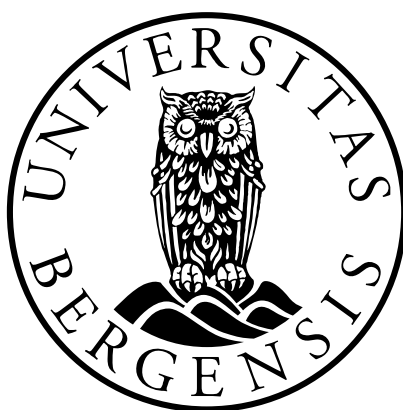


Betydningen av EU-retten ved tolkningen av domstolsbegrepet i ODA artikkel 34

Et bidrag til debatten om det EØS-rettslige homogenitetsprinsippets rekkevidde

Kandidatnummer: 105

Antall ord: 32 762



JUS397 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

21. juni 2024

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	1
1.1. Avhandlingens problemstilling	1
1.2. Forskningsbehov og siktemål.....	2
1.3. Forhåndsuttalelser fra EFTA-domstolen.....	4
1.4. Avhandlingens metodiske problemstillinger.....	6
1.4.1. Generelt.....	6
1.4.2. Noen bemerkninger om EU-rettslig metode.....	7
1.4.3. Noen bemerkninger om EØS-rettslig metode	8
1.5. Videre fremstilling	9
2. Forhåndsavgjørelser fra EU-domstolen	10
2.1. Funksjon og formål	10
2.2. Hvilke organer kan delta i dialogen med EU-domstolen?.....	12
2.2.1. Innledning	12
2.2.2. Domstolsvilkåret	13
2.2.3. Tolkingsavgjørelser til alle!.....	16
2.2.4. Uavhengighetskriteriets tidlige fase	18
2.2.5. Uavhengighetskriteriets økende betydning	22
2.2.5.1. Generaladvokat Colomers uttalelse i <i>De Coster</i>	22
2.2.5.2. Uavhengighetskriteriets utvikling fra <i>De Coster</i> , frem til <i>Wilson</i>	25
2.2.5.3. Den første koblingen til EMK artikkel 6 – <i>Wilson</i>	26
2.2.6. Uavhengighetskriteriet i TEUV artikkel 267 som forsvarsverk mot angrep på rettstaten	31
2.2.6.1. <i>Banco de Santander</i> – samme praksis, ny begrunnelse	31
2.2.6.2. Ett domstolsbegrep i EU – for å sikre domstolers uavhengighet	32
2.2.6.3. Hva så med domstolslignende organer?	38
3. EU-rettsens betydning for domstolsbegrepet i ODA artikkel 34 – et spørsmål om homogenitetsprinsippets rekkevidde	42
3.1. Innledning	42
3.2. Homogenitetsprinsippet	42
3.2.1. Bakgrunnen for homogenitetsprinsippet – EØS-avtalens formål.....	42
3.2.2. Homogenitetsprinsippets innhold.....	44
3.2.2.1. EØS-avtalens og ODAs bestemmelser om homogen fortolkning og anvendelse	44
3.2.2.2. 30 år med utvikling av homogenitetsprinsippet	48
3.2.2.3. Operasjonalisering av homogenitetsprinsippet	53
3.3. Et kritisk syn på prosessuell homogenitet	55
3.3.1. Om konseptet prosessuell homogenitet	55
3.3.2. Det vanlige homogenitetsprinsippet omfatter også prosessuelle bestemmelser	57
3.3.3. EFTA-domstolens praksis om prosessuell homogenitet	58
3.3.3.1. Innledning og systematisering	58
3.3.3.2. Prosessuell homogenitet ved spørsmål om personers prosessuelle rettigheter	60
3.3.3.3. Prosessuell homogenitet i andre tilfeller	64
3.3.4. Et farvel til prosessuell homogenitet	72
3.4. Hvis ikke prosessuell homogenitet – hva da?	73
4. Domstolsbegrepet i ODA artikkel 34 – EU retten mer enn inspirasjon?.....	76
4.1. Utgangspunktet	76
4.2. Er det grunner til å legge EU-retten større relevans?	76
4.2.1. Generelle grunner.....	76
4.2.2. EU-rettsens relevans i lys av utviklingen i EU-domstolens praksis.....	79
5. Kildeliste.....	84

1. Innledning

1.1. Avhandlingens problemstilling

Oppgavens problemstilling er hvilken betydning EU-retten har for tolkningen av domstolsbegrepet i ODA¹ artikkel 34. Problemstillingen springer ut av en forskjell mellom EU-domstolens og EFTA-domstolens tolkninger av det likelydende vilkåret «court or tribunal» i TEUV² artikkel 267 og ODA artikkel 34. Vilket regulerer hvilke organer som har rett til å forelegge tolkningsspørsmål til henholdsvis EU-domstolen for forhåndsavgjørelse, og EFTA-domstolen for rådgivende uttalelse.³ Siden starten av 2000-tallet har EU-domstolen innsnevret foreleggelsesadgangen.⁴ EFTA-domstolen har ikke fulgt denne utviklingen.⁵ EU-domstolens nåværende tolkning av domstolsvilkåret innebærer blant annet at domstolslignende administrative organer, som klagemønder, i mange tilfeller ikke kan forelegge tolkningsspørsmål. Forskjellen mellom EU-domstolens og EFTA-domstolens tolkninger nådde sitt foreløpige høydepunkt i *Scanteam*, hvor EFTA-domstolen fastslo at utviklingen i EU-domstolens tolkning av domstolsbegrepet i TEUV artikkel 267 ikke kunne endre EFTA-domstolens tolkning av domstolsbegrepet i ODA artikkel 34.⁶

Grunnen til at tolkningsforskjellen reiser spørsmål er at bestemmelser i EØS-avtalen som utgangspunktet skal tolkes likt – homogent – med korresponderende bestemmelser i EUs traktater. Dette tolkningsprinsippet er kjent som homogenitetsprinsippet.⁷ I sin kjerne innebærer homogenitetsprinsippet som tolkningsprinsipp at EØS-rettslige spørsmål løses gjennom en toleddet prosess, der første steg er å avklare spørsmålet EU-rettslige svar, for så å vurdere om det er hindringer mot å overføre den EU-rettslige løsningen til EØS-retten.⁸ ODA er riktignok ikke en del av EØS-avtalen, men heller en avtale mellom EFTA-statene.⁹ Likevel er den del av sekkebetegnelsen «EØS-rett» som omfatter EØS-avtalen og avtaler som tilgrenser og utfyller den.¹⁰ EFTA-domstolen har gjennomgående uttalt at homogenitetsprinsippet også omfatter

¹ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol.

² Traktaten om Den Europeiske Unions virkemåte.

³ E-8/19 *Scanteam*, avsnittene 40-54. Se punkt 1.3 og 2.1 om foreleggelsesordningene.

⁴ Se kapittel 2.

⁵ Se nærmere punkt 3.3.3.3.

⁶ *Scanteam*, avsnitt 47.

⁷ Se nærmere kapittel 3.

⁸ Se nærmere punkt 3.2.

⁹ Sveits er del av EFTA, men ikke EØS-avtalen. Med uttrykket «EFTA-statene» i denne avhandlingen menes det samme som i EØS-avtalens definisjon i artikkel 2(b): Republikken Island, Fyrstedømmet Liechtenstein, og Kongeriket Norge.

¹⁰ Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 4. utgave, Fagbokforlaget, 2022, s. 57.

regler i ODA, som artikkel 34.¹¹ I disse tilfellene har domstolen, med varierende uttrykksmåte, gitt uttrykk for at den har anerkjent et konsept eller prinsipp om «prosessuell homogenitet».¹² EFTA-domstolens anerkjennelse av prosessuell homogenitet, holdt opp mot domstolens standpunkt om å ikke følge utviklingen i EU-domstolens tolkning av domstolsbegrepet i TFEU artikkel 267 gir grunn til å stille spørsmål om hva «prosessuell homogenitet» innebærer.

Spørsmålet ser ikke ut til å være avklart i juridisk teori. Det er i teorien stort sett enighet om homogenitetsprinsippets kjerne¹³, men på enkelte områder, som «prosessuell homogenitet» er prinsippets rekkevidde omstridt. Omtalen av EFTA-domstolens tolkning av domstolsbegrepet i *Scanteam* er illustrerende. På den ene siden er Graham Butler svært kritisk til EFTA-domstolens avvisning av EU-domstolens praksis knyttet til domstolsbegrepet i TEUV artikkel 267, og argumenterer for at EFTA-domstolen er forpliktet til å følge den.¹⁴ På den andre siden synes Olafur Johannes Einarsson å antyde at Butler tar grunnleggende feil om EFTA-domstolens forpliktelse til å følge EU-domstolens praksis i prosessuelle spørsmål.¹⁵ Einarsson nevner imidlertid kun dette forbigående i en fotnote. Uenigheten i litteraturen skyldes etter min mening en grunnleggende uenighet – og uklarhet – om homogenitetsprinsippets rekkevidde og gjennomslag.

1.2. Forskningsbehov og siktemål

Del av problemstillingens aktualitet knytter seg til forhåndsuttalelsesordningens rolle i EØS-retten. EFTA-domstolen har vært tydelig på at den anser det nødvendig for å realisere formålet med ODA artikkel 34 at administrative klageorganer har anledning til å be den om forhåndsuttalelse.¹⁶ Samtidig har Norge i EFTA-domstolen nærmest rutinemessig reist innvendinger mot nemnders status som «court or tribunal» i ODA artikkel 34s forstand.¹⁷ I senere år med grunnlag i EU-domstolens praksis, der nemnder i EU-land i stor grad har mistet tilgangen til foreleggesesordningen i TEUV artikkel 267. Nemndene utgjør et tvisteløsningstilbud på lavere nivå enn de ordinære domstolene, og gjør det mulig å løse tvister knyttet til EØS-rettslige spørsmål

¹¹ *Scanteam*, avsnitt 45.

¹² Inngående om den varierende uttrykksmåten i punkt 3.3.1.

¹³ Se punkt 2.3.1.3.

¹⁴ Graham Butler, «Mind the (Homogeneity) Gap: Independence of Referring Bodies Requesting Advisory Opinions from the EFTA Court», *Fordham International Law Journal*, Vol. 44, nr. 2, 2020, s. 307-356, <https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol44/iss2/1/>, (Butler 2020a).

¹⁵ Ólafur Jóhannes Einarsson, «The Advisory Opinion Procedure and the Relationship between the EFTA Court and the Norwegian Courts – recent developments», *Lov og Rett*, Vol. 61, nr. 4, 2022, s. 221-245, på side 225 (fotnote 13), <https://doi.org/10.18261/lor.61.4.3>.

¹⁶ *Scanteam*, avsnitt 46. Mer om ordningens formål i punkt 1.3.

¹⁷ Se gjennomgangen i E-5/16 *Oslo kommune*, avsnitt 35 og nærmere i punkt 3.3.3.3, særlig fotnote 375.

før de må løftes til de ordinære domstolene, med det kostnadsnivået behandling for disse innebærer. Europautredningen av 2012 fremhevet den viktige rollen nemndene spiller i kontrollen av EØS-retten.¹⁸ Forutberegnelighet knyttet til om den aktuelle nemnden vil ha mulighet til å forelegge EØS-rettslige spørsmål for EFTA-domstolen er dermed viktig både for nemndene og partene som møtes for dem. Sett i lys av EFTA-domstolens klare intensjon om å holde foreleggesadgangen åpen for nemndene, Norges innvendinger, og uenighetene i den begrensede litteraturen om spørsmålet er det behov for ytterligere forskning på hvilken betydning EU-retten har for tolkningen av domstolsbegrepet i ODA artikkel 34.

Problemstillingens aktualitet og forskningsbehov har også en side til homogenitetsprinsippets generelle betydning i EØS-retten. Homogenitetsprinsippet er grunnsteinen utviklingen og ivaretakelsen av EØS-avtalen hviler på.¹⁹ EØS-avtalens hoveddel har samme utforming i dag som den hadde 1. januar 1994, mens EUs traktatgrunnlag har gjennomgått fire reformer.²⁰ Reformene har medført markante endringer i EU-retten, som ikke gjenspeiles i EØS-avtalens hoveddel. Ettersom det europeiske økonomiske samarbeidsområdet skal være «ensartet»²¹ skal tolkninger av EØS-rett samsvare med tolkninger av EU-retten. EFTA-domstolen har fulgt opp ensartethetsmålsettingen ved å tolke EØS-retten homogent med EU-domstolens tolkninger av tilsvarende EU-rett, og på den måten utviklet EØS-avtalen for å holde tritt med EU.²² Homogenitetsprinsippet er med andre ord helt avgjørende for å utvikle EØS-avtalen på en måte som gjør det mulig å holde følge med utviklingen av EØS-retten. Samtidig er prinsippets rekkevidde omtvistet, som redegjort for ovenfor. Det knytter seg dermed et grunnforskningsbehov til spørsmålet om rekkevidden av homogenitetsprinsippet.

Forskningsbehovet understrekes ytterligere av at EFTA-domstolen ikke har gitt noen utførlig redegjørelse for rekkeviddespørsmålet i sin praksis. I litteraturen synes Fredriksen og Mathisen å ha inntatt det standpunkt at homogenitetsprinsippet er relevant for all EØS-rett, men at prinsippets gjennomslagskraft vil variere i ulike typetilfeller.²³ Arnesen mfl. understreker uklarheten når de påpeker at EFTA-domstolen «tilsynelatende [har] utviklet et «prinsipp om

¹⁸ NOU 2012: 2, s. 204-205.

¹⁹ «The principle of homogeneity is the single most important legal principle of the EEA Agreement. It explains the genesis of the EEA Agreement and guarantees its continued existence», Sven Norberg og Martin Johansson, «The History of the EEA Agreement and the First Twenty Years of Its Existence, i Carl Baudenbacher (red.), *The Handbook of EEA Law*, Springer, 2016, s. 3-42, på side 35.

²⁰ Maastrichttraktaten av 7. februar 1992 Amsterdamtraktaten av 2. oktober 1997, Nicetraktaten av 26. februar 2001, og Lisboatraktaten av 13. desember 2007.

²¹ EØS-avtalen artikkel 1, nr. 1.

²² NOU 2012: 2 s. 79-80.

²³ Fredriksen og Mathisen 2022, s. 78.

prosessuell homogenitet» som den ofte viser til, selv om den ikke nødvendigvis alltid følger EU-domstolens praksis i prosessuelle spørsmål».²⁴ Wennerås er på sin side svært kritisk til EFTA-domstolens forståelse av homogenitetsprinsippets rekkevidde.²⁵ Ingen av forfatterne foretar imidlertid en nærmere analyse av «prosessuell homogenitet».

Siktemålet med avhandlingen er dermed å bidra til forståelsen av hvordan domstolsbegrepet i ODA påvirkes av EU-domstolens praksis, og i den forbindelse samtidig utforske og bidra til ytterligere forståelse om en av homogenitetsprinsippets randsoner.

1.3. Forhåndsuttalelser fra EFTA-domstolen

Analysen av EU-rettenens betydning ved tolkning av domstolsbegrepet i ODA artikkel 34 er tema for avhandlingens kapittel 3 og 4. For å sette hele avhandlingen i kontekst er det imidlertid nødvendig å gi en kort innføring i foreleggelsesordningen for EFTA-domstolen allerede innledningsvis.

Den opprinnelige planen avtalepartene imellom var å opprette en felles EØS-domstol som skulle sikre enhetlig tolkning og anvendelse av EØS-retten. EU-domstolen avviste planen som uforenlig med EU-retten.²⁶ I stedet opprettet EFTA-statene EFTA-domstolen.²⁷ EFTA-domstolen er ikke del av EFTA-statenes ordinære domstolssystemer, og fysiske og juridiske personer (i det videre bare «personer» med mindre annet uttrykkelig fremkommer) kan, med unntak for klager over vedtak fra ESA som angår dem, ikke bringe saker inn for EFTA-domstolen. I stedet følger det av ODA artikkel 34 første ledd at enhver domstol i EFTA-statene har anledning til å forelegge EØS-rettslige tolkningsspørsmål for EFTA-domstolen om den anser det nødvendig for å avgjøre en sak. EFTA-domstolens jurisdiksjon begrenser seg imidlertid til fortolkning av EØS-retten, og omfatter ikke lovlighetsprøving av EØS-komiteens beslutninger.²⁸ EFTA-domstolen har «full domsmyndighet» når det gjelder sanksjoner og vedtak fra ESA, men jeg

²⁴ Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad, og Ole Andreas Rognstad, *Oversikt over EØS-retten*, 1. utgave, Universitetsforlaget, 2022, s. 43.

²⁵ Pål Wennerås, «EEA Agreement Article 6 [Homogeneity]», i Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad og Christoph Vedder (red.), *Agreement on the European Economic Area, A Commentary*, C.H. Beck, Hart, Nomos, Universitetsforlaget, 2018, (Wennerås 2018a), s. 210-247, 211-212 og 238-241.

²⁶ Uttalelse 1/91 *EØS I*, se nærmere punkt 3.2.1.

²⁷ ODA artikkel 27.

²⁸ Fredriksen og Mathisen 2022, s. 311. Enkelte argumenterer for at EFTA-domstolen i slike saker burde ha kompetanse til å anmode EU-domstolen om å avgjøre lovligheten av den underliggende EU-rettsakten, se Fredriksen og Franklin «Of Pragmatism and Principles: The EEA Agreement 20 Years On», *Common Market Law Review*, Vol. 52, nr. 3, 2015, s. 629-684, på side 681-684, særlig side 683, <https://doi.org/10.54648/cola2015049>.

avgrenser mot nærmere behandling av dette her.²⁹

Av hensyn til EFTA-statenes suverenitet avgir EFTA-domstolen rådgivende uttalelser, ikke avgjørelser.³⁰ Høyesterett har flere ganger uttalt at EFTA-domstolens uttalelser skal ilegges «stor vekt» og at uttalelsene ikke kan fravikes med mindre «gode og tungtveiende grunner» taler for det, men at det likefullt påhviler nasjonale domstoler en rett og plikt til å selvstendig ta stilling til hvordan EØS-retten skal forstås.³¹ Videre er den rådende oppfatningen at ingen nasjonale domstoler i EFTA-statene har plikt til å forelegge spørsmål for EFTA-domstolen.³² EFTA-domstolen omtaler forholdet mellom seg selv og EFTA-statenes sisteinstansdomstoler derfor mer som et partnerskap enn forholdet mellom EU-domstolen og EU-statenes domstoler.³³ Endelig åpner ODA artikkel 34 tredje ledd for at EFTA-statene kan begrense anmodningsretten til kun å omfatte nasjonale sisteinstansdomstoler, men denne innskrenkingsadgangen står ubenyttet.³⁴

Formålet med ODA artikkel 34 er å sikre homogenitet ved fortolkning og anvendelse av EØS-retten.³⁵ Formålet er søkt oppnådd ved at ordningen fasiliteter dialog mellom nasjonale domstoler og EFTA-domstolen. De nasjonale domstolene får tilgang til EFTA-domstolens ekspertkunnskap i tolkning av EØS-rettslige spørsmål, slik at de kan treffe sine avgjørelser på «avklart EØS-rettslig grunnlag».³⁶ EFTA-domstolen får anledning til å sørge for at det europeiske økonomiske samarbeidsområdet holder seg ensartet ved at den kan påvirke utviklingen av EØS-retten og assistere nasjonale domstoler i å tolke EØS-retten homogent med EU-retten. Ordningen var lenge underbenyttet, særlig av Høyesterett som i perioden 2002-2015 ikke forela tolkningsspørsmål én eneste gang.³⁷ De siste årene har imidlertid antallet tolkningsspørsmål fra Norge økt, med 24 foreleggelse de siste fem årene.³⁸ EU-rettens større omfang tatt i betraktning

²⁹ Se ODA artikkel 35 og 36, samt Fredriksen og Mathisen 2022, s. 311, Arnesen mfl. 2022, s. 576 flg.

³⁰ ODA artikkel 34 første ledd bruker uttrykket «rådgivende uttalelser». Domstolen selv omtaler imidlertid uttalelsene sine som «judgments», og har gjort det siden den første forhåndsuttalelsen i E-1/94 *Restamark*.

³¹ Se for eksempel HR-2021-1453-S *Nav-saken*, avsnitt 64 og HR-2016-2554-P *Holship*, avsnitt 77.

³² I teorien er det diskutert om det kan oppstilles en foreleggelsesplikt for sisteinstansdomstoler. Se nærmere fotnote 410, og Fredriksen og Mathisen 2022, s. 300-301, Arnesen mfl., 2022 s. 509, Carl Baudenbacher, «The EFTA Court: Structure and Tasks» i Baudenbacher (red.) 2016, s. 156, og E-18/11 *Irish Bank*, avsnitt 58.

³³ *Irish Bank*, avsnitt 57. Sisteinstansdomstoler i EU har foreleggelsesplikt, se punkt 2.1.

³⁴ Island har riktignok gitt Hæstiréttur rett til å stanse eller endre spørsmål forelagt av lavereinstansdomstoler, som likevel ikke er en fullstendig avskjæring av lavere instansers anmodningsrett, se Per Christiansen, «ODA artikkel 34 [Advisory opinion]», i Arnesen mfl.(red.), 2018, s. 1036.

³⁵ Se for eksempel *Restamark*, avsnitt 25, *Oslo Kommune*, avsnitt 36 og Christiansen 2018, s. 1033.

³⁶ Sitat fra Arnfinn Bårdsen, «Noen refleksjoner om Norges Høyesterett og EFTA-domstolen», *Lov og Rett*, Vol. 52, nr. 8, 2013, s. 535-546, på side 539, <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3061-2013-08-03>.

³⁷ Fredriksen og Mathisen 2022, s. 301.

³⁸ Status 22. februar 2024, https://eftacourt.int/cases-search-results/?fwp_cases_date_submitted=last-5-years&fwp_cases_source=norway.

kan antall norske foreleggelses saker de siste årene nesten sammenlignes med de nordiske EU-medlemmenes.³⁹

Når det kommer til hvilke organer som kan forelegge spørsmål for EFTA-domstolen har det vært forholdsvis liten utvikling siden EFTA-domstolens første sak, *Restamark*. EFTA-domstolen unnlot der å foreta noen egen tolkning av uttrykket «court or tribunal», men viste heller til momenter fra EU-domstolens praksis og anvendte dem på det foreleggende organet, en finsk tollklagenemnd. Det kan diskuteres om EFTA-domstolen allerede i *Restamark* tolket domstolsvilkåret i ODA artikkel 34 mer liberalt – og da altså ikke homogent – med EU-domstolens tolkning av domstolsvilkåret i (daværende) TEF artikkel 177. Jeg kommer nærmere tilbake til dette, og til EFTA-domstolens forhold til EUs innstramming av domstolsbegrepet i TFEU artikkel 267 generelt, i kapittel 3. Her nøyer jeg meg å vise til at EFTA-domstolen lenge har vært avvisende til å følge EU-domstolens praksis knyttet til tolkning av hvilke organer som er foreleggesberettiget. Fra nyere tid er de allerede nevnte *Oslo kommune* og *Scanteam* illustrerende. Som nevnt i punkt 1.1 er jeg av den oppfatning at uenigheten knyttet til om, i så fall hvilken grad, EFTA-domstolen er forpliktet til å følge EU-domstolens praksis om dette spørsmålet bygger på en grunnleggende uklarhet knyttet til delen av homogenitetsprinsippet der «prosessuell homogenitet» befinner seg. For å besvare avhandlingens problemstilling er det derfor ikke tilstrekkelig å sammenligne ODA artikkel 34 og TEUV artikkel 267. Det er nødvendig med en grundig undersøkelse av «prosessuell homogenitet».

1.4. Avhandlingens metodiske problemstillinger

1.4.1. Generelt

For å besvare avhandlingens problemstilling, spørsmålene den reiser, og oppfylle siktemålet, foretas det en rettsdogmatisk analyse av en rekke rettsspørsmål innenfor EU- og EØS-retten. Grunnleggende sett viser «rettsdogmatikk» til systematisk fremstilling av gjeldende rett.⁴⁰ Uttrykket «rettsdogmatikk» rommer imidlertid ikke bare én måte å gjennomføre systematiske analyser på, det finnes mange.⁴¹ For avhandlingens del er det EU- og EØS-retten som danner rammen for analysen, og da analyse av rettspraksis og behandling av generelle rettsspørsmål i tråd

³⁹ Fredriksen og Mathisen 2022, s. 301.

⁴⁰ Se for eksempel Synne Sæther Mæhle, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene», *Jussens Venner*, Vol. 39, Nr. 5-6, s. 329-342, <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3126-2004-05-06-04>.

⁴¹ Se for eksempel Hans Petter Graver, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, Vol. 121, nr. 2, 2008, s. 149-178, særlig side 172 flg., <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3096-2008-02-01>.

med den anvendelige juridiske metoden på de to rettsfeltene. I hovedsak vil mitt syn på både EU- og EØS-rettslig tolkningsmetode både fremgå av og kunne etterprøves gjennom avhandlingens hoveddel. Jeg tar derfor stilling til konkrete metodiske problemstillinger der de oppstår. Det er likevel enkelte forhold det er grunn til å knytte noen innledende merknader til.

1.4.2. Noen bemerkninger om EU-rettslig metode

Kapittel 2 omhandler analyse av EU-rettslige spørsmål og EU-domstolens tolkning av domstolsbegrepet i TEUV artikkel 267. EU-rettslig tolkningsmetode er, med grunnlag i TEU artikkel 19 første avsnitt, andre setnings utpekning av EU-domstolen som øverste autoritet, EU-domstolens tolkningsmetode. Kort sagt innebærer EU-rettslig tolkningsmetode å ta utgangspunkt i den aktuelle EU-rettslige bestemmelsens ordlyd, og tolke den i lys av sitt formål (teleologisk tolkning) og kontekst.⁴²

Tolkning av EU-domstolens avgjørelser tar, som tolkning av andre autoritative tekster, utgangspunkt i den naturlige forståelsen av domsavsigelsene. Jeg går ikke her inn på noen generell redegjørelse for tolkning av EU-domstolens avgjørelser, men skal påpeke to forhold.⁴³

For det første er EU-domstolens stil postulerende og konsterende, fremfor drøftende.⁴⁴ Dette kan nok langt på vei begrunnes med påvirkning fra den franske rettstradisjon det det bare finnes ett «riktig» svar på et rettsspørsmål og forbudet mot dissenser, som gjør at EU-domstolens formuleringer kan bære preg av å være «minste felles multiplum» dommerne imellom.⁴⁵ Som punkt 2.2 vil vise gjelder dette i stor grad for fremveksten av uavhengighetskriteriet i TEUV artikkel 267s domstolsbegrep. Det er, frem til slutten av 2010-tallet, vanskelig å identifisere EU-domstolens begrunnelse for den voksende betydningen av uavhengighetskriteriet. Det er derfor nødvendig å finne de «relle beveggrunner» for domstolens avgjørelser.⁴⁶ Et naturlig utgangspunkt er å søke etter mønstre i domstolens avgjørelser.⁴⁷ For å bote på EU-domstolens taushet ses det i så måte i omfattende grad hen til uttalelser fra EU-domstolens generaladvokater. Som det vil fremkomme i punkt 2.2 er generaladvokatens uttalelser gjerne mer utførlig

⁴² Se mer utførlig Fredriksen og Mathisen 2022, s. 329-357.

⁴³ For utførlige fremstillinger se Ole Due, «Hvad mener de dog? (Om læsning af EF-domstolens afgørelser)», i Lennart Lyng Andersen, Jens Fejø, og Ruth Nielsen (red.), *Festskrift til Ole Lando*, GadJura, 1997, s. 125-144 og Suvi Sankari, *European Court of Justice Legal Reasoning in Context*, Europa Law Publishing, 2013.

⁴⁴ Fredriksen og Mathisen 2022, s. 348.

⁴⁵ *Ibid.*, s. 349 og Henrik Bull, Det indre marked for tjenester og kapital: import av finansielle tjenester, Universitetsforlaget, 2002, s. 72.

⁴⁶ Bull 2002, s. 73-74.

⁴⁷ *Ibid.*

begrunnet enn EU-domstolens dommer. Uttalelsene har imidlertid ingen rettslig bindingsvirkning. De kan være egnet til å kaste lys over EU-domstolens uttalelser, og særlig over hvilke av generaladvokatens argumenter domstolen *ikke* er enige i.⁴⁸ Også andre omstendigheter egnet til å kaste lys over domstolens avgjørelser og konteksten de er fattet i er relevant, da særlig juridisk litteratur.

For det andre er domstolens arbeidsspråk fransk, og helst burde analyse av domstolens avgjørelser forholde seg til domstolens primærspråk. Avhandlingens forfatter er imidlertid ikke språkkyndig nok til å leve opp til dette idealet. Det er derfor i all hovedsak den engelske oversettelsen av domstolens avgjørelser som danner grunnlaget for avhandlingens analyse. Tradisjonelle ordbøker, både i fysisk og digital form, og moderne maskinoversettelsesteknologi, gjør imidlertid at det er mulig å oversette og se hen til også den franske, og for den saks skyld øvrige, språkutgaver av en dom der det er nødvendig. Når det kommer til språkutgavene av EUs rettsakter er disse som kjent formelt likestilt,⁴⁹ men jeg holder meg som utgangspunkt til de engelske utgavene.

1.4.3. Noen bemerkninger om EØS-rettslig metode

Avhandlingens kapittel 3 og 4 består av EØS-rettslige spørsmål. Mitt syn på EØS-rettslig metode fremkommer tydelig i kapittel 3, særlig punkt 3.2. Det er likevel også for den EØS-rettslige metodens del grunn til å knytte merknader til to forhold.

Det første er hvilken språkutgave av EØS-rettslige kilder, særlig EFTA-domstolens avgjørelser, som benyttes. Min oppfatning er at det er mest hensiktsmessig å benytte de engelske utgavene av EFTA-domstolens avgjørelser, også der det finnes norske oversettelser. Ikke bare er det en vitterlig kjensgjerning at EFTA-domstolens arbeidsspråk er engelsk, men det gir også bedre sammenheng i avhandlingen å opprettholde konsistens mellom språkene som brukes for å analysere kildene i EU- og EFTA-pilaren. I omtalen av bestemmelser i ODA og EØS-avtalen bruker jeg den engelske og norske språkutgaven noe om hverandre, basert på hva som er mest treffende på det konkrete punktet i avhandlingen.

Enkelte steder i teksten viser jeg til nasjonale sisteinstansdomstoler i EFTA-statenes syn på

⁴⁸ Særlig Bull 2022, s. 75-76, Due 1997, s. 133-134 og Fredriksen og Mathisen 2022, s. 354-355 har dette synet, som jeg er enig i. Broberg og Fenger går noe lengre når de uttaler at den rettskildemessige tilstanden til en generaladvokatuttalelse kan likestilles med tilstanden til *obiter dicta* i nasjonale domstoler, se Broberg og Fenger 2021, s. 410-411.

⁴⁹ Se Traktaten om Den Europeiske Union (TEU) artikkel 55(1).

EØS-rettslig spørsmål. Det er grunn til å understreke at slike påpekninger ikke gir uttrykk for et syn om at avgjørelser fra nasjonale sisteinstansdomstoler har rettskildemessig vekt ved tolkning av EU/EØS-regelverk.⁵⁰

1.5. Videre fremstilling

Oppgavens siktemål er altså både å avklare hvilken betydning EU-retten har for tolkningen av domstolsbegrepet i ODA artikkel 34, og å bidra til forståelsen av homogenitetsprinsippets rekkevidde. Når homogenitetsprinsippets gjennomslagskraft ved tolkning av bestemmelser som ODA artikkel 34 er avklart, er utgangspunktet for svaret på spørsmålet om hvilken betydning EU-retten har for tolkning av domstolsbegrepet i ODA artikkel 34 gitt. For å unngå en oppstyking av den mer generelle behandlingen av homogenitetsprinsippet og det konkrete spørsmålet om EU-rettens betydning for tolkningen av domstolsbegrepet i ODA artikkel 34 behandler jeg forhåndsavgjørelsesordningen i EU, og EU-domstolens tolkning av domstolsbegrepet i TEUV artikkel 267, først, i kapittel 2.

Med denne analysen gjennomført returnerer jeg til EØS-retten. Kapittel 3 omhandler homogenitetsprinsippet, «prosessuell homogenitet», og mitt forslag til en ny systematisering av homogenitetsprinsippets rekkevidde og gjennomslagskraft. I kapittel 4 drøfter jeg så, med utgangspunkt i den nye systematiseringen, hvilken relevans EU-retten har for tolkningen av domstolsbegrepet i ODA artikkel 34.

⁵⁰ Se nærmere Fredriksen og Mathisen 2022, s. 373-374.

2. Forhåndsavgjørelser fra EU-domstolen

2.1. Funksjon og formål

Den Europeiske Union er et overnasjonalt samarbeid ment å oppfylle en rekke formål, herunder blant annet å tilby sine borgere et område med frihet, sikkerhet og rettferdighet uten indre grenser, og å opprette og ivareta et felles indre marked.⁵¹ For å oppnå EUs ambisiøse mål kreves det omfattende felles EU-lovgivning, som gjelder for alle personer i alle EUs medlemsstater. Samtidig behandles EU-retten som en integrert del av medlemsstatenes interne rett, slik at de nasjonale domstolene har ansvar for å tolke og anvende EU-retten i saker som går for dem.⁵² Nasjonale domstoler spiller derfor en kritisk rolle som «ordinære» domstoler i EU-rettslige spørsmål, unntatt i saker der en EU-institusjon er den saksøkte part.⁵³ Med 27 medlemsstater, og (minst) 27 rettskulturer er det åpenbart en risiko for uensartet utvikling av EU-retten i de nasjonale domstolene.

EUs grunnleggerstater var seg bevisst utfordringen med avvikende nasjonal tolkning og praktisering allerede da det (daværende) europeiske økonomiske fellesskap bare hadde seks medlemsstater.⁵⁴ Det fulgte derfor av TEF⁵⁵ artikkel 177 at nasjonale domstoler stilt overfor EU-rettslige tolkningsspørsmål hadde rett til å forelegge spørsmålet for EU-domstolen for en bindende forhåndsavgjørelse. Denne retten følger i dag av TEUV artikkel 267. Av forenklingssyn viser jeg i det videre, med mindre jeg eksplisitt gir uttrykk for noe annet, til TEUV artikkel 267 også i omtale av de tidligere hjemmelsgrunnlagene for forhåndsavgjørelsesordningen.

Forhåndsavgjørelsesordningens formål er «securing uniformity in the interpretation of EU law, thereby serving to ensure its consistency, its full effect and its autonomy as well as, ultimately, the particular nature of the law established by the Treaties».⁵⁶ EU-domstolen er forpliktet å gi

⁵¹ Se nærmere om EUs formål i TEUs (Traktat om den Europeiske Union) fortale og artikkel 3.

⁵² Fredriksen og Mathisen, 2022, s. 249, Morten Broberg og Niels Fenger, *Broberg and Fenger on preliminary references to the European Court of Justice*, 3. utgave, Oxford University Press, 2021, s. 5, og Paul Craig og Gráinne De Búrca, *EU law*, Oxford University Press, 7. utgave, 2020, s. 497.

⁵³ Koen Lenaerts, Kathleen Gutman, og Janek Tomasz Nowak, *EU Procedural Law*, 2. Utgave, Oxford University Press, 2023, s. 3 og 13-14.

⁵⁴ Forløperen til traktaten om det europeiske økonomiske fellesskap, Traktaten om det Europeiske kull- og stålfellesskap av 1951, hadde en ordning med forhåndsavgjørelser tilsvarende den i TEUV artikkel 267.

⁵⁵ Roma-traktaten av 1957 om opprettelse av Det europeiske økonomiske fellesskap.

⁵⁶ Dette er del av standardformuleringen EU-domstolen bruker om ordningens formål, se blant andre C-824/18 [SK] *A.B. og andre*, avsnitt 90, C-791/19 [SK] *Kommissjonen v Polen*, avsnitt 222, og Uttalelse 2/13 [P] *EMK*, avsnitt 176. For ytterligere om ordningens formål, se blant annet Craig og De Búrca 2020, s. 496-497 og Broberg og Fenger 2021, s. 2.

den foreleggende domstolen svar, med mindre svaret på spørsmålet er åpenbart.⁵⁷ Dessuten er alle nasjonale domstoler på ulovfestet grunnlag forpliktet til å forelegge spørsmål der den måtte mene at en EU-rettsakt er ugyldig.⁵⁸ Videre er nasjonale sisteinstansdomstoler etter TEUV artikkel 267 tredje ledd *forpliktet* til å forelegge tolkningsspørsmål. Endelig er EU-domstolens forhåndsavgjørelse i tolkningsspørsmål bindende for den nasjonale domstolen, mens den har prejudikativ virkning for de øvrige domstolene i EU og dets medlemsstater.⁵⁹

Disse funksjonene er samlet ment å sørge for en velfungerende dialog mellom EU-domstolen som den øverste fortolker av EU-retten og medlemsstatenes ordinære domstoler som anvendere av EU-retten, den såkalte *dialogue des juges* - domstolsdialogen.⁶⁰ Gjennom samarbeidet forhåndsavgjørelsesordningen legger opp til får enhver nasjonal domstol som stilles overfor et EU-rettslig spørsmål mulighet til å be EU-domstolen om å avgjøre spørsmålet. EU-domstolen får på sin side mulighet til å styre utviklingen av EU-retten, og gjennom prejudikativ virkningen av dens avgjørelser, mulighet til å sikre homogen tolkning og anvendelse av EU-retten i alle unionens hjørner.

Forhåndsavgjørelsesordningen har vært en suksess, og har spilt en sentral rolle i utviklingen av EU-retten. Det er gjennom foreleggelses fra nasjonale domstoler EU-domstolen har utviklet prinsippene om direkte virkning og EU-rettens forrang over nasjonal rett.⁶¹ Dessuten har nasjonale domstolers adgang til å få besvart konkrete tolkningsspørsmål, sammenholdt med EU-domstolens stilling som prejudikativ domstol, ført til utviklingen av et EU-tvisteløsningshierarki med nasjonale domstoler som «førstelinje»-håndhevere av EU-retten og EU-domstolen som autoritativ fortolker.⁶² Dette er del av grunnen til at EU-domstolen omtaler ordningen som «the keystone» - grunnsteinen - i EUs domstolssystem,⁶³ og at juridisk teori omtaler TEUV artikkel 267 som «one of the most important treaty provisions» og «the jewel in the crown».⁶⁴

⁵⁷ Se C-19/68 *De Cicco* på side 478-479 og C-415/93 [P] *Bosman*, avsnitt 59 om svarplikten, og Lenaerts mfl. 2023, s. 105-109 om tilfeller av åpenbare svar.

⁵⁸ C-314/85 [P] *Foto Frost*.

⁵⁹ Bindingsvirkningen for den foreleggende domstolen følger direkte ordlyden «ruling» i TFEU artikkel 267. For ytterligere om dette, samt forhåndsavgjørelses prejudikativ virkning, se Lenaerts mfl. 2023, s. 264-267, Broberg og Fenger 2021, s. 399-409, og Craig og De Búrca 2020, s. 503-514 og 529-530.

⁶⁰ Fairhurst, *Law of the European Union*, 9. utgave, Pearson, 2012, s. 180.

