshåndteringen i de aktuelle kommuner i egenregi. For Høyesterett gjorde anbyderen gjeldende at uttalelsene i *Nucleus*-dommen om bevis for årsakssammenheng ikke kunne gjelde i forhold til et slikt hypotetisk hendelsesforløp – tvert i mot var det anskaffelsesmyndighetene som måtte ha bevisbyrden for at oppdraget ville blitt utført i egenregi. Imidlertid lot verken flertall eller mindretall i Høyesterett seg overbevise og opprettholdt kravet til at en forbigått

¹⁵⁹⁹ Sak T-285/03, *Agraz mot Kommisjonen* (dom nr. 1), Sml. 2005 s. II-1063 (avsnitt 74-77).

¹⁶⁰⁰ Sak C-243/05 P, *Agraz mot Kommisjonen*, [A3] Sml. 2006 s. I-10833 (avsnitt 30 flg.).

¹⁶⁰¹ Dommen innebærer nok derfor ingen lemping av de krav som EU-retten stiller til saksøkers bevis i slike tilfeller – den er bare et nokså sjeldent eksempel på at beviskravet var oppfylt.

¹⁶⁰² Se omtalen av saksforholdet i punkt 8.4.4.7.

anbyder må påvise klar sannsynlighetsovervekt for tildeling av oppdraget for å bli tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse.¹⁶⁰³

Utenfor anbudsrettens område er Høyesteretts tilnærming i Rt. 1995 s. 781 *Peelorg* illustrerende: Et erstatningskrav fra en restaurant i Trondheim ble i dette tilfellet avvist under henvisning til at det ikke forelå «noen rimelig sannsynlighetsovervekt for at resultatet av en søknadsbehandling med riktig lovforståelse og saksbehandling ville blitt at Peelorg hadde fått bevilling» (s. 792). Det fremgår ikke av dommen om tvilsrisikoens plassering var et tema i saken, men det påkaller interesse at Høyesterett fant grunn til å tilføye at det i dette tilfellet ikke var grunnlag for å fravike kravet om «rimelig sannsynlighetsovervekt for årsakssammenheng». Tilsvarende eksempler er Rt. 1990 s. 1001 og Rt. 2002 s. 683 *Vassøy Canning*.

Tilnærmingen i *Reno Vest*, *Peelorg* og *Vassøy Canning* er i samsvar med det ovenfor omtalte utgangspunktet i EU/EØS-retten: Det er som utgangspunkt og klar hovedregel skadelidte som må føre bevis for at det er årsakssammenheng mellom rettsbruddet og det lidte tapet. Som påpekt i punkt 8.3.2.3 er det enkelte eksempler på at EU-domstolen har latt tvil om årsakssammenhengen gå ut over EU-institusjonene, men at dette fremstår som unntakene som bekrefter regelen. Dersom EU-domstolens praksis holdes opp mot norsk rettspraksis, er inntrykket at det nok skal mindre til før norske domstoler lar tvilsrisikoen gå over på myndighetene.¹⁶⁰⁴ Om man legger til at det allminnelige beviskravet i norsk rett (overvektprinsippet) gjør det mindre betenkelig i et effektivitetsperspektiv å la tvilsrisikoen bli værende hos saksøker enn for EU-domstolene og i EØS-stater med høyere krav til bevis for årsakssammenheng, er det neppe grunn til å anta at EØS-retten vil ha særlig betydning for norsk rett på dette området. Dette hindrer ikke at hensynet til EØS-rettens effektive gjennomslag i nasjonal rett er relevant i vurderingen av tvilsrisikoens plassering, men det skal nok mye til før effektivitetsprinsippet krever at tvil om skadelidte ville oppnådd den aktuelle rettighetsposisjon dersom feilen tenkes borte, må gå ut over myndighetene.

8.9 Særlig om hypotetiske skadeårsaker

Av en noe annen karakter er de tilfeller hvor myndighetene med urette har grepet inn i en eksisterende EU/EØS-basert rettighetsposisjon. Dersom man tenker seg det EU/EØS-stridige inngrepet borte, kan det her synes klart at skadelidte uforstyrret ville

¹⁶⁰³ Jf. avsnitt 107 (flertallet) og avsnitt 89 (mindretallet). Men i dette tilfellet fant flertallet at beviskravet var oppfylt og tilkjente erstatning for den positive kontraktsinteressen.

¹⁶⁰⁴ Jf. bl.a. Rt. 1994 s. 60 *Restaurant-Invest* og Rt. 2009 s. 1319 *Slåstad* og, mer generelt, fremstillingen av norsk rett hos Lødrup/Kjelland 2009 s. 356 flg. Det følger av dette at jeg på dette punkt ikke deler kritikken som fremsettes av Krüger 2012 s. 181.

fortsatt å nyte godt av sine rettigheter. Særlig praktisk er dette ved rettsstridige restriksjoner på de fire friheter. Fra EU-domstolens praksis knyttet til statenes erstatningsansvar kan det her vises til en hel rekke saker, jf. eksempelvis *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, *Hedley Lomas*, *Köbler*, *AGM*, *FII*, *Thin Cap*, *CFC* og *Danske Slagterier*. I utgangspunktet synes årsaksspørsmålet klart og greit i slike tilfeller. Betydelige vanskeligheter oppstår imidlertid dersom myndighetene skulle anføre at man ved en alternativ handlemåte kunne påført skadelidte samme økonomiske tap på lovlig vis. Annerledes formulert: Kan myndighetene som en hypotetisk skadeårsak forsvare seg mot et erstatningskrav ved å vise til at man også innenfor EU/EØS-rettens skranker kunne oppnådd mer eller mindre det samme som man faktisk tilstrebet på et vis som viste seg å være EU/EØS-stridig?¹⁶⁰⁵

Problemstillingen kan illustreres med den franske erstatningssaken *Arizona Tobacco Products*.¹⁶⁰⁶ Sakens bakgrunn var fransk lovgivning som fastsatte utsalgspriser for sigaretter på et vis som favoriserte franske produsenter på bekostning av produsenter i andre medlemsland og som derfor var klart i strid med EØF-traktaten artikkel 30 og 37 (nå: TEUV artikkel 30 og 37). Rettsbruddet var utvetydig fastslått av EU-domstolen i en traktatbruddssak.¹⁶⁰⁷ I den etterfølgende erstatningssaken fant Conseil d'Etat at det forelå ansvarsgrunnlag (etter intern fransk rett). Ved vurderingen av om det var årsakssammenheng mellom rettsbruddet og tobakkselskapenes anførte tap på nærmere 6 millioner franc, ble det imidlertid påpekt at franske prismyndigheter lovlig kunne ha underkastet sigaretter den generelle, ikke-diskriminerende prisregulering som på dette tidspunkt var i kraft i Frankrike. Ut fra den betraktning at man i så fall hadde kunnet fastsette utsalgspriser som bare var marginalt høyere enn dem som faktisk var fastsatt, ble erstatningen nedsatt til beskjedne 230.000 franc.

Et norsk eksempel på noe av det samme gir Borgarting lagmannsretts dom i *ISO+-saken*, hvor det var spørsmål om statlig erstatningsansvar for et ugyldig vedtak om omsetningsstans av bygningsisolasjonsprodukter.¹⁶⁰⁸ Til sitt forsvar anførte staten bl.a. at selv om man hadde vært kjent med at byggevaredirektivet (89/106/EØF) ikke gav Statens bygningstekniske etat (nå: Direktoratet for byggkvalitet) anledning til å kreve dokumentasjon for at produktenes varmeisolasjonsevne var testet i henhold til en bestemt prosedyre, så ville et vedtak om omsetningsstans uansett blitt truffet fordi importøren heller ikke oppfylte de krav til dokumentasjon som direktivet gav adgang

¹⁶⁰⁵ I tysk rett diskuteres dette som et spørsmål om «rechtmäßiges Alternativverhalten», som gjerne betraktes som en særlig form for «hypotetische Kausalität», jf. for eksempel Oetker i Münchener Kommentar zum BGB (2012), BGB § 249, avsnitt 217 flg. (med en rekke videre henvisninger).

¹⁶⁰⁶ AJDA 1992 s. 210. En engelsk oversettelse er publisert i CMLR 1993 s. 253.

¹⁶⁰⁷ Sak 90/82, *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 1983 s. 2011.

¹⁶⁰⁸ Dom 8. april 2010, *ISO+ mot Staten v/Kommunal- og regionaldepartementet* (LB-2009-136211). Saksforholdet er nærmere omtalt i kapittel 7, punkt 7.16.2.

til å kreve. Til dette anførte importøren at staten i så fall måtte ha bevisbyrden for at et alternativt og hypotetisk hendelsesforløp uten feilene kunne ha ledet til vedtak om omsetningsstans, og for at hjemmelen faktisk ville ha blitt benyttet. Lagmannsretten gikk imidlertid ikke inn på bevisbyrdespørsmålet da den (subsidiært) slo fast at det ikke var årsakssammenheng mellom det ugyldige vedtaket og et eventuelt økonomisk tap fordi myndighetene «uansett hadde hjemmel» for å beslutte omsetningsstans.

Et interessant tysk eksempel er omtalt i BGHs avgjørelse 26. april 2012 i sak III ZR 215/11, hvor et omfattende erstatningskrav mot tyske avgiftsmyndigheter for brudd på sjette merverdiavgiftsdirektiv (77/388/EØF) var blitt avvist av Kammergericht Berlin bl.a. under henvisning til at myndighetene kunne ha avhjulpet den rettsstridige forskjellsbehandlingen av private og offentlige spillehaller ved å pålegge også de offentlige operatørene merverdiavgift (noe som nettopp var den løsning som i ettertid ble valgt). BGH stilte seg noe tvilende til om underinstansens oppfatning var forenlig med effektivitetsprinsippet (avsnitt 10), men unnlot dessverre å ta endelig stilling til spørsmålet da retten fant at avgiftsmyndighetenes feiltolkning av direktivet uansett ikke var ansvarsbetingende.

En mulig innfallsvinkel til de spørsmål som innsigelser som dette gir opphav til, er den betraktning at dersom myndighetene på lovlig vis kunne påført skadelidte samme økonomiske tap, så foreligger det ingen erstatningsrettslig vernet posisjon og dermed heller intet erstatningsrettslig vernet tap. Med en slik tilnærming er det tilstrekkelig at myndighetene *kunne* grepet inn i skadelidtes rettighetsposisjon, mao. slik at det ikke er påkrevd å ta stilling til det hypotetiske spørsmål om myndighetene også *ville* ha gjort dette dersom villfarelsen knyttet til EU/EØS-rettens føringer tenkes borte. Det følger av dette at hele problematikken løftes ut av årsakskravet – det blir i stedet et spørsmål om hvilke tap som nyter erstatningsrettslig vern.¹⁶⁰⁹ Bevismessig har dette klare fordeler, men samtidig leder det til at domstolene som ledd i en erstatningssak vil måtte ta stilling til meget vanskelige spørsmål knyttet til rekkevidden av statenes EU/EØS-rettslige handlingsrom i det aktuelle typetilfelle: Hvor omfattende restriksjoner kunne myndighetene ha innført på skadelidtes økonomiske virksomhet uten å krenke proporsjonalitetsprinsippet? Om man tar i betraktning at dette etter omstendighetene avhenger av myndighetenes beveggrunner for å gripe inn i markedet, fremstår det som klart at dette ikke er noen farbar vei. Dersom et statlig pengespillmonopol skulle bli underkjent fordi det anses bevist at statens motivasjon har vært å skaffe inntekter til statskassen, kan det ikke godt være slik at staten i en etterfølgende erstatningssak kan forsvare seg med at monopollet ville vært lovlig om det i stedet var begrunnet i et genuint ønske om å bekjempe spilleavhengighet. I ytterste konsekvens ville hele erstatningsansvaret kunne undergraves i tilfeller hvor staten i prinsippet står fritt til helt å unnta en aktivitet fra den frie konkurransen – erstatningskrav begrunnet i

¹⁶⁰⁹ Slik Weiß 2008 s. 79.

klart diskriminerende regler på et område hvor myndighetene har valgt å åpne for konkurranse kunne da avises under henvisning til at staten alternativt *kunne* valgt å fortsette å utøve vedkommende aktivitet i offentlig regi.

Selv om EU-domstolen ikke direkte har uttalt seg om spørsmålet, følger det implisitt av storkammeravgjørelsen *AGM* at den neppe vil ha særlig sympati for forsøk på å begrense (eller kanskje snarere: undergrave) erstatningsansvaret langs slike linjer. Om enn med forbehold for den foreleggende domstols vurdering av spørsmålet, påpekte EU-domstolen i dette tilfellet at det tilsynelatende var årsakssammenheng mellom de direktivstridige advarslene mot AGMs billøftere og selskapets omsetningstap (avsnitt 84). Interessant nok unnlot EU-domstolen å nevne at mye tydet på at de aktuelle billøfterne *ikke oppfylte sikkerhetskravene i maskindirektivet*.¹⁶¹⁰ Tilsvarende som i den ovenfor omtalte *ISO+*-saken kunne derfor finske myndigheter ha vist til at man nok hadde hjemmel for å gå ut å advare mot billøfterne: Man kunne påført AGM nøyaktig samme omsetningstap på lovlig måte om man bare hadde fulgt prosedyrene nedfelt i maskindirektivets artikkel 7. At EU-domstolen ikke påpekte dette, tilsier at det ikke kan være tilstrekkelig at myndighetene kunne ha grepet inn.

En annen mulig innfallsvinkel tar utgangspunkt i den oppfatning at det må være EU/EØS-retten helt uvedkommende om myndighetene ved en alternativ fremgangsmåte kunne påført skadelidte samme økonomiske tap på lovlig vis, så lenge myndighetene rent faktisk har brutt EU/EØS-rettslige forpliktelser. Det er mulig å ta EU-domstolens uttalelser om årsakssammenheng i *AGM* til inntekt for et slikt syn: Av hensyn til EU-rettens effektivitet krever EU-domstolen erstatningsrettslig sanksjonering av overtredelser av klare prosedyreregler som dem nedfelt i maskindirektivets artikkel 7, uavhengig av om det kan føres bevis for at myndighetene ikke bare *kunne*, men faktisk også uansett *ville* grepet inn med markedsbegrensende tiltak.¹⁶¹¹

For EFTA-domstolens vedkommende er det mulig *HOB-vín* kan forstås i samme retning (selv om årsaksspørsmålet helt og fullt ble overlatt til islandske domstoler). I ansvarsvurderingen valgte nemlig EFTA-domstolen å rette all oppmerksomhet mot det prosessuelle bruddet på meldeplikten i direktiv 2000/13/EF artikkel 19. Dersom islandske myndigheter i ettertid kan anføre som en hypotetisk skadeårsak at man alternativt, gjennom overholdelse av meldeplikten, kunne og ville innført samme merkekrav og dermed påført skadelidte nøyaktig samme omsetningstap, er det beklagelig at EFTA-domstolen ikke gikk inn på det materielle spørsmålet om det islandske kravet til merking av saksøkers produkter var forenlig med direktivets regler (særlig fordi

¹⁶¹⁰ Se avsnitt 74 i generaladvokat Kokotts innstilling i saken.

¹⁶¹¹ I denne retning Weiß 2008 s. 79: «An dem Umstand, dass der EuGH auf diese Aspekte überhaupt nicht eingeht, wird der Sanktionscharakter der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung erkennbar... »

det synes temmelig klart at så ikke var tilfellet). Dersom EFTA-domstolen derimot betrakter et slikt forsvar som prinsipielt utelukket, er det lettere å forstå at man ikke gikk inn på dette. Bl.a. i lys av tilnærmingen i Rt. 1997 s. 343 *Svarstad Hansen* (som omtales nærmere i det følgende) burde imidlertid EFTA-domstolen i så fall ideelt sett ha tilkjennegitt (og begrunnet) dette standpunktet i uttalelsen.

I norsk rett har Rognstad og Stenvik drøftet dette spørsmålet knyttet til erstatning ved immaterialrettskrenkelser. Foranledningen for deres bidrag var Rt. 1999 s. 1725 *Lundetangen*, hvor Aass' bryggeri subsidiært gjorde gjeldende at det ikke var årsakssammenheng mellom en eventuell varemerkekrenkelse og det omsetningstap Ringnes hevdet å ha lidt fordi Aass uansett ville ha lansert et lokalt ølmerke i Grenlandområdet. Høyesteretts flertall fant at det ikke forelå noen varemerkekrenkelse og hadde da ingen foranledning til å gå inn på årsaksspørsmålet. Heller ikke mindretallet tok stilling til prinsippspørsmålet om en skadevolder kan forsvare seg med at han kunne ha voldt tilsvarende skade på lovlig vis, i det man nøyde seg med å påpeke at det ikke var sannsynliggjort at Aass – dersom det ikke hadde lansert lokalt øl under varemerket «Lundetangen» – ville lansert et annet lokalt ølmerke (s. 1741). Rognstad og Stenvik er imidlertid klare på at spørsmålet bør besvares benektende:

«Etter vår oppfatning bør slike tilfeller – der *skadevolderen* anfører at han *kunne handlet annerledes*, og helt eller delvis forårsaket samme skade på lovlig måte – ikke henføres under erstatningsrettens lære om hypotetiske skadeårsaker. Når spørsmålet om hypotetiske skadeårsaker har vært drøftet i praksis, har det knyttet seg til anførsler om at skaden likevel ville inntruffet – helt eller delvis – som følge enten av *skadelidtes eget forhold*, av *hendelige begivenheter* eller av *andre ansvarlige årsaker*. Etter vår oppfatning stiller det seg ganske annerledes når den påberopte hypotetiske skadeårsak ... er *skadevolderens eget handlingsalternativ*. Det er vanskelig å se hvordan skadevolderen kan føre sannsynlighetsbevis for at han ville valgt et annet handlingsalternativ, når han vitterlig har handlet som han gjorde. Skadevolderen må ... ta konsekvensene av sitt valg – han kan ikke påberope seg at han *kunne ha voldt tilsvarende skade ved lovlige midler*.»¹⁶¹²

For det offentliges erstatningsansvar for ugyldige forvaltningsvedtak, følger det imidlertid uttrykkelig av Rt. 1997 s. 343 *Svarstad Hansen* at norsk rett åpner for at myndighetene forsvare seg mot et erstatningskrav ved å vise til at man uansett kunne og ville påført saksøker samme økonomiske tap på lovlig vis. Saken gjaldt ansvar for et ugyldig pålegg om opphør av herbergedrift i en eiendom som opprinnelig var oppført til boligbruk. For Høyesterett gjorde staten og Oslo kommune «med styrke» gjeldende at selv om det skulle foreligge ansvarsgrunnlag, så var vilkåret om årsakssammenheng mellom de ugyldige vedtak og det påståtte tap ikke oppfylt fordi myndighetene var «fast bestemt på å stoppe bruken av eiendommen til hotell». Staten og kommunen

¹⁶¹² Rognstad og Stenvik 2002 s. 539-540. Kursiveringer i original, fotnoter utelatt.

viste i denne forbindelse til at «[m]an hadde alternative hjemler som kunne og ville vært brukt». ¹⁶¹³ Til dette bemerket førstvoterende (s. 364):

«Jeg er enig med staten og kommunen i at det må oppstilles et krav til årsakssammenheng som nevnt. Men jeg kan ikke se det er riktig at dette kravet kan formuleres slik staten og kommunen har gjort gjeldende. De hevder at det ligger i årsakskravet at den private part må sannsynliggjøre at alternativet til det ugyldige vedtak ikke ville vært et annet gyldig vedtak med samme innhold. Som sagt kan jeg ikke følge staten og kommunen i dette. Det vil regulært hefte usikkerhet ved slike alternativer. Denne usikkerheten vil være et resultat av at det ikke var alternativet som ble valgt, men nettopp det grunnlag det hefter feil og mangler ved. I tilfeller som nærværende med et ugyldig inngrep overfor den private part, hvor usikkerheten er skapt av det offentlige, tilsier alminnelige prinsipper for bevisvurdering at usikkerheten i årsaksbedømmelsen i atskillig grad må gå ut over det offentlige. I dette tilfellet er alternative hjemler bare angitt løselig og uten forsøk fra det offentlige side på å sannsynliggjøre at de ville blitt anvendt, ut over en anførsel om at kommunen var fast bestemt på å stoppe bruken av eiendommen til hotell. Slike generelle betraktninger sannsynliggjør ikke manglende årsakssammenheng, og statens og kommunens anførsel på dette punkt kan ikke føre frem».

Tilnærmingen i Rt. 1997 s. 343 *Svarstad Hansen* representerer her en mellomløsning: Det er relevant om myndighetene på lovlig vis kunne påført skadelidte samme økonomiske tap, men det kreves i tillegg at det føres bevis for at myndighetene også ville gjort dette om man hadde vært klar over at den foretrukne fremgangsmåten var rettsstridig. Bevisbyrden påhviler myndighetene og Høyesterett antyder vel at det skal en del til før den anses løftet. Problematikken plasseres slik under kravet til årsakssammenheng, snarere enn som et spørsmål om hvilke tap som er erstatningsrettslig vernet.

På EU/EØS-rettens område er spørsmålet om denne tilnærmingen er forenlig med effektivitetsprinsippet. Etter min oppfatning er svaret et betinget ja, men det må medgis at dette er et standpunkt beheftet med ikke ubetydelig usikkerhet.

Med henblikk på ovenfor omtalte *AGM* og *HOB-vin* bør det påpekes at verken finske eller islandske myndigheter anførte at man uansett kunne og ville ha påført saksøkerne samme tap på lovlig vis, noe som leder til at verken EU-domstolen eller EFTA-domstolen hadde foranledning til å gå inn på spørsmålet. Tausheten på dette punkt kan derfor vanskelig fortolkes som prinsipiell avstandstagen fra Høyesteretts tilnærming i Rt. 1997 s. 343 *Svarstad Hansen*.

I mangel av avklarende rettspraksis hviler min oppfatning av at Høyesteretts tilnærming i Rt. 1997 s. 343 *Svarstad Hansen* må være gangbar også i EU/EØS-rettslig sammenheng på den enkle betraktning at jeg har vanskelig for å se hvordan effektivitetsprinsippet kan være trådt for nære om private nektes erstatning i et tilfelle hvor

¹⁶¹³ Jf. gjengivelsen av anførselene på s. 363-364 i dommen.

EU/EØS-retten åpner for at myndighetene kunne ha grepet inn og hvor det dertil er bevismessig belegg for at myndighetene også ville ha gjort dette dersom man hadde vært klar over at den foretrukne fremgangsmåten var i strid med EU/EØS-rettslige forpliktelser. Den omstendighet at et slikt forsvar synes prinsipielt tenkelig etter så vel fransk som tysk rett, trekker i samme retning.¹⁶¹⁴ Det standpunkt at det er EU/EØS-retten helt uvedkommende om myndighetene kunne og ville grepet inn på lovlig vis, vil etter omstendighetene kunne innebære en temmelig tilfeldig fordel for «skadelidte». Det kan her være på sin plass å minne om EU-domstolens uttalelse i *AGM* om at prinsippet om statlig erstatningsansvar «ikke tager sigte på prævention eller straf, men på erstatning for skade lidt af private som følge af medlemsstaternes tilsidesættelser af fællesskabsretten» (avsnitt 88).

I tråd med Høyesteretts tilnærming i Rt. 1997 s. 343 *Svarstad Hansen* tilsier imidlertid effektivitetsprinsippet klart at den usikkerhet i årsaksvurderingen som myndighetene har skapt gjennom sin rettstridige fremgangsmåte, «i atskillig grad» må gå ut over dem selv.¹⁶¹⁵ Treffende synes også påpekningen i dommen av at det skal mer til enn løselige henvisninger til alternative hjemmelsgrunnlag og generelle utsagn om at myndighetene var «fast bestemt» på å stoppe saksøkers virksomhet. Dette må gjelde enn mer dersom myndighetenes anførsler om hypotetiske skadeårsaker ikke bare omhandler forvaltningens bruk av alternative hjemmelsgrunnlag som alt eksisterer, men er knyttet til hypoteser om inngripen fra lovgiverhold. Den usikkerhet som Høyesterett referer til, vil her gjøre seg gjeldende med særlig styrke. I prinsippet kan det nok ikke utelukkes at en EØS-stat kan anføre at saksøker ikke har lidd noe erstatningsrettlig relevant tap fordi man uansett ville ha fremskaffet nødvendige (og, forutsetningsvis, EU/EØS-konforme) hjemmelsgrunnlag for å gripe inn overfor vedkommende,¹⁶¹⁶ men effektivitetsprinsippet tilsier at terskelen for å vinne frem med slike anførsler må være høy.

¹⁶¹⁴ Se for fransk retts vedkommende den ovenfor omtalte saken *Arizona Tobacco Products* og for tysk rett Oetker i Münchener Kommentar zum BGB (2012), BGB § 249, avsnitt 221 (med en rekke videre henvisninger til rettspraksis og litteratur).

¹⁶¹⁵ Dette er også i samsvar med oppfatningen i tysk rett om at det er skadevolder som har bevisbyrden for hypotetiske skadeårsaker, jf. Oetker i Münchener Kommentar zum BGB (2012), BGB § 249, avsnitt 224 flg. (med en rekke videre henvisninger til tysk rettspraksis og litteratur).

¹⁶¹⁶ Jf. tilsvarende for tysk retts vedkommende Oetker i Münchener Kommentar zum BGB (2012), BGB § 249, avsnitt 223: «Erforderlich ist aber, dass der Schädiger die Rechtsgrundlage für sein Eingreifen selbst hätte schaffen können. Bedurfte es dazu des Tätigwerdens eines Dritten, so kommt es darauf an, ob dieser von seiner Möglichkeit tatsächlich Gebrauch gemacht hätte. Ist das zu bejahen, so entfällt nach den Grundsätzen zur hypothetischen Kausalität (...) eine Haftung. Anderenfalls ist der Schaden zu ersetzen. Dies gilt auch, wenn das Tätigwerden des Dritten darin besteht, dass der Gesetzgeber die für einen belastenden Verwaltungsakt notwendige gesetzliche Grundlage geschaffen hätte. Das bedeutet nicht, dass der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung durch eine hypothetische Gesetzmäßigkeit ersetzt wird oder das Gericht Aufgaben des Parlaments übernimmt. Das Verhalten der Behörde bleibt rechtswidrig, nur folgt hieraus keine Schadensersatzpflicht.» (noter og internhenvisninger utelatt)

For norske domstoler er det i denne sammenheng grunn til å være særlig oppmerksom på at det alminnelige beviskravet i norsk rett, overvektprinsippet, vil kunne gi norske myndigheter en fordel sammenlignet med EU/EØS-institusjoner og myndigheter i EØS-stater som i et slikt tilfelle må oppfylle høyere beviskrav (se kapittel 5, punkt 5.7). Etter min oppfatning tilsier effektivitetsprinsippet at også norske domstoler i et slikt tilfelle må kreve at myndighetene med klar sannsynlighetsovervekt påviser at man ikke bare kunne, men også ville ha grepet inn overfor saksøker.

Det bør nevnes at Underrettens dom i sak forente saker T-252/07 m.fl., *Sungro m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-55 ikke bare støtter min oppfatning av at det er prinsipielt tenkelig at myndighetene kan forsvare seg med at man ved en alternativ handlemåte kunne påført skadelidte samme økonomiske tap på lovlig vis, men faktisk synes å støtte statens anførsler for Høyesterett i Rt. 1997 s. 343 *Svarstad Hansen* om at det er *den private part* som må bevise at alternativet til den rettsstridige rettsakt ikke ville vært en annen gyldig rettsakt med samme innhold. Sakens bakgrunn var i korthet at Rådet hadde vedtatt en omlegging av EUs støtte til produksjon av bomull som ifølge saksøkerne, flere spanske selskaper som driver med rensing av bomull, hadde ledet til en kraftig reduksjon av produksjonen og derved påført dem betydelige omsetningstap. Erstatningskravene ble reist etter at EU-domstolen underkjente den aktuelle forordning under henvisning til at proporsjonalitetsprinsippet var tilsidesatt – Rådet hadde ikke godtgjort at det var tatt hensyn til alle relevante omstendigheter da støtteordningen ble endret. Underretten forkastet imidlertid erstatnings søksmålet under henvisning til at *saksøkerne* ikke hadde godtgjort at omleggingen av produksjonsstøtten «*ikke ville være blevet vedtaget eller helt sikkert ville have haft et andet indhold*» om det ikke var for de mangler ved beslutningsgrunnlaget som EU-domstolen hadde slått ned på (avsnitt 61, min kursivering). Den alternative betraktningmåte at den rettsstridige omleggingen av støtten måtte ha som følge at man fallt tilbake på selskapenes rettigheter under den tidligere støtteordningen, er ikke engang nevnt. Det må understrekes at det «bare» var snakk om en saksbehandlingsfeil og at utfallet derfor kanskje kan forstås som en meget streng erstatningsrettslig variant av prinsippet om at det ikke kan utledes rettsvirkninger av feil som ikke har virket inn på en forvaltningsavgjørelses innhold (jf. i norsk rett sammenheng forvaltningsloven § 41). I en situasjon hvor Rådet hadde grepet inn i en eksisterende rettighetsposisjon og i den anledning begått en feil som forutsetningsvis kunne ha virket inn på avgjørelsens innhold, med den følge at forordningen var blitt kjent ugyldig av EU-domstolen, er dette likevel en tilnærming som er fremmed for norsk rett. Etter min oppfatning er det vanskelig å forene dette med effektivitetsprinsippet. Det følger av dette at jeg er av den oppfatning at EU-domstolen verken bør eller vil la seg overbevise om den i en sak om statlig erstatningsansvar skulle bli møtt med henvisninger til denne dommen.

9 Erstatningskravet

9.1 Utgangspunktet: Krav på full erstatning

9.1.1 Effektivitetsprinsippet og kravet til «passende» erstatning

Dersom de ovenfor omtalte ansvarsvilkår alle er oppfylt, har skadelidte et EU/EØS-basert krav på erstatning.¹⁶¹⁷ Fastsettelsen av erstatningen er i utgangspunktet overlatt til nasjonal rett, men her som ellers innenfor de skranker som følger av effektivitets- og ekvivalensprinsippet.¹⁶¹⁸

Effektivitetsprinsippets betydning for erstatningsutmålingen har EU-domstolen etter *Brasserie du Pêcheur/Factortame* gjentatte ganger formulert som et krav til at erstatningen «skal stå i passende forhold til det lidte tab».¹⁶¹⁹ I de franske versjonene av avgjørelsene heter det at erstatningen må være «adéquate». Umiddelbart *kan* dette forstås slik at et utgangspunkt om mindre enn full erstatning vil kunne aksepteres. En viss støtte for en slik tolkning finnes i *AGM*, hvor EU-domstolen begrenset seg til å påpeke at det ikke kan aksepteres at tapt fortjeneste «fuldstendig udelukkes fra de tab, der kan kræves erstattet» (avsnitt 82) og konkluderte med at EU-retten:

«ikke er til hinder for, at der efter en medlemsstats nationale ret gælder særlige betingelser vedrørende erstatning for andre skader end person- eller tingsskader, forudsat at betingelserne er udformet således, at de ikke i praksis gør det umuligt eller urimelig vanskelig at opnå erstatning».

Med tanke på EUs eget erstatningsansvar er det imidlertid klart nok at utgangspunktet er et krav om full erstatning,¹⁶²⁰ noe som er en naturlig følge av at dette må kunne karakteriseres som en av «de almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer», jf. TEUV artikkel 340 annet ledd.¹⁶²¹ Samme utgangspunkt gjelder i henhold til de alminnelige folkerettslige ansvarsreglene.¹⁶²² Kra-

¹⁶¹⁷ Jf. for eksempel *Sutton*, avsnitt 33; *Norbrook Laboratories*, avsnitt 111; *Eman*, avsnitt 70; *FII*, avsnitt 219; *Thin Cap*, avsnitt 123.

¹⁶¹⁸ Jf. *Brasserie de Pêcheur/Factortame*, avsnitt 83.

¹⁶¹⁹ Jf. bl.a. *Brasserie de Pêcheur/Factortame*, avsnitt 82; *Bonifaci*, avsnitt 48; *Palmisani*, avsnitt 26; *Maso*, avsnitt 36; *Fuß*, avsnitt 92.

¹⁶²⁰ Jf. for eksempel forente saker C-104/89 og C-37/90, *Mulder m.fl. mot Rådet og Kommisjonen (dom nr. 1)*, Sml. 1992 s. I-3061 (avsnitt 34): «Størrelsen af de erstatningsbeløb, som Fællesskabet skal betale, skal følgelig svare til de tab, det har forårsaget».

¹⁶²¹ Jf. den utførlige redegjørelsen for rettstilstanden i en rekke europeiske land hos von Bar 2009 s. 912 flg.

¹⁶²² Nå kodifisert i artikkel 35 og 36 i FN's folkerettskommisjons utkast til regler om statsansvar, jf. nærmere Crawford 2002 s. 213 flg.

vet til «passende erstatning» i rettspraksis knyttet til statenes erstatningsansvar, må forstås i lys av at utmålingsspørsmålet i utgangspunktet er overlatt nasjonal rett. Formuleringens opphav i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* tilsier at formålet med den er å balansere forutsetningen om effektiv beskyttelse av EU-baserte rettigheter med anerkjennelsen av at det i erstatningsutmålingen må kunne sees hen til eventuell medvirkning og/eller brudd på tapsbegrensningsplikten.¹⁶²³ *Utgangspunktet* er krav på full erstatning. For EØS-baserte erstatningskrav i norske domstoler følger dette uansett av ekvivalensprinsippet i kombinasjon med etablert norsk erstatningsrett.

Det kan nevnes at generaladvokat Mischo i sin innstilling i *Francovich* tok til orde for et ganske annet utgangspunkt da han argumenterte for at nasjonale domstoler kunne fastsette erstatningen basert på en rimelighetsvurdering («ex aequo et bono», jf. avsnitt 33 og 80). Det er mulig det var dette som ledet til at generaladvokat Léger i *Hedley Lomas* fremhevet at «[i] tilfælde af, at staten er ansvarlig for overtrædelse af fællesskabsretten, skal skadelidte have *fuld* erstatning» (avsnitt 186, kursivering i original) og at generaladvokat Tesaro i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* påpekte at «erstatningen for tabet ikke må være rent symbolsk, men skal modsvare det lidte tab» (avsnitt 109). Kort tid senere understreket også generaladvokat Cosmas i *Bonifaci* at erstatningen må være «fuldstændig, i den forstand, at den skal gøre det muligt fuldt ut at råde bod på det faktiske tab, de begunstigede har lidt som følge af traktatbruddet» (avsnitt 63).

9.1.2 Gjenoppretting in natura som alternativ til penger

Av den omstendighet at fastsettelsen av erstatningen i utgangspunktet er overlatt til nasjonal rett, følger naturlig at dette også gjelder spørsmålet om skadelidte kan kreve, eller eventuelt må avfinne seg med, gjenoppretting in natura. EU-domstolen forutsatte i realiteten dette allerede i *Bonifaci*, *Palmisani* og *Maso*, da den i prinsippet aksepterte at italienske myndigheter oppfylte *Francovich* ved å gjennomføre konkursgarantidirektivet med tilbakevirkende kraft.¹⁶²⁴ Tilnærmingen ble bekreftet i *Fuß*, hvor det var spørsmål om en tilstrekkelig kvalifisert overtredelse av arbeidstidsbestemmelsene i direktiv 2003/88 utløste et krav på økonomisk kompensasjon (les: overtidsbetaling) eller om brannvesenet i stedet kunne tilby avspasering. EU-domstolen nøyde seg med å påpeke at begge alternativene fremstod som fullt forenlige med effektivitetsprinsippet og tilføyde at det ikke er grunnlag for å hevde at EU-retten foretrekker den ene erstatningsform fremfor den annen (avsnitt 95-96). Standpunktet ble knyttet opp mot direktivet, men ettersom det ble begrunnet med fraværet av særregulering av spørsmålet må det antas at det har generell gyldighet: Det er unntak fra utgangspunktet om nasjonal valgfrihet mellom naturaloppgjør og økonomisk kompensasjon som krever en særskilt begrunnelse.

¹⁶²³ Jf. *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 82-85.

¹⁶²⁴ Jf. *Bonifaci*, avsnitt 51; *Palmisani*, avsnitt 35 og *Maso*, avsnitt 39.

I mange EØS-stater på kontinentet er gjenoppretting in natura fremdeles det prinsipielle utgangspunkt, jf. for eksempel BGB §§ 249-251.¹⁶²⁵ Dette gjelder tilsvarende for de folkerettslige ansvarsreglene, jf. nå artikkel 35 og 36 i FN's folkerettskommisjons utkast til regler om statsansvar. I PEL bok VI artikkel 6:101er «reparation in kind» og «compensation» likestilt, mens utgangspunktet i PETL artikkel 10:101 er erstatning i form av penger (men med «restoration in kind» som alternativ, jf. artikkel 10:104). Den praktiske betydningen av den valgfrihet som EU-domstolen her innrømmer EØS-statene er imidlertid nokså begrenset for EU/EØS-ansvarets vedkommende, ettersom det stort sett er snakk om skader i form av rene formuestap. Helt upraktisk er det likevel ikke, jf. nevnte *Fuß*. I tysk rett har dommen ledet til en rekke erstatningssøksmål fra ansatte i brann- og redningstjenestene som har vært pålagt direktivstridige vaktplaner. Tyske domstoler har fastholdt avspasering som utgangspunkt, men åpnet for erstatning i form av overtidsbetaling i tilfeller hvor det av beredskapsgrunner ikke er mulig å tilby avspasering innen ett år, jf. flere dommer fra Bundesverwaltungsgericht 26. juli 2012 (bl.a. i sak BVerwG 2 C 70/11 og sak BVerwG 2 C 34/11).

