



# **EF-rettens prinsipp om direktivers direkte virkning og det norske presumsjonsprinsippet.**

*av Marit Sevaldsen*

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap*

*ved Universitetet i Tromsø*

*Det juridiske fakultet*

*Våren 2009*

|  |    |
|--|----|
| 1 Innledning.....  | 4  |
| 1.1 Oppgavens tema.....  | 4  |
| 1.2 Om rettsutviklingen på EF-rettens og EØS-rettens område.....                                       | 5  |
| 1.3 Særlige metodiske spørsmål .....   | 7  |
| 1.4 Avgrensinger.....  | 9  |
| 1.5 Den videre fremstilling .....  | 10 |
| 2 EF-rettens prinsipp om direktivers direkte virkning.....   | 11 |
| 2.1 Rettslig utgangspunkt og begrunnelse .....   | 11 |
| 2.2 Vilkårene.....   | 15 |
| 2.2.1 Klart og presist.....  | 15 |
| 2.2.2 Ubetinget.....   | 16 |
| 2.2.3 Må ikke avhenge av ytterligere handlinger fra myndighetenes side .....                           | 18 |
| 2.2.4 Forskjellen mellom de to siste vilkårene .....   | 19 |
| 2.3 Vertikal og horisontal direkte virkning.....   | 20 |
| 2.3.1 Vertikal direkte virkning .....  | 20 |
| 2.3.2 Horisontal direkte virkning.....   | 20 |
| 2.3.3 Andre situasjoner der et direktiv får virkninger mellom private parter .....                     | 23 |
| 2.3.4 Oppsummering av rettstilstanden .....  | 26 |
| 3 Presumsjonsprinsippet i norsk rett .....   | 28 |
| 3.1 Innledning – virkemidler for å simulere prinsippet om direktivers direkte virkning .....           | 28 |
| 3.2 Presumsjonsprinsippets anvendelsesområde.....  | 30 |
| 4 En analyse av Rt. 2000 s. 1811, Finangerdommen.....  | 32 |
| 4.1 Sakens faktum .....  | 32 |
| 4.2 De relevante rettslige problemstillingene.....   | 33 |
| 4.3 Flertallets votum .....  | 33 |
| 4.4 Mindretallets votum.....   | 38 |
| 4.5 Oppsummering.....  | 41 |
| 5 En sammenligning av prinsippet om direktivers direkte virkning og presumsjonsprinsippet .....        | 42 |
| 5.1 Generell sammenligning med utgangspunkt i Finangerdommens anvendelse av presumsjonsprinsippet..... | 42 |
| 5.2 En mer spesifikk sammenligning med fokus på Høyesteretts argumentasjon i Finangersaken .           | 45 |
| 6 Avslutning .....   | 52 |
| 6.1 Oppsummering.....  | 52 |
| 6.2 Noen rettspolitiske refleksjoner.....  | 53 |

|                                  |    |
|----------------------------------|----|
| Kilder: .....                    | 56 |
| Lover: .....                     | 56 |
| Lovforarbeider: .....            | 56 |
| Høyesterettsdommer: .....        | 56 |
| Folkerettslige avtaler: .....    | 56 |
| Direktiver: .....                | 57 |
| Dommer fra EF-domstolen: .....   | 57 |
| Dommer fra EFTA-domstolen: ..... | 58 |
| Litteratur: .....                | 58 |

# 1 Innledning

## 1.1 Oppgavens tema

Oppgavens tema er hva EF-rettens prinsipp om direktivers direkte virkning og det norske presumsjonsprinsippet går ut på, og forskjellene og likhetene mellom disse to. Temaet inngår i forholdet mellom folkerett, nærmere bestemt EF-rett, og nasjonal rett.

I norsk rett har vi EØS-avtalen som binder oss til den del av EF-retten som gjelder det indre marked og konkurransereglene.<sup>1</sup> I det følgende kommer jeg til å bruke EØS når jeg viser til bestemmelser i EØS-avtalen.

EØS-avtalen er en folkerettslig avtale mellom EU-landene og de tre EFTA<sup>2</sup>-landene Norge, Liechtenstein og Island. Avtalen går i hovedsak ut på at EFTA-landene skal få ta del i det felles marked på samme vilkår som EU-medlemmene, mot at de godtar reglene som blir vedtatt i EF på dette området.

Presumsjonsprinsippet i norsk rett får anvendelse i forhold til EØS-avtalen, som det gjør for all folkerett. Kjernen i tolkningsprinsippet er at norsk rett presumeres å være i samsvar med folkeretten. Det kan tenkes at presumsjonsprinsippet rekkevidde varierer fra rettsområde til rettsområde, men her skal det fokuseres på rekkevidden i forhold til EØS-avtalen.

Prinsippet om direktivers direkte virkning går ut på at en regel som framgår av et EF-direktiv, får virkning i intern rett. Privatpersoner kan, på nærmere bestemte vilkår, påberope seg et ikke-gjennomført EF-direktiv ved nasjonale domstoler.

EF-retten er i stadig utvikling. Det påvirker den nasjonale retten, også i Norge på grunn av EØS-avtalen. Det er dermed interessant å se på rekkevidden av prinsippene, ettersom de begge er med på å regulere forholdet mellom EF-retten og nasjonal rett. Det er også relevant å foreta en sammenligning av prinsippene, for å se hvor stor forskjellene i dette perspektiv er på land som er medlem av EU, og Norge, som har EØS-avtalen å forholde seg til.

---

<sup>1</sup> Avtale om det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde, 02.05.1992.

<sup>2</sup> The European Free Trade Association, 04.01.1960.

## 1.2 Om rettsutviklingen på EF-rettens og EØS-rettens område

Rettsutviklingen har vært stor og forholdsvis rask etter andre verdenskrig. Folkeretten er og har fra opprinnelsen vært mellomstatlig, men har etter hvert utviklet seg til å bli mer og mer overstatlig, iallfall på EF-rettens område. Overnasjonalitet innebærer at en internasjonal organisasjon har kompetanse til å vedta regler som får virkning i intern rett, uten at de nasjonale myndigheter må godkjenne reglene først. Myndighetene er representert i vedtaksorganet, som for eksempel Rådet, men de kan bli nedstemt der og likevel være nødt til å godta reglene som blir vedtatt. Ved å bli medlem av en overnasjonal organisasjon går man med på å overføre deler av sin myndighet til institusjonene, som medfører at nasjonale domstoler må anvende den vedtatte fellesskapsretten som nasjonal rett. Poenget med å innføre en form for overnasjonalitet i en internasjonal organisasjon er å styrke samarbeidet mellom medlemslandene og legge til rette for handlekraft.

Grunnen til at folkeretten i utgangspunktet er mellomstatlig er blant annet fordi det eksisterer et suverenitetsprinsipp som går ut på at hver stat er suveren, og er bare underlagt sin egen vilje og ingen andres.<sup>3</sup> I de senere år har prinsippet imidlertid blitt svekket blant annet gjennom bindende regler om menneskerettigheter. Det har blitt innført en internasjonal kontroll av om statene respekterer menneskerettighetene. Vi har blant annet Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon<sup>4</sup>, EMK, som gir rettigheter til individet. Statene har gjennom tilslutningen til denne konvensjonen underlagt seg Den europeiske menneskerettighetsdomstols, EMDs, kontroll, jf. EMK art. 19.

EU er den organisasjonen som rokker mest ved det tradisjonelle suverenitetsprinsippet. Etter andre verdenskrig ønsket noen av de europeiske landene å bygge opp igjen Europa ved å bedre økonomien og samholdet for å forhindre ny krig. Opprinnelsen til dagens EU kom ved Traktaten om det europeiske kull- og stålfellesskap i 1951. Gjennom et tett samarbeid i disse to sektorene skulle man opprette et sterkt fellesskap. Medlemsstatene ble derfor enige om å innføre en form for overnasjonalitet. I traktatens<sup>5</sup> art. 9 ble det bestemt at "...the High Authority...", Den høye myndighet, skulle få utøve sin kompetanse uten å trenge statenes godkjennelser i etterkant, og at statene måtte respektere denne overnasjonale karakteren ("supranational character", jf. art. 9). Overnasjonaliteten gikk ut på at Den høye myndighet

---

<sup>3</sup> Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 2. utg., Oslo 2002, s. 21.

<sup>4</sup> Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, 04.11.1950.

<sup>5</sup> Traktaten om det europeiske kull- og stålfellesskap, 18.04.1951.

hadde kompetanse til å treffe vedtak som var bindende i alle henseende, jf. traktatens art. 14. Vedtak etter denne traktat tilsvarer det som nå er forordninger i henhold til EFT.