⁶¹ Se særlig henholdsvis sak 26/62 *Van Gend en Loos* og sak 6/64 *Costa v ENEL*.

⁶² Nærmere om denne utviklingen, se Craig og De Búrca 2020, s. 497, som skriver at gjennom TEUV artikkel 267 har forholdet mellom EU-domstolen og nasjonale domstoler gått fra å være «horizontal and bilateral» til å bli «vertical and multilateral» (Craig og De Búrca kursivering).

⁶³ Også dette er del av EU-domstolens standardformulering nevnt i note 56, se A.B. og andre, avsnitt 90, *Kommisjonen v Polen*, avsnitt 222, og EMK, avsnitt 176.

⁶⁴ Craig og De Búrca 2020, s. 496.

2.2. Hvilke organer kan delta i dialogen med EU-domstolen?

2.2.1. Innledning

Spørsmålet er så hvilke organer som får delta i dialogen med EU-domstolen. TEUV artikkel 267 første ledd angir at det foreleggende organet må være en medlemsstats «court or tribunal» som anser forhåndsavgjørelse «necessary to enable it to give judgment».⁶⁵ Spørsmålet om hva som utgjør et foreleggelsesberettiget organ etter TEUV artikkel 267 og dens forløpere har vært gjenstand for omfattende debatt. I EU-domstolen har debatten manifestert seg både ved at domstolens generaladvokater har vært – og er – uenige om tolkningen og praktiseringen av domstolsbegrepet i TEUV artikkel 267 overfor hverandre, for enkelte overfor domstolen, og ved inkonsistens i domstolens praksis.⁶⁶ Med domstolens inkonsistens kommer også en selektiv henvisningspraksis, som vanskeliggjør en vitenskapelig gjennomgang av domstolens praksis.⁶⁷ Det foreligger en stor mengde rettspraksis om tolkningen av domstolsbegrepet,⁶⁸ og det er verken innenfor rammen av denne oppgaven og ei heller formålstjenlig for dens siktemål å forsøke noen uttømmende analyse av praksisen.⁶⁹ Jeg begrenser meg derfor til et knippe saker som illustrerer kjernen i EU-domstolens praksis.

For å besvare hvilken relevans EU-domstolens praksis har for tolkningen av domstolsbegrepet i ODA artikkel 34 er det ikke tilstrekkelig å avklare hvordan gjeldende rett er. Det er nødvendig

⁶⁵ Spørsmålet om foreleggelse er «necessary» kan til en viss grad prøves av EU-domstolen. Jeg avgrenser mot nærmere behandling av dette, men se Broberg og Fenger 2021, s. 141-193 og Lenaerts mfl. 2023, s. 90-100.

⁶⁶ Takis Tridimas skriver at «[t]he definition of court or tribunal is an area where the case law has not provided consistency and which is characterized by an unusually high number of disagreements between the court and the advocates general», i «Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency And Defiance in the Preliminary Reference Procedure», *Common Market Law Review*, Vol. 40, nr. 1, 2003, s. 9-50, på side 27, <https://doi.org/10.54648/5115417>.

⁶⁷ Butler påpeker også den selektive henvisningspraksisen i «Independence of non-judicial bodies and orders for a preliminary reference to the Court of Justice», *European Law Review*, Vol. 45, nr. 6, 2020 s. 870-887, på side 883, <https://uk.westlaw.com/Document/IFCA4CD70358A11EBB048811CC5845CC6/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=%28sc.Default%29>, (Butler 2020b). Et annet punkt EU-domstolen er lite konsistent på er om spørsmålet om et organ er «court or tribunal» angår domstolens jurisdiksjon eller «admissability», altså om spørsmålet kan behandles når det kommer fra det aktuelle organet. Jeg behandler ikke dette nærmere, se Butler 2020b, s. 886.

⁶⁸ Generaladvokat Sharpston skrev i sin uttalelse i C-363/11 [A5] *Epitropos tou Elegktikou Synedriou*, avgitt 20. september 2012, avsnitt 30, at det over de omtrent 30 siste årene forelå 50 avgjørelser om et organs status som «court or tribunal».

⁶⁹ For til dels omfattende analyser, se Tridimas 2003, Broberg og Fenger 2021, Butler 2020b, Morten Broberg og Niels Fenger, «The European Court of Justice's Transformation of its Approach towards Preliminary References from Member State Administrative Bodies», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 24, 2022, s. 169-200, <https://doi.org/10.1017/cel.2022.4>, og Jaime Rodriguez Meda, «Concept of a Court or Tribunal under the Reference for a Preliminary Ruling: Who can Refer Questions to the Court of Justice of the EU?», *European Journal of Legal Studies*, Vol. 8, nr. 1, 2015, s. 104-146, <https://ejls.eui.eu/issues/summer-2015-volume-8-issue-1/>.

å også analysere begrunnelsen for gjeldende rett. Denne begrunnelsen har utviklet seg over omtrent 60 år med rettspraksis. Redegjørelsen for EU-domstolens tolkning av domstolsbegrepet er derfor lagt kronologisk opp. Redegjørelsen vil vise at EU-domstolen lenge anla en vid, om noe inkonsistent, tolkning av domstolsbegrepet i TEUV artikkel 267. Kjernen var at alle organer som bedrev dømmende virksomhet skulle kunne delta i dialogen med EU-domstolen (punkt 2.2.3). Jeg kommer tilbake til hva som ligger i «dømmende virksomhet». Omkring starten av 1990-tallet begynte EU-domstolen å legge vekt på om det foreleggende organet var tilstrekkelig uavhengig til at det kunne anses å drive dømmende virksomhet (2.2.4). Fra starten av 2000-tallet, etter en generaladvokats kraftige kritikk av domstolens praksis skjerpet EU-domstolen inn kravene som stilles til det foreleggende organets uavhengighet (punkt 2.2.5) Fra midten av 2010-tallet, og særlig med *Banco de Santander* fra 2020,⁷⁰ har EU-domstolen koblet uavhengighetskriteriet til hensynet til å opprettholde rettsstatlige prinsipper og grunnleggende rettigheter til effektiv rettsbeskyttelse (punkt 2.2.6). Før analysen av EU-domstolens praksis foretar jeg, i punkt 2.2.2, min egen tolkning av domstolsbegrepet i TEUV artikkel 267.

2.2.2. Domstolsvilkåret

Det er etter TEUV artikkel 267 to kategorier av tvisteløsningsorganer som er foreleggelsesberettiget, «courts» og «tribunals». Det nærmere innholdet i de to alternativene står ubesvart i bestemmelsens tekst, og er ei heller legaldefinert annensteds. «[C]ourts» betyr naturligvis domstoler på norsk, uten at det heller er særlig opplysende. For hva er egentlig definisjonen av en domstol? Ordlyden i seg selv gir lite. I lys av forhåndsavgjørelsesordningens formål om å opprette en dialog mellom EU-domstolen og medlemsstatenes domstoler, og medlemsstatens prosessuelle autonomi, er det naturlig å tolke uttrykket slik at det omfatter organer medlemsstatene har klassifisert som domstoler i sine tvisteløsningsordninger.⁷¹ Også likheten mellom disse organene kan variere, særlig mellom land med kun generalistdomstoler og land med for eksempel dedikerte sivildomstoler og forvaltningsdomstoler, men også i sammensetting, grad av spesialisering, andre jurisdiksjonelle forhold, og annet. Likevel er det for avhandlingens formål treffende å omtale organer medlemsstatene selv omtaler som «domstoler», som «alminnelige domstoler».⁷²

Spørsmålet er så hva som ligger i uttrykket «tribunal». Ordlyden har ikke et åpenbart entydig

⁷⁰ C-274/14 [SK] *Banco de Santander*.

⁷¹ Om prosessuell autonomi, se C-33/76 *Rewe og Lenaerts mfl.* 2023, s. 119-121 med videre henvisninger.

⁷² Til sammenligning med i norsk rett påpekes det at etter grunnlovsendringene 21. mai 2024 omtaler Grunnloven § 87 de «alminnelige domstolene» i Norge som «Høyesterett, lagmannsrettene og tingrettene».

innhold. «Tribunal» brukes uten videre oversettelse i både norsk og engelsk, men er opprinnelig et latinsk ord som beskrev den opphøyede plattformen i antikkens romerske basilika (offentlig administrasjonsbygning) der magistratene – dommerne – satt.⁷³ I moderne, engelsk bruk er uttrykket mer altomfattende. Det brukes ofte om internasjonale domstoler med særjurisdiksjon, for eksempel «International Criminal Tribunal for Rwanda».⁷⁴ Det brukes også gjerne om spesialiserte tvisteløsningsorganer hvis medlemmer er både dommere og lekdommere, gjerne med særlig kompetanse innenfor tribunalets virkeområde.⁷⁵ Utrykket kan altså egentlig brukes for å omtale ethvert annet dømmende organ.⁷⁶ Det er på bakgrunn av ordlyden i seg selv dermed vanskelig å utlede noen presis tolkning av «tribunal».

I lys av at «court»-alternativet omfatter «alminnelige domstoler» fremstår det naturlig med et slikt vidt, altomfattende «tribunal»-begrep. «Tribunal»-alternativet kan benyttes for å la nasjonale organer som ikke er designert som noen alminnelig domstol, men som spiller en viktig rolle i medlemsstatens tvisteløsningssystem, delta i domstolsdialogen TEUV artikkel 267 legger opp til. En del medlemsstater, for eksempel Tyskland, har et utbredt domstolssystem med flere grener av domstoler, med både generell og spesiell kompetanse og jurisdiksjon.⁷⁷ Disse domstolene vil klart omfattes av «court»-alternativet i TEUV artikkel 267. Andre medlemsstater, for eksempel Danmark, har organisert sitt tvisteløsningssystem med generalistdomstoler og spesialiserte tvisteløsningsorganer som ligner de norske nemndene, men som helt klart ikke er «court[s]».⁷⁸ For at de av disse organene som anvender EU-rett skal ha tilgang til

⁷³ Adolf Berger, *Encyclopedic dictionary of Roman law*, «Encyclopedic dictionary of Roman law», *Transactions of the American Philosophical Society*, Vol. 43, nr. 2, 1953, s. 333-809, på side 742, <https://doi.org/10.2307/1005773>. Se også forklaringen i Oxford English Dictionary, https://www.oed.com/dictionary/tribunal_n?tl=true, (besøkt 20. April 2024). Innen latin bygger *tribunal* videre på *tribun*, en tittel brukt om en rekke embetsmenn i antikkens Roma, se Det Norske Akademis Ordbok, <https://naob.no/ordbok/tribun>, (besøkt 20. april 2024).

⁷⁴ <https://unictr.irmct.org/>, (besøkt 23. april 2024).

⁷⁵ For eksempel brukes uttrykket i britisk rett om «specialist courts whose judges and members hear a wide range of cases, such as tax, employment, and immigration and asylum», se <https://www.judiciary.uk/courts-and-tribunals/tribunals/>, (besøkt 23. april 2024).

⁷⁶ Henry Campbell Black og Bryan A. Garner, *Black's law dictionary*, 8. utgave, Thomson West, 2004, s. 1544. Et konkret eksempel på at «tribunal» brukes i denne altomfattende rollen er den engelske utgaven av EMK artikkel 6 nr. 1, se Jenny Sandvig, *Karnov Lovkommentar. Menneskerettsloven*, Vedlegg 2, artikkel 6, note 14, Lovdata.no, (besøkt. 23. april 2024). I den norske oversettelsen, som ikke har rettslig autoritet, har «tribunal» blitt til «domstol».

⁷⁷ For en kort introduksjon til det tyske tvisteløsningssystemet, se Søren Köch, «An introduction to German Legal Culture», i Sören Koch og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Comparing Legal Cultures*, 2. utgave, Fagbokforlaget, 2020, s. 227-238.

⁷⁸ I 2001 avga Retsplejerådet, det danske Justisministeriets stående utvalg om endringer i rettergangsordningen, en betenkning hvor det frarådet opprettelsen av særskilte forvaltingsdomstoler. Et av argumentene mot var den viktige rollen administrative råd, nemder, og Folketingets Ombudsmand allerede spilte på forvaltingsrettsfeltet, se Retsplejerådet, Betenkning 1401/2001, «Reform af den civile retspleje I», s. 139-141. Nærmere om nemder i dansk rett, se Frederik Waage, «Råd og Nævn – surrogater for forvaltningsdomstole i Danmark», i *Våre perifere domstoler*, Eivind Smith (red.), Fagbokforlaget, 2022, s. 111-119.

foreleggelsesordningen må de eventuelt omfattes av «tribunal»-vilkåret. Som nevnt i punkt 2.1 er formålet med TEUV artikkel 267 å sikre riktig tolkning av EU-retten i saker den den anvendes. Det gjelder naturligvis også der det er nemnder eller andre domstolslignende organer som står for den rettslige prøvingen av saken.

Etter sin ordlyd fremstår dermed «court or tribunal» i TEUV artikkel 267 å åpne for at ethvert rettslig tvisteløsningsorgan, som oppfyller bestemmelsens øvrige kriterier, er foreleggelsesberettiget. Denne forståelsen av domstolsbegrepet knytter seg imidlertid til den engelske språkutgaven av TEUV. Ser man hen til de franske, danske, svenske, og tyske utgavene av TEUV brukes henholdsvis uttrykkene «une juridiction» og «jugement», «en ret» og «dom», «en domstol» og «döma i saken», og «gericht». Uten at det er nødvendig med noen inngående analyse fremstår alle disse språkutgavene etter sin ordlyd å angi et snevrere virkeområde for domstolsbegrepet i TEUV artikkel 267 enn den engelske språkutgaven. Det kan dermed fremstå som at det er konflikt mellom de ulike språkutgavene av TEUV.

Slike språkkonflikter kan by på forholdsvis komplekse problemstillinger.⁷⁹ Det er imidlertid ikke nødvendig å gå nærmere inn i den tilsynelatende konflikten hva gjelder tolkningen av domstolsbegrepet i TEUV artikkel 267. EU-domstolen er nemlig tydelig på at domstolsbegrepet er et autonomt EU-rettslig begrep, og har utviklet sine egne kriterier for å vurdere om et organ oppfyller domstolsvilkåret som ikke knytter seg til organets nasjonale klassifisering.⁸⁰ Riktignok problematiserer EU-domstolen som hovedregel ikke oppfyllelse av domstolsvilkåret når den mottar foreleggelser fra medlemsstatenes alminnelige domstoler.⁸¹ Når spørsmålet om domstolsbegrepet er oppfylt først kommer til vurdering, tar EU-domstolen ikke utgangspunkt i ordlyden i TEUV artikkel 267, men heller dens egne *Vaasen*-kriterier. Disse er om organet er opprettet ved lov, er permanent, har tvungen jurisdiksjon, kontradiktorisk saksbehandling, anvender rettsregler, og er uavhengig.⁸² Blant disse er det som nevnt uavhengighetskriteriet som har vært gjenstand for markant utvikling i domstolens praksis, en utvikling jeg tar for meg i resten av punkt 2.2.

⁷⁹ Se nærmere Christian Franklin, «The Burgeoning Principle of Concistency in EU Law», *Yearbook of European Law*, Vol. 30, 2011, s. 42-85, på side 51-53 med videre henvisninger, <https://doi.org/10.1093/yel/yer004>, og Fredriksen og Mathisen 2022, s. 330-332.

⁸⁰ «[A] question governed by EU law alone», se C-132/20 [SK] *Getin Noble Bank*, avsnitt 66, se også C-396/14 [SK] *MT Højgaard*, avsnitt 23, C-644/20 [A5] *W.J.*, avsnitt 45, og C-115/22 [SK] *NADA*, avsnitt 35.

⁸¹ *Getin Noble Bank*, avsnitt 69, C-718/21 [SK] *L.G.*, generaladvokat Rantos innstilling, avsnitt 18, Broberg og Fenger 2021, s. 43, og Lenaerts mfl. 2023, s. 52. Se nærmere om det (ferske) unntaket i punkt 2.2.6.2.

⁸² Se for eksempel *Getin Noble Bank* avsnitt 66 og *NADA*, avsnitt 40.

2.2.3. Tolkingsavgjørelser til alle!

EU-domstolen mottok sin første foreleggelse i 1961, fra en ordinær domstol i Haag.⁸³ Den første saken der tolkingen av domstolsbegrepet ble satt på spissen kom fire år senere, i *Vaasen*.⁸⁴ Et nederlandsk voldgiftstribunal med lovfestet jurisdiksjon i saker om gruvearbeiderpensjon, som likevel sto klart utenfor det alminnelige nasjonale domstolshierarkiet, hadde forelagt tolkningsspørsmål.⁸⁵ Etter en kort og konkret vurdering, fri for generelle uttalelser om forståelsen av domstolsbegrepet, konkluderte EU-domstolen med at voldgiftstribunalet skulle anses som «a court or tribunal within the meaning of Article 177».⁸⁶

Generaladvokat Gands uttalelse kaster lys over EU-domstolens forståelse av domstolsbegrepet. Gand påpekte at TEF artikkel 164 påla EU-domstolen å sikre enhetlig tolkning og anvendelse av EU-retten, og at TEF artikkel 177 muliggjorde gjennomføring av denne plikten ved å opprette direkte samarbeid mellom EU-domstolen og nasjonale domstoler med ansvar for anvendelse av EU-retten.⁸⁷ Samtidig påpekte Gand at selv om medlemsstatenes tvisteløsningssystemer i hovedsak bygde på felles prinsipper, var de utformet på bakgrunn av forskjellige rettslige og historiske omstendigheter.⁸⁸ For å «*ensure the uniform interpretation and application of the Treaty*» kunne det derfor være nødvendig å «recognize a body as a “court or tribunal” for the purposes of Article 177, even though its own national legal system does not so consider it» (mine kursiveringer).⁸⁹

Det mest tungtveiende tolkningsmomentet var altså foreleggesordningens formål, å sikre enhetlig tolkning og anvendelse av EU-retten. For å sikre formålet måtte spørsmålet om et organ var foreleggesberettiget besvares ved å vurdere om organet innehar de grunnleggende karakteristika som kjennetegner et rettslig tvisteløsningsorgan.⁹⁰ Gand foretok denne vurderingen ved å påpeke at voldgiftstribunalet var et permanent organ opprettet ved lov,⁹¹ med medlemmer

⁸³ C-13/61 *Bosch*.

⁸⁴ C-61/65 *Vaasen*.

⁸⁵ Merk imidlertid at organet ikke var en «ordinær» voldgiftsrett, noe generaladvokat Gand også påpekte i sin uttalelse, side 281, andre spalte. *Vaasen* gir dermed ikke bidrag i diskusjonen om voldgiftsdomstoler kan forelegge. Jeg avgrenser mot behandling av dette spørsmålet, men for mer se Broberg og Fenger 2021, s. 66 og Lenaerts mfl. 2023, s. 61-63.

⁸⁶ *Vaasen*, side 273.

⁸⁷ *Vaasen*, generaladvokat Gands uttalelse, side 281, første spalte.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.* Gands uttalelse i *Vaasen* var kimen til dagens standardformulering om at domstolsbegrepet i artikkel 267 «is (...) governed by EU law alone». Se for eksempel *W.J.*, avsnitt 45 og *MT Højgaard*, avsnitt 23.

⁹¹ Voldgiftstribunalet hadde privatrettslig hjemmelsgrunnlag, men tribunalets vedtekter var gjenstand for godkjenning av ministeren med ansvar for gruveindustrien, se generaladvokat Gands uttalelse, side 281, andre spalte.

som var uavhengige fra gruvearbeiderfondet og pensjonsmottakerne, og med kontradiktorisk saksbehandling som munnet ut i en rettslig avgjørelse om rettigheter og plikter for gruefondet og dets medlemmer.⁹² Selv om EU-domstolen ikke ga sin egen redegjørelse for innholdet i domstolsbegrepet var det disse argumentene, unntatt uavhengighet, den trakk frem da den konkluderte med at voldgiftstribunalet var omfattet av domstolsbegrepet.⁹³

EU-domstolen la dermed i *Vaasen* grunnmuren for vurderingen av om et organ oppfyller domstolsvilkåret: om organet innehar de sentrale kjennetegnene til et rettslig tvisteløsningsorgan. Denne tolkningen åpnet for at tvisteløsningsorganer utenfor medlemsstatenes ordinære domstolshierarki, herunder organer vi i norsk rett ville omtalt som «domstolslignende organer»,⁹⁴ også kunne delta i dialogen med EU-domstolen. På denne måten kunne EU-domstolen assistere også disse organene med tolkningen av EU-rett, og dermed sikre enhetlig tolkning og anvendelse av EU-retten i enhver sak, uavhengig av det foreleggende organets nasjonale klassifisering.

I de påfølgende tiårene videreførte EU-domstolen denne tolkningen av domstolsbegrepet. Det er riktignok få eksempler fra domstolens tidlige år på tilfeller der spørsmålet kom på spissen. Det lave volumet av slike tilfeller korresponderer med det generelt lave volumet av foreleggelsers til EU-domstolen i tiårene etter dens opprettelse. I perioden fra 1961 til og med 1969 mottok domstolen bare 75 forespørsler, færre enn åtte i året.⁹⁵ Selv om antall foreleggelsers vokste stødig med tiden var det, som jeg kommer tilbake til nedenfor, først på 90-tallet volumet virkelig økte. Sett i lys av at foreleggingsordningen er sentral for EU-domstolens anledning til å påvirke utviklingen av EU-retten er det ikke overraskende at EU-domstolen over sine første tiår ikke bare anla en vid tolkning av domstolsbegrepet, men også besvarte spørsmål som var upresist formulert eller fremsto irrelevante i relasjon til den underliggende saken for den nasjonale domstolen.⁹⁶

Etter hvert kom det flere uttalelser fra EU-domstolen om hva som måtte til for at et organ skulle anses å oppfylle domstolsvilkåret. Sentralt er oppfatningen om at det foreleggende organet

⁹² *Vaasen*, generaladvokat Gands uttalelse, side 281-282.

⁹³ *Vaasen*, side 272-273.

⁹⁴ Se Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 12. utgave, Universitetsforlaget, 2022, s. 525 flg, som bruker dette begrepet som en samlebetegnelse på det store antallet administrative klagenemder og lignende organer i norsk forvaltningsrett.

⁹⁵ Broberg og Fenger 2021, s. 4.

⁹⁶ Se for eksempel henholdsvis C-16/65 *Schwarze* og forente saker 98, 162, og 258/85 [A3] *Bertini*. Se mer i Broberg og Fenger 2021, side 4 og Tridimas 2003, side 11.

måtte utøve en «judicial function». Et eksempel på dette kom i 1971, med dommen i *Politi*.⁹⁷ En italiensk domstol hadde i en forføyningssak, uten kontradiktorisk saksbehandling, og satt med en enkelt dommer, forelagt tolkningsspørsmål. Kontradiktorisk saksbehandling var som nevnt et av kriteriene Generaladvokat Gand la vekt på i *Vaasen*. Om fraværet av kontradiksjon uttalte imidlertid EU-domstolen at det var tilstrekkelig å merke seg at den nasjonale dommeren i saken utøvde en «judicial function within the meaning of Article 177 and that he considers an interpretation of Community law to be necessary to enable him to reach a decision» (min kursivering).⁹⁸ Denne uttalelsen gir tydelig uttrykk for at de såkalte *Vaasen*-kriteriene ble anvendt mer som momenter. Fokuset på den dømmende funksjonen må ses i lys av formålet om å sikre enhetlig tolkning og anvendelse av EU-retten i enhver sak der et nasjonalt tvisteløsningsorgan anvendte EU-rett. Det er dessuten en klar kobling mellom «judicial function» og Gands uttalelse om at vurderingen av om et organ er foreleggelsesberettiget måtte ta utgangspunkt i om organet innehar kjennetegnene ved et rettslig tvisteløsningsorgan.

Det er verdt å dvele ved bemerkningen om utførelsen av en «judicial function», for å forsøke å finne en passende norsk oversettelse. I de danske oversettelsene av EU-domstolens dommer brukes uttrykket «retlig funktion», mens det franske uttrykket er «une fonction juridictionnelle», som kan oversettes til «en dømmende funksjon». ⁹⁹ Definisjonen av «dømmende funksjon» som jeg anser som tilstrekkelig for avhandlingens formål er at det innebærer ansvar for å tolke og anvende rettsregler i en konkret sak mellom to parter som begge er uavhengige av det dømmende organet, der avgjørelsen er bindende med mindre den ankes eller angripes med andre rettsmidler. Denne forklaringen samsvarer godt med det franske uttrykket, og som jeg kommer til, med hvordan Generaladvokat Darmon anvendte uavhengighetskravet i sin uttalelse i *Corbiau*.¹⁰⁰

2.2.4. Uavhengighetskriteriets tidlige fase

Uavhengighetskravet kom inn som del av *Vaasen*-kriteriene før 90-tallet. I *Pretore di Salò*, avsagt i 1978, kom foreleggelsen fra en italiensk domstol som uten tvil oppfylte domstolsbegrepet, men som i den konkrete saken opptrådte i en etterforskende rolle.¹⁰¹ EU-domstolen uttalte at den bare kunne svare på foreleggelser fra «a court or tribunal which has acted in the

⁹⁷ C-43/71 *Politi*.

⁹⁸ *Ibid.*, avsnitt 5.

⁹⁹ Se for eksempel den franske og danske oversettelsen av dommen i C-54/96 [P] *Dorsch Consult*, avsnitt 37.

¹⁰⁰ C-24/92 [P] *Corbiau*.

¹⁰¹ C-14/86 [A5] *Pretore di Salò*.

general framework of its task of judging, *independently* and in accordance with the law, cases coming within the jurisdiction conferred on it by law» (min kursivering).¹⁰² Fokuset på at foreleggelsen kunne tillates så lenge det foreleggende organet opptrådte innenfor rammen av «its task of judging» understreker EU-domstolens formålsrettede tilnærming til tolkning av vilkårene for foreleggelse. *Pretore di Salò* var den første saken der EU-domstolen nevnte uavhengighet som del av domstolsbegrepet i TEF artikkel 177, men altså bare kort og konstaterende.

Om domstolsvilkåret var oppfylt, i lys av spørsmål om det foreleggende organets uavhengighet, kom først på spissen på starten av 90-tallet, i *Corbiau*. En belgisk statsborger som jobbet i Luxembourg mente han var blitt trukket for mye inntektsskatt og klagde skattemyndighetens avgjørelse inn for direktøren for det Luxembourgiske skattedirektoratet, som behandlet klager over direktoratets vedtak.¹⁰³ Skattedirektøren var usikker på tolkningen av et EU-rettslig spørsmål, og sendte forespørsel om forhåndsavgjørelse. EU-domstolen uttalte at det med begrepet «court or tribunal» fulgte et krav om at det bare er organer som opptrer som tredjepart i relasjon til vedtaksmyndigheten som kan benytte seg av forhåndsavgjørelsesprosedyren.¹⁰⁴ Direktøren for skattedirektoratet hadde naturligvis ikke denne uavhengigheten fra skattedirektoratet, og EU-domstolen brukte kun to avsnitt på å avvise foreleggelsen.¹⁰⁵ Den korte avvisningen etterlater spørsmål knyttet til EU-domstolens syn på uavhengighet. Igjen er det hensiktsmessig å se hen til Generaladvokatens uttalelse.

Generaladvokat Darmon uttalte at uavhengighetskravet hadde vokst frem gjennom foreleggelser fra nasjonale domstoler i ikke-kontradiktoriske saker, som for eksempel den overnevnte *Pretore di Salò*.¹⁰⁶ Fraværet av kontradiksjon kunne nemlig oppveies ved «the complete impartiality of the judge and his independence with regard both to the dispute and the parties to it».¹⁰⁷ Dermed hadde uavhengighetskriteriet vokst frem som en måte å identifisere tilfeller der en nasjonal domstol, på tross av manglende kontradiksjon, kunne anses å utøve dømmende virksomhet.¹⁰⁸

Om administrative organer påpekte Darmon at de som regel vil oppfylle kriteriene om å være

¹⁰² *Corbiau*, avsnitt 7.

¹⁰³ *Ibid.*, avsnitt 3-12.

¹⁰⁴ *Ibid.*, avsnitt 15.

¹⁰⁵ *Ibid.*, avsnitt 16 og 17.

¹⁰⁶ *Corbiau*, generaladvokat Darmons uttalelse, avsnitt 9.

¹⁰⁷ *Ibid.*, avsnitt 7.

¹⁰⁸ *Ibid.*, 10.

permanent, opprettet ved lov, og ha tvungen jurisdiksjon over sitt felt.¹⁰⁹ Forhåndsavgjørelsesordningen er imidlertid ment å fasilitere en dialog mellom EU-domstolen og nasjonale organer som utøver en «judicial function», en funksjon som etter Darmons syn har organets «independence and impartiality» som «an integral element».¹¹⁰ Selv om den luxembourgske skattedirektøren oppfylte de øvrige *Vaasen*-kriteriene opptrådte han både som dommer og som part. I tråd med at uavhengighet er et «integral element» ved utøvelsen av en dømmende funksjon kunne skattedirektøren ikke oppfylle domstolvilkåret.¹¹¹

Uavhengighetskriteriet ble videre utdypet i *Dorsch Consult*. EU-domstolen hadde mottatt forespørsel om forhåndsavgjørelse fra den tyske Forbundstilsynsmyndigheten for offentlige anskaffelser, et organ med ansvar for å prøve lavere instansers beslutninger i saker om offentlige anskaffelser. Tilsynsmyndigheten var opprettet ved lov, permanent, anvendte rettsregler og hadde tvungen og bindende jurisdiksjon over klager på avgjørelser fra lavere prøvingsinstanser.¹¹² Tilsynsmyndighetens saksbehandling var imidlertid ikke kontradiktorisk og funksjonelt sett var tilsynsmyndigheten del av *Bundeskartellamt*, det tyske konkurransetilsynet, som igjen var underlagt finansministerens kontroll.¹¹³ EU-domstolen kom imidlertid til at kontradiksjonskriteriet ikke var absolutt. Det var tilstrekkelig at nasjonal lovgivning la opp til at partene i en sak for tilsynsmyndigheten «must be heard before any determination is made».¹¹⁴

Hva gjaldt uavhengighetskriteriet fremhevet EU-domstolen at det innebar at det foreleggende organet må utføre sine oppgaver «independently and under its own responsibility», noe EU-domstolen mente forbundstilsynsmyndigheten gjorde.¹¹⁵ Domstolen understreket også at tilsynsmyndigheten utøvde en dømmende funksjon gjennom kompetansen til å kunne finne et lavere organs avgjørelse ugyldig og pålegge det lavere organet å treffe en ny avgjørelse.¹¹⁶ Forbundstilsynsmyndigheten ble dermed ansett å utgjøre en «court or tribunal».¹¹⁷ Avgjørelsen understreker at EU-domstolen anvendte de såkalte *Vaasen*-kriteriene som momenter, og at det sentrale for å avgjøre spørsmålet om Forbundstilsynsmyndigheten oppfylte domstolvilkåret var om det utøvde en dømmende funksjon. *Dorsch Consult* har blitt tolket som at EU-domstolen gikk tilbake på standpunktet fra *Corbiau* om at organet måtte opptre som tredjepart og dermed

¹⁰⁹ *Ibid.*, avsnitt 16.

¹¹⁰ *Ibid.*, avsnitt 25 og 16.

¹¹¹ *Ibid.*, avsnitt 27 flg.

¹¹² *Dorsch Consult*, avsnitt 25-29 og 32-33.

¹¹³ *Ibid.*, avsnitt 30 og 34.

¹¹⁴ *Ibid.*, avsnitt 31.

¹¹⁵ *Ibid.*, avsnitt 33.

¹¹⁶ *Ibid.*, avsnitt 37.

¹¹⁷ *Ibid.*, avsnitt 35 og 36.

eksempel på EU-domstolens pragmatiske, om enn inkonsistente tilnærming.¹¹⁸

«Høydepunktet» i EU-domstolens pragmatiske holdning til uavhengighetskriteriet kom i 2000, med *Gabalfrisa*, hvor det katalanske regionale tribunalet for økonomisk-administrative saker hadde forelagt tolkningsspørsmål.¹¹⁹ Tribunalet var sammensatt av offentlige tjenestemenn fra skattemyndigheten som kunne avsettes ved avgjørelse av finansministeren.¹²⁰ Disse forholdene ga grunn til å betvile organets uavhengighet.

EU-domstolen pekte imidlertid på at den nasjonale reguleringen av skattetribunalet sikret separasjon mellom skattemyndighetens avdelinger med ansvar for forvaltning, utregning, og innkreving av skatt, og tribunalene med jurisdiksjon til å avgjøre klager mot disse avdelingene, samt at tribunalet ikke kunne instrueres.¹²¹ Det kan innvendes mot denne argumentasjonen at selv om tribunalet ikke kunne instrueres, kunne økonomi- og finansministeren fritt avsette medlemmer hvis avgjørelser forvaltningen var uenig i. EU-domstolen problematiserte ikke dette, men fant heller skattetribunalet å være tilstrekkelig uavhengig til å oppfylle domstolsvilkåret.¹²² Igjen fremstår altså det sentrale hensynet for EU-domstolen å ha vært at administrative organer som må avgjøre saker som omhandler EU-rettslige spørsmål, skulle ha tilgang til å anmode domstolen om tolkningshjelp. Generaladvokat Saggio konkluderte på sin side med at tribunalet ikke var tilstrekkelig uavhengig.¹²³ Saggios konklusjon har, som vi skal se, fått oppslutning i tiden etter *Gabalfrisa*.

Som *Pretore di Salò*, *Corbiau*, *Dorsch Consult*, og *Gabalfrisa* viser er en treffende oppsummering av kjernen i EU-domstolens daværende holdning at for å oppfylle formålet om å sikre en enhetlig tolkning og anvendelse av EU-retten i alle saker ønsket EU-domstolen at organer som utøvet en «judicial function» skulle ha adgang til å forelegge tolkningsspørsmål, og at den var fleksibel med tanke på hvor strenge krav som ble stilt til organets uavhengighet.¹²⁴

¹¹⁸ C-17/00 [A5] *De Coster*, generaladvokat Colomers uttalelse, avsnitt 36, og Charlotte Reynolds, «Saving Judicial Independence: A Threat to the Preliminary Ruling Mechanism», *European Constitutional Law Review*, Vol. 17, nr. 1, 2021, s. 26-52, på side 30, <https://doi.org/10.1017/S1574019621000079>.

¹¹⁹ C-110/98 [P] *Gabalfrisa*.

¹²⁰ *Ibid.*, avsnitt 23.

¹²¹ *Ibid.*, avsnitt 39.

¹²² *Ibid.*, avsnitt 41. Domstolens resonnement har mottatt til dels kraftig kritikk. Særlig bemerkelsesverdig er generaladvokat Colomers uttalelse i *De Coster*, avsnitt 91, hvor han sier at domstolen «distorted» uavhengighetskriteriet.

¹²³ *Gabalfrisa*, generaladvokat Saggios uttalelse, avsnitt 21.

¹²⁴ Samme oppfatning Tridimas 2003, s. 28. Charlotte Reynolds beskriver EU-domstolens daværende tilnærming til uavhengighetskriteriet som en «functional approach», der begrunnelsen for uavhengighetskriteriet er «rather straightforward: the proceedings before the national body have to be judicial in nature, and in order for them to be judicial, that body inherently has to be independent», se Reynolds 2021, s. 29.

2.2.5. Uavhengighetskriteriets økende betydning

2.2.5.1. Generaladvokat Colomers uttalelse i *De Coster*

Etter *Gabalfrisa* og frem til i dag har EU-domstolen gradvis strammet inn på hvilke organer som får forelegge den spørsmål. Med «strammet inn» mener jeg her at EU-domstolen har anlagt en strengere tolkning, og gjennomfører en grundigere undersøkelse, av et foreleggende organs uavhengighet enn tidligere. Utviklingen begynte kort tid etter *Gabalfrisa*, i *De Coster*. Et belgisk administrativt organ med jurisdiksjon til å behandle klager over blant annet skattevedtak hadde forelagt tolkningsspørsmål.¹²⁵ EU-domstolen kom til at organet oppfylte domstolskriteriet og dommen i seg selv er av begrenset interesse.¹²⁶

Av større interesse, og berømmhet, er generaladvokat Colomers uttalelse, der han kom med til dels kraftig kritikk av EU-domstolens praksis om tolkning av domstolsbegrepet i TEUV artikkel 267. Han anså praksisen for å være kasuistisk, veldig elastisk, og lite vitenskapelig, med «such vague outlines that a question referred for a preliminary ruling by Sancho Panza as governor of the island of Barataria would be accepted».¹²⁷ Colomers uttalelse markerte starten for innstrammingen av uavhengighetskriteriet og jeg vier den derfor forholdsvis mye plass.

Inkonsistensen i EU-domstolens praksis hadde etter Colomers syn ført til at «court or tribunal»-begrepet hadde et så upresist innhold at det manglet «the clear and precise features required for the definition of a Community concept».¹²⁸ Colomer anerkjente at det hadde vært behov for å slippe administrative tvisteløsningsorganer til i domstolen for å «foster the implementation of a unitary legal system in the Community».¹²⁹ Ved tidspunktet for *De Coster* mente Colomer imidlertid at EU-retten var blitt en akseptert realitet i medlemsstatene og deres rettsordre i den grad at EU-domstolens vide tolkning av domstolsbegrepet ikke lenger var nødvendig.¹³⁰ Dessuten påpekte Colomer at avgjørelser fra administrative tvisteløsningsorganer i hovedsak kan ankes inn for «alminnelige» domstoler, som så kunne forelegge tolkningsspørsmål.¹³¹ Colomer var altså av den oppfatning at omkring årtusenskiftet var EU-retten tilstrekkelig integrert i medlemsstatenes rettssystemer til at TEUV artikkel 267s formål kunne oppnås ved å bare (med et

¹²⁵ *De Coster*, avsnitt 1 og 2.

¹²⁶ *Ibid.*, avsnitt 22.

¹²⁷ *De Coster*, generaladvokat Colomers uttalelse avsnitt 14, der han refererer til romanen *Don Quijote (El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha)*, av Miguel de Cervantes, 1605.

¹²⁸ *Ibid.*, avsnitt 58.