For norske rett er dette likevel av begrenset praktisk betydning – som EU-domstolen påpekte i *Fuß* krever ekvivalensprinsippet her som ellers likebehandling av EU-baserte erstatningskrav og sammenlignbare erstatningskrav basert på nasjonal rett (avsnitt 95), noe som i utgangspunktet innebærer at skadelidte for norske domstoler verken kan kreve eller må avfinne seg med gjenoppretting in natura.¹⁶²⁶

9.1.3 Særlig om renter

I saker som gjaldt nasjonale myndigheters urettmessige oppkreving av avgifter til EU, antok EU-domstolen opprinnelig at det i mangel av EU-rettslig regulering var opp til nasjonal rett å avgjøre om saksøker kunne kreve renter av beløpet. Dersom nasjonale domstoler avviste krav om renter i et slikt tilfelle, var det ikke anledning til å anføre dette som et erstatningsrettslig relevant tap som kunne kreves dekket gjennom et etterfølgende erstatningssøksmål mot Kommisjonen.¹⁶²⁷ Gjennom senere rettspraksis er det imidlertid klart at denne tilnærmingen er forlatt, så vel med tanke på tilbakesøkingstilfellene som i erstatningsrettslig sammenheng. For tilbakesøkingstilfellene kom omslaget i *Metallgesellschaft*, hvor EU-domstolen slo fast at saksøkernes EU-baserte krav på tilbakebetaling av skatt oppkrevd i strid med EU-retten, måtte inkludere renter.¹⁶²⁸ Den nærmere beregning av rentene, herunder spørsmålet om det er tilstrekkelig med simple renter eller om det også kan kreves rentesrente, er imidlertid

¹⁶²⁵ Se nærmere von Bar 2009 s. 912 flg., som omtaler forholdet mellom naturaloppgjør og erstatning i form av penger i en rekke ulike EU-land.

¹⁶²⁶ Jf. Lødrup/Kjelland 2009 s. 447 og Nygaard 2007 s. 66.

¹⁶²⁷ Se sak 26/74, *Roquette frères mot Kommisjonen*, Sml. 1976 s. 677 (avsnitt 12-14).

¹⁶²⁸ Forente saker C-397/98 og C-410/98, *Metallgesellschaft m.fl. mot Commissioners of Inland Revenue*, [A5] Sml. 2001 s. I-1727 (avsnitt 87-89). Standpunktet er fulgt opp i sak C-591/10, *Littlewoods Retail m.fl. mot Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs*, [SK] dom 19. juli 2012, hvor EU-domstolen slo fast at «at der af EU-retten kan udledes et princip om, at medlemsstaterne er forpligtede til at tilbagebetale de afgiftsbeløb, som er opkrævet i strid med EU-retten, med renter» (avsnitt 26).

fremdeles overlatt til nasjonal rett, men med den presisering at nasjonale domstoler må påse at det sikres «en passende kompensasjon».¹⁶²⁹ I erstatningsrettslig sammenheng blir innfallsvinkelen noe annerledes fordi renter her inngår som en naturlig del av et krav på full erstatning.¹⁶³⁰ EU-domstolen påpekte dette i *Marshall*, da den uttalte at «full erstatning» for en kjønnsdiskriminerende og derfor direktivstridig avskjedigelse «ikke kan udelade faktorer som f.eks. den tid, der er gået, hvorved værdien af erstatningen reelt kan blive reduceret».¹⁶³¹ EU-domstolene har fulgt opp dette standpunktet i saker som gjelder EUs eget erstatningsansvar.¹⁶³² Fra praksis som direkte gjelder statlig erstatningsansvar, følger det mer eller mindre klart av bl.a. *Sutton, Evans, FII, N, Thin Cap* og *CFC* at erstatningsutmålingen må ta høyde for tap som skyldes at et pengebeløp ikke har stått til skadelidtes disposisjon.¹⁶³³ Om kompensasjonen betegnes som renter eller ikke, er i denne sammenheng uten interesse.¹⁶³⁴ Spørsmålet må uansett, som påpekt av Høyesterett i Rt. 2002 s. 71, avgjøres på bakgrunn av vanlige erstatningsrettslige regler (s. 76). Av dette følger også at målestokken for erstatningsutmålingen er skadelidtes faktiske tap.¹⁶³⁵ Den omstendighet at erstatningsutmålingen som utgangspunkt er overlatt til nasjonal rett og at EU-domstolen har nøydt seg med å kreve at erstatningen står i et «passende forhold» til det lidte tap (jf. punkt 9.1.1) tilsier imidlertid at det nok er rom for en viss standardisering, eksempelvis ut fra det som Høyesterett i Rt. 2002 s. 71 omtalte som en «normalpris» på penger i det aktuelle typetilfellet (s. 77).¹⁶³⁶ Rentetap i perioden etter påkrav, reguleres i norsk rett på presumtivt EØS-konformt vis av renteloven §§ 2 og 3.

¹⁶²⁹ Jf. sak C-591/10, *Littlewoods Retail m.fl. mot Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs*, [SK] dom 19. juli 2012 (avsnitt 29). Sml. i norsk sammenheng Rt. 1994 s. 25.

¹⁶³⁰ Jf. også artikkel 38 nr. 1 første punktum i FNs folkerettskommisjons utkast til regler om statsansvar: «Interest on any principal sum payable under this Chapter shall be payable when necessary in order to ensure full reparation».

¹⁶³¹ Sak C-271/91, *Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (II)*, Sml. 1993 s. I-4367 (avsnitt 31).

¹⁶³² Se for eksempel sak C-308/87, *Grifoni mot Euratom (dom nr. 2)*, [A5] Sml. 1994, s. I-341 (avsnitt 40) og forente saker C-104/89 og C-37/90, *Mulder m.fl. mot Rådet og Kommisjonen (dom nr. 2)*, [A3] Sml. 2000 s. I-203 (avsnitt 214 flg.).

¹⁶³³ Jf. *Sutton*, avsnitt 28 flg.; *Evans*, avsnitt 65 flg., jf. avsnitt 84; *FII*, avsnitt 205 flg.; *N*, avsnitt 56 flg.; *Thin Cap*, avsnitt 112 og *CFC*, avsnitt 114. Se også forente saker C-295/04 m.fl., *Manfredi mot Lloyd*, [A5] Sml. 2006 s. I-6619 (avsnitt 95) (som riktignok gjaldt privates erstatningsansvar for brudd på EU-konkurranseretten), samt generaladvokat Jacobs i *Lindöpark* (avsnitt 81) og generaladvokat Wathelets innstilling 13. desember 2012 i sak C-565/11, *Irimie mot Administrația Finanțelor Publice Sibiu* (avsnitt 32-33).

¹⁶³⁴ Jf. *Evans*, avsnitt 70: «Herved kan medlemsstaterne frit, med henblik på at kompensere det tab, som skadelidte har lidt som følge af den tid, der er forløbet, vælge mellem at betale rente eller at udbetale et samlet erstatningsbeløb, der tager den forløbne tid i betragtning.»

¹⁶³⁵ Jf. også artikkel 38 nr. 1 annet punktum i FNs folkerettskommisjons utkast til regler om statsansvar: «The interest rate and mode of calculation shall be set so as to achieve that result [full reparation]»

¹⁶³⁶ Se nå også Rt. 2010 s. 816 *Opplandskraft* (avsnitt 75-78). Etter omstendighetene kan det også bli aktuelt mer erstatning for inflasjonstap, jf. bl.a. Rt. 1978 s. 25 og nærmere Nygaard 2007 s. 89.

Av EØS-relatert praksis fra norske domstoler er det i denne sammenheng grunn til å nevne Oslo tingretts dom 4. februar 2009 i saken *General Motors mot Staten v/Finansdepartementet* (TOSLO-2007-81322). Saken er omtalt i kapittel 8, punkt 8.5. Det får i denne sammenheng være tilstrekkelig å påpeke at tingretten med rette avviste statens oppfatning av at den standardiserte avsavnsrenten etter skattebetalingsloven måtte anses uttømmende og i stedet la til grunn at det forelå et EØS-basert krav på erstatning for «adekvate og påregnelige kapitalkostnader selskapet er påført ved ikke å kunne disponere de aktuelle pengene i trekkperioden».

9.1.4 Bevissspørsmål

Erstatningsutmålingen forutsetter en sammenligning av skadelidtes faktiske situasjon etter myndighetenes rettsstridige handlinger og den hypotetiske situasjon skadelidte ville befunnet seg i om bruddet på EØS-retten tenkes borte.¹⁶³⁷ Med tanke på EU-institusjonenes ansvar opererer EU-domstolene i utgangspunktet med samme strenge beviskrav for tapets størrelse som for skadens eksistens (se kapittel 5). Dersom saksøker først har lyktes med å føre bevis for at det foreligger en reell og sikker skade, er det imidlertid visse holdepunkter i EU-domstolenes rettspraksis for at man lempet noe på beviskravet knyttet til skadens eksakte omfang.¹⁶³⁸ Som en følge av det lavere beviskrav som gjelder i norsk rett, er det imidlertid liten grunn til å anta at dette er av praktisk betydning for norske domstolers håndtering av EØS-baserte erstatningskrav.

9.1.5 Erstatning for ikke-økonomiske skader

For ikke-økonomisk skade synes erstatningsutmålingen basert på en temmelig fri vurdering av hva EU-domstolene anser som rimelig. Det mest praktiske med tanke på EØS-statenes ansvar for overtredelser av EU/EØS-retten er trolig rettsstridige advarsler mot markedsaktører fra andre EØS-stater som har en slik form at de også er egnet til å skade aktørenes gode navn og rykte. Avgjørelser som *Embassy Limousines*, *New Europe Consulting* og *Idromacchine* antyder her er erstatningsnivå i størrelsesorden 20.000 til 100.000 euro.¹⁶³⁹ Det er følgelig langt fra snakk om rent symbolske sum-

¹⁶³⁷ Fra EU-domstolens praksis knyttet til EUs eget erstatningsansvar kan det for eksempel vises til forente saker C-104/89 og C-37/90, *Mulder m.fl. mot Rådet og Kommisjonen (dom nr. 1)*, Sml. 1992 s. I-3061 (avsnitt 26). I norsk sammenheng kan det vises til Rt. 2005 s. 65 *KILE-dommen* (avsnitt 45).

¹⁶³⁸ Se for eksempel forente saker C-104/89 og C-37/90, *Mulder m.fl. mot Rådet og Kommisjonen (dom nr. 2)*, [A3] Sml. 2000 s. I-203 (avsnitt 63-65) og, forutsetningsvis, den i kapittel 5, punkt 5.7.2.3, omtalte sak C-243/05 P, *Agraz mot Kommisjonen*, [A3] Sml. 2006 s. I-10833 (avsnitt 27 flg.). Fra Underrettens praksis de senere år kan det vises til sak T-452/05, *Belgian Sewing Thread mot Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-1373 (avsnitt 168) og den skjønsmessige erstatningsutmålingen i sak T-19/07, *Systran mot Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-6083 (avsnitt 306 flg.).

¹⁶³⁹ Jf. sak T-203/96, *Embassy Limousines mot EU-parlamentet*, Sml. 1998 s. II-4239 (320.000 belgiske franc); sak T-231/97, *New Europe Consulting og Brown mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. II-2403 (hhv. 100.000 og 20.000 euro) og sak T-88/09, *Idromacchine mot Kommisjonen*, dom 8. november 2011 (20.000 euro, påanket).

mer, men vel heller ikke noe avskrekkende høyt nivå. Kriterier for utmålingen søker man imidlertid nokså forgjeves etter i EU-domstolens praksis.

Et visst unntak er riktignok *Idromacchine*, hvor saksøkerne argumenterte for at en passende erstatning for ikke-økonomisk skade på selskapets gode navn og rykte burde ligge i størrelsesorden 30-50 prosent av det angivelige økonomiske tapet på over 5 millioner euro, altså et sted mellom 1,6 og 2,7 millioner euro. Underretten hadde åpenbart lite til overs for dette fremstøtet og påpekte at saksøkerne «ikke fremført noget argument eller bevis for, at et sådant beløp vil udgøre en retfærdig erstatning for skaden på Idromacchines image og omdømme» (avsnitt 74). Underretten la til at det ikke var riktig at Kommisjonen hadde fremsatt de uriktige opplysningene om selskapet ved gjentatte anledninger, at det ikke var anført at et beløp i denne størrelsesorden stod i forhold til selskapets bestrebelser på å gjenopprette sitt gode navn og rykte, at beløpet utgjorde i størrelsesorden 12-20 ganger selskapets gjennomsnittlige fortjeneste for årene før Kommisjonen fremsatte de uriktige opplysningene og at selskapet «i vid udstrækning» kunne ha begrenset skadevirkningene gjennom å informere potensielle kunder om at italienske sertifiseringsmyndigheter hadde bekreftet at de opplysninger som Kommisjonen hadde offentligjort, ikke var korrekte (avsnitt 71-74). På denne bakgrunn fant Underretten at 20.000 euro utgjorde «en rimelig godtgørelse» («un dédommagement équitable») (dommen er påanket).

9.2 Skadelidtes tapsbegrensningsplikt

9.2.1 Innledning

Nasjonale domstoler kan, i henhold til «en almindelig retsgrundsætning, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer», gjøre unntak fra utgangspunktet om full erstatning dersom ikke skadelidte «på passende måte» har søkt å begrense skadens omfang, jf. *Brasserie du Pêcheur/Factortame* (avsnitt 84-85). Den nærmere vurdering av dette spørsmålet er overlatt nasjonal erstatningsrett, med de begrensninger som følger av ekvivalensprinsippet og effektivitetsprinsippet.

9.2.2 Generelt om EØS-rettens føringer for vurderingen av skadelidtes tapsbegrensningsplikt

Som for medvirkningsreglene må det kunne legges til grunn at EØS-retten ikke skaper utfordringer for en rimelig anvendelse av etablerte norske regler om skadelidtes tapsbegrensningsplikt. Også på dette punkt gir EU-domstolens praksis knyttet til EUs ansvar anvisning på utpreget konkrete vurderinger av om skadelidte «på passende måte» har søkt å begrense skadens omfang, noe som tilsier at EU-domstolen må akseptere at nasjonale domstoler tilnærmer seg problematikken på samme vis.

En sentral avgjørelse knyttet til EUs eget erstatningsansvar er *Mulder*, hvor EU-domstolen påpekte at det i erstatningen ikke bare måtte gjøres fratrukk for de inntek-

ter som saksøkerne faktisk hadde hatt fra andre aktiviteter, men også inntekter som de «havde kunnet indtjene, såfremt de på fornuftig vis hadde igangsatt en sådan virksomhed».¹⁶⁴⁰ Da partene ikke kom til enighet om erstatningsutmålingen, fulgte EU-domstolen opp med en temmelig konkret vurdering av spørsmålet.¹⁶⁴¹

Et annet eksempel gir alt omtalte *Fresh Marine*, hvor Kommisjonen anførte at selskapet ikke hadde overholdt tapsbegrensningsplikten fordi man hadde innstilt eksporten av laks til EU. Straffetollen var pålagt selskapet selv (ikke kundene) og i følge Kommisjonen burde selskapet fortsatt å eksportere laks til uendrede priser mot å opprette en bankgaranti som dekket betalingsforpliktelsene dersom selskapets ugyldighets-søksmål ikke førte frem. Underretten var imidlertid av den oppfatning at selskapet hadde utvist «rimelig omhu» i sitt forsøk på å begrense skaden. Om selskapet hadde fulgt Kommisjonens forslag, ville det «udsætte sig for en usædvanlig stor forretningsmessig risiko, der overskrider det risikoniveau, der er forbundet med enhver forretningsmessig aktivitet».¹⁶⁴² I følge Underretten hadde selskapet ikke andre muligheter enn å prise inn tollene. Ettersom en slik prisøkning ville gjøre det umulig å konkurrere mot eksportører som ikke var pålagt straffetoll, kunne det ikke anses som noe brudd på tapsbegrensningsplikten at man innstilte eksporten. Kommisjonen angrep denne vurderingen i sin anke til EU-domstolen, men EU-domstolen stadfestet Underrettens vurdering under henvisning til at det ikke var påvist feil som var omfattet av dens kompetanse som ankeinstans.¹⁶⁴³ EU-domstolens tilbakeholdenhet underbygger inntrykket av at vurderingen av om skadelidte «på passende måte» har søkt å begrense skadens omfang er utpreget konkret og derfor i praksis overlatt den domstol som har full kompetanse til å prøve spørsmålet (Underretten i saker om EUs erstatningsansvar; nasjonale domstoler i saker som gjelder EØS-statenes ansvar).

Et omstridt spørsmål knyttet til tapsbegrensningsplikten gjelder markedsaktørers eventuelle plikt til å forsøke å velte oppståtte tap over på kundene. Praksis knyttet til krav om tilbakebetaling av EU/EØS-stridig oppkrevde skatter og avgifter viser at myndighetene kan anføre at kostnadene faktisk *er* veltet over på senere omsetningsledd.¹⁶⁴⁴ I erstatningsrettslig sammenheng følger dette allerede av utgangspunktet om at skadelidte skal ha verken mer eller mindre enn full erstatning for sitt faktiske tap. I

¹⁶⁴⁰ Forente saker C-104/89 og C-37/90, *Mulder m.fl. mot Rådet og Kommisjonen* (dom nr. 1), Sml. 1992 s. I-3061 (avsnitt 33).

¹⁶⁴¹ Forente saker C-104/89 og C-37/90, *Mulder m.fl. mot Rådet og Kommisjonen* (dom nr. 2), [A3] Sml. 2000 s. I-203 (avsnitt 168 flg.).

¹⁶⁴² Sak T-178/98, *Fresh Marine mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-3331 (avsnitt 124, jf. avsnitt 121).

¹⁶⁴³ Sak C-472/00 P, *Kommisjonen mot Fresh Marine*, [P] Sml. 2003 s. I-7541 (avsnitt 45-48).

¹⁶⁴⁴ Jf, fra den senere tid, sak C-398/09, *Lady & Kid m.fl. mot Skatteministeriet*, [SK] dom 6. september 2011 (avsnitt 18 flg., med videre henvisninger til tidligere avgjørelser). Fra norsk rettspraksis kan det vises til Rt. 2008 s. 738 *KLM*.

Ireks-Arkady og *Interquell Stärke-Chemie* gikk imidlertid EU-domstolen ett skritt videre da den uttalte at det måtte sees hen til om de rettstridig tilbakeholdte subsidiene kunne vært overveltet på kundene.¹⁶⁴⁵ I begge sakene fant imidlertid domstolen at markedssituasjonen tilsa at så ikke var tilfellet. Dersom spørsmålet skulle komme på spissen, kan det rettes tungtveiende innvendinger mot en tilnærming som i realiteten pålegger markedsaktørene å frita myndighetene fra deres erstatningsansvar gjennom en plikt til å velte tapene over på egne kunder.¹⁶⁴⁶

9.2.3 Særlig om krav til bruk av klagemuligheter og rettsmidler

Allerede i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* fremhevet EU-domstolen at nasjonale domstoler «navnlig» kan undersøke «om skadelidte i rette tid har gjort bruk af alle de rettsmidler, der stod til hans disposition» (avsnitt 84). I tilfeller hvor en skade beror på vedtak av offentlig myndighet, åpner skadeserstatningsloven § 2-2 nr. 2 uttrykkelig for en slik vurdering: Ansvarer kan lempes dersom skadelidte uten rimelig grunn har latt være å forsøke å få endret vedtaket. Betydningen av denne bestemmelsen er imidlertid begrenset: I norsk rett er det først og fremst prosessuelle begrensninger i adgangen til å reise erstatningssøksmål som fremtvinger bruk av klagemuligheter. Sentral her er forvaltningsloven § 27b, hvoretter et forvaltningsorgan kan bestemme at søksmål om gyldigheten av forvaltningsvedtak eller krav om erstatning som følge av vedtaket ikke skal kunne reises uten at parten har nyttet sin adgang til å klage over vedtaket, og at klagen er avgjort av den høyeste klageinstans som står åpen.¹⁶⁴⁷ Bestemmelsen suppleres av særlovgivning som på ulike områder krever at klageadgangen alltid er utnyttet.¹⁶⁴⁸ Dersom det klages for sent er søksmålsadgangen avskåret, jf. Rt. 2008 s. 478 og Rt. 2012 s. 1476 [U]. Helt uten betydningen er den materielle lempingsbestemmelsen i skadeserstatningsloven § 2-2 nr. 2 likevel ikke: Det er langt fra sikkert at alle forvaltningsorganer alltid gjør bruk av forvaltningsloven § 27b.¹⁶⁴⁹

Dersom bruk av klagemulighetene ikke fører frem, er det antatt i litteraturen at det «vanligvis» ikke kan utledes noe krav om at skadelidte må reise søksmål om vedtakets gyldighet for å oppfylle tapsbegrensningsplikten.¹⁶⁵⁰ I visse tilfeller vil imidlertid

¹⁶⁴⁵ Jf. sak 238/78, *Ireks-Arkady mot EF*, Sml. 1979 s. 2955 (avsnitt 14) og forente saker 261/78 m.fl., *Interquell Stärke-Chemie m.fl. mot EF*, Sml. 1979 s. 3045 (avsnitt 17).

¹⁶⁴⁶ Jf. Toth 1997 s. 189: «This flies in the face of all accepted principles of the law on liability». Det bør nevnes at Strand 2012 s. 398-399 synes å være av en annen oppfatning.

¹⁶⁴⁷ Bestemmelsen ble vedtatt ved tvisteloven av 2005, men viderefører i det alt vesentligste den tidligere bestemmelsen i tvistemålsloven av 1915 § 437, jf. nærmere i Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 344-345.

¹⁶⁴⁸ Se for eksempel pasientskadeloven § 18, jf. Rt. 2012 s. 1476 [U].

¹⁶⁴⁹ Et eksempel er Rt. 2002 s. 683 *Vassøy Canning*, men i den konkrete saken avviste Høyesterett at manglende utnyttelse av klagemuligheten kunne tillegges noen betydning for retten til å kreve erstatning (s. 695).

¹⁶⁵⁰ Slik Engstrøm 2010 s. 91.

en slik plikt følge av prosessregler som stiller opp særskilte søksmålsfrister for å angripe et vedtak, ettersom slike ikke kan omgås bare ved å omformulere kravet som et erstatningskrav.¹⁶⁵¹ Med utgangspunkt i Rt. 2006 s. 1265 og Rt. 2006 s. 1281 gjelder dette likevel ikke for erstatningssøksmål begrunnet med forhold som ligger utenfor selve vedtaket, jf. *Edquist* (avsnitt 59-60). Systembetragtninger tilsier at unnlatsen av å anlegge søksmål i et slikt tilfelle heller ikke kan lede til avkorting av erstatningen i henhold til skadeserstatningsloven § 2-2 nr. 2.¹⁶⁵²

Foruten spørsmål om klage og/eller søksmål kan det oppstå spørsmål om skadelidtes tapsbegrensningsplikt krever at det begjæres midlertidig forføyning mot iverksetting av vedtaket, jf. tvisteloven kapittel 34. Denne muligheten står (selvsagt) åpen selv om forvaltningen gjør bruk av forvaltningsloven § 27b.¹⁶⁵³ Ordlyden i skadeserstatningsloven § 2-2 nr. 2 tilsier at det nok er tvilsomt om bestemmelsen omfatter bruk av rettsmidler for å få stanset iverksettelsen av et vedtak, men dette er uansett uten praktisk betydning ettersom vurderingen må bli den samme ut fra alminnelige regler om skadelidtes tapsbegrensningsplikt. Selv om det nok skal en del til, kan det etter omstendighetene være rimelig å forvente at en profesjonell markedsaktør som rammes av det som hevdes å være et EØS-stridig vedtak, begjærer midlertidig forføyning mot iverksetting av vedtaket for å forhindre eller begrense skaden.

Utenfor vedtakstilfellene er det i alle tilfelle de alminnelige regler om skadelidtes tapsbegrensningsplikt som kommer til anvendelse. Vurderingstemaet er imidlertid det samme: Har skadelidte uten rimelig grunn latt være å forsøke å få endret det som hevdes å være EØS-stridige handlinger fra det offentlige? Selv om terskelen kanskje er noe høyere enn i vedtakstilfellene, kan det nok være rimelig å forvente at en profesjonell markedsaktør som for eksempel rammes av det som oppfattes som EØS-stridig lovgivning, påkaller domstolens hjelp for å forhindre eller begrense skaden.

Med tanke på det særegne domstolsansvaret, følger en plikt til å anvende rettsmidler mot den påstått skadevoldende rettsavgjørelse av søksmålsbetingelsene nedfeldt i domstoloven § 200 tredje ledd: Erstatningssøksmål om en tjenestemanns eller det

¹⁶⁵¹ Jf., med henblikk på skattebetalingsloven (1952) § 48 nr. 5, Rt. 2006 s. 1265 (avsnitt 39) og Rt. 2010 s. 1500 (avsnitt 60). Se også, med tanke på den tilsvarende problemstilling knyttet til tilbakesøkningskrav, Rt. 2010 s. 1500 (avsnitt 64) og nå også Rt. 2012 s. 799 [U]. Se tilsvarende for dansk rett Fenger 2011 s. 99.

¹⁶⁵² Selv om forholdet til skadeserstatningsloven § 2-2 nr. 2 ikke omtales i tvistelovens forarbeider, bærer departementets vurdering av søksmålsfrister preg av at man neppe ser for seg at den materielle lempingsbestemmelsen skal tilføye noe i sakens anledning: Drøftelsene i Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 345 forutsetter nokså klart at avveiningen av skadelidtes og det offentliges interesser skal skje gjennom utforming av eventuelle søksmålsfrister i særlovgivningen.

¹⁶⁵³ Noe som også presiseres i Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 344.

offentliges ansvar i anledning av rettslige avgjørelser kan som hovedregel ikke reises uten at avgjørelsen er opphevet eller forandret.¹⁶⁵⁴

Sammenlignet med bl.a. tysk rett fremstår særlig de norske kravene til bruk av foreliggende søksmålsmuligheter som nokså lempelige. Av BGB § 839 tredje ledd følger det at skadelidte taper sitt erstatningskrav dersom vedkommende forsettlig eller uaktsomt har unnlatt å avverge skaden gjennom bruk av rettsmidler. Det må imidlertid tas med i betraktningen at man i Tyskland har egne forvaltningsdomstoler og at kostnadene ved å angripe en forvaltningsavgjørelse gjennom søksmål er langt lavere enn i Norge.

Spørsmålet er så om effektivitetsprinsippet har merkbare følger for norsk rett på dette punkt. Som fremstillingen av de norske reglene ovenfor vil ha vist, oppstår det her dels spørsmål om effektivitetsprinsippets føringer for prosessuelle regler (som forvaltningsloven § 27b) og dels spørsmål om prinsippets betydning for materielle regler om skadelidtes tapsbegrensningsplikt (som skadeserstatningsloven § 2-2 nr. 2). Umiddelbart er det nærliggende å anta at effektivitetsprinsippets rekkevidde ikke kan avhenge av om en EØS-stat håndhever en eventuell plikt til bruk av klage- og søksmålsmuligheter gjennom prosessuelle eller materielle regler. Indirekte vil nok denne sondringen likevel kunne få betydning. Materielle regler om tapsbegrensningsplikt gir gjerne anvisning på mer skjønnspregete avveininger hvor man vil kunne legge en viss vekt på at skadelidte uten rimelig grunn ikke har utnyttet foreliggende klage- og søksmålsmuligheter, uten derved å måtte forkaste erstatningskravet i dets helhet. Prosessforutsetninger er til sammenligning av mer absolutt karakter, noe som kanskje kan lede til at anvendelse av dem lettere kan havne i et problematisk forhold til effektivitetsprinsippet. Mot dette kan det imidlertid med styrke innvendes at eventuell tilsidesettelse av prosessforutsetninger som krav til bruk av klagemuligheter (innen nærmere angitte frister) vil kunne ha langt større og temmelig uoversiktlige konsekvenser for nasjonale myndigheter enn konsekvensene av at man må ta hensyn til effektivitetsprinsippet i erstatningsutmålingen i saker som er anlagt rettidig. Klage- og søksmålsfrister er i større grad begrunnet i hensynet til forutberegnelighet og rettsfred enn skjønnsbaserte utmålingsregler. Som påpekt i kapittel 3, punkt 3.5, er dette noe EU-domstolen tar hensyn til: Domstolens tilnærming til nasjonal prosessrett kjennetegnes av en konkret avveining av hensynet til EU-rettsens effektive gjennomslag i det aktuelle typetilfellet og de hensyn som ligger til grunn for de nasjonale prosessregler som hevdes å gjøre håndhevelsen av EU-retten uforholdsmessig vanskelig.

Til tross for at EU-domstolen selv betrakter spørsmålet om skadelidte «i rette tid har gjort brug af alle de retsmidler, der stod til hans disposition» som en del av skadelid-

¹⁶⁵⁴ Dette utgangspunktet fravikes bare dersom avgjørelsen er bortfalt med den virkning at rettidig anke mot den ikke kunne tas under behandling eller avgjøres (bokstav b), eller tjenestemannen ved dom er kjent skyldig i straffbart forhold ved avgjørelsen (bokstav c).

tes tapsbegrensningsplikt, tilsier tilnærmingen til denne problematikken i norsk rett at dette her til lands først og fremst er et spørsmål om effektivitetsprinsippets betydning for nasjonal prosessrett (se kapittel 10). I herværende sammenheng får det være tilstrekkelig å vise til at i den grad det norsk rett åpner for å ta hensyn til manglende bruk av klage- og søksmålsmuligheter i henhold til skadeserstatningsloven § 2-2 nr. 2 og/eller alminnelige regler om skadelidtes tapsbegrensningsplikt, så må dette på EØS-ansvarets område skje på et vis som ikke fratar skadelidte hans rett til en erstatning som står «i passende forhold til det lidte tab», jf. punkt 9.3 nedenfor om det tilsvarende vurderingstema knyttet til skadelidtes medvirkning. Det bør imidlertid legges til at dersom årsaken til at spørsmålet kommer på spissen i en EØS-sak er at effektivitetsprinsippet er til hinder for å anvende prosessuelle begrensninger i adgangen til å reise erstatningssøksmålet (se kapittel 10), så kan man ikke «nulle ut» dette gjennom harhendt håndhevelse av de materielle reglene om skadelidtes tapsbegrensningsplikt.

9.3 Avkorting som følge av skadelidtes medvirkning

9.3.1 Innledning

Det kan gjøres unntak fra utgangspunktet om full erstatning dersom skadelidte ikke «på passende måte har søgt at undgå skaden eller begrense dens omfang», jf. *Brasserie du Pêcheur/Factortame* (avsnitt 84). På fransk heter det at skadelidte må utvise «une diligence raisonnable», noe som er oversatt med «reasonable diligence» på engelsk og «rimlig aktsamhet» på svensk. Som påpekt av EU-domstolen er dette uttrykk for «en almindelig retsgrundsætning, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer» som også gjelder for EU-institusjonenes eget erstatningsansvar i henhold til TEUV artikkel 340 annet ledd.¹⁶⁵⁵ I norsk rett er den generelle regel om skadelidtes medvirkning å finne i skadeserstatningsloven § 5-1. Presiseringen i § 5-1 nr. 2 av at det regnes som medvirkning dersom skadelidte «har latt være i rimelig utstrekning å fjerne eller minske risikoen for skade eller etter evne å begrense skaden» minner sterkt om EU-domstolens formulering av de overordnede vurderingstemaene.

EU-domstolens krav til at skadelidte «på passende måte har søgt at undgå skaden eller begrense dens omfang» antyder en felles tilnærming til skadelidtes medvirkning til skadens inntreden og til den ovenfor i punkt 9.2 omtalte tapsbegrensningsplikten. Prinsipielt bør imidlertid disse problemstillingene holdes atskilt.¹⁶⁵⁶

¹⁶⁵⁵ *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 84, med videre henvisning til forente saker C-104/89 og C-37/90, *Mulder m.fl. mot Rådet og Kommisjonen* (dom nr. 1), Sml. 1992 s. I-3061 (avsnitt 33). Dette gjelder tilsvarende med tanke på privates erstatningsansvar for overtredelse av de EU/EØS-rettslige konkurransereglene, jf. sak C-453/99, *Courage mot Crehan*, [P] Sml. 2001 s. I-6297 (avsnitt 31 flg.).

¹⁶⁵⁶ Jf., i norsk sammenheng, Nygaard 2007 s. 391.

Den nærmere vurdering av om det foreligger medvirkning fra skadelidtes side og hvilke følger det eventuelt skal få for erstatningskravet, er i utgangspunktet overlatt til nasjonal rett. Her som ellers forutsettes det imidlertid at nasjonale erstatningsregler ikke forskjellsbehandler EU/EØS-baserte erstatningskrav (ekvivalensprinsippet) og heller ikke gjør det umulig eller uforholdsmessig vanskelig for skadelidte å oppnå erstatning (effektivitetsprinsippet). I denne sammenheng innebærer effektivitetsprinsippet at nasjonale medvirkningsregler ikke må være til hinder for at skadelidte sikres en erstatning som står «i passende forhold til det lidte tab».¹⁶⁵⁷

I praksis knyttet til statenes erstatningsansvar er *Dillenkofer* eneste sak hvor EU-domstolen har gått nærmere inn på spørsmålet om medvirkning fra de skadelidendes side. Konkret anførte den tyske regjering at forbrukerne hadde opptrådt uaktsomt ved å forhåndsbetale de aktuelle pakkereisene fullt ut, uten å få utstedt gyldige flybilletter mv. Begrunnelsen var at det fulgte av tysk rettspraksis at standardvilkår som foreskrev forhåndsbetaling av pakkereiser ut over ti prosent av kjøpesummen var urimelige og derfor ugyldige. EU-domstolen avviste imidlertid at det kunne betraktes som forsømmelig at saksøkerne ikke hadde gjort bruk av denne muligheten (avsnitt 73). Noen egentlig begrunnelse ble ikke gitt, men vurderingen fremstår som rimelig – det kan ikke forventes at forbrukere på skal sensurere reiseselskapenes standardvilkår.¹⁶⁵⁸

Tilsvarende som for årsaksspørsmålet er det nærliggende å søke etter nærmere veiledning i rettspraksis knyttet til EUs eget erstatningsansvar. Det er imidlertid da viktig å være oppmerksom på redegjørelsen i kapittel 8, punkt 8.4.5, for skadelidtes forsømmelser som «brudd i årsakskjeden»: Dersom skadelidtes forsømmelser er av en slik karakter at det ikke er grunnlag for å pålegge EU-institusjonenes noe ansvar overhodet, så betrakter EU-domstolene dette som et brudd i årsakskjeden snarere enn som et tilfelle av «avkorting til null» som følge av medvirkning.¹⁶⁵⁹

9.3.2 Rettspraksis knyttet til EUs eget erstatningsansvar

En sentral avgjørelse fra EU-domstolens praksis er *Adams*, hvor Kommisjonens erstatningsansvar for å ha frigitt saksdokumenter som avslørte identiteten på en varslers det sveitsiske legemiddelfirmaet Hoffmann-La Roche ble avkortet med 50 prosent

¹⁶⁵⁷ Jf. *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 82, jf. avsnitt 84-85.

¹⁶⁵⁸ Den begrunnelsen som EU-domstolen selv gav for dette standpunktet er det imidlertid vanskelig å følge – domstolen nøyde seg med å vise til at man tidligere i dommen hadde avvist at den nevnte praksis fra BGH kunne betraktes som tilstrekkelig gjennomføring av pakkereisedirektivet i tysk rett (avsnitt 73). Sistnevnte var utvilsomt riktig, men det er vanskelig å se hvordan det kan sluttet herfra og til den konklusjon at det ikke var forsømmelig av forbrukerne ikke å gjøre bruk av den beskyttelse som dommen utvilsomt gav dem.

¹⁶⁵⁹ Sml. fra nyere norsk rettspraksis RG 2009 s. 276 (Borgarting), hvor staten til sist ble frifunnet under henvisning til uaktsom medvirkning fra skadelidtesiden som ifølge lagmannsretten var av en slik karakter at det ikke var rom for noen erstatning. (Anke til Høyesterett nektet fremmet).

som følge av det EU-domstolen betraktet som «uagtsomhed» som «i væsentlig grad» hadde medvirket til at skaden inntrådte.¹⁶⁶⁰ EU-domstolen vektla at Adams ikke hadde informert Kommisjonen om at det var mulig å identifisere ham ut fra de dokumenter som han hadde overlevert til Kommisjonen, at han ikke hadde bedt Kommisjonen om å bli informert om bruken av dokumentene ovenfor Hoffmann-La Roche og at han senere hadde reist tilbake til Sveits, selv om han burde være klar over at hans handlinger var straffbare i henhold til dagjeldende sveitsisk lovgivning. Om man tar i betraktning viktigheten av at konkurransemyndighetene strengt beskytter sine kilder i slike saker, samt den omstendighet at Kommisjonen ikke hadde funnet grunn til å advare Adams da man ble oppmerksom på at det var innledet politietterforskning mot ham i Sveits, så fremstår denne avkortningen som svært streng.