Forordningene er allmenngyldige, og ”...skal være bindende i alle deler og komme direkte til anvendelse i alle medlemsstater.”, jf. EF-traktaten<sup>6</sup>, heretter EFT, art. 249 andre ledd. Denne rettsakten er et uttrykk for EU-samarbeidets overnasjonale karakter.

Et annet trekk ved EF-retten er at den er autonom, som innebærer at den er et eget, uavhengig rettssystem.<sup>7</sup> Det betyr at EF-domstolen ved uløste rettsspørsmål kan etablere sine egne løsninger ut fra EF-retten, mer eller mindre uavhengig av nasjonal rett.<sup>8</sup> Allerede i Van Gend & Loos-saken fra 1963 kom domstolen med uttalelser som tilsa at EF-retten var autonom.<sup>9</sup> Domstolen uttalte at EFT var noe mer enn en vanlig folkerettslig avtale, blant annet grunnet ”the establishment of institutions endowed with sovereign rights, the exercise of which affects Member States and also their citizens”.<sup>10</sup> Videre uttalte domstolen at ”...the Community constitutes a new legal order of international law...”.<sup>11</sup>

Det at EF er et eget rettssystem har blant annet ført til at EF-domstolen har utviklet sin egen tolkningslære, uavhengig av de nasjonale domstolers metoder. Et trekk ved denne tolkningslæren er blant annet at EF-retten er dynamisk. Det betyr at EF-rettsaktene må tolkes i lys av ”...its state of evolution at the date on which the provision in question is to be applied.”, jf. CILFIT-saken.<sup>12</sup> Det innebærer at mange bestemmelser i dag har et annet innhold enn da de ble vedtatt.<sup>13</sup> EF-rettens dynamiske karakter utfordrer dermed suvereniteten, ettersom EF-domstolens tolkning kan medføre at bestemmelsen får et annet innhold enn det som myndighetene har vært med på å vedta.

Norge, som er part i EFTA, har også blitt påvirket av EF-rettens utvikling. EFTA var fra opprinnelsen ment å skulle være et alternativ til EF, for de statene som ønsket fri varehandel, men uten å overføre deler av sin statsmyndighet til fellesskapet. Det viste seg etter hvert hvilket alternativ som var mest attraktivt, og dermed ønsket mange av EFTA-landene å bli medlem av EF. I 1984 under et møte i Luxembourg ble det satt i gang et politisk initiativ for å

---

<sup>6</sup> Traktat om opprettelse av det europeiske fellesskap, 25.03.1957.

<sup>7</sup> Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyen og Olav Kolstad, *EØS-rett*, 2.utg., Oslo 2004, s. 42.

<sup>8</sup> Op.cit.

<sup>9</sup> Case 26/62, [1963] ECR 1.

<sup>10</sup> Case 26/62, tredje avsnitt under del II, punkt B.

<sup>11</sup> Case 26/62, femte avsnitt under del II, punkt B.

<sup>12</sup> Case 283/81, [1982] ECR 3415, avsnitt 20.

<sup>13</sup> Sejersted m.fl., s. 43.

få til et nærmere samarbeid mellom EF og EFTA.<sup>14</sup> Dette initiativet utviklet seg til å bli forhandlinger om et ”strukturert partnerskap” som etter hvert ble til EØS-avtalen.<sup>15</sup> Noen land bestemte seg for å søke medlemskap under forhandlingene om EØS-avtalen, som for EF opprinnelig skulle være en slags utsettelse av søknadene mens de utarbeidet en ny traktat som ville gi et enda tettere samarbeid med et større preg av overnasjonalitet.<sup>16</sup> På den andre siden ville noen av EFTA-landene bruke forhandlingene til å nærme seg målet om fullverdig medlemskap i EF.

EØS-avtalen ble undertegnet 2. mai 1992, og trådte i kraft 1. januar 1994. Da hadde Sveits sagt nei til avtalen ved folkeavstemning. Da gjenstod kun Norge, Island og Liechtenstein på EFTA-siden. De tidligere EFTA-statene Storbritannia, Sverige, Danmark, Portugal, Østerrike og Finland hadde fått gjennom sine EF-medlemssøknader, noen i forbindelse med EØS-avtalens forhandlinger, andre før den tid.

EØS-avtalen har tilført et helt nytt regelverk som Norge må forholde seg til. Domstolene har en viktig rolle i fortolkningen av dette regelverket, spesielt fordi det er domstolen som løser eventuelle motstridstilfeller mellom EØS-regler og andre internrettslige regler. En sentral dom om forholdet mellom norsk rett og EØS-avtalen er Rt. 2000 s. 1811, Finanger I. Dommen er grunnleggende og prinsipiell når det gjelder presumsjonsprinsippets utstrekning i forhold til et feil gjennomført EF-direktiv. Den kommer derfor til å være sentral i oppgaven, også ved sammenligningen med prinsippet om direktivers direkte virkning.

### **1.3 Særlige metodiske spørsmål**

I Norge har vi et prinsipp om dualisme. Det innebærer at folkeretten ikke får automatisk virkning i norsk rett. Lovgiver er nødt til å gjennomføre folkerettslige forpliktelser for at de skal få virkning som annen lovgivning vedtatt av Stortinget. I noen land gjelder derimot prinsippet om monisme, som betyr at folkeretten automatisk får virkning som annen intern

---

<sup>14</sup> Sejersted m.fl., s. 32.

<sup>15</sup> Sejersted m.fl., s. 33.

<sup>16</sup> Op.cit.

rett. I disse tilfellene skiller man ikke mellom folkeretten og nasjonal rett som to separate og uavhengige rettssystem.<sup>17</sup>

Dualisme er altså utgangspunktet ved Norges forhold til folkeretten. Dualisme kan ses på som utslag av et ønske om å verne om suverenitetsprinsippet. Likevel skal vi se at selv om Norge er et dualistisk land, fins det noen forhold som gjør at skillet mellom monisme og dualisme svekkes. Domstolene må mer og mer forholde seg til internasjonale kilder, spesielt fra EF-retten. Noen ganger vil disse kildene bli anvendt selv om de ikke har blitt gjort til en del av den nasjonale retten. I Norge skjer dette ved at presumsjonsprinsippet som skal sørge for at motstrid unngås, får gjennomslag.

EØS-avtalens hoveddel er gjennomført i norsk rett gjennom EØS-loven, EØS-l., § 1.<sup>18</sup>

Avtalen har gjennom EØS-l. § 2 fått en særlig stilling ved at den ved konflikt skal gå foran andre norske regler som regulerer samme forhold. Jeg vil komme tilbake til forholdet mellom denne bestemmelsen og presumsjonsprinsippet i punkt 3.1 nedenfor.

EØS-avtalen uttaler i sin fortale forskjellige formål med opprettelsen, blant annet "...å opprette et dynamisk og ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde...", jf. fortalens avsnitt fem. For å oppnå en slik ensartethet, må man ha et mål om å integrere EF-retten i norsk rett, og norske domstoler må tolke EØS-reglene slik som domstolene i resten av EØS-området. Dette følger blant annet også av lojalitetsprinsippet i EØS-avtalens art. 3. Det vil få stor betydning hvordan EF-domstolen har tolket en regel, jf. EØS art. 6, og dermed kan den norske metoden bli påvirket. En slik påvirkning kan komme av at EF-domstolen legger mer vekt på formålstolkninger enn rettsanvendere i Norge gjør. Resultatet kan bli at ordlyden svekkes i forhold til regelens formål på grunn av integrasjonshensynet.

Det må imidlertid sies at presumsjonsprinsippet er uttrykk for å la et formål få større betydning enn ordlyden i en bestemmelse, dersom det er nødvendig for at bestemmelsen skal være i samsvar med folkeretten. Likevel kan man si at EF-domstolen anvender formålsbetraktninger i større grad enn vi er vant til i Norge, og at den er mer rettskapende enn norske domstoler. Domstolen har ved flere anledninger oppstilt generelle prinsipper som den har anvendt i sin rettslige argumentasjon.<sup>19</sup> Prinsippet om direktivers direkte virkning er et slikt eksempel. EF-domstolens metode skiller seg altså fra de norske domstolers metode på

---

<sup>17</sup> Ruud og Ulfstein, s. 27.

<sup>18</sup> Lov 27. november 1992 nr. 109, EØS-loven.

<sup>19</sup> Sejersted m.fl., s. 43.



noen punkter, som norske dommere må ta i betraktning når de står overfor EØS-rettslige problemstillinger.