¹²⁹ *Ibid.*, avsnitt 75.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*, på flere punkter, blant annet avsnitt 87.

snevert unntak forklart nedenfor) realitetsbehandle foreleggelser fra organer i medlemsstatene som uten tvil oppfylte domstolsvilkåret. Colomer minnet da også på at formålet med foreleg- gelsesordningen er en dialog mellom domstoler, «not [...] to assist an agency of the execu- tive».¹³²

Colomer påpekte også hvilke konsekvenser utvidelsen av EU som følge av Nice-traktaten kunne ha for foreleggelsesordningen. Femten stater ble skulle bli til 27, med tilhørende mulig- het for eksponentiell vekst i antall foreleggelser, også fra organer som det kunne knytte seg tvil til om var å anse som «court or tribunal» i foreleggelsesordningens forstand.¹³³ Dette kunne føre til et skred av foreleggelser som med den daværende vide og uklare tolkningen av dom- stolsbegrepet måtte behandles, «in spite of the fact that they are of barely any use».¹³⁴

Med henvisningen til den anførte tilnærmede nullverdien til foreleggelser fra administrative organer siktet Colomer til en rekke forhold. Han argumenterte for at slike organer ofte sender spørsmål som nasjonale domstoler senere kommer til at var unødvendige for å løse saken, slik at ressursene EU-domstolen har brukt ender opp som unødvendige, og dessuten «undermines the legitimacy of the Court of Justice».¹³⁵ Videre argumenterte han for at slike organer ofte sender upresise spørsmål, som kan føre til dobbeltbehandling når en nasjonal domstol ved anke må forelegge mer presise spørsmål, eller i verste fall lar være å sende et nytt tolkningsspørsmål for å unngå å forlenge saksbehandlingstiden, og dermed ender opp med en dom der EU-retten ikke anvendes korrekt.¹³⁶

Colomers uttalelse må dessuten ses i lys av det økende antall foreleggelser som allerede hadde funnet sted. Fra 1990-98 var veksten nesten 100 prosent.¹³⁷ Med denne veksten kom det, som vist ovenfor, flere foreleggelser der spørsmålet om det foreleggende organet kunne anses som «court or tribunal» ble satt nærmere på spissen. Det har vært påpekt at EU-domstolen fra 1990- tallet av begynte å stramme inn på foreleggelsesadgangen ved strengere prøving av om øvrige

¹³² *Ibid.*, avsnitt 76.

¹³³ *Ibid.*, avsnitt 72.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*, avsnitt 77 og 78. Se også avsnitt 95, der Colomer argumenterer for at hans forslag til praksisendring vil avbøte på disse bekymringene.

¹³⁶ *Ibid.*, avsnitt 79.

¹³⁷ Broberg og Fenger 2021, s. 4-5. Se også Clifford J. Carruba og Lacey Murrah. «Legal Integration and Use of the Preliminary Ruling Process in the European Union», *International Organization*, Vol. 59, nr. 2, 2005, s. 399–418, på side 402, tabell 1, for en oversikt over gjennomsnittlig antall foreleggelser i året per medlemsstat i tiårene 1970-79, 1980-89, og 1990-98.

formelle krav til foreleggelsen var oppfylt.¹³⁸ Colomers uttalelse bør ses som et ledd i denne utviklingen.

Begrunnelsen for Colomers foreslåtte praksisendring kan oppsummeres med at gjeldende praksis ikke var forutberegnelig nok, at utvidelsen av antall medlemsstater utgjorde en risiko for eksponentiell vekst i antall foreleggelser og tilhørende kvalitetsreduksjon av EU-domstolens forhåndsavgjørelser. Samt endelig at EU-retten var så integrert i medlemsstatenes rettssystemer at hensynet til å tillate foreleggelser fra så mange organer som mulig ikke lenger kunne begrunne risikoene og ulempene som administrative organers innblanding i en dialog mellom domstoler utgjorde. Dermed var det behov for tydeligere praksis.

Colomer foreslo derfor en tolkning av domstolsbegrepet som i utgangspunktet bare omfattet medlemsstatenes «alminnelige» domstoler, med et snevert unntak for organer hvis avgjørelser ikke kunne angripes ved rettsmidler, forutsatt at garantier for uavhengighet og kontradiksjon var oppfylt.¹³⁹ Innholdet i uavhengighetskravet skulle samsvare med uavhengighetskravet slik det fremkom av EMK artikkel 6(1) og EMDs praksis.¹⁴⁰

Generaladvokaten koblet med andre ord forståelsen av begrepet «court or tribunal» i relasjon til foreleggesordningen med EMK artikkel 6(1), som er ment å sikre den grunnleggende rettigheten til effektiv rettsbeskyttelse.¹⁴¹ Colomer nevnte imidlertid ikke at også foreleggesordningen skal sikre denne grunnleggende rettigheten som begrunnelse for koblingen, i motsetning til hvordan koblingen senere er begrunnet.¹⁴² Colomers begrunnelse synes heller å være at å se hen til EMK og EMDs praksis ville gjøre det enklere å overkomme vanskeligheter ved «the different definitions of the judicial function» i medlemsstatenes rettsordener, ettersom alle medlemsstatene også var parter til EMK.¹⁴³ Den dømmende funksjonen var altså fortsatt sentral for Colomer, som bemerket at det ikke er «possible to speak of judicial function without an impartial and independent body».¹⁴⁴ Uavhengighetskravet fra EMK artikkel 6(1) var i den

¹³⁸ Broberg og Fenger 2021, s. 4. Craig og De Búrca 2020, s. 516-517, uttaler om domstolens tidlige tilnærming til vilkårene for foreleggelse at «[t]he ECJ's initial approach was very liberal and it would, wherever possible, read the reference so as to preserve its ability to pass judgment on the case» og at domstolens tidlige tilnærming var «open and flexible».

¹³⁹ *De Coster*, generaladvokat Colomers uttalelse, avsnitt 95.

¹⁴⁰ *Ibid.*, avsnitt 88 og 89.

¹⁴¹ Se inngående om uavhengighetskravet i Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter 1*, 1.utgave, Fagbokforlaget, 2022, side 437 flg., hvor Aall blant annet skriver på side 437 at «uavhengighet av de øvrige statsmaktene [er] et kjennetegn ved selve domstolsbegrepet».

¹⁴² Se punkt 2.2.6.2.

¹⁴³ *De Coster*, generaladvokat Colomers uttalelse, avsnitt 85.

¹⁴⁴ *Ibid.*, avsnitt 92. Se også avsnitt 96.

forbindelse ment å identifisere organene som er tilstrekkelig «impartial and independent», ikke utgjøre et eget argument for hvorfor det var på tide å stramme inn tolkningen av begrepet «court or tribunal».¹⁴⁵

Generaladvokat Colomers forslag kan kritiseres på tre grunnlag. For det første måtte EU-domstolen vurdert overholdelse av EMK artikkel 6(1) i saker hvor partene ikke nødvendigvis hadde påberopt seg bestemmelsen, og ei heller ført argumentasjon knyttet til den. For det andre måtte EU-domstolen holdt tritt med EMDs praksis i tolkningen og praktiseringen av uavhengighetskriteriet. Domstolsbegrepet i TEUV artikkel 267 ville altså mistet sin autonome karakter, og ført til spørsmål om EU-rettens autonomi. Endelig er det ikke gitt at forslaget ville styrket håndhevelsen og anvendelsen av EU-retten. Organer som ble fratatt foreleggelsesadgangen ville fortsatt måtte avgjort den nasjonale saken, og i den forbindelse besvart det EU-rettslige spørsmålet selv, uten garanti for anke og senere foreleggelse et organ med tilgang til forhåndsavgjørelsesordningen.¹⁴⁶ I et system med utbredt bruk av domstolslignende organer kunne det fort utviklet seg feilaktig praktisering av EU-retten.

2.2.5.2. Uavhengighetskriteriets utvikling fra *De Coster*, frem til *Wilson*

Ikke lenge etter *De Coster* kom dommen i *Schmid*.¹⁴⁷ Et ankekammer i den regionale finansmyndigheten for delstatene Wien, Nedre Østerrike og Burgenland, et administrativt organ med ansvar for rettslig prøving av klager over den regionale finansmyndighetens vedtak, hadde forelagt tolkningsspørsmål.¹⁴⁸ Organet var administrativt underlagt den regionale finansmyndigheten og var sammensatt av presidenten i finansmyndigheten og fem andre medlemmer som sverget en uavhengighetsed og hadde plikt til å erklære seg inhabile i en sak ved «well-founded suspicion of impartiality».¹⁴⁹ EU-domstolen viste til *Dorsch Consult* og *Gabalfrija* i redegjørelsen for *Vaasen*-kriteriene, og kom til at uavhengighetskriteriet klart ikke var oppfylt.¹⁵⁰

I den forbindelse viste EU-domstolen til *Corbiau* og uttalte at begrepet «court or tribunal» bare kan forstås slik at det omfatter «an authority acting as a third party in relation to the authority which adopted the contested decision».¹⁵¹ Videre at et administrativt klageorgan ikke kan anses

¹⁴⁵ Merk at Colomers uttalelser om uavhengighetskravet kom under overskrift 3. om forslaget til utforming av ny regel, ikke under punkt 2. om begrunnelsen for å endre praksis, se uttalelsen under avsnitt 86, sammenlignet med under avsnitt 57.

¹⁴⁶ Om innvending 1) og 3), se også Tridimas 2003, s. 32.

¹⁴⁷ C-516/99 [A5] *Schmid*. Dommen ble avsagt 30.mai 2002, et halvt år etter *De Coster*.

¹⁴⁸ *Ibid.*, avsnitt 1 og 18.

¹⁴⁹ *Ibid.*, avsnitt 18-20.

¹⁵⁰ *Ibid.*, avsnitt 34 og 35.

¹⁵¹ *Ibid.*, avsnitt 36.

som en slik tredjepart om det eksisterer en «organisational link» til vedtaksmyndigheten eller en overordnet myndighet, med mindre nasjonal rett sikrer et funksjonelt skille mellom vedtaksmyndigheten og klagemyndigheten.¹⁵² Som følge av at presidenten for den regionale finansmyndigheten var leder av klageorganet, hadde skjønn til å utnevne medlemmer, og personlig kunne anke klageorganets avgjørelser, kunne ikke den Østerrikske klagemennden anses foreleggesberettiget.¹⁵³

EU-domstolen var strengere i *Schmid* enn den var i *Gabalfrisa*.¹⁵⁴ Hadde det blitt rettet samme fokus mot koblingen mellom det spanske skattetribunalet og skattemyndighetene ville ikke forespørselen om forhåndsavgjørelse i *Gabalfrisa* sluppet inn til realitetsbehandling. Som Colomer selv påpekte i sine uttalelser i de senere *Österreichischer Rundfunk*¹⁵⁵ og *Emanuel*¹⁵⁶ markerte *Schmid* og den lignende *Syfait* en trend i retning økt oppmerksomhet på om et foreleggende organ oppfylte *Vassen*-kriteriene, og da særlig uavhengighetskriteriet, sammenlignet med *Gabalfrisa*. Selv om EU-domstolen ikke fulgte generaladvokat Colomers uttalelse i *De Coster* markerte uttalelsen altså starten på innstramningen.¹⁵⁷

2.2.5.3. Den første koblingen til EMK artikkel 6 – *Wilson*

I 2006 kom det neste steget i utviklingen av uavhengighetskriteriet, med dommen i *Wilson*.¹⁵⁸ EU-domstolen hadde mottatt et tolkningsspørsmål som blant annet reiste behov for å tolke «court or tribunal» i Advokatdirektivets artikkel 9, tredje avsnitt.¹⁵⁹ EU-domstolen foretok ingen tolkning av begrepet i lys av bestemmelsens ordlyd, formål eller kontekst, men viste heller til *Vaasen*-kriteriene slik de kom frem i blant annet *Vaasen*, *Dorsch Consult*, *Pretore di Salò*, og *De Coster*.¹⁶⁰ Videre ble det vist til at konseptet uavhengighet «which is inherent in the task of adjudication», «primarily» innebærer at det er tale om et organ som opptrer som en tredjepart i relasjon til organet som fattet det påklagede vedtaket.¹⁶¹ EU-domstolen var

¹⁵² *Ibid.*, avsnitt 37.

¹⁵³ *Ibid.*, avsnitt 39-44.

¹⁵⁴ Samme oppfatning Tridimas 2003 s. 34.

¹⁵⁵ C-195/06 [A5] *Österreichischer Rundfunk*, generaladvokat Colomers uttalelse, avsnitt 38 og 39 samt fotnote 29.

¹⁵⁶ C-259/04 [A5] *Emanuel*, generaladvokat Colomers uttalelse, avsnitt 26.

¹⁵⁷ Tridimas mener at selv om EU-domstolen ikke inntok generaladvokat Colomers tolkning som sådan i dommen i *De Coster* foretok den en grundigere undersøkelse av det refererende organets uavhengighet enn tidligere, se Tridimas 2003 s. 32.

¹⁵⁸ C-506/04 [SK] *Wilson*.

¹⁵⁹ Rådsdirektiv 98/5 EF av 16. februar 1998 om lettelse av adgangen til å utøve advokatyrket på permanent grunnlag i en annen medlemsstat enn staten der den faglige kvalifikasjonen er ervervet.

¹⁶⁰ *Wilson*, avsnitt 48.

¹⁶¹ *Ibid.*, avsnitt 49.

imidlertid av den oppfatning at uavhengighetskriteriet også hadde to andre aspekter, henholdsvis uavhengighet fra ekstern påvirkning og upartiskhet, og viste i den forbindelse til både egen praksis der begge sidene av kravet var kommet frem som del av konkrete drøftelser, samt praksis fra EMD om EMK artikkel 6(1).¹⁶²

Med dette brakte EU-domstolen uavhengighetskravet ved individets rett til rettferdig rettergang slik det fremkommer av EMK og EMDs praksis inn i tolkningen av TEUV artikkel 267. Hvilken betydning dette hadde trengt å få for den videre tolkningen av domstolsbegrepet i relasjon til forhåndsavgjørelsesprosedyren kan det stilles spørsmål ved. *Wilson* gjaldt individets, mer konkret rettighetssubjekter under advokatdirektivets, rett til rettferdig rettergang knyttet til rettighetene i direktivet. Sakskomplekset hadde dermed en nærmere tilknytning til virkeområdet til EMK artikkel 6(1) enn det hadde til spørsmålet om et administrativt organ skal få delta i domstolsdialogen med EU-domstolen. Det var ikke dermed nødvendigvis gitt at EU-domstolen behøvde å videreføre tolkningen fra *Wilson* ved tolkning av domstolsbegrepet i TEUV artikkel 267.¹⁶³

Domstolen gjorde imidlertid det, og viste, direkte eller indirekte, til *Wilson* i redegjørelsen for uavhengighetskravet slik det følger av TEUV artikkel 267 i blant andre *Pilato*,¹⁶⁴ *RTL Belgium*,¹⁶⁵ *TDC*,¹⁶⁶ *MT Højgaard*,¹⁶⁷ og *Panicello*.¹⁶⁸

Pilato, avsagt i 2008, gjaldt spørsmål om tolkning av bestemmelser i EUs fiskeriregelverk i en sak om bruk av drivgarn til fangst av makrellstørje, som sto for det lokale fiskeritribunalet (*prud'homie de pêche*) i Martigues, Frankrike.¹⁶⁹ Kommisjonen uttrykte tvil om det foreleggende organet utøvde en dømmende funksjon, begrunnet i spørsmål om organets uavhengighet. EU-domstolen uttalte, med henvisning til *Wilson*, at uavhengighetskriteriet forutsetter at det foreleggende organet er beskyttet mot eksternt press eller intervensjon egnet til å svekke uavhengigheten til dets medlemmer.¹⁷⁰ Videre at «those guarantees of independence and impartiality» krever regler om organets sammensetning, oppnevning, tjenestetid, og regler om fravær,

¹⁶² *Ibid.*, avsnitt 50-53.

¹⁶³ Samme retning *Reyns* 2021, s. 32.

¹⁶⁴ C-109/07 [A5] *Pilato*.

¹⁶⁵ C-517/09 [A5] *RTL Belgium*, avsnitt 38.

¹⁶⁶ C-222/13 [A5] *TDC*, avsnitt 30.

¹⁶⁷ *MT Højgaard*, avsnitt 25 der det henvises til *TDC* og avsnitt 26 der det henvises til C-203/14 [SK] *Consorti Sanitari del Maresme*, avsnitt 19 der det henvises direkte til *Wilson*.

¹⁶⁸ C-503/15 [A5] *Panicello*, avsnitt 28.

¹⁶⁹ *Pilato*, avsnitt 15-18.

¹⁷⁰ *Pilato*, avsnitt 23.

avskjedigelse og avvisning av medlemmene for å forhindre rimelig tvil knyttet til organets nøytralitet.¹⁷¹ Både det eksterne og interne aspektet av uavhengighetskravet, slik det ble formulert i *Wilson*, ble dermed brukt. Det er verdt å nevne at EU-domstolen også uttalte at uavhengighetskriteriet innebærer at avskjedigelse av medlemmene i et foreleggende organ må være «determined by express legislative provisions».¹⁷² Etter mitt syn tilsier den engelske oversettelsen av avgjørelsen at vilkårene for avskjedigelse må bestemmes gjennom beslutning fra den lovgivende, altså legislative, makt, med andre ord formell lov. I den den franske originalutgaven brukes uttrykket «des dispositions législatives expresse», i den svenske oversettelsen «uttrykkliga bestämmelser i lag», og i den danske «udtrykkeligt i lovbestemmelser». Etter min oppfatning fremstår de ulike språkutgavene å underbygge at det kreves formell lov vedtatt av den lovgivende makt. Medlemmene av fiskeritribunalet var underlagt tilsyn av en offentlig tjenestemann, avla ed om å følge instruks fra sin overordnede og kunne avsettes ved avgjørelse uten uttrykkelig hjemmel i lov.¹⁷³ Uavhengighetskriteriet, og domstolsvilkåret, var dermed ikke oppfylt.

I *RTL Belgium*, avsagt i 2010, hadde det belgiske kringkastingstilsynet etterforsket påstander om at fjernsynsselskapet RTL Belgium hadde brutt markedsføringslovgivningen. Etterforskningen førte til en pengesanksjon fra lisens- og kontrollmyndigheten i tilsynet.¹⁷⁴ RTL Belgium klagde på flere aspekter ved sanksjonen, og i forbindelse med klagebehandlingen forela lisens- og kontrollmyndigheten spørsmål til EU-domstolen.¹⁷⁵ Det ble spørsmål om lisens- og kontrollmyndighetens var foreleggingsberettiget, igjen med hensyn til dens uavhengighet. EU-domstolen uttalte at «the concept of independence» fremfor alt innebar at det foreleggende organet opptrer som tredjepart i relasjon til myndigheten som fattet den påklagde beslutningen.¹⁷⁶ Videre fant EU-domstolen det, med henvisning til *Wilson*, å være «two aspects to that concept», eksternt og intern uavhengighet.¹⁷⁷ Det eksterne aspektet innebar at det aktuelle organet må være beskyttet mot eksterne intervensjoner eller press.¹⁷⁸ Det interne aspektet var ment å sikre upartiskhet, altså like forhold for partene og fravær av interesse i sakens utfall fra medlemmene av det foreleggende organets side.¹⁷⁹ Lisens- og kontrollmyndigheten oppfylte ingen av aspektene,

¹⁷¹ *Ibid.*, avsnitt 24.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Ibid.*, avsnitt 25-29.

¹⁷⁴ *RTL Belgium*, avsnitt 18-21.

¹⁷⁵ *Ibid.*, avsnitt 18-30.

¹⁷⁶ *Ibid.*, avsnitt 38.

¹⁷⁷ *Ibid.*, avsnitt 39 og 40.

¹⁷⁸ *Ibid.*, avsnitt 39.

¹⁷⁹ *Ibid.*, avsnitt 40.

ble derfor ikke ansett å opptre som noen tredjepart i relasjon til spørsmålene og partene i saken, og dermed heller ikke som «court or tribunal» i TEUV artikkel 267s forstand.¹⁸⁰

I *TDC*, avsagt i 2014, hadde det danske «Teleklagenævnet», klagenemnden for telekom-saker, forelagt tolkningsspørsmål. Nemndsmedlemmene var oppnevnt av Ministeren for erhverv og vekst, og kunne avsettes av ham.¹⁸¹ Nemndsmedlemmenes stillingsbeskyttelse fulgte kun av det alminnelige, forvaltningsrettslige vernet.¹⁸² EU-domstolen uttalte, som i *Pilato*, at uavhengighetskriteriet innebærer at det foreleggende organs medlemmer har stillingsvern sikret ved «express legislative provisions».¹⁸³ Videre ville Teleklagenævnet få status som saksøkt ved anke til de alminnelige domstolene.¹⁸⁴ Dermed opptrådte det heller ikke som tredjepart, noe EU-domstolen uttalte at understreket «the non-judicial nature» av Teleklagenavnets avgjørelser, som dermed ikke ble ansett å oppfylle domstolsvilkåret.¹⁸⁵

I *MT Højgaard*, avsagt i 2016, kom foreleggelsen fra «Klagenævnet for Udbud», den danske klagenemnden for offentlige anskaffelser. I motsetning til teleklagenemnden i *TDC* fant EU-domstolen det klart at anskaffelsesnemnden opptrådte som en tredjepart i saken, da den ikke ville få status som saksøkt ved anke til de alminnelige domstolene.¹⁸⁶ Riktignok var nemndens sekretariat knyttet til næringsdepartementet, men det var likevel klart at nemnden ikke sto i noe hierarkisk forhold til departementet og ikke kunne instrueres.¹⁸⁷ Videre var nemnden sammensatt av både lekfolk og dommere fra de alminnelige domstolene. Det var ingen egen lovbestemmelse om medlemmenes uavhengighet, men i alle saker nemnden behandlet ville flertallet av nemndsmedlemmene være dommere, med tilhørende konstitusjonelt garantert stillingsvern som også gjelder ved virke som nemndsmedlem.¹⁸⁸ Anskaffelsesnemnden ble dermed ansett for å oppfylle uavhengighetsvilkåret og foreleggelsen ble godtatt.¹⁸⁹

I *Panicello*, avsagt i 2017, hadde EU-domstolen mottatt foreleggelse fra registraren i en spansk enkeltpersonsdomstol for vold mot kvinner. Registraren var bundet av hierarkiske begrensinger i form av bindende instruks fra sin overordnede, og uavhengighetskriteriet, og

¹⁸⁰ *Ibid.*, avsnitt 47.

¹⁸¹ *TDC*, avsnitt 33 og 34.

¹⁸² *TDC*, avsnitt 35.

¹⁸³ *Ibid.*, avsnitt 32.

¹⁸⁴ *Ibid.*, avsnitt 37.

¹⁸⁵ *Ibid.*, avsnitt 37 og 38.

¹⁸⁶ *MT Højgaard*, avsnitt 25.

¹⁸⁷ *Ibid.*, avsnitt 26.

¹⁸⁸ *Ibid.*, avsnitt 29 og 30.

¹⁸⁹ *Ibid.*, avsnitt 32.

domstolsvilkåret, var dermed ikke oppfylt.¹⁹⁰ Det er likevel verdt å dvele ved EU-domstolens uttalelse om at når et nasjonalt organ med delte oppgaver forelegger tolknings spørsmål må det avklares om organet opptrer i en dømmende funksjon i den konkrete saken, og om tolknings spørsmålet knytter seg til en sak for organet der det må avsi «a decision of a judicial nature».¹⁹¹ Det var for å besvare dette spørsmålet EU-domstolen gikk videre til å undersøke det forelegg-ende organets uavhengighet.

Disse fem sakene viser at EU-domstolen utover 2000-tallet undersøkte nærmere, og la mer vekt på, om et foreleggende administrativt tvisteløsningsorgan var uavhengig. Uavhengighetskriteriet ble nærmest et vilkår. Likevel var det for å undersøke om organet opptrådte i en dømmende funksjon at uavhengighetskriteriet ble undersøkt. Om svaret var ja fikk organet tilgang til domstolsdialogen med EU-domstolen, for å sikre rettsenhet ved tolkning og anvendelse av EU-rett i alle unionens hjørner, uavhengig av organets nasjonale klassifisering.¹⁹² Individets rett til rettferdig rettergang og overordnede hensyn om rettstatsgarantier skulle, som jeg kommer grundig tilbake til, ikke komme inn som begrunnelse for uavhengighetskriteriet før i *Banco de Santander*. I fravær av denne begrunnelsen, og noen annen prinsipiell begrunnelse fra EU-domstolens side er det naturlig å anta at de avgjørende argumentene for å begrense administrative tvisteløsningsorganers foreleggelsesadgang var det relativt høye integrasjonsnivået av EU-retten i medlemsstatene, det økte antallet potensielt foreleggelsesberettigede organer som følge av flere medlemsstater, og ønsket om å sikre EU-domstolen tid og ressurser til å behandle tolknings spørsmål på en grundig måte, altså generaladvokat Colomers argumenter fra *De Coster*.¹⁹³

¹⁹⁰ *Panicello*, avsnitt 41 og 42.

¹⁹¹ *Ibid.*, avsnitt 28.

¹⁹² For en systematisk gjennomgang basert på typen foreleggende organer frem til 2015: Jaime Rodriguez Meda, «Concept of a Court or Tribunal under the Reference for a Preliminary Ruling: Who can Refer Questions to the Court of Justice of the EU?», *European Journal of Legal Studies*, Vol. 8 nr. 1, 2015, s. 104-146. Om innstrammingen frem til 2018, Nils Wahl og Luca Prete, «The gatekeepers of article 267 TFEU: On Jurisdiction and Admissibility of References for Preliminary Ruling», *Common Market Law Review*, Vol. 55, nr. 2, 2018, s. 511-548, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3528414>. Se også Lenaerts mfl. 2023, s. 56 som skriver at «[t]he gradual stepping up of the requirement of independence did not mean that the Court no longer accepted references from bodies that are not considered courts or tribunals under national law, as it is exactly the objective of its case-law under Art. 267 TFEU to allow bodies that are not considered to be courts or tribunals under national law to refer questions to the Court, especially where no other Member State bodies can seize the Court by way of a reference for a preliminary ruling» (min kursivering). Den kursiverte passusen understreker at det er generaladvokat Colomers argumentasjon i *De Coster* som har fått gjennomslag som begrunnelse for innstrammingen.

¹⁹³ I samme retning, i alle fall knyttet til det økende antallet administrative tvisteløsningsorganer, se Morten Broberg, «Preliminary References by Public Administrative Bodies», *European Public Law*, Vol. 15, nr. 2, 2009, s. 207-221, på side 221, <https://doi.org/10.54648/euro2009016>.

2.2.6. Uavhengighetskriteriet i TEUV artikkel 267 som forsvarsverk mot angrep på rettstaten

2.2.6.1. *Banco de Santander* – samme praksis, ny begrunnelse

21. januar 2020 avsa EU-domstolen dom i *Banco de Santander*, etter foreleggelse fra det sentrale spanske skattetribunalet. Reguleringen av de spanske skattetribunalene hadde ikke endret seg siden *Gabalfrisa*.¹⁹⁴ EU-domstolen uttalte imidlertid at konklusjonen om at skattetribunalet i *Gabalfrisa* oppfylte domstolsvilkåret i TEUV artikkel 267 måtte revurderes i lys av domstolens senere praksis, særlig om uavhengighetskriteriet.¹⁹⁵ I redegjørelsen for innholdet i uavhengighetskriteriet viste EU-domstolen til de nå velkjente momentene som redegjort for i punkt 2.2.5.3. Nytt var imidlertid «prinsippet om uavsettelse», hvis «cardinal importance» ble understreket av domstolen.¹⁹⁶ EU-domstolen uttalte at prinsippet er ment å beskytte medlemmer av dømmende organer, og at det innebærer at en dommer kan forbli i sin stilling til pensjonsalder eller utløpet av sitt mandat, og at unntak bare kan begrunnes med legitime og overbevisende grunner, underlagt proporsjonalitetsprinsippet.¹⁹⁷

Medlemmene i skattetribunalet ble oppnevnt for en ubestemt tidsperiode av Ministerrådet etter innstilling fra finansministeren, og den samme prosedyren ble brukt for å avsette medlemmene.¹⁹⁸ Medlemmenes stillingsvern fulgte av alminnelige arbeidsrettslige regler, og verken lederen eller de øvrige medlemmene av tribunalet var beskyttet mot direkte eller indirekte eksternt press som kunne egnes til å reise tvil om deres uavhengighet.¹⁹⁹ Situasjonen var dermed sammenlignbar med tilfellet i *TDC*, der fraværet av «express legislative provisions» hadde vært medvirkende til at Teleklagenævnet ikke var tilstrekkelig uavhengig etter TEUV artikkel 267.

Organisatorisk var det et internt skille i skattemyndigheten mellom avdelingene med den utøvende kompetansen og tribunalene med ansvaret for å avgjøre klager.²⁰⁰ Likevel hadde generaldirektøren for skatt i finansdepartementet anledning til å levere en særskilt anke over tribunalets avgjørelser, og ved en slik prosedyre var generaldirektøren for skatt og direktøren for avdelingen i skattedirektoratet som fattet det påklagede vedtaket automatisk del av ankepanelet.²⁰¹ Det var dermed rolleblanding mellom medlemmene av det foreleggende organet og

¹⁹⁴ *Banco de Santander*, generaladvokat Hogans uttalelse, avsnitt 7, 12, og 14.

¹⁹⁵ *Banco de Santander*, avsnitt 55.

¹⁹⁶ *Ibid.*, avsnitt 59.

¹⁹⁷ *Ibid.*, avsnitt 59.

¹⁹⁸ *Ibid.*, avsnitt 64.

¹⁹⁹ *Ibid.*, avsnitt 68.

²⁰⁰ *Ibid.*, avsnitt 72.

²⁰¹ *Ibid.*, avsnitt 73 og 74.

vedtaksmyndigheten hvis vedtak det hadde som ansvar å overprøve.²⁰² I motsetning til i *Gabalfriša* problematiserte EU-domstolen nå disse forholdene.

Dessuten var EU-domstolen bekymret for at den ekstraordinære ankeprosessen var egnet til å utøve press på tribunalene og dermed dets uavhengighet.²⁰³ Samlet sett var det umulig å anse tribunalet som en tredjepart i relasjon til vedtaksmyndigheten og det interne aspektet av uavhengighetskriteriet var dermed ikke oppfylt.²⁰⁴ I den forbindelse viste domstolen til *Schmid*, avsagt bare 2 år etter *Gabalfriša*, hvor eksistensen av en lignende kobling mellom vedtaksmyndighet og foreleggende organ hadde ført til at organet ikke ble ansett som tilstrekkelig uavhengig etter daværende TEF artikkel 234.

Endelig påpekte EU-domstolen at selv om tribunalet ikke fikk forelegge tolkningsspørsmål ville det være mulig å anke tribunalets avgjørelse inn for de ordinære domstolene, som kunne forelegge spørsmål til EU-domstolen. På den måten var formålet med forhåndsavgjørelsesordningen, uniform tolkning og anvendelse av EU-retten, tilstrekkelig ivaretatt.²⁰⁵ Også dette poenget hadde tidligere blitt fremmet, i *Belov*.²⁰⁶ Verken der eller i *Banco de Santander* var imidlertid argumentet nytt, som påpekt i punkt 2.2.5.1 ble dette argumentet fremmet av generaladvokat Colomer i hans uttalelse i *De Coster*.

Som argumentasjonen i *Banco de Santander* viser benyttet EU-domstolen seg gjennomgående av argumenter og momenter fra tidligere praksis. Det var ingen nye momenter knyttet til innholdet i uavhengighetskriteriet, verken under det eksterne eller interne aspektet. Det «nye» uavsettelighetsprinsippet fikk ingen selvstendig betydning i vurderingen. Som gjennomgangen i 2.2.5.3 viste ville det spanske skattetribunalet neppe fått forelegge i alle fall fra slutten av 2010-tallet, antageligvis allerede fra og med dommen i *Schmid*.

2.2.6.2. Ett domstolsbegrep i EU – for å sikre domstolers uavhengighet

Hvorfor skapte så *Banco de Santander* oppstyr? Svaret er at avgjørelsen utgjorde første gang EU-domstolen koblet tolkningen av domstolsbegrepet i TEUV artikkel 267 til TEU artikkel 19 og EUs Charter om grunnleggende rettigheter (Pakten) artikkel 47. Grunnlaget for denne koblingen ble lagt i *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, der spørsmålet var om midlertidig

²⁰² *Ibid.*, avsnitt 75.

²⁰³ *Ibid.*, avsnitt 75.

²⁰⁴ *Ibid.*, avsnitt 76 og 77.

²⁰⁵ *Ibid.*, avsnitt 79.

²⁰⁶ C-394/11 [A5] *Belov*, avsnitt 52.

lønnsreduksjon for portugisiske dommere, som del av bredere sparetiltak i offentlig sektor, var i strid med det EU-rettslige prinsippet om domstolers uavhengighet.²⁰⁷ Det foreleggende organet hadde ikke gitt en særlig overbevisende forklaring for foreleggelsens relevans, og EU-domstolen kunne nok avvist foreleggelsen på det grunnlaget.²⁰⁸ Denne løsningen ble ikke valgt. Det var imidlertid neppe for å unnta portugisiske dommere fra midlertidige lønnskutt, men heller for å utøve innflytelse på rettstatskrisen i enkelte av EUs medlemsstater, der dommeres uavhengighet var under angrep.²⁰⁹

For å nå dette formålet anla EU-domstolen en noe kreativ tolkning av TEU artikkel 19(1). TEU artikkel 19(1) pålegger ved første øyekast medlemsstatene å tilby rettsmidler som sikrer effektiv rettsbeskyttelse av EU-rettigheter.²¹⁰ EU-domstolen tolket TEU artikkel 19 slik at den krever at medlemsstatene må sørge for at «courts or tribunals» som utgjør del av deres rettssystem må oppfylle kravene til effektiv rettsbeskyttelse.²¹¹ Domstolen utdypet dette ved å konstatere at medlemsstatene er forpliktet til å sikre at deres «court[s] or tribunal[s]» (i *Vaasen*-kriterienes forstand) oppfyller kravene til effektiv rettsbeskyttelse.²¹² Ved å vise til at Pakten artikkel 47 angir tilgang til et uavhengig tribunal som et av elementene i den grunnleggende retten til effektive rettsmidler slo EU-domstolen så fast at domstolens uavhengighet er «essential» også etter TEU artikkel 19.²¹³ EU-domstolen etablerte dermed, med hjemmel i TEU artikkel 19, en plikt for medlemsstatene til å sikre uavhengigheten til domstoler som har kompetanse til å tolke og anvende EU-rett.²¹⁴

For å utlede innholdet i uavhengighetskravet den hadde innfortolket i TEU artikkel 19 viste EU-domstolen så til sin egen praksis knyttet til uavhengighetskriteriet i TEUV artikkel 267s domstolsvilkår.²¹⁵ Henvisningen er forståelig, da domstolen som redegjort for i punkt 2.2.5 over tid hadde utviklet en rikholdig praksis knyttet til uavhengighet. TEU artikkel 19 gjelder

²⁰⁷ C-64/16 [SK] *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*.

²⁰⁸ Samme oppfatning Reyns 2021, s. 26-52. Se også Matteo Bonelli og Monica Claes, «Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary», *European Constitutional Law Review*, Vol. 14, Nr. 3, 2018, s. 622-643, på side 628-630, <https://doi.org/10.1017/S1574019618000330>.

²⁰⁹ Se inngående om dette i Bonelli og Claes 2018.

²¹⁰ TEU artikkel 19(1) andre ledd: «Member States shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law».

²¹¹ *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, avsnitt 37.

²¹² *Ibid.*, avsnitt 38-40.

²¹³ *Ibid.*, avsnitt 41. Det kan stilles spørsmål ved om Pakten var anvendelig i den konkrete saken. Spørsmålet faller utenfor avhandlingens omfang, se nærmere Bonelli og Claes 2018.

²¹⁴ Kommisjonen grep muligheten, og anla etter *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* traktatsbruddsak mot Polen med hjemmel i TEU artikkel 19(1). Kommisjonen vant i EU-domstolens storkammer, se C-619/18 [SK] *Kommisjonen mot Polen*. Også en rekke andre saker er reist, uten at jeg går nærmere inn på de her.

²¹⁵ *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, avsnitt 42 og 44-45.

medlemsstatenes plikt til å sikre domstolenes uavhengighet for å oppfylle individets grunnleggende rett til effektiv rettsbeskyttelse. Som påvist ovenfor har spørsmålet etter TEUV artikkel 267 imidlertid vært om domstolslignende organer hadde den nødvendige uavhengigheten til å utøve dømmende virksomhet. Som påpekt av en rekke forfattere var dermed koblingen mellom TEU artikkel 19 og TEUV artikkel 267 noe anstrengt.²¹⁶ Man kunne riktignok sett for seg at EU-domstolen ikke mente at det samme uavhengighetskriteriet skulle gjelde etter de to bestemmelsene, og at den bare hentet inspirasjon fra den rikholdige praksisen om TEUV artikkel 267. EU-domstolen tok imidlertid motsatt tilnærming, og uttalte at domstolers uavhengighet er «essential to the proper working of the judicial cooperation system embodied by the preliminary ruling mechanism under Article 267 TFEU, in that, [...] that mechanism may be activated only by a body responsible for applying EU law which satisfies [...] that criterion of independence».²¹⁷ EU-domstolen viste til nettopp denne uttalelsen som begrunnelse for det strengere uavhengighetskriteriet i *Banco de Santander*.²¹⁸

Det er blitt stilt spørsmål til uttalelsen fra *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, blant annet om EU-domstolen ønsket at domstoler hvis uavhengighet er under angrep ikke skal kunne forelegge tolkningsspørsmål.²¹⁹ Domstolens president, Koen Lenaerts, ga imidlertid allerede før *Banco de Santander* uttrykk for at dette var domstolens hensikt.²²⁰ En rekke forfattere har imidlertid påpekt at det er grunn til å tolke TEU artikkel 19 strengere enn TEUV artikkel 267, fordi førstnevnte bestemmelse gjelder statens plikt til å opprettholde adekvate rettstasgarantier, blant annet individets rettighet til å få avgjort sin sak av en uavhengig domstol. Sistnevnte gjelder på sin side isolert sett bare muligheten for et konkret organ til å forelegge tolkningsspørsmål, og var ikke tidligere sett på som en bestemmelse ment å sikre rettstatsgarantier utover å bidra til enhetlig tolkning og anvendelse av EU-retten i alle unionens hjørner.²²¹

Det var altså koblingen mellom TEUV artikkel 267, TEU artikkel 19, og Pakten artikkel 47 som utgjorde *Banco de Santander* sin nyhetsverdi. Ved denne koblingen er det rimelig å anta

²¹⁶ Bonelli og Claes 2018, s. 633 og 637-639, og Broberg og Fenger 2022, s. 195-198, og Panagiotis Zinonos, «Judicial Independence & National Judges in the Recent Case Law of the Court of Justice», *European Public Law*, Vol. 29, Nr. 4, 2019, s. 615-635, på side 620-621, <http://dx.doi.org/10.54648/EURO2019033>.

²¹⁷ *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, avsnitt 43.

²¹⁸ *Banco de Santander*, avsnitt 56.

²¹⁹ Reyns 2021, s. 37, Bonelli og Claes 2018, s. 637, Broberg og Fenger 2022, s. 193, se note 88.

²²⁰ Koen Lenaerts, «Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue», *Yearbook of European Law*, Vol. 38, 2019, s. 3-17, på side 5-6, <https://doi.org/10.1093/yel/yez002>, og Koen Lenaerts, «New Horizons for the Rule of Law Within the EU», *German Law Journal*, Vol. 21, særnummer 1: Challenges in the EU in 2020, 2020, s. 29-34, på side 31-32, <https://doi.org/10.1017/glj.2019.91>.