En annen sentral sak av noe nyere dato er *Fresh Marine*.¹⁶⁶¹ En norsk lakseprodusent vant i dette tilfellet frem med at Kommisjonen hadde begått grove saksbehandlingsfeil da det ble innført midlertidig toll på laks selskapet eksporterte til EU. Konkret hadde Kommisjonen, uten å informere selskapet, slettet en rekke oppføringer i en rapport innsendt av selskapet og på dette grunnlag kommet frem til at det var eksportert laks til EU under den fastsatte minstepris. Samtidig påpekte imidlertid Underretten at det var atskillig å utsette på rapporten selskapet hadde sendt Kommisjonen. Oppføringene som Kommisjonen hadde valgt å se bort fra var ment som retting av uriktige oppføringer annetsteds i rapporten, men ifølge Underretten hadde selskapet unnlatt å vedlegge rapporten «uomgængeligt nødvendige oplysninger for forståelsen af de negative værdier heri».¹⁶⁶² Underretten konkluderte med at selskapet hadde gjort seg skyld i en forsømmelse «som en sædvanligt forsigtig og påpasselig erhvervsdrivende ikke ville have udvist» og avkortet på dette grunnlag erstatningen med en halvdel. I ankesaken sluttet EU-domstolen seg til denne vurderingen (avsnitt 66).

En tredje avgjørelse som fortjener oppmerksomhet, er Underrettens dom i *Schneider*.¹⁶⁶³ Saksforholdet er utførlig omtalt i kapittel 8, punkt 8.4.4.7, hvor det også fremgår at EU-domstolen til sist frikjente Kommisjonen under henvisning til at årsakskravet ikke var oppfylt. I herværende sammenheng er det imidlertid Underrettens vurdering av Schneiders medvirkning til den inntrådte skade som interesserer. Under henvisning til at selskapet måtte være kjent med at dets samlede markedsandel etter oppkjøpet ville være av en slik størrelse at det i det minste var fare for at Kommisjonen ville gripe inn, slo Underretten fast at Schneider hadde påtatt seg en risiko og

¹⁶⁶⁰ Sak 145/83, *Adams mot Kommisjonen*, Sml. 1985 s. I-3539 (avsnitt 53-54).

¹⁶⁶¹ Sak C-472/00 P, *Kommisjonen mot Fresh Marine*, [P] Sml. 2003 s. I-7541, som stadfestet Underrettens dom i sak T-178/98, *Fresh Marine mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-3331.

¹⁶⁶² Avsnitt 90, jf. 84 flg., som samlet utvilsomt etterlater inntrykk av at rapporten *Fresh Marine* hadde oversendt Kommisjonen ikke akkurat var selvforklarende.

¹⁶⁶³ Sak T-351/03, *Schneider mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-2237.

derved medvirket til skaden (avsnitt 329-332). Ut fra «sagens omstændigheder» fant Underretten det riktig å avkorte erstatningen med en tredjedel. Underretten understreket samtidig at det ikke var noe å utsette på at Schneider «fuldt lovlig» hadde benyttet seg av unntaket i fusjonskontrollforordningen til å gjennomføre oppkjøpet uten forhåndsgodkjenning, noe som gjør at det fra et norsk perspektiv er temmelig fremmed å karakterisere dette som et spørsmål om medvirkning.

9.3.3 EØS-rettens føringer for norske domstolars vurdering av skadelidtes medvirkning

Selv om *Dillenkofers* er et eksempel på at effektivitetsprinsippet fikk konkrete følger for vurderingen av skadelidtes påståtte medvirkning, så er det neppe grunn til å tro at EØS-retten vil ha særlig stor betydning for norsk rett på dette punkt. Som alt nevnt er effektivitetsprinsippet først trådt for nært dersom skadelidte ikke sikres en erstatning som står i passende forhold til det lidte tap. Praksis knyttet til EUs eget ansvar gir anvisning på utpreget konkrete vurderinger av om skadelidte har medvirket til skaden og hvilke følger det eventuelt skal få, noe som tilsier at EU-domstolen må akseptere at nasjonale domstoler tilnærmer seg problematikken på samme vis.

Støtte for denne oppfatningen finnes i EU-domstolens og EFTA-domstolens vurdering av effektivitetsprinsippets betydning for nasjonale medvirkningsregler i andre sammenhenger. I praksis knyttet til motorvognforsikringsdirektivene er det gjentatte ganger uttalt at nasjonal rett ikke kan frata direktivenes deres effektive virkning ved å vektlegge eventuell medvirkning fra en passasjer på et vis som helt utelukker skadelidtes krav mot trafikksforsikringen, eller som begrenser dette uforholdsmessig.¹⁶⁶⁴ På dette grunnlag la Høyesterett i Rt. 2008 s. 453 *Otterstad* til grunn at effektivitetsprinsippet krever at eventuell medvirkning må være konkret og reelt begrunnet, at det ikke kan gjennomføres avkortning med mer enn der som tilsvarer skadelidtes bidrag til skaden og under enhver omstendighet ikke på en måte som virker sosialt urettferdig eller urimelig (avsnitt 52). I den konkrete saken avkortet Høyesterett erstatningen med 40 prosent som følge av medvirkning – skadelidte kjente risikoen ved promillekjøring

¹⁶⁶⁴ Jf. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i sak E-1/99, *Finanger mot Storebrand*, EFTA Ct. Rep. 1999 s. 119 (avsnitt 34) og EU-domstolens etterfølgende dommer i sak C-537/03, *Candolin m.fl. mot Vahinkovakuutusosakeyhtiö Pohjola*, [A5] Sml. 2005 s. I-5745 (avsnitt 27 flg.); sak C-356/05, *Farrell mot Motor Insurers Bureau of Ireland m.fl.*, [A5] Sml. 2007 s. I-3067 (avsnitt 34 flg.); sak C-409/09, *Lavrador og Bonifácio mot Companhia de Seguros Fidelidade-Mundial*, [A5] Sml. 2011 s. I-4955 (avsnitt 29 flg.) og sak C-300/10, *Almeida mot Companhia de Seguros Fidelidade-Mundial m.fl.*, [SK] dom 23. oktober 2012 (avsnitt 33). Som påpekt i petitavsnittet avslutningsvis i punkt 7.15 kan det hevdes at EFTA-domstolen i *Finanger* blandet sammen spørsmålet om forsikringsdekning (som direktivene regulerer) og spørsmålet om hvilke ansvarsregler som gjelder for trafikkuulykker (som direktivene ikke regulerer). I herværende sammenheng er det imidlertid domstolens mer generelle operasjonisering av effektivitetsprinsippet som interesserer.

og kjøringen fremstod som et fellesprosjekt, men det var ikke dekning for å hevde at han hadde vært en aktiv pådriver for at sjåføren skulle kjøre så fort som han gjorde.

Et annet eksempel er *Kolbeinsson*. Som nevnt (bl.a. i kapittel 7, punkt 7.6.6) konkluderte EFTA-domstolen i dette tilfellet med at islandske erstatningsregler som helt frikjente arbeidsgiver for ansvar under henvisning til arbeidstakers medvirkning, medførte at arbeidstakere ikke var sikret adekvat beskyttelse mot mangelfull sikring av arbeidsplassen. I herværende sammenheng er følgende presisering av effektivitetsprinsippets føringer av særlig interesse (avsnitt 58, mine kursiveringer):

«However, *save in exceptional circumstances* it would be contrary to the principle that the main responsibility lies with the employer to attribute all, *or the greater share*, of the losses suffered as a result of an accident at work to the employee due to his own contributory negligence when it has been established that the employer, in disregard of his duties according to the Directives, had not on his own initiative complied with rules regarding safety and conditions in the work place. Exceptional circumstances may exist where the employee has caused the accident *wilfully* or by acting with *gross negligence*, but *even in such cases a complete denial of compensation would be disproportionate and not in compliance with the Directives except in extreme cases of the employee being substantially more to blame for the accident than the employer.*»

Det er grunn til å være oppmerksom på at de overtrådte direktivene (92/57/EØF og 89/391/EØF) har et meget klart beskyttelsesformål og at det kanskje var dette som fikk EFTA-domstolen til å slå fast at avkortning på mer enn det halve bare kan komme på tale i ekstraordinære tilfeller. For norsk rett er dette uansett en vurdering som neppe atskiller seg nevneverdig fra det som følger av etablert norsk erstatningsrett.¹⁶⁶⁵ Den avkortning til null som Islands Høyesterett hadde fortatt i *Kolbeinsson*'s sak, fremstår som svært strengt. Som påpekt av Hjelmeng: Rimelig anvendelse av skadeserstatningsloven § 5-1 må antas å være forenlig med effektivitetsprinsippet.¹⁶⁶⁶

9.4 Lempning

Spørsmålet om det ut over de ovenfor omtalte årsaker til avkortning av erstatningskravet er rom for å avkorte et EØS-basert erstatningskrav mot det offentlige under henvisning til lempningsregelen i skadeserstatningsloven § 5-2, må i utgangspunktet besvares benektende. Det er ingen holdepunkter i EU-domstolenes rettspraksis knyttet til EUs eget erstatningsansvar for noen slik lempningsadgang¹⁶⁶⁷ og det synes da tvil-

¹⁶⁶⁵ Også om man ser bort fra at en sak som *Kolbeinsson* vil blitt løst i henhold til yrkesskadeforsikringsloven, hvor § 14 slår fast at erstatningen først kan settes ned eller falle bort dersom medvirkningen er grovt uaktsom.

¹⁶⁶⁶ Hjelmeng 2003 s. 446.

¹⁶⁶⁷ Tilsvarende Oliphant 2008 s. 270, som påpeker at det her er forskjell på EU-retten og PETL artikkel 10:401 (som åpner for lempning i eksepsjonell tilfeller hvor «full compensation would be an oppressive burden to the

somt om rent skjønnsmessig lempning av myndighetenes ansvar for skade forårsaket gjennom brudd på EØS-avtalen lar seg forene med effektivitetsprinsippet. Ved første øyekast legger EØS-retten her betydelige skranker på den tilnærming som Høyesterett skisserte i Rt. 1992 s. 453 *Furunkulosedommen*. Som nevnt i kapittel 6, punkt 6.10.2 nedtonet Høyesterett i dette tilfellet behovet for en *Schutzzweck*-orientert avgrensning av erstatningsansvaret under henvisning til adekvansbegrensningen og lempningsregelen som nå finnes i skadeserstatningsloven § 5-2. Ved nærmere ettertanke er imidlertid EØS-rettens betydning på dette punkt trolig nokså begrenset. Med unntak av *Furunkulosedommen* finnes det meg bekjent *ingen* eksempler på at norske myndigheters erstatningsansvar faktisk er blitt lempet under henvisning til skadeserstatningsloven § 5-2 (eller bestemmelsens forløper i samme lovs § 2-2 nr. 1).¹⁶⁶⁸ Uansett vil effektivitetsprinsippet først være trådt for nært dersom norske domstoler skulle lempe det offentliges ansvar i et typetilfelle hvor EU-domstolen ikke ville kommet til samme resultat ut fra andre tilnærminger. Som påpekt bl.a. i kapittel 3, punkt 3.5, kan ikke systematikken i nasjonal erstatningsrett være avgjørende for effektivitetsprinsippets rekkevidde. Dette må bety at norske domstoler står fritt til å anvende lempningsregelen i skadeserstatningsloven § 5-2 i typetilfeller hvor EU-domstolen ville kommet til samme resultat ut fra andre resonneringer (for eksempel knyttet til årsakskravet eller til skadelidtes medvirkning). Om noe, så kan kanskje EØS-retten lede til at Høyesterett i en fremtidig, EØS-relatert parallell til *Furunkulosedommen* vil foretrekke å drøfte eventuell avkortning av erstatningskravene under andre overskrifter enn lempning.¹⁶⁶⁹

defendant»). Det er imidlertid grunn til å minne om at PETL ikke tar sikte på å regulere offentligrettslig erstatningsansvar, jf. Moréteau i EGTL 2006 s. 119.

¹⁶⁶⁸ Heller ikke *Furunkulosedommen* er noe helt rent eksempel ettersom saken for Høyesterett var begrenset til spørsmålet om vilkårene for erstatningsansvar for staten var til stede. Førstvoterende fant imidlertid grunn til å påpeke at selv om de hensyn som staten hadde anført som grunnlag for ansvarsfrihet ikke gav grunnlag for å «utelukke erstatning», så ville de «med styrke komme inn ved vurderingen av om erstatningsansvaret skal lempe» (s. 485). Førstvoterende fulgte opp med å påpeke at lempningsreglene i dette tilfellet måtte lede til «en betydelig erstatningsnedsettelse» (s. 485).

¹⁶⁶⁹ Noe som i så tilfelle etter min oppfatning vil være velkomment, jf. Krügers treffende kritikk av at *Furunkulosedommen* løfter frem erstatningsrettslig skjønn på bekostning av erstatningsrettslige grunnlagsregler (Krüger 1992 s. 443-444).

10 Prosessforutsetninger og foreldelse

10.1 Innledning

En generell redegjørelse for EØS-rettens føringer for norsk prosessrett faller langt utenfor rammene for denne avhandlingen. Som påpekt i kapittel 9, punkt 9.2.3 er imidlertid norsk rett innrettet slik at spørsmål om skadelidtes plikt til å gjøre bruk av klagemuligheter og rettsmidler primært håndteres gjennom prosessuelle regler. EØS-rettens føringer på dette punkt er av så vidt stor praktisk betydning for EØS-ansvarets gjennomslagskraft i nasjonal rett at det ville være en unnlåtelsessynd å la spørsmålet ligge bare fordi i norsk sammenheng er av prosessuelt snarere enn av erstatningsrettslig karakter. Som den videre fremstilling vil vise, gjelder dette tilsvarende for det beslektede (materielle) spørsmål om foreldelse av EØS-baserte erstatningskrav.

10.2 Prosessuelle krav til bruk av klagemuligheter og rettsmidler

Utgangspunktet for vurderingen av EØS-rettens føringer for nasjonale krav til bruk av klagemuligheter og rettsmidler som en prosessforutsetning for erstatningskrav mot det offentlige er klart nok: I mangel av EU/EØS-rettslig regulering av spørsmålet, tilkommer det EØS-statene å fastsette regler om dette «for så vidt som disse regler overholder ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet».¹⁶⁷⁰

Ekvivalensprincippet er overholdt så fremt nasjonal rett ikke opererer med mer vidtrekkende krav til utnytting av klagemuligheter og rettsmidler for EØS-baserte erstatningskrav enn for sammenlignbare erstatningskrav mot nasjonale myndigheter som er basert på brudd på opphavlige norske rettsregler.

Et illustrerende eksempel er *Transportes Urbanos*.¹⁶⁷¹ Når EU-domstolen først kom til at et søksmål med krav om erstatning for tap lidt som følge av direktivstridig spansk merverdilovgivning var sammenlignbart med krav om erstatning i tilfeller av grunnlovsstridig lovgivning, så var det klart nok at spanske domstoler ikke kunne håndheve et krav til uttømming av alle tilgjengelige rettsmidler som ikke gjaldt tilsvarende for nasjonale erstatningskrav i tilfeller hvor den spanske forfatningsdomstolen underkjenner en lov som grunnlovsstridig.

¹⁶⁷⁰ Jf. bl.a *Fuß*, avsnitt 72 og den liknende formuleringen i *Danske Slagterier*, avsnitt 59.

¹⁶⁷¹ Sak C-118/08, *Transportes Urbanos mot Administración del Estado*, [SK] Sml. 2010 s. I-635. Dommen er noe nærmere omtalt i kapittel 3, punkt 3.5.

For effektivitetsprinsippets vedkommende er det overordnede vurderingstema her som ellers om nasjonal rett gjør det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å oppnå erstatning. Utgangspunktet må tas i EU-domstolens anerkjennelse av krav til bruk av klage- og søksmålsmuligheter som utslag av «en almindelig retsgrundsætning, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer» (jf. kapittel 9, punkt 9.2.3). I senere tid har imidlertid domstolen presisert at effektivitetsprinsippet er til hinder for at skadelidte pålegges en ubetinget plikt til å anvende alle tilgjengelige rettsmidler – det må gjøres unntak for tilfeller hvor et slikt krav fører til «uforholdsmessige vanskeligheter» eller ikke «med rimelighed» kan kreves.¹⁶⁷² For EØS-statene er dette en utvikling som ved første øyekast fremstår som bekymringsfull – som påpekt av Fenger åpnes det tilsynelatende for at private kan «kortslutte nationale fristregler gjennom en konvertering af en almindelig forvaltningssag til en erstatningssag».¹⁶⁷³ Dersom unntakene gis vid anvendelse, vil de kunne undergrave nasjonale klage- og søksmålsfrister knyttet til forvaltningsavgjørelser, med de konsekvenser dette vil få for myndighetenes mulighet til å innrette seg (og offentlige budsjetter) i tillit til at slike avgjørelser blir endelige om de ikke angripes innen den aktuelle frist. Dette vil være en rettsstilstand som harmonerer svært dårlig med EU-domstolens anerkjennelse av rimelige søksmålsfrister som utslag av et grunnleggende rettssikkerhetsprinsipp.¹⁶⁷⁴ Det vil også være en rettsstilstand som er vanskelig å forene med de krav til uttømming av klage- og søksmålsmuligheter som EU-domstolene i ulike sammenhenger opererer med overfor private som fremmer erstatningskrav mot EUs egne institusjoner¹⁶⁷⁵ eller som på annet vis prøver å omgå søksmålsfristen nedfelt i TEUV artikkel 263.¹⁶⁷⁶

På denne bakgrunn taler mye for at terskelen for å sette til side nasjonale krav til bruk av klage- og søksmålsmuligheter må være høy. Etter mitt syn er dette en oppfatning som lar seg forene med de erstatningssakene hvor EU-domstolen har uttalt seg om spørsmålet (*Metallgesellschaft, FII, Danske Slagterier og Fuß*).

Første eksempel på en sak hvor EU-domstolen slo fast at effektivitetsprinsippet var til hinder for nasjonale krav til bruk av klage- og søksmålsmuligheter, er *Metall-*

¹⁶⁷² Jf. *Danske Slagterier*, avsnitt 62 og *Fuß*, avsnitt 77.

¹⁶⁷³ Jf. Fenger 2011 s. 99-100. Se også Wattel 2008 s. 124 («private law bypass of administrative time-limits»).

¹⁶⁷⁴ Se allerede sak 33/76, *Rewe mot Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Sml. 1976 s. 1989 (avsnitt 5).

¹⁶⁷⁵ Jf. utførlig den fremdeles treffende fremstillingen hos Mead 1997 s. 243-258. Et illustrerende eksempel på rekkevidden av rettskraftsvirkningene av den underliggende rettsakten gir sak T-489/08, *Power-One Italy mot Kommisjonen*, Sml. 2011 s. II-149* (stadfestet i ankesak C-372/11 P, [A3] kjennelse 12. juli 2012).

¹⁶⁷⁶ Jf. for eksempel sak C-188/92, *Deggendorf mot Tyskland*, [P] Sml. 1994 s. I-833, hvor EU-domstolen slo fast at en mottaker av statsstøtte som unnlater å angripe en beslutning fra Kommisjonen som erklærer støtten for ulovlig er avskåret fra å forsvare seg mot myndighetenes etterfølgende tilbakesøkningskrav ved å anføre at pålegget fra Kommisjonen er rettsstridig (avsnitt 17-18). I senere tid er tilnærmingen anvendt også utenfor statsstøtterettens område, jf. bl.a. sak C-550/09, *Straffesaker mot E og F*, [SK] Sml. 2010 s. I-6213 (avsnitt 45-46).

gesellschaft.¹⁶⁷⁷ Britiske skattemyndigheter forsvarte seg her mot krav om tilbakebetaling av, subsidiært erstatning for, rettsstridig oppkrevd forskuddsskatt under henvisning til at selskapene ikke på et tidligere tidspunkt hadde bestridt myndighetenes oppfatning av at de aktuelle skattereglene var forenlige med EU-retten. Til dette uttalte EU-domstolen følgende (avsnitt 106):

«Udøvelsen af de rettigheder, som fællesskabsrettens umiddelbart anvendelige bestemmelser tillægger borgerne, ville imidlertid blive gjort umulig eller uforholdsmæssig vanskelig, hvis deres krav om tilbagebetaling eller deres krav om erstatning på grundlag af tilsidesættelse af fællesskabsretten ikke kunne imødekommes eller blev nedsat alene med den begrundelse, at de pågældende ikke havde anmodet om en skattemæssig fordel, som de ikke havde ret til efter den nationale lovgivning, med henblik på at anfægte skattemyndighedernes afslag ved hjælp af de bestående retsmidler og under påberåbelse af fællesskabsrettens forrang og direkte virkning.»

Isolert sett tilsier denne uttalelsen at nasjonale krav til bruk av klage- og søksmålsmuligheter ikke kan håndheves i tilfeller hvor årsaken til skadelidtes passivitet er at nasjonal lovgivning tilsier at en klage eller et søksmål ikke vil ha noen utsikter til å kunne føre frem. Det er imidlertid to forhold som tilsier at det etter min oppfatning ikke kan trekkes så vidtrekkende slutninger av dommen. For det første er det viktig å være oppmerksom på at EU-domstolen presiserte at skattemyndighetenes anførsel ikke var knyttet til nasjonale frist- eller foreldelsesregler, men derimot til mer generelle medvirkningsbetraktninger (avsnitt 99-102). Som påpekt i kapittel 9, punkt 9.2.3 kan det hevdes at hensynet til myndighetenes mulighet til å forutberegne sin rettsstilling tilsier at terskelen for EU/EØS-rettslig sensur må være høyere i tilfeller hvor det er snakk om å sette til side nasjonale klage- og søksmålsfrister. For det annet var omstendighetene i saken nokså spesielle: Selv om selskapene hadde søkt om å bli beskattet sammen med deres tyske morselskaper, så måtte de fortsatt ha betalt den omstridte forskuddsskatten (som britiske konsern slapp unna). Og selv om klagene skulle føre frem, så ville selskapene i henhold til engelsk skatterett ikke få tilbake forskuddsskatt som jo i mellomtiden var oppgjort mot det endelige skatteoppgjøret. Eneste mulighet for å unngå å bli rammet av den EU-stridige forskuddsskatten ville være ved simpelthen å nekte å betale den, men i så fall ville selskapene utsette seg for så vel forsinkelsesrenter som bøter (avsnitt 104). På denne bakgrunn er det ikke vanskelig å slutte seg til EU-domstolens oppfatning av at effektivitetsprinsippet her var trådt for nære.¹⁶⁷⁸

Mer problematisk er EU-domstolens gjentakelse av uttalelsene fra *Metallgesellschaft* i *FII*.¹⁶⁷⁹ Også i denne saken forsvarte britiske skattemyndigheter seg mot krav om

¹⁶⁷⁷ Forente saker C-397/98 og C-410/98, *Metallgesellschaft og Hoechst mot Commissioners of Inland Revenue*, [A5] Sml. 2001 s. I-1727.

¹⁶⁷⁸ Tilsvarende Wattel 2008 s. 120-121.

¹⁶⁷⁹ Etter å ha vist til de ovenfor gjengitte uttalelsene fra *Metallgesellschaft* formulerte EU-domstolen seg som følger i avsnitt 126: «Anvendelsen af bestemmelserne om etableringsfriheden ville ligeledes blive gjort umulig

tilbakebetaling av, subsidiært erstatning for, rettsstridig oppkrevd skatt under henvisning til at selskapene ikke på et tidligere tidspunkt hadde bestridt myndighetenes oppfatning av at de aktuelle skattereglene var forenlige med EU-retten. Til forskjell fra *Metallgesellschaft* var imidlertid situasjonen den at en anmodning til skattemyndighetene om å bli lignet i overensstemmelse med det selskapene mente fulgte av dere EU-baserte rettigheter, utgjorde en effektiv håndhevelsesmulighet: Selv om det nok var grunn til å anta at selskapene måtte påkalle domstolens hjelp for å få gjennomslag for sitt syn, så ville en dom i deres favør lede til full tilbakebetaling av rettsstridig oppkrevd skatt (med renter). Det er da, som påpekt av Wattel, vanskelig å se hvordan «these perfectly normal routes to (tax) court and judicial redress» kunne gjøre det uforholdsmessig vanskelig for selskapene å håndheve deres EU-baserte rettigheter.¹⁶⁸⁰ Isolert sett tilsier uttalelsene i *FII* at allerede den omstendighet at nasjonal lovgivning tilsier at en eventuell klage eller et eventuelt søksmål ikke vil ha noen utsikter til å kunne føre frem, er tilstrekkelig til at nasjonale krav til bruk av klage- og søksmålsmuligheter vil være i strid med effektivitetsprinsippet. I så fall er det enn viktigere å være oppmerksom på at det heller ikke i *FII* var spørsmål om å sette til side nasjonale klage- eller søksmålsfrister, men «bare» spørsmål om selskapenes passivitet kunne betraktes som et brudd på tapsbegrensningsplikten.

Støtte for den oppfatning at de ovenfor gjengitte uttalelsene i *Metallgesellschaft* (og dermed også i *FII*) ikke kan tas bokstavelig, gir *Danske Slagterier*. Av BGH ble EU-domstolen i dette tilfellet forelagt spørsmålet om tysk retts krav til bruk av rettsmidler i henhold til BGB § 823 tredje ledd var forenlig med effektivitetsprinsippet. I omtalen av *Metallgesellschaft* betonte EU-domstolen de særlige omstendighetene i saken og påpekte at det i et slikt tilfelle ikke ville være «rimelig» å kreve bruk av rettsmidler (avsnitt 63). Enda klarere var generaladvokat Trstenjak, som i sin innstilling la til grunn at *Metallgesellschaft* bare viste «at den berørte part ikke må være henvist til de rettsbeskyttelsesmuligheter som ikke fremmer vedkommendes sag» (avsnitt 126).¹⁶⁸¹ I foreleggelsen hadde BGH presisert at BGB § 823 tredje ledd må forstås slik at det ikke kreves bruk av rettsmidler i tilfeller hvor dette ikke fremstår som rimelig og EU-domstolen kunne da vanskelig gjøre annet enn å konstatere at en slik regel er i overensstemmelse med effektivitetsprinsippet (avsnitt 64). Den konkrete vurderingen av

eller uforholdsmessig vanskelig, hvis kravene om tilbakebetaling eller erstatning på grundlag af tilsidesættelse af disse bestemmelser ikke kunne imødekommes eller blev nedsat alene med den begrundelse, at de pågældende selskaber ikke havde anmodet skattemyndighederne om at kunne betale renterne af lån fra et ikke-hjemmehørende koncernforbundet selskab, uden at disse renter ansås for udlodning af overskud, når den nationale lov, i givet fald sammenholdt med relevante bestemmelser i dobbeltbeskatningsoverenskomster, under de omtvistede omstændigheder foreskrev, at de ansås for udlodning.»

¹⁶⁸⁰ Se Wattel 2008 s. 123-124.

¹⁶⁸¹ Jf. også den tilhørende note 82, hvor generaladvokaten gjengir avsnitt 106 fra *Metallgesellschaft* og påpeker at «[d]enne udtalelse kan forklares med, at i denne sag ville et alternativt rettsmiddel for sagsøgeren i hovedsagen ikke have gjort det muligt at afværge eller begrænse skaden».

om det var rimelig å kreve bruk av rettsmidler i den aktuelle sak, ble interessant nok helt og fullt overlatt til nasjonale domstoler. Uttalelsene i *FII* ble ikke nevnt.

Det er grunn til å være oppmerksom på at generaladvokat Trstenjak i sin utførlige innstilling i saken la til grunn at unnlatt bruk av rettsmidler bare unntaksvis kan lede til at hele erstatningskravet bortfaller, i det slike brudd på tapsbegrensningsplikten «normalt kun vil føre til en nedsættelse af erstatningskravets størrelse» (avsnitt 122). Hun viste i denne sammenheng til en rekke tyske forfattere som forfekter noe ulike syn på om EU-retten her krever en oppmykning av anvendelsen av BGB § 823 tredje ledd. Når EU-domstolen likevel valgte å overlate vurderingen helt og fullt til tyske domstoler, er det lite å innvende mot at BGH deretter la til grunn at man i tysk rett kan fortsette å anvende BGB § 823 tredje ledd som før (BGHZ 181 s. 199 *Danske Slagterier*).

Foreløpig siste tilskudd til denne problematikken er *Fuß*. Denne saken skiller seg fra de tidligere omtalte ved at det ikke egentlig var snakk om noe krav til å utnytte klagemuligheter, men derimot et krav om at arbeidstakere som hevdet å ha rett på avspasering måtte fremsette en anmodning om dette overfor sin arbeidsgiver. Dersom dette kravet ble anvendt i *Fuß*' tilfelle, ville det i følge Verwaltungsgericht Halle ikke bare avskjære krav på avspasering for hans direktivstridige overtidsarbeid, mens også muligheten for å kreve erstatning i form av overtidsbetaling.¹⁶⁸² EU-domstolen tok utgangspunkt i *Metallgesellschaft* og *Danske Slagterier*, før den med tanke på den konkrete saken påpekte at formålet med direktiv 2003/88 er å beskytte arbeidstakere og at direktivets artikkel 6 om maksimal tillatt arbeidstid er «en regel af en særlig betydning inden for Unionens sociallovgivning» (avsnitt 79). Domstolen fulgte opp med å påpeke at arbeidstakere utgjør den svake part i et arbeidsforhold og at en regel som tvinger dem til påberope seg sine rettigheter ville kunne føre til represalier fra arbeidsgiver.¹⁶⁸³ Med den tilføyelse at kravet om en forutgående anmodning om avspasering ville lede til at myndighetene systematisk overførte byrden med å overholde direktivbestemmelser (med direkte virkning) til arbeidstakerne, konkluderte EU-domstolen med at det ville være urimelig å gjøre dette kravet gjeldende overfor en arbeidstaker som *Fuß* (avsnitt 83-86). Dette er en vurdering som det er lett å slutte seg til. Omstendighetene i saken leder imidlertid til at den har begrenset overføringsverdi til andre tilfeller. Om noe, så bidrar vel EU-domstolens utførlige argumentasjon i en nokså åpenbar sak til å styrke oppfatningen av at det skal mye til før det er urimelig å kreve at skadelidte gjør bruk av tilgjengelige rettsmidler.

Spørsmålet er så hvilke følger tilnærmingen i *Metallgesellschaft*, *FII*, *Danske Slagterier* og *Fuß* må antas å ha for norsk retts krav til bruk av klagemuligheter og rettsmid-

¹⁶⁸² Den del av dommen som gjelder forholdet mellom erstatning in natura (avspasering) og i form av overtidsbetaling er omtalt i kapittel 9, punkt 9.1.2.

¹⁶⁸³ Noe den konkrete saken klart illustrerer: Etter at *Fuß* gjorde gjeldende at hans vaktplan var direktivstridig, ble han – med umiddelbar virkning og mot sin vilje – overført til annen tjeneste (noe EU-domstolen fremhevet i dommen, jf. avsnitt 82).

ler som en prosessforutsetning for erstatningskrav mot det offentlige.¹⁶⁸⁴ Etter min oppfatning er det *ikke* grunnlag for å hevde at allerede den omstendighet at nasjonal lovgivning tilsier at en eventuell klage eller et eventuelt søksmål ikke vil ha noen utsikter til å kunne føre frem, er tilstrekkelig til at nasjonale krav til bruk av klage- og søksmålsmuligheter innen rimelige frister vil være i strid med effektivitetsprinsippet.¹⁶⁸⁵ Analysen av de nevnte avgjørelsene viser at det skal nokså mye til før det vil være urimelig å betrakte unnlatt bruk av av klage- og søksmålsmuligheter som brudd på skadelidtes tapsbegrensningsplikt. Som påpekt i kapittel 9, punkt 9.2.3 kan det hevdes at hensynet til myndighetenes mulighet til å forutberegne sin rettsstilling tilsier at terskelen for EU-rettslig sensur må være enda høyere i tilfeller hvor det er snakk om å sette til side nasjonale klage- og søksmålsfrister, jf. EU-domstolens prinsipielle anerkjennelse av slike som utslag av et grunnleggende rettssikkerhetsprinsipp. I forvaltningsrettslig sammenheng følger det av fast rettspraksis at rimelige nasjonale fristregler aksepteres, uten at det drøftes om årsaken til at fristen er oversittet er at nasjonal lovgivning tilsa at en eventuell klage eller et eventuelt søksmål ikke vil ha noen utsikter til å kunne føre frem.¹⁶⁸⁶ Systembetragtninger tilsier klart at dette må gjelde tilsvarende i erstatningsrettslig sammenheng.¹⁶⁸⁷

Særlig interessant i herværende sammenheng er sak C-542/08, *Barth mot Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung*, [A5] Sml. 2010 s. I-3189, hvor EU-domstolen fikk spørsmål om en foreldelsesfrist på tre år for krav om utbetaling av ansiennitetstillegg til universitetsprofessorer var forenlig med effektivitetsprinsippet. Saksøker fremmet sitt krav mot Universitetet i Wien etter at EU-domstolen i *Köbler* hadde slått fast at tjeneste ved universiteter i andre medlemsland må tas med når ansienniteten beregnes. For EU-domstolen anførte saksøker nettopp at foreldelsesfristen ikke kunne gjøres gjeldende i et tilfelle hvor det var klar østerriksk lovgivning som var årsak til at han ikke tidligere hadde gjort krav på det aktuelle tillegg. EU-domstolen avviste imidlertid dette og la til at vurderingen først ville være en annen «hvis de nationale myndigheders adfærd sammen-

¹⁶⁸⁴ Med tanke på unnlatt bruk av klage- og søksmålsmuligheter som et mulig brudd på de materielle reglene om skadelidtes tapsbegrensningsplikt, er det alt lagt til grunn i kapittel 9, punkt 9.2.3 at rimelig anvendelse av for eksempel skadeserstatningsloven § 2-2 nr. 2 må antas å være forenlig med effektivitetsprinsippet. Jeg kan ikke se at EU-domstolens tilnærming i *Metallgesellschaft, FII, Danske Slagterier* og *Fuß* endrer på dette.

¹⁶⁸⁵ Sml. Fenger 2011 s. 99-100.

¹⁶⁸⁶ Jf. fra den senere tid bl.a. forente saker C-393/04 og C-422/04, *i21 og Arcor mot Tyskland*, [SK] Sml. 2006 s. 8559 (avsnitt 51-60); sak C-2/06, *Kempter mot Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, [SK] Sml. 2008 s. I-411 (avsnitt 58); sak C-63/08, sak C-63/08, *Pontin mot T-Comalux*, [A5] Sml. 2009 s. I-10467 (avsnitt 48); sak C-472/08, *Alstom mot Valsts iepēmumu dienests*, [A5] 2010 s. I-623 (avsnitt 19); sak C-542/08, *Barth mot Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung*, [A5] Sml. 2010 s. I-3189 (avsnitt 28); sak C-452/09, *Iaia m.fl. mot Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, [A5] Sml. 2011 s. I-4043 (avsnitt 17); sak C-262/09, *Meilicke m.fl. mot Finanzamt Bonn-Innenstadt*, [A5] Sml. 2011 s. I-5669 (avsnitt 56); forente saker C-89/10 og C-96/10, *Q-Beef m.fl. mot Belgia*, [A5] dom 8. september 2011 (avsnitt 36); sak C-427/10, *BAPV mot Ministero dell'Economia e delle Finanze*, [A5] dom 15. desember 2011 (avsnitt 24) og sak C-603/10, *Pelati mot Slovenia*, [A5] dom 18. oktober 2012 (avsnitt 30).

¹⁶⁸⁷ Tilsvarende Wattel 2008 s. 131, jf. s. 115 flg.

holdt med en forældelsesfrist har været ensbetydende med, at en person har været fuldstændig afskåret fra at gøre sine rettigheder gældende ved de nationale domstole» (avsnitt 33).

Så lenge fristens lengde er rimelig – og her aksepterer EU-domstolen frister helt ned i én måned¹⁶⁸⁸ – så vil håndhevelse av klage- og søksmålsfrister først bli rammet av effektivitetsprinsippet i tilfeller hvor myndighetene har forledet private til ikke å gjøre deres rettigheter gjeldende. Eller som EU-domstolen nylig formulerte det i *Iaia*: «EU-retten ... afskærer [ikke] en national myndighed fra at påberåbe sig udløbet af en rimelig søgsmålsfrist, medmindre den ved sin adfærd er skyld i, at sagen er anlagt for sent, og således fratager sagsøgeren i hovedsagen sin mulighed for at gøre sine rettigheder i henhold til et EU-direktiv gældende for de nationale domstole».¹⁶⁸⁹ I denne sammenheng er det grunn til å understreke at den omstendighet at det er EØS-stridig nasjonal lovgivning som har avholdt private fra å gjøre deres rettigheter gjeldende, *ikke* kan likestilles med tilfeller hvor en fristoversittelse skyldes uriktige opplysninger som myndighetene har gitt til saksøker.¹⁶⁹⁰ Så fremt myndighetene oppriktig mener at nasjonal rett er i overensstemmelse med EØS-rettens krav, må de også kunne gi uttrykk for dette i ulike sammenhenger, det være seg i ulike offisielle dokumenter, på forespørsel fra media eller som svar på konkrete henvendelser fra private. Men i tilfeller hvor myndighetene nærer tvil om spørsmålet, må det kunne forventes at man påpeker at det er domstolene som i siste instans avgjør tolkningen av EØS-retten og at det får være opp til den private part å avgjøre om det er hensiktsmessig å gå til sak.