## 1.4 Avgrensinger

Jeg vil først avgrense mot direkte virkning av forordninger og traktater, ettersom det vil bli for omfattende å behandle dem i denne avhandlingen. Jeg kommer likevel kort inn på disse rettsaktene under punkt 2.1 om grunnlaget for prinsippet om direktivers direkte virkning, siden det er nødvendig for å vise utviklingen i rettspraksis og begrunnelsen for prinsippet.

Forrangsprinsippet har nær sammenheng med prinsippet om direktivers direkte virkning. Forrangsprinsippet får anvendelse dersom direktivbestemmelsen strider mot en nasjonal regel som regulerer det samme forholdet. Prinsippet går ut på at EF-direktivet skal gå foran den nasjonale regelen. Jeg kommer til å avgrense mot å behandle forrangsprinsippet, ettersom det er naturlig kun å sammenligne presumsjonsprinsippet med prinsippet om direktivers direkte virkning. Presumsjonsprinsippet anvendt på EØS-avtalen søker å harmonisere norsk rett med EF-retten, mens prinsippet om direktivers direkte virkning får anvendelse der et direktivs mål ikke har blitt gjennomført i nasjonal rett. Ingen av prinsippenes anvendelse er betinget av at det foreligger motstrid med EF-retten, i motsetning til forrangsprinsippet.

Presumsjonsprinsippet i det dualistiske Norge er et middel for å unngå motstrid, som ofte oppnås. I tillegg kommer at det vil bli for omfattende å behandle prinsippet her.

Som en følge av at statene har forpliktet seg til å gjennomføre direktivene som blir vedtatt, jf. EFT art. 249, er det oppstilt et prinsipp om erstatningsansvar for staten overfor private rettssubjekter som lider tap på grunn av manglende gjennomføring. Dette prinsippet gjelder både i EF-retten, først oppstilt i Frankovichsaken<sup>20</sup>, og EØS-retten, jf. EFTA-domstolens avgjørelse i Sveinbjörnsdottirsaken<sup>21</sup>. EF-domstolen kommer i Frankovichsaken fram til at et slikt prinsipp er iboende i EFTs system.<sup>22</sup> Dette blir begrunnet med at EFT utgjør et eget

---

<sup>20</sup> Cases 6/90 and 9/90, [1991] ECR I-05357.

<sup>21</sup> Case E-9/97, [1998] REC s. 95.

<sup>22</sup> Cases 6/90 and 9/90, avsnitt 35.

rettssystem som medlemsstatenes domstoler er forpliktet til å anvende. Uten et erstatningsansvar for brudd på fellesskapsretten, vil håndhevingen av individers rettigheter bli svekket.<sup>23</sup> I tillegg la EF-domstolen vekt på EFT art. 5, nå art. 10, som sa at statene skal iverksette alle nødvendige tiltak for å sikre oppfyllelsen av sine forpliktelser.<sup>24</sup> Både effektivitetshensynet og lojalitetsprinsippet fikk her stor vekt. Erstatningsansvaret er aktuelt når et direktiv ikke får direkte virkning, ettersom det vil virke urimelig at privatpersonen ikke skal få dekket sitt tap når staten har gjort en feil som den kan bebreides for.

Prinsippet var grunnlaget for at staten i *Finanger II*, Rt. 2005 s. 1365, ble erstatningsansvarlig for uriktig gjennomføring av EØS-direktiv, som hadde medført at Veronika Finanger ikke fikk erstatning hos forsikringsselskapet etter dommen i Rt. 2000 s. 1811, *Finanger I*. Jeg avgrenser mot erstatningsansvaret i den videre fremstilling, ettersom jeg skal fokusere på hva prinsippene går ut på, ikke hva som skjer dersom enten direktivet ikke får direkte virkning eller presumsjonsprinsippet ikke får gjennomslag.

## 1.5 Den videre fremstilling

Videre i oppgaven skal jeg se på prinsippet om direktivers direkte virkning, herunder det rettslige grunnlaget for prinsippet, vilkårene for når det kommer til anvendelse og skillet mellom vertikal og horisontal direkte virkning. Deretter skal jeg i punkt 3.1 kort nevne virkemidlene EØS-avtalen og norsk rett gir for å simulere rettsvirkningene av EF-rettens prinsipp. Videre skal jeg i punkt 3.2 se på presumsjonsprinsippet og dets anvendelse på EØS-rettens område. I punkt 4 kommer en analyse av Rt. 2000 s. 1811 (*Finanger*), ettersom den er sentral i forhold til presumsjonsprinsippets rekkevidde på EØS-rettens område. Etter en gjennomgang av de to prinsippene, skal jeg foreta en sammenligning av dem med utgangspunkt i *Finangersaken*. Til slutt kommer det en avsluttende oppsummering og noen rettspolitiske refleksjoner.

---

<sup>23</sup> Cases 6/90 and 9/90, avsnitt 31-33.

<sup>24</sup> Cases 6/90 and 9/90, avsnitt 36.

## 2 EF-rettens prinsipp om direktivers direkte virkning

### 2.1 Rettslig utgangspunkt og begrunnelse

Direkte virkning innebærer at en EF-regel får anvendelse i nasjonal rett uten at de nasjonale myndighetene har gjennomført den. Det betyr at privatpersoner kan påberope seg en ikke-gjennomført EF-regel for nasjonale domstoler, og at domstolene er kompetent til å løse rettsspørsmålet basert på den aktuelle regelen.

Direkte virkning vil være en naturlig følge av monisme, ettersom det innebærer at folkeretten får automatisk virkning i intern rett, uavhengig av en nasjonal gjennomføring i etterkant av vedtaket. Den reelle forskjellen mellom dualisme og monisme er ikke nødvendigvis stor i praksis. I dualistiske land, som Norge, kreves det at for eksempel traktater må gjennomføres ved en handling av nasjonale myndigheter for at de skal få anvendelse i den interne retten. I monistiske land fins det eksempelvis en regel som innebærer at traktatene automatisk får anvendelse ved landets tilslutning til dem. I henhold til begge regelsett er man avhengig av en rettsregel som sier at folkeretten skal få anvendelse i den interne retten. Forskjellen går ut på at i monistiske land fins det for eksempel en regel som sier at alle fremtidige folkerettslige rettsakter får anvendelse i den interne retten, mens i dualistiske land må man gjennomføre hver nye folkerettslige regel som blir vedtatt.<sup>25</sup> Likevel skulle denne forskjellen tilsi at direkte virkning ikke er mulig i dualistiske land, ettersom hver rettsakt må gjøres til del av den interne retten. Dette må modifiseres i forhold til EFT. Ved å vedta traktaten godtok landene, både de monistiske og dualistiske, at forordninger skulle ha direkte virkning, jf. EFT art. 249 andre ledd. I henhold til ordlyden i artikkelens tredje ledd skulle man følgelig tro at direktiver ikke kan ha direkte virkning i dualistiske land. Det vil imidlertid vise seg at EF-domstolen ikke er av denne oppfatning.

Grunnlaget for direktivers virkning i nasjonal rett finner vi først og fremst i EFT art. 249. I andre ledd sies det om en forordning at den "...skal være allmenngyldig. Den skal være bindende i alle deler og komme til anvendelse i alle medlemsstater." Om direktiver står det at de skal være bindende for de land direktivet retter seg mot med hensyn til målsettingen, og at det overlates "...til myndighetene i medlemsstatene å bestemme formen og midlene for

---

<sup>25</sup> Tc Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Sixth Edition, Oxford University Press 2007, s. 188.

gjennomføringen.”, jf. EFT art. 249 tredje ledd. Man kan altså tolke art. 249 dithen at forordninger skal ha direkte virkning, men ikke direktiver.

Det sies ikke i EFT hvorvidt traktaten kan ha direkte virkning. EF-domstolen kom imidlertid i Van Gend & Loos-saken til at traktatbestemmelser kan ha slik virkning.<sup>26</sup> I denne saken var det blant annet spørsmål om EFT art. 12, nå art. 25, inneholdt rettigheter for individer som kunne påberopes for nasjonale domstoler, altså om bestemmelsen hadde direkte virkning. Dette spørsmålet ble besvart bekreftende.

Begrunnelsen for denne fortolkningen av traktaten var blant annet at EFT er mer enn en vanlig folkerettslig avtale. Den gir, ifølge EF-domstolen, uttrykk for individuelle rettigheter i fortalen.<sup>27</sup> Fortalens første ledd sier at statene ved inngåelsen er ”[d]etermined to lay the foundations of an ever closer union among the peoples of Europe...”. I tillegg etablerer EFT ”...institutions endowed with sovereign rights, the exercise of which affects Member States and also their citizens.”<sup>28</sup> Ved inngåelsen av EFT hadde altså medlemsstatene implisitt godkjent at traktaten kunne få direkte anvendelse overfor individer, ettersom traktaten som sådan måtte forstås slik at den ga uttrykk for individuelle rettigheter.