²²¹ Reyns 2021, s. 36-37, Bonelli og Claes 2018, s. 637-639, og Broberg og Fenger 2022, s. 196.

at EU-domstolen mente at foreleggende organer må bestå en test av sin uavhengighet ikke bare opp mot TEUV artikkel 267, men også TEU artikkel 19 og Pakten artikkel 47. Inntrykket er blitt forsterket ved at president Lenaerts i etterkant av *Banco de Santander* har uttalt at dommen ga uttrykk for EU-traktatene som levende dokumenter, som kan tilpasses endrede samfunnsforhold i EUs medlemsstater, og at kun domstoler som oppfyller uavhengighetskriteriet slik det følger av *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* og *Banco de Santander* kan anses som del av det europeiske rettssystemet og delta i dialog med EU-domstolen.²²²

Med *Banco de Santander* ga med andre ord EU-domstolen uttrykk for at kravet til domstolars uavhengighet er det samme på tvers av EU-retten – det finnes bare ett EU-rettslig uavhengighetskrav for organer som omtales som domstoler i EU-rettens forstand. Standpunktet har vært gjenstand for kritikk i juridisk teori. Både Reyns og Bonelli og Claes, påpeker risikoen for systematisk avskjæring av foreleggelses fra domstoler som er del av et domstolshierarki som rammes av tiltak som er funnet å ikke være i samsvar med de strenge kravene EU-domstolen stiller til uavhengighet.²²³ Broberg og Fenger påpeker på sin side hvilke utfordringer EU-domstolens nye, strengere linje utgjør for administrative organer og argumenterer for at de tre bestemmelsene må tolkes i lys av sine respektive formål.²²⁴ Tilhengere av EU-domstolens konstruksjon av ett domstolsbegrep vil på sin side argumentere med at det overordnede formålet med EU-retten er å sikre «the rule of law», og at bestemmelsene må tolkes i dette lys.²²⁵

Ikke lenge etter *Banco de Santander* avsa EU-domstolen *Land Hessen*, etter foreleggelse fra forvaltningsdomstolen i den tyske byen Wiesbaden, som blant annet ønsket svar på om den var tilstrekkelig uavhengig til å anses som en domstol i relasjon til TEUV artikkel 267, lest i lys av Pakten artikkel 47.²²⁶ EU-domstolen modererte seg tilsynelatende noe sammenlignet med *Banco de Santander*, og uttalte at spørsmålet om det foreleggende organets uavhengighet «may be assessed solely in the light of [TEUV artikkel 267]» og at uavhengighetsvurderingen må gjøres «solely in the context of the dispute in the main proceedings».²²⁷

²²² Koen Lenaerts, José A. Gutiérrez-Fons, og Stanislas Adam, «Exploring the Autonomy of the European Union Legal Order», *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 81, 2021, s. 47-87 på side 86-87, <https://doi.org/10.17104/0044-2348-2021-1-47>, og Koen Lenaerts, «On Checks and Balances: the Rule of Law within the EU», *Columbia Journal of European Law*, Vol. 29, No. 2, 2023, s. 25-63, på side 34 om at «[w]ithout judicial independence, a court may not engage in a dialogue based on the law (...) with the Court of Justice».

²²³ Reyns 2021, s. 39 og Bonelli og Claes, s. 637-638.

²²⁴ Broberg og Fenger 2022, s. 198-99.

²²⁵ Særlig domstolens president argumenterer slik, se for eksempel Lenaerts 2023.

²²⁶ C-272/19 [A5] *Land Hessen*.

²²⁷ *Ibid.*, avsnitt 46 og 47.

Nyanseringen fortsatte i *Getin Noble Bank*, etter foreleggelse fra en enkeltdommer i Polens Høyesterett. Ved første øyekast gjaldt saken en tvist mellom en bank og en gruppe forbrukere. Den foreleggende dommeren hadde imidlertid bemerket at en av lavereinstansdommerne som hadde behandlet saken var blitt oppnevnt mens Polen var del av Sovjetunionen.²²⁸ Den foreleggende dommeren ønsket dermed svar på om individets rett til effektiv rettsbeskyttelse innebar at Høyesterett av eget tiltak måtte vurdere uavhengigheten til dommere som har behandlet saker tidligere i domstolshierarkiet.²²⁹ For EU-domstolen intervenerte den polske Ombudsmannen og anførte at forespørselen om forhåndsavgjørelse måtte avslås som følge av at den refererende dommeren selv var oppnevnt på en måte som ikke var i tråd med prinsippet om domstolenes uavhengighet.²³⁰ Det er tydelig at foreleggelsen ikke egentlig gjaldt håndhevelse av forbrukerrettigheter, men heller utgjorde del av slaget om rettstaten i Polen.²³¹

EU-domstolen bemerket at Polens Høyesterett *som sådan* oppfylte *Vaasen*-kriteriene, og at når en forespørsel om forhåndsavgjørelse kommer fra en «national court or tribunal» er det en presumpsjon for at domstolen oppfyller kriteriene i TEUV artikkel 267.²³² Presumpsjonen kan tilbakevises dersom en endelig rettsavgjørelse fra en nasjonal eller internasjonal domstol slår fast at den foreleggende dommeren ikke tilfredsstiller kravene til uavhengighet som følger av TEU artikkel 19(1) og Pakten artikkel 47.²³³ Det ble videre understreket at presumpsjonen kun gjelder for TEUV artikkel 267, og at presumpsjonen ikke kan tas til inntekt for at det foreleggende organet oppfyller TEU artikkel 19 og Pakten artikkel 47s krav til effektiv rettsbeskyttelse.²³⁴

Presumpsjonen ble begrunnet med at ansvarsfordelingen mellom EU-domstolen og nasjonale domstoler innebærer at det ikke er førstnevntes oppdrag å vurdere om en forespørsel om forhåndsavgjørelse er i tråd med nasjonal prosessrett, og med en henvisning til forhåndsavgjørelsesordningen som «the keystone for the judicial system» etablert av EUs grunnleggende traktater og ordningens formål om å sikre uniform tolkning og anvendelse av EU-retten.²³⁵ Det er

²²⁸ *Ibid.*, avsnitt 38.

²²⁹ *Ibid.*, avsnitt 49.

²³⁰ *Ibid.*, avsnitt 61-64.

²³¹ Se Alejandro Sánchez Frías, «A New Presumption for the Autonomous Concept of ‘Court or Tribunal’ in Article 267 TFEU: ECJ 29 March 2022, Case C-132/20, *Getin Noble Bank*», *European Constitutional Law Review*, Vol. 19, nr. 2, 2023, s. 320-345, på side 323-324, <https://doi.org/10.1017/S157401962300007X>.

²³² *Getin Noble Bank*, avsnitt 69.

²³³ *Ibid.*, avsnitt 72.

²³⁴ *Ibid.*, avsnitt 74. Dette reiser spørsmål om «court or tribunal» etter TEUV artikkel 267 som et autonomt begrep. Ved at nasjonal klassifisering av organet er av betydning for vurderingen kan det argumenteres for at begrepet ikke lenger er autonomt. Se nærmere Sánchez Frías 2023, s. 340 flg.

²³⁵ *Getin Noble Bank*, avsnitt 71.

naturlig å se presumpsjonen, og henvisningen til foreleggelsesordningens funksjon, som et svar til bekymringene reist av blant andre Reynolds og Bonelli og Claes.

Det er heller ikke umulig å se for seg presumpsjonen som en anerkjennelse av at TEUV artikkel 267 må tolkes i lys av sitt formål, slik at det stilles mildere uavhengighetskrav etter TEUV artikkel 267 enn etter TEU artikkel 19 og Pakten artikkel 47. Ulike oppfatninger er blitt fremmet av EU-domstolens generaladvokater. Generaladvokat Rantos' oppfatning i *L.G.*, sammenlignet med generaladvokat Čapeta i *NADA*, utgjør et godt eksempel.²³⁶ I *L.G.* hadde EU-domstolen mottatt tolkningsspørsmål fra det relativt nyopprettede «Extraordinary Control and Public Affairs Chamber» (kontrollkammeret) i Polens Høyesterett.²³⁷ Saken reiste naturligvis en rekke spørsmål, blant annet om kontrollkammeret kunne anses som «court or tribunal» etter TFEU artikkel 267. Generaladvokat Rantos redegjorde kort for EU-domstolens nyere, relevante praksis,²³⁸ og kom fort til spørsmålet om uavhengighetskriteriet skal tolkes likt på tvers av TFEU artikkel 267, TEU artikkel 19(2), og Pakten artikkel 47. Rantos var av den klare oppfatning at svaret er nei, og at bestemmelsene, på generelt grunnlag, må tolkes i lys av sine formål og funksjoner, som vil innebære en «different examination» av uavhengighetskriteriet i TFEU artikkel 267, sammenlignet med etter TEU artikkel 19 og Pakten artikkel 47.²³⁹ Rantos bygde dette på tidligere generaladvokatuttalelser, særlig Bobeks uttalelse i *Getin Noble Bank* og Wahl i *Torresi*.²⁴⁰

I *NADA* hadde det østerrikske organet for antidoping-saker (USK) sendt spørsmål om tolkning av GDPR. Ettersom USK ikke er del av den ordinære domstolsstrukturen i Østerrike reiste saken spørsmål om USK er å anse som «court or tribunal» etter TEUV artikkel 267, slik at det har anledning til å sende spørsmål til EU-domstolen. Generaladvokat Čapeta var i sin uttalelse av den oppfatning at uavhengighetskriteriet er det samme for ethvert organ, altså slik at TEUV artikkel 267, TEU artikkel 19, og Pakten artikkel 47 skal tolkes i lys av hverandre, og mener det ikke vil hindre oppnåelse av forhåndsavgjørelsesordningens formål.²⁴¹ Som jeg kommer tilbake til i neste punkt om uavhengigheten som kreves for at domstolslignende organer skal

²³⁶ Henholdsvis *L.G.*, generaladvokat Rantos uttalelse og *NADA*, generaladvokat Čapetas uttalelse.

²³⁷ Kammeret er del av grebene PiS tok for å kontrollere dømmende makt i Polen. For mer om Polens rettstatskrise, se, blant en mengde andre, Laurent Pech, Patryk Wachowiec og Dariusz Mazur, «Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action», *Hague Journal on the Rule of Law*, Vol. 13, 2021, s. 1-43, <https://doi.org/10.1007/s40803-021-00151-9>.

²³⁸ *L.G.*, generaladvokat Rantos' uttaltelseavsnitt 16-18.

²³⁹ *Ibid.*, avsnitt 19.

²⁴⁰ Henholdsvis *Getin Noble Bank*, generaladvokat Bobeks uttalelse, avsnitt 36, og C-58/13 [SK] *Torresi*, generaladvokat Wahls uttalelse, avsnitt 48-51.

²⁴¹ *NADA*, generaladvokat Čapetas uttalelse, avsnitt 57 og 58.

anses foreleggelsesberettiget synes Čapetas syn om en enhetlig tolkning av uavhengighetskravet å ha vunnet frem i domstolen.

2.2.6.3. Hva så med domstolslignende organer?

Så – hva er rettstilstanden knyttet til spørsmålet om domstolslignende organer kan anses som «court or tribunal» i TEUV artikkel 267? Sett i lys av den overnevnte presumpsjonen og uenigheten generaladvokatene imellom kunne svaret fremstå uavklart. Avklaringen synes imidlertid å ha kommet med den ferske dommen i *NADA*.²⁴² Uten å uttrykkelig nevne TEU artikkel 19 og Pakten artikkel 47 påpekte EU-domstolen at uavhengighetskravet i TEUV artikkel 267 er «essential to effective judicial protection», og viste til både *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* og *Banco de Santander*.²⁴³ Selv om generaladvokaten og EU-domstolen var enige om disse utgangspunktene, var domstolen imidlertid strengere i anvendelsen av uavhengighetskravet. Generaladvokat Čapeta mente nemlig at USK var å anse som en «court or tribunal» i TEUV artikkel 267s forstand, mens EU-domstolen konkluderte motsatt.²⁴⁴

Domstolens konklusjon bygde på at loven som regulerte USK anga at dets medlemmer kunne avsettes av idrettsministeren om det forelå «serious grounds».²⁴⁵ Ettersom «serious grounds» ikke var nærmere definert i antidopingloven kom EU-domstolen til at USKs uavhengighet ikke var tilstrekkelig ivaretatt, og domstolsvilkåret var dermed ikke oppfylt.²⁴⁶ Dommen EU-domstolen viste til som et eksempel på tilstrekkelig stillingsvern til å oppfylle uavhengighetskravet, *Consorti Sanitari del Maresme* er fra 2015.²⁴⁷ Uavhengighetskriteriet ble der koblet til at organet må opptre som en tredjepart for å anses som en «court or tribunal», ikke at uavhengighetskriteriet er ment å sikre effektiv rettsbeskyttelse. At momenter i uavhengighetsvurderingen presenteres med en «ny» begrunnelse var som nevnt ovenfor også tilfellet i *Banco de Santander*, og understreker EU-domstolens fokus på domstolers uavhengighet som sitt verktøy i kampen mot angrep på rettsstatlige verdier i enkelte av EUs-medlemsland.

I redegjørelsen for innholdet i TEUV artikkel 267s domstolsbegrep i *NADA* påpekte EU-domstolen at i tillegg til å oppfylle *Vaasen*-kriteriene er det «settled case law» at et organ bare kan forelegge dersom det har en sak gående for seg der organet skal avgi svar av juridisk natur, altså

²⁴² Dom avsagt 7. mai 2024.

²⁴³ *NADA*, avsnitt 39.

²⁴⁴ *Ibid.*, avsnitt 57 og generaladvokat Čapetas uttalelse, avsnitt 80.

²⁴⁵ *NADA*, avsnitt 51.

²⁴⁶ *Ibid.*, avsnitt 52-54.

²⁴⁷ *Ibid.*, avsnitt 51.

utøve dømmende virksomhet.²⁴⁸ Videre uttalte domstolen at vurderingen av om et organ er foreleggelsesberettiget må foretas på bakgrunn av «criteria relating to both the constitution of that body and to its function».²⁴⁹ Ved å understreke at det ikke bare er organets funksjon kriteriene retter seg mot, men også hvordan det er opprettet, kan det argumenteres for at EU-domstolen ønsker å understreke budskapet fra *Banco de Santander*. Nemlig at også for de domstolslignende organene er det nå hensynet til rettstat og effektiv rettsbeskyttelse som ligger til grunn for tolkningen av domstolsbegrepet i TEUV artikkel 267, ikke hensynet til at ethvert organ som utøver en dømmende funksjon skal ha rett til å forelegge tolkningsspørsmål.

Som beskrevet ovenfor er jeg av den oppfatning at innstrammingen av uavhengighetskravet før *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* og *Banco de Santander* hadde som formål å begrense foreleggelsesadgangen til administrative foreleggelsesorganer, og at begrunnelsen for denne innstrammingen sammenfaller med begrunnelsen i generaladvokat Colomers uttalelse fra *De Coster*. Med *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, *Banco de Santander*, og den påfølgende praksisen har hensikten derimot vært å sørge for at organer som uten tvil er domstoler, men som likevel ikke har tilstrekkelig uavhengighet ikke anses som del av det «europiske domstolsvesenet».²⁵⁰ Formålet har vært å sørge for at domstoler som ikke har tilstrekkelig uavhengige dommere, og dermed ikke kan sikre effektiv rettsbeskyttelse, ikke anerkjennes som del av det «europiske domstolsvesenet» ved at det får delta i dialog med EU-domstolen. Dommen i *NADA* understreker at EU-domstolen ser domstolars uavhengighet som et ledd i forsvaret av effektiv rettsbeskyttelse og rettstatsverdier i Unionen. Det gjelder også ved spørsmål om tvisteløsningsorganer utenfor medlemsstatenes ordinære domstolshierarki kan forelegge, det er i slike saker ikke rom for å tolke og anvende uavhengighetskravet i TEUV artikkel 267 på en mildere måte enn ellers. Slikt sett sammenfaller avgjørelsen i *NADA* godt med det enkelte forfattere har beskrevet som EU-domstolens opprettelse av et «european judiciary»²⁵¹, der organer som oppfyller får delta i dialog med EU-domstolen, mens organer som ikke tilbyr effektiv rettsbeskyttelse når de avgjør nasjonale saker, hvilket kontrolleres gjennom prøving av organets uavhengighet, ei heller får delta i dialog med EU-domstolen.

Oppsummering av EU-domstolens tolkning av domstolsbegrepet i TEUV artikkel 267

²⁴⁸ *Ibid.*, avsnitt 36.

²⁴⁹ *Ibid.*, avsnitt 36.

²⁵⁰ Se Lenaerts 2023, s. 40. Lenaerts redegjør for beskyttelse av «rule of law» under TEUV artikkel 267, men han påpeker i note 111 at han i den forbindelse *ikke* viser til administrative tvisteløsningsorganer som «may – or may not – comply with the definition of ‘court or tribunal’ within the meaning of Article 267 TFEU».

²⁵¹ Bonelli og Claes 2018, s. 641-643.

Gjennomgangen i punkt 2.2 viser at det har vært en markant utvikling i EU-domstolens tolkning av domstolsbegrepet. I de første sakene der spørsmålet om det foreleggende organet oppfylte domstolsvilkåret anla EU-domstolen en tolkning av vilkåret som ikke forklarer konkret *hva* en domstol er, men heller hvilke egenskaper som kjennetegner dømmende virksomhet. Dette kan beskrives som en formålsrettet tolkning i den forstand at TEUV artikkel 267 har til formål å opprette en ordning som sikrer så enhetlig anvendelse av EU-retten som mulig, i hele EU. I EUs oppstartsfase var det dessuten viktig at EU-domstolen sikret seg stort nok sakstilfang til å påvirke utviklingen av EU-retten og oppfylle sin funksjon som øverste fortolker av EU-retten. På denne bakgrunnen fikk en del organer som ikke var blant medlemsstatenes alminnelige domstoler forelegge tolkningsspørsmål. Dette kan ses på som en naturlig tolkning av uttrykksmåten «court or tribunal», men den allmenne oppfatningen synes å være at EU-domstolen anla en utvidende tolkning av domstolsbegrepet.

Etter hvert endret denne tolkningen seg. Med økningen av antallet medlemsstater fra 6 til 28 (etter Brexit 27) kom det stadig til nye foreleggelsesberettigede organer. Samtidig ble EU-retten stadig mer integrert i medlemsstatenes interne rettsordener, noe generaladvokat Colomer påpekte allerede i sin uttalelse i *De Coster*. For å hindre overbelastning av EU-domstolen gjennom en u håndterlig mengde foreleggelse, sikre kvaliteten på forhåndsavgjørelsene og sørge for at TEUV artikkel 267 forble en dialog mellom *dommere* ble tolkningen av domstolsbegrepet innstrammet. Nærmere bestemt reduserte EU-domstolen adgangen domstolslignende organer har til å forelegge. Ettersom de fleste domstolslignende organer oppfyller de øvrige *Vaasen*-kriteriene ble uavhengighetskriteriet EU-domstolens primære innstrammings-verktøy.

Fra midten av 2010-tallet sto EU overfor et nytt problem. I enkelte av medlemsstatene ble demokratiet både svekket og utfordret, og en av slagmerkene var domstolene og dommeres uavhengighet.²⁵² EU-domstolens svar har vært å skjerpe kravene som stilles til EUs medlemsstater om å sikre effektiv rettsbeskyttelse ved sine domstoler. Dette er krav som springer ut av TEU artikkel 19 og Pakten artikkel 47. Dersom medlemsstatenes domstoler ikke oppfyller disse

²⁵² Det er ikke bare i spørsmål om den dømmende makts uavhengighet EU-institusjonene har vært aktive de siste årene. I takt med EUs økende byråifisering stilles det krav både til EU-byråenes uavhengighet, og uavhengigheten til nasjonale organisasjoner som skal utøve myndighet ilagt dem av EU eller EØS-retten. Jeg behandler ikke dette nærmere, men i norsk juridisk teori er det fra de siste årene en rekke fremstillinger om uavhengighetskravene som stilles til slike forvaltningsorganer, se for eksempel Tollef Otterdal Heggen, *Er nasjonale tilsynsmyndigheter for finansmarknaden egentlig nasjonale? Krav om uavhengige nasjonale tilsynsmyndigheter for finansmarknaden i EU, EØS og Noreg*, Karnov Forlag, 2024, Alexander Sæthern, «EU-rettens krav om uavhengig reguleringsmyndighet for energi: En studie av europeiseringen av norsk kraftmarksregulering», *MarIus*, Nr. 555, 2022, og Sebastian Mydland Langbakk, «Om EU- og EØS-rettslige krav til uavhengige forvaltningsorganer», *Kritisk juss*, Vol. 50, nr. 1, 2024, s. 28-67.

kravene får de heller ikke delta i dialogen med EU-domstolen, og dermed må også ethvert organ som ønsker å forelegge oppfylle disse kravene. Resultatet er at enkelte domstolslignende organer vil kunne forelegge, andre ikke. Det vil variere basert på medlemsstatenes interne regulering av dem, særlig hvordan deres uavhengighet er ivaretatt.

3. EU-rettens betydning for domstolsbegrepet i ODA artikkel 34 – et spørsmål om homogenitetsprinsippets rekkevidde

3.1. Innledning

I kapittel 1 nevnte jeg at homogenitetsprinsippet i sin kjerne innebærer at EØS-retten skal tolkes likt med korresponderende bestemmelser i EU-retten. Dessuten nevnte jeg at spørsmålet om EU-rettens betydning for tolkningen av domstolsbegrepet i ODA artikkel 34 er et spørsmål om homogenitetsprinsippets randsoner. For å utforske randsonen av ethvert forskningsobjekt er det nødvendig å forstå dets kjerne. I punkt 3.2 tar jeg derfor for meg homogenitetsprinsippet opphav, begrunnelse, og utvikling frem til i dag. Med dette klarlagt analyserer jeg i punkt 3.3 såkalt «prosessuell homogenitet», og med analysen gjennomført undersøker jeg i punkt 3.4 om det er grunnlag for å oppstille en mer treffende systematisering av homogenitetsprinsippet rekkevidde og gjennomslag. Med bakgrunn i mitt forslag til ny systematisering, vurderer jeg i kapittel 4 hvilken relevans EU-retten, i all hovedsak EU-domstolens praksis redegjort for i kapittel 2, har for tolkningen av domstolsbegrepet i ODA artikkel 34.

Det er hensiktsmessig å nevne at verken EØS-avtalen eller ODA bruker den konkrete formuleringen «homogenitetsprinsippet». Utrykket viser heller til summen av de rettskildene som, enkelt og unyansert sagt, gir uttrykk for at EØS-rett skal tolkes og anvendes i samsvar med EU-retten. Nyanseringene kommer i det følgende.

3.2. Homogenitetsprinsippet

3.2.1. Bakgrunnen for homogenitetsprinsippet – EØS-avtalens formål

Formålet med EØS-avtalen er å utvide EUs indre marked til å også omfatte EFTA-statene. Dette kommer til uttrykk for eksempel i EØS-avtalens artikkel 1, som angir at formålet er å: «fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler, med sikte på å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde».²⁵³

EU-domstolen omtaler en av «the principal objectives of the EEA Agreement» som:

²⁵³ Se også fortalens punkt 4 om at «formålet er å opprette et dynamisk og ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde, som er grunnlagt på felles regler og like konkurransevilkår, som har tilstrekkelige håndhevelsesmidler, også på domstolsplan, og som er oppnådd på grunnlag av likhet og gjensidighet og en samlet balanse av fordeler, rettigheter og forpliktelser for avtalepartene».

«the fullest possible realisation of the free movement of goods, persons, services and capital within the whole EEA, so that the internal market established within the European Union is extended to the EFTA States».²⁵⁴

Den grunnleggende forutsetningen for at et ensartet samarbeidsområde som EØS-avtalen legger opp til skal fungere, er at regelverket som gjelder på området tolkes og anvendes likt. I de fleste tilfeller sikres lik tolkning av regelverk ved at reglene gjelder innen én definert jurisdiksjon, med ett tviste- og normkonfliktsløsningshierarki. EU-retten er eksempel på dette, der EU-domstolen er den øverste fortolker av EU-retten.²⁵⁵ Et grunnleggende aspekt ved EØS-avtalen er imidlertid at EFTA-statene ikke ønsket å overføre suverenitet i den grad som kreves for fullt EU-medlemskap. Det institusjonelle rammeverket EØS-avtalen legger opp til baserer seg derfor på to «pilarer» der EU, dets medlemsstater og institusjoner utgjør den ene, mens EFTA-statene, ESA, og EFTA-domstolen utgjør den andre. Pilarene kobles sammen ved EØS-rådet og EØS-komiteen, som begge er hjemlet i EØS-avtalens del VII, kapittel 1, avsnitt 1 og 2. I EU-pilaren fungerer de alminnelige EU-organene som håndhevelses- og tvisteløsningsorganer, mens det i EFTA-pilaren er EFTA-domstolen og ESA som utgjør tvisteløsnings- og håndhevelsesorganene.

Med denne to-pilarstrukturen i mente fremstår det utfordrende å sikre at EU-regelverk som blir til EØS-rett tolkes likt i EFTA-statene som i EU-statene. Det nødvendige EU-regelverket for å utvide det indre marked skal gjelde også for EFTA-statene, uten at disse overfører suverenitet til å, blant annet, underlegge seg EU-domstolens jurisdiksjon. Homogenitetsspørsmålet var derfor sentralt under EØS-forhandlingene. Leif Sevón har uttalt at « [i]f the common rules were to be applied and interpreted in two or more different ways, there would be no reason whatsoever to negotiate such a far-reaching agreement with its complex institutional set up».²⁵⁶ Opprinnelig var det derfor EØS-avtalepartenes intensjon å opprette en felles EØS-domstol som skulle spille en nøkkelrolle i å sikre homogen anvendelse av EØS-retten på tvers av medlemsstatene.²⁵⁷ Domstolen skulle ha øverste domsmyndighet i EØS-retten (både EFTA- og EU-pilaren), og være sammensatt av dommere fra EU-domstolen og én dommer fra hver av EFTA-statene, med medlemmene fra EU-domstolen i overtall.²⁵⁸ Det kan naturligvis stilles spørsmål ved hvor godt

²⁵⁴ C-897/19 PPU [SK] *I.N.*, avsnitt 50. Se også, blant annet, C-452/01 [P] *Ospelt*, avsnitt 29 og C-431/11 [A5] *Storbritannia mot Rådet*, avsnitt 50.

²⁵⁵ TEU artikkel 19(1) andre setning.

²⁵⁶ Leif Sevón, «The ECJ, the EFTA Court, and the national courts of the EFTA countries», i Peter Lødrup, Steinar Tjomsland, Gunnar Aasland og Magnus Aarbakke (red.), *Rettsteori og rettsliv. Festskrift til Carsten Smith*, Universitetsforlaget, 2002, s. 721-732, på side 724. Sevón var leder for arbeidsgruppen med ansvar for EØS-avtalens institusjonelle struktur, se Fredriksen og Mathisen 2022, s. 72.

²⁵⁷ Sevón 2002, s. 724.

²⁵⁸ Se Uttalelse 1/91 *EØS I*, avsnitt 10.

«EØS-domstolen» ville fungert, uten at jeg går nærmere inn på det her. For å illustrere avtalepartenes intensjon med EØS-domstolen kan det imidlertid pekes på Sevóns uttalelse om at domstolen skulle fungere som «the final guarantor of homogeneity».²⁵⁹ EU-domstolen avviste imidlertid i Uttalelse 1/91 *EØS I* forslaget om en EØS-domstol som uforenelig med EU-traktatene, idet den anså forslaget for å utfordre dens rolle som den øverste fortolker av EU-retten.²⁶⁰

Avtalepartene var like fullt bestemt på at homogenitet skulle sikres. Sevón skriver at etter Uttalelse 1/91 ønsket forhandlerne å sørge for at det ved tolkning av EØS-avtalen ville være umulig å «miss the writing on the wall: no matter what the limitations of the solutions imposed by the technical and political realities, the *overriding objective* of the Contracting Parties is to ensure a uniform interpretation and application of the EEA Agreement and corresponding Community rules in a homogenous EEA» (min kursivering).²⁶¹ Denne målsettingen innebærer videre at EØS-retten implisitt aksepterer EU-rettens formål der det er nødvendig for å oppnå en homogen rettsstilstand – selv om det kan argumenteres for at det aktuelle formålet ikke kan forankres direkte i EØS-avtalen.²⁶² Norberg mfl. skriver at «[a]lthough there will formally be two separate legal orders: Community law and EEA law, the two could nonetheless in practice be said to form a common European legal system».²⁶³

3.2.2. Homogenitetsprinsippets innhold

3.2.2.1. EØS-avtalens og ODAs bestemmelser om homogen fortolkning og anvendelse *EØS-avtalens fortale og artikkel 6 og ODA artikkel 3*

Så – hvordan er homogenitet søkt oppnådd i EØS-retten? Det fremkommer en rekke steder i avtalen og i ODA, på forskjellige måter og med noe ulike formuleringer, at EØS-retten skal tolkes homogent med EU-retten. Ettersom tema for dette kapittelet er homogenitetsprinsippet som tolkningsprinsipp avgrenser jeg mot å redegjøre for innholdet i alle bestemmelsene. Det er imidlertid verdt å nevne avtalens del 7 om institusjonelle bestemmelser, kapittel 3, avsnitt 1 med tittelen «Ensartethet», som ble inntatt etter Uttalelse 1/91.²⁶⁴ Bestemmelsene her oppstiller en rekke institusjonelle mekanismer for å på forskjellige måter sikre homogenitet. Av særlig interesse for å kaste lys over avtalepartenes homogenitetsmålsetting er artikkel 111(3), som

²⁵⁹ Sevón 2002, s. 724.

²⁶⁰ Uttalelse 1/91 *EØS I*, se blant annet avsnitt 35.

²⁶¹ Sevón 2002, s. 724.

²⁶² Sven Norberg, Karin Hökborg, Martin Johansson, Dan Eliasson, og Lucien Dedichen, *EEA Law – A commentary on the EEA Agreement*, Fritzes, 1993, s. 185.

²⁶³ *Ibid.*, s. 187.

²⁶⁴ Sevón 2002, s. 723.

åpner for at EU-domstolen på nærmere vilkår kan avgjøre tvister om tolkning av EØS-rett.²⁶⁵ Også EFTA-statene og ESAs adgang til å intervenere i saker for EU-domstolen, og Kommisjonen og EU-medlemsstatenes tilsvarende rett for EFTA-domstolen, er verdt å nevne.²⁶⁶ I det videre vil jeg rette fokus mot EØS-avtalens fortale, artikkel 6, og ODAs fortale og artikkel 3.

EØS-avtalens fortale avsnitt 4 angir at «formålet er å opprette et dynamisk og ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde, som er grunnlagt på felles regler og like konkurransevilkår». Fortalens avsnitt 15 gir uttrykk for at «avtalepartenes formål, med full respekt for domstolenes uavhengighet, er å nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av denne avtale og de bestemmelser i Fellesskapets regelverk som i det vesentlige er gjengitt i denne avtale».²⁶⁷ ODAs fortale avsnitt 4 reproducerer teksten til EØS-avtalens fortale avsnitt 15. Det er altså klart ut fra fortalene til både EØS-avtalen og ODA at avtalepartene ønsket homogen tolkning og anvendelse av reglene.

Hvordan dette skulle oppnås er nærmere omtalt i avtalenes hoveddeler. Etter EØS-avtalens artikkel 6 følger det at:

«[v]ed gjennomføringen og anvendelsen av *bestemmelsene i denne avtale*, og med forbehold for den fremtidige utvikling av rettspraksis, skal bestemmelsene, så langt de i sitt *materielle innhold er identiske med de tilsvarende regler* i Traktaten om opprettelse av Det europeiske økonomiske fellesskap og Traktaten om opprettelse av Det europeiske kull- og stålfellesskap og med rettsakter som er vedtatt i henhold til de to traktatene, fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som De europeiske fellesskaps domstol har truffet *før undertegningen av denne avtale*» (mine kursiveringer).²⁶⁸

Bestemmelsene i «denne avtale» er etter EØS-avtalen artikkel 2(a) «avtalens hoveddel, dens protokoller og vedlegg samt de rettsakter som er omhandlet i dem». Bestemmelser som skal tolkes i samsvar med hverandre er dermed de som er materielt, ikke nødvendigvis tekstuelt, identiske. Videre setter artikkel 6 en tidsbegrensing for når EØS-rett *skal* tolkes i samsvar med EU-retten slik EU-domstolen har tolket den; *frem til signeringstidspunktet* for EØS-avtalen.²⁶⁹

ODA artikkel 3(1) utvider homogenitetsprinsippet slik det fremkommer av EØS-avtalen artikkel 6 til å gjelde også ODA protokoll 1-4 og vedlegg I og II. Dette er regelverk som omhandler

²⁶⁵ Muligheten er aldri brukt.

²⁶⁶ Se EFTA-domstolens vedtekter artikkel 36 og Artikkel 40 Protokoll 3 til TEUV, «On the Statute of The Court of Justice of the European Union». EFTA-statene mistet i en periode intervensjonsretten, se fotnote 398.

²⁶⁷ Henvisningen til domstolenes uavhengighet er en klar referanse til EU-domstolens reservasjoner mot EØS-avtalen i Uttalelse 1/91.

²⁶⁸ At artikkel 6 viser til Traktaten om opprettelse av Det europeiske økonomiske fellesskap og Traktaten om opprettelse av Det europeiske kull- og stålfellesskap er et eksempel på hvordan utviklingen i EU har løpt fra EØS-avtalen. Traktatene er nå erstattet av de tidligere nevnte TEU og TEUV.

²⁶⁹ 1. januar 1994.

ESAs kompetanse og oppgaver.

Av ODA artikkel 3(2) følger det at:

«[ESA] og EFTA-domstolen skal gjennom fortolkningen og anvendelsen av EØS-avtalen og denne avtale ta *tilbørlig hensyn* til de prinsipper som er fastlagt gjennom de relevante rettsavgjørelser som [EU-domstolen] har truffet *etter undertegningen av EØS-avtalen*, og som berører fortolkningen av EØS-avtalen eller av regler i [TEU eller TEUV] så langt de i sitt materielle innhold er identiske med bestemmelsene i EØS-avtalen eller bestemmelsene i protokoll 1-4 og bestemmelsene i de rettsakter som svarer til dem som er oppført i vedlegg I og II til denne avtale» (mine kursiveringer).

ODA 3(2) angir altså at også relevante avgjørelser fra EU-domstolen etter EØS-avtalens signeringstidspunkt må tas tilbørlig hensyn til. Dette er en naturlig følge av fortalenes uttalelser om å ikke bare nå frem til, men også «oppretholde» en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen og EU-retten. For å unngå inngrep i suverenitet EFTA-statene ikke har ment å overføre angir dessuten ODA 3(2) at ESA og EFTA-domstolen bare skal ta «tilbørlig hensyn» til EU-domstolens praksis etter signeringstidspunktet, i motsetning til påbudet i EØS-avtalens artikkel 6 om å tolke EØS-avtalen «i samsvar med» EU-domstolens praksis fra før signeringen.

Anvendelsesområdet til ODA artikkel 3(2)

Et spørsmål knyttet til ODA artikkel 3(2) er om den også utvider homogenitetsprinsippet til å gjelde for bestemmelser i ODAs hoveddel som er materielt like EU-rettslige bestemmelser. Om det var tilfellet ville avhandlingens problemstilling langt på vei være besvart av ordlyden i ODA artikkel 3(2) alene. EFTA-domstolen ville antagelig i så fall måtte ta «tilbørlig hensyn» til EU-domstolens praksis knyttet til TEUV artikkel 267.

Artikkel 3(2) angir innledningsvis at det er ved fortolkningen av EØS-avtalen og «denne avtale» at ESA og EFTA-domstolen må ta tilbørlig hensyn til EU-domstolens etterfølgende praksis. Det tyder på at artikkel 3(2) også gjelder for ODAs hoveddel. Mot slutten av 3(2) følger det imidlertid at praksisen det skal tas tilbørlig hensyn til er den som «berører fortolkningen av EØS-avtalen» eller av regler i TEU og TEUV så langt reglene i TEU eller TEUV «i sitt materielle innhold er identiske med bestemmelsene i EØS-avtalen eller bestemmelsene i protokoll 1-4 og bestemmelsene i de rettsakter som svarer til [rettsaktene] oppført i vedlegg I og II til [ODA]». Med andre ord gir bestemmelsen *innledningsvis* uttrykk for å gjelde både tolkning av EØS-avtalen og ODAs hoveddel. Men rettspraksisen fra EU-domstolen ODA artikkel 3(2) senere i sin ordlyd angir som relevant er imidlertid ikke praksis om enhver EU-bestemmelse som korresponderer med en bestemmelse i ODA. Det er kun rettspraksis om EU-bestemmelser som

korresponderer til bestemmelser i ODA protokoll 1-4 og vedlegg 1 og 2 som angis som relevant. Bestemmelsen kan altså synes å ha en innbyrdes motsetning der det innledende «vide» anvendelsesområdet står i konflikt med det avsluttende «snevre» omfanget av relevant praksis fra EU-domstolen.

Hvilket tolkningsalternativ som skal velges, det «vide» eller «snevre», er et vanskelig spørsmål. Fredriksen og Mathisen er tilsynelatende av den oppfatning at ODA 3(2) ikke omfatter tolkning av ODAs hoveddel.²⁷⁰ Wennerås åpner på sin side for at formuleringen kan være en «glipp» («lapse») ettersom den innledende forutsetningen i ODA artikkel 3(2) om «denne avtale» ville etterlates innholdsløs om bestemmelsen ikke også skulle gjelde for ODAs hoveddel.²⁷¹

Jeg ser det på den ene siden som vanskelig å forestille seg at ikke hvert eneste ord i en avtale som ODA er nøye overveid av avtalepartene før den endelige signeringen. Dette er utgangspunktet ellers ved tolkning av folkerettslige avtaler.²⁷² Det er imidlertid også vanskelig å anlegge en tolkning som tømmer enkelte av ordene i avtalens bestemmelser for innhold, slik den «vide» tolkningen av ODA artikkel 3(2) gjør. Den «snevre» tolkningen presiserer på sin side bestemmelsens anvendelsesområde, fremfor å tømme deler av den for innhold. Presiseringen knytter seg dessuten til deler av ODA som omhandler helt sentrale deler av det indre marked, som for eksempel protokoll 4 som gjennomfører en rekke EU-rettsakter om Kommisjonens kompetanse på konkurranserettens område, og ilegger ESA denne kompetansen i EFTA-pilaren av EØS-avtalen. Som jeg kommer nærmere tilbake til i punkt 3.3 har ikke alle bestemmelsene i ODA tilsvarende kobling til bestemmelser i EU-rettsakter. Jeg anser dermed den «snevre» tolkningen å være den riktige, på bakgrunn av dens presiserende funksjon, og hvilke bestemmelser den presiserer at må tolkes homogent. ODA artikkel 3(2) utvider dermed ikke homogenitetsprinsippet til å gjelde også for ODAs hoveddel.

Det tekstuelle homogenitetsprinsippet

På bakgrunn av rettskildene ovenfor, særlig EØS-avtalen artikkel 6 og ODA artikkel 3 kan følgende bilde av det «tekstuelle» homogenitetsprinsippet tegnes: Bestemmelser i EØS-avtalen skal tolkes i samsvar med materielt lignende EU-rettslige bestemmelser. Altså krever homogen

²⁷⁰ Fredriksen og Mathisen 2022, s. 74.

²⁷¹ Wennerås 2018b, s. 987-983, punkt 6.