En viss pekepinn på hvor mye som skal til før myndighetene må ta skylden for en fristoversittelse gir trolig de avgjørelsene som EU-domstolen viste tilbake til i *Barth* og *Iaia*: I *Barth* ble det vist til sak C-326/96, *Levez mot Jennings*, [P] Sml. 1998 s. I-7835, hvor en arbeidsgiver som forsettelig hadde gitt en kvinnelig arbeidstaker feilaktige opplysninger om lønnsnivået til hennes mannlige kolleger ikke kunne påberope seg at hun hadde fremsatt sitt erstatningskrav for sent. I *Iaia* ble det vist til sak C-208/90, *Emmott mot Minister for Social Welfare*, Sml. 1991 s. I-4269, hvor irske myndigheter ikke kunne påberope seg en fristoversittelse i et tilfelle hvor myndighetene selv hadde informert om at hennes sak først kunne behandles etter en ventet avklaring av det omtvistede retts spørsmål i en liknende sak som verserte for High Court og hvor dette var grunnen til at hun først på et senere tidspunkt tok ut søksmål.¹⁶⁹¹

¹⁶⁸⁸ Jf. senest sak C-603/10, *Pelati mot Slovenia*, [A5] dom 18. oktober 2012 (avsnitt 32-33) (I den konkrete saken ble imidlertid en søksmålsfrist på 30 dager funnet å være i strid med effektivitetsprinsippet fordi skattyter ikke kunne forutberegne fra hvilket tidspunkt fristen begynte å løpe, se avsnitt 34 flg.)

¹⁶⁸⁹ Sak C-452/09, *Iaia m.fl. mot Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, [A5] Sml. 2011 s. I-4043 (avsnitt 21) (men videre henvisninger til tidligere rettspraksis).

¹⁶⁹⁰ Jf. uttrykkelig sak C-542/08, *Barth mot Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung*, [A5] Sml. 2010 s. I-3189 (avsnitt 36).

¹⁶⁹¹ For en nærmere redegjørelse for EU/EØS-rettens føringer for anvendelsen av nasjonale søksmålsfrister, kan det vises til den utførlige og etter min oppfatning fremdeles dekkende fremstillingen hos Fenger 2004 s. 734 flg.

I forlengelsen av drøftelsene ovenfor er det grunn til å omtale krav til bruk av rettsmidler i tilfeller hvor en privat part hevder at en nasjonal domstol åpenbart har tilsidesatt gjeldende EU/EØS-rett. Premissene i *Köbler* og *Traghetti* tilsier at dette ikke er noen aktuell problemstilling – domstolsansvaret synes bare å gjelde for EU/EØS-stridig rettsavgjørelser truffet av domstoler som dømmer i siste instans.¹⁶⁹² Med utgangspunkt i folkeretten og prinsipputtalelsen i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* om at EU-ansvaret omfatter «alle statslige instanser», må likevel det riktige etter min oppfatning være å hevde at domstolsansvaret i *prinsippet* også omfatter underordnede domstoler,¹⁶⁹³ men at det av hensyn til den dømmende makts særegenheter (les: rettsmiddelsystemet) kreves at alle tilgjengelige (ordinære) rettsmidler er uttømt før det kan komme på tale med noe erstatningssøksmål. Om dette kravet betraktes som et *EU/EØS-rettslig vilkår* for domstolsansvaret eller «bare» som en EU/EØS-rettslig konsesjon til EØS-statenes prosessautonomi, synes uten praktisk betydning.¹⁶⁹⁴ For norsk rett må det uansett legges til grunn at prosessforutsetningene i domstolsloven § 200 tredje ledd bare settes til side så langt dette er EØS-rettslig påkrevd. I tilfeller hvor saksøker pretenderer å ha et erstatningskrav mot staten som følge av en høyesterettsavgjørelse som er i strid med EØS-retten, må søksmålet fremmes til realitetsbehandling selv om vilkårene i domstolsloven § 200 tredje ledd ikke er oppfylt.¹⁶⁹⁵ Der som grunnlaget er en påstått EØS-stridig underrettsavgjørelse, må imidlertid norske domstoler kunne håndheve domstolslovens søksmålsbetingelser for erstatningssøksmål i anledning av rettslige avgjørelser.

Betydningen av at domstolsansvaret etter min oppfatning i prinsippet også omfatter underordnede domstoler viser seg imidlertid i tilfeller hvor tilgjengelige rettsmidler ikke tilbyr skadelidte adekvat rettsbeskyttelse. Ett eksempel kan være tilfeller hvor underinstansens brudd på EU/EØS-retten er av en karakter som ikke omfattes av ankeinstansenes kompetanse. Ett annet er tilfeller hvor en EU/EØS-stridig underinstansavgjørelse leder til tap som ikke repareres fullt ut ved at en overordnet domstol i ettertid opphever eller endrer dommen. Ett tredje er tilfeller hvor en EU/EØS-stridig rettsavgjørelse er bortfalt med den virkning at rettidig anke mot den ikke kunne tas under behandling eller avgjøres. Så fremt underinstansen åpenbart har tilsidesatt gjeldende EU/EØS-rett, må EØS-statene her kunne holdes erstatningsrettslig ansvarlig.

¹⁶⁹² Jf. særlig avsnitt 34-35 i *Köbler* og avsnitt 31-32 i *Traghetti*.

¹⁶⁹³ Slik generaladvokat Colomer i hans innstilling i sak C-206/04 P, *Muelhens mot KHIM*, [A5] Sml. 2006 s. I-2717 (i note 45).

¹⁶⁹⁴ Se Tridimas 2006 s. 529, som vel må forstås i førstnevnte retning når han legger til grunn at «the right of action for loss arising from judicial acts is, in principle, subject to the prior exhaustion of judicial remedies». Generelle betraktninger om forholdet mellom EU/EØS-retten og nasjonal prosessrett trekker etter mitt syn i motsatt retning, men det må medgis at EU-domstolens henvisninger til EMK i *Köbler* kan tyde på at kravet til uttømte rettsmidler bør betrakte som et EU/EØS-rettslig vilkår for domstolsansvaret (i henhold til EMK artikkel 35 kan EMD bare behandle en sak etter at alle nasjonale rettsmidler er uttømt).

¹⁶⁹⁵ Strengt tatt representerer ordlyden i domstolsloven § 200 tredje ledd et brudd på EØS-avtalens krav til klar gjennomføring av EØS-rettslige forpliktelser. Sml. EU-domstolens vurderinger i traktatbruddssaken mot Italia i kjølvannet av *Traghetti*, jf. sak C-379/10, *Kommisjonen mot Italia*, [A5] dom 24. november 2011.

Endelig er det grunn til å påpeke at aksepten av nasjonale krav til bruk av rimelige og adekvate klage- og søksmålsmuligheter gir svar på det som i litteraturen drøftes som et spørsmål om erstatningsansvaret er et subsidiært virkemiddel som først kan anvendes dersom skadelidte står uten andre muligheter til å håndheve sine EU/EØS-baserte rettigheter.¹⁶⁹⁶ Etter min oppfatning følger det nokså klart av EU-domstolens praksis at EU/EØS-retten selv *ikke* opererer med noen rangordning mellom erstatningsansvaret og andre søksmålsmuligheter. Et klart eksempel er *Lindöpark*, hvor EU-domstolen påpekte at den overtrådte direktivbestemmelsens direkte virkning ledet til at et erstatningssøksmål «ikke [synes] umiddelbart at være nødvendig» (avsnitt 35), men uten at dette avskar skadelidtes frihet til å fremme kravet som et erstatningskrav. Denne tilnærmingen er i samsvar med EU-domstolens prinsipielle oppfatning av erstatningssøksmål mot en EU-institusjon i henhold til TEUV artikkel 340 annet ledd som «et selvstendig retsmiddel med en særlig funksjon i forhold til andre retsmidler».¹⁶⁹⁷ Samtidig er det klart nok at de strenge ansvarsvilkårene leder til at det ikke vil være særlig hensiktsmessig for skadelidte å fremme et erstatningskrav i tilfeller hvor det helt eller delvis er mulig å få dekket tapet gjennom for eksempel et krav om tilbakebetaling av ulovlig oppkrevde skatter og avgifter eller gjennom et krav om etterbetaling av rettsstridig nektede økonomiske goder.¹⁶⁹⁸ Til dette kommer at *EØS-statene*, innen de skranker som det er redegjort for ovenfor, står fritt til å henvise erstatningsansvaret til en subsidiær rolle gjennom nasjonale krav til uttømming av klage- og søksmålsmuligheter. For tap som i utgangspunktet kan eller eventuelt må kreves dekket på annet grunnlag, vil nok EU/EØS-ansvaret derfor ende opp som *ultima ratio* – eksempelvis i tilfeller hvor nasjonal rett opererer med mer generøse søksmålsfrister for erstatningskrav og dertil tillater at slike i hvert fall delvis kan benyttes til å omgå oversittede forvaltningsrettslige klage- og/eller søksmålsfrister.

Se Rt. 2006 s. 1265 og Rt. 2006 s. 1281, hvor Høyesterett åpnet for erstatningssøksmål begrunnet med forhold som ligger utenfor selve vedtaket, jf. *Edquist* (avsnitt 59-60).

10.3 Foreldelse

For foreldelse av EU/EØS-baserte erstatningskrav er utgangspunktet det samme som for prosessretten: I mangel av EU/EØS-rettslige regler anvendes nasjonale foreldelsesregler, men innefor de skranker som følger av ekvivalensprinsippet og effektiv-

¹⁶⁹⁶ Problemstillingen drøftes av bl.a. Anagnostaras 2002 s. 355 flg.; Craig/de Búrca 2011 s. 252-253; Prechal 2005 s. 299 flg.; Tridimas 2006 s. 541-542 og Ward 2007 s. 246 flg. Se også generaladvokat Tesauros innstillinger i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 101 flg. og *British Telecommunications*, avsnitt 31.

¹⁶⁹⁷ Den grunnleggende dommen er sak 5/71, *Schöppenstedt mot Rådet*, Sml. 1971 s. 975 (avsnitt 3), hvor EU-domstolen oppgav den kobling mellom ugyldighetssøksmål og erstatningssøksmål som var lagt til grunn i sak 25/62, *Plaumann mot Kommisjonen*, Sml. (fransk utgave) 1963 s. 199.

¹⁶⁹⁸ Noe som fremgår klart av avgjørelser som *Lindöpark*; *FII*; *N*; *Thin Cap* og *CFC*.

tetsprinsippet.¹⁶⁹⁹ Systembetragtninger tilsier at også det nærmere innhold i EU/EØS-rettens føringer må være de samme her som for nasjonale klage- og søksmålsfrister: Effektivitetsprinsippet rekkevidde kan ikke avhenge av om man i nasjonal rett betegner en frist som en (prosessuell) søksmålsfrist eller en (materiell) foreldelsesfrist.

Med tanke på spørsmålet om foreldelsesfristens utgangspunkt, er det ytterligere veiledning å hente i *Danske Slagterier*. EU-domstolen ble i dette tilfellet spurt om foreldelsesfristen i et tilfelle av mangelfull direktivgjennomføring først begynner å løpe når direktivet er korrekt gjennomført, eller om det var forenlig med effektivitetsprinsippet at foreldelsesfristen i henhold til tysk rett løp fra det tidspunkt hvor skadelidte har fått kjennskap til skaden og skadevolders identitet. Under henvisning til at de tyske reglene ikke innebar noen risiko for at en skadelidt person «kan befinde sig i en situation, hvor forældelsesfristen begynder at løbe, eller endog er udløbet, uden at den pågældende ved, at han har lidt et tab», slo EU-domstolen fast at effektivitetsprinsippet var overholdt (avsnitt 52). Tilnærmingen samsvarer med den ovenfor omtalte praksis knyttet til prosessuelle frister: Håndhevelse av foreldelsesregler havner ikke i et problematisk forhold til effektivitetsprinsippet bare fordi det kan hevdes at det er nasjonal lovgivning som leder til at skadelidte er i villfarelse om eksistensen av sine rettigheter. På denne bakgrunn fremstår faktisk den unntaksvis aksepten i norsk rett av rettsvillfarelse som unnskyldningsgrunn ved fastlegging av utgangspunktet for foreldelsesfristen i foreldelsesloven § 9 og ved spørsmålet om tilleggsfrist etter § 10 nr. 1 som mer imøtekommende overfor skadelidte enn strengt EØS-rettslig påkrevd.¹⁷⁰⁰

Det kan tilføyes at tilnærmingen i *Danske Slagterier* er i samsvar med praksis knyttet til EUs eget erstatningsansvar. I henhold til artikkel 46 i EU-domstolens vedtekter foreldes erstatningskrav mot EU fem år etter inntreden av den omstendighet som ligger til grunn for kravet. Ifølge fast rettspraksis begynner fristen å løpe når «de betingelser, som er en forudsætning for erstatningspligten, er opfyldt, og navnlig når det tab, der skal erstattes, er kendt», jf. fra den senere tid for eksempel EU-domstolens avgjørelser i sak C-282/05 P, *Holcim mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2007 s. I-2941 (avsnitt 29); sak C-51/05 P, *Kommisjonen mot Cantina sociale di Dolianova m.fl.*, [A5] Sml. 2008 s. I-5341 (avsnitt 54); sak C-469/11 P, *Evropaiki Dynamiki mot Kommisjonen*, [A5] dom 8. november 2012 (avsnitt 34) og sak C-460/09 P, *Inalca mot Kommisjonen*, [A5] dom 28. februar 2013 (avsnitt 48). Vurderingen av foreldelsesfristens utgangspunkt må støttes på «strengt objektive kriterier» (*Cantina sociale di Dolianova*, avsnitt 59). At det først på et senere tidspunkt blir slått fast i en avgjørelse fra EU-domstolen at den aktuelle EU-institusjon har opptrådt rettsstridig, har «ingen betydning» (*Holcim*, avsnitt 31; *Evropaiki Dynamiki*, avsnitt 42).

¹⁶⁹⁹ Jf. for eksempel *Danske Slagterier*, avsnitt 47 flg.

¹⁷⁰⁰ Se nærmere Rt. 2008 s. 1665.

11 EØS-ansvarets direkte anvendelsesområde i norsk rett

Det vil ha fremgått av drøftelsene i de foregående kapitler at EØS-ansvaret i mange typetilfeller «bare» stiller nærmere angitte minstekrav til eksisterende norske ansvarsregler. Behov for direkte anvendelse av EØS-ansvaret og EØS-loven § 1 som rettslig grunnlag for et erstatningskrav mot det offentlige, er det først i typetilfeller hvor det ikke eksisterer noe «internt» ansvarsgrunnlag (som om nødvendig kan tolkes EØS-konformt). Med utgangspunkt i grunnlovens dualistiske tilnærming til folkerettslige forpliktelser, skulle man tro at svaret på spørsmålet om EØS-ansvarets direkte anvendelsesområde var klart og greit: EØS-ansvaret som sådan står tilbake som eneste alternativ i tilfeller hvor den EØS-regel som tillegger skadelidte rettigheter ikke er (korrekt) gjennomført i norsk rett.

I tilfeller hvor myndighetenes eneste brudd på EØS-avtalen består i at Stortinget i egenskap av lovgiver ikke har gjennomført den EØS-regel som tillegger skadelidte rettigheter, har Høyesterett fulgt denne tilnærmingen. Da det i *Finanger II* ble anført subsidiært at staten måtte kunne holdes ansvarlig uavhengig av EØS-ansvaret som sådan fordi de overtrådte gjennomføringsforpliktelsene i EØS-avtalen artikkel 7 gjelder som norsk lov, jf. EØS-loven § 1, så avviste Høyesterett dette under henvisning til at det ikke forelå noe brudd på «en materiell internrettslig rettsnorm» (avsnitt 105). Standpunktet ble underbygget med at EØS-loven ikke hjemler noe offentligrettslig erstatningsansvar ut over det særegne EØS-ansvaret. Ulovfestede erstatningsrettslige prinsipper kunne ikke endre på dette – i følge Høyesterett er det «nærliggende å se det som en forutsetning for det EØS-rettslige ansvar som staten har gått inn på, at det skal være uttømmende for det rettsområdet det gjelder» (avsnitt 106).

Selv om siste del av Høyesteretts begrunnelse isolert sett er uforenlig med ekvivalensprinsippet, så må konklusjonen etter min oppfatning være riktig. Dersom Høyesterett hadde fulgt Finangers anførsler, så ville i realiteten gjennomføringen av EØS-avtalen artikkel 7 som norsk lov ha medført at et hvert brudd på de EØS-rettslige gjennomføringsforpliktelsene måtte betraktes som et erstatningsrettslig beskyttet brudd på norsk lov. Det er klart nok at dette ikke er EØS-rettslig påkrevd¹⁷⁰¹ og det er vanskelig å se at en slik rettstilstand ville la seg forene med grunnlovens dualistiske tilnærming til folkerettslige forpliktelser, enn si Stortingets forutsetninger da EØS-avtalens hoveddel ble gjennomført i norsk rett.

¹⁷⁰¹ Fra et EØS-rettslig perspektiv er ikke EØS-avtalen artikkel 7 en bestemmelse som har til formål å tillegge private rettigheter, med den følge at det verken kan foreligge noen plikt til å gjennomføre bestemmelsen i nasjonal rett eller noen plikt til å sanksjonere brudd på den i form av statlig erstatningsansvar.

I *Edquist* utvidet imidlertid Høyesterett området hvor EØS-ansvaret står tilbake som eneste alternativ til også å omfatte et tilfelle hvor den EØS-regel som tillå skadelidte rettigheter var gjennomført i norsk rett. Det rettsstridige forhold i *Edquist* bestod i skattelovgivning i strid med EØS-avtalen artikkel 40 – en bestemmelse som helt siden EØS-avtalens ikrafttredelse i 1994 har hatt status som en norsk lovbestemmelse, jf. EØS-loven § 1. I motsetning til i *Finanger II* forelå det derfor her utvilsomt et brudd på en materiell internrettslig rettsnorm. I dommen erkjente Høyesterett at problemstillingen «systematisk sett» var en annen enn i *Finanger II*, men avfeide deretter anførselene knyttet til statens «interne» ansvar i henhold til skadeserstatningsloven § 2-1 med følgende begrunnelse (avsnitt 62):

«De reelle hensyn som begrunnet denne avgjørelsen [*Finanger II*], gjør seg imidlertid med samme styrke gjeldende i den situasjon at staten ikke har lagt til grunn en riktig forståelse av EØS-avtalen, og jeg kan heller ikke i denne sammenheng se at det er rom for et 'internt' erstatningsgrunnlag som skal supplere det EØS-rettslige grunnlag.»

Fra et norsk, statsrettslig perspektiv kan det innvendes mot dette at fraværet av brudd på «en materiell internrettslig rettsnorm» må betraktes som en grunnleggende forutsetning for Høyesteretts avvisning av synspunktet «rettsstridig myndighetshandling etter intern norsk rett» i *Finanger II* (avsnitt 105), noe som gjør at det ikke er lett å forstå hvordan resonnementet uten videre kan overføres til situasjonen i *Edquist*.¹⁷⁰² Fra et EØS-rettslig perspektiv er det uansett vanskelig å forene Høyesteretts tilnærming med ekvivalensprinsippet.¹⁷⁰³ Gitt at det er på det rene at Stortinget i prinsippet kan holdes ansvarlig for rettsstridige handlinger i henhold til skadeserstatningsloven § 2-1¹⁷⁰⁴ og at det er tilsvarende klart at Stortinget i dette tilfellet hadde opprettholdt skattelovgivning i strid med en norsk lovbestemmelse (EØS-avtalen artikkel 40, jf. EØS-loven § 1) som Stortinget selv har gitt fortrinnsrett i slike motstridstilfeller (EØS-loven § 2), så innebærer Høyesteretts tilnærming i *Edquist* en innskrenkende fortolkning av et i utgangspunktet anvendelig «internt» ansvarsgrunnlag.¹⁷⁰⁵ En innskrenkende fortolkning av nasjonal erstatningsrett som bare rammer EØS-baserte er-

¹⁷⁰² Det er grunn til å merke seg at Høyesterett i sitatene fra *Finanger II* utelater nettopp de setningene hvor det påpekes at *Finanger*, som følge av den manglende gjennomføringen av direktivet i den saken, ikke kunne gjøre gjeldende at det forelå noe brudd på «en materiell internrettslig rettsnorm».

¹⁷⁰³ Se tilsvarende Arnesen 2013 s. 121-122; Fredriksen/Mathisen 2012 s. 301 og Sejersted i Sejersted m.fl. 2011 s. 217. Høyesteretts tilnærming i *Edquist* forsvares imidlertid av Huitfeldt 2012 s. 434-435, men uten noen egentlig begrunnelse for standpunktet.

¹⁷⁰⁴ Jf. kapittel 7, punkt 7.16.4.

¹⁷⁰⁵ Forut for Høyesteretts dom la så vel Arnesen 1997 s. 663 flg. som Jervell 2002 s. 150 flg. til grunn at skadeserstatningsloven § 2-1 utgjorde et aktuelt internt ansvarsgrunnlag i tilfeller som dette.

statningskrav (fordi den er begrunnet med en antatt forutsetning om EØS-ansvaret som uttømmende), er per definisjon i strid med ekvivalensprinsippet.¹⁷⁰⁶

Med dette er likevel ikke sagt at standpunktet i *Edquist* er innholdsmessig uforenlig med EØS-rettens krav. Om så er tilfellet, beror dels på *hva* som er det adekvate sammenligningsgrunnlag for tilfeller som dette og dels på det nærmere *innhold* av de norske ansvarsreglene som EØS-ansvaret må holdes opp mot. Etter min oppfatning er krav om erstatning fra staten i tilfeller hvor en lovbestemmelse settes til side som følge av fortrinnsregelen i EØS-loven § 2, sammenlignbare med tilfeller hvor et erstatningskrav bygger på at en lovbestemmelse må settes til side som grunnlovsstridig.¹⁷⁰⁷ Dersom man aksepterer tingrettens resepsjon av EØS-ansvaret i *BW Gas*-saken som uttrykk for gjeldende norsk rett (se kapittel 7, punkt 7.16.4), så er dette likevel uten praktisk betydning. Ekvivalensprinsippet tilsier at *Edquist* m.fl. måtte kunne anføre skadeserstatningsloven § 2-1 som ansvarsgrunnlag, men om man følger rettsoppfatningen i *BW Gas* så ville dette bare endt opp som en omvei tilbake til det EØS-rettslige kravet til et «tilstrekkelig kvalifisert brudd» (som klart ikke var oppfylt i den konkrete saken).

En annen uklarhet i kjølvannet av kravet til brudd på «en materiell internrettslig rettsnorm» i *Finanger II* knytter seg til tilfeller hvor lovgivers manglende eller mangelfulle gjennomføring av den EØS-regel som tillegger skadelidte rettigheter er fulgt opp av et EØS-stridig forvaltningsvedtak (enkeltvedtak eller forskrift). Så fremt forvaltningen i henhold til intern norsk rett har hjemmel til å treffe en avgjørelse som etterlever EØS-forpliktelsene, er det antatt i litteraturen at også brudd på ikke-gjennomførte EØS-forpliktelser vil lede til at vedtaket må kjennes ugyldig.¹⁷⁰⁸ Det sentrale prejudikatet er plenumsdommen i Rt. 1982 s. 241 [P] *Alta*, hvor Høyesterett uttalte at «reglene om domstolenes adgang til å prøve gyldigheten av forvaltningsvedtak er ikke til hinder for at domstolene prøver fullt ut om reguleringsvedtaket er i strid med folkerettslige regler» (s. 257–258). I forarbeidene til EØS-loven gav departementet uttrykk for at Høyesteretts uttalelser i denne dommen «vanskelig [kan] forstås på annen måte enn at forvaltningsvedtak som er i strid med Norges folkerettslige forplik-

¹⁷⁰⁶ Den angivelige forutsetningen om EØS-ansvaret som uttømmende må være av nasjonal karakter. At EU/EØS-ansvaret ikke er uttømmende vurdert fra EU/EØS-rettslig perspektiv, fremgår uttrykkelig av fast rettspraksis fra EU-domstolen, jf. bl.a. *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 66; *FII*, avsnitt 209; *Thin Cap*, avsnitt 115; *CFC*, avsnitt 118.

¹⁷⁰⁷ Se tilsvarende Arnesen 2013 s. 121-122; Fredriksen/Mathisen 2012 s. 301 og Sejersted i Sejersted m.fl. 2011 s. 217. Klar støtte for dette standpunktet finnes i sak C-118/08, *Transportes Urbanos mot Administración del Estado*, [SK] Sml. 2010 s. I-635, hvor EU-domstolen fant ekvivalensprinsippet til hinder for spanske prosessregler som forskjellsbehandlet erstatningssøksmål basert på hhv. forfatningsstridig og direktivstridig lovgiving. Huitfeldt 2012 s. 436 forsøker å avgrense mot dommen ved å vise til at den omhandler ekvivalensprinsippets betydning for prosessuelle regler. Som vist i kapittel 3, punkt 3.5 er det imidlertid ikke grunnlag i EU-domstolens praksis for å hevde at prinsippets rekkevidde er mer begrenset overfor erstatningsrettslige regler.

¹⁷⁰⁸ Jf. bl.a. Arnesen/Stenvik 2009 s. 118 («temmelig sikker norsk rett»).

telser, kan bli kjent ugyldige uten hensyn til om de folkerettslige forpliktelser er gjort til norsk lov eller forskrift, og selv om forvaltningsvedtaket er i overensstemmelse med øvrige lover og forskrifter som finnes». ¹⁷⁰⁹ I erstatningsrettslig sammenheng må det imidlertid medgis at det i slike tilfeller ikke foreligger noe brudd på en materiell internrettslig rettsnorm. Etter min oppfatning kan det likevel ikke være grunnlag for å tolke uttalelsene i *Finanger II* slik at Høyesterett med dette mente å ta avstand fra tilnærmingen i *Altadommen* og forarbeidene til EØS-loven. Og om EØS-strid i slike tilfeller fortsatt må anses som en ugyldighetsgrunn, synes det å være en fremmed tanke at det ikke også skal kunne lede til erstatningsansvar i henhold til de «interne» erstatningsregler som i henhold til gjeldende norsk rett måtte komme til anvendelse på det aktuelle vedtak (jf. kapittel 7, punkt 7.16.2 og 7.16.3). ¹⁷¹⁰

For fullstendighetens skyld kan det tilføyes at det også vil være behov for å falle tilbake på EØS-loven § 1 som rettslig grunnlag for et EØS-basert erstatningskrav mot det offentlige dersom man skulle mene at aktuelle «interne» rettsgrunnlag ikke lar seg fortolke i overensstemmelse med EØS-rettens krav. Et mulig eksempel er skadeserstatningsloven § 3-6 (se kapittel 7, punkt 7.16.7).

¹⁷⁰⁹ Ot.prp. nr. 79 (1991–92) s. 4. Tilnærmingen fra *Altadommen* er senere også fulgt opp i Rt. 1994 s. 1244 *Kvinnefengsel I* (på s. 1250).

¹⁷¹⁰ Forut for *Finanger II* ble dette lagt til grunn av så vel Arnesen 1997 s. 674-675 som Jervell 2002 s. 159-160. Etter *Finanger II* inntas samme standpunkt av Graver 2007 s. 615-616 (uten at betydningen av Høyesteretts krav til brudd på en materiell internrettslig rettsnorm problematiseres).

12 Avsluttende betraktninger

Muligheten for statlig erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen kom utvilsomt som en ubehagelig overraskelse på norske myndigheter da EFTA-domstolen avleverte sin rådgivende uttalelse i *Sveinbjörnsdóttir* i 1998. Nærmere femten år senere kan det konstateres at EØS-ansvaret er en vel etablert bestanddel av EØS-retten som også har fått praktiske følger for Norge: I tre saker er staten holdt erstatningsansvarlig for ulike mangler ved gjennomføringen av motorvognforsikringsdirektivene i norsk rett, noe som har ledet til utbetaling av erstatning til et betydelig antall trafikkofer.¹⁷¹¹ De høyst reelle virkninger som mangelfullt gjennomførte bestemmelser i motorvognforsikringsdirektivene med dette har fått i norsk rett, leder til at EØS-ansvaret er det kanskje fremste eksempel på den oppmykning av dualismegrunnsetningen som har funnet sted de siste tiår og som har ført til at det i praksis er vanskelig å identifisere reelle forskjeller mellom EØS-rettens gjennomslag i norsk rett og EU/EØS-rettens gjennomslag i EUs medlemsstater.¹⁷¹²

I et større perspektiv er det likevel langt fra gitt at EØS-ansvarets samlede innflytelse på norsk rett og rettstenkning vil lede til et styrket erstatningsvern for private som påføres tap som følge av rettsstridige handlinger fra det offentlige. Som fremstillingen av EU/EØS-ansvaret i de foregående kapitler vil ha vist, er det snakk om et mildt ansvar. Selv om kravet til de overtrådte reglens beskyttelsesformål generelt håndteres liberalt (kapittel 6), så er ansvarsterskelen høy (kapittel 7) og årsaksvurderingen streng (kapittel 8). Til dette kommer strenge beviskrav knyttet til at så vel den påståtte skade som den påkrevde årsakssammenheng er «sikker» (kapittel 5, punkt 5.7 og kapittel 8, punkt 8.3).

Det ansvarsregime som gjelder for EU-institusjonene i henhold til TEUV artikkel 340 annet ledd, bærer preg av at det er utviklet gjennom saker mellom institusjonene i egenskap av markedsregulatorer og næringsdrivende som opptrer på markedet. De formative sakene fra 1960- og 1970-tallet kjennetegnes av at de gjaldt krav på erstatning for ren formuesskade fra profesjonelle aktører i tilfeller hvor Kommisjonen eller Rådet hadde trådt feil i forsøk på å regulere markedet gjennom generelle

¹⁷¹¹ Så vel Høyesteretts dom i *Finanger II* som EFTA-domstolens uttalelse i *Nguyen* ledet til utbetaling av erstatning til et betydelig antall skadelidte som befant seg i samme situasjon som hhv. *Finanger* og *Nguyen*. Det må antas at dette også vil skje i kjølvannet av Høyesteretts dom i *Personskadeforbundet*. Alt i alt er det snakk om flere hundre skadelidte og samlede erstatningsutbetalinger på flere titalls millioner kroner.

¹⁷¹² Jf. bl.a. Arnesen/Stenvik 2009 s. 142 og Sejersted mfl. 2011 s. 273-274. Prinsipielt er det selvsagt en viktig forskjell at EØS-retten selv ikke rommer prinsipper om direkte virkning og forrang, men nesten 20 år etter avtalens ikrafttredelse er det vanskelig å identifisere en eneste rettskraftig avgjørelse fra norske domstoler hvor dette har fått avgjørende betydning for utfallet, jf. nærmere Fredriksen 2011 s. 98, jf. s. 68-76.

rettsakter.¹⁷¹³ Det er knapt overraskende at et ansvarsregime som utvikles gjennom et slikt sakstilfang, ender opp som mildere enn om reglene for det offentliges erstatningsansvar utvikles med utgangspunkt i strukturer og argumentasjonsmønstre som er hentet fra alminnelige erstatningsrettslige regler om person- eller tingsskader, eller fra saker hvor rettsstridige enkeltvedtak har påført privatpersoner økonomiske tap. Til dette kommer at den rettspraksis knyttet til EUs eget ansvar som er gjennomgått i de foregående kapitler, samlet sett etterlater inntrykk av at EU-domstolen nok også har latt seg lede av et ønske om å verne om institusjonene, formentlig ut fra betraktninger som at dette i et overordnet perspektiv tjener det europeiske integrasjonsprosjektet. Etter mitt syn fremstår EU-institusjonenes ansvar tidvis som *for* mildt, men EU-domstolens linje må sees i sammenheng med at EU-institusjonenes administrative kapasitet og finansielle bæreevne er langt mindre enn det nasjonale debatter om «byråkratiet i Brussel» tidvis kan gi inntrykk av. Til dette kommer at velkjente argumenter om at dem som produserer regelverket også får bære konsekvensene når regelverket er uklart og man ikke en gang selv evner å tolke og anvende det riktig, ikke treffer helt godt på lovgivningsprosessene i Brussel. Streng erstatningsrettslig sanksjonering av uklare regler ville kunne skape ikke ubetydelige problemer for den måte politiske kompromisser utmeisles i og mellom EU-institusjonene, og derigjennom for EUs funksjonsmåte og styringsdyktighet.

Selv om reglene for EU-institusjonenes erstatningsansvar er skjerpet noe inn over tid, ikke minst som følge av samordningen av institusjonenes og statenes erstatningsansvar i *Brasserie du Pêcheur/Factortame* og *Bergaderm*, så preges det fremdeles av den restriktive linje som EU-domstolen anla helt fra begynnelsen av. Av denne grunn leder koblingen mellom EUs eget og medlemsstatenes ansvar til at det er lagt ikke ubetydelige bånd på erstatningsansvaret som et virkemiddel for å sikre effektivt gjennomslag av EU-baserte rettigheter i nasjonal rett. Som en følge av homogenitetsmålssettingen gjelder dette tilsvarende for EØS-ansvaret. Ut fra EU-domstolens operasjonalisering av effektivitetsprinsippet i andre sammenhenger er det fristende å anta at domstolen nok egentlig kunne ønske å underlegge medlemsstatene et strengere ansvarsregime enn det man samtidig er villig til å pålegge EU-institusjonene, men at man hindres i dette av at det ikke kan rettferdiggjøres at skadelidtes erstatningsrettslige vern skulle avhenge av om deres rettigheter krenkes av nasjonale eller overnasjonale myndigheter. I en viss forstand er EU-domstolen her «fanget» av at den selv, helt siden de grunnleggende dommene om EU-rettens direkte virkning og forrang på

¹⁷¹³ Det hører med at fellesmarkedet anno 1960-1980 langt fra var så fritt som dagens indre marked. Flere av de sentrale dommene knyttet til institusjonenes erstatningsansvar i denne perioden gir et godt innblikk i den temmelige komplekse reguleringen av ulike deler av fellesmarkedet (og de utfordringer dette medførte for så vel markedsaktørene som institusjonene).

1960-tallet, har knyttet EU-rettens gjennomslag i nasjonal rett til beskyttelse av de rettigheter som EU-retten tillegger private. Introduksjonen av myndighetenes handlingsrom (skjønnsfrihet) i det aktuelle typetilfeller kan på denne bakgrunn betraktes om et forsøk på å forene to nokså ulike former for effektivitetshensyn: Effektivitetsprinsippets krav til EU-rettens gjennomslag i nasjonal rett og effektivitetsbetraktninger knyttet til vern av EU-institusjonenes handlefrihet (se kapittel 7, punkt 7.6). Skjønnets er imidlertid bare av betydning for selve ansvarsvurderingen, slik at de strenge kravene til «sikker» og «direkte» årsakssammenheng og «sikker» og «reell» skade vil gjelde også her. Og fravær av skjønnsfrihet er på ingen måte ensbetydende med ansvar – bruddet på EU/EØS-retten må også her være «tilstrekkelig kvalifisert». Selv i tilfeller av fullt ut lovbundne individuelle forvaltningsavgjørelser fremstår ansvarstærskelen som nokså høy, særlig på rettsområder hvor EU/EØS-retten gir anvisning på komplekse faglige vurderinger (som for eksempel i konkurranseretten).

En mulig kritikk mot EU-domstolens utlegning av EU-ansvaret er at et ansvarsregime som kanskje fremstår som en rimelig avveining av hensynet til offentlige markedsregulatorer og hensynet til næringsdrivende som opptrer på markedet, tidvis kan oppleves urimelig strengt om det anvendes overfor privatpersoner. Mens den typiske saksøker i søksmål mot en EU-institusjon er en profesjonell markedsaktør, fremstår gruppen av skadelidte i saker som gjelder statenes erstatningsansvar som langt mer sammensatt. Også her finnes det en rekke eksempler på søksmål anlagt av næringsdrivende,¹⁷¹⁴ men i mange tilfeller er saksøkerne privatpersoner – gjerne arbeidstagere (*Francovich, Bonifaci, Palmisani, Maso, Sveinbjörnsdóttir, Andersson, Mau, Köbler, Robins, Kolbeinnsson, Fuß*) eller forbrukere (*Faccini Dori, El Corte Inglés, Dillenkoffer, Rechberger, Paul*). Andre eksempler er trafikkofre (*Evans, Nguyen*)¹⁷¹⁵ eller privatpersoner som er blitt nektet trygdeytelser de har EU/EØS-rettslig krav på (*Sutton, Larsy*). Forklaringen på denne forskjellen ligger i forholdet mellom det overnasjonale og det nasjonale nivå ved gjennomføring og håndhevelse av EU/EØS-retten: Om man holder personalsakene utenfor, er erstatningssøksmål mot EU-institusjonene først og fremst aktuelt på rettsområder hvor EU-institusjonene gjennomfører og håndhever EU-retten direkte overfor private, slik som konkurranseretten, statsstøtteretten, EUs felles handelspolitikk overfor tredjeland, landbrukspolitikken mv. I langt de fleste tilfeller hvor «vanlige borgere» kommer i kontakt med EU/EØS-retten, skjer det indirekte i form av nasjonale myndigheters gjennomføring og håndhevelse av regelverket.