EF-domstolen viser også til at EFT art. 177, nå art. 234, gir den myndighet til å fortolke traktaten. Om denne bestemmelsen sier EF-domstolen at formålet er ”...to secure uniform interpretation of the Treaty by national courts and tribunals...”.<sup>29</sup> Statene har dermed ved å vedta EFT art. 177 anerkjent at fellesskapsretten har en slik autoritet at den kan bli påberopt av innbyggerne ved de nasjonale domstolene.<sup>30</sup> Det ble følgelig konkludert med at statene har begrenset sin handlefrihet gjennom å bli medlem i EF, og at både medlemsstatene og individene er rettssubjekter i dette fellesskapet.<sup>31</sup>

Etter denne generelle begrunnelsen for at EFT kan ha direkte virkning, ble det konstatert at EFT art. 12 ”...contains a clear and unconditional prohibition which is not a positive but a negative obligation.”<sup>32</sup> EF-domstolen undersøkte nærmere den aktuelle bestemmelsen, og kom fram til at den oppfylte kravene om å være klar og ubetinget. Dommen er dermed et prejudikat for at EFT art. 12 har direkte virkning, ikke nødvendigvis for alle bestemmelsene i

---

<sup>26</sup> Case 26/62, [1963] ECR 1.

<sup>27</sup> Case 26/62, tredje avsnitt under del II, punkt B.

<sup>28</sup> Op.cit.

<sup>29</sup> Case 26/62, fjerde avsnitt under del II, punkt B.

<sup>30</sup> Op.cit.

<sup>31</sup> Case 26/62, femte avsnitt under del II, punkt B.

<sup>32</sup> Case 26/62, syvende avsnitt under del II, punkt B.

traktaten. For at en traktatbestemmelse skal kunne ha direkte virkning, må den oppfylle vilkårene om å være klar og ubetinget. Jeg skal komme tilbake til vilkårene under punkt 2.2 nedenfor.

Senere kom EF-domstolen til at også direktiver kan ha direkte virkning, jf. Van Duyn-saken.<sup>33</sup> Nederlandske Yvonne Van Duyn fikk tilbud om jobb i en scientologikirke i England. Hun fikk imidlertid ikke lov til å komme inn i landet, siden myndighetene i Storbritannia ikke ønsket at noen skulle komme for å jobbe i scientologikirken. Innvandringsmyndighetene hadde lovhjemmel for å nekte Van Duyn innreise til Storbritannia. Van Duyn anla søksmål og The High Court i England fikk saken. The High Court sendte spørsmål til EF-domstolen som blant annet gikk ut på om direktiv 64/221 kunne anvendes direkte for en nasjonal domstol på krav fra en privatperson.<sup>34</sup> I henhold til EFT art. 234 andre ledd kan en nasjonal domstol ved spørsmål om fortolkningen av et direktiv, jf. første ledd bokstav b, "...anmode Domstolen om å avgjøre spørsmålet." EF-domstolen har altså kompetanse til å foreta prejudisielle avgjørelser når en domstol i en av medlemsstatene ber om det.

Storbritannia argumenterte med at EFT art. 249 tilsa at det bare var forordninger som kunne ha en slik virkning, og ikke direktiver.<sup>35</sup> EF-domstolen mente derimot at ordlyden i traktatbestemmelsen ikke kunne fortolkes i den retning. Den sa at det ville være uforenlig med den bindende virkningen av direktivene å ekskludere muligheten for at også de kunne ha direkte virkning. Dette argumentet kan kritiseres. Selv om en stat forplikter seg til å gjennomføre EF-retten i nasjonal rett, innebærer ikke dette at EF-reglene automatisk får virkning som annen nasjonal lovgivning. Dette gjelder i det minste i dualistiske land, som Storbritannia.

I henhold til art. 249 tredje ledd vil det være rimelig å argumentere som Storbritannia, ettersom det står at man skal overlate til myndighetene å bestemme formen og midlene for gjennomføringen. Hvis man gir et direktiv direkte virkning, vil det ikke avhenge av myndighetenes handlinger hvordan det skal gjennomføres i intern rett.

Videre sa EF-domstolen at dersom man kommer fram til at privatpersoner ikke kan påberope seg en direktivbestemmelse for en nasjonal domstol, vil det svekke effektiviteten av en slik

---

<sup>33</sup> Case 41/74, [1974] ECR 1337.

<sup>34</sup> Rådsdirektiv 64/221/EØF av 25.02.1964 om samordning av de særbestemmelser om innreise og opphold for utenlandske statsborgere som er begrunnet med hensynet til offentlig orden og sikkerhet samt folkehelsen.

<sup>35</sup> Case 41/74, avsnitt 11.

rettsakt.<sup>36</sup> Det vil være mer effektivt å anvende direktivene direkte, enn å vente på handling fra myndighetenes side, eventuelt en erstatningssak.

Et siste argument fant EF-domstolen i EFT art. 234, daværende art. 177. Denne bestemmelsen gir hjemmel for at nasjonale domstoler kan henvise spørsmål om tolkningen av alle fellesskapsrettslige rettsakter til EF-domstolen, noe domstolen mente indikerer at private kan påberope seg slike rettsakter for en nasjonal dommer.<sup>37</sup>

Et annet argument for prinsippet, som ikke ble nevnt i Van Duyn-saken, er et som stammer fra den engelske doktrinen om "equity". Doktrinen går ut på at det vil være urimelig at en stat skal kunne "profitere" på sine feil, og at dette vil gå på bekostning av privatpersoner.<sup>38</sup> Å nekte Van Duyn innreise, vil være det samme som å frata henne en rettighet hun kunne ha hatt dersom Storbritannia hadde gjennomført direktivet i henhold til sine folkerettslige forpliktelser. Hun har riktignok en rett i henhold til EFT art. 39, tidligere art. 48, som sier at det skal eksistere en fri bevegelighet av arbeidstakere innen fellesskapet. Bestemmelsen gir imidlertid også hjemmel for at statene skal kunne begrense denne rettigheten begrunnet i offentlige hensyn, jf. art. 39 nr. 3. I utgangspunktet vil derfor Van Duyns rett kunne innskrenkes ut fra Storbritannias offentlige politikk. Direktivets art. 3 skal imidlertid begrense statenes skjønnsmyndighet i disse tilfellene, slik at en direkte anvendelse av direktivet kunne gitt Van Duyn en bedre rett enn EFT art. 39. Argumentet om at statene ikke skal tjene på sine forsømmelser, får derfor betydning her.

Dette argumentet ble for første gang fremmet av engelskmannen Generaladvokat Warner i 1977<sup>39</sup>, og har siden 1979 i Rattisaken<sup>40</sup> blitt brukt som det ledende argumentet for å gi et direktiv direkte virkning.<sup>41</sup> Det kan være fordi det fremstår som rimelig, og man ser på det som rettferdig at feil og forsømmelser staten har gjort ikke skal gå ut over privatpersoner, men staten selv.

Dette rimelighetshensynet spiller også inn når man ser på betydningen av fristen for å gjennomføre direktivene. I Rattisaken var det spørsmål om et direktiv kunne få direkte virkning mens fristen for gjennomføring fortsatt løp. Enkeltpersoner kan ikke i slike tilfeller påberope seg prinsippet om "...legitimate expectation...", eller berettiget forventning,

---

<sup>36</sup> Case 41/74, avsnitt 12.

<sup>37</sup> Op.cit.

<sup>38</sup> Hartley, s. 203.

<sup>39</sup> Enka, Case 38/77, [1977] ECR 2203.

<sup>40</sup> Ratti, Case 148/78, [1979] ECR 1629 avsnitt 22.

<sup>41</sup> Hartley, s. 203.

ettersom staten fortsatt har mulighet til å gjennomføre direktivet.<sup>42</sup> Rimelighetshensynet slår ikke inn her, siden staten ikke har gjort noen feil, i hvert fall ikke ennå. Resultatet i Rattisaken ble av den grunn at direktivet hvor gjennomføringsfristen ennå løp, ikke fikk direkte virkning.

## 2.2 Vilkårene

Først og fremst sier EF-domstolen i Van Gend & Loos-saken at det er nødvendig å ta i betraktning "...the spirit, the general scheme and the wording of those provisions" når man undersøker om en traktat kan ha direkte virkning.<sup>43</sup> Dette blir gjentatt i Van Duyn-saken i forhold til direktiver.<sup>44</sup> Det har i rettspraksis etterhvert blitt oppstilt tre kumulative vilkår. Direktivet må for det første være klart og presist. For det andre må det være ubetinget, og endelig må det ikke avhenge av ytterligere handlinger fra myndighetenes side. Disse vilkårene vil gjelde uavhengig av hvilken rettsakt det er snakk om, ettersom den må egne seg for å påberopes for en nasjonal domstol. Rettspraksis i forhold til andre bestemmelser enn direktivbestemmelser vil derfor være relevant i denne sammenheng.