²⁷² Ordlydens viktighet ved traktatstolkning følger implisitt av artikkel 31, nr. 1 i Wien-konvensjonen (Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organization, Wien, 21. mars 1986 (Ikrafttredelse 27. januar 1980)). Se også Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 6. utgave, 2023, kapittel 5, punkt 6.

fortolkning av EU-rett en EØS-rettslig bestemmelse å ta utgangspunkt i. EU-domstolens praksis før signeringstidspunktet skal være bindende, mens det bare trengs å ta tilbørlig hensyn til etterfølgende praksis. Praksisens dato utgjør dermed et rettskildemessig poeng i seg selv.

Videre har EFTA-domstolen oppstilt en presumpsjon om at liknende EØS- og EU-rettslige bestemmelser skal tolkes likt, altså en *homogenitetspresumpsjon*. Et eksempel er *Hjemfallsretten*, hvor EFTA-domstolen uttalte at: «[t]he principle of homogeneity enshrined in the EEA Agreement leads to a presumption that provisions framed identically in the EEA Agreement and the EC Treaty are to be construed in the same way».²⁷³ EFTA-domstolen innrømte imidlertid at det er «certain differences in the scope and purpose» til EØS-avtalen og EU-traktene som under «specific circumstances» kan føre til forskjellige tolkninger.²⁷⁴ Foreløpig har ikke det skjedd.

Bortsett fra at signeringstidspunktet aldri har utgjort noe reelt rettskildemessig skille utgjør det overnevnte kjernen i homogenitetsprinsippet, som det er bred enighet om.²⁷⁵ Som vi skal se i punkt 3.3.2.2 har EFTA-domstolen praktisert homogenitetsprinsippet markant videre enn avtaletekstenes bestemmelser tilsynelatende legger opp til.

3.2.2.2. 30 år med utvikling av homogenitetsprinsippet

Innledende bemerkninger

EFTA-domstolen har over sine nå 30 år avsagt en forholdsvis stor mengde saker om homogenitetsprinsippet. Det sentrale temaet er EFTA-domstolens vilje til å strekke homogenitetsprinsippet langt for å sikre EØS-avtalens formål om å ivareta et enhetlig EØS. For å redegjøre for denne viljen trekker jeg i det følgende de lange linjene i EFTA-domstolens praksis om homogenitetsprinsippet, men avgrenser mot en uttømmende redegjørelse.²⁷⁶

Jeg nevnte ovenfor at signeringstidspunktet ikke i realiteten har utgjort noe skille. Et eksempel er *Rainford Towning* der EFTA-domstolen viste til skjæringstidspunktet, men besvarte det materielle spørsmålet i saken med en rekke henvisninger til EU-domstolens praksis etter skjæringstidspunktet, uten å problematisere den rettskildemessige verdien.²⁷⁷ Sevón påpeker at

²⁷³ E-2/06 *Hjemfallsretten*, avsnitt 59.

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ Se blant annet Fredriksen og Mathisen 2022, s. 70-73, Arnesen mfl. 2022, s. 42, Torje Sunde, Jon Lunde, og Ida Sørebo, *EØS-lovgivningen: fra EU-rett til EØS-rett og norsk rett*, 1. utg, Universitetsforlaget, 2024, s. 195, og EU-domstolen i blant annet *Ospelt*, avsnitt 29. Om signeringstidspunktet, se punkt 3.3.2.2.

²⁷⁶ Se Wennerås' kommentarer til EØS-avtalen artikkel 6 i Wennerås 2018a, s. 209-248 for en grundig, og svært kritisk gjennomgang. Wennerås mener EFTA-domstolen har skapt et homogenitetsprinsipp «sans frontières», se s. 209.

²⁷⁷ E-3/98 *Rainford Towning*, avsnitt 20.

formuleringen om «tilbørlig hensyn» i ODA artikkel 3(2) ble inntatt for å ikke gjøre EU-domstolens senere avgjørelser bindende for EFTA-statene, altså av suverenitetshensyn, men at EFTA-domstolen i praksis avgjør saker basert på EU-domstolens praksis uavhengig av avsigsdatoen.²⁷⁸ Som Sevón og andre påpeker er dette naturlig og forholdsvis ukontroversielt, da en annen fremgangsmåte ville gjort det svært vanskelig å opprettholde et enhetlig EØS.²⁷⁹ Norges Høyesterett tilsluttet seg også tidlig praksisen om å ikke ilegge signeringstidspunktet rettskildemessig betydning ved tolkning av og slutninger fra EU-domstolens praksis.²⁸⁰

Virkningsorientert homogenitet

Mer kontroversielt var det da EFTA-domstolen avsa den monumentale *Sveinbjörnsdottir*, om statlig erstatningsansvar ved feilaktig implementering av et direktiv i nasjonal rett.²⁸¹ EFTA-domstolen bemerket at det ikke var noen «explicit provision» i EØS-retten som utgjorde rettsgrunnlag for statlig erstatningsansvar.²⁸² EU-domstolen hadde på bakgrunn av EF-traktatens system og grunnleggende prinsipper, men uten forankring i noen konkret bestemmelse, oppstilt et slikt ansvar i *Frankovich*.²⁸³ *Francovich* ble avsagt i november 1991, altså under EØS-forhandlingene. Forhandlingspartene må derfor ha vært klar over utviklingen. Basert på fraværet av noen bestemmelse om statlig erstatningsansvar i EØS-avtalen skulle det ut fra den tekstuelle forståelsen av homogenitetsprinsippet i 3.2.2.1 ikke oppstått noe spørsmål om homogenitet overhodet.

EFTA-domstolen så annerledes på saken, og stilte spørsmålet om statlig erstatningsansvar kunne hjemles i «the stated purposes and the legal structure of the EEA Agreement».²⁸⁴ Basert på en gjennomgang av bestemmelsene i EØS-avtalen og ODA som er ment å sikre homogenitet, samt formålet om å etablere rettigheter for individer og økonomiske operatører fant EFTA-domstolen at EØS-avtalen er «an international treaty *sui generis* which contains a distinct legal order of its own».²⁸⁵ Formålet om homogenitet og å etablere rettigheter kom så sterkt til uttrykk i EØS-avtalen at «the EFTA States must be obliged to provide for compensation for loss and

²⁷⁸ Sevón 2002, s. 725.

²⁷⁹ *Ibid.*, og Wennerås 2018a, s. 212-213.

²⁸⁰ Se for eksempel Rt. 1997 s. 1954 A *Løten kommune*, på side 1960, Rt. 1997 s. 1965 A *Eidesund*, på side 1970, og Rt. 1999 s. 977 A *Nemko*, på side 981.

²⁸¹ E-9/97 *Sveinbjörnsdottir*. Jeg går ikke nærmere inn på statsansvaret, se inngående Halvard Haukeland Fredriksen, *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*, Fagbokforlaget, 2013.

²⁸² *Ibid.*, avsnitt 46. Se Fredriksen og Mathisen 2022, s. 54-55 for kritikk av bruken av uttrykket «*sui generis*».

²⁸³ C-6/90 [P] *Francovich*, avsnitt 28-37.

²⁸⁴ *Sveinbjörnsdottir*, avsnitt 47.

²⁸⁵ *Ibid.*, avsnitt 59.

damage caused to an individual by incorrect implementation of a directive».²⁸⁶ Med dette brukte EFTA-domstolen homogenitetsprinsippet til å innfortolke et prinsipp om statlig erstatningsansvar i EØS-avtalens rettsorden, selv om avtalen ikke har noen bestemmelse å forankre ansvaret i. Dette er til forskjell fra andre folkerettslige avtaler, der det som utgangspunkt bare er stater krenket av en annen stats folkerettsbrudd som kan gjøre ansvar gjeldende.²⁸⁷ For de som argumenterer for at EØS-avtalen er noe *mer* enn en folkerettslig avtale er statsansvaret i *Sveinbjörnsdottir* derfor en av de fremste argumentene.²⁸⁸

Bare et halvt år etterpå bemerket EU-domstolen i *Rechberger* at EFTA-domstolen i *Sveinbjörnsdottir* «in view of the objective of uniform interpretation and application» i EØS-retten hadde redegjort for «the principles governing the liability of an EFTA state for infringement of a directive».²⁸⁹ EU-domstolen støttet altså det EØS-rettslige statlige erstatningsansvaret og EFTA-domstolens bruk av homogenitetsprinsippet.²⁹⁰ EFTA-domstolen bekreftet sitt syn i *Karlsson*,²⁹¹ og i *Finanger II* tilsluttet Høyesterett i plenum seg til både statsansvaret og homogenitetsargumentasjonen det bygde på.²⁹² Det kan argumenteres for at EFTA-domstolen utledet statsansvaret fra selve EØS-avtalen, dens formål, og oppbygning, og at homogenitetsprinsippet ikke spilte en avgjørende rolle. Når EFTA-domstolen selv viste til homogenitetsformålet i utledningen av ansvaret, og EU-domstolen senere uttalte at det var i lys av homogenitetsformålet EFTA-domstolen hadde utledet statsansvaret, er jeg av den klare oppfatning at homogenitetsprinsippet spilte en avgjørende rolle i *Sveinbjörnsdottir*.²⁹³

Linjen EFTA-domstolen startet i *Sveinbjörnsdottir* peker mot en forståelse av homogenitetsprinsippet som ikke knytter seg til konkret tolkning av bestemmelser, men heller å opprettholde en så lik som mulig rettstilstand i EU- og EØS-retten.²⁹⁴ Denne resultatorienterte forståelsen av

²⁸⁶ *Ibid.*, avsnitt 60. Som Fredriksen og Mathisen skriver var argumentasjonsmåten dermed ganske lik som når EU-domstolen utleder generelle prinsipper fra enkeltregler. Jeg avgrenser mot dette, men se Fredriksen og Mathisen 2022 s. 39-42 og 73.

²⁸⁷ Ruud og Ulfstein 2023, s. 325.

²⁸⁸ Jeg går ikke nærmere inn på dette her.

²⁸⁹ C-140/97 [P] *Rechberger*, avsagt 15. juni 1999. *Sveinbjörnsdottir* ble avsagt 10. desember 1998.

²⁹⁰ *Rechberger*, avsnitt 39.

²⁹¹ E-4/01 *Karlsson*, avsnitt 25.

²⁹² Rt. 2005 s. 1365 *Finanger II* (dissens 9-4), avsnitt 52. Dommer Tjomsland, representanten for mindretallet, presiserte innledningsvis i sitt votum, i avsnitt 111, at han var enig i «at staten på nærmere bestemte vilkår kan bli erstatningsansvarlig på EØS-grunnlag».

²⁹³ Se også Halvard Haukeland Fredriksen, «Bridging the Widening Gap between the EU Treaties and the Agreement on the European Economic Area», *European Law Journal*, Vol. 18, nr. 6, 2012, s. 868-886, på side 881-882, Christian Franklin og Halvard Haukeland Fredriksen, «Differentiated Citizenship in the EEA», i Dora Kostakopoulou og Daniel Thym (red.), *Research Handbook on European Union Citizenship Law and Policy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2022, s. 297-319, på side 303-304, og Fredriksen 2013, særlig side 65-67.

²⁹⁴ Fredriksen 2013, s. 65.

homogenitetsprinsippet kom på spissen i *Gunnarson, Jabbi, og Campbell*.²⁹⁵ EFTA-domstolen sto overfor spørsmål om en tredjelandsborgers avledete rett til familiegjennforening med en EØS-borger i dennes egen hjemstat, med grunnlag i direktivet om fri bevegelighet for unionsborgere.²⁹⁶ EU-domstolen hadde allerede tolket direktivet slik at det ikke ga noen slik rett, men hadde på bakgrunn av TEU artikkel 21 nr. 1 om unionsborgeres rettigheter anvendt direktivets artikkel 7 analogt for å etablere en slik rett.²⁹⁷ TEU artikkel 21 har ingen parallell i EØS-avtalen, da unionsborgerskapet ikke strekker seg til EFTA-statene.²⁹⁸ Dette reiste spørsmål om hvordan direktivet skulle tolkes i EØS-retten.

Jabbi er illustrerende. EFTA-domstolen noterte seg at det siden signeringen av EØS-avtalen har oppstått et skille («gap») mellom de to pilarene som kan få betydning for tolkningen av EØS-avtalen.²⁹⁹ Domstolen siktet til poenget jeg nevnte ovenfor; at siden vedtakelsen av EØS-avtalen har EU vært gjennom *fire* større traktatrevisjoner som har introdusert nye dimensjoner og rettigheter til EU-retten, mens EØS-avtalens hoveddel har stått uforandret.³⁰⁰ Retten til unionsborgerskapet for enhver borger av et EU-land, nedfelt i TEU artikkel 21, er eksempel på en rettighet som er tilkommet *etter* signeringen av EØS-avtalen. Det er dermed ingen tilsvarende bestemmelse i EØS-avtalen. I *Jabbi* konstaterte da også EFTA-domstolen at EU-domstolens praksis om familiegjennforeningsspørsmålet bygde på rettskilder som ikke er del av EØS-retten.³⁰¹ I stedet for å konkludere med at det derfor ikke kunne oppstilles noen EØS-familiegjennforeningsrett i egen hjemstat, stilte EFTA-domstolen heller spørsmålet om «homogeneity in the EEA can be achieved based on an authority included in the EEA Agreement». ³⁰² Basert på blant annet den helt sentrale posisjonen fri bevegelighet for arbeidere har for EØS-avtalen, og at fraværet av rett til familiegjennforening også i egen hjemstat kunne virke som et hinder på fri bevegelighet, fant EFTA-domstolen at en gjennforeningsrett kunne hjemles i unionsborgerskapsdirektivet artikkel 7.³⁰³

²⁹⁵ Henholdsvis E-26/13 *Gunnarson*, E-28/15 *Jabbi*, og E-4/19 *Campbell*. Se mer inngående om sakene og problemstillingen i Franklin og Fredriksen, 2022.

²⁹⁶ Europarlamentet og Rådets direktiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å bevege og oppholde seg fritt på medlemsstatenes område.

²⁹⁷ C-456/12 *O & B*, avsnitt 35-61. Se nærmere om *O & B*, de tre sakene i fotnote 295, og borgerskapsdirektivet artikkel 7 i Christian Franklin, «Pride and Prejudice: Some Reflections on the (In)discretionary Application of Fundamental Freedoms by Norwegian Courts», *Europarecht*, Beiheft 1, 2020, s. 225-254.

²⁹⁸ EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007, 7. desember 2007.

²⁹⁹ *Jabbi*, avsnitt 62.

³⁰⁰ Se ytterligere i Fredriksen 2012 og i Fredriksen og Franklin 2015, s. 635-650.

³⁰¹ *Jabbi*, avsnitt 65-67.

³⁰² *Ibid.*, avsnitt 68.

³⁰³ *Ibid.*, avsnitt 82.

Enkelte argumenterer for at *Gunnarsson, Jabbi, og Campbell* er spesielle tilfeller som ikke gir uttrykk for noen generell side ved homogenitetsprinsippet.³⁰⁴ Om homogenitet i EØS-retten kunne oppnås basert på andre kilder i EØS-retten enn den aktuelle, korresponderende rettigheten i EU er imidlertid akkurat samme spørsmål som ble stilt i *Sveinbjörnsdottir*. Det er likevel en forskjell all den tid det i *Sveinbjörnsdottir* ikke var noen tolkningskonflikt på samme måte som i de tre nyere sakene, der tolkingen som førte til homogent resultat samtidig innebar å tolke borgerskapsdirektivet artikkel 7 i strid med EU-domstolens tolkning. Likevel fremstår det nærliggende å se disse sakene for utslag av den forståelsen av homogenitetsprinsippet Fredriksen og Mathisen argumenterer for, at homogenitetssprinsippet gjennomslagskraft vil variere i enhver sak. At reglene om fri bevegelse, del av kjernen i EØS-avtalen, og at individer skal ha mulighet til å kreve erstatning for feilaktig implementering av direktiver er to spørsmål der homogenitet har blitt funnet å slå kraftig gjennom.³⁰⁵

EFTA-domstolen bekreftet tolkningen fra *Jabbi* i *Campbell*.³⁰⁶ EFTA-domstolens praksis har møtt kritikk.³⁰⁷ Sentralt for avhandlingens del er at praksisen viser at EFTA-domstolen er villig til å gå langt for å sikre homogenitet på områder som er sentrale for EØS-avtalens formål, lengre enn både EØS-avtalen og ODAs tekst skulle tilsi.³⁰⁸ Jeg går derfor ikke nærmere inn på kritikken.

EU-domstolens oppfatning av homogenitetsprinsippet

Som nevnt fikk EFTA-domstolens tolkning i *Sveinbjörnsdottir* tilslutning i *Rechberger*. Mer konkrete uttalelser om homogenitetsprinsippet og dets betydning for tolkning av EØS-retten kom i allerede nevnte *Ospelt*. Etter at den redegjorde for EØS-avtalens formål om «the fullest possible realisation» av de fire frihetene for å utvide EUs indre marked til EFTA-statene uttalte EU-domstolen at det tilkommer den å «ensure that the rules of the EEA Agreement which are identical in substance to those of the Treaty are interpreted uniformly within the Member States».³⁰⁹ Dette er en forståelse ganske i tråd med den tekstuelle forståelsen av homogenitetsprinsippet i punkt 2.3.1.3, og EU-domstolen bruker fortsatt denne formuleringen.³¹⁰

EU-domstolens storkammerdom i *I.N.* er imidlertid av interesse for å kaste lys over EU-domstolens syn på homogenitet og EØS-avtalens stilling i EU-retten. Saken gjaldt en tidligere russisk statsborger, *I.N.*, som hadde fått opphold i Island basert på at han var anerkjent som politisk

³⁰⁴ Se Sunde mfl. 2024, s. 200 der sakene omtales om en egen kategori av saker om homogenitetsprinsippet.

³⁰⁵ Mer om denne forståelsen av homogenitetsprinsippet i punkt 3.2.2.3.

³⁰⁶ *Campbell*, avsnitt 58 og 55.

³⁰⁷ Se Fredriksen og Mathisen 2022, s. 75-78, Wennerås 2018a, s. 241-245, Sunde mfl. 2024, s. 202, Arnesen mfl. 2022, s. 46-48.

³⁰⁸ Se EFTA-domstolens nåværende president, Páll Hreinsson, «General Principles», i Baudenbacher (red.) 2016, s. 349-389, på side 353.

³⁰⁹ *Ospelt*, avsnitt 29.

³¹⁰ Se blant annet C-72/09 [A5] *Établissements Rimbaud*, avsnitt 20, og *I.N.*, avsnitt 50.

flyktning. På ferie i Kroatia var han blitt arrestert og planlagt utlevert til Russland under en internasjonal arrestordre. Ved arrestasjonen i Kroatia hadde han fremvist et islandsk reisedokument for flyktninger.³¹¹ *I.N.* anførte at utlevering ville være i strid med hans rettigheter etter EØS-avtalen. Den kroatisk domstolen med ansvar for saken forela tolkningsspørsmål for EU-domstolen. Norge inngav innlegg om at EFTA-domstolens forståelse av homogenitetsprinsippet i *Jabbi* var feil, mens ESA og Kommisjonen inngav innlegg om at den var riktig.³¹² EU-domstolen unngikk det konkrete spørsmålet og ga heller *I.N.* vern mot utlevering på bakgrunn av en tolkning av EØS-avtalen 36 som ga borgere av en EFTA-stat samme vern som en EU-borger ville hatt etter TEUV artikkel 21.³¹³ I dommen la storkammeret vekt på at Island i tillegg til å være en EFTA-stat er medlem av Schengen-avtalen, slik at *I.N.* hadde samme vern som en EU-borger ville hatt etter TEU artikkel 3(2).³¹⁴ *I.N.* er ingen anerkjennelse av det resultatorienterte homogenitetsprinsippet fra EU-domstolens side, men det er like fullt en «EØS-vennlig»-dom der det legges vekt på den «europiske rettstilstanden» skapt av EØS-avtalen og andre avtaler mellom europeiske land som kan føre til samme rettstilstand og rettsbeskyttelse for borgere av EFTA-statene som for EU-borgere.³¹⁵

3.2.2.3. Operasjonalisering av homogenitetsprinsippet

Et sentralt spørsmål etter gjennomgangen av utviklingen av homogenitetsprinsippet i punkt 3.3.2 er hvordan prinsippet operasjonaliseres – altså hvilken betydning homogenitetsprinsippet har for EØS-rettslig metode. Min oppfatning er at homogenitetsprinsippet er grunnsteinen for den EØS-rettslige metoden. Formålet med avtalen er å utvide EUs interne marked til EFTA-statene. Reglene som gjelder for markedet i EU må (innenfor rammen av EØS-avtalens unntak for landbruk og fiskeri) tolkes og anvendes likt i EFTA-statene som i EUs medlemsstater. Den eneste måten å oppnå det på er ved å anvende den samme metoden EU-domstolen bruker.³¹⁶ Samtidig må det respekteres at EFTA-statene med EØS-avtalen ikke gjorde seg til EU-medlemmer og at EØS-retten ikke nødvendigvis alltid kan tolkes likt som EU-retten.³¹⁷

³¹¹ *I.N.*, avsnitt 19.

³¹² *I.N.*, generaladvokat Tanchevs innstilling, henholdsvis avsnitt 44-47 og 71-77.

³¹³ Se mer inngående i Fredriksen og Mathisen 2022, s. 77-78.

³¹⁴ *I.N.*, avsnitt 58.

³¹⁵ Fredriksen og Mathisen 2022, s. 78.

³¹⁶ Dette er lagt til grunn også av Høyesterett. Se for eksempel Rt. 2011 s. 609, avsnitt 72, der Høyesterett uttalte at et spørsmål knyttet til et direktiv inkorporert i EØS-avtalen måtte løses «ut fra de samme rettskilder som ville gjelde dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EU-domstolen», med henvisning til tidligere praksis som ga uttrykk for det samme. Bergo beskriver denne praksisen som at Høyesterett har tolket EØS-avtalen artikkel 6 «som en import av ECJs metodeprinsipper», se Knut Bergo, *Rett praksis: Lærebok i norsk juridisk metode*, 1. utgave, Fagbokforlaget, 2022, s. 251.

³¹⁷ Som anerkjent av EFTA-domstolen i blant annet *Hjemfallsretten*, avsnitt 59.

Homogenitetsmålsettingen legger altså føringer for EØS-metoden. Selv om EØS-avtalen grunnleggende sett er en folkerettslig avtale er det dermed ikke «alminnelig» folkerettslig metode med utgangspunkt i Wien-konvensjonen artikkel 31 flg. som kommer til anvendelse.³¹⁸ I stedet angir EØS-avtalen gjennom homogenitetsprinsippet sin egen tolkningsmetode. Metoden innebærer at EØS-rettslige spørsmål må løses ved å først besvare det på bakgrunn av EU-rettslig metode – altså hvordan EU-domstolen ville gått frem for å løse det samme spørsmålet i EU-retten. Når det EU-rettslige svaret er klarlagt, blir spørsmålet om det er hindringer for å overføre løsningen til EØS-retten – altså å oppnå homogenitet. I juridisk teori gir Fredriksen og Mathisen det klareste uttrykket for denne to-trinns tolkningsmetoden, men også andre forfattere tilslutter seg den.³¹⁹

Når den EU-rettslige regelen er klarlagt er det som redegjort for ovenfor en sterk presumpsjon for at regelen skal være den samme i EØS-retten. Det gjelder særlig sterkt for tolkningsspørsmål som omfattes av EØS-avtalen artikkel 6 og ODA-artikkel 3 – for eksempel tolkning av et vilkår i et direktiv som er inkorporert i EØS-avtalen. Men som påvist er det klart at homogenitetsprinsippet strekker seg lengre enn dette. I tilfeller der rettsgrunnlaget for en EU-rettslig regel ikke er del av EØS-retten blir spørsmålet om regelen kan forankres i andre EØS-rettslige kilder, slik som i *Sveinbjörnsdottir* og de tre dommene om tolkning av borgerskapsdirektivet. Det blir ikke spørsmål om tolkning av en EØS-rettslig bestemmelse, men heller et spørsmål om den samme regelen – det samme resultatet – kan oppnås i EØS-retten som i EU.

Det må i den forbindelse understrekes at homogenitetsprinsippet er et tolkningsprinsipp basert på EØS-avtalens homogenitetsmålsetting, ikke en «universalnøkkel» som uten videre medfører at EØS-retten i ethvert tilfelle skal – eller for den saks skyld kan – tolkes homogent med EU-retten. Som gjennomgangen ovenfor viser kan vekten av homogenitetsprinsippet variere. For eksempel uttalte EFTA-domstolen i *Jabbi* at fri bevegelighet for arbeidere «forms part of the core of the EEA Agreement [...] [t]he consideration of homogeneity therefore carries

³¹⁸ All den tid homogenitetsprinsippet og homogenitetsmålsettingen kommer tydelig til uttrykk i EØS-avtalens tekst kan det riktignok argumenteres for at det er en tolkning av avtalen i tråd med læren om betydningen av både ordlyd og «object and purpose» i Wien-konvensjonens artikkel 31, se også Fredriksen og Mathisen 2022, s. 324.

³¹⁹ Fredriksen og Mathisen 2022, kap. VII. Arnesen mfl. 2022, s. 50, hvor det uttales at «[h]omogenitet i praksis tilsier ikke bare at vi følger EU-domstolens avgjørelser i konkrete saker, men også at man grunnleggende sett anlegger samme metode». Det vises også til Fredriksen og Mathisens kap. VII for en «nærmere og mer inngående» fremstilling av EØS-rettslig metode, se note 69. Sunde mfl., 2024, kap. 4 kan synes å tas til inntekt for en annen tilnærming, når fremstillingens delkapittel om homogenitetsprinsippet (4.3.4) plasseres sist i tolkningskapittelet (kapittel 4). Likevel beskrives EØS-rettslig metode ved å ta utgangspunkt i hvordan EU-domstolen ville tolket en gitt rettsakt, for så å redegjøre for fremgangsmåten for å undersøke om det finnes EØS-særegenheter som tilsier en annen tolkning, se s. 166-167. Som ellers er Wennerås skeptisk, se Wennerås 2018a, s. 213-215.

substantial weight».³²⁰ I *Sveinbjörnsdottir* ble det lagt vekt på at bestemmelsene i EØS-avtalen er ment å komme individer og økonomiske operatører til nytte, og 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».³²¹ Videre uttalte EFTA-domstolen at homogenitetsprinsippet og hensynet til likebehandling av individer og økonomiske operatører var «so strongly expressed in the EEA Agreement» at det også i EFTA-pilaren måtte eksistere et statlig erstatningsansvar.³²² Selv om EFTA-domstolen ikke uttrykkelig nevnte *Francovich* tilsier dette sitatet at den i spørsmålet om statlig erstatningsansvar anså homogenitetsprinsippet så tungtveiende at den kunne overføre det EU-rettslige statlige erstatningsansvaret, selv om EØS-avtalen ikke hadde noen uttrykkelig bestemmelse om et slikt ansvar.

Konklusjonen foreløpig er at EØS-avtalens målsetting om å utvide og opprettholde EFTA statenes deltagelse i EUs interne marked krever homogen tolkning og anvendelse av reglene som regulerer markedet. Rettsanvenderen som skal besvare et EØS-rettslig spørsmål må derfor ta utgangspunkt i den EU-rettslige regelen, for så å vurdere om det er hindre for å overføre regelen til EØS-retten. Det gjelder uavhengig av om den aktuelle EU-regelen kommer til uttrykk i en konkret EØS-rettslig bestemmelse, men i slike tilfeller vil spørsmålet være hvilken vekt homogenitetsprinsippet har, et spørsmål som besvares med utgangspunkt i regelens formål og virkeområde. Det neste spørsmålet – og temaet i punkt 3.3 – er om dette stiller seg annerledes i tilfeller der det er tale om «prosessuell homogenitet».

3.3. Et kritisk syn på prosessuell homogenitet

3.3.1. Om konseptet prosessuell homogenitet

Som påpekt i punkt 1.1 har EFTA-domstolen anerkjent det den, blant annet, har omtalt som «prinsippet om prosessuell homogenitet». EØS-avtalen er imidlertid taus om «prosessuell homogenitet», det er EFTA-domstolen selv som har introdusert begrepet.

EFTA-domstolen har nemlig i en rekke saker tolket, eller gitt uttrykk for at den har tolket, prosessuelle bestemmelser som ikke omfattes av ODA artikkel 3(2), særlig bestemmelser i ODAs hoveddel, homogent med korresponderende EU-bestemmelser. Ikke bare i spørsmål om tolkning av domstolsbegrepet i ODA artikkel 34, men blant annet også i spørsmål om

³²⁰ *Jabbi*, avsnitt 60.

³²¹ *Sveinbjörnsdottir*, avsnitt 58.

³²² *Ibid.*, avsnitt 60.

relevanskravet for foreleggelse etter ODA artikkel 34,³²³ innholds krav til begjæringer til EFTA-domstolen³²⁴ og spørsmål om søksmålsadgang ved begjæring om innsyn i dokumenter innhentet av ESA i konkurranserettssaker.³²⁵ Selv om den allerede fra *Restamark* tolket prosessuelle bestemmelser i lys av EU-domstolens praksis var det først i *Posten Norge* at EFTA-domstolen benyttet uttrykket «principle of procedural homogeneity».³²⁶

EFTA-domstolens praksis om «prosessuell homogenitet» etterlater imidlertid et forvirret inntrykk. I tiden etter *Posten Norge* har domstolens uttrykksmåte vært inkonsistent. «[T]he procedural branch of the principle of homogeneity»,³²⁷ kun «procedural homogeneity»³²⁸, og «the concept of procedural homogeneity»³²⁹ har alle vært brukt. Den varierende uttrykksmåten reiser i seg selv spørsmål om hva slags prinsipp det er snakk om. Den «prosessuelle grenen av homogenitetsprinsippet» som omtalt i *Schenker I* tilsier at det er tale om det «vanlige» homogenitetsprinsippet, anvendt på prosessuelle bestemmelser, med den samme begrunnelsen for å oppnå og opprettholde homogenitet. Omtalen av «prinsippet om prosessuell homogenitet» slik det uttrykkes i *Posten Norge* gir på sin side inntrykk av at det er snakk om et eget prinsipp, med en egen begrunnelse for hvorfor de aktuelle bestemmelsene må tolkes homogent. Prinsippet om prosessuell homogenitet som en egen rettslig størrelse ble imidlertid trukket i tvil av formuleringen «the concept of procedural homogeneity» i både *Oslo kommune* og *Scanteam*. At det bare er tale om et «konsept» svekker inntrykket av at det er snakk om noe eget prinsipp. At EFTA-domstolen unektelig tidligere hadde gitt uttrykk for et eget prosessuelt homogenitetsprinsipp gjør forvirringen komplett.

Forvirringen reflekteres i juridisk teori om prosessuell homogenitet. Forfattere av generelle EØS-rettslige fremstillinger begrenser seg til å kommentere at EFTA-domstolen har etablert et prinsipp om prosessuell homogenitet, og stiller seg i variende grad kritisk til det.³³⁰ Wennerås dedikerer flere sider til «prinsippet», og stiller seg kritisk til om «prosessuell homogenitet» er noen treffende merkelapp.³³¹ Andre er av den oppfatning at EU-prosessrett og EØS-prosessrett, med snevre forbehold, «are, for all intents and purposes, to be the same» og stiller seg blant

³²³ E-1/95 *Samuelsson*, avsnitt 13-15.

³²⁴ E-15/10 *Posten Norge*, avsnitt 108-110.

³²⁵ E-14/11 *DB Schenker I*, avsnitt 77-78.

³²⁶ *Posten Norge*, avsnitt 110.

³²⁷ *Schenker I*, avsnitt 77.

³²⁸ E-18/10 *ESA mot Norge*, avsnitt 26.

³²⁹ *Oslo kommune*, avsnitt 37 og *Scanteam*, avsnitt 45.

³³⁰ Fredriksen og Mathisen 2022, s. 74 og 307, Arnesen mfl. 2022, s. 43.

³³¹ Wennerås 2018a, s. 238-241 og 980-984, særlig s. 240.

annet svært kritisk til *Scanteam*.³³² Andre er derimot av den oppfatning at det i ethvert tilfelle blir spørsmål om homogenitetsprinsippets gjennomslag, og mener *Scanteam* bare er en «prinsipielt (...) interessant utvanning av det «prinsippet om prosessuell homogenitet» som EFTA-domstolen selv har løftet frem».³³³ Sitatene er symptomatisk for at prosessuell homogenitet, og EFTA-domstolens behandling av det, i liten grad har vært gjenstand for systematisering og analyse, både i juridisk teori og av EFTA-domstolen selv. Det ble skrevet noe tidlig på 2010-tallet,³³⁴ men det er så vidt jeg er klar over ikke blitt rettet noe kritisk blikk mot EFTA-domstolens praksis om «prosessuell homogenitet» med sikte på å undersøke om det kan oppstilles en mer treffende kategorisering.

I resten av punkt 3.3 gjennomfører jeg en slik undersøkelse. Undersøkelsens funn er at det er upresist og utjenlig å se prosessuell homogenitet som noe annet enn det alminnelige homogenitetsprinsippet, anvendt på prosessuelle regler som ikke står i EØS-avtalens hoveddel eller protokoll 1-4 av ODA. Oppfatningen bygger på særlig to forhold. For det første at det «vanlige» homogenitetsprinsippet også omfatter prosessuelle bestemmelser, se punkt 3.3.2. For det andre viser analysen av EFTA-domstolens praksis i punkt 3.3.3 at det ikke er en bestemmelses «prosessuelle» karakter som avgjør homogenitetsprinsippets gjennomslag ved tolkning av bestemmelsen. I punkt 3.3.4 påviser jeg at det er mulig å oppstille en mer treffende systematisering og kategorisering av homogenitetsprinsippets gjennomslag. Systematiseringen baserer seg ikke på om en bestemmelse er «prosessuell» eller ei, men heller i hvilken grad EFTA-statene har forpliktet seg til å sørge for at de konkrete bestemmelsene tolkes homogent med korresponderende EU-rett.

3.3.2. Det vanlige homogenitetsprinsippet omfatter også prosessuelle bestemmelser

Med prosessuelle regler menes i intern norsk rett regler om fremgangsmåten for å få håndhevd rettigheter og plikter.³³⁵ I EU-omtales prosessuell rett som «the system of judicial protection in the European Union».³³⁶ Herunder «the functioning of the judicial system» på EU-nivå, samt

³³² Butler 2020a, s. 315.

³³³ Fredriksen og Mathisen 2022, 306-307.

³³⁴ Se for eksempel Róbert R. Spanó, «The Concept of Procedural Homogeneity», i EFTA-domstolen (red), *Judicial Protection in The European Economic Area*, German Law Publishers, 2012, s. 151-159 og Skúli Magnússon, «Efficient Judicial Protection of EEA Rights in the EFTA-pilar – Different Role for the National Judge», i Carl Baudenbacher, Philipp Speitler, og Bryndís Pálmarsdóttir (red.), *The EEA and The EFTA Court: Decentered Integration*, Hart Publishing, 2014, s. 117-130.

³³⁵ Jens Edvin Skoghøy, *Twisteløsning*, Universitetsforlaget, 2022, s. 5-6.

³³⁶ Lenaerts mfl. 2023, s. 1.

rollene og kompetansen til EU-domstolen og Underretten og de øvrige EU-institusjonene, forholdet mellom Unionsdomstolene og medlemsstatenes domstoler, og forholdet mellom unionsrett og nasjonal prosessrett.³³⁷ Når EFTA-domstolen bruker uttrykket «procedural homogeneity» er det derfor nærliggende å anta at uttrykket omfatter alle EØS-prosesser. Det er ikke tilfellet.

Det finnes nemlig en rekke *prosessuelle* bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel og protokoll 1-4 av ODA som er omfattet av den uomstridte «kjernen» i homogenitetsprinsippet. Et eksempel som har fått uttrykk i en sak for EFTA-domstolen er bestemmelsene i ODA protokoll 4, kapittel 2, om ESAs funksjon og kompetanse i konkurranserettsaker. Disse korresponderer med bestemmelser Kommisjonens kompetanse i konkurranserettsaker i Forordning 1/2003.³³⁸ På bakgrunn av ODA artikkel 3(2) og EFTA-domstolens praksis er det som nevnt i punkt 3.2.2 en presumpsjon om at disse reglene – så langt de er sammenfallende i sitt materielle innhold – skal tolkes homogent.

Prosessuelle regler i EØS-avtalens hoveddel eller ODAs protokoll 1-4 er regler om fremgangsmåten for å håndheve rettigheter og plikter, altså prosessuelle regler, like mye som regler i ODAs hoveddel eller EFTA-domstolens rettergangsordning er det. Det er derfor lite treffende å se homogenitet på forskjellige måter avhengig av om den prosessuelle regelen finnes innenfor eller utenfor EØS-avtalens hoveddel eller ODAs protokoll 1-4.³³⁹ Med «prosessuelle bestemmelser» og lignende uttrykk siktes det i resten av punkt 3.3.3 til prosessuelle bestemmelser som ikke omfattes av det «vanlige» homogenitetsprinsippet og med «prosessuell homogenitet» siktes det til de tilfellene der EFTA-domstolen har tolket, eller gitt uttrykk for å ha tolket, slike bestemmelser homogent med EU-rettslige bestemmelser.

3.3.3. EFTA-domstolens praksis om prosessuell homogenitet

3.3.3.1. Innledning og systematisering

I dette punktet gjennomføres en analyse av sakene der EFTA-domstolen har stått overfor spørsmål om å tolke prosessuelle bestemmelser som ikke omfattes av det «vanlige» homogenitetsprinsippet homogent med korresponderende EU-rettslige bestemmelser. Saksmengden er ikke ubetydelig. Derfor tar jeg ikke sikte på å gjennomføre en helhetlig, dyptgående analyse av

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ *Schenker I*, avsnitt 115. Rådsforordning 1/2003/EF av 16. desember 2002 om gjennomføring av konkurransereglene fastsatt i traktatens artikkel 81 og 82.

³³⁹ Fredriksen og Mathisen virker å være av en lignende, om ikke samme, oppfatning, Se Fredriksen og Mathisen 2022, s. 74, fotnote 196.

enhver sak, men heller å presentere trekkene i utviklingen. Av den grunn vil enkelte saker behandles mer inngående enn andre.

Praksisen kan nok sorteres på flere måter. Den mest treffende inndelingens synes å være skillet mellom tolkning av bestemmelser som regulerer personers (prosessuelle) rettigheter direkte, og «resten» av tilfellene, en sekkekategori som omfatter alle andre saker der EFTA-domstolen på varierende måte har gitt uttrykk for at den tolker prosessuelle bestemmelser homogent med EU-rettslige bestemmelser. Denne inndelingen illustrerer at det ikke er bestemmelsenes prosessuelle karakter i seg selv, men heller konkret hva bestemmelsene omhandler, som har påvirket hvordan EFTA-domstolen har sett på spørsmålet om å tolke bestemmelsene homogent med korresponderende EU-rettslige bestemmelser.