¹⁷¹⁴ Se fra EU-domstolens praksis for eksempel *Brasserie du Pêcheur/Factortame, British Telecommunications, Hedley Lomas, Denkavit, Norbrook Laboratories, Brinkmann, Lindöpark, Traghetti, AGM, FII, Thin Cap, CFC, Synthon, Danske Slagterier, Transportes Urbanos* og *Danfoss*. Fra EFTA-domstolens praksis kan det vises til *Karlsson* og *HOB-vin*. Fra norsk høyesterettspraksis kan det vises til *Edquist*.

¹⁷¹⁵ Samt fra norsk høyesterettspraksis *Finanger II* og *Personskadeforbundet*.

Forskjellen i gruppen av skadelidte åpner for at EU-domstolen et stykke på vei kan innskjerpe medlemsstatenes erstatningsansvar uten samtidig å måtte lempe på avgrensningen av EU-institusjonenes erstatningsansvar overfor profesjonelle markedsaktører. En måte å gjøre dette på, er å skyve betraktninger om forretningslivets iboende risiko frem som et mer sentralt moment i ansvarsvurderingen. Dette vil riktignok innebære en viss innskjerping også av EU-institusjonenes erstatningsansvar i tilfeller hvor skadelidte er en privatperson, men som vist gjelder dette et klart mindretall av søksmålene etter TEUV artikkel 340 annet ledd. Etter min oppfatning vil en slik utvikling være av det gode,¹⁷¹⁶ men det må medgis at det foreløpig er lite som tyder på at EU-domstolen tenker i slike baner.

For norsk rett er spørsmålet om det er fare for at det nokså milde EØS-ansvaret skal påvirke etablerte norske regler om offentligrettslig erstatningsansvar. Et konkret eksempel på dette er *BW Gas*, hvor tingretten under henvisning til *Finanger II* la til grunn at Stortingets erstatningsansvar for grunnlovstridig lovgivning forutsetter at bruddet kan karakteriseres som «tilstrekkelig kvalifisert» (kapittel 7, punkt 7.16.4). Dette er imidlertid en temmelig særegen problematikk, og det er ikke gitt at parallellen til EØS-ansvaret her leder til noe mildere ansvar for Stortinget enn det som ville blitt resultatet om man hadde presisert ansvarsnormen i skadeserstatningsloven § 2-1 uten å se hen til *Finanger II*.

Et annet eksempel hvor EØS-ansvaret har fått konkret betydning, er det offentliges erstatningsansvar for brudd på anskaffelsesregelverket.¹⁷¹⁷ Heller ikke her er det imidlertid gitt at dette har ledet til et mildere ansvar enn det som ville blitt resultatet om EØS-påvirkningen tenkes borte. Spørsmålet om anskaffelsesmyndighetenes erstatningsansvar for forsmådde anbyderes positive kontraktsinteresse var uavklart i norsk rett forut for Rt. 2001 s. 1062 *Nucleus*, og EØS-rettens betydning på dette punkt kan like gjerne utlegges som en utvidelse av myndighetenes ansvar (ved at det ble åpnet for at det er mulig å få erstattet den positive kontraktsinteressen) som en begrensning (ved at vilkårene er tilnærmedesvis like strenge som dem som gjelder for tilsvarende krav mot EU-institusjonene).

Tilbake står da Rt. 2010 s. 291 *Vangen*, hvor det med en viss rett lar seg hevde at Høyesterett utvidet statens mulighet for å unnslipe erstatningsansvar for ugyldige forvaltningsavgjørelser (i hvert fall vurdert ut fra den rettsoppfatning som rådet i forvaltningsrettslig litteratur). Det er imidlertid ingen holdepunkter i premissene for at

¹⁷¹⁶ I norsk sammenheng har bl.a. Frihagen og Liisberg vært inn på samme tanker, jf. for eksempel Frihagen 1966 s. 506 og 513 og Liisberg 2007 s. 682 og 2010 s. 303-304. Av EU-rettslig litteratur kan bl.a. Harlow 1996 s. 220-221 forstås i samme retning.

¹⁷¹⁷ Om ikke allerede i Rt. 2001 s. 1062 *Nucleus* så i hvert fall i Rt. 2008 s. 1705 *Trafikk & Anlegg*.

Høyesterett hadde EØS-ansvaret i tankene i dette tilfellet, slik at påstander om en eventuell EØS-påvirkning her må baseres på temmelig luftige betraktninger om at Høyesterett er vel kjent med de utfordringer som internasjonaliseringen av norsk rett innebærer for offentlige myndigheter og at det vel da ikke kan utelukkes at dette utgjør noe av bakgrunnen for utviklingen bort fra objektivt ansvar for ugyldige forvaltningsavgjørelser. Uansett kan EØS-retten betraktes som et reelt hensyn som støtter opp under Høyesteretts oppfatning av at det i norsk rett ikke bør knesettes noen helt generell regel om objektivt ansvar for ulovhjemlet myndighetsutøvelse: I motsatt fall vil ekvivalensprinsippet tvinge norske domstoler til å holde det offentlige erstatningsrettslig ansvarlig for et hvert brudd på EØS-rettslige forpliktelser som leder til at en forvaltningsavgjørelse må anses ugyldig (kapittel 7, punkt 7.16.4).

I lys av det milde EØS-ansvaret er det nok en viss fare for at frykt for ekvivalensprinsippet kan lede til en generell svekkelse den erstatningsrettslige beskyttelse som etablert norsk erstatningsrett tilbyr private som påføres tap som følge av rettsstridig oppreden fra det offentlige. Avslutningsvis er det derfor grunn til å understreke at så fremt effektivitetsprinsippet minstekrav er ivaretatt, så er ikke EØS-retten til hinder for at nasjonale domstoler vektlegger også andre unnskyldningsgrunner enn dem som er gangbare i den EØS-rettslige vurderingen av om det foreligger et «tilstrekkelig kvalifisert brudd», så lenge dette skjer uten å forskjellsbehandle EØS-relaterte erstatningskrav. En slik unnskyldningsgrunn kan være å vektlegge om årsaken til en ugyldig forvaltningsavgjørelse helt eller delvis må tilskrives lovgiver. For å gå klar av ekvivalensprinsippet må eventuelle «medvirkning» fra lovgiver vektlegges likt i alle saker hvor det er aktuelt, men i praksis vil det nok først og fremst gjelde saker hvor lovgiver har tatt feil av EØS-rettslige forpliktelser. I slike tilfeller kan man, om man vil, operere med en ansvarsterskel som er like høy som EØS-rettens krav til et tilstrekkelig kvalifisert brudd. Poenget i denne sammenheng er at med unntak av typetilfeller hvor det er snakk om å pålegge det offentlige et rent objektivt ansvar, bør ikke ekvivalensprinsippet betraktes som noen avgjørende hindring for en utvikling av det gjeldende norske ansvarsregimet for ugyldige forvaltningsavgjørelser i den retning man for øvrig måtte ønske.

Oppfatningen av EØS-ansvaret som mildt er for øvrig ikke til hinder for at det på enkelte punkter tilbyr private bedre erstatningsrettslig beskyttelse enn etablerte norske regler om det offentliges erstatningsansvar. Typetilfeller hvor et lokalt eller regionalt forvaltningsorgan er blitt villedet av andre myndighetsorganer, det være seg lovgiver, sentralforvaltning eller nasjonale domstoler, kan være et eksempel. Andre eksempler kan være ansvaret for EØS-stridige rettsavgjørelser, ansvaret for direktivstridige produktadvarsler og saker med krav om erstatning for ikke-økonomisk skade på en privat markedsaktørs gode navn og rykte (kapittel 7, punk 7.16.5 og 7.16.6).

På et mer overordnet plan kan det ikke utelukkes at EØS-ansvaret, og derigjennom EU-retten, vil kunne komme til å påvirke selve den erstatningsrettslige tenkemåten i norsk rett. Selv om EU-domstolen interessant nok har unngått å benytte begrepene culpa og adekvans, så inngår velkjente erstatningsrettslige begrep som skade/tap, unnskyldelig rettsvillfarelse, årsakssammenheng, tapsbegrensningsplikt, medvirkning mv. i domstolens utlegning av EU-ansvaret. Gitt at det innhold EU-domstolen fyller disse begrepene med, ikke i alt og ett samsvarer med det innhold begrepene har i norsk rett, så kan dette betraktes som en del av den nokså unngåelige «kampen om begrepene» i møtet mellom EU/EØS-retten og nasjonal rett.¹⁷¹⁸ Eventuell EU/EØS-rettslig påvirkning av etablert norsk begrepsbruk og erstatningsrettslig tenkemåte bør imidlertid bare skje ut fra en begrunnet oppfatning av at norsk erstatningsrett har noe å vinne på en slik utvikling.¹⁷¹⁹ Det bør understrekes at det fra et EU/EØS-rettslig perspektiv er uproblematisk om nasjonal erstatningsrett hegner om etablerte begreper og argumentasjonsmønstre, så lenge sluttresultatet i EU/EØS-relaterte saker er i overensstemmelse med effektivitetsprinsippet og ekvivalensprinsippet. Av denne grunn er min oppfatning at norske domstoler som konfronteres med EØS-relaterte erstatningskrav så fremt mulig bør forsøke å løse saken basert på etablert norsk erstatningsrett. Det er først dersom etablert norsk rett leder til at det offentlige ligger an til å bli frifunnet – det være seg fordi den overtrådte lovbestemmelse ikke beskytter skadelidte, fordi en eventuell rettslig eller faktisk villfarelse fremstår som unnskyldelig eller som følge av adekvanslæren – at det er grunn til å vurdere om et slikt utfall vil være forenlig med EØS-avtalens forutsetning om statlig erstatningsansvar for skader som er en direkte følge av et tilstrekkelig kvalifisert brudd på en EØS-regel som tillegger skadelidte rettigheter. Med Høyesterett i Rt. 2001 s. 1062 *Nucleus* kan det kanskje hevdes at det på visse områder er grunn til å fremheve instrumentelle betraktninger om erstatningsansvar som et virkemiddel for å effektivisere forvaltningens etterlevelse av regelverket, men dette bør i så fall være en utvikling som bygger på en fri vurdering av hvordan norsk retts regler om offentligrettslig erstatningsansvar bør se ut. Selv om EU-domstolen og EFTA-domstolen generelt opererer med en mer utpreget instrumentell tilnærming til erstatningsretten enn norske domstoler, så har dette i praksis – etter min oppfatning som en følge av koblingen til institusjonenes ansvar – ikke ledet til noe strengere ansvarsregime enn det som i de fleste aktuelle typetilfeller allerede følger av etablert norsk rett (snarere tvert imot). Det er derfor neppe grunnlag for å hevde at EØS-retten krever at norske domstoler gir instrumentelle effektivitetsbetraktninger en

¹⁷¹⁸ Formuleringen stammer fra Krügers artikkel «Kampen om begrepene – En feltrapport fra EØS-fronten» (Krüger 1998).

¹⁷¹⁹ Kanskje i denne retning Hjelmeng 2007 s. 23 flg., som i sin sontring mellom culpanormens rettighetsside (beskyttede interesser) og pliktside (aktsomhetsvurderingen) opererer med en struktur som gir klare assosiasjoner til strukturen i EU-domstolens utlegning av EU-ansvaret.

mer fremskutt posisjon i saker som gjelder det offentlige erstatningsansvar for brudd på EØS-regler.¹⁷²⁰

Helt avslutningsvis er det fristende å stille spørsmål ved om EØS-ansvaret har betydning for norske myndigheters etterlevelse av EØS-rettslige forpliktelser. En rettsvitenskapelig analyse av ansvarets grunnlag og innhold gir imidlertid intet grunnlag for å mene noe om dette – det er helt andre fag og metoder som må til for å besvare slike spørsmål.¹⁷²¹ Om man likevel skulle våge å antyde noe, så er det vel tvilsomt om det er trusler om erstatningsansvar som er årsaken til at norske myndigheter stort sett gjennomfører EØS-retten effektivt og lojalt i norsk rett. I tilfeller hvor rekkevidden av EU/EØS-retten er uklar, er det dessuten heller ikke fra et EU/EØS-rettslig perspektiv noen målsetting at prinsippet om statlig erstatningsansvar skal avskrekke EØS-statene fra å utforske grensene for deres handlingsrom. I den grad det er treffende å karakterisere EU/EØS-ansvaret som et sanksjonsmiddel, så rekker ikke dette formålet lenger enn til å slå ned på *kvalifiserte* brudd på EU/EØS-retten. Sin kanskje viktigste funksjon har EU/EØS-ansvaret ved at det tvinger EØS-statene til å innrette seg etter avklarende avgjørelser fra EU-domstolen og EFTA-domstolen. Om man skulle sette seg fore å undersøke empirisk om EU/EØS-ansvaret har virket etter hensikten, må spørsmålet være om man etter *Francovich* og *Sveinbjörnsdóttir* har fått færre eklatante brudd på EU/EØS-retten, og da særlig tilfeller hvor nasjonale myndigheter ganske enkelt nekter å etterleve uønsket rettspraksis fra Luxembourg.

Noen slik undersøkelse foreligger meg bekjent ikke. Kommisjonens årlige rapporter om medlemsstatenes etterlevelse av EU-retten viser riktignok at det relativt sett er færre utestående dommer i traktatbruddssaker nå enn før *Francovich*, men det er neppe mulig å avgjøre om dette primært skyldes prinsippet om medlemsstatenes erstatningsansvar, Maastrichttraktatens introduksjon av muligheten for illeggelse av bøter og tvangsmulkt i slike tilfeller (nå: TEUV artikkel 260 nr. 2 og 3) eller helt andre forhold.

Praktisk betydning vil EU/EØS-ansvaret uansett bare ha i EØS-stater hvor nasjonale domstoler lojalt følger opp *Francovich* og *Sveinbjörnsdóttir*. Gjennomgangen av de erstatningssaker som havner på EU-domstolens bord viser paradoksalt nok en klar overrepresentasjon av nettopp de medlemsstatene som i andre sammenhenger frem-

¹⁷²⁰ Sml. Thorson 2011 s. 221-223 og s. 298-299.

¹⁷²¹ Se noe nærmere Harlow 1996 s. 208-209, med videre henvisninger særlig til ulike amerikanske forfattere som er høyst uenige om et strengt ansvarsregime for offentlige myndigheter har nevneverdig preventiv effekt. Som Harlow korrekt påpeker bør det uansett utvises betydelig varsomhet med å trekke slutninger fra amerikansk empiri ettersom amerikansk erstatningsrett preges av utstrakt bruk av straffeerstatning («punitive damages»).

står som «flinkest i klassen».¹⁷²² Det kan nok derfor med en viss rett hevdes at EU/EØS-ansvaret først og fremst har styrket EU/EØS-rettens gjennomslag i de EØS-statene hvor behovet for slik styrking relativt sett var minst fra før. Det bør likevel utvises en viss forsiktighet med å lese for mye ut av foreleggelsesstatistikken fra EU-domstolen og EFTA-domstolen fordi det selvsagt kan tenkes at nasjonale domstoler i ulike EØS-stater håndhever *Francovich* og *Sveinbjörnsdóttir* uten å involvere domstolene i Luxembourg. Det er grunn til å minne om at verken *Finanger II*, *Edquist* eller *Personskadeforbundet* ble forelagt EFTA-domstolen. Vurdert ut fra et samlet antall forelagte erstatningssaker for EFTA-domstolen på én (*Nguyen*), kan utenforstående lett få inntrykk av at norske domstoler er lite villig til å håndheve EØS-ansvaret. Om man i stedet retter oppmerksomheten mot at Høyesterett har kjent staten ansvarlig i at to av de tre EØS-baserte erstatningssakene som har havnet på dens bord, ser bildet ganske annerledes ut.

Uavhengig av hva man måtte mene om EU-ansvarets prinsipielle og praktiske betydning i dagens EU, er det etter min oppfatning grunn til å hevde at EØS-ansvaret har vært og fortsatt er viktig for EØS-retten generelt og for EFTA-domstolen spesielt. Ikke bare fraværet av direkte virkning og forrang, men også den omstendighet at EFTA-domstolens tolkningsuttalelser i henhold til ODA artikkel 34 formelt sett bare er av rådgivende karakter og fraværet av en EØS-rettslig parallell til TEUV artikkel 260 nr. 2 og 3 er forhold som tilsier at betydningen av EØS-ansvaret er *større* enn EU-ansvarets betydning i EU-retten. I et mer overordnet perspektiv er det etter min oppfatning grunn til å hevde at EØS-ansvaret har bidratt til å styrke EØS-avtalens integritet og EUs tillit til at EFTA-statene ikke slipper unna med mindre omfattende forpliktelser enn det EUs medlemsstater må avfinne seg med. Etersom EU-domstolen betrakter hensynet til gjensidighet mellom avtalepartenes forpliktelser som et relevant moment ved tolkningen av folkerettslige avtaler som EU er part til, er dette viktig: Det er langt fra sikkert at EU-domstolen ville vist seg like «EØS-vennlig» i sin utlegning av EØS-avtalens innhold og rettsvirkninger i EU og EUs medlemsstater som det den faktisk har gjort dersom EFTA-domstolen i *Sveinbjörnsdóttir* hadde avvist eksistensen av en EØS-rettslig parallell til *Francovich*.

¹⁷²² Jf. bl.a. Hartley 2007 s. 236, som på dette grunnlag hevder at «those countries that show least respect for Community law in general are unlikely to show any greater respect for the new remedy, the application of which will always remain in the hands of the national courts».

Register

Litteratur

- Aalto, Pekka: *Public liability in EU law: Brasserie, Bergaderm and beyond* (Oxford 2011)
- Abrahamsson, Olle og Hans Frennered: Endast Unionsrätten har direct effect – EFTA-domstolen klargör att EEA-rätten varken har företräde eller direkt effekt ipso jure, *Europarättslig Tidskrift* 2011 s. 627–632
- Alterskjær, Bjørnar, Erling Hjelmeng, Robert Lund og Thomas Nordby: *Statsstøtte* (Bergen 2008)
- Amos, Merris: Eurotorts and Unicorns – Damages for Breach of Community Law in the United Kingdom, i: D. Fairgrieve, M. Andenæs og J. Bell (red.), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, (London 2002) s. 109-124
- Anagnostaras, Georgios: Not as unproblematic as you might think: The establishment of causation in governmental liability actions, *European Law Review* 2002 s. 663–676
- Anagnostaras, Georgios: The incomplete state of Community harmonization in the provision of interim protection by the national courts, *European Law Review* 2008 s. 586–597
- Andersson, Håkan: *Skyddsändamål och adekvans* (Uppsala 1993)
- Andersson, Torbjörn: *Rättskyddsprincipen: EG-rätt och nationell sanktions- og processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv* (Uppsala 1997)
- Anfinsen, Anne Marie Frøseth: *Skadelidtes egeneksponering for risiko i erstatningsretten* (Bergen 2008)
- Antoniolli, Luisa: Community Liability, i: H. Koziol og R. Schulze (red.), *Tort Law of the European Community* (Wien 2008) s. 213–240
- Arnesen, Finn: *Statlig styring og EØS-rettslige skranker* (Oslo 1996)
- Arnesen, Finn: Om statens erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1997 s. 633–685
- Arnesen, Finn: EFTA-domstolen statuerer erstatningsansvar, *Europarättslig Tidskrift* 1999 s. 357–362
- Arnesen, Finn: Om det EØS-rettslige ekvivalensprinsippet – en refleksjon over en kommentar til noen merknader, *Lov og Rett* 2013 s. 119–122
- Arnesen, Finn og Hans Petter Graver: *Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler* (Oslo 2000)
- Arnesen, Finn og Are Stenvik: *Internasjonalisering og juridisk metode: særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett* (Oslo 2009)
- Arnholt, Carl Jacob: *Almindelig privatrett* (Oslo 1964)
- Arnall, Anthony: *The European Union and its Court of Justice*, 2. utg. (Oxford, 2006)
- Arnall, Anthony: Domsanmerkning til sak C-432/05, Unibet mot Justitiekanslern, *Common Market Law Review* 2007 s. 1763–1780.
- Askeland, Bjarte: Konkret og nærliggende interesse som generelt avgrensningkriterium for tredjemanns erstatningskrav, *Jussens Venner* 2001 s. 303–318

- Askeland, Bjarte og Vibe Ulfbeck: EC Tort Law and the Scandinavian Legal Family, i: H. Koziol og R. Schulze (red.), *Tort Law of the European Community* (Wien 2008) s. 489–511
- Askeland, Bjarte: Punitive Damages in Scandinavia, i H. Koziol og V. Wilcox (red.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Wien 2009) s. 115–122
- Askeland, Bjarte: *Kommentarer til skadeserstatningsloven i Norsk Lovkommentar* (www.rettsdata.no – ved utgangen av 2012)
- Backer, Inge Lorange: Lovgivere og domstoler ved begynnelsen av det 21. århundre, *Jussens Venner* 2006 s. 248–266
- von Bar, Christian (red.): *Principles of European Law – Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another* (Oxford 2009)
- Baudenbacher, Carl: Between Homogeneity and Independence: The Legal Position of the EFTA Court in the European Economic Area, *Colombia Journal of European Law* 1997 s. 169–227
- Baudenbacher, Carl: Facets of an EEA Constitutional Order, i: N. Colneric et.al, *Une communauté de Droit – Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias* (Berlin 2003) s. 343–359
- Baudenbacher, Carl: Institutionen, Entscheidungsprozesse und allgemeine Rechtsprinzipien im EWR-Abkommen und in den Europa-Abkommen der MOEL, i: C. Baudenbacher (red.), *Internationales und Europäisches Wirtschaftsrecht* (St. Gallen 2004a) s. 207–227
- Baudenbacher, Carl: Der EFTA-Gerichtshof, das EWR-Abkommen und die Fortentwicklung des EG-Vertrages, i: First Advisory Group (red.), *Liechtensteinisches Stiftungs- und Verfassungsrecht im Umbruch – Wissenschaftliche Beiträge zur Festschrift für Prof. Dr. Dr. Herbert Batliner zum 75. Geburtstag* (Vaduz 2004b) s. 97–110
- Baudenbacher, Carl: The Implementation of Decisions of the ECJ and of the EFTA Court in Member States' Domestic Legal Orders, *Texas International Law Journal* 2005a s. 383–416
- Baudenbacher, Carl: Der Beitrag des EFTA-Gerichtshofs zur Schaffung eines dynamischen und homogenen EWR, i: T. Bruha, Z. T. Pállinger and R. Quaderer (red.), *Liechtenstein – 10 Jahre im EWR* (Vaduz 2005b) s. 27–51
- Baudenbacher, Carl: Fundamental Rights in EEA Law or: How far from Bosphorus is the European Economic Area Agreement?, i: S. Breitenmoser m.fl. (red.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law – Liber amicorum Luzius Wildhaber* (Baden-Baden 2007) s. 59–89
- Baudenbacher, Carl: Zur Auslegung des EWR-Rechts durch den EFTA-Gerichtshof, i: G. Müller, E. Osterloh, T. Stein (red.), *Festschrift für Günter Hirsch zum 65. Geburtstag* (München 2008) s. 27–50
- Baudenbacher, Carl: If Not EEA State Liability, Then What? Reflections Ten Years after the EFTA Court's Sveinbjörnsdóttir Ruling, *Chicago Journal of International Law* 2009 s. 333–358
- Baudenbacher, Carl: *The EFTA Court in Action* (Stuttgart 2010)
- Baudenbacher, Carl: Some Thoughts on the EFTA Court's Phases of Life, i: EFTA Court (red.), *Judicial Protection in the European Economic Area* (Stuttgart 2012) s. 2–28
- Baumhof, Angelika: *Die Beweislast im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof* (Baden-Baden 1996)
- Bebr, Gerhard: Domsanmerkning til forente saker C-6/90 og C-9/90, Francovich, *Common Market Law Review* 1992 s. 557–584
- Bebr, Gerhard: The Non-contractual Liability of the European Coal and Steel Community, i: T. Heukels og A. McDonnell (red.), *The Action for Damages in Community Law* (Haag 1997) s. 71–88

- Bekkedal, Tarjei: *Frihet, likhet og fellesskap* (Bergen 2008)
- Bell, Stuart og Donald McGillivray: *Environmental Law*, 7. utg. (Oxford 2006)
- Bengoetxea, Joxerramon og Niilo Jääskinen: Rights and Diverse Effects in EC law: a Hohfeldian Approach to the Doctrine of Direct Effect of Directives, i: R. Banankar (red.), *Rights in Context: Law and Justice in Late Modern Society* (Farnham 2010) s. 277–299
- Bengtsson, Bertil: Svensk rättspraxis: Skadestånd utom kontraktsförhållanden 2007-2009, *Svensk Juristtidning* 2010 s. 753–770
- Bengtsson, Bertil og Erland Strömback: *Skadeståndslagen – En kommentar* (Stockholm 2008)
- van den Bergh, Roger og Hans-Bernd Schäfer: State Liability for Infringement of the EC Treaty: Economic Arguments in Support of a Rule of 'Obvious Negligence', *European Law Review* 1998 s. 552–567
- van den Bergh, Roger: *Francovich* and its Aftermath – Member State Liability for Breaches of European Law from an Economic Perspective, i: M. P. Maduro og L. Azoulay (red.), *The Past and Future of EU Law* (Oxford/Portland, Oregon 2010) s. 423–430
- Bernt, Jan Fridthjof og Kai Krüger: Hvor mye EØS-rett tåler norske kommuner? Om erstatningsansvar ved anbudsfeil i kommunal sektor, i: K. S. Bull, V. Hagstrøm og S. Tjomsland (red.), *Bonus Pater Familias – Festskrift til Peter Lødrup* (Oslo 2002), s. 121–156
- Beutler, Björn: State Liability for Breaches of Community Law by National Courts: Is the Requirement of a Manifest Infringement of the Applicable Law an Insurmountable Obstacle?, *Common Market Law Review* 2009 s. 773–804
- Biondi, Andrea: In Praise of *Francovich*, i: M. P. Maduro and L. Azoulay (red.), *The Past and Future of EU Law* (Oxford and Portland, Oregon 2010) s. 413–417
- Biondi, Andrea og Martin Farley: *The Right to Damages in European Law* (Alphen aan den Rijn 2009)
- Bjerke, Hans Kristian, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther: *Straffeprosessloven – Kommentanutgave*, 4. utg. (Oslo 2011)
- Björgan, Per Andreas, Peter Dyrberg og Niels Fenger: EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis i 2003 og 2004, *Lov og Rett* 2005 s. 423–472
- Björgvinsson, David Thor: innlegg publisert i *Forhandlingene ved det 35. nordiske juristmøte i Oslo 1999*, Bind 2, s. 996–1001
- Blanchet, Therese, Maria Westman-Clement, Risto Pipponen: *The Agreement on the European Economic Area (EEA): a guide to the free movement of goods and competition rules* (Oxford 1994)
- Bragdø-Ellenes, Sunniva Cristina: *Overprøving av forvaltningsvedtak i Norge, Sverige og Frankrike* (Oslo 2009)
- Brandtner, Barbare: The 'Drama' of the EEA – Comments on Opinions 1/91 and 1/92, *European Journal of International Law* 1992 s. 300–328
- Brealey, Mark: The Burden of Proof before the European Court, *European Law Review* 1985 s. 150–262
- Broberg, Morten og Niels Fenger: *Preliminary references to the European Court of Justice* (Oxford 2010)

- Brüggemeier, Gert: *Haftungsrecht: Strukturen, Prinzipien, Schutzbereich* (Berlin/Heidelberg/New York 2006)
- Bruha, Thomas: Is the EEA an Internal Market?, i: P.-C. Müller-Graff and E. Selvig (red.), *EEA-EU Relations* (Berlin 1999) s. 97–129
- Bull, Henrik: EØS-avtalens struktur og om prinsippene for gjennomføring i norsk rett, *Lov og Rett* 1992 s. 583–601
- Bull, Henrik: The EEA Agreement and Norwegian Law, *European Business Law Review* 1994 s. 291–296
- Bull, Henrik: *Det indre marked for tjenester og kapital* (Oslo 2002)
- Bull, Henrik: *Kommentarer til EØS-loven (inkludert EØS-avtalen og ODA) i Norsk Lovkommentar* (www.rechtsdata.no – ved utgangen av 2012)
- Burrows, Noreen og Rosa Greaves: *The Advocate General and EC law* (Oxford 2007)
- Bøhn, Anders: *Kommentarer til domstoloven i Norsk lovkommentar* (www.rechtsdata.no – ved utgangen av 2012)
- Calliess, Christian og Matthias Ruffert (red.): *EUV/AEUV Kommentar*, 4. utg. (München 2011)
- Caranta, Roberto: Judicial protection against Member States: A new jus commune takes shape, *Common Market Law Review* 1995 s. 703–726
- Caranta, Roberto: On Discretion, i: S. Prechal og B. von Roermund (red.), *The Coherence of EU Law – The Search for Unity in Divergent Concepts* (Oxford 2008) s. 185–215
- Caranta, Roberto: Damages for Breaches of EU Public Procurement Law: Issues of Causation and Recoverable Losses, i: D. Fairgrieve og F. Lichère (red.), *Public Procurement Law – Damages as an Effective Remedy* (Oxford/Portland, Oregon 2011) s. 167–184
- Clermont, Kevin M. og Emily Sherwin: A Comparative View of Standards of Proof, *American Journal of Comparative Law* 2002 s. 243–275
- Colomer, Damaso Ruiz-Jarabo: Once Upon a Time – Francovich: From Fairy Tale to Cruel Reality?, i: M. P. Maduro og L. Azoulai (red.), *The Past and Future of EU Law* (Oxford/Portland, Oregon 2010) s. 405–412
- Craig, Paul: *EU Administrative Law* (Oxford 2012)
- Craig, Paul og Gráinne de Búrca: *EU law*, 5. utg. (Oxford 2011)
- Crawford, James: *The International Law Commission's articles on state responsibility: introduction, text and commentaries* (Cambridge 2002)
- Crawford, James: *Brownlie's Principles of Public International Law* (Oxford, 2012)
- van Dam, Cees: *European Tort Law* (Oxford 2006)
- Davis, Roy W.: Liability in Damages for a Breach of Community Law: Some Reflections on the Question of Who to Sue and the Concept of the 'State', *European Law Review* 2006 s. 69–80
- Deards, Elspeth: *Brasserie du Pêcheur: Snatching Defeat from the Jaws of Victory*, *European Law Review* 1997 s. 620–625
- Due, Ole: Hvad mener de dog? Om læsning af EF-domstolens afgørelser, i: L. Andersen m.fl. (red.), *Festskrift til Ole Lando* (København 1997) s. 125–144
- Durant, Isabelle: Causation, i: H. Koziol og R. Schulze (red.), *Tort Law of the European Community* (Wien 2008) s. 47–80

- Dyrberg, Peter: Horizontal direct effect v. duty of construction in the EEA? The Norwegian view, *European Law Review* 2001 s. 198–206
- Dörr, Claus: *Perspektiven des Gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches* (Bonn 2010).
- Eckhoff, Torstein og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*, 9. utg. (Oslo 2010)
- Edward, David og William Robinson: Is there a Place for Private Law Principles in Community law?, i: T. Heukels og A. McDonnell (red.), *The Action for Damages in Community Law* (The Hague 1997) s. 339–349
- Eeckhout, Piet: *EU External Relations Law* (Oxford 2011)
- Eilmansberger, Thomas: The Relationship between Rights and Remedies in EC Law: In search of the Missing Link, *Common Market Law Review* 2004 s. 1199–1246
- Einarsson, Ólafur Jóhannes: Hæstiréttur og EES-samningurinn – Samningsbrotamál og skaðabótaábyrgð, *Útlótur* 2011 s. 635–660
- Engstrøm, Bjørn: *Skadeserstatningsloven: med kommentarer* (Oslo 2010)
- Eriksson, Ida Otken: Medlemsstaternas skadeståndsansvar för nationella domstolars överträdelser av gemenskapsrätten: Björnen sover... , *Europarättslig Tidskrift* 2004 s. 199–211
- Eyjólfsson, Martin: Anmerkning til sak E-9/97 Sveinbjörnsdóttir, *Common Market Law Review* 2000 s. 191–211
- Fairgrieve, Duncan: The Human Rights Act 1998, Damages and English Tort Law, i: D. Fairgrieve, M. Andenæs og J. Bell (red.), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective* (London, 2002) s. 81–106
- Falck, Ingvar: innlegg publisert i *Forhandlingene ved det 35. nordiske juristmøte i Oslo 1999*, Bind 2, s. 1009–1010
- Fenger, Niels: *Forvaltning og fællesskab* (København 2004)
- Fenger, Niels: Limits to a dynamic homogeneity between EC law and EEA law, i: N. Fenger, K. Hagel-Sørensen og B. Vesterdorf (red.), *Festskrift til Claus Gulmann* (København 2006) s. 131–154
- Fenger, Niels: Review of final administrative decisions contrary to EU law, *European Law Reporter* 2008 s. 150–157
- Fenger, Niels: Om offentlige myndigheders erstatningsansvar og EU-retten, *Juristen* 2011 s. 87–101
- Forman, John: The EEA Agreement Five Years On: Dynamic Homogeneity in Practice and its Implementation by the two EEA Courts, *Common Market Law Review* 1999 s. 751–781
- Fredriksen, Halvard Haukeland: Tvisteloven og EØS-avtalen, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2008 s. 289–359
- Fredriksen, Halvard Haukeland: Er EFTA-domstolen mer katolsk enn paven? – noen betraktninger om EFTA-domstolens dynamiske utvikling av EØS-retten og streben etter dialog med EF-domstolen, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2009 s. 507–576
- Fredriksen, Halvard Haukeland: Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen? - noen betraktninger om størrelsen "gjeldende EØS-rett", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2010 s. 247–287
- Fredriksen, Halvard Haukeland: *EU/EØS-rett i norske domstoler*, Europautredningen, Rapport nr. 3 (Oslo 2011)

Fredriksen, Halvard Haukeland: Prinsipper, praksis og prognoser ved tolkning av EØS-avtalen, *Tidskrift for rettsvitenskap* 2012 s. 333–341

Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen: *EØS-rett* (Bergen 2012)

Frihagen, Arvid: *Villfarelse og ugyldighet i forvaltningsretten* (Oslo 1966)

Færstad, Jan-Ove: *Erstatningsansvar for villedende informasjon* (Bergen 2011)

van Gerven, Walter: The Genesis of EEA Law and the Principles of Primacy and Direct Effect, *Fordham International Law Journal* 1992-1993 s. 995–989

van Gerven, Walter: Non contractual Liability of Member States, Community Institutions and Individuals for Breaches of Community Law with a View to a Common Law for Europe, i: W. van Gerven and M. Zuleeg (red.), *Remedies and Sanctions for the Enforcement of Community Law* (Köln 1996) s. 29–54

van Gerven, Walter: Mutual Permeation of Public and Private Law at the National and Supranational Level, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1998a s. 7–24

van Gerven, Walter: Taking Article 215 (EC) Seriously, i: J. Beatson and T. Tridimas (red.), *New Directions in European Public Law* (Oxford 1998b) s. 35–47

van Gerven, Walter: Of Rights, Remedies and Procedures, *Common Market Law Review* 2000a s. 501–536

van Gerven, Walter (m.fl.): *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law* (Oxford and Portland, Oregon, 2000b)

Graver, Hans Petter: *Forvaltningsrett i markedsstaten* (Bergen 2002)

Graver, Hans Petter: EØS, suverenitet og statens ansvar for manglende gjennomføring, *Nytt i privatretten* 2005 hefte 4 s. 1–7

Graver, Hans Petter: *Alminnelig forvaltningsrett* 3. utg. (Oslo 2007)

Grøndalen, Inge Erlend: Ulovfestet objektivt ansvar for ugyldige vedtak? – særlig om myndighetsutøvelse uten lovhjemmel, i: H.P. Graver, I.H. Kraby og M. Stub, *Forsker og formidler – festskrift til Erik Magnus Boe*, Universitetsforlaget 2013 s. 138–148

Grzeszick, Bernd: Anmerkning til sak C-440/07 P, Schneider, *Common Market Law Review* 2011 s. 907–923

Gutman, Kathleen: The Evolution of the Action for Damages against the European Union and its Place in the System of Judicial Protection, *Common Market Law Review* 2011 s. 695–750

Hackspiel, Sabine: Beweisrecht, i: H.-W. Rengeling, A. Middeke og M. Gellermann (red.), *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union* (München 2003) s. 434–447

Hagstrøm, Viggo: *Culpanormen*, 4. utgave (Oslo 1983)

Hagstrøm, Viggo: *Offentligrettslig erstatningsansvar* (Oslo 1987)

Hagstrøm, Viggo: Det offentlige ansvar for feilaktig informasjon, i O. K. Fauchald, H. Jakhelln og A. Syse (red.), *Festskrift til Carl August Fleischer* (Oslo 2006) s. 217–224

Hagstrøm, Viggo: Exit objektivt ansvar for ugyldige forvaltningsvedtak, *Lov og Rett* 2010 s. 285–291