### 2.2.1 Klart og presist

Det første vilkåret for at et direktiv skal få direkte virkning, går ut på at innholdet må være klart og presist. Det ble sagt i Van Gend & Loos-saken, da domstolen uttalte seg om innholdet i daværende EFT art. 12.<sup>45</sup> Daværende EFT art. 12 er i dag art. 25, og i dens første setning står det: "Toll på import og eksport eller avgifter med tilsvarende virkning skal være forbudt mellom medlemsstatene." Dette er en bestemmelse som må karakteriseres som klar og presis.

---

<sup>42</sup> Case 148/78, avsnitt 46.

<sup>43</sup> Case 26/62, andre avsnitt under del II, punkt B.

<sup>44</sup> Case 41/74, avsnitt 12.

<sup>45</sup> Case 26/62, syvende avsnitt under del II, punkt B.

Begrunnelsen for at et direktiv må være presist er at det må være egnet til å anvendes direkte for en domstol. Dersom det for eksempel gir uttrykk for en felles politikk, kan det være vanskelig for en nasjonal dommer å tolke rettigheter og plikter ut av det. Et eksempel på en direktivbestemmelse som mest sannsynlig ikke vil være tilstrekkelig presis til å anvende direkte for en nasjonal domstol, er art. 1 i det nye tjenstedirektivet.<sup>46</sup> Den sier i den danske versjonen: ”Det Europæiske Fællesskab har som mål at skabe stadig tettere bånd mellem de europæiske stater og folk og at sikre økonomiske og sociale fremskridt.” Bestemmelsen er uttrykk for et generelt politisk mål, og det kan vanskelig leses rettigheter til private ut fra den.

En annen begrunnelse for vilkåret om klarhet kan være forutberegnelighetshensyn. Dersom man ikke klarer å lese en konkret rettighet eller plikt ut av direktivet, kan man ikke si at privatpersonen kan forutberegne sin rettsstilling ut fra det. Da vil det virke rimelig ikke å statuere direkte virkning til fordel for personen.

### **2.2.2 Ubetinget**

Det andre vilkåret går ut på at direktivet må være ubetinget. Om dette sa EF-domstolen i Van Duyn-saken at den aktuelle direktivbestemmelsen i saken hjemlet en forpliktelse som ikke var underlagt noen unntak eller betingelser, og som ikke var avhengig av noen handlinger fra fellesskapsinstitusjonene eller medlemsstatene.<sup>47</sup> Bestemmelsen var dermed ubetinget, og fikk direkte virkning.

Dersom direktivbestemmelsen inneholder en objektiv betingelse, hindrer ikke det at den får direkte virkning. Hvis domstolene gjennom vanlig tolkning kommer til at betingelsen er oppfylt, er det ingenting i veien for at de konkluderer med direkte virkning. Det som er ment med vilkåret, er at rettigheten som er uttrykt i direktivet, ikke skal avhenge av noe som er

---

<sup>46</sup> Europaparlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF av 12. desember 2006 om tjenesteytelser i det indre marked.

<sup>47</sup> Case 41/74, avsnitt 13.



under kontroll av en uavhengig myndighet, for eksempel Kommisjonen eller medlemsstaten selv, slik som i Van Duyn-saken.<sup>48</sup>

Et eksempel på et tilfelle der noen traktatbestemmelser ikke har direkte virkning på grunn av at de ikke er ubetinget, er EFT art. 87–89. Art. 87 går ut på at statsstøtte eller annet tilsvarende som truer den frie konkurransen, skal være uforenlig med det felles marked. Dette skulle i utgangspunktet oppfylle vilkårene til direkte virkning.<sup>49</sup> Art. 88 bestemmer imidlertid at Kommisjonen har myndighet til å fastslå om art. 87 er brutt eller ikke, som medfører at en direkte anvendelse av bestemmelsen vil være betinget av Kommisjonens skjønnsmyndighet i det enkelte tilfelle. Det kan dermed ikke være ment at art. 87 skal ha direkte virkning.<sup>50</sup>

Et tilfelle er når myndighetene har en forpliktelse til å gjennomføre et direktiv som har et bestemt formål, men det legges opp til at de selv skal få bestemme hvordan formålet skal oppnås. I Von Colson-saken ble en tysk dame nektet en jobb på grunn av sitt kjønn.<sup>51</sup> Kvinnen mente da at et direktiv om likebehandling i arbeidslivet ga henne rett til å forlange at retten dømte arbeidsgiveren til å gi henne jobben.<sup>52</sup> Spørsmålet ble dermed om direktivet åpnet for en slik spesifikk sanksjon, og om det hadde direkte virkning i den saken.

Direktivets art. 3 nr. 2 lyder: ”To this end, Member States shall take the measures necessary to ensure that: a) any laws, regulations and administrative provisions contrary to the principle of equal treatment shall be abolished...”. EF-domstolen kom til at myndighetene her hadde mulighet til selv å velge hvilke midler de ville bruke for å oppfylle målet om ikke-diskriminering, og dermed hadde ikke direktivet en slik virkning at den tyske arbeidsretten måtte dømme arbeidsgiveren til å ansette kvinnen.<sup>53</sup> Det innebærer at et direktiv som gir de nasjonale myndighetene en diskresjonær myndighet i forhold til måten å oppfylle direktivets mål på, ikke vil kunne ha direkte virkning.

Et annet tilfelle av slik diskresjonær myndighet, finner vi blant annet i EFT art. 39. Denne artikkelen kan kalles beskyttelsesklauseul eller ”safeguard clause”.<sup>54</sup> Bestemmelsen sier først og fremst at det skal være fri bevegelse av arbeidskraft innen Fellesskapet, jf. art. 39 nr.1. I

---

<sup>48</sup> Hartley, s. 194.

<sup>49</sup> Op.cit.

<sup>50</sup> Op.cit.

<sup>51</sup> Case 14/83, [1984] ECR 1891.

<sup>52</sup> Rådsdirektiv 76/207/EØF av den 9. februar 1976 om gjennomføringen av prinsippet om likebehandling i arbeidslivet.

<sup>53</sup> Case 14/83, avsnitt 19 under punkt (A).

<sup>54</sup> Hartley, s. 195.

artikkelens nr. 3 oppstilles det imidlertid noen begrensninger som er "...begrunnet ut fra hensynet til den offentlige orden, sikkerhet og folkehelsen." Det er de nasjonale myndighetene som bestemmer sin offentlige politikk, og dermed kan de avgjøre om de vil legge begrensninger på visse arbeidstakere ut fra slike hensyn. Man skulle derfor tro at art. 39 ikke kan ha direkte virkning.

I Van Duyn-saken ble dette argumentet derimot avvist av EF-domstolen.<sup>55</sup> Ettersom anvendelsen av begrensningene på grunnlag av offentlig politikk var underlagt en rettslig domstolskontroll, mente EF-domstolen at disse ikke hindret art. 39 (daværende art. 48) fra å ha direkte virkning.<sup>56</sup>

Dersom den diskresjonære myndigheten innebærer en realisering av selve rettigheten, slik som i Von Colson-saken<sup>57</sup>, vil det bety at rettsakten er betinget, og dermed ikke kan ha direkte virkning. Hvis den diskresjonære myndigheten derimot kun består i å bestemme noen begrensninger i rettigheten, og ikke er en forutsetning for dens eksistens, er dette ikke til hinder for at bestemmelsen kan ha direkte virkning, som i Van Duyn-saken.<sup>58</sup>

### **2.2.3 Må ikke avhenge av ytterligere handlinger fra myndighetenes side**

I tillegg til at direktivet må være klart og ubetinget, er det også et vilkår at det ikke gjenstår ytterligere handlinger fra medlemsstatenes side. Dersom et direktiv uttrykker at det ikke vil tre i kraft før de nasjonale myndigheter har gjennomført det, for eksempel ved å vedta en lov, vil det være rimelig at det ikke får direkte virkning før så er gjort.<sup>59</sup>

Denne regelen må imidlertid modifieres betraktelig. På grunn av EF-domstolens praksis om tidsfristens betydning vil resultatet ofte bli at direktivet får direkte virkning så snart tidsfristen for gjennomføring er utløpt. EFT art. 141 er en bestemmelse som i utgangspunktet ikke oppfyller vilkårene for å ha direkte virkning, ettersom den forutsetter at medlemsstatene skal

---

<sup>55</sup> Case 41/74.