Grunnen til at det er mulig å operere med denne inndelingen er todelt. For det første utgjør direktesaker for EFTA-domstolen en betydelig del av praksisen om prosessuell homogenitet. Det er saker der personer anmoder EFTA-domstolen om å omgjøre vedtak fra ESA. Ofte reiser disse sakene spørsmål om personen har adgang til å reise sak. I slike saker er det personers (prosessuelle) rettigheter det er spørsmål om å tolke homogent. I direktesakene er ESA vedtaksmyndighet, og EFTA-domstolen eneste prøvingsmyndighet, og de speiler EU-domstolen, Underretten, og Kommisjonens kompetanse i tilsvarende saker i EU. For å ha like konkurransevilkår og opprettholde ett felles marked med lik overholdelse av regler må personers adgang til å anlegge søksmål for å prøve en beslutning være lik, uavhengig av om beslutningstaker er Kommisjonen eller ESA og om prøveinstansen er Underretten, EU-domstolen, eller EFTA-domstolen. Også andre aspekter ved direktesaker, som sakskostnadsspørsmål og enkelte andre tilfeller omfattes av denne kategorien. Som jeg påviser i punkt 3.3.3.2 er EFTA-domstolen i slike saker svært påpasselig med å sikre prosessuell homogenitet.

Den andre kategorien omhandler resten av de prosessuelle bestemmelsene. Ved å være en restkategori er det naturligvis større forskjeller mellom praksisen enn i den første kategorien. Likevel har praksisen som overordnet kjennetegn at selv om EFTA-domstolen også i denne kategorien har uttalt at «prosessuell homogenitet» har betydning har domstolen egentlig heller tatt *inspirasjon* fra EU-retten og EU-domstolens praksis knyttet til korresponderende bestemmelser. Der EU-regelen har vært i strid med hensynet til å oppnå og opprettholde homogenitet i det interne markedet, har EFTA-domstolen fraveket EU-rettens løsning. Et annet kjennetegn i denne kategorien er at praksisen ikke knytter seg *direkte* til personers rettigheter. De aller fleste av sakene gjelder foreleggelsesordningen, som er et *domstolssamarbeid*, der EFTA-domstolen

opptrer som ekspertorganet som skal assistere nasjonale domstoler i å anvende EØS-retten på en mest mulig homogen måte. De nasjonale domstolene i EFTA-statene har en rett (som de gjerne kunne brukt oftere) til å forelegge spørsmål, men partene i den nasjonale saken har ingen rett til å kreve spørsmål forelagt. Dessuten skal ikke kravet som er reist for den nasjonale domstolen avgjøres av EFTA-domstolen. Den skal avgi en rådgivende uttalelse, som den nasjonale domstolen så har både rett og plikt til å vurdere selvstendig. De private partene i en foreleggelsesak kan dessuten kun argumentere for sin sak innenfor rammen av spørsmålene forelagt av den nasjonale domstolen, og partene har ikke partsstatus ved behandlingen av foreleggelsen i EFTA-domstolen.³⁴⁰

I det følgende benytter jeg meg derfor av de to kategoriene «prosessuell homogenitet ved tolkning av bestemmelser om personers prosessuelle rettigheter» og «prosessuell homogenitet i andre tilfeller». Selv om jeg også benytter meg av denne kategoriseringen i mitt forslag til ny systematisering av homogenitetsprinsippets rekkevidde og gjennomslag i punkt 3.4 er den i hovedsak ment å tjene som verktøy for analysen av EFTA-domstolens praksis.

3.3.3.2. Prosessuell homogenitet ved spørsmål om personers prosessuelle rettigheter ***Locus standi***

EFTA-domstolens andre sak, *Scottish Salmon Growers*, gjaldt spørsmål om personers adgang til å fremme direktesøksmål for EFTA-domstolen.³⁴¹ En forening for skotske lakseprodusenter hadde anlagt ugyldighetssøksmål for EFTA-domstolen etter ODA artikkel 36, knyttet til ESAs beslutning om å ikke behandle spørsmål om lovligheten av statsstøtte til norske lakseprodusenter.³⁴² Innledningsvis viste EFTA-domstolen til uttalelsen i *Restamark* om at EU-domstolens praksis er relevant ved tolkningen av domstolsbegrepet i ODA artikkel 34 og konkluderte med at det samme måtte gjelde ved spørsmål om hva som utgjør en «decision» fra ESA, om et tiltak kan prøves for EFTA-domstolen, og om saksøkere har *locus standi* (et uttrykk jeg i det videre oversetter til søksmålskompetanse)³⁴³.³⁴⁴ Den skotske lakseforeningen ble ansett å ha

³⁴⁰ E-2/12 INT *Hob-vín*, Domstolens ordre, avsnitt 12 og 15.

³⁴¹ E-2/94 *Scottish Salmon Growers*.

³⁴² *Scottish Salmon Growers*, avsnitt 1-3.

³⁴³ «*Locus*» er latin for «plass», mens «*standi*» betyr «stående». Direkte oversatt betyr uttrykket «plass å stå», som til en viss grad peker mot uttrykkets rettslige betydning. Merriam-Websters oversettelse er «a right to appear in a court or before any body on a given question» se <https://www.merriam-webster.com/dictionary/locus%20standi>, (besøkt 12. april 2024). Cambridge Dictionary har en lignende definisjon: «the right or ability to bring a legal action to a court of law, or to appear in a court», se <https://dictionary.cambridge.org/no/ordbok/engelsk/locus-standi>, (besøkt 12. april 2024). Basert på disse definisjonene er spørsmål om «*locus standi*» mer omfattende enn spørsmålet om rettslig interesse etter tvisteloven § 1-3 (2), og jeg bruker derfor det videre uttrykket «søksmålskompetanse».

³⁴⁴ *Scottish Salmon Growers*, avsnitt 11.

søksmålskompetanse, og EFTA-domstolen annullerte ESAs beslutning om å henlegge den skotske klagen.³⁴⁵ Som jeg kommer tilbake til fremstår EFTA-domstolen å ha holdt seg nærmere til EU-domstolens praksis i *Scottish Salmon Growers* enn i *Restamark*. I behandlingen av både spørsmålet om ESA hadde kommet med en «decision» i ODA artikkel 36s forstand og i spørsmålet om innholdskravene etter ODA artikkel 16 til en slik beslutning var oppfylt understreket nemlig EFTA-domstolen at den fulgte praksisen fra EU-domstolene om de samme spørsmålene i EU-pilaren.³⁴⁶

EFTA-domstolens linje om å understreke at egen praksis er i tråd med EU-domstolens og Underrettens praksis ved spørsmål om personers prosessuelle rettigheter har fortsatt. I *Private Barnehagers Landsforbund* gjaldt spørsmålet igjen om personers adgang til å reise sak for EFTA-domstolen om prøving av ESAs vedtak etter ODA artikkel 36(2).³⁴⁷ Private Barnehagers Landsforbund ønsket å reise sak for å erklære ESAs beslutning om at finansieringen av kommunale barnehager i Norge ikke utgjorde ulovlig statsstøtte etter EØS-avtalen artikkel 61(1) ugyldig.³⁴⁸ Spørsmålet var om Private Barnehagers Landsforbund hadde søksmålskompetanse til å begjære prøving av ESAs beslutning og om ESA hadde unnlatt å oppfylle nærmere bestemte undersøkelsesplikter etter ODAs protokoll 3.³⁴⁹ EFTA-domstolen konkluderte med at Private Barnehagers Landsforbund hadde søksmålskompetanse, men avviste anførslene om ESAs forsømmelse sin av undersøkelsesplikt. I vurderingen av begge disse spørsmålene viste EFTA-domstolen gjennomgående til praksis fra EU-domstolen og Underretten. Det må i den forbindelse påpekes at ettersom bestemmelsene om undersøkelsesplikt finnes i ODA protokoll 3 omfattes de av det «vanlige» homogenitetsprinsippet, mens spørsmålet om søksmålskompetanse ikke gjør det. EFTA-domstolen gjorde imidlertid ikke noe poeng ut av skillet ved å fremheve at den var bundet til å følge EU-retten i spørsmålet om undersøkelsesplikt, men ikke bundet i spørsmålet om søksmålskompetanse. Også i *Bellona* viste EFTA-domstolen i forholdsvis omfattende grad til praksis fra EU-domstolen og Underretten i vurderingen av om saksøkeren hadde søksmålskompetanse etter ODA artikkel 36(2).³⁵⁰

Med tiden er det altså blitt en lang rekke saker der EFTA-domstolen, enten i sin helhet eller ved ordre fra presidenten, har vurdert spørsmål om søksmålskompetanse etter ODA artikkel

³⁴⁵ *Ibid.*, avsnitt 23 og 33.

³⁴⁶ *Ibid.*, avsnitt 15 og 26. Sammenlign med fokuset på EØS-tilpasning av elementer i *Vaasen*-kriteriene i *Restamark*, se s. 64 flg.

³⁴⁷ E-5/07 *Private Barnehagers Landsforbund*.

³⁴⁸ *Ibid.*, avsnitt 20-28.

³⁴⁹ *Ibid.*, henholdsvis avsnitt 36-53 og 65-85.

³⁵⁰ E-2/02 *Bellona*.

36(2).³⁵¹ EFTA-domstolen har i disse sakene gjennomgående rettet oppmerksomhet mot at vurderingen av søksmålsadgang har sammenfalt med hvordan EU-domstolen og Underretten vurderer spørsmålet.³⁵²

Sakskostnadsspørsmål

Også i sakskostnadsspørsmål i direktesaker har EFTA-domstolen søkt homogenitet med EU-retten. I *Schenker II* benyttet EFTA-domstolen seg aktivt av EU-domstolens og Underrettens praksis i behandlingen av partenes anførsler.³⁵³ Blant annet ble ESAs anførsel om at DB Schenker hadde fremlagt mangelfulle bevis for påløpte kostnader møtt med en henvisning til praksis fra EU-domstolen som fastslo at det ikke er nødvendig å legge frem bevis på utført betaling.³⁵⁴ Videre fant EFTA-domstolen at den etter rettergangsordningen artikkel 70(1) hadde kompetanse til å bestemme forsinkelsesrenten for sakskostnadskravet. Den bygde ikke dette på egen tolkning av bestemmelsen, men heller på at både Underretten og EU-domstolen hadde funnet hjemmel for denne kompetansen i sine rettergangsordninger.³⁵⁵

Selv om rettergangsordningene er forholdsvis perifere rettskilder, er det enkelt å forstå hvorfor EFTA-domstolen ønsket samme rettsstilstand. Riktignok skal det ikke ses bort fra at EFTA-domstolen ser på det som et gode å unngå dobbeltarbeid der EU-domstolen allerede har besvart et spørsmål. Et viktigere poeng er imidlertid at også spørsmål om sakskostnader gjelder personers rettigheter. Om utsikten til å tilkjennes sakskostnader var ulik i EU- og EFTA-pilaren ville det riktignok ikke innvirke på selve spørsmålet om søksmålsadgang. Sett hen til den vitterlige kjensgjerningen om at advokatsalæret i slike saker ofte er stort ville likevel ikke-homogen tolkning og praktisering av sakskostnadsreglene utgjøre en forskjell saksøkere må ta hensyn til og dermed en reell, praktisk forskjell i retten til å reise søksmål i de to pilarene.

Andre tilfeller

I *Posten Norge* var det, blant annet, spørsmål om preklusjon av en rekke tillegg til saksøkers stevning og senere prosesskriv.³⁵⁶ Preklusjonsreglene fantes i ODA protokoll 5, artikkel 19 og

³⁵¹ Blant annet E-1/12 *Den norske forleggerforening*, E-13/10 *Aleris*, E-19/13 *Konkurrenten mot Sporveien*, E-1/13 *Mila*, E-1/17 *Konkurrenten mot Nettbuss*.

³⁵² Se også Fredriksen og Mathisen 2022, s. 312, som skriver at for ugyldighetssøksmål mot adresserte beslutninger fattet av Kommisjonen og ESA er rettsstilstanden lik.

³⁵³ E-7/12 *Schenker II*, sakskostnadsavgjørelsen.

³⁵⁴ *Ibid.*, avsnitt 70.

³⁵⁵ *Ibid.*, avsnitt 119-120.

³⁵⁶ *Posten Norge*, avsnitt 103-119.

EFTA-domstolens rettergangsordning daværende artikkel 33(1)(c).³⁵⁷ Innholdsmessig korresponderende regler fantes i EU-domstolens vedtekter, og i rettergangsordningen både for EU-domstolen og Underretten. Rettergangsordningen er ikke del av ODA, men EFTA-domstolen kom likevel til at EU-domstolens og Underrettens resonnement ved tolkning av korresponderende regler i deres rettergangsordninger «as a rule [is appropriate] to take [into account]» ved tolkning av EFTA-domstolens rettergangsordning.³⁵⁸ EFTA-domstolen påpekte i den forbindelse at det ville være «less urgent» å oppnå homogenitet ved tolkning av regler «concerning the modalities of the procedure» når reglene i hovedsak knytter seg til forsvarlig administrasjon av domstolens egen virksomhet.³⁵⁹ Hvilke administrasjonsbestemmelser EFTA-domstolen hadde i tankene er ikke uten videre klart. Det var i alle tilfeller ikke regelen om bevispreklusjon den viste til. For i den påfølgende preklusjonsvurderingen benyttet EFTA-domstolen seg aktivt av praksis fra EU-domstolen og Underretten, blant annet til å oppstille krav til innholdet i tillegg til stevningen.³⁶⁰ Presiseringen sammenfaller imidlertid med oppfatningen om at homogenitetsprinsippet gjennomslagskraft vil variere.

I *HOB-vín* fra 2013 var spørsmålet om en av partene til den nasjonale saken har rett til å be EFTA-domstolen presisere en tidligere rådgivende uttalelse.³⁶¹ Spørsmålet var regulert av artikkel 39 i EFTA-domstolens vedtekter, som angir at ved tvil om innholdet eller omfanget av en «judgment» kan partene (og ESA) be EFTA-domstolen om presisering. EFTA-domstolen la vekt på at ved foreleggelse er partene til den underliggende nasjonale saken ikke part til foreleggelsessaken, og at det i EU-pilaren var kodifisert i EU-domstolens rettergangsordning artikkel 104 at presiseringsadgangen ikke gjelder for foreleggelsesordningen etter TEUV artikkel 267.³⁶² Selv om selve adgangen til å be om presisering fantes i både EU- og EFTA-pilaren hadde EU-domstolens rettergangsordning artikkel 104 på ingen måte noen korresponderende bestemmelse i EFTA-domstolens rettergangsordning eller i andre EØS-rettslige kilder, noe som viser hvor langt fra utgangspunktet om homogen tolkning av likelydende bestemmelser anvendelsen av homogenitetsprinsippet var kommet i 2013. Likevel var EFTA-domstolen opptatt av at regelen måtte være den samme. Om individer ikke har rett til å be om presisering av EU-domstolens forhåndsavgjørelser kan de heller ikke ha rett til å be om presisering av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser. Det ville vært å gi personer mer vidtrekkende prosessuelle

³⁵⁷ *Ibid.*, avsnitt 108.

³⁵⁸ *Ibid.*, avsnitt 109-110.

³⁵⁹ *Ibid.*, avsnitt 110.

³⁶⁰ *Ibid.*, avsnitt 111-119.

³⁶¹ *HOB-vín*, avsnitt 1-5.

³⁶² *Ibid.*, avsnitt 12 og 16.

rettigheter i EFTA-pilaren enn i EU-pilaren, uten at det kan forankres i særlige EØS-rettslige kilder.

EFTA-domstolen hadde antagelig ikke trengt å vektlegge EU-domstolens rettergangsordning for å avgjøre spørsmålet. Artikkel 39 i EFTA-domstolens vedtekter gjelder «judgment[s]» - altså «dommer». Selv om EFTA-domstolen omtaler alt unntatt den endelige rådgivende uttalelsen som «Judgment of the Court» er ikke rådgivende uttalelser noen «dom» i ordets rette forstand. EFTA-domstolen har imidlertid hatt som praksis å omtale rådgivende uttalelser som en «judgment of the court» siden *Restamark*, og ønsket neppe å gi uttrykk for noen annen oppfatning i *HOB-vín*.

Dette er da også det gjennomgående hensynet i praksisen jeg har gått gjennom her i 3.3.3.2. Selv om det «bare» er snakk om prosessuelle rettigheter, og ikke for eksempel spørsmål om det er blitt utdelt ulovlig statsstøtte eller ikke, er det like fullt viktig for å oppnå like konkurransevilkår og respekt for de samme reglene, et «even playing field», at personer har de samme prosessuelle rettighetene i EU-pilaren som i EFTA-pilaren av EØS-avtalen.

3.3.3.3. Prosessuell homogenitet i andre tilfeller ***Domstolsbegrepet i ODA artikkel 34***

Som antydnet ovenfor var det spørsmål om prosessuell homogenitet allerede i *Restamark*. EFTA-domstolen konstaterte, uten videre begrunnelse, at ved tolkning av domstolsbegrepet i ODA artikkel 34 er praksis knyttet til TEUV artikkel 267 relevant og inntok tilsynelatende EU-domstolens *Vaasen*-kriterier som EØS-rett.³⁶³ Før den gikk i gang med å vurdere om kriteriene var oppfylt påpekte EFTA-domstolen at formålet med ODA artikkel 34, «a means of ensuring a uniform interpretation of the EEA Agreement», også måtte hensyntas.³⁶⁴ Formålet med påpekningen fremkommer av den påfølgende drøftelsen av betydningen det ville ha for EØS-retten dersom nasjonale tvisteløsningsorganer i EFTA-statene måtte oppfylle strenge kontradiksjonskrav for å være foreleggelsesberettiget.

Prosedyren for den finske tollnemnden var nemlig ikke kontradiktorisk, et moment EU-domstolen som nevnt i punkt 2.2 vektla under *Vaasen*-kriteriene. EFTA-domstolen påpekte imidlertid at kontradiksjonen i stor grad var den samme i finske og svenske forvaltningsdomstoler, slik at et strengt kontradiksjonskrav ville avskjære deres foreleggelsesadgang.³⁶⁵ Sett hen til at disse domstolene også i all hovedsak hadde ansvaret for anvendelse av EØS-retten kom EFTA-

³⁶³ *Restamark*, avsnitt 24.

³⁶⁴ *Ibid.*, avsnitt 25.

³⁶⁵ *Ibid.*, avsnitt 27.

domstolen til at den ikke kunne oppstille noe strengt kontradiksjonskrav.³⁶⁶ Hensynet til å oppnå og opprettholde homogenitet ved tolkning av EØS-avtalens hoveddel var klart styrende i denne beslutningen. Uten foreleggelsesadgang ville forvaltningsdomstolene i Sverige og Finland måtte avgjort EØS-rettslige spørsmål, uten mulighet til å be EFTA-domstolen om tolkningshjelp. Risikoen for utvikling av EØS-retten i en ikke-homogen retning under en slik retts-tilstand ville vært betydelig. Domstolen understreket altså hensynet til foreleggelsesordningens effektivitet som et sentralt argument ved tolkningen av domstolsbegrepet.

Jeg er likevel ikke av den oppfatning at EFTA-domstolens anvendelse av *Vaasen*-kriteriene i *Restamark* utgjorde noe brudd med EU-domstolens praksis. I litteraturen argumenteres det for at EFTA-domstolen anla en mer liberal tolkning enn EU-domstolens tolkning på det daværende tidspunktet.³⁶⁷ EU-domstolen hadde imidlertid kort tid før *Restamark* avsagt *Corbiau*. EU-domstolen konstaterte kort at det foreleggende organet ikke var, og at uavhengighetskriteriet innebærer at det foreleggende organet må være, en uavhengig tredjepart.³⁶⁸ Dette kan ses som en mer konservativ tilnærming enn EFTA-domstolen i *Restamark*. Det kan imidlertid innvendes at generaladvokat Darmon i sin uttalelse påpekte at fraværet av en kontradiktorisk saksbehandling kunne veies opp av dommerens uavhengighet, slik at *Vaasen*-kriteriene ble anvendt mer som momenter enn kriterier. Det sentrale var om det foreleggende organet utøvde en «judicial function».³⁶⁹ Det var ikke tilfellet med det foreleggende organet i *Corbiau*, som fremsto som både dommer og part.³⁷⁰ Dessuten kom EU-domstolen i *Dorsch Consult*, avsagt tre år etter *Restamark*, til at kontradiksjonskravet ikke var absolutt, og at fraværet av kontradiksjon kunne oppveies av at de øvrige *Vaasen*-kriteriene var oppfylt.³⁷¹ Sett i lys av at flertallet (tre av fem) av medlemmene av Tollnemnden hadde samme stillingsvern som dommere, og at EFTA-domstolen fant at nemnden oppfylte uavhengighetskriteriet slik EU-domstolen praktiserte det, kan det argumenteres for at tollnemnden etter dagjeldende rett ville fått forelegge spørsmål også for EU-domstolen og at EFTA-domstolen ikke var mer liberal.³⁷²

EFTA-domstolen har videreført sin tilnærming til domstolsvilkåret ved å behandle foreleggelser fra Markedsrådet (1995 og 2004), den Liechtensteinske finansklagenemnden (2010), Statens helsepersonellnemnd (2011), Skatteklagenemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter (2014), Klagenemnda for industrielle rettigheter (2017), og Klagenemnda for offentlige anskaffelser (2020)³⁷³. Ingen av disse organene er tradisjonelle domstoler, men er heller å anse som «domstolslignende forvaltningsorganer».³⁷⁴ Med hensyn til samtlige organer, unntatt

³⁶⁶ *Ibid.*, avsnitt 27 og 31.

³⁶⁷ Fredriksen og Mathisen, s. 305, Baudenbacher 2010, s. 20.

³⁶⁸ *Corbiau*, avsnitt 15-17.

³⁶⁹ *Ibid.*, generaladvokat Darmons uttalelse, avsnitt 25-26.

³⁷⁰ *Corbiau*, avsnitt 15-17, og generaladvokat Darmons uttalelse, avsnitt 27.

³⁷¹ *Dorch Consult*, avsnitt 31 og 38.

³⁷² *Restamark* avsnitt 17 og 28-30.

³⁷³ Henholdsvis *Restamark*, E-8 og 9/94 *Mattel/Lego* og E-4/04 *Pedicel*, E-4/09 *Inconsult* og E-26 og 27/15 *Strafesak mot B*, E-1/11, E-3 og 20/13 *Fred Olsen m.fl.*, Oslo kommune, og *Scanteam*.

³⁷⁴ Eckhoff og Smith, 2022, s. 525 flg. Se også klagenemndssekretariatets omtale av Markedsrådet på sine nettsider: <https://www.klagenemndssekretariatet.no/markedsradet/om-oss> (besøkt 22. februar 2024).

Liechtensteins finansklagenemd og det norske markedsrådet, har Norge anført for EFTA-domstolen at domstolsvilkåret i ODA artikkel 34 ikke har vært oppfylt.³⁷⁵

Det varierer noe i hvilken grad EFTA-domstolen i disse sakene kommenterte på EU-rettens relevans ved tolkning av ODA artikkel 34. I flere av sakene er det i alle fall klart at enkelte av *Vaasen*-kriteriene ikke har vært oppfylt. Det har for eksempel ikke vært avgjørende at prosessen for enkelte av de foreleggende organene ikke har vært *inter partes*.

Oslo Kommune og *Scanteam* er illustrerende for EFTA-domstolens syn på EU-rettens relevans ved tolkning av domstolsbegrepet i ODA artikkel 34. I *Oslo kommune* anførte Norge at Klagenemnda for industrielle rettigheter, i lys av homogenitetsprinsippet og nyere praksis fra EU-domstolen, ikke var foreleggelsesberettiget.³⁷⁶ Punkt 2.2.4 ovenfor viste at EU-domstolen, i alle fall mot slutten av 2010-årene, hadde strammet inn på domstolslignende administrative organers foreleggelsesadgang. EFTA-domstolen understreket imidlertid at domstolsbegrepet i ODA artikkel 34 må underlegges en autonom tolkning, og at den gjentatte ganger hadde påpekt at formålet med ODA artikkel 34, å sikre homogen tolkning av EØS-retten, «does not require» en streng tolkning av domstolsbegrepet i ODA artikkel 34.³⁷⁷ Videre uttalte den at EU-domstolens praksis om tolkning av «the term court or tribunal is *relevant*» (min kursivering), men at ODA artikkel 3 ikke forplikter EFTA-domstolen til å følge denne praksisen.³⁷⁸ Domstolen konkluderte med at klagenemnda oppfylte domstolsvilkåret.³⁷⁹

EFTA-domstolens konklusjon var i strid med EU-domstolens praksis, som på tidspunktet for *Oslo kommune* krevde at mer av halvparten av medlemmene i en administrativ tvisteløsningsnemnd måtte nyte særlig stillingsvern utover alminnelige forvaltnings- og arbeidsrettslige skranker for at organet skulle oppfylle uavhengighetskriteriet.³⁸⁰ Det var imidlertid blant annet med henvisning til at slike *alminnelige* regler gjelder for medlemmene av klagenemnda at EFTA-domstolen konstaterte at nemnda var tilstrekkelig uavhengig og oppfylte domstolsvilkåret i ODA artikkel 34.³⁸¹ I vurderingen av om nemnda oppfylte domstolsvilkåret påpekte domstolen at homogenitetsprinsippet er ment å sikre like konkurransevilkår og respekt for de samme

³⁷⁵ *Oslo Kommune*, avsnitt 35.

³⁷⁶ *Ibid.*, avsnitt 33-34.

³⁷⁷ *Ibid.*, avsnitt 36 og rettspraksisen vist til der. Se samme oppfatning i E-23/13 *Hellenic Capital Market Commission*, avsnitt 34, om kravet til at det foreleggende organet må utøve en «judicial function».

³⁷⁸ *Oslo kommune*, avsnitt 37.

³⁷⁹ *Ibid.*, avsnitt 40-43.

³⁸⁰ *TDC*, avsnitt 32. Se også Wennerås 2018a, s. 239-240.

³⁸¹ *Oslo kommune*, avsnitt 40.

reglene i EØS-området.³⁸² Påpekningen kan ses som en påminnelse om at ODA artikkel 34 er ment å bidra til at EFTA-domstolen kan sikre homogen tolkning av EØS-retten, og at dette formålet er viktigere enn homogenitet mellom de konkrete domstolsbegrepene.

Denne linjen fortsatte, enda tydeligere, i *Scanteam*. I tiden etter *Oslo kommune* hadde EU-domstolen avsagt *Banco de Santander*. Som omtalt i punkt 2.2.6 var EU-domstolen selv tydelig på at *Banco de Santander* signaliserte en praksisendring knyttet til domstolslignende organers foreleggesadgang. Norge anførte at EFTA-domstolen var nødt til å følge denne praksisendringen.³⁸³

At KOFA ikke utgjorde noen domstol etter TEUV artikkel 267 var klart før *Banco de Santander*. KOFA er opprettet i medhold av «forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser».³⁸⁴ Forskriftens lovhjemmel er anskaffelsesloven § 11, men den angir kun at det «kan» opprettes et tvisteløsningsorgan. Alle regler om sammensetning, oppnevning, uavhengighet og saksbehandling ellers er regulert i forskrift. KOFAs avgjørelser har ikke bindende virkning, utenom i saker om direkte anskaffelser der den kan ilegge overtredelsesgebyr. Som følge av fraværet av uttrykkelig lovbestemte regler om medlemmenes uavhengighet alene ville KOFA allerede ved rettstilstanden etter TDC ikke blitt ansett som domstol etter TEUV artikkel 267.

EFTA-domstolen var uanfektet. Den gjentok at foreleggesordningens formål er å sikre homogenitet ved å sørge for at EFTA-domstolen kan assistere nasjonale domstoler i tolkningen og anvendelsen av EØS-retten.³⁸⁵ Videre understreket domstolen at den gjentatte ganger hadde uttalt at dette formålet ikke krever en streng tolkning av domstolsbegrepet «which is an autonomous notion of EEA law».³⁸⁶ Sitatet kan leses som en understrekning av EFTA-domstolens herredømme over domstolsbegrepet i ODA artikkel 34. Selv om den «as a matter of principle» hadde anerkjent «the concept of procedural homogeneity», uttalt EFTA-domstolen at EU-domstolens praksis om domstolsbegrepet i TEUV artikkel 267 «may be relevant», men at det er opp til EFTA-domstolen selv å «determine the relevance of the case law of the ECJ as regards the interpretation of Article 34 SCA».³⁸⁷

EFTA-domstolen avviste så Norges anførsel med en henvisning til «the constitutional and legal traditions of the EFTA-States», altså den viktige rollen domstolslignende organer spiller i EFTA-statenes prosessordninger.³⁸⁸ Å avskjære administrative klageinstanser fra å anmode om

³⁸² *Ibid.*, avsnitt 37.

³⁸³ *Scanteam*, avsnitt 44.

³⁸⁴ Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

³⁸⁵ *Scanteam*, avsnitt 41.

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ *Ibid.*, avsnitt 45.

³⁸⁸ *Ibid.*, avsnitt 46.

en rådgivende uttalelse ville «undermine the objective of article 34 SCA», å etablere et «system of cooperation as a means of ensuring a homogeneous interpretation of EEA law».³⁸⁹ EFTA-domstolen gjorde det dermed klart at for å sikre homogen tolkning av EØS-retten og opprettholdelse av et enhetlig EØS kan ikke innholdet i domstolsbegrepet i ODA artikkel 34 være det samme som i TEUV artikkel 267.

Oppsummert viser praksisen om domstolsbegrepet i ODA artikkel 34 at EFTA-domstolen har ansett EU-domstolens praksis om domstolsbegrepet i TEUV artikkel 267 mer som en inspirasjonskilde enn rettskilde med bindingsvirkning. Selv om den i *Restamark* adopterte *Vaasen*-kriteriene påpekte EFTA-domstolen samtidig behovet for å praktisere domstolsbegrepet på en måte som realiserer foreleggelsesordningens formål. Etter hvert som EU-domstolens tolkning av domstolsbegrepet har blitt strammet inn har behovet for en avvikende tolkning i EFTA-pilaren tydeliggjort seg. Etter min mening kommer den reelle betydningen av EU-domstolens praksis for tolkningen av domstolsbegrepet i ODA artikkel 34 klarest frem i *Scanteam*. EFTA-domstolen uttalte der at praksisen *kan* være relevant, men at det er opp til EFTA-domstolen selv å avgjøre relevansen, fremfor den tidligere formuleringen om at den *er* relevant. Var det hensiktsmessig for å realisere ODA artikkel 34s formål å følge EU-domstolens praksis er det nærliggende å anta at EFTA-domstolen ville gjort det. Med sitt syn om at det ikke ville være hensiktsmessig, valgte EFTA-domstolen å gå en annen vei. Dette er ikke en tilnærming til EU-rettens relevans som bare er anvendt på domstolsbegrepet i ODA artikkel 34. Som jeg redegjør for i det videre finnes det praksis knyttet til andre aspekter av ODA artikkel 34, og enkelte andre bestemmelser, som gir uttrykk for den samme tilnærmingen.

Relevanskravet til tolkningsspørsmål

Et av disse eksemplene er relevanskravet til tolkningsspørsmål. Relevanskravet knytter seg til at det i ODA artikkel 34 angis at en nasjonal domstol kan forelegge spørsmål når den anser det «nødvendig». Saksmengden knyttet til relevanskravene er ikke like omfattende som for tolkningen av domstolsbegrepet. Ei heller er det like tydelig at EFTA-domstolen har brutt med EU-domstolens praksis knyttet til uttrykket «necessary» i TEUV artikkel 267, sammenlignet med praksisen om domstolsbegrepet. Riktignok gjentok EFTA-domstolen i *Samuelsson*, fra 1995, formuleringen fra *Restamark* om at EU-domstolens praksis knyttet til (daværende) TEF artikkel 177 «is relevant», men at EFTA-domstolen ikke var «required by Article 3(1)» i ODA til å

³⁸⁹ *Ibid.*, avsnitt 46.

følge denne praksisen ved tolkningen av ODAs hoveddel.³⁹⁰

Ved innsigelser mot nødvendigheten av et forelagt spørsmål har EFTA-domstolen riktignok tilsynelatende tilsluttet seg EU-domstolens relevanspresumpsjon,³⁹¹ med noen skranker nødvendigheten av foreleggelsen vurderes opp mot.³⁹² På tross av dette har enkelte forfattere stilt spørsmål ved om ikke EFTA-domstolen praktiserer relevanskravet mer liberalt enn EU-domstolen. Der EU-domstolen avviser en god del saker som følge av manglende relevans har EFTA-domstolen kun avvist et par spørsmål, men ingen saker som sådan.³⁹³ Allan Rosas, tidligere dommer i EU-domstolen, skriver at det er enkelte forskjeller mellom EFTA- og EU-domstolens praksis knyttet til relevansen av forelagte tolkningsspørsmål.³⁹⁴ Til en viss grad bygger han denne oppfatningen på Baudenbachers uttalelse om at EFTA-domstolen i sine tidlige år hadde en liberal holdning til tolkningsspørsmåls relevans.³⁹⁵

Praksis og juridisk teori gir dermed uttrykk for at også ved vurderingen av forelagte spørsmåls relevans anser EFTA-domstolen det viktigere å besvare tolkningsspørsmål og på den måten bidra til homogenitet i anvendelsen av EØS-retten, fremfor homogenitet mellom konkrete prosessuelle bestemmelser.

Andre tilfeller

E-16/11 *Icesave* reiste spørsmål om Kommisjonen med hjemmel i EFTA-domstolens vedtekter, nedfelt i ODA protokoll 5, artikkel 36 hadde adgang til å intervenere i en traktatsbruddsak ESA hadde reist mot Island. Island motsatte seg intervensjonen, og viste til at EU-domstolen ved tolkning av den lignende intervensjonsbestemmelsen i sine vedtekter hadde nektet henholdsvis Norge³⁹⁶ og ESA³⁹⁷ å intervenere i saker for EU-domstolen.³⁹⁸

³⁹⁰ Samuelsson, avsnitt 14.

³⁹¹ E-13/11 *Granville*, avsnitt 20. Om den EU-rettslige presumpsjonen, se Lenaerts mfl. 2023, s. 93.

³⁹² Se blant annet Samuelsson, avsnitt 13-15 og E-10/04 *Piazza*, avsnitt 21.

³⁹³ Se Fredriksen og Mathisen 2022, s. 307, som skriver at «EFTA-domstolens liberale tolkning av ODA artikkel 34 tilsier også at det trolig skal mye til før tolkningsspørsmål vil bli avvist som hypotetiske, mangelfullt begrunnet mv.».

³⁹⁴ Allan Rosas, «The Content of Requests for Preliminary Rulings to the European Court of Justice and the EFTA Court - What are the Minimum Requirements?», i Baudenbacher mfl. (red), 2014, s. 83-90, på side 93.

³⁹⁵ Carl Baudenbacher, *The EFTA Court in Action – Five lectures*, GLP, 2010, s. 20-21.

³⁹⁶ C-542/09 *Kommisjonen mot Nederland*.

³⁹⁷ C-493/09 *Kommisjonen mot Portugal*.

³⁹⁸ De to sakene er ikke rapportert, og kilden er derfor presidentens ordre i E-16/11 *Icesave*. Spørsmålet om EFTA-statenes og ESAs manglende adgang til å intervenere for EU-domstolen, som senere er blitt omgjort, er omtalt i både juridisk litteratur og bransjepressen, se Michael-James Clifton, «EFTA-statenes og ESAs adgang til å intervenere for EU-domstolen», *Lov og Rett*, Vol. 53, nr. 2, 2014, s. 63-76, <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3061-2014-02-02>, og <https://rett24.no/articles/storsteier-for-norge-og-esa-na-far-vi-slippe-til-i-eu-domstolen>, (besøkt 8. april 2024).

De to bestemmelsene er ikke språklig like, men gir grunnleggende sett uttrykk for den samme regelen; EU-siden i EØS-avtalen kan intervenere i saker for EFTA-domstolen og EFTA-siden kan intervenere i saker for EU-domstolen som angår et rettsområde avtalen omfatter. I denne forbindelse påpekte EFTA-domstolens president i sin ordre at anvendelsen av «the principle of procedural homogeneity» ikke kan begrenses til «interpretation of provisions whose wording is identical in substance to parallel provisions of EU law».³⁹⁹ Med dette understreket han at homogenitetsprinsippet knytter seg til tolkning av de samme *reglene*, selv om bestemmelsene reglene kommer til uttrykk i ikke deler ordlyd. Likevel konkluderte presidenten med at intervensjonsadgangen for EFTA-domstolen for «any EEA State, ESA, the European Union and its institutions (...) is of paramount significance for the good functioning of the EEA Agreement», og tillot Kommisjonen å intervenere (min kursivering).⁴⁰⁰

Å ikke utestenge Kommisjonen fra EFTA-domstolen er en fornuftig konklusjon. Det er ingen tvil om at godt samarbeid med EU-institusjonene er av stor betydning for at EØS-samarbeidet skal fungere. At presidenten vektla dette tyngre enn hensynet til prosessuell homogenitet er derfor ikke særlig overraskende. Da kan det heller hevdes at standpunktet om at prinsippet om prosessuell homogenitet i det hele tatt gjelder for bestemmelser som ikke deler materielt identisk innhold var mer kontroversielt. Selv om presidentens ordre ikke kan ilegges selvstendig rettskildemessig vekt er det verdt å notere seg at tanken om å tolke «prosessuelle» regler på en måte som i størst mulig grad fremmer EØS-avtalens formål kom til syne også her.

Enkelte juridiske forfattere er tilsynelatende av den oppfatning at presidentens ordre i *Icesave* er en rettskilde som kan ilegges selvstendig vekt.⁴⁰¹ Den rettskildemessige vekten av ordre fra EFTA-domstolens president synes ikke generelt behandlet i verken EFTA-domstolens egen praksis eller juridisk teori.

EFTA-domstolens president er ilagt eksklusiv kompetanse til å fatte en rekke prosessledende avgjørelser. Presidentens ordre i *Icesave* er et eksempel; det var, og er, opp til EFTA-domstolens president å avgjøre

³⁹⁹ *Icesave*, presidentens ordre, avsnitt 32.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, avsnitt 33.

⁴⁰¹ Carl Baudenbacher skriver at presidentens ordre «tilbakeviste» ESA og andre juridiske forfatteres oppfatning om at prosessuell homogenitet bare er aktuelt ved tolking av likelydende bestemmelser, se Baudenbacher 2016, s. 146. På samme side, i fotnote 15, er 4 av 6 avgjørelser Baudenbacher viser til for å underbygge at EFTA-domstolen etter 2011 og frem til publisering av artikkelen brukte uttrykket «procedural homogeneity» ordre fra EFTA-domstolens president, altså avgjørelser avsagt av han alene. Graham Butler viser på sin side til presidentens ordre for å forklare at EFTA-domstolen har «asserted that it can continue to be consistent with its own way of handling EEA procedural law, even where it deviates from EU procedural law on a similar point», se Butler 2020a, s. 315. Wennerås viser til presidentens ordre i E-19/13 *Konkurrenten mot Sporveien* for å underbygge at EFTA-domstolen har brukt uttrykket «the principle of procedural homogeneity», se Wennerås 2018a, s. 212, note 17. Dette siste eksempelet antar jeg å bare være en mindre feil, da det ved tidspunktet for Wennerås' uttalelser fantes rettspraksis der hele EFTA-domstolen hadde brukt uttrykket «prinsippet om prosessuell homogenitet», blant annet *Posten Norge*.

intervensjonsbegjæringer.⁴⁰² Presidenten anvender i en slik ordre naturlig nok EØS-rettslig metode, og kan i den forbindelse måtte ta stilling til uavklarte metodiske spørsmål, som i *Icesave*. I motsetning til hva Baudenbacher og Butler tilsynelatende mener, er jeg av den oppfatning at presidentens ordre ikke i seg selv er rettskildemessig relevant.