- Hannesson, Ólafur Í.: *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*, PhD Thesis, European University Institute, Firenze 2012
- Hannesson, Ólafur Í.: The Status of Non-Implemented EEA Law in Iceland: Lessons from the Judicial Reactions of the Supreme Court to International Law, *Nordic Journal of International Law* 2011 s. 425–458
- Harlow, Carol: *Francovich and the Problem of the Disobedient State*, *European Law Journal* 1996 s. 199–225
- Harlow, Carol: *State liability – Tort Law and Beyond* (Oxford 2004)
- Harris, David J., Colin Warbrick og M. O’Boyle: *Law of the European Convention on Human Rights* (Oxford 2009)
- Hartley, Trevor C.: The European Court and the EEA, *International and Comparative Law Quarterly* 1992 s. 841–847
- Hartley, Trevor C.: *European Community Law*, 6. utg. (Oxford 2007)
- Haug, Bjørn: innlegg publisert i *Forhandlingene ved det 35. nordiske juristmøte i Oslo 1999*, Bind 2, s. 1005 flg.
- Hilson, Chris: Liability of Member States in Damages: The Place of Discretion, *International and Comparative Law Quarterly* 1997 s. 941–947
- Hilson, Chris og Tony Downes: Making Sense of Rights: Community Rights in E.C. Law, *European Law Review* 1999 s. 121–138
- Hilson, Chris: The Role of Discretion in EC Law on Non-Contractual Liability, *Common Market Law Review* 2005 s. 677–696
- Hjelmeng, Erling: *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler* (Bergen 2003)
- Hjelmeng, Erling: *Revisors erstatningsansvar: en analyse av ansvarsnormen* (Bergen 2007a)
- Hjelmeng, Erling: Interessevern og rene formuesskader – i lys av Rt. 2007 s. 425, *Tidsskrift for Erstatningsrett* 2007b s. 169–180
- Hjelmeng, Erling: *Offentlig regulering og konkurransretten – En analyse av "state compulsion"-forsvaret* (Bergen 2009)
- Hoel Lie, Markus: Objektivt erstatningsansvar for uriktig offentlig myndighetsutøving?, *Lov og Rett* 2012 s. 407–423
- Hohfeld, Wesley N.: *Fundamental Legal Conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays* (New Haven 1919)
- Hreinsson, Páll: The Interaction between Icelandic Courts and the EFTA Court, i: EFTA Court (red.), *Judicial Protection in the European Economic Area* (Stuttgart 2012) s. 90–99
- Huitfeldt, Iver: Akademisk «ryddeøvelse» i EØS-retten – en kommentar, *Lov og Rett* 2012 s. 129–137
- Høgberg, Benedikte Moltumyr: *Forbud mot tilbakevirkende lover* (Oslo 2010)
- von Ihering, Rudolf: *Der Kampf um's Recht* (Wien 1872)

- Iwasawa, Yuji: The Doctrine of Self-Executing Treaties in the United States: A Critical Analysis, *Virginia Journal of International Law* 1986 s. 624–692
- Jacobs, Francis G.: Some Remarks on Community and Member State Liability, i: J. Wouters og J. Stuyck (red.), *Principles of Proper Conduct for Supranational, State and Private Actors in the European Union: Towards a Ius Commune*, (Antwerpen/Groningen/Oxford 2001) s. 129–134
- Jakobsen, Henning A.: *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EF- og EØS-retten* (Oslo 2002)
- Jervell, Stephan L.: *Lovgivningen i EØS* (Oslo 2002)
- Jervell, Stephan L.: Ansvarsgrunnlaget for det offentlige ved feil i faktum, i: H.P. Graver, I.H. Kraby og M. Stub, *Forsker og formidler – festskrift til Erik Magnus Boe*, Universitetsforlaget 2013 s. 202–210
- Johansson, Martin: *Sveinbjörnsdóttir* confirmed by Högsta domstolen, *Europarättslig Tidskrift* 2005 s. 507–519
- Kleineman, Jan: *Ren förmögenhetsskada* (Stockholm 1987)
- Knoph, Ragnar: *Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett* (Kristiania 1921)
- Koch, Bernhard A.: Punitive Damages in European Law, i: H. Koziol og V. Wilcox (red.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Wien 2009)
- Koller, H.: Die Umsetzung des EWR-Abkommens in das schweizerische Recht: Grundsätze und Methoden, i: O. Jacot-Guillarmod (red.), *Accord EEE: Commentaires et réflexions* (Zürich 1992) s. 819–842
- Krüger, Kai: Statlig kontrollansvar – en høyesterettsdom, *Lov og Rett* 1992 s. 439–455
- Krüger, Kai: Kampen om begrepene – en feltrapport fra EØS-fronten, i: *Stat, politikk og folkestyre – Festskrift til Per Stavang* (Bergen 1998) s. 429–454
- Krüger, Kai: Finanger-dommen og den nye rettskildefaktor: frykten, *Jussens Venner* 2001 s. 89–104
- Krüger, Kai: Compensation for Procurement Damage: A Nordic Exposé, *Scandinavian Studies in Law* 2012 s. 155–193
- Lage, Santiago Martinez og Helmut Brokelmann: The liability of the Spanish State for breach of EC law: the landmark ruling of the Spanish Tribunal Supremo in the Canal Satellite Digital case, *European Law Review* 2004 s. 530–545
- Lever, Jeremy: Mutual Permeation of Community and National Tort Rules, i: J. Wouters og J. Stuyck (red.), *Principles of proper Conduct for Supranational, State and Private Actors in the European Union: Towards a Ius Commune* (Antwerpen/Groningen/Oxford 2001) s. 91–110
- Liisberg, Bent: *Erstatningsansvaret for offentlig servicevirksomhet: kritikk av en juridisk vranglære* (Bergen 2005)
- Liisberg, Bent: Objektivt erstatningsansvar for statlig myndighetsutøvelse – hvilken vei blåste egentlig ‘vinden i Høyesterett’?, i: T. Frantzen, J. Giertsen og G. C. Moss (red.), *Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue* (Oslo 2007) s. 668–682
- Liisberg, Bent: Exit objektivt ansvar for ugyldige forvaltningsvedtak – eller utenom-synspunkt uten rettskildevekt?, *Tidsskrift for Erstatningsrett* 2010 s. 282–318

- Liisberg, Bent: Det offentliges erstatningsansvar for ugyldige men reparerte forvaltningsvedtak, *Tidsskrift for Erstatningsrett* 2012 s. 153–191
- Lorenzen, Peer m.fl.: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention: med kommentarer*, 3. utg. (København 2011)
- Lødrup, Peter og Morten Kjelland: *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utg. (Oslo 2009)
- Magnússon, Skúli: Judicial Homogeneity in the European Economic Area and the Authority of the EFTA Court, *Nordic Journal of International Law* 2011 s. 507–534
- Magnússon, Skúli og Ólafur Í. Hannesson: State Liability in EEA Law: Towards Parallelism or Homogeneity?, *European Law Review* 2013 s. 167–186
- Martín-Casals, Miquel og Josep Solé Feliu: Liability for Others, i: H. Koziol og R. Schulze (red.), *Tort Law of the European Community* (Wien 2008) s. 165–177
- Mathisen, Gjermund: Strafferetten og EØS: Ingen grunn til frifinnelse?, *Jussens Venner* 2009 s. 258–273
- Mathisen, Gjermund: Om EFTA-domstolen, *Europarättslig Tidsskrift* 2010 s. 13–29
- Mead, Philip: The Relationship between an Action for Damages and an Action for Annulment: The Return of Plaumann, i: T. Heukels og A. McDonnell (red.), *The Action for Damages in Community Law* (The Hague 1997) s. 243–258
- Méndez-Pinedo, M. Elvira: *EC and EEA Law – A Comparative Study of the Effectiveness of European Law* (Groningen 2009)
- Monsen, Erik: EF-domstolens innvirkning på norsk erstatningsrett, *Tidsskrift for Erstatningsrett* 2006 s. 238–258
- Monsen, Erik: Om rekkevidden av erstatningsrettslig vern for tap og ulempe som følge av formueskade, *Jussens Venner* 2010 s. 1–67
- Moréteau, Olivier: i: The European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law* (Wien 2006)
- Müller-Graff, Peter-Christian: EEA Agreement and EC Law: A Comparison in Scope and Content, i: P. C. Müller-Graff and E. Selvig (red.), *The European Economic Area – Norway's Basic Status in the Legal Construction of Europe* (Berlin 1997) s. 17–41
- Nassimpian, Dimitra: ... and we keep on meeting: (De)fragmenting state liability, *European Law Review* 2007 s. 819–838
- Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: *EU ret*, 6. utg. (København 2010)
- Nisja, Ola Ø. og Arne-Martin H. Sørli: «Erstatningsansvar ved ugyldige forvaltningsvedtak: Hvor står vi nå?», *Lov og Rett* 2013 s. 311–316
- Norberg, Sven m.fl.: *EEA law : a commentary on the EEA Agreement* (Stockholm 1993)
- Norberg, Sven: Perspectives on the Future Development of the EEA, i: *Afmaelisrit Thor Wilhjalms-son* (Reykjavik 2000) s. 367–379
- Norberg, Sven: Justice in the European Economic Area – The Role of the EFTA Court, i: EFTA Court (red.), *Judicial Protection in the European Economic Area* (Stuttgart 2012) s. 29–52
- Nygaard, Nils: *Aktløysevurderinga i norsk rettspraksis* (Bergen 1974)

- Nygaard, Nils: Plassering av tvilsrisiko for hypotetisk årsak, *Lov og Rett* 2000 s. 515–542
- Nygaard, Nils: *Skade og ansvar* (Bergen, 2007)
- Oetker, Hartmut i: W. Krüger (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bind 2: Schuldrecht - Allgemeiner Teil (§§ 241-432)*, 6. Utg. (München 2012)
- Oliphant, Ken: The Nature and Assessment of Damage, i: H. Koziol og R. Schulze (red.), *Tort Law of the European Community* (Wien 2008) s. 241–271
- Oliver, Peter: Joint Liability of the Community and the Member States, i: T. Heukels og A. McDonnell (red.), *The Action for Damages in Community Law* (Haag 1997) s. 285–309
- Pfander, James E.: Member State Liability and Constitutional Change in the United States and Europe, *American Journal of Comparative Law* 2003 s. 237–274
- Prechal, Sacha: *Directives in EC Law*, 2. utg. (Oxford 2005)
- Rasmussen, H.: *EU-ret i kontekst* (København 2003)
- Rebhahn, Robert: Non-contractual Liability in Damages of Member States for Breach of Community Law, i: H. Koziol og R. Schulze (red.), *Tort Law of the European Community* (Wien 2008) s. 179–212
- Reich, Norbert: AGM-COS.MET or: who is protected by EC safety regulation?, *European Law Review* 2008 s. 85–100
- Rognstad, Ole-Andreas: EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis som rettskilder ved tolkningen av EØS-avtalen, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2001 s. 435–463
- Rognstad, Ole-Andreas: EU-domstolen avgjør ikke alltid tolkningen av EØS-avtalen, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2011 s. 658–668
- Rognstad, Ole-Andreas og Are Stenvik: Hva er immaterialretten verd?, i: K. S. Bull, V. Hagstrøm, S. Tjomsland (red.), *Bonus Pater Familias – Festskrift til Peter Lødrup* (Oslo 2002) s. 511–548
- Ruffert, Matthias: Rights and Remedies in European Community Law, *Common Market Law Review* 1997 s. 307–336
- Ruud, Morten og Geir Ulfstein: *Innføring i folkerett*, 4. utg. (Oslo 2011)
- Schei, Tore: Kommune, fylkeskommune eller stat som saksøkt?, *Lov og Rett* 1981 s. 339–353
- Schei, Tore m.fl.: *Twisteloven: kommentarutgave* (Oslo 2011)
- Schermers, Henry G. og Christof R.A. Swaak: Official Acts of Community Servants and Article 215 (4) EC, i: T. Heukels og A. McDonnell (red.), *The Action for Damages in Community Law* (The Hague 1997) s. 167–178
- Scherr, Kathrin Maria: Public Liability for Administrative Acts under French Law, *European Public Law* 2008 s. 213–236
- Schockweiler, Fernand : La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire, *Revue trimestrielle de droit européen* 1992 s. 27–50
- Schultz, Mårten, *Adekvansläran* (Stockholm 2010)

- Sejersted, Fredrik: Between Sovereignty and Supranationalism in the EEA Context – On the Legal Dynamics of the EEA Agreement, i: P. C. Müller-Graff and E. Selvig (red.), *The European Economic Area – Norway's Basic Status in the Legal Construction of Europe* (Berlin 1997) s. 43–73
- Sejersted, Fredrik: Rett og politikk i europeiseringens tid, *Nytt Norsk Tidsskrift* 2009 s. 545–552
- Sejersted, Frederik m.fl.: *EØS-rett* (Oslo, 1. utg. 1995, 2. utg. 2004, 3. utg. 2011)
- Sevón, Leif: Primacy and Direct Effect in the EEA – Some Reflections, i: *Festskrift til Ole Due* (København 1994) s. 339–354
- Sevón, Leif: innlegg publisert i *Forhandlingene ved det 35. nordiske juristmøte i Oslo 1999*, Bind 2, s. 1007–1008
- Sevón, Leif: The ECJ, the EFTA Court and the national courts of the EFTA countries, i: P. Lødrup m.fl. (red.), *Rettsteori og rettsliv: festskrift til Carsten Smith* (Oslo 2002) s. 721–732
- Sevón, Leif og Martin Johansson: The protection of the rights of individuals under the EEA Agreement, *European Law Review* 1999 s. 373–386
- Shaw, Bernhard: *International Law*, 6. utg., (Cambridge, 2008)
- Simma, Bruno: *Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge* (Berlin 1972)
- Skarhed, Anna: *Det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-regler*, publisert i: Statens offentliga utredningar (SOU) 1997:194
- Skoghøy, Jens Edvin A.: *Tvisteløsning* (Oslo 2010)
- Skoghøy, Jens Edvin A.: Forbud mot tilbakevirkende lovgivning, *Lov og Rett* 2011 s. 255–282
- Smith, Fiona og Lorna Woods: Causation in Francovich – The Neglected Problem, *International and Comparative Law Quarterly* 1997 s. 925–941
- Solheim, Stig H.: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon* (Oslo 2010)
- Spanó, Róbert R.: The Concept of Procedural Homogeneity, i: EFTA Court (red.), *Judicial Protection in the European Economic Area* (Stuttgart 2012) s. 152–159
- Sperr, Anneken Kari: *Verwaltungsrechtsschutz in Deutschland und Norwegen* (Baden-Baden 2009)
- Stang, Fredrik: *Erstatningsansvar* (Oslo 1927)
- Stefánsson, Stefán Már: State Liability in Community Law and EEA Law, i: C. Baudenbacher, P. Tresselt og T. Örlygsson (red.), *The EFTA Court Ten Years On* (Oxford and Portland, Oregon 2005) s. 145–159
- Stefánsson, Stefán Már: Legitimate Expectations in EC/EEA Law, i: M. Monti, m.fl. (red.), *Economic Law and Justice in Times of Globalisation – Festschrift for Carl Baudenbacher* (Baden-Baden 2007) s. 627–641
- Stenvik, Are: Erstatning og rettssubjektivitet, i: G. Woxholt, K. Normann, G. Knudsen og M. H. Andenæs (red.), *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs* (Oslo 2010) s. 281–301
- Stenvik, Are: Bokanmeldelse av Mårten Schultz: Adevansläran, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2010 s. 562–572

- Strand, Magnus: Domskommentar til sak C-398/09 Lady & Kid, *Common Market Law Review* 2012 s. 381–400
- Strandberg, Magne: *Beviskrav i sivile saker* (Bergen 2012)
- Sørum, Tom: Finanger II-dommen – rettsstilstanden og konsekvenser, *Jussens Venner* 2006 s. 125–141
- Temple Lang, John: New Legal Effects Resulting from the Failure of States to Fulfill Obligations Under European Community Law: The Francovich Judgment, *Fordham International Law Journal* 1992 s. 1–52
- Temple Lang, John: Article 10 EC - The Most Important ‘General Principle’ of Community Law, i: U. Bernitz m.fl. (red.), *General Principles of EC Law in a Process of Development* (Alphen aan den Rijn 2008)
- Thorson, Bjarte: *Erstatningsrettslig vern for rene formuestap* (Oslo 2011)
- Tietjen, Daniel: *Das System des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsrechts* (Berlin 2010)
- Tison, Michel: Do not attack the watchdog! Banking supervisor’s liability after Peter Paul, *Common Market Law Review* 2005 s. 639–675
- Toth, A. G.: The Concepts of Damage and Causality as Elements of Non-contractual Liability, i: T. Heukels og A. McDonnell (red.), *The Action for Damages in Community Law* (Haag 1997) s. 179–198
- Treumer, Steen: Damages for Breach of the EC Public Procurement Rules – Changes in European Regulation and Practice’, *Public Procurement Law Review* 2006 s. 159–170
- Tridimas, Takis: Liability for Breach of Community Law: Growing Up and Mellowing Down?, *Common Market Law Review* 2001 s. 301–332
- Tridimas, Takis: *The General Principles of EU Law*, 2. utg. (Oxford 2006)
- Troiano, Stefano: EC Tort Law and the Romanic Legal Family, i: H. Koziol og R. Schulze (red.), *Tort Law of the European Community*, (Wien 2008) s. 395–438
- Tverberg, Arnulf, innlegg publisert i *Forhandlingene ved det 37. nordiske juristmøte i Reykjavik 2005*, Bind 2, s. 240–241
- Vaquer, Antoni: Damage, i: H. Koziol og R. Schulze (red), *Tort Law of the European Community*, (Wien 2008) s. 23–45
- Ward, Angela: *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law*, 2. utg. (Oxford 2007)
- Wattel, Peter J.: Köbler, CILFIT and Welthgrove: We can't go on meeting like this, *Common Market Law Review* 2004 s. 177–190
- Wattel, Peter J: National Procedural Autonomy and Effectiveness of EC Law: Challenge the Charge, File for Restitution, Sue for Damages?, *Legal Issues of Economic Intergration* 2008 s. 109–132
- Weiß, Holger Tobias: Gemeinschaftsrecht als Determinant staatlicher Informationstätigkeit, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2008 s. 74–80
- Weitenberg, Martin: Terminology, i: H. Koziol og R. Schulze (red), *Tort Law of the European Community* (Wien 2008) s. 309–340

Wennerås, Pål: State Liability for Decisions of Courts of Last Instance in Environmental Cases, *Journal of Environmental Law* 2004 s. 229–340

Wennerås, Pål: *The Enforcement of EC Environmental Law* (Oxford 2007)

Wiklund, Ola: *EG-domstolens tolkningsutrymme: om förhållandet mellan normstruktur, kompetensfördelning och tolkningsutrymme i EG-rätten* (Stockholm 1997)

Winiger, Bénédicte, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch og Reinhard Zimmermann: *Digest of European Tort Law Volume 2: Essential Cases on Damages* (Berlin 2011)

Wurmnest, Wolfgang: *Grundzüge eines europäischen Haftungsrecht* (Tübingen 2003)

Rettspraksis

Alfabetisk register over avgjørelser fra EU-domstolen, Underretten og EFTA-domstolen som er omtalt ved kortnavn

- Aciéries du Temple* – Sak 36/62, *Aciéries du Temple mot Den høye myndighet*, Sml. (fransk utgave) 1963 s. 585
- Adams* – Sak 145/83, *Adams mot Kommisjonen*, Sml. 1985 s. I-3539
- AFCCon* – Sak T-160/03, *AFCCon mot Kommisjonen*, Sml. 2005 s. II-981
- AGM* – Sak C-470/03, *AGM mot Suomen valtio og Lehtinen*, [SK] Sml. 2007 s. I-2794
- Agraz* – Sak C-243/05 P, *Agraz m.fl. mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2006 s. I-10833 / Sak T-285/03, *Agraz mot Kommisjonen (dom nr. 1)*, Sml. 2005 s. II-1063
- Allied Colloids* – Sak E-2/00, *Allied Colloids mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2000-2001 s. 35
- Andersson* – Sak C-321/97, *Andersson mot Sverige*, [P] Sml. 1999 s. I-3551
- Antillean Rice Mills* – Sak C-390/95 P, *Antillean Rice Mills mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 1999 s. I-769
- Area Cova* – Sak T-196/99, *Area Cova m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-3597
- Arizmendi* – Sak T-440/03, *Arizmendi m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2009 s. II-4883
- Artegodan I* – Sak C-39/03 P, *Kommisjonen mot Artogodan (I)*, [P] Sml. 2003 s. I-7885
- Artegodan II* – Sak C-221/10 P, *Artegodan mot Kommisjonen (II)*, [A5] dom 19. april 2012
- Ásgeirsson* – Sak E-2/03, *Påtalemakten mot Ásgeirsson*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 185
- Atlantic Container Line* – Sak T-113/04, *Atlantic Container Line mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-171*
- Avoir Fiscale* – Sak 270/83, *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 1986 s. 273
- Azienda Agricola Braccesco* – Sak T-440/09, *Azienda Agricola Braccesco mot Kommisjonen*, kjennelse 4.6.2012
- BAI* – Sak T-230/95, *BAI mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. II-123
- Barth* – Sak C-542/08, *Barth mot Bundesministerium für Wissenschaft*, [A5] Sml. 2010 s. I-3189
- Beamglow* – Sak T-383/00, *Beamglow mot EU-parlamentet, Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2005 s. II-5459
- Belgian Sewing Thread* – Sak T-452/05, *Belgian Sewing Thread mot Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-1373
- Bergaderm* – Sak C-352/98 P, *Bergaderm mot Kommisjonen*, [P] Sml. 2000 s. I-5291
- Bernaldez* – Sak C-129/94, *Straffesak mot Bernáldez*, [A5] Sml. 1996 s. I-1829
- Bertrand* – Sak 40/75, *Bertrand mot Kommisjonen*, Sml. 1976 s. 1
- Blackspur* – Sak C-362/95 P, *Blackspur m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, [A3] Sml. 1997 s. I-4475
- Bonifaci* – forente saker C-94/95 og C-95/95, *Bonifaci og Berto mot INPS*, [A5] Sml. 1997 s. I-3969
- Bouychou* – Sak T-344/04, *Bouychou mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-91
- Bpost* – Sak T-514/09, *bpost mot Kommisjonen*, dom 23. november 2011
- Brasserie du Pêcheur/Factortame* – Forente saker C-46/93 og C-48/93, *Brasserie du Pêcheur mot Tyskland og The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame*, [P] Sml. 1996 s. I-1029
- Bresciani* – Sak 87/75, *Bresciani mot Den Italienske Finansforvaltning*, Sml. 1976 s. 129
- Brinkmann* – Sak C-319/96, *Brinkmann mot Skatteministeriet*, [A3] Sml. 1998 s. I-5255
- British Telecommunications* – Sak C-392/93, *The Queen mot H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications*, [P] Sml. 1996 s. I-1631
- Bühning* – Sak T-246/93, *Bühning mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-171

- Buy Irish* – Sak 249/81, *Kommisjonen mot Irland («Buy Irish»)*, Sml. 1982 s. 4005
- C-Content* – Sak T-247/08, *C-Content mot Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-205*
- Camar og Tico* – Sak C-312/00 P, *Kommisjonen mot Camar og Tico*, [P] Sml. 2002 s. I-11355
- Cantina sociale di Dolianova* – Sak C-51/05 P, *Kommisjonen mot Cantina sociale di Dolianova m.fl.*, [A5] Sml. 2008 s. I-5341
- Carbonari* – Sak C-131/97, *Carbonari m.fl. mot Università degli studi di Bologna*, [A5] Sml. 1999 s. I-1103
- Carmen Media* – Sak C-46/08, *Carmen Media mot Land Schleswig-Holstein*, [SK] Sml. 2010 s. I-8149
- Cartondruck* – Sak T-320/00, *Cartondruck mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2005 s. II-27*
- CAS Succhi di Frutta* – Sak C-497/06 P, *CAS Succhi di Frutta mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2009 s. I-69*
- Castille* – Forente saker 173/82 m.fl., *Castille mot Kommisjonen*, Sml. 1986 s. 497
- CEVA og Pfizer* – Sak C-198/03 P, *Kommisjonen mot CEVA og Pfizer*, [SK] Sml. 2005 s. I-6357
- CFC* – Sak C-201/05, *The Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation mot Commissioners of Inland Revenue*, [A5] Sml. 2008 s. I-2875
- CIBA* – Sak E-6/01, *CIBA m.fl. mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 281
- CIG* – Sak C-241/99, *CIG mot Servicio Galego de Saúde*, [A5] Sml. 2001 s. I-5139
- CILFIT* – Sak 283/81, *CILFIT m.fl. mot Ministero della sanità*, Sml. 1982 s. 3415
- Citymo* – Sak T-271/04, *Citymo mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-1375
- Compagnie Continentale France* – Sak 169/73, *Compagnie Continentale France mot Rådet*, Sml. 1975 s. 117
- Costa* – Sak 6/64, *Costa mot ENEL*, Sml. (fransk utgave) 1964 s. 1141
- Courage mot Crehan* – Sak C-453/99, *Courage mot Crehan*, [P] Sml. 2001 s. I-6297
- Danfoss* – Sak C-94/10, *Danfoss mot Skatteministeriet*, [A5] dom 20. oktober 2011
- Danske Slagterier* – Sak C-445/06, *Danske Slagterier mot Tyskland*, [SK] Sml. 2009 s. I-2119
- Denkavit* – C-283/94 m.fl., *Denkavit m.fl. mot Bundesamt für Finanzen*, [A5] Sml. 1996 s. I-5063
- Dieckmann & Hansen* – Sak T-155/99, *Dieckmann & Hansen mot Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-3143
- Dillenkofer* – Forente saker C-178/94 m.fl., *Dillenkofer m.fl. mot Tyskland*, [P] Sml. 1996 s. I-4845
- DLD Trading* – Sak T-146/01, *DLD Trading mot Kommisjonen*, Sml. 2003 s. II-6005
- Dole* – Sak T-56/00, *Dole mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2003 s. II-577
- Dominguez* – Sak C-282/10, *Dominguez mot Centre Ouest Atlantique*, [SK] dom 24. januar 2012
- Dorsch Consult* – Sak C-237/98 P, *Dorsch Consult mot Rådet og Kommisjonen*, [A5] Sml. 2000 s. I-4549/Sak T-184/95, *Dorsch Consult mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-667
- Dumortier* – Sak 64/76, *Dumortier m.fl. mot Rådet*, Sml. 1979 s. 3091
- ECO Swiss* – Sak C-126/97, *ECO Swiss mot Benetton*, [P] Sml. 1999 s. I-3055
- El Corte Inglés* – Sak C-192/94, *El Corte Inglés mot Rivero*, [A5] Sml. 1996 s. I-1281
- Eman* – Sak C-300/04, *Eman mot College van burgemeester van Den Haag*, [SK] Sml. 2006 s. I-8055
- Embassy Limousines* – Sak T-203/96, *Embassy Limousines mot EU-parlamentet*, Sml. 1998 s. II-4239
- Enichem Base* – Sak 380/87 *Enichem Base m.fl. mot Comune di Cinisello Balsamo*, Sml. 1989 s. 2491
- É.R.* – Sak T-138/03, *É. R. m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2006 s. II-492
- Evans* – Sak C-63/01, *Evans mot The Secretary of State for the Environment m.fl.*, [A3] Sml. 2003 s. I-14447
- Evropaïki Dynamiki* – Sak C-469/11 P, *Evropaïki Dynamiki mot Kommisjonen*, [A5] dom 8. november 2012
- Facchini Dori* – Sak C-91/92, *Faccini Dori mot Recreb*, [P] Sml. 1994 s. I-3325
- Fedon & Figli* – Sak T-135/01, *Fedon & Figli mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2005 s. II-29*

- FERAM* – Sak 23/59, *FERAM mot Den høye myndighet*, Sml. 1959 (fransk utgave) s. 501
- Ferreira* – Sak C-348/98, *Ferreira mot Companhia de Seguros Mundial Confiança*, [A5] Sml. 2000 s. I-6711
- FG Marine* – Sak T-360/04, *FG Marine mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-92*
- FIAMM* – Forente saker C-120/06 P og C-121/06 P, *FIAMM og Fedon mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2008 s. I-6513/ Sak T-69/00, *FIAMM mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2005 s. II-5393
- FII* – Sak C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation mot Commissioners of Inland Revenue*, [SK] Sml. 2006 s. I-11753
- Finanger* – Sak E-1/99, *Storebrand mot Finanger*, EFTA Ct. Rep. 1999 s. 119
- Fokus Bank* – Sak E-1/04, *Fokus Bank mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2004 s. 11
- Foster* – Sak C-188/89, *Foster mot British Gas*, Sml. 1990 s. I-3313
- Franchet og Byk* – Sak T-48/05, *Franchet og Byk mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-1585
- Francovich* – Forente saker C-6/90 og C-9/90, *Francovich mot Italia*, Sml. 1991 s. I-5357
- Fresh Marine* – Sak C-472/00 P, *Kommisjonen mot Fresh Marine*, [P] Sml. 2003 s. I-7541/ Sak T-178/98, *Fresh Marine mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-3331
- Fuß* – Sak C-429/09, *Fuß mot Stadt Halle*, [A5] Sml. 2010 s. I-12167
- GAEC* – Sak 253/84, *GAEC mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1987 s. 123
- Galileo International Technology* – Sak C-325/06 P, *Galileo International Technology mot Kommisjonen*, [A3] Sml. 2007 s. I-44*/ Sak T-279/03, *Galileo International Technology mot Kommisjonen*, Sml. 2006 s. II-1291
- Gambelli* – Sak C-243/01, *Straffesak mot Gambelli m.fl.*, [P] Sml. 2003 s. I-13076
- Geotronics* – Sak T-185/94, *Geotronics mot Kommisjonen*, Sml. 1995 s. II-2795
- Gollnisch* – Sak T-42/06, *Gollnisch mot EU-parlamentet*, Sml. 2010 s. II-1135
- Granville* – Sak E-13/11, *Granville mot Anhalt*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 400
- Grifoni* – Sak C-308/87, *Grifoni mot Euratom (dom nr. 1)*, Sml. 1990 s. I-1203
- Grifoni II* – Sak C-308/87, *Grifoni mot Euratom (dom nr. 2)*, [A5] Sml. 1994 s. I-341
- Groupe Fremaux* – Sak T-301/00, *Groupe Fremaux mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2005 s. II-25*
- Gullenke I* – Sak E-2/07, *ESA mot Norge («Gullenke I»)*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 280
- Gullenke II* – Sak E-18/10, *ESA mot Norge («Gullenke II»)*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 202
- Gutknecht* – Sak T-561/08, *Gutknecht mot Kommisjonen*, dom 18. oktober 2011
- Haim II* – sak C-424/97, *Haim mot Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein (II)*, [P] Sml. 2000 s. I-5213
- Halliburton* – Sak C-1/93, *Halliburton Services mot Staatssecretaris van Financiën*, [A5] Sml. 1994 s. I-1137
- Hamill* – Sak 180/87, *Hamill mot Kommisjonen*, Sml. 1988 s. 6141
- Hautem* – Sak T-11/00, *Hautem mot Den europeiske investeringsbank*, Sml. 2000 s. II-4019
- Hedley Lomas* – Sak C-5/94, *The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas*, [P] Sml. 1996 s. I-2553
- HNL* – Forente saker 83/76 m.fl., *HNL mot Kommisjonen*, Sml. 1978 s. 1209
- HOB-vín* – Sak E-2/12, *HOB-vín mot Áfengis- og tóbaksverslun ríkisins*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 1092
- Hogan* – Sak C-398/11, *Hogan m.fl. mot Minister for Social and Family Affairs, Ireland*, [A5] dom 25. april 2013
- Holcim* – Sak C-282/05 P, *Holcim mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2007 s. I-2941
- Humblet* – Sak 6/60, *Humblet mot Belgia*, Sml. (fransk utgave) 1960 s. 1125

- Iaia* – Sak C-452/09, *Iaia mot Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, [A5] Sml. 2011 s. I-4043
- Idromacchine* – Sak T-88/09, *Idromacchine mot Kommisjonen*, dom 8. november 2011
- Inalca* – Sak C-460/09 P, *Inalca mot Kommisjonen*, [A5] dom 28. februar 2013
- Internationaler Hilfsfond* – Sak C-331/05 P, *Internationaler Hilfsfonds mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2007 s. I-5475
- Interquell Stärke-Chemie* – Forente saker 261/78 m.fl., *Interquell Staerke-Chemie mot EF*, Sml. 1979 s. 3045
- Interspeed* – Sak T-587/10, *Interspeed mot Kommisjonen*, dom 10. juli 2012
- Ireks-Arkady* – Sak 238/78, *Ireks-Arkady mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1979 s. 2955
- Irish Bank* – Sak E-18/11, *Irish Bank mot Kauppingi*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 592
- Jaeger* – Sak C-151/02, *Kiel mot Jaeger*, [P] Sml. 2003 s. I-8389
- Jansma* – Sak T-76/94, *Jansma mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-243
- Jonsson* – Sak E-3/12, *Staten v/Arbeidsdepartementet mot Jonsson*, rådgivende uttalelse 20. mars 2013
- Kampffmeyer* – Forente saker 56/74 m.fl., *Kampffmeyer mot Kommisjonen*, Sml. 1976 s. 751
- Karlsson* – Sak E-4/01, *Karlsson mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 240
- Kazchrome* – Sak T-107/08, *Kazchrome mot Rådet og Kommisjonen*, dom 30. november 2011
- Koch* – Sak E-11/12, *Koch m.fl. mot Swiss Life (Liechtenstein)*, rådgivende uttalelse 13. juni 2013
- Kolbeinsson* – Sak E-2/10, *Kolbeinsson mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2009-2010 s. 234
- Kommisjonen mot Storbritannia* – Sak C-127/05, *Kommisjonen mot Storbritannia*, [A5] Sml. 2007 s. I-4619
- Konle* – Sak C-302/97, *Konle mot Østerrike*, [P] Sml. 1999 s. I-3099
- Krohn* – Sak 175/84, *Krohn & Co Import-Export mot Kommisjonen*, Sml. 1986 s. 753
- Küçükdeveci* – Sak C-555/07, *Küçükdeveci mot Swedex*, [SK] Sml. 2010 s. I-365
- Kupferberg* – Sak 104/81, *Hauptzollamt Mainz mot Kupferberg*, Sml. 1982 s. 3641
- KYDEP* – Sak C-146/91, *KYDEP mot Kommisjonen*, Sml. 1994 s. I-4199
- Köbler* – Sak C-224/01, *Köbler mot Østerrike*, [SK] Sml. 2003 s. I-10239
- Laboratoire du Bain* – Sak T-151/00, *le Laboratoire du Bain mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2005 s. II-23*
- Lankhorst-Hohorst* – Sak C-324/00, *Lankhorst-Hohorst mot Finanzamt Steinfurt*, [A5] Sml. 2002 s. I-11779
- Larsy* – Sak C-118/00, *Gervais Larsy mot INASTI*, [A3] Sml. 2001 s. I-5063
- de Lasteyrie du Saillan* – Sak C-9/02, *de Lasteyrie du Saillant mot Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, [A3] Sml. 2004 s. I-2409
- Leitner* – Sak C-168/00, *Leitner mot TUI*, [A5] Sml. 2002 s. I-2631
- Lenz* – Sak C-315/02, *Lenz mot Finanzlandesdirektion für Tirol*, [A5] Sml. 2004 s. I-7063
- Leth* – Sak C-420/11, *Leth mot Østerrike*, [A5] dom 14. mars 2013
- Leussink* – Forente saker 169/83 og 136/84, *Leussink m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1986 s. 2801
- Lindöpark* – Sak C-150/99, *Lindöpark mot Sverige*, [A3] Sml. 2001 s. I-493
- L'Oréal* – Forente saker E-9/07 og E-10/07, *L'Oréal mot Per Aarskog m.fl.*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259
- Ludwigshafer Walzmühle* – Forente saker 197/80 m.fl., *Ludwigshafer Walzmühle m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1981 s. 3211
- Läärä* – Sak C-124/97, *Läärä m.fl. mot Finland*, [P] Sml. 1999 s. I-6104
- Manghera* – Sak 59/75, *Pubblico Ministero mot Manghera m.fl.*, Sml. 1976 s. 91
- Mangold* – Sak C-144/04, *Mangold mot Helm*, [SK] Sml. 2005 s. I-9981