<sup>56</sup> Case 41/74, avsnitt 7.

<sup>57</sup> Case 14/83.

<sup>58</sup> Hartley, s. 196.

<sup>59</sup> Op.cit.

gjennomføre prinsippet om lik lønn til menn og kvinner. Den avhenger altså av en handling fra myndighetene. EF-domstolen kom imidlertid i den andre Defrenne-saken fram til at bestemmelsen kunne ha direkte virkning etter at gjennomføringsfristen var utløpt, selv om myndighetene ikke hadde handlet.<sup>60</sup>

Dette innebærer at de fleste rettsakter som avhenger av myndighetenes tiltak, likevel kan få direkte virkning, så lenge gjennomføringsfristen er oversittet.<sup>61</sup> I realiteten blir dermed den direkte virkning bare utsatt, og ikke utelukket. Dette vilkåret har altså ikke så stor betydning, ettersom de fleste rettsaktene vedtatt i EF har en gjennomføringsfrist.<sup>62</sup>

#### **2.2.4 Forskjellen mellom de to siste vilkårene**

Det kan synes som om de to siste vilkårene er to sider av samme sak. Begge innebærer at direktivet må være ubetinget, enten av myndighetenes handlinger eller av fellesskapsinstitusjonenes handlinger. Vilkaåret om at direktivet skal være ubetinget innebærer imidlertid at direktivets anvendelse ikke må være betinget av myndighetenes eller fellesskapsinstitusjonenes skjønnsmessige vurderinger. Det siste vilkåret handler om tiltak som gjenstår fra myndighetenes side for at direktivet skal være anvendelig i den interne retten. Forskjellen går altså ut på at vilkåret om ubetingethet innebærer at det ikke må gjenstå skjønnsmessige vurderinger, mens det andre handler om at det ikke må gjenstå ytterligere konkrete handlinger.

---

<sup>60</sup> Case 43/75, [1976] ECR 455.

<sup>61</sup> Hartley, s. 197.

<sup>62</sup> Op.cit.

## 2.3 Vertikal og horisontal direkte virkning

### 2.3.1 Vertikal direkte virkning

Spørsmålet her er hvem et direktiv får direkte virkning overfor, både som rettighetssubjekt og pliktsubjekt.

Det er først og fremst klart at medlemsstatene er pliktsubjekter. De må i henhold til folkeretten oppfylle sine forpliktelser. Kjernen i prinsippet om direktivers direkte virkning er at privatpersoner er rettighetssubjekter overfor staten, ettersom de kan påberope seg rettigheter med hjemmel i direktivet ved nasjonale domstoler. Det er dette som kalles vertikal direkte virkning; direktivet har en slik virkning at privatpersonen får en rettighet som staten plikter å respektere. Det var tilfellet i Van Duyn-saken, som er utgangspunktet for prinsippet om direktivers direkte virkning.<sup>63</sup>

### 2.3.2 Horisontal direkte virkning

Et annet spørsmål er om et direktiv kan ha horisontal direkte virkning. Det vil si virkning mellom private, altså om en privatperson kan bli pålagt plikter med hjemmel i et ikke-gjennomført direktiv.

Dette spørsmålet var kontroversielt i mange år, og er det fremdeles.<sup>64</sup> Det var delte meninger i teorien og to Generaladvokater uttalte at de var imot denne muligheten, i Rattisaken<sup>65</sup> og i Beckersaken<sup>66</sup>, der EF-domstolen ga hint om at de var enige.<sup>67</sup> I 1986 kom EF-domstolen endelig med en eksplisitt uttalelse i Marshallsaken.<sup>68</sup>

Saken gikk ut på at en britisk kvinne på 62 år ble sagt opp, med den eneste begrunnelse at hun var nådd pensjonsalder. Pensjonsalderen for menn var 65 år. Kvinnen mente at dette var

---

<sup>63</sup> Case 41/74.

<sup>64</sup> Hartley, s. 207.

<sup>65</sup> Case 148/78, s. 1650.

<sup>66</sup> Case 8/81, [1982] ECR 53 på s. 81.

<sup>67</sup> Hartley, s. 207.

<sup>68</sup> Case 152/84, [1986] ECR 723.

kjønnsdiskriminering, og saksøkte helsemyndighetene som arbeidsgiver på dette grunnlag. Etter noen runder i de engelske domstolene fikk ”The Court of Appeal” saken, og sendte spørsmål til EF-domstolen i henhold til EFT art. 234. Det første spørsmålet gikk ut på om det hadde skjedd en diskriminering i henhold til direktiv 76/207 om likebehandling i arbeidslivet.<sup>69</sup> Dersom dette spørsmål ble besvart bekræftende, var neste spørsmål om direktivet kunne få direkte virkning ved at kvinnen kunne påberope seg diskrimineringen for de engelske domstolene. Kvinnen krevde at staten måtte betale erstatning som følge av hennes tap ved å få pensjon i stedet for lønn. Staten hevdet at den i denne sammenheng måtte regnes som et privat rettssubjekt, ettersom den fremsto som arbeidsgiver, ikke som myndighet. Den mente også at som et privat rettssubjekt kunne ikke staten bli pålagt plikter i henhold til et ikke-gjennomført direktiv.

EF-domstolen uttalte: ”It follows that a directive may not of itself impose obligations on an individual and that a provision of a directive may not be relied upon as such against such a person.”<sup>70</sup> Begrunnelsen for det var ordlyden i EFT art. 249 tredje ledd, som sier at direktivet skal være bindende ”...for alle de medlemsstater det er rettet til...”. Det innebærer at det må skje en gjennomføring av direktivet for at det skal kunne pålegge privatpersoner plikter. I denne saken ble helsemyndighetene regnet som staten, selv om de opptrådte som arbeidsgiver.

Et annet argument mot å statuere horisontal direkte virkning, er at det vil være urimelig om staten skal kunne pålegge en person plikter med hjemmel i et direktiv som den har valgt ikke å gjennomføre i nasjonal rett. På samme måte som det vil være urimelig ikke å la et direktiv få direkte virkning når staten har ”fratatt” en privatperson en rettighet gjennom manglende gjennomføring, er det urimelig å gi det direkte virkning og dermed pålegge en person plikter i samme situasjon.

Dette rimelighetshensynet kan modifiseres. Det hender at medlemslandene lojalt forsøker å gjennomføre et direktiv, men så blir det feil i forhold til hva som var ment ved vedtakelsen. Dersom staten har prøvd å oppfylle sine forpliktelser, er den ikke like klanderverdig som hvis den bevisst har unnlatt å gjøre det. Det vil likevel ikke være den beste løsning å la dette gå utover en privatperson som har innrettet seg etter nasjonale regler.

---

<sup>69</sup> Rådsdirektiv 76/207/EØF.

<sup>70</sup> Case 152/84, avsnitt 48.

På den andre siden kan man si at dersom en person skal kunne påregne at et direktiv som gir han/hun rettigheter, skal få direkte virkning, vil det ikke være så urimelig om han/hun måtte påregne å bli pålagt plikter. Det må imidlertid her vises tilbake til argumentet til EF-domstolen i Marshallsaken om at ordlyden i EFT art. 249 tilsier at det bare er staten som er direkte forpliktet av et direktiv.<sup>71</sup> Forutberegnelighetshensynet taler altså for at private ikke skal kunne pålegges plikter av et EF-direktiv.

Etter Marshallsaken var det fortsatt noen Generaladvokater som mente at direktiver kunne ha horisontal direkte virkning. I EF-domstolens sak om Faccini Dori v. Recreb framholdt Generaladvokat Lenz at et ikke-gjennomført direktiv kunne ha virkning mellom to private parter.<sup>72</sup> EF-domstolen, som var fulltallig med sine tretten dommere, bekreftet imidlertid den tidligere lære om at horisontal direkte virkning ikke er mulig.<sup>73</sup>

I noen saker har EF-domstolen gitt et direktiv direkte virkning overfor rettssubjekter som er på grensen mellom å være et privat rettssubjekt og staten, men som måtte regnes som en del av staten. I Foster v. British Gas uttalte EF-domstolen:

”It follows from the foregoing that a body, whatever its legal form, which has been made responsible, pursuant to a measure adopted by the State, for providing a public service under the control of the State and has for that purpose special powers beyond those which result from the normal rules applicable in relations between individuals is included in any event among the bodies against which the provisions of a directive capable of having direct effect may be relied upon.”<sup>74</sup>

EF-domstolen konstaterer her at mange rettssubjekter kan identifiseres med staten, og derfor vil de kunne bli pålagt plikter i henhold til et ikke-gjennomført direktiv. Domstolen oppstiller en generell regel for hvordan man trekker opp grensen mellom et privat rettssubjekt og staten. Denne regelen inneholder fire vilkår. For det første må bedriften tilby offentlige tjenester. For det andre må disse tjenestene følge av et statlig vedtak, og i tillegg underligge statens kontroll. Til slutt må bedriften inneha en spesiell kompetanse som skiller seg fra det som er vanlig i kommersielle relasjoner. Alle vilkårene er viktige. Det er imidlertid hevdet at de ikke er

---

<sup>71</sup> Case 152/84, avsnitt 48.