EFTA-domstolens avgjørelser er med Høyesteretts ord EØS-rettskilder som må ilegges «stor vekt» og som bare kan avvikes dersom det foreligger «gode og tungtveiende grunner for det». Avgjørelsene treffes etter hemmelig rådslagning der resultatet flertallet kommer til utgjør domstolens avgjørelse.⁴⁰³ I rådslagningen har domstolens medlemmer likevektige stemmer. Presidentens syn på spørsmålet er ikke mer bindende for domstolens øvrige medlemmer om det fremkommer i en ordre eller i juridisk teori. Kommer spørsmålet opp for den samlede domstolen, og de to andre dommerne er uenige med presidenten, vil det være de to øvriges oppfatning som blir EFTA-domstolens avgjørelse og som må ilegges stor vekt. Det er derfor prinsipielt sett problematisk å presentere ordre fra presidenten som en avgjørelse fra EFTA-domstolen det, i kraft av å være en ordre, kan knyttes rettskildevikt til.

E-18/10 *Gullenke II* gjaldt EFTA-statenes forpliktelser til å etterleve avgjørelser fra EFTA-domstolen.⁴⁰⁴ EFTA-domstolen hadde tidligere avsagt dom i traktatsbruddsaken E-2/07 *Gullenke I*, som fant regler knyttet til avkortning av pensjonsrettigheter for enkemenn å være i strid med blant annet EØS-avtalen artikkel 69(1) om likebehandling av kvinner og menn.⁴⁰⁵ Etter ODA artikkel 33 hadde Norge i kraft av *Gullenke I* en plikt til å treffe nødvendige tiltak for å oppfylle EFTA-domstolens avgjørelse. ESA var av den oppfatning at Norge ikke tidsnok hadde oppfylt denne plikten, og anla ny traktatsbruddsak, denne gangen knyttet til ODA artikkel 33.

EFTA-domstolen hadde lite egen praksis om innholdet i ODA artikkel 33. Den påpekte imidlertid at ODA artikkel 33 korresponderer til TEUV artikkel 260(1). Med utgangspunkt i EU-domstolens praksis kom den så til at etterlevelse av en dom fra EFTA-domstolen må iverksettes umiddelbart etter dommen og fullføres så snart som mulig.⁴⁰⁶ Tolkningsresultatet ble dermed en homogen rettstilstand knyttet til forpliktelsen som påhviler EFTA-statene til å etterleve domfellelser i traktatsbruddsaker fra EFTA-domstolen sammenlignet med EU-statenes forpliktelse til å etterleve dommer fra EU-domstolen. Dommen er et eksempel på at homogen tolkning av de konkrete bestemmelsene var sammenfallende med hensynet til å opprettholde et ensartet EØS, der det påhviler statene den samme forpliktelsen til å implementere domstolenes avgjørelser.

⁴⁰² EFTA-domstolens rettergangsordning, artikkel 114.

⁴⁰³ EFTA-domstolens rettergangsordning, artikkel 26, nr. 3.

⁴⁰⁴ E-18/10 *Gullenke II*, avsnitt 1.

⁴⁰⁵ E-2/07 *Gullenke I*, avsnitt 38.

⁴⁰⁶ *Gullenke II*, avsnitt 29.

Oppsummert viser praksisen omtalt i 3.3.3.3 at i de «andre» sakene om «prosessuell homogenitet» har EFTA-domstolen tolket bestemmelser homogent med EU-rettslige bestemmelser, om det har sammenfalt med hensynet til å opprettholde et ensartet EØS. Har det ikke det, har EFTA-domstolen heller tolket bestemmelsene ikke-homogent, og fokusert på nettopp hensynet til å opprettholde et ensartet EØS.

3.3.4. Et farvel til prosessuell homogenitet

Hvilke slutninger kan utledes av gjennomgangen av EFTA-domstolens rettspraksis om prosessuell homogenitet?

Der domstolen har tolket prosessuelle bestemmelser om personers rettigheter, som for eksempel retten til å anlegge direktesøksmål ved EFTA-domstolen mot ESAs vedtak har homogenitetsprinsippet i realiteten blitt anvendt som om den aktuelle bestemmelsen, i det tilfellene ODA artikkel 36, var omfattet av virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 6 og ODA artikkel 3. Det har i realiteten ikke vært noen annen løsning. Grunnen er at EØS-bestemmelser som direkte gjelder personers rettigheter, må tolkes på samme måte som den korresponderende EU-bestemmelsen om den aktuelle rettigheten i EU om personer skal ha like rettigheter i EU-pilaren og i EFTA-pilaren. For eksempel må adgangen til å fremme direktesøksmål etter ODA artikkel 36, innenfor EØS-avtalens anvendelsesområde, være den samme som etter TEUV artikkel 263. Noen annen løsning ville kunne føre til en rettsutvikling der personers søksmålsadgang ville være ulik i de to pilarene av EØS-avtalen, og dermed i strid med EØS-avtalen artikkel 1 om «like konkurransevilkår» og «overholdelse av de samme regler» for å opprette et «ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde». Ikke-homogen tolkning av disse bestemmelsene vil dermed utgjøre en trussel mot EØS-avtalens formål.

Motsatsen er bestemmelser som ikke direkte gjelder personers rettigheter. I disse tilfellene vil ikke ikke-homogen tolkning av konkrete bestemmelser nødvendigvis utgjøre noen trussel mot EØS-avtalens formål. I noen tilfeller vil det være i tråd med formålet å tolke disse bestemmelsene homogent med EU-retten, slik tilfellet var i *Gullenke II*. I andre tilfeller oppnås EØS-avtalens formål bedre ved ikke-homogen tolkning, slik tilfellet var i *Icesave* og i spørsmålet om tolkning av domstolsbegrepet i ODA artikkel 34. Heller ikke for disse bestemmelsene gjelder EØS-avtalen artikkel 6 eller ODA artikkel 3, og det er heller ikke andre grunner som gjør at de må tolkes homogent. For disse bestemmelsene har EU-retten dermed karakter av å være en inspirasjonskilde som det er hensiktsmessig å følge for å unngå dobbeltarbeid og fordi EU-

rettslige bestemmelser har tjent som forbilder for bestemmelsene, ikke en rettskilde som det påhviler EFTA-domstolen noen forpliktelse om å følge.

Når slutningene fra EFTA-domstolens praksis sammenholdes med domstolens varierende og forvirrende begrepsbruk, og det faktum at det «vanlige» homogenitetsprinsippet omfatter prosessuelle bestemmelser, er resultatet at begrepet «prosessuell homogenitet» ikke beskriver noen koherent måte å anvende homogenitetsprinsippet på. Innenfor begrepet kan man ha tilfeller der bestemmelser tolkes helt homogent, der EFTA-domstolen tar utgangspunkt i EU-domstolens praksis men tilpasser den litt, og der EFTA-domstolen velger en løsning i strid med EU-domstolens praksis. Jeg er derfor av den oppfatning at begrepet «prosessuell homogenitet» kan og bør forlates.

3.4. Hvis ikke prosessuell homogenitet – hva da?

Konklusjonen i punkt 3.3.4 reiser spørsmål om det finnes en bedre måte å kategorisere homogenitetsprinsippet gjennomslag på, ikke bare med tanke på «prosessuell homogenitet», men generelt. Behovet for en slik kategorisering følger også av at den eksisterende juridiske teorien om homogenitetsprinsippet gjennomslag begrenser seg til å konstatere at homogenitetsprinsippet kan ha ulik gjennomslagskraft eller ulik betydning i forskjellige tilfeller, uten at det oppsettes noen utgangspunkter for gjennomslagskraften basert på overordnede eller generelle kjennetegn. Min oppfatning er at det er mulig å oppstille en slik systematisering, basert på EFTA-statenes forpliktelse overfor EU om å tolke og anvende aktuelle bestemmelsene homogent.

Systematiseringen har tre kategorier, der EFTA-domstolens tilnærming til homogenitetsprinsippet betydning i saker om «prosessuell homogenitet» har en sentral rolle. De tre kategoriene er 1) der homogenitetsforpliktelsen følger direkte av EØS-avtalen 2) der homogenitetsforpliktelsen følger av at den EØS-rettslige bestemmelsen direkte gjelder personers rettigheter, og 3) der EU-retten tjener som inspirasjonskilde.

Den første kategorien omfatter for det første det «vanlige» homogenitetsprinsippet som omtalt i punkt 3.2.2, altså anvendelsesområdet til EØS-avtalen artikkel 6 og ODA artikkel 3, EØS-avtalens hoveddel og protokoll 1-4 og vedlegg 1 og 2 til ODA. De aller fleste EØS-rettslige tolkningsspørsmål vil omfattes av denne kategorien. Det er i den forbindelse et poeng at reglene i denne kategorien er de EØS-reglene, og spørsmålene, som *også kunne kommet opp for tolkning i EU-domstolen*. EØS-avtalens hoveddel er, som EU-domstolen har fastslått, del av EU-

retten.⁴⁰⁷ Og som EU-domstolen påpeker innebærer det at den i prinsippet har jurisdiksjon til å gi forhåndsuttalelse om EØS-rettslige spørsmål, om enn bare med hensyn til EØS-rettens anvendelse i EU.⁴⁰⁸ Etter EØS-avtalen artikkel 107 og protokoll 34 har EU-domstolen, dersom en EFTA-stat ber den om det, i prinsippet også jurisdiksjon over slike spørsmål i EFTA-pilaren. De EØS-rettslige bestemmelsene EU-domstolen i prinsippet kunne avgitt forhåndsavgjørelser om er da også de som omfattes av EØS-avtalens artikkel 6 og ODA artikkel 3, nemlig EØS-avtalen, som EU er part til, og ODA protokoll 1-4 som inneholder regler om Kommisjonens kompetanse på utvalgte områder, som også gjelder for ESA. De fleste spørsmål om homogen tolkning av EØS-retten vil dermed falle inn under denne første kategorien, fordi det er her de sentrale reglene i EØS-avtalen det oftest reises spørsmål om befinner seg. Ved tolkning av slike bestemmelser er utgangspunktet for homogenitetsprinsippet gjennomslag en homogenitetspresumpsjon, og det skal svært mye til for å komme til et ikke-homogent tolkningsresultat.

Den andre kategorien omfatter bestemmelser der det «vanlige» homogenitetsprinsippet ikke kommer til anvendelse, men som likevel må tolkes homogent med sine EU-rettslige forbilder. Dette er for det første bestemmelser som dem nevnt i punkt 3.3.3.2, som direkte gjelder personers rettigheter, slik at homogenitetsforpliktelsen følger av det faktum at personer må ha de samme rettighetene, for eksempel til å anlegge direktesøksmål, uavhengig av om søksmålet anlegges i EFTA- eller EU-pilaren. Bestemmelser i ODAs hoveddel som gjennomfører forpliktelser i EØS-avtalen vil omfattes av denne kategorien. For eksempel må artikkel 31 om ESAs kompetanse til å ta ut traktatsbrudssøksmål tolkes homogent med Kommisjonens kompetanse etter TEUV artikkel 258.

Den tredje kategorien omfatter EØS-bestemmelser som EFTA-statene ikke har forpliktet seg til å tolke homogent med korresponderende EU-rettslige bestemmelser. Bestemmelsene det gjelder er typisk bestemmelser hvis eksistens ikke er pålagt av noen bestemmelse i EØS-avtalen. Dette gjelder flere av bestemmelsene i ODA hoveddel, blant annet ODA artikkel 34. Bestemmelsene er viktige, men det er EFTA-statene selv som har besluttet at de skal være en del av EØS-retten. EFTA-statene er dermed ikke forpliktet til å tolke dem homogent med eventuelle EU-rettslige forbilder. EU-retten kan være relevant, men i utgangspunktet som en inspirasjonskilde, ikke en rettskilde. EFTA-statene og EFTA-domstolen har noen forpliktelse til å følge. Det naturlige utgangspunktet for disse bestemmelsene er heller at de må tolkes på en

⁴⁰⁷ C-321/97 [P] *Andersson*, avsnitt 26.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, avsnitt 27 og 28.

måte som i størst mulig grad oppfyller EØS-avtalens formål. Som vist i punkt 3.3.3.3 vil dette i noen tilfeller tilsi en tolkning som samsvarer med EU-retten. I andre tilfeller kan det tilsi en tolkning som på det konkrete nivået er ikke-homogen, fordi en slik tolkning i større grad er egnet til å sikre oppfyllelse av EØS-avtalens overordnede formål. Hvilke EØS-rettslige kilder som er relevante, og hvilke tolkningsbidrag som kan utledes fra dem må, som ellers, avgjøres i det enkelte tilfelle. I de fleste tilfeller vil man i det minste måtte se til den konkrete bestemmelsens ordlyd og formål, EØS-avtalens overordnede formål, og den EØS-rettslige lojalitetsplikten.

Selv om jeg mener kategoriseringen oppstilt her i punkt 3.4 er både treffende, forenklende, og reflekterer gjeldende rett er det grunn til å understreke at kategoriseringen bare gir *utgangspunktene* hva gjelder homogenitetsprinsippets rekkevidde og gjennomslag. Rettsanvenderen stilt overfor et EØS-rettslig spørsmål kan ta utgangspunkt i kategoriseringen, men må naturligvis se hen til alle relevante momenter for å vurdere homogenitetsprinsippets rekkevidde og gjennomslag i det konkrete tilfellet. Dessuten er kategoriseringen på ingen måte perfekt. Det kan oppstå grensespørsmål kategoriene imellom og det kan oppstå vanskelige spørsmål innenfor kategoriernes rammer. At det er mulig å oppstille en slik kategorisering bøter naturligvis heller ikke på en av de grunnleggende utfordringene ved EØS-samarbeidet, at EU-vedtar rettsakter som ikke gjelder i EFTA-pilaren, men som får betydning for tolkningen av EU-regler som har korresponderende regler i EØS-avtalen.

4. Domstolsbegrepet i ODA artikkel 34 – EU retten mer enn inspirasjon?

4.1. Utgangspunktet

EØS-avtalen artikkel 108 forplikter EFTA-statene til å opprette en domstol, men inneholder ingen forpliktelse om å opprette en foreleggelsesordning for denne domstolen etter modell fra ordningen for EU-domstolen. ODA artikkel 34 gjennomfører altså ingen EØS-forpliktelse, og EU-retten har, i henhold til kategoriseringen punkt 3.4, derfor i utgangspunktet status som inspirasjonskilde. EFTA-domstolens uttalelse i *Scanteam* om at EU-domstolens praksis «may be relevant», men at det er opp til domstolen selv å avgjøre relevansen fremstår derfor, som utgangspunkt, treffende. Dette er imidlertid kun et utgangspunkt, og det kan være omstendigheter som gir EU-retten større relevans.

Undersøkelsen av om det foreligger grunner til å ilegge EU-retten større relevans kan deles inn i to spørsmål. Det første spørsmålet er om det på generelt grunnlag foreligger omstendigheter som tilsier at EU-retten må ilegges mer relevans. Det andre spørsmålet er om utviklingen i EU-domstolens tolkning av domstolsbegrepet tilsier at EU-retten må ilegges større vekt.

4.2. Er det grunner til å ilegge EU-retten større relevans?

4.2.1. Generelle grunner

Formålet med ODA artikkel 34 er som nevnt i punkt 1.3 å sikre homogenitet ved fortolkning og anvendelse av EØS-retten. Formålet oppnås ved at ODA artikkel 34 fasiliteter dialog mellom nasjonale domstoler og EFTA-domstolen. Det er vanskelig å si at formålet på generelt grunnlag styrker EU-rettens relevans. Det fremstår da mer nærliggende å se det slik at dersom EU-rettens løsning bidrar til å oppfylle ODA artikkel 34 sitt formål bør den følges, men dersom EU-retten utgjør en hindring for å oppfylle formålet bør den ikke følges. Jeg kommer nærmere tilbake til dette i punkt 4.2.2.

Utover bestemmelsens formål er øvrige bestemmelser i ODA og EØS-avtalen, samt øvrige kilder som belyser partenes forutsetninger knyttet til EU-rettens relevans ved tolkning av ODA artikkel 34, av interesse.

Etter EØS-avtalen artikkel 3 og ODA artikkel 2 følger det en plikt til å treffe alle generelle eller særlige tiltak egnet til å oppfylle forpliktelsene som følger av EØS-avtalen og ODA. Lojalitetsplikten kan vanskelig tas til inntekt for å øke EU-rettens rettskildemessige relevans ved

tolkningen av ODA artikkel 34. Om noe tilsier den at bestemmelsen må tolkes på en måte som i størst mulig grad realiserer foreleggelsesordningens formål og funksjon om å sikre homogenitet ved fortolkning og anvendelse av EØS-retten i EFTA-statene. Om formålet oppnås best ved å ikke følge EU-domstolens tolkning av domstolsbegrepet i TEUV artikkel 267 kan det ikke anses som stridende med lojalitetsplikten å ikke følge EU-domstolens praksis. Lojalitetsplikten underbygger dermed EU-rettens status som inspirasjonskilde.

Utover dette virker verken EØS-avtalens, eller ODAs, hoveddel eller fortale å tilsi at EU-retten bør ilegges vekt utover som inspirasjonskilde. Utgangspunktet om at det ikke finnes noen homogenitetsforpliktelse for ODA artikkel 34, og at bestemmelsen er ment å sikre homogenitet ved tolkning og anvendelse av EØS-retten, gjør etter min mening at det styrende for EU-rettens relevans er om det bidrar til å oppfylle ODA artikkel 34s formål å følge den.

EFTA-domstolen har for sin del uttalt at EFTA-statene under arbeidet med ODA hentet inspirasjon fra TEUV artikkel 267 da, men at det er forskjeller.⁴⁰⁹ EFTA-domstolen kom i starten av 2010-årene med uttalelser i retning av å innfortolke en foreleggelsesplikt for EFTA-statenes øverste domstoler i ODA artikkel 34, tilsvarende plikten til sisteinstansdomstoler i EUs medlemsstater etter TEUV artikkel 267.⁴¹⁰ Fremstøtet fikk i liten grad oppslutning, og den rådende oppfatningen er som nevnt i punkt 1.3 at det ikke kan oppstilles noen ulovfestet foreleggelsesplikt.⁴¹¹ Domstolens daværende president har imidlertid utmerket seg som en tilhenger av en slik domstolsskapt foreleggelsesplikt.⁴¹² Det fremstår ikke unaturlig å se fremveksten av begrepet «prosessuell homogenitet» i lys av disse uttalelsene. Som påpekt i petit-avsnittet på side 70 viste Baudenbacher som president omfattende til ordre truffet av han alene for å argumentere for at EFTA-domstolen som helhet hadde anerkjent prinsippet om «prosessuell homogenitet». Det er naturlig å se et «sterkt» prosessuelt homogenitetsprinsipp som del av argumentasjonen for å innfortolke en foreleggelsesplikt. Dette forsøket vant imidlertid ikke frem.

Videre finnes det ikke forarbeider, og juridisk teori er knapp om spørsmålet. Per Christiansen kommenterer ODA artikkel 34 i kommentarutgaven til EØS-avtalen fra 2018, men omtaler ikke bestemmelsens tilblivelse.⁴¹³ I kommentarutgaven til Norberg mfl. fra 1992 gjentas det flere

⁴⁰⁹ *Irish Bank*, avsnitt 57.

⁴¹⁰ Se særlig *Irish Bank*, avsnitt 57-64 og i samme retning E-3/12 *Jonsson*, avsnitt 60, og E-11/12 *Koch*, avsnitt 117.

⁴¹¹ Fredriksen og Mathisen 2022, s. 300-301, Arnesen mfl. 2022 s. 509, Broberg og Fenger 2021, s. 9, Bårdsen 2013, s. 540-542.

⁴¹² Baudenbacher 2010, s. 21-22 og Baudenbacher 2016, s. 156-157.

⁴¹³ Christiansen 2018, s. 1032-1040.

steder at ODA artikkel 34 «draws its inspiration» fra (daværende) TEF artikkel 177.⁴¹⁴ Samtlige av kommentarutgavens forfattere satt nært på EØS-forhandlingene. Likevel er det eneste som står om ODA artikkel 34s tilblivelse at EFTA-statene inntok den i ODA for å «facilitate the achievement of a uniform interpretation and application of the EEA Agreement».⁴¹⁵ Om noe støtter uttalelsene fra 1992-kommentarutgaven utgangspunktet om at det styrende for EU-retts relevans er om det bidrar til å oppfylle ODA artikkel 34s formål å følge den.

EØS-komiteens beslutning 83/2011 kan synes å være av interesse for å kaste lys over partenes syn på forholdet mellom ODA artikkel 34 og TEUV artikkel 267.⁴¹⁶ Det følger av EØS-avtalen artikkel 98 at EØS-komiteen har kompetanse til å endre EØS-avtalens vedlegg. EØS-komiteens endringer av vedlegg gjør dermed den aktuelle endringen til gjeldende EØS-rett.

Beslutning 83/2011 endret EØS-avtalen vedlegg 16 (XVI) for å innta direktiv 2007/66 som endret håndhevingsdirektivene for offentlig anskaffelser.⁴¹⁷ EØS-komiteen uttalte i beslutningen at referansen i håndhevingsdirektivenes artikkel 2 til daværende artikkel 234 i TEF «shall, for the EFTA States, be replaced with Article 34 of the Agreement between the EFTA States on the establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice».⁴¹⁸ Begge direktivenes artikkel 1 angir at medlemsstatene må ta nødvendige steg for å sikre effektive overprøvingsmuligheter av beslutninger truffet av offentlige oppdragsgivere.⁴¹⁹ Etter EØS-tilpasningen i EØS-komiteens beslutning angir artikkel 2(9) i direktiv 92/13 og artikkel 2(8), begges første ledd, at der overprøvingen etter artikkel 1 skjer i et ikke-rettslig organ må påståtte feil ved overprøvingen kunne bringes inn for et uavhengig organ som er «a court or tribunal within the meaning of Article 34» i ODA. Videre følger det av artikkel 2(9) i direktiv 92/13 og artikkel 2(8), begges andre ledd, at medlemmene av det uavhengige organet vist til i første ledd skal utnevnes og fratre sitt verv på samme vilkår som dommere når det gjelder oppnevnellesmyndigheten, mandatperioden, og avsettelse. Videre skal i det minste lederen av organet ha samme faglige kvalifikasjoner som kreves for dommere, og organet skal treffe avgjørelser som er rettslig bindende, etter en *inter partes* prosedyre. Disse momentene korresponderer i stor grad med

⁴¹⁴ Norberg mfl., 1993, s. 714-716.

⁴¹⁵ *Ibid.* s. 194.

⁴¹⁶ EØS-komiteens beslutning 83/2011 av 1. juli 2011 om endring i EØS-avtalens vedlegg XVI (anskaffelser).

⁴¹⁷ Henholdsvis Rådsdirektiv 89/665/EØF av 21. desember 1989 om samordning av lover og forskrifter om gjennomføring av klagebehandling i forbindelse med tildeling av offentlige varekjøps- samt bygge- og anleggskontrakter og Rådsdirektiv 92/13/EØF av 25. februar 1992 om samordning av lover og forskrifter om anvendelsen av fellesskapsreglene på innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon.

⁴¹⁸ Se beslutning 83/2011 artikkel 1 nr. 3 og 5.

⁴¹⁹ Henholdsvis direktiv 89/665 artikkel 1 og direktiv 91/13 artikkel 1 (a) og (b).

de EU-domstolen legger vekt på i gjeldende praksis om domstolsbegrepet i TEUV artikkel 267.

Hvordan skal denne tilpasningen tolkes opp mot spørsmålet om EU-retten skal ilegges større rettskildemessig vekt ved tolkningen av ODA artikkel 34? Mente EØS-komiteen med tilpasningen av håndhevelsesdirektivene å koble ODA artikkel 34 og TEUV artikkel 267 tettere sammen, slik at EU-retten får større relevans enn som en inspirasjonskilde som EFTA-domstolen kan velge å se bort fra?

Spørsmålet er uavklart. Det finnes ei heller forarbeider som kaster lys over EØS-komiteens beslutning. Norge anførte ikke komitebeslutningen som støtte for sitt syn i *Scanteam* om at EFTA-domstolen måtte tolke domstolsbegrepet i ODA artikkel 34 homogent med EU-domstolens praksis. EFTA-domstolen har derfor ikke uttalt seg om spørsmålet.

Komitebeslutningen angir at referansen til TEUV artikkel 267 skal erstattes med en referanse til ODA artikkel 34, ikke at ODA 34 også skal forstås på samme måte som TEUV artikkel 267. Andre avsnitts krav til det uavhengige organet er dessuten ikke generelle krav til organer som omfattes av domstolsbegrepet i ODA artikkel 34, men heller til det konkrete organet som skal sikre rettslig overprøving av påståtte feil fra ikke-rettslige kontrollorgan innenfor direktivenes anvendelsesområde. Når komitebeslutningen er så knapp som den er, gjelder et så klart definert anvendelsesområde som den gjør, og ikke klart gir uttrykk for at partene til EØS-avtalen er enige om at ODA artikkel 34 skal tolkes likt som TEUV artikkel 267, kan komitebeslutningen etter min mening ikke tas til inntekt for generell økt relevans av EU-retten ved tolkning av ODA artikkel 34.

Det er dermed vanskelig å se at det foreligger argumenter som på generelt grunnlag tilsier at EU-retten må ilegges vekt utover som inspirasjonskilde ved tolkningen av ODA artikkel 34.

4.2.2. EU-rettens relevans i lys av utviklingen i EU-domstolens praksis

EU-domstolens innstramming av foreleggelsesadgangen for administrative klagenemnder var et sentralt poeng i kapittel 2. Det stilles strenge krav til organers uavhengighet for at de skal anses å utgjøre del av det «europiske domstolssystemet» EU-domstolen har bygd opp. I Norge finnes det et stort antall nemnder, med tilsvarende stort antall varierende regulering.⁴²⁰ Der- som EU-retten må ilegges større vekt enn bare som inspirasjonskilde vil de færreste, om noen,

⁴²⁰ Domstolskommisjonen uttalte at det i 2020 fantes 50 norske klagenemnder, se NOU 2020: 11 s. 69. Det finnes ingen overordnet strategi for regulering av disse nemndene.

av klagenemndene i EFTA-statene, som det kom tydelig frem i *Scanteam*, kunne forelegge spørsmål til EFTA-domstolen. Likevel argumenterer enkelte kraftfullt for at EFTA-domstolen må tilslutte seg EU-domstolens praksis.⁴²¹ Spørsmålet er dermed i realiteten om EFTA-domstolen er nødt til å følge utviklingen i EU-domstolens praksis, og dermed avskjære de norske nemndene fra å forelegge den tolkningsspørsmål.

Norske domstoler, særlig tingrettene, er i overveldende grad straffe- og familierettsdomstoler, og sammenholdt med tilsvarende domstoler i de nordiske landene avsier norske domstoler få forvaltningsdommer som ikke gjelder familierett, og få privatrettslige avgjørelser.⁴²² EØS-retten knytter seg i forholdsvis liten grad til strafferetten og barnefordeling. Det er likevel ikke slik at det ikke behandles rettsvister innenfor felt som i større grad er påvirket av EØS-retten. En stor grad av disse sakene avgjøres imidlertid heller i de tallrike norske tvisteløsningsnemndene.⁴²³ De ti største nemndene behandlet i 2014 omtrent dobbelt så mange sivile saker som tingrettene.⁴²⁴ Eivind Smith omtaler nemndene som «funksjonelle domstoler» og uttaler at «[i] virkeligheten er det slike funksjonelle forvaltningsdomstoler som ivaretar det meste av «rettspleien» i forvaltningsstaten».⁴²⁵ Videre er, i alle fall en betydelig andel, av disse nemndene sammensatt av eksperter innen nemndens jurisdiksjonsområde og da også, i større grad enn generalistdommerne i norske domstoler, på de EØS-rettslige spørsmålene som aktualiseres på området. Dette er tilfellet med Klagenemnda for offentlige anskaffelser, Konkurransklagenemnda, Klagenemnda for industrielle rettigheter, Skatteklagenemnda, Energiklagenemnda, og Medieklagenemnda.⁴²⁶ Dessuten er det en vitterlig kjensgjerning at disse organene tilbyr en tvisteløsningsmekanisme og prosess som ikke eksponerer partene for de massive kostnadene det gjerne innebærer å føre sivile saker i norske domstoler.⁴²⁷ Dette er også et argument for hvorfor argumentet fra blant annet generaladvokat Colomer om at det som regel er mulig å anke avgjørelser fra administrative klageorganer inn for de ordinære domstolene står seg særlig godt. Det blir for dyrt for partene, i alle fall for de fleste privatpersoner. Da vil nok mange ofte akseptere

⁴²¹ Butler 2020a.

⁴²² Anna Nylund, «Domstolenes praktiske rolle i Norden: En analyse basert på statistikk», i Smith (red.) 2022, s. 19-36, særlig s. 36.

⁴²³ Eivind Smith, «Døren er høy, porten vid. Hvorfor er det så få som går inn?», i Smith (red.) 2022, s. 65-92 (Smith særlig s. 74, (Smith 2022b)).

⁴²⁴ NOU 2020: 11, s. 69.

⁴²⁵ Eivind Smith, «Perifere domstoler?», i Smith (red.) 2022, s. 11-18, på side 15, (Smith 2022a).

⁴²⁶ Se oversikt over nemndenes sammensetning på sekretariatenes hjemmesider, for KOFA, Konkurransklagenemnda, Energiklagenemnda, og Medieklagenemnda: <https://www.klagenemndssekretariatet.no/>. For Klagenemnda for industrielle rettigheter: <https://kfir.no/>. Skatteklagenemnda: <https://www.regjeringen.no/no/dep/fin/org/styrer-rad-og-utvalg-oppnevnt-av-finansdepartementet2/skatteklagenemnda/id2577164/>. Alle besøkt 4. juni 2024.

⁴²⁷ Se om dette Smith 2022b, s. 79-83.

et rettstap, og la være å ta saken videre.

Det er i stor grad disse argumentene EFTA-domstolen viste til i *Scanteam*, med bemerkningen om at tolkningen av domstolsbegrepet i ODA artikkel 34 «must pay due regard to the constitutional and legal traditions of the EFTA-states», nærmere bestemt «the important role played by administrative appeal boards in the EFTA States». *Scanteam*-avgjørelsen er dessuten i seg selv et godt eksempel på klagenemndenes viktige rolle i EØS-retten. Spørsmålene KOFA forela virker blant annet å ha lagt grunnlaget for videre utvikling, og etter min mening en avklaring som brakte homogenitet mellom EU- og EFTA-pilaren, i spørsmålet om EØS-avtalens anvendelse på kontinentalsokkelen.⁴²⁸ For å oppnå formålet med ODA artikkel 34 om å sikre homogenitet ved fortolkning og anvendelse av EØS-retten fremstår det derfor ikke bare fornuftig, men nødvendig, at disse organene har tilgang til foreleggelsesordningen for EFTA-domstolen.

Holdt opp mot utviklingen i EU-domstolens praksis fremstår det klart at begrunnelsen det er mulig å identifisere frem til siste halvdel av 2010-årene ikke har overføringsverdi til EØS-retten. Allerede ved tidspunktet for generaladvokat Colomers uttalelse i *De Coster* hadde foreleggelsesordningen for EU-domstolen eksistert i over 40 år, og EU-domstolen hadde utfordringer med at den mottok for mange foreleggelsessaker. Det var ikke lenger nødvendig å tolke domstolsbegrepet vidt for at domstolsdialogen mellom EU og de nasjonale domstolene skulle fungere godt nok – det var heller nødvendig å stramme inn tolkningen for å forbedre dialogen. EØS-utredningen av 2024 påpekte derimot at for å håndtere EØS-rettens økende kompleksitet og EUs spesialisering må EFTA-domstolen styrkes, og «norske domstoler og klagenemnder sende [...] flere uavklarte tolkningsspørsmål til EFTA-domstolen».⁴²⁹

Med *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, *Banco de Santander*, og senest *NADA* har EU-domstolen vært tydelig på at begrunnelsen for den strenge tolkningen av domstolsbegrepet gjelder for alle organer som skal omtales som «domstoler». Grunnen er rettstatsutfordringene i Polen og Ungarn, og et ønske om å konsolidere domstolsbegrepet for å understreke at ingen land kan komme unna med uakseptabel svekkelse av sine lands domstoler. Uavhengig av hva man måtte mene om denne tolkningen er det med dommen i *NADA* udiskutabelt at den er gjeldende rett. Må denne delen av utviklingen i EU-domstolens tolkning av domstolsbegrepet i

⁴²⁸ Tarjei Bekkedal og Mads Andenæs, «EØS-avtalen og kontinentalsokkene», *Lov og Rett*, Vol. 63, Nr. 1, 2024, s. 7-33, <https://doi.org/10.18261/lor.63.1.3>. Se også Halvard Haukeland Fredriksen, «The Geographical Reach of EEA Law After *Scanteam*», i Tryggvi Gunnarsson, Kristin Benediktsdóttir, Olafur Johannes Einarsson, Særun Maria Gunnarsdóttir, Arnaldur Hjartarson, Sindri M. Stephensen (red.), *Afmælisritt - Páll Hreinsson sextugur*, Fons Juris, 2023, s. 263-280.

⁴²⁹ NOU 2024: 7, s. 75.

TEUV artikkel 267 føre til at EFTA-domstolen tilslutter seg den?

Det er imidlertid vanskelig å se at EU-domstolens begrunnelse har overføringsverdi til EFTA-pilaren. EFTA-domstolen er ikke del av «the european judiciary» som EU-domstolen har opprettet. I dette systemet har EU-domstolen påtatt seg rollen med å sikre at medlemsstatenes domstoler tilbyr den rettsbeskyttelsen som medlemsstatene gjennom TEU artikkel 19 og Pakten artikkel 47 er forpliktet til å opprettholde. Tilbys ikke denne beskyttelsen av en av medlemsstatenes domstoler anses ikke den aktuelle domstolen som del av det «europeiske domstolsvesenet», markert ved at den ikke får delta i dialog med EU-domstolen. Del av grunnen til at EU-domstolen har kunnet ta en slik rolle er EU-rettens autonome, overnasjonale karakter. EU-domstolen og de nasjonale domstolene er del av et enhetlig, lukket system, der arbeidsfordelingen dem imellom er sentral for å opprettholde «the very nature of the law established by the Treaties».⁴³⁰ Reises det et uavklart EU-rettslig spørsmål for domstolene i en medlemsstat skal medlemsstatens sisteinstansdomstol forelegge spørsmålet for EU-domstolen. Ved løsningen av den nasjonale saken er den foreleggende domstolen bundet til å følge EU-domstolens svar, det er dens ansvar å sørge for at EU-retten blir korrekt anvendt, altså i samsvar med EU-domstolens avgjørelse, overfor partene i den nasjonale saken.

Dette er ikke tilfelle i EFTA-pilaren av EØS-retten. Den har ikke den samme autonome, overnasjonale karakteren. Prinsipielt sett kunne enhver sak som reiser et EØS-rettslig spørsmål vært håndtert av nasjonale domstoler selv, det er ingen foreleggelsesplikt. Og når spørsmål først er forelagt og besvart, er svarene bare rådgivende. Nasjonale domstoler har både rett og *plikt* til å vurdere om den er enig i EFTA-domstolens tolkning av EØS-retten. Det er dermed ikke noen ansvarsfordeling lik den i EU-retten, og ikke på samme måte et «EØS» eller «EFTA-judiciary» det gir noen mening at EFTA-domstolen skal ivareta gjennom å utestenge organer som ikke oppfyller EU-domstolens strenge uavhengighetskrav.

Det er viktig å understreke at disse betraktningene ikke er ment å undergrave den helt sentrale rollen de rådgivende uttalelsene har. Rådgivende uttalelser er helt sentrale for å opprettholde homogenitet i EØS-retten.⁴³¹ Nettopp derfor burde alle organer som løser rettsvister ved å avsi bindende avgjørelser overfor partene i EFTA-pilaren ha tilgang til foreleggelsesordningen, for å sikre mulighet for homogen og korrekt anvendelse av EØS-retten på så lavt nivå i

⁴³⁰ Broberg og Fenger 2021, s. 2.

⁴³¹ At rådgivende uttalelser fra internasjonale domstoler ses på som effektive verktøy understrekes ved at det nå følger av Protokoll 16 til EMK at EMD kan avsi rådgivende uttalelser.

tvisteløsningshierarkiet som mulig. Det understrekes også at uavhengige domstoler og de rettsstatlige og demokratiske implikasjonene ved svekkelse av domstolenes uavhengighet selvfølgelig også er relevant i EØS-retten og EFTA-statene.⁴³² Stortinget vedtok enstemmig 21. juli 2024 grunnlovsendringer for å styrke domstolenes uavhengighet, der rettstatskrisene i Europa var del av vedtakets begrunnelse.⁴³³ Å hindre klagenemnder å forelegge tolkningsspørsmål til EFTA-domstolen vil imidlertid ikke bidra i kampen mot udemokratiske krefter og svekkelse av rettstaten i europeiske land.

På denne bakgrunnen er konklusjonen at EU-retten ikke har vekt ved tolkningen av ODA artikkel 34 utover som inspirasjonskilde det er opp til EFTA-domstolen å, i tråd med EØS-rettslige prinsipper, avgjøre relevansen av.

⁴³² Nærmere om opprettholdelsen av «rule of law» i EFTA-pilaren, se Halvard Haukeland Fredriksen, «The Rule of Law within the EFTA-Pillar of the European Economic Area – Living Up to the (New) Expectations of the CJEU?», *Yearbook on Procedural Law of the Court of Justice of the European Union Fourth Edition - 2022*, MPILux Research Paper, nr. 1, 2023, s. 7-24, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4367894>.

⁴³³ Innst. 314 S (2023-2024). Se også, blant annet, Kine E. Steinsvik, «Uavhengige domstoler må sikres i Grunnloven», *Lov og Rett*, Vol. 63, nr. 4, 2024, s. 226-228.