- Maglite* – Sak E-2/97, *Mag Instrument mot California Trading*, EFTA Ct. Rep. 1997 s. 129
- Malagutti-Vezinhet* – Sak T-177/02, *Malagutti-Vezinhet mot Kommisjonen*, Sml. 2004 s. II-827
- Manfredi* – Forente saker C-295/04 m.fl., *Manfredi mot Lloyd*, [A5] Sml. 2006 s. I-6619
- Manninen* – Sak C-319/02, *Manninen mot Keskusverolautakunta*, [SK] Sml. 2004 s. I-7477
- Markenqualität aus deutschen Landen* – Sak C-325/00, *Kommisjonen mot Tyskland*, [P] Sml. 2002 s. I-9977
- Marshall* – Sak 152/84, *Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, Sml. 1986 s. 723
- Marshall II* – Sak C-271/91, *Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (II)*, Sml. 1993 s. I-4367
- Masdar* – Sak C-47/07 P, *Masdar mot Kommisjonen*, [SK] Sml. 2008 s. I-9761
- Maso* – Sak C-373/95, *Maso og Gazzetta mot INPS*, [A5] Sml. 1997 s. I-4051
- Mauerhofer* – Sak C-433/10 P, *Mauerhofer mot Kommisjonen*, [A3] Sml. 2011 s. I-48*
- Mau* – Sak C-160/01, *Mau mot Bundesanstalt für Arbeit*, [A5] Sml. 2003 s. I-4791
- Mebrom* – Sak C-374/07 P, *Mebrom mot Kommisjonen*, [A3] Sml. 2009 s. I-3*
- Medici Grimm I* – Sak T-7/99, *Medici Grimm mot Rådet (I)*, Sml. 2000 s. II-2671
- Medici Grimm II* – Sak T-364/03, *Medici Grimm mot Rådet (II)*, Sml. 2006 s. II-79
- Metallgesellschaft* – Forente saker C-397/98 og C-410/98, *Metallgesellschaft m.fl. mot Commissioners of Inland Revenue*, [A5] Sml. 2001 s. I-1727
- Mulder* – Forente saker C-104/89 og C-37/90, *Mulder mot Rådet og Kommisjonen (dom nr. 1)*, Sml. 1992 s. I-3061
- MyTravel* – Sak T-212/03, *MyTravel Group mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-1967
- N* – Sak C-470/04, *N mot Inspecteur van de Belastingdienst Oost*, [A5] Sml. 2006 s. I-7409.
- New Europe Consulting* – Sak T-231/97, *New Europe Consulting og Brown mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. II-2403
- Ngele* – Sak C-272/11 P, *Ngele mot Kommisjonen*, [A3] kjennelse 4. oktober 2011
- Nguyen* – Sak E-8/07, *Nguyen mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 223
- Nikolaou* – Sak T-259/03, *Nikolaou mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-99*
- de Nil* – Sak C-259/96 P, *de Nil m.fl. mot Rådet*, Sml. 1998 s. I-2915
- Norbrook Laboratories* – C-127/95, *Norbrook Laboratories mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, [A5] Sml. 1998 s. I-1531
- Oleifici Mediterranei* – Sak 26/81, *Oleifici Mediterranei mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1982 s. 3057
- Opel Austria* – Sak T-115/94, *Opel Austria mot Rådet*, Sml. 1997 s. II-39
- Ospelt* – Sak C-452/01, *Ospelt og Schlössle Weissenberg Familienstiftung*, [P] Sml. 2003 s. I-9743.
- Palmisani* – Sak C-261/95, *Palmisani mot INPS*, [A5] Sml. 1997 s. I-4025
- Paul* – Sak C-222/02, *Paul m.fl. mot Tyskland*, [P] Sml. 2004 s. I-9425
- Pauls Agriculture* – Sak 256/81, *Pauls Agriculture mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1983 s. 1707
- Pérez* – Sak T-304/01, *Pérez m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2006 s. II-4857
- Personalrat der Feuerwehr Hamburg* – sak C-52/04, *Personalrat der Feuerwehr Hamburg mot Leiter der Feuerwehr Hamburg*, [A5] Sml. 2005 s. I-7111
- Pfeiffer* – Forente saker C-397/01 m.fl., *Pfeiffer m.fl. mot Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut*, [SK] Sml. 2004 s. I-8835

- Polydor* – Sak 270/80, *Polydor mot Harlequin Records Shops*, Sml. 1982 s. 329
- Rainford-Towing* – Sak E-3/98, *Rainford-Towning mot Liechtenstein*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 205
- Rechberger* – Sak C-140/97, *Rechberger mot Østerrike*, [P] Sml. 1999 s. I-3499
- Renco* – Sak T-4/01, *Renco mot Rådet*, Sml. 2003 s. II-171
- Restamark* – Sak E-1/95, *Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark*, EFTA Ct. Rep. 1994-1995 s. 35
- Rewe I* – Sak 33/76, *Rewe mot Landwirtschaftskammer für das Saarland (I)*, Sml. 1976 s. 1989
- Rewe II* – Sak 158/80, *Rewe mot Hauptzollamt Kiel (II)*, Sml. 1981 s. 1805
- Robins* – Sak C-278/05, *Robins m.fl. mot Secretary of State for Work and Pensions*, [A5] Sml. 2007 s. I-1053
- Roquette frères* – Sak 26/74, *Roquette frères mot Kommisjonen*, Sml. 1976 s. 677
- Russo* – Sak 69/75, *Russo mot AIMA*, Sml. 1976 s. 45
- Salgoil* – Sak 13/68, *Salgoil mot Italia*, Sml. 1968 (fransk utgave) s. 661
- San Giorgio* – sak 199/82, *Amministrazione delle Finanze dello Stato mot San Giorgio*, Sml. 1983 s. 3595
- Sapod* – Sak C-159/00, *Sapod mot Eco-Emballages*, [A3] Sml. 2002 s. I-5031
- Sayag* – Sak 9/69, *Sayag mot Leduc*, Sml. 1969 s. 329
- Scan Office Design* – Sak T-40/01, *Scan Office Design mot Kommisjonen*, Sml. 2002 s. II-5043
- Schmidberger* – Sak C-112/00, *Schmidberger mot Østerrike*, [P] Sml. 2003 s. I-5659
- Schneider* – Sak C-440/07 P, *Schneider mot Kommisjonen*, [SK] Sml. 2009 s. 6413
- Schöning-Kougebetopoulou* – Sak C-15/96, *Schöning-Kougebetopoulou mot Hamburg*, [P] Sml. 1998 s. I-47
- Schöppenstedt* – Sak 5/71, *Schöppenstedt mot Rådet*, Sml. 1971 s. 975
- Scottish Salmon Growers* – Sak E-2/94, *SSGA mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 1994-1995 s. 59
- Sebago* – Sak C-173/98, *Sebago mot G-B Unic*, [A5] Sml. 1999 s. I-4103
- SELEX* – Sak T-186/05, *SELEX mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-94*.
- Silhouette* – Sak C-355/96, *Silhouette mot Hartlauer*, [P] Sml. 1998 s. I-4799
- Simap* – Sak C-303/98, *Simap mot onselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*, [P] Sml. 2000 s. I-7963
- Sison II* – Sak T-341/07, *Sison mot Rådet (II)*, dom 23. november 2011
- Spijker Infrabouw* – Sak C-568/08, *Spijker Infrabouw mot Provincie Drenthe*, [A5] Sml. 2010 s. I-12655
- Stoß* – Forente saker C-316/07 m.fl., *Stoß m.fl. mot Wetteraukreis*, [SK] Sml. 2010 s. I-8069
- Straffesak mot A* – Sak E-1/07, *Straffesak mot A*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 245
- Sucrimex* – Sak 133/79, *Sucrimex mot Kommisjonen*, Sml. 1980 s. 1299
- Sungro* – Forente saker T-252/07 m.fl., *Sungro m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-55
- Sutton* – Sak C-66/95, *The Queen mot Secretary of State for Social Security, ex parte Sutton*, [P] Sml. 1997 s. I-2163
- Sveinbjörnsdóttir* – Sak E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir mot Island*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 95
- Synthon* – Sak C-452/06, *Synthon mot The Licensing Authority of the Department of Health*, [A5] Sml. 2008 s. I-7681
- Systran* – Sak T-19/07, *Systran mot Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-6083
- TEAM* – Sak T-13/96, *TEAM mot Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-4073
- Tecnoprocess I* – Sak T-264/09, *Tecnoprocess mot Kommisjonen (I)*, Sml. 2011 s. II-208*
- Tecnoprocess II* – Sak T-367/09, *Tecnoprocess mot Kommisjonen (II)*, Sml. 2011 s. II-209*

- Thin Cap* – Sak C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation mot Commissioners of Inland Revenue*, [SK] Sml. 2007 s. I-2107
- Traghetti* – Sak C-173/03, *Traghetti mot Italia*, [SK] Sml. 2006 s. I-5177
- Transportes Urbanos* – Sak C-118/08, *Transportes Urbanos mot Administración del Estado*, [SK] Sml. 2010 s. I-635
- Trubowest* – Sak C-419/08 P, *Trubowest og Makarov mot Rådet og Kommisjonen*, [A5] Sml. 2010 s. I-2259/
Sak T-429/04, *Trubowest og Makarov mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-128*
- Unibet* – Sak C-432/05, *Unibet mot Justitiekanslern*, [SK] Sml. 2007 s. I-2271
- Vainker* – Sak T-48/01, *Vainker og Vainker mot EU-parlamentet*, Sml. 2004 s. II-197*
- van den Berg* – Sak C-164/01 P, *van den Berg mot Rådet og Kommisjonen*, [A3] Sml. 2004 s. I-10225
- van Gend & Loos* – Sak 26/62, *van Gend & Loos mot Nederland*, Sml. (fransk utgave) 1963 s. 3
- Verkooijen* – Sak C-35/98, *Staatssecretaris van Financiën mot Verkooijen*, [P] Sml. 2000 s. I-4071
- Vín Trió* – Sak E-19/11, *Vín Trió mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 974
- Vlassopoulou* – Sak C-340/89, *Vlassopoulou mot Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, Sml. 1991 s. I-2357
- Vreugdenhil II* – Sak C-282/90, *Vreugdenhil mot Kommisjonen (II)*, Sml. 1992 s. I-1937
- Wagner Miret* – Sak C-334/92, *Wagner Miret mod Fondo de garantía salarial*, [A5] Sml. 1993 s. I-6911
- Wells* – Sak C-201/02, *The Queen, etter begjæring av Wells, mot Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, [A3] Sml. 2004 s. I-723
- Winner Wetten* – Sak C-409/06, *Winner Wetten mot Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, [SK] Sml. 2010 s. I-8015
- Zenatti* – Sak C-67/98, *Questore di Verona mot Zenatti*, [P] Sml. 1999 s. I-7304

EU-domstolen

- Sak 8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique mot Den høye myndighet*, Sml. (fransk utgave) 1956 s. 291
- Sak 9/56, *Meroni mot Den høje myndighed*, Sml. (fransk utgave) 1958 s. 11
- Sak 23/59, *FERAM mot Den høye myndighet*, Sml. (fransk utgave) 1959 s. 501
- Sak 6/60, *Humblet mot Belgia*, Sml. (fransk utgave) 1960 s. 1125
- Sak 9/60, *Vloeberghs mot Den høye myndighet*, Sml. (fransk utgave) 1961 s. 391
- Forente saker 14/60 m.fl., *Meroni mot Den høye myndighet*, Sml. (fransk utgave) 1961 s. 321
- Sak 18/60, *Worms mot Den høye myndighet*, Sml. (fransk utgave) 1962 s. 377
- Forente saker 19/60 m.fl., *Lille Cail m.fl. mot Den høye myndighet*, Sml. (fransk utgave) 1961 s. 561
- Sak 14/61, *Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken mot Den Høje Myndighed*, Sml. (fransk utgave) 1962 s. 485
- Sak 25/62, *Plaumann mot Kommisjonen*, Sml. (fransk utgave) 1963 s. 199
- Sak 26/62, *van Gend & Loos mot Nederland*, Sml. (fransk utgave) 1963 s. 3
- Sak 28/62, *Da Costa mot Den Nederlandske Finansforvaltning*, Sml. (fransk utgave) 1963 s. 61
- Sak 36/62, *Aciéries du Temple mot Den høye myndighet*, Sml. (fransk utgave) 1963 s. 585
- Forente saker 29/63 m.fl., *Usines de la Providence m. fl. mot Den høye myndighet*, Sml. (fransk utgave) 1965 s. 1123

- Forente saker 55/63 m.fl., *Modena mot Den høye myndighet*, Sml. (fransk utgave) 1964 s. 413
- Sak 110/63, *Williams mot Kommisjonen*, Sml. (fransk utg.) 1965 s. 803
- Sak 6/64, *Costa mot ENEL*, Sml. (fransk utgave) 1964 s. 1141
- Forente saker 9/64 m.fl., *FERAM mot Den høye myndighet*, Sml. 1965 (fransk utgave) s. 401
- Forente saker 5/66 m.fl., *Kampffmeyer m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. (fransk utgave) 1967 s. 317
- Sak 13/68, *Salgoil mot Italia*, Sml. 1968 (fransk utgave) s. 661
- Sak 29/68, *Milch-, Fett- und Eierkontor mot Hauptzollamt Saarbrücken*, Sml. 1969 s. 135
- Sak 4/69, *Lütticke mot Kommisjonen*, Sml. 1971 s. 325
- Sak 9/69, *Sayag mot Leduc*, Sml. 1969 s. 329
- Sak 5/71, *Schöppenstedt mot Rådet*, Sml. 1971 s. 975
- Sak 96/71, *Haegeman mot Kommisjonen*, Sml. 1972 s. 1005
- Forente saker 21/72 m.fl., *International Fruit Company mot Produktschap voor Groenten en Fruit*, Sml. 1972 s. 1219
- Forente saker 63/72 m.fl., *Werhahn Hansamühle mot Rådet*, Sml. 1973 s. 1254
- Sak 9/73, *Schlüter mot Hauptzollamt Lörrach*, Sml. 1973 s. 1135
- Sak 169/73, *Compagnie Continentale France mot Rådet*, Sml. 1975 s. 117
- Sak 192/73, *van Zuylen mot HAG (I)*, Sml. 1974 s. 731
- Sak 26/74, *Roquette frères mot Kommisjonen*, Sml. 1976 s. 677
- Forente saker 56/74 m.fl., *Kampffmeyer Mühlenvereinigung m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1976 s. 751
- Sak 74/74, *CNTA mot Kommisjonen*, Sml. 1975 s. 533
- Sak 99/74, *Société des grands moulins des Antilles mot Kommisjonen*, Sml. 1975 s. 1531
- Sak 40/75, *Bertrand mot Kommisjonen*, Sml. 1976 s. 1
- Sak 59/75, *Pubblico Ministero mot Manghera m.fl.*, Sml. 1976 s. 91
- Sak 69/75, *Russo mot AIMA*, Sml. 1976 s. 45
- Sak 87/75, *Bresciani mot Den Italienske Finansforvaltning*, Sml. 1976 s. 129
- sak 33/76, *Rewe mot Landwirtschaftskammer für das Saarland (I)*, Sml. 1976 s. 1989
- Sak 45/76, *Comet mot Produktschap voor Siergewassen*, Sml. 1976 s. 2043
- Forente saker 64/76 m.fl., *Dumortier m.fl. mot Rådet*, Sml. 1979 s. 3091
- Forente saker 83/76 m.fl., *HNL m.fl. mot Rådet og Kommissionen*, Sml. s. 1209
- Sak 30/77, *Régina mot Bouchereau*, Sml. 1977 s. 1999
- Sak 106/77, *Det Italienske Finansministerium mot Simmenthal*, Sml. 1978 s. 629
- Sak 101/78, *Granaria mot Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten*, Sml. 1979 s. 623
- Sak 238/78, *Ireks-Arkady mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1979 s. 2955
- Forente saker 241/78 m.fl., *DGV m.fl. mot EF*, Sml. 1979 s. 3017
- Forente saker 261/78 m.fl., *Interquell Staerke-Chemie m.fl. mot EF*, Sml. 1979 s. 3045
- Sak 49/79, *Pool mot Rådet*, Sml. 1980 s. 569
- Sak 133/79, *Sucrimex mot Kommisjonen*, Sml. 1980 s. 1299
- Sak 158/80, *Rewe mot Hauptzollamt Kiel (II)*, Sml. 1981 s. 1805
- Forente saker 197/80 m.fl., *Ludwigshafer Walzmühle Erling mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1981 s. 3211
- Sak 270/80, *Polydor mot Harlequin Records Shops*, Sml. 1982 s. 329
- Sak 26/81, *Oleifici Mediterranei mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1982 s. 3057

- Sak 104/81, *Hauptzollamt Mainz mot Kupferberg*, Sml. 1982 s. 3641
- Sak 106/81, *Kind mot EF*, Sml. 1983 s. 911
- Sak 131/81, *Berti mot Kommisjonen*, Sml. 1982 s. 3493
- Sak 249/81, *Kommisjonen mot Irland («Buy Irish»)*, Sml. 1982 s. 4005
- Sak 256/81, *Pauls Agriculture mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1983 s. 1707
- Sak 283/81, *CILFIT m.fl. mot Ministero della sanità*, Sml. 1982 s. 3415
- Sak 294/81, *Control Data mot Kommisjonen*, Sml. 1983 s. 911
- Sak 90/82, *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 1983 s. 2011
- Forente saker 173/82 m.fl., *Castille mot Kommisjonen*, Sml. 1986 s. 497
- Sak 199/82, *Amministrazione delle Finanze dello Stato mot San Giorgio*, Sml. 1983 s. 3595
- Sak 222/82, *Apple and Pear Development Council mot Lewis*, Sml. 1983 s. 4083
- Sak 281/82, *Unifrex mot Kommisjonen og Rådet*, Sml. 1984 s. 1969
- Sak 14/83, *von Colson og Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen*, Sml. 1984 s. 1891
- Sak 59/83, *Biovilac mot EF*, Sml. 1984 s. 4057
- Sak 145/83, *Adams mot Kommisjonen*, Sml. 1985 s. I-3539
- Sak 147/83, *Münchener Import-Weinkellerei mot Kommisjonen*, Sml. 1985 s. 257
- Forente saker 169/83 og 136/84, *Leussink m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1986 s. 2801
- Forente saker 194/83 m.fl., *Asteris mot Kommisjonen*, Sml. 1985 s. 2815
- Sak 270/83, *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 1986 s. 273
- Sak 279/83, *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 1984 s. 3395
- Sak 281/83, *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 1985 s. 3397
- Sak 131/84, *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 1985 s. 3531
- Sak 152/84, *Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (I)*, Sml. 1986 s. 723
- Sak 174/84, *Bulk Oil mot Sun International*, Sml. 1986 s. 559
- Sak 175/84, *Krohn & Co Import-Export mot Kommisjonen*, Sml. 1986 s. 753
- Sak 178/84, *Kommisjonen mot Tyskland*, Sml. 1987 s. 1227
- Sak 250/84, *Eridania m.fl. mot Cassa congruaglio zucchero*, Sml. 1986 s. 117
- Sak 253/84, *GAEC mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1987 s. 123
- Sak 277/84, *Jänsch mot Kommisjonen*, Sml. 1987 s. 4923
- Sak 281/84, *Zuckerfabrik Bedburg mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1987 s. 49
- Sak 12/86, *Demirel mot Stadt Schwäbisch Gmünd*, Sml. 1987 s. 3719
- Sak 50/86, *Grands Moulins de Paris mot EØF*, Sml. 1987 s. 4833
- Sak 120/86, *Mulder mot Minister van Landbouw en Visserij*, Sml. 1988 s. 2321
- Sak 22/87, *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 1989 s. 143
- Forente saker 106-120/87, *Asteris mot Hellas og EF*, Sml. 1988 s. 5155.
- Sak 180/87, *Hamill mot Kommisjonen*, Sml. 1988 s. 6141
- Sak 247/87, *Star Fruit mot Kommisjonen*, Sml. 1989 s. 291
- Sak C-308/87, *Grifoni mot Euratom (dom nr. 1)*, Sml. 1990 s. I-1203
- Sak C-308/87, *Grifoni mot Euratom (dom nr. 2)*, [A5] Sml. 1994 s. I-341
- Sak 380/87, *Enichem Base mot Cinisello Balsamo Kommune*, Sml. 1989 s. 2491

- Sak 22/88, *Vreugdenhil mot Kommisjonen (I)*, Sml. 1989 s. 2049
- Sak C-119/88, *AERPO m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1990 s. I-2189
- Sak C-152/88, *Sofrimport mot Kommisjonen*, Sml. 1990 s. I-2477
- Sak C-302/88, *Hennen Olie mot Stichting Interim Centraal Orgaan Voorraadvorming Aardolieprodukten*, Sml. 1990 s. I-4625
- Forente saker C-363/88 og C-364/88, *Finsider m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1992 s. I-359
- Sak C-10/89, *CNL-Sucal mot HAG (II)*, Sml. 1990 s. I-3711
- Sak C-63/89, *Assurances du Credit mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1991 s. I-1799
- Forente saker C-104/89 og C-37/90, *Mulder mot Rådet og Kommisjonen (dom nr. 1)*, Sml. 1992 s. I-3061
- Forente saker C-104/89 og C-37/90, *Mulder m.fl. mot Rådet og Kommisjonen (dom nr. 2)*, [A3] Sml. 2000 s. I-203
- Sak C-188/89, *Foster mot British Gas*, Sml. 1990 s. I-3313
- Sak C-213/89, *The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame (I)*, Sml. 1990 s. I-2433.
- Sak C-221/89, *The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame (II)*, Sml. 1991 s. I-3905
- Sak C-246/89, *Kommisjonen mot Storbritannia*, Sml. 1991 s. I-4585
- Sak C-340/89, *Vlassopoulou mot Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, Sml. 1991 s. I-2357
- Forente saker C-6/90 og C-9/90, *Francovich m.fl. mot Italia*, Sml. 1991 s. I-5357
- Sak C-55/90, *Cato mot Kommisjonen*, Sml. 1992 s. I-2533
- Sak C-72/90, *Asia Motor France mot Kommisjonen*, Sml. 1990 s. I-2181
- Sak C-208/90, *Emmott mot Minister for Social Welfare*, Sml. 1991 s. I-4269
- Sak C-282/90, *Vreugdenhil mot Kommisjonen (II)*, Sml. 1992 s. I-1937
- Uttalelse 1/91, *EØS I*, Sml. 1991 s. I-6079
- Sak C-146/91, *KYDEP mot Kommisjonen*, Sml. 1994 s. I-4199
- Sak C-195/91 P, *Bayer mot Kommisjonen*, [A3] Sml. 1994 s. I-5619
- Sak C-220/91 P, *Peine-Salzgitter mot Kommisjonen*, Sml. 1993 s. I-2393
- Sak C-267/91, *Straffesak mot Keck og Mithouard*, Sml. 1993 s. I-6097
- Sak C-271/91, *Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (II)*, Sml. 1993 s. I-4367
- Uttalelse 1/92, *EØS II*, Sml. 1992 s. I-2821
- Sak C-31/92, *Marius Larsy mot INASTI*, [A5] Sml. 1993 s. I-4543
- Sak C-91/92, *Faccini Dori mot Recreb*, [P] Sml. 1994 s. I-3325
- Sak C-128/92, *Banks mot British Coal Corporation*, Sml. 1994 s. I-1209
- Sak C-188/92, *Deggendorf mot Tyskland*, [P] Sml. 1994 s. I-833
- Sak C-319/92, *Haim mot Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein (I)*, [P] Sml. 1994 s. I-425
- Sak C-334/92, *Wagner Miret mot Fondo de garantía salarial*, [A5] Sml. 1993 s. I-6911
- Sak C-1/93, *Halliburton Services mot Staatssecretaris van Financiën*, [A5] Sml. 1994 s. I-1137
- Forente saker C-46/93 og C-48/93, *Brasserie du Pêcheur mot Tyskland og The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame*, [P] Sml. 1996 s. I-1029
- Sak C-312/93, *Peterbroeck mot Belgia*, [P] Sml. 1995 s. I-4599
- Sak C-392/93, *The Queen mot H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications*, [P] Sml. 1996 s. I-1631

- Forente saker C-430/93 og C-431/93, *van Schijndel og van Veen mot Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, [P] Sml. 1995 s. I-4705
- Sak C-5/94, *The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas*, [P] Sml. 1996 s. I-2553
- Sak C-39/94, *SFEI m.fl. mot La Poste m.fl.*, [P] Sml. 1996 s. I-3547
- Sak C-129/94, *Straffesak mot Bernáldez*, [A5] Sml. 1996 s. I-1829
- Forente saker C-178/94 m.fl., *Dillenkofer m.fl. mot Tyskland*, [P] Sml. 1996 s. I-4845
- Sak C-192/94, *El Corte Inglés mot Rivero*, [A5] Sml. 1996 s. I-1281
- Sak C-283/94 m.fl., *Denkavit m.fl. mot Bundesamt für Finanzen*, [A5] Sml. 1996 s. I-5063
- Sak C-66/95, *The Queen mot Secretary of State for Social Security, ex parte Sutton*, [P] Sml. 1997 s. I-2163
- Forente saker C-94/95 og C-95/95, *Bonifaci og Berto mot INPS*, [A5] Sml. 1997 s. I-3969
- Sak C-127/95, *Norbrook Laboratories mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, [A5] Sml. 1998 s. I-1531
- Sak C-185/95 P, *Baustahlgewebe mot Kommisjonen*, [P] Sml. 1998 s. I-8417
- Sak C-261/95, *Palmisani mot INPS*, [A5] Sml. 1997 s. I-4025
- Sak C-293/95 P, *Odigitria mot Rådet og Kommisjonen*, [A3] Sml. 1996 s. I-6129
- Sak C-362/95 P, *Blackspur mot Rådet og Kommisjonen*, [A3] Sml. 1997 s. I-4775
- Sak C-373/95, *Maso og Gazzetta mot INPS*, [A5] Sml. 1997 s. I-4051
- Sak C-390/95 P, *Antillean Rice Mills mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 1999 s. I-769
- Sak C-395/95 P, *Geotronics mot Kommisjonen*, [P] Sml. 1997 s. I-2271
- Sak C-15/96, *Schöning-Kougebetopoulou mot Hamburg*, [P] Sml. 1998 s. I-47
- Sak C-102/96, *Kommisjonen mot Tyskland*, [A5] Sml. 1998 s. I-6871
- Forente saker C-253/96 m.fl., *Kampelmann m.fl. mot Landschaftsverband Westfalen-Lippe*, [A5] Sml. 1997 s. I-6907
- Sak C-259/96 P, *de Nil m.fl. mot Rådet*, Sml. 1998 s. I-2915
- Sak C-319/96, *Brinkmann mot Skatteministeriet*, [A3] Sml. 1998 s. I-5255
- Sak C-326/96, *Levez mot Jennings*, [P] Sml. 1998 s. I-7835
- Sak C-355/96, *Silhouette mot Hartlauer*, [P] Sml. 1998 s. I-4799
- Sak C-401/96 P, *Somaco mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 1998 s. I-2587
- Sak C-124/97, *Läärä m.fl. mot Finland*, [P] Sml. 1999 s. I-6104
- Sak C-126/97, *ECO Swiss mot Benetton*, [P] Sml. 1999 s. I-3055
- Sak C-131/97, *Carbonari m.fl. mot Università degli studi di Bologna m.fl.*, [A5] Sml. 1999 s. I-1103
- Sak C-140/97, *Rechberger mot Østerrike*, [P] Sml. 1999 s. I-3499
- Sak C-221/97 P, *Schröder m.fl. mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 1998 s. I-8255
- Sak C-302/97, *Konle mot Østerrike*, [P] Sml. 1999 s. I-3099
- Sak C-321/97, *Andersson mot Sverige*, [P] Sml. 1999 s. I-3551
- Sak C-424/97, *Haim mot Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein (II)*, [P] Sml. 2000 s. I-5213
- Sak C-35/98, *Staatssecretaris van Financiën mot Verkooijen*, [P] Sml. 2000 s. I-4071
- Sak C-67/98, *Questore di Verona mot Zenatti*, [P] Sml. 1999 s. I-7304
- Sak C-173/98, *Sebago mot G-B Unic*, [A5] Sml. 1999 s. I-4103
- Sak C-237/98 P, *Dorsch Consult mot Rådet og Kommisjonen*, [A5] Sml. 2000 s. I-4549

- Forente saker C-240/98 m.fl., *Océano Grupo Editorial m.fl. mot Quintero m.fl.*, [P] Sml. 2000 s. I-4921
- Sak C-303/98, *Simap mot onselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*, [P] Sml. 2000 s. I-7963
- Sak C-343/98, *Collino og Chiappero mot Telecom Italia*, [A3] Sml. 2000 s. I-6659
- Sak C-348/98, *Ferreira mot Companhia de Seguros Mundial Confiança*, [A5] Sml. 2000 s. I-6711
- Sak C-352/98 P, *Bergaderm mot Kommisjonen*, [P] Sml. 2000 s. I-5291
- Forente saker C-397/98 og C-410/98, *Metallgesellschaft m.fl. mot Commissioners of Inland Revenue*, [A5] Sml. 2001 s. I-1727
- Sak C-150/99, *Stockholm Lindöpark mot Sverige*, [A3] Sml. 2001 s. I-493
- Sak C-241/99, *CIG mot Servicio Galego de Saúde*, [A5] Sml. 2001 s. I-5139
- Sak C-315/99 P, *Ismeri mot Revisjonsretten*, [P] Sml. 2001 s. I-5281
- Sak C-453/99, *Courage mot Crehan*, [P] Sml. 2001 s. I-6297
- Sak C-482/99, *Frankrike mot Kommisjonen*, Sml. 2002 s. I-4397
- Sak C-50/00 P, *UPA mot Rådet*, [P] Sml. 2002 s. I-6677
- Sak C-112/00, *Schmidberger mot Østerrike*, [P] Sml. 2003 s. I-5659
- Sak C-118/00, *Gervais Larsy mot INASTI*, [A3] Sml. 2001 s. I-5063
- Sak C-129/00, *Kommisjonen mot Italia*, [SK] Sml. 2003 s. I-14637
- Sak C-159/00, *Sapod mot Eco-Emballages*, [A3] Sml. 2002 s. I-5031
- Sak C-168/00, *Leitner mot TUI*, [A5] Sml. 2002 s. I-2631
- Sak C-312/00 P, *Camar og Tico mot Kommisjonen og Rådet*, [P] Sml. 2002 s. I-11355
- Sak C-324/00, *Lankhorst-Hohorst mot Finanzamt Steinfurt*, [A5] Sml. 2002 s. I-11779
- Sak C-325/00, *Kommisjonen mot Tyskland («Markenqualität aus deutschen Landen»)*, [P] Sml. 2002 s. I-9977
- Sak C-453/00, *Kühne & Heitz mot Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, [P] Sml. 2004 s. I-837
- Sak C-472/00 P, *Kommisjonen mot Fresh Marine*, [P] Sml. 2003 s. I-7541
- Sak C-63/01, *Evans mot The Secretary of State for the Environment m.fl.*, [A3] Sml. 2003 s. I-14447
- Sak C-76/01 P, *Eurocoton mot Rådet*, [P] Sml. 2003 s. I-10091
- Sak C-147/01, *Weber's Wine World mot Abgabenberufungskommission Wien*, [A5] Sml. 2003 s. I-11365
- Forente saker C-162/01 P m.fl., *Bouma og Beusmans mot Rådet og Kommisjonen*, [A5] Sml. 2004 s. I-4509
- Sak C-160/01, *Mau mot Bundesanstalt für Arbeit*, [A5] Sml. 2003 s. I-4791
- Sak C-164/01 P, *van den Berg mot Rådet og Kommisjonen*, [A3] Sml. 2004 s. I-10225
- Sak C-224/01, *Köbler mot Østerrike*, [SK] Sml. 2003 s. I-10239
- Sak C-243/01, *Straffesak mot Gambelli m.fl.*, [P] Sml. 2003 s. I-13076
- Sak C-278/01, *Kommisjonen mot Spania*, [P] Sml. 2003 s. I-14141
- Sak C-300/01, *Salzmann mot Østerrike*, [A5] Sml. 2003 s. I-4899
- sak C-315/01, *GAT mot ÖSAG*, [A5] Sml. 2003 s. I-6351
- Forente saker C-397/01 m.fl., *Pfeiffer m.fl. mot Deutsches Rotes Kreuz*, [SK] Sml. 2004 s. I-8835
- Sak C-452/01, *Ospelt og Schlössle Weissenberg Familienstiftung*, [P] Sml. 2003 s. I-9743
- Sak C-492/01 P, *Dieckmann & Hansen mot Kommisjonen*, [A3] upublisert avgjørelse 6. februar 2003
- Sak C-9/02, *de Lasteyrie du Saillant mot Ministère de l'Économie*, [A3] Sml. 2004 s. I-2409
- Sak C-127/02, *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee mot Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, [SK] Sml. 2004 s. I-7405

- Sak C-151/02, *Kiel mot Jaeger*, [P] Sml. 2003 s. I-8389
- Sak C-157/02, *Rieser mot Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG*, [A5] Sml. 2004 s. I-1477
- Sak C-196/02, *Nikoloudi mot Organismos Tilepikoinonion Ellados*, [A5] Sml. 2005 s. I-1789
- Sak C-201/02, *The Queen, etter begjæring av Wells, mot Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, [A3] Sml. 2004 s. I-723
- Sak C-222/02, *Paul m.fl. mot Tyskland*, [P] Sml. 2004 s. I-9425
- Sak C-315/02, *Lenz mot Finanzlandesdirektion für Tirol*, [A5] Sml. 2004 s. I-7063
- Sak C-319/02, *Manninen mot Keskusverolautakunta*, [SK] Sml. 2004 s. I-7477
- Sak C-39/03 P, *Kommisjonen mot Artegoan (I)*, [P] Sml. 2003 s. I-7885
- Sak C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo mot Italia*, [SK] Sml. 2006 s. I-5177
- Sak C-198/03 P, *Kommisjonen mot CEVA og Pfizer*, [SK] Sml. 2005 s. II-6357
- Sak C-275/03, *Kommisjonen mot Portugal*, [A5] upublisert dom av 14. oktober 2004
- Sak C-297/03, *Sozialhilfverband Rohrbach mot Arbeiterkammer Oberösterreich*, [A5] Sml. 2005 s. I-4305
- Sak C-470/03, *AGM mot Suomen valtio og Lehtinen*, [SK] Sml. 2007 s. I-2794
- Sak C-537/03, *Candolin m.fl. mot Vahinkovakuutusosakeyhtiö Pohjola*, [A5] Sml. 2005 s. I-5745
- Sak C-52/04, *Personalrat der Feuerwehr Hamburg mot Leiter der Feuerwehr Hamburg*, [A5] Sml. 2005 s. I-7111
- Sak C-144/04, *Mangold mot Helm*, [SK] Sml. 2005 s. I-9981
- Sak C-180/04, *Vassallo mot Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova*, [A5] Sml. 2006 s. I-7251
- Sak C-206/04 P, *Muelhens mot KHIM*, [A5] Sml. 2006 s. I-2717
- Sak C-212/04, *Adeneler mot Ellinikos Organismos Galaktos*, [SK] Sml. 2006 s. I-6057
- Forente saker C-295/04 m.fl., *Manfredi mot Lloyd*, [A5] Sml. 2006 s. I-6619
- Sak C-300/04, *Eman mot College van burgemeester en wethouders van Den Haag*, [SK] Sml. 2006 s. I-8055
- Sak C-310/04, *Spania mot Rådet*, [A5] Sml. 2006 s. I-7285
- Sak C-368/04, *Transalpine Ölleitung m.fl. mot Finanzlandesdirektion für Tirol m.fl.*, [A5] Sml. 2006 s. I-9957
- Forente saker C-393/04 og C-422/04, *i21 og Arcor mot Tyskland*, [SK] Sml. 2006 s. 8559
- Sak C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation mot Commissioners of Inland Revenue*, [SK] Sml. 2006 s. I-11753
- Sak C-470/04, *N mot Inspecteur van de Belastingdienst Oost*, [A5] Sml. 2006 s. I-7409.
- Sak C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation mot Commissioners of Inland Revenue*, [SK] Sml. 2007 s. I-2107
- Sak C-6/05, *Medipac-Kazantzidis mot Venizeleio-Pananeio*, [A5] Sml. 2007 s. I-4557
- Sak C-35/05, *Reemtsma Cigarettenfabriken mot Ministero delle Finanze*, [A5] Sml. 2007 s. I-2425
- Sak C-51/05 P, *Cantina sociale di Dolianova mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2008 s. I-5341
- Sak C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato mot Lucchini*, [SK] Sml. 2007 s. I-6199
- Sak C-127/05, *Kommisjonen mot Storbritannia*, [A5] Sml. 2007 s. I-4619
- Sak C-201/05, *The Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation mot Commissioners of Inland Revenue*, [A5] Sml. 2008 s. I-2875
- Forente saker C-222/05 m.fl., *van der Weerd mot Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, [A5] Sml. 2007 s. I-4233