<sup>72</sup> Case C-91/92, [1994] ECR I-03325.

<sup>73</sup> Case C-91/92, avsnitt 20 og 25.

<sup>74</sup> Case C-188/89, [1990], ECR I-03313, avsnitt 20.

absolutte eller kumulative, ettersom EF-domstolen i *Foster v. British Gas* brukte uttrykket ”...in any event...”.<sup>75</sup>

I andre saker har EF-domstolen kommet til at rettssubjektet måtte regnes som en del av staten, jf. for eksempel *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*.<sup>76</sup> Her var rettssubjektet en konstitusjonelt uavhengig myndighet ansvarlig for opprettholdelse av offentlig orden og sikkerhet, og det ble regnet som en del av staten.<sup>77</sup>

En grunn til at EF-domstolen vil gå langt i å la et rettssubjekt identifiseres med staten, kan være at det som regel er et ujevnt styrkeforhold mellom partene i slike situasjoner.

Rimelighetshensyn kan dermed være en del av bakgrunnen for en utvidende tolkning av hva som regnes som staten.

### **2.3.3 Andre situasjoner der et direktiv får virkninger mellom private parter**

Det fins en del dommer fra EF-domstolen som ikke direkte gir et direktiv horisontal direkte virkning, men som resulterer i at et direktiv kan få negative konsekvenser for en privat part, og kanskje i noen tilfeller indirekte pålegge en privatperson plikter.

Et eksempel på dette er de såkalte ”triangular situations”, eller trepartsforhold. I dette tilfellet fins det en relasjon mellom staten og en privatperson som får konsekvenser for en tredjeperson.<sup>78</sup> I *Wells-saken*<sup>79</sup> krevde en engelsk kvinne ved navn Delena Wells at staten skulle oppheve eller modifisere en tillatelse til gruvedrift gitt til naboene, i henhold til direktiv 85/337 om offentlige og private prosjekters innvirkning på miljøet.<sup>80</sup> The High Court of Justice i England sendte i den forbindelse noen spørsmål til EF-domstolen, blant annet om læren om at direktiver ikke kan ha horisontal direkte virkning ville forhindre et slikt krav fra Wells, ettersom kravet ville gå utover privatpersoner.

---

<sup>75</sup> Hartley, s. 215.

<sup>76</sup> Case 222/84, [1986], ECR 01651.

<sup>77</sup> Case 222/84, avsnitt 56.

<sup>78</sup> Hartley, s. 210.

<sup>79</sup> Case C-201/02, [2004] ECR I-3711.

<sup>80</sup> Rådskildirektiv 85/337/EØF av 27. juni 1985 om vurdering av visse offentlige og private prosjekters innvirkning på miljøet.

EF-domstolen uttalte i den forbindelse at ”...mere adverse repercussions on the rights of third parties, even if the repercussions are certain, do not justify preventing an individual from invoking the provisions of a directive against the Member State concerned.”<sup>81</sup> Denne løsningen påla ikke naboene til Wells noen plikter, men kunne frata dem en rettighet, gruvetillatelsen. Det er altså ikke horisontal direkte virkning, men en sidevirkning av at det foreligger vertikal direkte virkning mellom staten og Wells. Det kan sies at dette er en urimelig løsning for de som blir fratatt en rettighet som følge av anvendelsen av direktivet. På den annen side vil det være urimelig for den som blir fratatt en rettighet ved at direktivet ikke får anvendelse. Man kan imidlertid si at i denne situasjonen brukte Wells direktivet for å få staten til å frata naboene gruvetillatelsen, og med dette som eneste mål. Sidevirkningen som gikk ut på å frata gruveeierne deres tillatelse, var altså tilsiktet og ikke tilfeldig.<sup>82</sup> I en slik situasjon kan det virke mer urimelig at tredjepersonen blir fratatt en rettighet, enn hvis dette kom som en tilfeldig følge av et annet krav fra den private overfor staten.

En annen dom fra EF-domstolen hvor et direktiv fikk rettsvirkninger mellom private parter, er Mangold-saken.<sup>83</sup> Den handler om en arbeidstaker, Mangold, som hadde inngått en arbeidskontrakt med arbeidsgiver Helm. Kontrakten var en såkalt ”fixed-term contract”, altså en tidsbegrenset kontrakt. Denne type kontrakt var i utgangspunktet ikke tillatt etter tysk rett, ettersom den skapte usikkerhet i arbeidslivet. Et unntak fantes dersom det forelå ”objective justification”, men dette vilkåret gjaldt ikke dersom arbeidstakeren var eldre enn 52 år da kontrakten skulle starte. Folk som var eldre enn 52 kunne altså inngå slike tidsbestemte kontrakter uten en objektiv grunn. Det var fordi man ønsket å bekjempe arbeidsledigheten i Tyskland, og hjelpe eldre arbeidstakere med å få jobb. Mangold mente at regelen om tidsbestemte kontrakter var i strid med direktiv 2000/78 om diskriminering på bakgrunn av alder, og gikk dermed til sak mot Helm.<sup>84</sup> EF-domstolen fikk spørsmål om direktivets art. 6 kunne tolkes slik at den hindret anvendelsen av en nasjonal regel, og om den nasjonale domstolen måtte la være å anvende den interne regelen som var i strid med fellesskapsretten.

Direktivet hadde ikke blitt gjennomført i tysk rett, men gjennomføringsfristen var ikke utløpt. Man skulle dermed tro at direktivet ikke kunne få direkte virkning, jf. ovenfor i punkt 2.1 om Rattisaken. EF-domstolen mente likevel at selv om gjennomføringsfristen fortsatt løp, måtte de tyske myndighetene ”...refrain from taking any measures liable seriously to compromise

---

<sup>81</sup> Case C-201/02, avsnitt 57.

<sup>82</sup> Hartley, s. 210.

<sup>83</sup> Case C-144/04, [2005] ECR I-9981.

<sup>84</sup> Rådsdirektiv 2000/78/EF av 27. november 2000 om forbud mot diskriminering i arbeidslivet.



the attainment of the result prescribed by that directive.”<sup>85</sup> EF-domstolen mente at den tyske loven måtte regnes som et middel som kunne stride imot de reglene som ville følge av direktivet.<sup>86</sup> Likevel skulle man tro at direktivet ikke kunne få direkte virkning, ettersom den tyske loven ville tre ut av kraft før direktivene måtte bli gjennomført i tysk rett. I tillegg vil en direkte virkning her innebære at Helm blir pålagt en plikt til å endre arbeidsavtalen, som må karakteriseres som horisontal direkte virkning.

EF-domstolen sa ikke noe om at direktivet her fikk horisontal direkte virkning. Domstolen mente at prinsippet om ikke-diskriminering på grunnlag av alder, måtte regnes som et generelt EF-rettslig prinsipp.<sup>87</sup> Et slikt prinsipp kunne ikke være betinget av at gjennomføringsfristen av direktivet måtte være utløpt.<sup>88</sup> Nasjonale domstoler måtte i slike tilfeller la privatpersoner føre tvisten for domstolene. Dersom nasjonale regler stred mot et slikt EF-rettslig prinsipp, hadde nasjonale domstoler et ansvar for å sette disse reglene til side til fordel for prinsippet. EF-domstolen anvender ikke direkte prinsippet om direktivers direkte virkning, og dermed kan ikke dommen tas til inntekt for horisontal direkte virkning. Likevel kan vi si at EF-domstolen åpner for at direktiver kan ha horisontal direkte virkning dersom de gir uttrykk for et generelt prinsipp.

Denne dommen har blitt kritisert. Det som i realiteten skjer, er at et direktiv får horisontal direkte virkning. EF-domstolen nevnte ikke dette, men hjemlet sitt resultat i et generelt prinsipp. Enkelte mener at dette er å gå for langt, og at EF-domstolens metode her er kritikkverdig. Hartley uttaler i den forbindelse: ”The judgment gives one the feeling that the European Court has got out of its depth in this area.”<sup>89</sup>

---

<sup>85</sup> Case C-144/04, avsnitt 67.