5. Kildeliste

Litteratur

- Arnesen mfl. 2022 Arnesen, Finn, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad, og Ole Andreas Rognstad, *Oversikt over EØS-retten*, 1. utgave, Universitetsforlaget, 2022.
- Baudenbacher 2010 Baudenbacher, Carl, *The EFTA Court in Action - Five Lectures*, German Law Publishers, 2010.
- Baudenbacher 2016 Baudenbacher, Carl, «The EFTA Court: Structure and Tasks», i Carl Baudenbacher (red.), *The Handbook of EEA Law*, Springer, 2016, s. 139-175.
- Bekkedal og Andenæs 2024 Bekkedal, Tarjei, og Mads Andenæs, «EØS-avtalen og kontinentalsoklene», *Lov og Rett*, Vol. 63, Nr. 1, 2024, s. 7-33, <https://doi.org/10.18261/lor.63.1.3>.
- Berger 1953 Berger, Adolf, «Encyclopedic dictionary of Roman law», *Transactions of the American Philosophical Society*, Vol. 43, nr. 2, 1953, s. 333-809, <https://doi.org/10.2307/1005773>.
- Bergo 2022 Bergo, Knut, *Rett praksis: Lærebok i norsk juridisk metode*, 1. utgave, Fagbokforlaget, 2022.
- Black og Garner 2004 Black, Henry Campbell og Bryan A. Garner, *Black's law dictionary*, 8. utgave, Thomson West, 2004.
- Bonelli og Claes 2018 Bonelli, Matteo og Monica Claes, «Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary», *European Constitutional Law Review*, Vol. 14, Nr. 3, 2018, s. 622-643, <https://doi.org/10.1017/S1574019618000330>.
- Broberg 2009 Broberg, Morten, «Preliminary References by Public Administrative Bodies», *European Public Law*, Vol. 15, nr. 2, 2009, s. 207-221, <https://doi.org/10.54648/euro2009016>.
- Broberg og Fengler 2021 Broberg, Morten og Niels Fengler, *Broberg and Fengler on preliminary references to the European Court of Justice*, 3. utgave, Oxford University Press, 2021.
- Broberg og Fengler 2022 Broberg, Morten og Niels Fengler, «The European Court of Justice's Transformation of its Approach towards Preliminary References from Member State Administrative Bodies», *Cambridge Yearbook of European Legal*

- Studies*, Vol. 24, 2022, s. 169-200, <https://doi.org/10.1017/cel.2022.4>.
- Bull 2002 Bull, Henrik, *Det indre marked for tjenester og kapital: import av finansielle tjenester*, Universitetsforlaget, 2002.
- Butler 2020a Butler, Graham, «Mind the (Homogeneity) Gap: Independence of Referring Bodies Requesting Advisory Opinions from the EFTA Court», *Fordham International Law Journal*, Vol. 44, nr. 2, 2020, s. 307-356, <https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol44/iss2/1/>.
- Butler 2020b Butler, Graham, «Independence of non-judicial bodies and orders for a preliminary reference to the Court of Justice», *European Law Review*, Vol. 45, nr. 6, 2020, s. 870-887, <https://uk.westlaw.com/Document/IFCA4CD70358A11EBB048811CC5845CC6/View/FullText.html?transitionType=Default&context-Data=%28sc.Default%29>.
- Bårdsen 2013 Bårdsen, Arnfinn, «Noen refleksjoner om Norges Høyesterett og EFTA-domstolen», *Lov og Rett*, Vol. 52, nr. 8, 2013, s. 535-546, <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3061-2013-08-03>.
- Carruba og Murrah 2005 Carrubba, Clifford J., and Lacey Murrah. «Legal Integration and Use of the Preliminary Ruling Process in the European Union» *International Organization*, Vol 59, nr. 2, 2005, s. 399–418, <http://www.jstor.org/stable/3877909>.
- Christiansen 2018 Per Christiansen, «Article 34 [Advisory Opinion]», i Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad og Christoph Vedder (red.), *The Agreement on the European Economic Area - A Commentary*, C.H. Beck, Hart, Nomos, Universitetsforlaget, 2018, s. 1032-1040.
- Clifton 2014 Clifton, Michael-James, «EFTA-statenes og ESAs adgang til å intervenere for EU-domstolen», *Lov og Rett*, Vol. 53, nr. 2, 2014, s. 63-76, <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3061-2014-02-02>.
- Craig og De Búrca 2020 Craig, Paul og Gráinne De Búrca, *EU Law*, 7.utgave, Oxford University Press, 2020, <https://doi.org/10.1093/he/9780198856641.001.0001>.
- Due 1997 Due, Ole, «Hvad mener de dog? (Om læsning af EF-domstolens afgørelser)», i Lennart Lynge Andersen, Jens Fejø, Ruth Nielsen (red.), *Festskrift til Ole Lando*, GadJura, 1997, s. 125-144.

Eckhoff og Smith 2022	Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, <i>Forvaltningsrett</i> , 12. utgave, Universitetsforlaget, 2022.
Einarsson 2022	Einarsson, Ólafur Jóhannes, «The Advisory Opinion Procedure and the Relationship between the EFTA Court and the Norwegian Courts – recent developments», <i>Lov og Rett</i> , Vol. 61, nr. 4, 2022, s. 221-245, https://doi.org/10.18261/lor.61.4.3 .
Fairhurst 2012	Fairhurst, John, <i>Law of the European Union</i> , 9. utgave, Pearson, 2012.
Franklin 2011	Franklin, Christian, «The Burgeoning Principle of Concistency in EU Law», <i>Yearbook of European Law</i> , Vol. 30, 2011, s. 42-85, https://doi.org/10.1093/yel/yer004 .
Franklin 2020	Franklin, Christian, «Pride and Prejudice: Some Reflections on the (In)discretionary Application of Fundamental Freedoms by Norwegian Courts», <i>Europarecht</i> , Beiheft 1, 2020, s. 225-254, http://dx.doi.org/10.5771/9783748907527-225 .
Franklin og Fredriksen 2022	Franklin, Christian og Halvard Haukeland Fredriksen, «Differentiated Citizenship in the EEA», i Dora Kostakopoulou og Daniel Thym (red.), <i>Research Handbook on European Union Citizenship Law and Policy</i> , Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2022, s. 297-319, https://doi.org/10.4337/9781788972901 .
Fredriksen 2012	Fredriksen, Halvard Haukeland, «Bridging the Widening Gap between the EU Treaties and the Agreement on the European Economic Area», <i>European Law Journal</i> , Vol. 18, nr. 6, 2012, s. 868-886, http://dx.doi.org/10.1111/eulj.12001 .
Fredriksen 2013	Fredriksen, Halvard Haukeland, <i>Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen</i> , Fagbokforlaget, 2013.
Fredriksen 2023a	Fredriksen, Halvard Haukeland, «The Geographical Reach of EEA Law After Scanteam», i Tryggvi Gunnarsson, Kristin Benediktsdóttir, Ólafur Jóhannes Einarsson, Særun María Gunnarsdóttir, Arnaldur Hjartarson, Sindri M. Stephensen (red.), <i>Afmælisritt - Páll Hreinsson sextugur</i> , Fons Juris, 2023, s. 263-280.
Fredriksen 2023b	Fredriksen, Halvard Haukeland, «The Rule of Law within the EFTA-Pillar of the European Economic Area – Living Up to the (New) Expectations of the CJEU?», <i>Yearbook</i>

- on Procedural Law of the Court of Justice of the European Union Fourth Edition - 2022*, MPILux Research Paper, nr. 1, 2023, s. 7-24, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4367894>.
- Fredriksen og Franklin 2015 Fredriksen, Halvard Haukeland og Christian Franklin, «Of Pragmatism and Principles: The EEA Agreement 20 Years On», *Common Market Law Review*, Vol. 52, nr. 3, 2015, s. 629-684, <https://doi.org/10.54648/cola2015049>.
- Fredriksen og Mathisen 2022 Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 4. utgave, Fagbokforlaget, 2022.
- Graver 2008 Graver, Hans Petter, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, Vol. 121, nr. 2, 2008, s. 149-178, <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3096-2008-02-01>.
- Heggen 2024 Heggen, Tollef Otterdal, *Er nasjonale tilsynsmyndigheter for finansmarknaden egentleg nasjonale? Krav om uavhengige nasjonale tilsynsmyndigheter for finansmarknaden i EU, EØS og Noreg*, Karnov Forlag, 2024.
- Hreinsson 2016 Hreinsson, Páll, «General Principles», i Carl Baudenbacher (red.), *The Handbook of EEA Law*, Springer, 2016, s. 349-389.
- Langbakk 2024 Langbakk, Sebastian Mydland, «Om EU- og EØS-rettslige krav til uavhengige forvaltningsorganer», *Kritisk juss*, Vol. 50, nr. 1, 2024, s. 28-67.
- Lenaerts 2019 Lenaerts, Koen, «Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue», *Yearbook of European Law*, Vol. 38, 2019, s. 3-17, <https://doi.org/10.1093/yel/yez002>.
- Lenaerts 2020 Lenaerts, Koen, «New Horizons for the Rule of Law Within the EU», *German Law Journal*, Vol. 21, særnummer 1: Challenges in the EU in 2020, 2020, s. 29-34, <https://doi.org/10.1017/glj.2019.91>.
- Lenaerts 2023 Lenaerts, Koen, «On Checks and Balances: the Rule of Law within the EU», *Columbia Journal of European Law*, Vol. 29, Nr. 2, 2023, s. 25-63, <https://cjel.law.columbia.edu/files/2023/04/7.-LENAERTS-SPECIAL-ISSUE-PROOF.pdf>.
- Lenaerts mfl. 2021 Lenaerts, Koen, José A. Gutiérrez-Fons, og Stanislas Adam, "Exploring the Autonomy of the European Union Legal Order", *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 81, 2021, s. 47-87. <https://doi.org/10.17104/0044-2348-2021-1-47>.

- Lenaerts mfl. 2023
Lenaerts, Koen, Kathleen Gutman, og Janek Tomasz Nowak, *EU procedural law*, 2. utgave, Oxford University Press, 2023.
- Magnússon 2014
Magnússon, Skúli, «Efficient Judicial Protection of EEA Rights in the EFTA-pilar – Different Role for the National Judge», i Carl Baudenbacher, Philipp Speitler, og Bryndís Pálmarsdóttir (red.), *The EEA and The EFTA Court: Decentered Integration*, Hart Publishing, 2014, s. 117-130.
- Mæhle 2004
Mæhle, Synne Sæther, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene», Jussens Venner, Vol. 39, Nr. 5-6, s. 329-342, <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3126-2004-05-06-04>.
- Norberg mfl. 1993
Norberg, Sven, Karin Hökborg, Martin Johansson, Dan Eliasson, og Lucien Dedichen, *EEA Law – A commentary on the EEA Agreement*, Fritzes, 1993.
- Norberg og Johansson 2016
Norberg, Sven og Martin Johansson, «The History of the EEA Agreement and the First Twenty Years of Its Existence», i Carl Baudenbacher (red.), *The Handbook of EEA Law*, Springer, 2016, s. 3-42.
- Nylund 2022
Nylund, Anna, «Domstolenes praktiske rolle i Norden: En analyse basert på statistikk», i Eivind Smith (red.), *Våre perifere domstoler*, Fagbokforlaget, 2022, s. 19-36.
- Pech mfl. 2021
Pech, Laurent , Patryk Wachowiec og Dariusz Mazur, «Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action», *Hague Journal on the Rule of Law*, Vol. 13, 2021, s. 1-43, <https://doi.org/10.1007/s40803-021-00151-9>.
- Reyns 2021
Reyns, Charlotte, «Saving Judicial Independence: A Threat to the Preliminary Ruling Mechanism», *European Constitutional Law Review*, Vol. 17, nr. 1, 2021, s. 26-52, <https://doi.org/10.1017/S1574019621000079>.
- Rodriguez Medal 2015
Rodriguez Medal, Jaime, «Concept of a Court or Tribunal under the Reference for a Preliminary Ruling: Who can Refer Questions to the Court of Justice of the EU?», *European Journal of Legal Studies*, Vol. 8, nr. 1, 2015 s. 104-146, <https://ejls.eui.eu/issues/summer-2015-volume-8-is-sue-1/>.

Rosas 2014	Rosas, Allan, «The Content of Requests for Preliminary Rulings to the European Court of Justice and the EFTA Court - What are the Minimum Requirements?», i Carl Baudenbacher, Philipp Speitler, og Bryndís Pálmarsdóttir (red.), <i>The EEA and The EFTA Court: Decentered Integration</i> , Hart Publishing, 2014, s. 83-90.
Ruud og Ulfstein 2023	Ruud, Morten og Geir Ulfstein, <i>Innføring i folkerett</i> , 6.utgave, Universitetsforlaget, 2023.
Sánchez Frías 2023	Sánchez Frías, Alejandro, «A New Presumption for the Autonomous Concept of ‘Court or Tribunal’ in Article 267 TFEU: ECJ 29 March 2022, Case C-132/20, Getin Noble Bank», <i>European Constitutional Law Review</i> , Vol. 19, nr. 2, 2023, s. 320-345, https://doi.org/10.1017/S157401962300007X .
Sankari 2013	Sankari, Suvi, <i>European Court of Justice Legal Reasoning in Context</i> , Europa Law Publishing, 2013.
Sevón 2002	Sevón, Leif, «The ECJ, the EFTA Court, and the national courts of the EFTA countries», i Peter Lødrup, Steinar Tjomsland, Gunnar Aasland og Magnus Aarbakke (red.), <i>Rettsteori og rettsliv. Festskrift til Carsten Smith</i> , Universitetsforlaget, 2002, s. 721-732.
Skoghøy 2022	Skoghøy, Jens Edvin, <i>Tvisteløsning</i> , 4. utgave, Universitetsforlaget, 2022.
Smith 2022a	Smith, Eivind, «Perifere domstoler?», i Eivind Smith (red.), <i>Våre perifere domstoler</i> , Fagbokforlaget, 2022, s. 11-18.
Smith 2022b	Smith, Eivind, «Døren er høy, porten vid. Hvorfor er det så få som går inn?», i Eivind Smith (red.), <i>Våre perifere domstoler</i> , Fagbokforlaget, 2022, s. 65-92.
Spanó 2012	Spanó, Róbert R., «The Concept of Procedural Homogeneity», i EFTA-domstolen (red), <i>Judicial Protection in The European Economic Area</i> , German Law Publishers, 2012, s. 151-159.
Steinsvik 2024	Steinsvik, Kine E., «Uavhengige domstoler må sikres i Grunnloven», <i>Lov og Rett</i> , Vol. 63, nr. 4, 2024, s. 226-228.
Sunde mfl. 2024	Sunde, Torje, Jon Lunde, og Ida Sørebo, <i>EØS-lovgivningen: fra EU-rett til EØS-rett og norsk rett</i> , 1. utgave, Universitetsforlaget, 2024.

Sæthern 2022	Sæthern, Alexander, «EU-rettens krav om uavhengig reguleringsmyndighet for energi: En studie av europeiseringen av norsk kraftmarkedsregulering», <i>MarIus</i> , Nr. 555, 2022
Tridimas 2003	Tridimas, Takis, «Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure», <i>Common Market Law Review</i> , Vol. 40, nr. 1, 2003, s. 9-50, https://doi.org/10.54648/5115417 .
Wahl og Prete 2018	Wahl, Nils og Luca Prete, «The gatekeepers of article 267 TFEU: On Jurisdiction and Admissibility of References for Preliminary Ruling», <i>Common Market Law Review</i> , Vol. 55, nr. 2, 2018, s. 511-548, https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3528414 .
Wennerås 2018a	Wennerås, Pål, «Article 6 [Homogeneity]», i Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad og Christoph Vedder (red.), <i>Agreement on the European Economic Area, A Commentary</i> , C.H. Beck, Hart, Nomos, Universitetsforlaget, 2018, s. 209-248.
Wennerås 2018b	Wennerås, Pål, «Article 3 [Relevance of ECJ case law]», i Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad og Christoph Vedder (red.), <i>Agreement on the European Economic Area, A Commentary</i> , C.H. Beck, Hart, Nomos, Universitetsforlaget, 2018, s. 980-984.
Waage 2022	Waage, Frederik «Råd og Nævn – surrogater for forvaltningsdomstole i Danmark», i Eivind Smith (red.), <i>Våre perifere domstoler</i> , Fagbokforlaget, 2022.
Zinonos 2019	Zinonos, Panagiotis, «Judicial Independence & National Judges in the Recent Case Law of the Court of Justice», <i>European Public Law</i> , Vol. 29, Nr. 4, 2019, s. 615-635, http://dx.doi.org/10.54648/EURO2019033 .
Aall 2022	Aall, Jørgen, <i>Rettsstat og menneskerettigheter 1</i> , 1.utgave, Fagbokforlaget, 2022.

Regelverk

Traktater og konvensjoner

EMK	Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950.
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske samarbeidsområde av 2. mai 1992.

ODA	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol av 2. mai 1992.
TEU	Konsolidert utgave av Traktaten om Den europeiske Union, OJ C 202, 7. juni 2016.
TEUV	Konsolidert utgave av Trakten om Den europeiske Unions virkemåte, OJ C 202, 7. juni 2016.
Pakten	Den europeiske Union sitt Charter om grunnleggende rettigheter, OJ C 202, 7. juni 2016.
Lisboatraktaten	Lisboatraktaten om endring av Traktaten om Den Europeiske Union og Traktaten om opprettelse av Det Europeiske Fellesskap av 13. desember 2007, OJ C 306, 17. desember 2007.
Nicetraktaten	Nicetraktaten om endring av Traktaten om Den Europeiske Union, traktatene om opprettelse av Det Europeiske Fellesskap og visse tilknyttede akter av 26. februar 2001, OJ C 080, 10. mars 2001.
Amsterdamtraktaten	Amsterdamtraktaten om endring av Traktaten om Den Europeiske Union, traktatene om opprettelse av Det Europeiske Fellesskap og visse tilknyttede akter av 2. oktober 1997, OJ C 340, 10. november 1997.
Maastrichttraktaten	Traktat om Den Europeiske Union av 7. februar 1992, OJ C 191, 29. juli 1992.
Roma-traktaten/TEF	Traktaten om opprettelse av Det Europeiske Økonomiske Fellesskap av 25. mars 1957.
Paristraktaten	Traktaten om opprettelse av Det Europeiske Kull- og Stålfelleskap av 18. april 1951.
Wien-konvensjonen	Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969.

Direktiver og forordninger

Unionsborgerdirektivet	Europaparlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å bevege seg og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium.
Håndhevelsesdirektivet 2007	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2007/66/EF av 11. desember 2007 om endringer av rådsdirektiv 89/665/EØF og

92/13/EØF om forbedring av effektiviteten av klageprosedyrene i forbindelse med inngåelse av offentlige kontrakter.

Konkurranseforordningen 2003

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

Advokatdirektivet

Rådsdirektiv 98/5 EF av 16. februar 1998 om lettelse av adgangen til å utøve advokatyrket på permanent grunnlag i en annen medlemsstat enn staten der den faglige kvalifikasjonen er ervervet.

Håndhevelsesdirektivet 1992 om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon

Rådsdirektiv 92/13/EØF av 25. februar 1992 om samordning av lover og forskrifter om anvendelsen av felleskapsreglene på innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon.

Håndhevelsesdirektivet 1989 om klagebehandling i forbindelse med offentlige innkjøp

Rådsdirektiv 89/665/EØF av 21. desember 1989 om samordning av lover og forskrifter om gjennomføring av klagebehandling i forbindelse med tildeling av offentlige varekjøps- samt bygge- og anleggskontrakter.

EØS-komiteens beslutninger

Beslutning 83/2011

EØS-komiteens beslutning nr. 83/2011 av 1. juli 2011 om endring i EØS-avtalens vedlegg XVI (Offentlige innkjøp)

Norske lover og forskrifter

Grunnloven

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Anskaffelsesklagenemdsforskriften

Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

Rettspraksis EU-domstolen

Bosch

Dom 6. april 1962, Sak 13/61 *Bosch*, ECLI:EU:C:1962:11.

Van Gend en Loos

Dom 5. februar 1963, Sak 26/62 *Van Gend en Loos*, ECLI:EU:C:1963:1.

Costa v ENEL

Dom 15. juli 1964, Sak 6/64 *Costa v ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66.

Schwarze

Dom 1. desember 1965, Sak 16/65 *Schwarze*, ECLI:EU:C:1965:117.

<i>Vaasen</i>	Dom 30. juni 1966, Sak 61/65 <i>Vaasen</i> , ECLI:EU:C:1966:39.
<i>De Cicco</i>	Dom 19. desember 1968, Sak 19/68 <i>De Cicco</i> , ECLI:EU:C:1968:56.
<i>Politi</i>	Dom 14. desember 1971, Sak 43/71 <i>Politi</i> , ECLI:EU:C:1971:122.
<i>Rewe</i>	Dom 16. desember 1976, Sak 33/76 <i>Rewe</i> , ECLI:EU:C:1976:188.
<i>Bertini</i>	Dom 12. juni 1986, Forente saker 98, 162, og 258/85 [A3] <i>Bertini</i> , ECLI:EU:C:1986:246.
<i>Pretore di Salò</i>	Dom 11. juni 1987, Sak 14/86 [A5] <i>Pretore di Salò</i> , ECLI:EU:C:1987:275.
<i>Foto Frost</i>	Dom 22. oktober 1987, Sak 314/85 [P] <i>Foto Frost</i> , ECLI:EU:C:1987:452.
<i>Francovich</i>	Dom 19. november 1991, Sak C-6/90 [P] <i>Francovich</i> , ECLI:EU:C:1991:428.
<i>EØS I</i>	Uttalelse 14. desember 1991, Uttalelse 1/91 [P] <i>EØS I</i> , ECLI:EU:C:1991:490.
<i>Corbiau</i>	Dom 30. mars 1993, Sak C-24/92 [P] <i>Corbiau</i> , ECLI:EU:C:1993:118.
<i>Bosman</i>	Dom 15. desember 1995, Sak C-415/93 [P] <i>Bosman</i> , ECLI:EU:C:1995:463.
<i>Dorsch Consult</i>	Dom 17. september 1997, Sak C-54/96 [P] <i>Dorsch Consult</i> , ECLI:EU:C:1997:413.
<i>Rechberger</i>	Dom 15. juni 1999, Sak C-140/97 [P] <i>Rechberger</i> , ECLI:EU:C:1999:306.
<i>Andersson</i>	Dom 15. juni 1999, Sak C-321/97 [P] <i>Andersson</i> , ECLI:EU:C:1999:307.
<i>Gabalfrisa</i>	Dom 21. mars 2000, Sak C-110/98 [P] <i>Gabalfrisa</i> , ECLI:EU:C:2000:145.
<i>De Coster</i>	Dom 29. november 2001, Sak C-17/00 [A5] <i>De Coster</i> , ECLI:EU:C:2001:651.

<i>Schmid</i>	Dom 30. mai 2002, Sak C-516/99 [A5] <i>Schmid</i> , ECLI:EU:C:2002:313.
<i>Ospelt</i>	Dom 23. september 2003, Sak C-452/01 [P] <i>Ospelt</i> , ECLI:EU:C:2003:493.
<i>Emanuel</i>	Dom 30. mars 2006, Sak C-259/04 [A5] <i>Emanuel</i> , ECLI:EU:C:2006:215.
<i>Wilson</i>	Dom 19. september 2006, Sak C-506/04 [SK] <i>Wilson</i> , ECLI:EU:C:2006:587.
<i>Österreichischer Rundfunk</i>	Dom 18. oktober 2007, Sak C-195/06 [A5] <i>Österreichischer Rundfunk</i> , ECLI:EU:C:2007:613.
<i>Pilato</i>	Ordre 14. mai 2008, Sak C-109/07 [A5] <i>Pilato</i> , ECLI:EU:C:2008:274.
<i>Établissements Rimbaud</i>	Dom 28. oktober 2010, Sak C-72/09 [A5] <i>Établissements Rimbaud</i> , ECLI:EU:C:2010:645.
<i>RTL Belgium</i>	Dom 22. desember 2010, Sak C-517/09 [A5] <i>RTL Belgium</i> , ECLI:EU:C:2010:821.
<i>Kommisjonen mot Portugal</i>	Dom 6. oktober 2011, Sak C-493/09 [A5] <i>Kommisjonen mot Portugal</i> , ECLI:EU:C:2011:635.
<i>Kommisjonen mot Nederland</i>	Dom 14. juni 2012, Sak C-542/09 [A5] <i>Kommisjonen mot Nederland</i> , ECLI:EU:C:2012:346.
<i>Epitropos tou Elegktikou Synedriou</i>	Dom 19. september 2012, Sak C-363/11 [A5] <i>Epitropos tou Elegktikou Synedriou</i> , ECLI:EU:C:2012:825.
<i>Belov</i>	Dom 31. januar 2013, Sak C-394/11[A5] <i>Belov</i> , ECLI:EU:C:2013:48.
<i>Storbritannia mot Rådet</i>	Dom 26. september 2013, Sak C-431/11 [A5] <i>Storbritannia mot Rådet</i> , ECLI:EU:C:2013:589.
<i>O & B</i>	Dom 12. mars 2014, Sak C-456/12 [SK] <i>O & B</i> , ECLI:EU:C:2014:135.
<i>Torresi</i>	Dom 17. juli 2014, Sak C-58/13 [SK] <i>Torresi</i> , ECLI:EU:C:2014:2088.
<i>TDC</i>	Dom 9. oktober 2014, Sak C-222/13 [A5] <i>TDC</i> , ECLI:EU:C:2014:2265.
<i>EMK</i>	Uttalelse 18. desember 2014, Uttalelse 2/13 [P] <i>EMK</i> , ECLI:EU:C:2014:2454.

<i>Consorti Sanitari del Maresme</i>	Dom 6. oktober 2015, Sak C-203/14 [SK] <i>Consorti Sanitari del Maresme</i> , ECLI:EU:C:2015:664.
<i>MT Højgaard</i>	Dom 24. mai 2016, Sak C-396/14 [SK] <i>MT Højgaard</i> , ECLI:EU:C:2016:347.
<i>Panicello</i>	Dom 16. februar 2017, Sak C-503/15 [A5] <i>Panicello</i> , ECLI:EU:C:2017:126.
<i>Associação Sindical dos Juízes Portugueses</i>	Dom 27. februar 2018, Sak C-64/16 [SK] <i>Associação Sindical dos Juízes Portugueses</i> , ECLI:EU:C:2018:117.
<i>Kommisjonen mot Polen</i>	Dom 24. juni 2019, Sak C-619/18 [SK] <i>Kommisjonen mot Polen</i> , ECLI:EU:C:2019:531.
<i>Banco de Santander</i>	Dom 21. januar 2020, Sak C-274/14 [SK] <i>Banco de Santander</i> , ECLI:EU:C:2020:17.
<i>I.N.</i>	Dom 2. april 2020, Sak C-897/19 PPU [SK] <i>I.N.</i> , ECLI:EU:C:2020:262.
<i>Land Hessen</i>	Dom 9. juli 2020, Sak C-272/19 [A5] <i>Land Hessen</i> , ECLI:EU:C:2020:535.
<i>A.B. og andre</i>	Dom 2. mars 2021, Sak C-824/18 [SK] <i>A.B. og andre</i> , ECLI:EU:C:2021:153.
<i>Kommisjonen mot Polen</i>	Dom 15. juli 2021, Sak C-791/19 [SK] <i>Kommisjonen mot Polen</i> , ECLI:EU:C:2021:596.
<i>Getin Noble Bank</i>	Dom 29. mars 2022, Sak C-132/20 [SK] <i>Getin Noble Bank</i> , ECLI:EU:C:2022:235.
<i>W.J.</i>	Dom 12. mai 2022, Sak C-644/20 [A5] <i>W.J.</i> , ECLI:EU:C:2022:371.
<i>L.G.</i>	Dom 21 desember 2023, Sak C-718/21 [SK] <i>L.G.</i> , ECLI:EU:C:2023:1015.
<i>NADA</i>	Dom 7. mai 2024, Sak C-115/22 [SK] <i>NADA</i> , ECLI:EU:C:2024:384.

Uttalelser fra EU-domstolens generaladvokater

<i>Vaasen</i>	Generaladvokat Gands uttalelse 17. mai 1966, Sak 61/65 <i>Vaasen</i> , ECLI:EU:C:1966:25.
---------------	---

<i>Corbiau</i>	Generaladvokat Darmons uttalelse 16. februar 1993, Sak C-24/92 [P] <i>Corbiau</i> , ECLI:EU:C:1993:59.
<i>Gabalfrisa</i>	Generaladvokat Saggios uttalelse 7. oktober 1999, Sak C-110/98 [P] <i>Gabalfrisa</i> , ECLI:EU:C:1999:489.
<i>De Coster</i>	Generaladvokat Colomers uttalelse 28. juni 2001, Sak C-17/00 [A5] <i>De Coster</i> , ECLI:EU:C:2001:366.
<i>Emanuel</i>	Generaladvokat Colomers uttalelse 19. januar 2006, Sak C-259/04 [A5] <i>Emanuel</i> , ECLI:EU:C:2006:50.
<i>Österreichischer Rundfunk</i>	Generaladvokat Colomers uttalelse 24. mai 2007, Sak C-C-195/06 [A5] <i>Österreichischer Rundfunk</i> , ECLI:EU:C:2007:303.
<i>Epitropos tou Elegktikou Synedriou</i>	Generaladvokat Sharpstons uttalelse 20. september 2012, Sak C-363/11 [A5] <i>Epitropos tou Elegktikou Synedriou</i> , ECLI:EU:C:2012:584.
<i>Torresi</i>	Generaladvokat Wahls uttalelse 10. april 2014, Sak C-58/13 [SK] <i>Torresi</i> ,
<i>Banco de Santander</i>	Generaladvokat Hogans uttalelse 1. oktober 2019, Sak C-274/14 [SK] <i>Banco de Santander</i> , ECLI:EU:C:2019:802.
<i>I.N.</i>	Generaladvokat Tanchevs uttalelse 27. februar 2020, Sak C-897/19 PPU [SK] <i>I.N.</i> , ECLI:EU:C:2020:128.
<i>Getin Noble Bank</i>	Generaladvokat Bobeks uttalelse 8. juli 2021, Sak C-132/20 [SK] <i>Getin Noble Bank</i> , ECLI:EU:C:2021:557.
<i>L.G.</i>	Generaladvokat Rantos uttalelse 2. mars 2023, Sak C-718/21 [SK] <i>L.G.</i> , ECLI:EU:C:2023:150.
<i>NADA</i>	Generaladvokat Ápetas 14. september 2023, Sak C-115/22 [SK] <i>NADA</i> , ECLI:EU:C:2023:676.

EFTA-domstolen

<i>Restamark</i>	Sak E-1/94 <i>Restamark</i> , [1994-1995] EFTA Ct. Rep. 15.
<i>Scottish Salmon Growers</i>	Sak E-2/94 <i>Scottish Salmon Growers</i> , [1994-1995] EFTA Ct. Rep. 59.
<i>Mattel/LEGO</i>	Forente saker E-8 og 9/94 <i>Forbrukerombudet mot Mattel Scandinavia A/S og Lego Norge A/S</i> , [1994-1995] EFTA Ct. Rep. 113.
<i>Samuelsson</i>	Sak E-1/95 <i>Samuelsson</i> , [1994-1995] EFTA Ct. Rep. 145.

<i>Sveinbjörnsdóttir</i>	Sak E-9/97 <i>Sveinbjörnsdóttir</i> , [1998] EFTA Ct. Rep. 95.
<i>Rainford-Towning</i>	Sak E-3/98 <i>Rainford-Towning</i> , [1998] EFTA Ct. Rep. 205.
<i>Karlsson</i>	Sak E-4/01 <i>Karlsson</i> , [2002] EFTA Ct. Rep. 240.
<i>Bellona</i>	Sak E-2/02 <i>Bellona</i> , [2003] EFTA Ct. Rep. 52.
<i>Pedicel</i>	Sak E-4/04 <i>Pedicel</i> , [2005] EFTA Ct. Rep. 1.
<i>Piazza</i>	Sak E-10/04 <i>Piazza</i> , [2005] EFTA Ct. Rep. 76.
<i>Hjemfallsretten</i>	Sak E-2/06 <i>ESA mot Norge (Hjemfallsretten)</i> , [2007] EFTA Ct. Rep. 164.
<i>Gullenke I</i>	Sak E-2/07 <i>ESA mot Norge (Gullenke I)</i> , [2007] EFTA Ct. Rep. 280.
<i>Private Barnehagers Landsforbund</i>	Sak E-5/07 <i>Private Barnehagers Landsforbund mot ESA</i> , [2008] EFTA Ct. Rep. 62.
<i>L'Oréal</i>	Forente saker E-9 og 10 <i>L'Oréal</i> , [2008] EFTA Ct. Rep. 259.
<i>Inconsult</i>	Sak E-4/09 <i>Inconsult</i> , [2009-2010] EFTA Ct. Rep. 86.
<i>Aleris</i>	Sak E-13/10 <i>Aleris Ungplan AS mot ESA</i> , [2011] EFTA Ct. Rep. 3.
<i>Posten Norge</i>	Sak E-15/10 <i>Posten Norge mot ESA</i> , [2012] EFTA Ct. Rep. 246.
<i>Gullenke II</i>	Sak E-18/10 <i>ESA mot Norge</i> , [2011] EFTA Ct. Rep. 202.
<i>Dr. A</i>	Sak E-1/11 <i>Dr.A</i> , [2011] EFTA Ct. Rep. 484.
<i>Granville</i>	Sak E-13/11 <i>Granville</i> , [2012] EFTA Ct. Rep. 400.
<i>Schenker I</i>	Sak E-14/11 <i>DB Schenker mot ESA</i> , [2012] EFTA Ct. Rep. 1178.
<i>Icesave</i>	Sak E-16/11 <i>ESA mot Island</i> , [2013] EFTA Ct. Rep. 4.
<i>Irish Bank</i>	Sak E-18/11 <i>Irish Bank</i> , [2012] EFTA Ct. Rep. 592.
<i>Den norske forleggerforening</i>	Sak E-1/12 <i>Den norske forleggerforening mot ESA</i> , [2012] EFTA Ct. Rep. 1040.

<i>HOB-vín</i>	Sak E-2/12 INT <i>HOB-vín</i> , [2013] EFTA Ct. Rep. 816.
<i>Jonsson</i>	Sak E-3/12 <i>Jonsson</i> , [2013] EFTA Ct. Rep. 136.
<i>Schenker II</i>	Sak E-7/12 <i>DB Schenker mot ESA</i> , [2013] EFTA Ct. Rep. 356.
<i>Koch</i>	Sak E-11/12 <i>Koch</i> , [2013] EFTA Ct. Rep. 272.
<i>Míla</i>	Sak E-1/13 <i>Míla ehf. mot ESA</i> , [2014] EFTA Ct. Rep. 4.
<i>Fred Olsen m.fl.</i>	Forente saker E-3 og 20/13 <i>Fred Olsen m.fl.</i> , [2014] EFTA Ct. Rep. 400.
<i>Abelia</i>	Sak E-8/13 <i>Abelia mot ESA</i> , [2014] EFTA Ct. Rep. 638.
<i>Konkurrenten v Sporveien</i>	Sak E-19/13 <i>Konkurrenten.no AS mot ESA</i> , [2015] EFTA Ct. Rep. 52.
<i>HCMC</i>	Sak E-23/13 <i>Hellenic Capital Market Commission (HCMC)</i> , [2014] EFTA Ct. Rep. 88.
<i>Gunnarsson</i>	Sak E-26/13 <i>Gunnarsson</i> , [2014] EFTA Ct. Rep. 254.
<i>Straffesak mot B</i>	Forente saker E-26 og 27/15 <i>Straffesak mot B</i> , [2016] EFTA Ct. Rep. 740.
<i>Jabbi</i>	Sak E-28/15 <i>Jabbi</i> , [2016] EFTA Ct. Rep. 575.
<i>Oslo kommune</i>	Sak E-5/16 <i>Oslo kommune</i> , [2017] EFTA Ct. Rep. 52.
<i>Konkurrenten v Nettbuss</i>	Sak E-1/17 <i>Konkurrenten.no AS mot ESA</i> , [2017] EFTA Ct. Rep. 989.
<i>Campbell</i>	Sak E-4/19 <i>Campbell</i> .
<i>Scanteam</i>	Sak E-8/19 <i>Scanteam</i> .
<i>Sverrisson</i>	Sak E-11/20 <i>Sverrisson</i> .
<i>Kollektive oppsigelser</i>	Sak E-9/22 <i>Verkfræðingafélag Íslands, Stéttarfélag tölvunarfræðinga and Lyfjafræðingafélag Íslands v íslenska ríkið (Kollektive oppsigelser)</i> .
<i>A Ltd</i>	Sak E-2/23 <i>A Ltd v Finanzmarktaufsicht</i> .
Høyesterett	
<i>Løten Kommune</i>	Rt. 1997 s. 1954

<i>Eidesund</i>	Rt. 1997 s. 1965
<i>Nemko</i>	Rt. 1999 s. 977
<i>Finanger II</i>	Rt. 2005 s. 1365
<i>SAS Norge</i>	Rt. 2011 s. 609
<i>Holship</i>	HR-2016-2254-P
<i>Nav-saken</i>	HR-2021-1453-S

Forarbeider og etterarbeider

Norske forarbeider og etterarbeider

EØS-utredningen 2024	NOU 2024: 7 Norge og EØS: Utvikling og erfaringer.
Domstolskommisjonen	NOU 2020: 11 Den tredje statsmakt – Domstolene i endring.
Europautredningen 2012	NOU 2012: 2 Utenfor og innenfor – Norges avtaler med EU.
Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om domstolskommisjonens forslag til et helhetlig vern for domstolene	Innst. 314 S (2023-2024).

Utenlandske forarbeider og etterarbeider

Reform af den civile retspleje I	Retsplejerådet, Betenkning 1401/2001, «Reform af den civile retspleje I».
----------------------------------	---

Digitale kilder

Lovkommentarer

EMK artikkel 6, nr. 1, «domstol»	Sandvig, Jenny, <i>Karnov lovkommentar. Menneskerettsloven</i> , Lovdata.no, EMK artikkel 6, note 14, (besøkt 23. april 2024).
----------------------------------	--

Ordbøker og informasjonsdatabaser

Oxford English Dictionary, «tribunal»	https://www.oed.com/dictionary/tribunal_n?tl=true , (besøkt 20. april 2024).
Det Norske Akademis Ordbok, «tribun»	https://naob.no/ordbok/tribun , (besøkt 20.april 2024).

Merriam-Webster, «locus standi»	https://www.merriam-webster.com/dictionary/locus%20standi , (besøkt 12. april 2024).
Cambridge Dictionary, «locus standi»	https://dictionary.cambridge.org/no/ordbok/engelsk/locus-standi , (besøkt 12. april 2024).
International Criminal Tribunal for Rwanda	https://unictr.irmct.org/ , (besøkt 23. april 2024).
UK Tribunals	https://www.judiciary.uk/courts-and-tribunals/tribunals/ , (besøkt 23. april 2024).
Markedsrådet	https://www.klagenemndssekretariatet.no/markedsradet/om-oss , (besøkt 22. februar 2024).
Konkurransesklagenemnda	https://www.klagenemndssekretariatet.no/ , (besøkt 4. juni 2024).
Skatteklagenemnda	https://www.regjeringen.no/no/dep/fin/org/styrer-rad-og-utvalg-oppnevnt-av-finansdepartementet2/skatteklagenemnda/id2577164/ , (besøkt 4. juni 2024).
EFTA-domstolen	https://eftacourt.int/cases-search-results/?fwp_cases_date_submitted=last-5-years&fwp_cases_source=norway , (besøkt 22. februar 2024)
Nyhetssaker	
Kolsrud 2021	Kolsrud, Kjetil, «Storsei for Norge og ESA – nå får vi slippe til i EU-domstolen», https://rett24.no/articles/storsei-for-norge-og-esa-na-far-vi-slippe-til-i-eu-domstolen , (besøkt 8. april 2024).