- Sak C-243/05 P, *Agraz m.fl. mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2006 s. I-10833
- Sak C-278/05, *Robins m.fl. mot Secretary of State for Work and Pensions*, [A5] Sml. 2007 s. I-1053
- Sak C-282/05 P, *Holcim mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2007 s. I-2941
- Sak C-331/05 P, *Internationaler Hilfsfond mot Kommisjonen (II)*, [A5] Sml. 2007 s. I-5475
- Sak C-356/05, *Farrell mot Motor Insurers Bureau of Ireland*, [A5] Sml. 2007 s. I-3067
- Sak C-411/05, *de la Villa Cortefiel Servicios*, [SK] Sml. 2007 s. I-8531
- Sak C-432/05, *Unibet mot Justitiekanslern*, [SK] Sml. 2007 s. I-2271
- Sak C-2/06, *Kempter mot Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, [SK] Sml. 2008 s. I-411
- Sak C-4/06 P, *Ouariachi mot Kommisjonen*, [A3] Sml. 2006 s. I-94*
- Sak C-7/06, *García mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. I-10265
- Forente saker C-120 og 121/06 P, *FIAMM og Fedon mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2008 s. I-6513.
- Sak C-199/06, *CELF m.fl. mot SIDE*, [SK] 2008 s. I-469
- Forente saker C-231/06 m.fl., *Office national des pensions mot Jonkman m.fl.*, [A5] Sml. 2007 s. I-5149
- Sak C-325/06 P, *Galileo International Technology mot Kommisjonen*, [A3] Sml. 2007 s. I-44*
- Sak C-348/06 P, *Kommisjonen mot Girardot*, [A5] Sml. 2008 s. I-833
- Sak C-409/06, *Winner Wetten mot Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, [SK] Sml. 2010 s. I-8015
- Sak C-445/06, *Danske Slagterier mot Tyskland*, [SK] Sml. 2009 s. I-2119
- Sak C-452/06, *Synthon mot The Licensing Authority of the Department of Health*, [A5] Sml. 2008 s. I-7681
- Sak C-497/06 P, *CAS Succhi di Frutta mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2009 s. I-69*
- Sak C-47/07 P, *Masdar mot Kommisjonen*, [SK] Sml. 2008 s. I-9761
- Sak C-100/07 P, *É. R m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, [A5] Sml. 2007 s. I-136*
- Sak C-121/07, *Kommisjonen mot Frankrike*, [SK] Sml. 2008 s. I-9159
- Forente saker C-316/07 m.fl., *Stoß m.fl. mot Wetteraukreis*, [SK] Sml. 2010 s. I-8069
- Sak C-369/07, *Kommisjonen mot Hellas*, [SK] Sml. 2009 s. I-5703
- Sak C-374/07 P, *Mebrom mot Kommisjonen*, [A3] Sml. 2009 s. I-3*
- Sak C-427/07, *Kommisjonen mot Irland*, [A5] Sml. 2009 s. I-6277
- Sak C-440/07 P, *Kommisjonen mot Schneider*, [SK] Sml. 2009 s. I-6413
- Sak C-481/07 P, *SELEX mot Kommisjonen*, [A3] Sml. 2009 s. I-127*
- Sak C-535/07, *Kommisjonen mot Østerrike*, [A5] Sml. 2010 s. I-9483
- Sak C-540/07, *Kommisjonen mot Italia*, [A5] Sml. 2009 s. I-10983
- Sak C-555/07, *Küçükdeveci mot Swedex*, [SK] Sml. 2010 s. I-365
- Sak C-568/07, *Kommisjonen mot Hellas*, [A5] Sml. 2009 s. I-4505
- Sak C-40/08, *Asturcom mot Nogueira*, [A5] Sml. 2009 s. I-9579
- Sak C-46/08, *Carmen Media mot Land Schleswig-Holstein*, [SK] Sml. 2010 s. I-8149
- Sak C-63/08, *Pontin mot T-Comalux*, [A5] Sml. 2009 s. I-10467
- Sak C-109/08, *Kommisjonen mot Hellas*, [A5] Sml. 2009 s. I-4657
- Sak C-118/08, *Transportes Urbanos mot Administración del Estado*, [SK] Sml. 2010 s. I-635
- Sak C-171/08, *Kommisjonen mot Portugal*, [A5] Sml. 2010 s. I-6817
- Sak C-222/08, *Kommisjonen mot Belgia*, [A5] Sml. 2010 s. I-9017
- Sak C-263/08, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening mot Stockholms kommun*, [A5] Sml. 2009 s. I-9967

- Sak C-264/08, *Belgia mot Direct Parcel Distribution*, [A5] Sml. 2010 s. 731
- Sak C-310/08, *London Borough of Harrow mot Ibrahim*, [SK] Sml. 2010 s. I-1065
- Sak C-351/08, *Grimme mot Deutsche Angestellten-Krankenkasse*, [A5] Sml. 2009 s. I-10777
- Sak C-399/08 P, *Kommisjonen mot Deutsche Post*, [A5] Sml. 2010 s. I-7831
- Sak C-413/08 P, *Lafarge mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2010 s. I-5361
- Sak C-419/08 P, *Trubowest og Makarov mot Rådet og Kommisjonen*, [A5] Sml. 2010 s. I-2259
- Sak C-436/08, *Haribo og Salinen mot Finanzamt Linz*, [A5] Sml. 2011 s. I-305
- Sak C-472/08, *Alstom mot Valsts ieņēmumu dienests*, [A5] Sml. 2010 s. I-623
- Sak C-480/08, *Teixeira mot London Borough of Lambeth*, [SK] Sml. 2010 s. I-1107
- Sak C-487/08, *Kommisjonen mot Spania*, Sml. 2010 s. I-4843
- Sak C-506/08 P, *Sverige mot Kommisjonen* [A5] dom 21. juli 2011
- Sak C-541/08, *Fokus Invest mot Finanzierungsberatung-Immobilientreuhand und Anlageberatung*, [A5] Sml. 2010 s. I-1025
- Sak C-542/08, *Barth mot Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung*, [A5] Sml. 2010 s. I-3189
- Sak C-568/08, *Combinatie Spijker Infrabouw mot Provincie Drenthe*, [A5] Sml. 2010 s. I-12655
- Sak C-578/08, *Chakroun mot Minister van Buitenlandse Zaken*, [A5] Sml. 2010 s. I-1839
- Sak C-20/09, *Kommisjonen mot Portugal*, [A5] dom 7. april 2011
- Sak C-70/09, *Hengartner og Gasser mot Landesregierung Vorarlberg*, [A5] Sml. 2010 s. I-7233
- Sak C-72/09, *Établissements Rimbaud mot Directeur général des impôts og Directeur des services fiscaux d'Aix-en-Provence*, [A5] Sml. 2010 s. I-10659
- Sak C-85/09 P, *Portela mot Kommisjonen*, [A5] Sml. 2009 s. I-178*
- Sak C-112/09, *SGAE mot Kommisjonen*, [A3] Sml. 2010 s. I-351
- Sak C-115/09, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland mot Bezirksregierung Arnsberg («Trianel»)*, [A5] Sml. 2011 s. I-3673
- Forente saker C-128/09 m.fl., *Boxus og Roua mot Région wallonne*, [SK] dom 18. oktober 2011
- Sak C-221/09, *AJD Tuna mot Direttur tal-Agrikoltura u s-Sajd*, [A5] Sml. 2011 s. I-1655
- Sak C-240/09, *Lesoochranský zoskupenie VLK mot Slovenia*, [SK] Sml. 2011 s. I-1255
- Sak C-246/09, *Bulicke mot Deutsche Büro Service*, [A5] Sml. 2010 s. I-7003
- Sak C-262/09, *Meilicke m.fl. mot Finanzamt Bonn-Innenstadt*, [A5] Sml. 2011 s. I-5669
- Sak C-267/09, *Kommisjonen mot Portugal*, [A5] Sml. 2011 s. I-3197
- Sak C-269/09, *Kommisjonen mot Spania*, [A5] dom 12. juli 2012
- Sak C-276/09, *Everything Everywhere mot Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*, [A5] Sml. 2010 s. I-12359
- Sak C-279/09, *DEB mot Tyskland*, [A5] Sml. 2010 s. I-13849
- Sak C-304/09, *Kommisjonen mot Italia*, [A5] Sml. 2010 s. I-13903
- Sak C-314/09, *Stadt Graz mot Strabag*, [A5] Sml. 2010 s. I-8769
- Sak C-360/09, *Pfleiderer mot Bundeskartellamt*, [SK] Sml. 2011 s. I-5161
- Sak C-377/09, *Hanssens-Ensch mot EF*, [A5] Sml. 2010 s. I-7751
- Sak C-398/09, *Lady & Kid mot Skatteministeriet*, [SK] dom 6. september 2011
- Sak C-407/09, *Kommisjonen mot Hellas*, [A5] Sml. 2011 s. I-2467

- Sak C-409/09, *Lavrador og Bonifácio mot Companhia de Seguros Fidelidade-Mundial*, [A5] Sml. 2011 s. I-4955
- Sak C-429/09, *Fuß mot Stadt Halle*, [A5] Sml. 2010 s. I-12167
- Forente saker C-444/09 og C-456/09, *Gavieiro og Torres mot Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia*, [A5] Sml. 2010 s. I-14031
- Sak C-451/09 P, *Pigasos mot Rådet og Kommisjonen*, [A3] Sml. 2010 s. I-62*
- Sak C-452/09, *Iaia m.fl. mot Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, [A5] Sml. 2011 s. I-4043
- Sak C-460/09 P, *Inalca mot Kommisjonen*, [A5] dom 28. februar 2013
- Sak C-484/09, *Santos mot Companhia Europeia de Seguros*, [A5] Sml. 2011 s. I-1821
- Sak C-550/09, *Straffesaker mot E og F*, [SK] Sml. 2010 s. I-6213
- Sak C-76/10, *Pohotovost' mot Korčkovská*, [A3] Sml. 2010 s. I-11557
- Forente saker C-89/10 og C-96/10, *Q-Beef m.fl. mot Belgia*, [A5] dom 8. september 2011
- Sak C-94/10, *Danfoss mot Skatteministeriet*, [A5] dom 20. oktober 2011
- Sak C-110/10 P, *Solvay mot Kommisjonen*, [SK] dom 25. oktober 2011
- Sak C-177/10, *Santana mot Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía*, [A5] dom 8. september 2011
- Sak C-221/10 P, *Artogodan mot Kommisjonen*, [A5] dom 19. april 2012
- Sak C-272/10, *Berkizi-Nikolakaki mot ASEP*, [A3] Sml. 2011 s. I-3*
- Sak C-282/10, *Dominguez mot Centre informatique du Centre Ouest Atlantique*, [SK] dom 24. januar 2012
- Sak C-300/10, *Almeida mot Companhia de Seguros Fidelidade-Mundial m.fl.*, [SK] dom 23. oktober 2012
- Sak C-379/10, *Kommisjonen mot Italia*, [A5] dom 24. november 2011
- Sak C-427/10, *BAPV mot Ministero dell'Economia e delle Finanze*, [A5] dom 15. desember 2011
- Sak C-433/10 P, *Mauerhofer mot Kommisjonen*, [A3] Sml. 2011 s. I-48*
- Sak C-442/10, *Churchill Insurance mot Wilkinson*, [A5] dom 1. desember 2011
- Sak C-472/10, *Hatóság mot Invitel*, [A5] dom 26. april 2012
- Sak C-476/10, *projektart Errichtungsgesellschaft mbH*, [A3] Sml. 2011 s. I-5615
- Sak C-591/10, *Littlewoods Retail m.fl. mot Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs*, [SK] dom 19. juli 2012
- Sak C-603/10, *Pelati mot Slovenia*, [A5] dom 18. oktober 2012
- Sak C-618/10, *Banco Español de Crédito mot Camino*, [A5] dom 14. juni 2012
- Sak C-17/11 RX, *Kommisjonen mot Petrilli*, [A5] Sml. 2011 s. I-299
- Sak C-48/11, *Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö mot A*, [A5] dom 19. juli 2012
- Sak C-103/11 P, *Kommisjonen mot Systran*, [A5] dom 18. april 2013
- Sak C-199/11, *EF mot Otis m.fl.*, [SK] dom 6. november 2012
- Sak C-272/11 P, *Ngele mot Kommisjonen*, [A3] kjennelse 4. oktober 2011
- Sak C-372/11 P, *Power-One Italy mot Kommisjonen*, [A3] kjennelse 12. juli 2012
- Sak C-398/11, *Hogan m.fl. mot Minister for Social and Family Affairs, Ireland*, [A5] dom 25. april 2013
- Sak C-409/11, *Csonka m.fl. mot Ungarn* (verserende)
- Sak C-420/11, *Leth mot Østerrike*, [A5] dom 14. mars 2013
- Sak C-469/11 P, *Evropaïki Dynamiki mot Kommisjonen*, [A5] dom 8. november 2012

Sak C-565/11, *Irimie mot Administrația Finanțelor Publice Sibiu*, [A5] dom 18. april 2013

Underretten

- Sak T-120/89, *Peine-Salzgitter mot Kommisjonen*, Sml. 1991 s. II-279
- Sak T-246/93, *Bühning mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-171
- Sak T-472/93, *Campo Ebro mot Rådet*, Sml. 1995 s. II-421
- Sak T-478/93, *Wafer Zoo mot Kommisjonen*, Sml. 1995 s. 1479
- Sak T-571/93, *Lefebvre m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1995 s. II-2379
- Sak T-572/93, *Odigitria mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1995 s. II-2025
- Sak T-76/94, *Jansma mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-243
- Sak T-115/94, *Opel Austria mot Rådet*, Sml. 1997 s. II-39
- Sak T-167/94, *Nölle mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1994 s. II-2589
- Sak T-168/94, *Blackspur m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1995 s. II-2627
- Sak T-185/94, *Geotronics mot Kommisjonen*, Sml. 1995 s. II-2795
- Sak T-230/94, *Farrugia mot Kommisjonen*, Sml. 1996 s. II-195
- Sak T-390/94, *Schröder m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1997 s. II-501
- Sak T-99/95, *Scott mot Kommisjonen*, Sml. 1996 s. II-2227
- Sak T-184/95, *Dorsch Consult mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-667
- Forente saker T-198/95 m.fl., *Comafrika og Dole mot Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-1975
- Sak T-230/95, *BAI mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. II-123
- Sak T-7/96, *Perillo mot Kommisjonen*, Sml. 1997 s. II-1061
- Sak T-13/96, *TEAM mot Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-4073
- Forente saker T-79/96 m.fl., *Camar og Tico mot Kommisjonen og Rådet*, Sml. 2000 s. II-2193
- Sak T-149/96, *Coldiretti m.fl. mod Rådet og Kommissionen*, Sml. II, s. 3841
- Sak T-201/96, *Smanor m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1997 s. II-1081
- Sak T-203/96, *Embassy Limousines mot EU-parlamentet*, Sml. 1998 s. II-4239
- Sak T-222/97, *Steffens mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-4175
- Sak T-231/97, sak T-231/97, *New Europe Consulting og Brown mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. II-2403
- Sak T-277/97, *Iseri mot Revisjonsretten*, Sml. 1999 s. II-1825
- Sak T-611/97, *Transfluvia m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-2405
- Sak T-614/97, *Rubio m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-2387
- Sak T-43/98, *Emesa Sugar mot Rådet*, Sml. 2001 s. II-3519
- Sak T-166/98, *Cantina sociale di Dolianova mot Kommisjonen*, Sml. 2004 s. II-3991
- Sak T-178/98, *Fresh Marine mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-3331
- Sak T-1/99, *T. Port mot Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-465
- Sak T-7/99, *Medici Grimm mot Rådet (I)*, Sml. 2000 s. II-2671
- Sak T-155/99, *Dieckmann & Hansen mot Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-3143
- Sak T-171/99, *Corus UK mot Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-2967
- Sak T-196/99, *Area Cova m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-3597
- Sak T-201/99, *Royal Olympic Cruises m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-4005

- Sak T-361/99, *Meyer mot Kommisjonen og Den europeiske investeringsbank*, Sml. 2000 s. II-2031
- Sak T-11/00, *Hautem mot Den europeiske investeringsbank*, Sml. 2000 s. II-4019
- Sak T-56/00, *Dole mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2003 s. II-577
- Sak T-57/00, *Banan-Kompaniet mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2003 s. II-607
- Sak T-69/00, *FIAMM mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2005 s. II-5393
- Sak T-151/00, *Le Laboratoire du Bain mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2005 s. II-23*
- Sak T-209/00, *Lamberts mot EU-ombudsmannen*, Sml. 2002 s. II-2203
- Sak T-301/00, *Groupe Fremaux mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2005 s. II-25*
- Sak T-320/00, *Cartondruck mot Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2005 s. II-27*
- Sak T-383/00, *Beamglow mot EU-parlamentet, Rådet og Kommisjonen*, [SK] Sml. 2005 s. II-5459
- Sak T-4/01, *Renco mot Rådet*, Sml. 2003 s. II-171
- Sak T-40/01, *Scan Office Design mot Kommisjonen*, Sml. 2002 s. II-5043
- Sak T-48/01, *Vainker og Vainker mot EU-parlamentet*, Sml. 2004 s. II-197*
- Sak T-135/01, *Fedon & Figli m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2005 s. I-29*
- Sak T-146/01, *DLD Trading mot Kommisjonen*, Sml. 2003 s. II-6005
- Sak T-226/01, *CAS Succhi di Frutta mot Kommisjonen*, Sml. 2006 s. II-2763
- Sak T-304/01, *Pérez mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2006 s. II-4857
- Sak T-310/01, *Schneider mot Kommisjonen*, Sml. 2002 s. II-4071
- sak T-77/02, *Schneider mot Kommisjonen*, Sml. 2002 s. II-4201
- Sak T-177/02, *Malagutti-Vezinhet mot Kommisjonen*, Sml. 2004 s. II-827
- Sak T-202/02, *Makedoniko Metro mot Kommisjonen*, Sml. 2004 s. II-181
- Sak T-28/03, *Holcim mot Kommisjonen*, Sml. 2005 s. II-1357
- Sak T-138/03, *É. R m.fl. mot Rådet og Kommisjonen.*, Sml. 2006 s. II-492
- Sak T-160/03, *AFCCon mot Kommisjonen*, Sml. 2005 s. II-981
- Sak T-212/03, *MyTravel Group mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-1967
- Sak T-259/03, *Nikolaou mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-99*
- Sak T-279/03, *Galileo International Technology mot Kommisjonen*, Sml. 2006 s. II-1291
- Sak T-285/03, *Agraz mot Kommisjonen (dom nr. 1)*, Sml. 2005 s. II-1063
- Sak T-351/03, *Schneider mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-2237
- Sak T-364/03, *Medici Grimm mot Rådet (II)*, Sml. 2006 s. II-79
- Sak T-440/03, *Arizmendi m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2009 s. II-4883
- Sak T-16/04, *Arcelor mot Parlamentet og Rådet*, Sml. 2010 s. II-211
- Sak T-113/04, *Atlantic Container Line mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-171*
- Sak T-124/04, *Ouariachi mot Kommisjonen*, Sml. 2005 s. II-4653
- Sak T-155/04, *SELEX mot Kommisjonen («Eurocontrol»)*, Sml. 2006 s. II-4797
- Sak T-271/04, *Citymo mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-1375
- Sak T-294/04, *Internationaler Hilfsfond mot Kommisjonen*, Sml. 2005 s. II-2719
- Sak T-344/04, *Bouychou mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-91
- Sak T-360/04, *FG Marine mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-92*
- Sak T-429/04, *Trubowest og Makarov mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-128*
- Sak T-495/04, *Belfass mot Rådet*, Sml. 2008 s. II-781

- Sak T-48/05, *Franchet og Byk mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-1585
- Sak T-91/05, *Sinara Handel mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-245
- Sak T-186/05, *SELEX mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-94*
- Sak T-198/05, *Mebrom mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-51*
- Sak T-412/05, *M mot Ombudsmannen*, Sml. 2008 s. II-197*
- Sak T-429/05, *Artegodan mot Kommisjonen (II)*, Sml. 2010 s. II-491
- Sak T-452/05, *Belgian Sewing Thread mot Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-1373
- Sak T-42/06, *Golnisch mot EU-parlamentet*, Sml. 2010 s. II-1135
- Sak T-212/06, *Bowland mot Kommisjonen*, Sml. 2009 s. II-4073
- Sak T-386/06, *Pegler mot Kommisjonen*, Sml. 2011 s. II-1267
- Sak T-19/07, *Systran mot Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-6083
- Sak C-113/07 P, *SELEX mot Kommisjonen («Eurocontrol»)*, [A5] Sml. 2009 s. I-2207
- Sak T-137/07, *Portela mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-329*
- Forente saker T-252/07 m.fl., *Sungro m.fl. mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-55
- Sak T-300/07, *Evropaïki Dynamiki mot Kommisjonen*, Sml. 2011 s. II-4521
- Sak T-341/07, *Sison mot Rådet (II)*, dom 23. november 2011
- Sak T-387/07, *Portugal mot Kommisjonen*, Sml. 2011 s. II-903
- Sak T-107/08, *Kazchrome mot Rådet og Kommisjonen*, dom 30. november 2011
- Sak T-181/08, *Tay Za mot Rådet*, Sml. 2010 s. II-1965
- Sak T-247/08, *C-Content mot Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-205*
- Sak T-305/08, *Italia mot Kommisjonen*, kjennelse 14. februar 2012
- Sak T-461/08, *Evropaïki Dynamiki mot Kommisjonen*, dom 20. september 2011
- Sak T-489/08, *Power-One Italy mot Kommisjonen*, Sml. 2011 s. II-149*
- Sak T-561/08, *Gutknecht mot Kommisjonen*, dom 18. oktober 2011
- Sak T-574/08, *Syndicat des thoniers méditerranéens m.fl. mot Kommisjonen*, dom 7. november 2012
- Sak T-57/09, *Alfastar Benelux mot Rådet*, dom 20. oktober 2011
- Sak T-88/09, *Idromacchine mot Kommisjonen*, dom 8. november 2011
- Sak T-143/09 P, *Kommisjonen mot Petrilli*, dom 16. desember 2010
- Sak T-236/09, *Evropaïki Dynamiki mot Kommisjonen*, dom 15. mars 2012
- Sak T-264/09, *Tecnoprocess mot Kommisjonen (I)*, Sml. 2011 s. II-208*
- Sak T-367/09, *Tecnoprocess mot Kommisjonen (II)*, Sml. 2011 s. II-209*
- Sak T-436/09, *Dufour mot Den europeiske sentralbank*, dom 26. oktober 2011
- Sak T-440/09, *Azienda Agricola Bracesco mot Kommisjonen*, kjennelse 4. juni 2012
- Sak T-514/09, *bpost mot Kommisjonen*, kjennelse 23. november 2011
- Sak T-308/10 P, *Kommisjonen mot Nanopoulos*, dom 12. juli 2012
- Sak T-437/10, *Gap SA granen & producten mot Kommisjonen*, dom 16. mai 2013
- Sak T-587/10, *Interspeed mot Kommisjonen*, dom 10. juli 2012
- Sak T-114/11, *Giordano mot Kommisjonen*, dom 7. november 2012
- Sak T-203/11, *Transports Schiocchet mot Rådet og Kommisjonen*, kjennelse 18. juni 2012
- Sak T-329/11, *TME mot Kommisjonene*, kjennelse 4. juli 2012

Personalretten

Sak F-31/10, *Guittet mot Kommisjonen*, dom 13. juni 2012

Sak F-63/10, *BL mot Kommisjonen*, dom 13. juni 2012

EFTA-domstolen

Sak E-2/94, *SSGA mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 1994-1995 s. 59

Sak E-1/95, *Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark*, EFTA Ct. Rep. 1994-1995 s. 35

Sak E-2/97, *Mag Instrument mot California Trading*, EFTA Ct. Rep. 1997 s. 129

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

Sak E-3/98, *Rainford-Towning mot Liechtenstein*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 205

Sak E-1/99, *Storebrand mot Finanger*, EFTA Ct. Rep. 1999 s. 119

Sak E-2/00, *Allied Colloids mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2000-2001 s. 35

Sak E-6/00, *Dr. Tschannet mot Liechtenstein*, EFTA Ct. Rep. 2000-2001 s. 203

Sak E-1/01, *Einarsson mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 1

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

Sak E-6/01, *CIBA m.fl. mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 281

Sak E-2/02, *Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung og Bellona mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 52

Sak E-1/03, *ESA mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 147

Sak E-2/03, *Påtalemakten mot Ásgeirsson*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 185

Sak E-1/04, *Fokus Bank mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2004 s. 11

Forente saker E-5-7/04, *Fesil mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2005 s. 117

Sak E-10/04, *Piazza mot Paul Schurte*, EFTA Ct. Rep. 2005 s. 76

Sak E-2/06, *ESA mot Norge (hjemfallsrett)*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 164

Sak E-5/06, *ESA mot Liechtenstein*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 296

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

Sak E-2/07, *ESA mot Norge («Gullenke I»)*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 280

Sak E-8/07, *Nguyen mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 223

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

Sak E-2/09, *ESA mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2009-2010 s. 12

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

Sak E-5/10, *Kottke mot Präsidial Anstalt and Sweetyle Stiftung*, EFTA Ct. Rep. 2009-2010

Sak E-8/10, *ESA mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2009-2010 s. 296

Sak E-13/10, *Aleris Ungplan mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 3

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

Sak E-18/10, *ESA mot Norge («Gullenke II»)*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 202

Sak E-5/11, *ESA mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 418

Sak E-13/11, *Granville mot Anhalt*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 400

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

Sak E-16/11, *ESA mot Island ("Icesave")*, dom 28. januar 2013

Sak E-17/11, *Aresbank mot Landsbankinn m.fl.*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 916

- Sak E-18/11, *Irish Bank mot Kaupþingi*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 592
 Sak E-19/11, *Vín Trió mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 974
 Sak E-2/12, *HOB-vín mot Áfengis- og tóbaksverslun ríkisins*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 1092
 Sak E-3/12, *Staten v/Arbeidsdepartementet mot Jonsson*, rådgivende uttalelse 20. mars 2013
 Sak E-7/12, *DB Schenker mot ESA* (verserende)
 Sak E-8/12, *DB Schenker mot ESA* (verserende)
 Sak E-11/12, *Koch m.fl. mot Swiss Life (Liechtenstein)*, rådgivende uttalelse 13. juni 2013
 Sak E-4/13, *DB Schenker mot ESA* (verserende)
 Sak E-5/13, *DB Schenker mot ESA* (verserende)

EMD

- Sak 5310/71, *Irland mot Storbritannia*, [P] dom 18. januar 1978
 Sak 5589/72, *Schmidt og Dahlström mot Sverige*, dom 6. februar 1976 (Series A 21)
 Sak 24833/94, *Matthews mot Storbritannia*, [SK] dom 18. februar 1999 (RJD 1999-I)
 Sak 45036/98, *Bosphorus Airways mot Irland*, [SK] dom 30. juni 2005 (RJD 2005-IV)
 Forente saker 13221/08 og 2139/10, *Lindheim m.fl. mot Norge*, dom 12. juni 2012

Permanent Court of International Justice

- Chorzów Factory*, PCIJ Rep.1927, Series A s. 21
Danzig-saken, PCIJ Reports 1928, Series B nr. 15

Nasjonal rettspraksis

Norges Høyesterett

- | | |
|--|---|
| Rt. 1891 s. 814 <i>Ellida</i> | Rt. 1987 s. 1495 <i>Reitgjerdet II</i> |
| Rt. 1955 s. 872 <i>Kabeldommen</i> | Rt. 1989 s. 426 |
| Rt. 1957 s. 590 <i>Dresindommen</i> | Rt. 1990 s. 214 |
| Rt. 1958 s. 984 <i>Blystad Fabrikker</i> | Rt. 1990 s. 1001 |
| Rt. 1959 s. 883 | Rt. 1991 s. 954 <i>Reisegarantidommen</i> |
| Rt. 1962 s. 89 <i>Ertedommen</i> | Rt. 1992 s. 64 |
| Rt. 1967 s. 697 <i>Lierdommen</i> | Rt. 1992 s. 453 <i>Furunkulosedommen</i> |
| Rt. 1972 s. 578 <i>Randabergdommen</i> | Rt. 1994 s. 60 <i>Restaurant-Invest</i> |
| Rt. 1973 s. 1756 <i>Flymanøverdommen</i> | Rt. 1994 s. 1244 <i>Kvinnefengsel I</i> |
| Rt. 1975 s. 603 <i>Swingball</i> | Rt. 1995 s. 209 |
| Rt. 1981 s. 462 <i>Malvikdommen</i> | Rt. 1995 s. 781 <i>Peelorg</i> |
| Rt. 1982 s. 241 [P] <i>Altadommen</i> | Rt. 1996 s. 282 [U] <i>Wilhelmsen</i> |
| Rt. 1982 s. 908 [U] | Rt. 1996 s. 1051 [U] |
| Rt. 1987 s. 25 | Rt. 1996 s. 1497 <i>Løiten Almenning</i> |
| Rt. 1987 s. 199 <i>Shinco</i> | Rt. 1997 s. 343 <i>Svarstad Hansen</i> |

- Rt. 1997 s. 580 *OFS*
 Rt. 1997 s. 615
 Rt. 1999 s. 1273 *Ottesen*
 Rt. 1999 s. 1517 *Selbusjødommen*
 Rt. 1999 s. 1725 *Lundetangendommen*
 Rt. 1999 s. 1903 *Hjelpevergedommen*
 Rt. 2000 s. 418
 Rt. 2000 s. 620
 Rt. 2000 s. 915 *Disprildommen*
 Rt. 2000 s. 1332 [P]
 Rt. 2000 s. 1756 *Arbeidsgiveravgiftdommen*
 Rt. 2000 s. 1811 [P] *Finanger I*
 Rt. 2001 s. 320 *Nilssen*
 Rt. 2001 s. 337
 Rt. 2001 s. 428
 Rt. 2001 s. 1062 *Nucleus*
 Rt. 2002 s. 71
 Rt. 2002 s. 683 *Vassøy Canning*
 Rt. 2003 s. 866 [U] *CIBA*
 Rt. 2004 s. 834 *Vannscooterdommen*
 Rt. 2004 s. 1816 *Skiltmakerdommen*
 Rt. 2004 s. 1868
 Rt. 2005 s. 65 *KILE-dommen*
 Rt. 2005 s. 416 *Advokatbevillingsdommen*
 Rt. 2005 s. 597 *Allseas*
 Rt. 2005 s. 1365 [P] *Finanger II*
 Rt. 2006 s. 690 *Lillestrømdommen*
 Rt. 2006 s. 1265
 Rt. 2006 s. 1281
 Rt. 2006 s. 1529 *Pionerdykkerdommen*
 Rt. 2007 s. 172
 Rt. 2007 s. 983 *Reno Vest*
 Rt. 2007 s. 1003 *Spilleautomatdommen*
 Rt. 2007 s. 1783 *NIDA Entreprenør*
 Rt. 2008 s. 453 *Otterstad*
 Rt. 2008 s. 478
 Rt. 2008 s. 783 *KLM*
 Rt. 2008 s. 982 *Ventelo Bedrift*
 Rt. 2008 s. 1665
 Rt. 2008 s. 1705 *Trafikk & Anlegg*
 Rt. 2009 s. 354 *Kvinnherad Energi*
 Rt. 2009 s. 661 *Husebyskogen*
 Rt. 2009 s. 1319 *Slåstad*
 Rt. 2010 s. 143 [P]
 Rt. 2010 s. 291 *Vangen*
 Rt. 2010 s. 376
 Rt. 2010 s. 816 *Opplandskraft*
 Rt. 2010 s. 1500 *Edquist*
 Rt. 2011 s. 991 *Brannvesendommen*
 Rt. 2011 s. 1666
 Rt. 2012 s. 146
 Rt. 2012 s. 484 [U]
 Rt. 2012 s. 543 *Bastesen*
 Rt. 2012 s. 784 [U]
 Rt. 2012 s. 799 [U]
 Rt. 2012 s. 961 [U]
 Rt. 2012 s. 1338 [U]
 Rt. 2012 s. 1420 *Ålgårds Bilutleie*
 Rt. 2012 s. 1476 [U]
 Rt. 2012 s. 1556 *Gran & Ekran*
 Rt. 2012 s. 1793 *Personskadeforbundet*
 Rt. 2013 s. 258 *STX*

Underinstanspraksis publisert i Rettens Gang

- RG 2003 s. 1268 (Borgarting)
 RG 2005 s. 1542 (Forstating) *Fokus Bank*
 RG 2005 s. 1627 (Oslo)
 RG 2008 s. 981 (Agder)
 RG 2009 s. 276 (Borgarting)
 RG 2012 s. 25 (Borgarting)

Upublisert underinstanspraksis

Borgarting lagmannsretts dom 25.2.2002, *Klækken Hotell m.fl. mot Staten og Vinmonopolet* (LB-2001-271)

Oslo tingretts dom 2.7.2004, *KLM mot Staten* (04-000806TVI-OTIR/07)
 Borgarting lagmannsretts dom 14.1.2005, *Finanger mot Staten* (LB-2003-11705)
 Oslo tingretts dom og kjennelse 11.7.2007, *Edquist m.fl. mot Staten* (TOSLO-2005-61707)
 Borgarting lagmannsretts dom 17.10.2007, *Regatta AS mot Staten og Det Norske Veritas* (LB-2005-172949)
 Stavanger tingretts dom 31.10.2007, *Gerevan Trading mot Sentralskattekontoret for utenlandssaker* (TSTAV-2006-167488)
 Borgarting lagmannsretts dom 9.12.2008, *Staten mot Veolia Transport* (LB-2008-610)
 Oslo tingretts dom 4.2.2009, *General Motors mot Staten* (TOSLO-2007-81322)
 Borgarting lagmannsretts dom og kjennelse 13.1.2010, *Edquist m.fl. mot Staten* (LB-2007-151609)
 Borgarting lagmannsretts dom 8.4.2010, *ISO+ mot Staten* (LB-2009-136211)
 Oslo tingretts dom 11.10.2010, *A mot Staten* (TOSLO-2010-66809)
 Borgarting lagmannsretts dom 22.11.2010, *Hval sjokoladefabrikk mot Staten* (LB-2010-12206).
 Oslo tingretts dom 7.7.2011, *BW Gas mot Staten* (TOSLO-2010-199031)
 Oslo tingretts dom 28.11.2011 i saken *Skanska mot Staten* (TOSLO-2011-18828)
 Borgarting lagmannsretts dom 23.4.2012, *CargoNet mot Staten* (LB-2010-168478)
 Borgarting lagmannsretts dom 4.5.2012, *Norconsult mot Staten* (LB-2010-201985)

Utenlandsk rettspraksis

Danmark

UfR 2007 s. 3124 H *Paranova Danmark*

UfR 2010 s. 2142 H

Frankrike

AJDA 1992 s. 210 *Arizona Tobacco Products*

Island

Héraðsdómur Reykjavíkur dom 18. mars 1999 – *Sveinbjörnsdóttir*

Hæstiréttur Íslands dom 16. desember 1999 (sak 236/1999) – *Sveinbjörnsdóttir*

Hæstiréttur Íslands dom 15. februar 2007 (sak nr. 120/2006) – *Karlsson*

Hæstiréttur Íslands dom 21. februar 2013 (sak 532/2012) – *Kolbeinsson*

Liechtenstein

Verwaltungsgerichtshofs dom 19. september 2001 i sak VBI 2000/12 – *Dr. Tschannet I*

Staatsgerichtshofs dom 7. desember 2006 i sak StGH 2007/15 – *Dr. Tschannet II*

Fürstlicher Oberster Gerichtshofs dom 5. juni 2008 i sak CO.2004.2 – *Dr. Tschannet II*

Staatsgerichtshofs dom 24. juni 2009 i sak StGH 2008/87 – *Dr. Tschannet II*

Fürstlicher Oberster Gerichtshofs dom 7. mai 2010 i sak CO.2004.2 – *Dr. Tschannet II*

Spania

Tribunal Supremos dom 12. juni 2003 i sak 1/46/1999 – *Canal Satellite Digital* ([2005] 5 Euro. C.L. s. 33)

Tribunal Supremos dom 17. september 2010 i sak 153/2007 – *Transportes Urbanos*

Storbritannia

- [1988] 2 WLR 418 (House of Lords) *Dunlop* [2007] EWHC 1268 (QB) *Byrne*
[1991] 2 C.M.L.R. 217 (House of Lords) *Foster* [2008] EWCA Civ 574 *Byrne*
[1997] Eu L.R. 474 (Divisional Court) *Factortame* [2008] EWHC 2893 *FII*
[1998] Eu L.R. 456 (Court of Appeal) *Factortame* [2009] EWHC 2908 *Thin Cap*
[1999] 3 CMLR 180 (Court of Appeal) *Bowden* [2010] EWCA Civ 103 *FII*
[1999] 4 All ER 906 (House of Lords) *Factortame* [2011] EWCA Civ 127 *Thin Cap*
[2001] 1 WLR s. 942 (District Court) *Factortame*

Sverige

- NJA 2004 s. 662 *Andersson* NJA 2007 s. 584
NJÄ 2005 s. 462 NJA 2007 s. 891
NJÄ 2007 s. 295 NJA 2009 s. 463

Tyskland

- BGHZ 134 s. 30 *Brasserie du Pêcheur* BGHs dom 24. juni 2010 (III ZR 140/09)
NJW 2000 s. 815 (Landgericht Bonn) *Paul* BGHZ 181 s. 199 *Danske Slagterier*
NVwZ 2001 s. 465 (BGH) BGHs beslutning 26. april 2012 (III ZR 215/11)
BGHZ 162 s. 49 *Paul* BVerwGs dom 26. juli 2012 (2 C 70/11)
BGHs dom 22. januar 2009 (III ZR 233/07) BVerwGs dom 26. juli 2012 (2 C 34/11)
NJW 2010 s. 3422 (BVerG) *Honeywell* BGHs dom 18. oktober 2012 (III ZR 196/11)

USA

- Hans v. Louisiana*, 134 U.S. 1 (1890)
Seminole Tribe v. Florida, 517 U.S. 44 (1996)
Alden v. Maine, 527 U.S. 706 (1999)
Florida Prepaid Postsecondary Educ. Expense Bd. v. College Savings Bank, 527 U.S. 627 (1999)
College Savings Bank v. Florida Prepaid Postsecondary Educ. Expense Bd., 527 U.S. 666 (1999)
Central Virginia Community College v. Katz, 546 U.S. 356 (2006)

Østerrike

- Konle mot Østerrike*, Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen, Bind 73 (2000) s. 72