<sup>86</sup> Case C-144/04, avsnitt 70-72.

<sup>87</sup> Case C-144/04, avsnitt 75.

<sup>88</sup> Case C-144/04, avsnitt 76.

<sup>89</sup> Hartley, s. 212.

### 2.3.4 Oppsummering av rettstilstanden

Et direktiv kan få direkte virkning slik at en privatperson kan kreve at staten må respektere en rettighet som er uttrykt i direktivet, selv om staten enten har forsøkt å gjennomføre direktivet uten hell eller staten ikke har prøvd å gjennomføre direktivet i den interne retten i det hele tatt. Den vertikale direkte virkningen er det som er utgangspunktet for prinsippet om direktivers direkte virkning.

Verken staten eller privatpersoner kan pålegge et individ plikter med hjemmel i et direktiv som ikke er gjennomført i nasjonal rett. Likevel kan et ikke-gjennomført direktiv få negative konsekvenser for privatpersoner, som i realiteten kan være like inngripende som å gi direktivet horisontal direkte virkning. Wellssaken er et eksempel på det.

Lengst går EF-domstolen i Mangoldsaken, hvor et direktiv som gir uttrykk for et generelt EF-rettslig prinsipp, får virkning i en sak mellom to private parter, og som medfører at den ene parten blir pålagt en plikt. I realiteten gir EF-domstolen dermed et direktiv horisontal direkte virkning, selv om den ikke sier det uttrykkelig. Domstolen hjemler anvendelsen av direktivet i et generelt prinsipp om ikke-diskriminering på bakgrunn av alder, men likevel må man si at den indirekte gir direktivet horisontal direkte virkning. For Mangold og Helm er det ikke nøye hva hjemmelen er, direktivet får i realiteten samme virkning; Helm blir pålagt en plikt som har sitt opphav i et ikke-gjennomført direktiv. Det kan være en del av bakgrunnen for kritikken av denne dommen. På den andre siden kan man si at det er viktig at slike grunnleggende prinsipper får gjennomslag. I denne saken ble den antatt sterkere part pålagt en plikt til å betale erstatning til arbeidstakeren som i henhold til EF-retten hadde blitt diskriminert på bakgrunn av alderen. Det kan tale for at EF-domstolen kom fram til et rimelig resultat.

Et annet poeng er at traktatbestemmelser kan ha horisontal direkte virkning. Man skulle tro at dette ikke var mulig, ettersom traktatbestemmelser henviser til medlemsstatene. EF-domstolen kom imidlertid i den andre Defrenne-saken fram til at EFT art. 119, nå art. 141, kunne påberopes overfor et privat rettssubjekt, flyselskapet SABENA.<sup>90</sup> Domstolen mente at for å sikre effektiviteten av denne bestemmelsen, som skal sikre prinsippet om likelønn, måtte den

---

<sup>90</sup> Case 43/75.

gjelde overfor andre enn bare nasjonale lovgivningsmyndigheter.<sup>91</sup> Bestemmelsen måtte kunne anvendes overfor alle arbeidsavtaler, også mellom to private rettssubjekter.<sup>92</sup>

Siden EF-domstolen har kommet til at noen traktatbestemmelser kan ha horisontal direkte virkning, kan man ikke se bort ifra at den i framtiden vil konkludere med at direktiver også kan ha det. Når det gjelder viktige generelle prinsipper, er det mulig at EF-domstolen har færre motforestillinger mot å la disse få gjennomslag.

---

<sup>91</sup> Case 43/75, avsnitt 35-37.

<sup>92</sup> Case 43/75, avsnitt 39.

## 3 Presumsjonsprinsippet i norsk rett

### 3.1 Innledning – virkemidler for å simulere prinsippet om direktivers direkte virkning

Det er på det rene at EØS-avtalen ikke hjemler et prinsipp om at direktiver har direkte virkning. Dette ble fastslått av EFTA-domstolen i *Fürstliches Landgericht*.<sup>93</sup> Domstolen begrunnet blant annet resultatet med at integrasjonshensynet ikke går like langt i EØS-avtalen som etter EF-traktaten.<sup>94</sup> Høyesterett har også uttalt at direktiver ikke har direkte virkning i norsk rett, jf. *Finangerdommen*.<sup>95</sup> Dette utledet førstvoterende av EØS art. 7 bokstav b, som sier at direktiver "...skal overlate til avtalepartenes myndigheter å bestemme formen og midlene for gjennomføringen." Likevel fins det i norsk rett en del virkemidler som er med på å simulere dette EF-rettslige prinsippet, og det er først og fremst presumsjonsprinsippet.

Presumsjonsprinsippet gjelder i forhold til all folkerett, og går ut på at domstolene skal søke å tolke nasjonal rett slik at den er i samsvar med folkeretten. Ettersom EØS-avtalen er en folkerettslig avtale, gjelder presumsjonsprinsippet i forhold til EØS-rettslige regler. Dette tolkningsprinsippet er med på å legge føringer på domstolenes rettsanvendelse slik at de må ta hensyn til EF-retten.

Presumsjonsprinsippet blir styrket på EØS-rettens område, ettersom det fins en rekke virkemidler i EØS-avtalen som skal hindre en altfor stor forskjell mellom EF-retten og EØS-retten. I EØS-avtalens fortale, femte avsnitt, står det at formålet "...er å opprette et dynamisk og ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde...". Dette innebærer at norske myndigheter må sørge for en lik anvendelse og en lik utvikling av reglene på dette området, både gjennom lovgivning og rettsanvendelse, jf. ovenfor i punkt 1.3.

Alle avtaleparter i EØS-avtalen har en lojalitetsplikt, jf. EØS art. 3. Bestemmelsen sier at avtalepartene "...skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale." Bestemmelsen er vidtrekkende, jf. "...alle generelle eller særlige tiltak...". EØS art. 3 retter seg mot avtalepartene, altså statenes myndigheter, som domstolene er en del av. Høyesterett bekreftet dette i *Finangerdommen*, ettersom den

---

<sup>93</sup> Case E-1/07, [2007], 3.oktober 2007, avsnitt 43.

<sup>94</sup> Case E-01/07, avsnitt 37.

<sup>95</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1826.

uttalte at presumsjonsprinsippets rekkevidde måtte fastsettes med lojalitetsprinsippet som bakgrunn.<sup>96</sup>

I henhold til EØS art. 6 skal bestemmelser i EØS-avtalen som er lik bestemmelser i EFT i sitt materielle innhold, "...fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som De europeiske fellesskaps domstol har truffet før undertegningen av denne avtale". Norske domstoler må altså ved tolkningen av en EØS-regel ta i betraktning hva EF-domstolen har sagt om en tilsvarende bestemmelse i EFT. Den samme regelen gjelder for EFTA-domstolen, jf. ODA<sup>97</sup> art. 3. I tillegg sier begge bestemmelsene at domstolene skal ta hensyn til den fremtidige utvikling i rettspraksis. Både EØS art. 6 og ODA art. 3 gir dermed EF-domstolen en meget viktig rolle i fortolkningen av EØS-retten, som stammer fra deler av fellesskapsretten. Både EFTA-domstolen og de nasjonale domstolene må forholde seg til alle relevante EF-domstolsavgjørelser på EØS-avtalens område, både dommene før inngåelsen av avtalen og de som kommer i etterkant. Dette er en viktig faktor for å opprettholde en lik anvendelse og utvikling av EØS-retten, og dermed et virkemiddel for å simulere prinsippet om direktivers direkte virkning.

EØS art. 7 går ut på at EØS-avtalens rettsakter skal være bindende for avtalepartene og at disse må gjennomføres i den interne rettsorden. Norge har overholdt sine forpliktelse gjennom å vedta EØS-loven. Den tar sikte på å gjennomføre hoveddelen i avtalen, og dens § 2 gir hjemmel for at gjennomførte EØS-regler ved motstrid skal gå foran andre norske bestemmelser som gjelder samme forhold. EØS-l. § 2 er altså en forrangsregel. Det er imidlertid uttalt i forarbeidene at Norge ikke er forpliktet til å innføre et forrangsprinsipp som i EF-retten.<sup>98</sup> Forarbeidene uttaler videre at bestemmelsen ikke vil innebære noen endring i forhold til det som uansett vil følge av presumsjonsprinsippet.<sup>99</sup> Det har i teorien blitt hevdet at EØS-l. § 2 er et lovfestet forsterket presumsjonsprinsipp.<sup>100</sup> Dette kan nok begrunnes med at det ikke var meningen at bestemmelsen skulle innebære noen innskrenkning i Stortingets lovgivningskompetanse, jf. forarbeidene.<sup>101</sup> Stortinget står prinsipielt fritt til å vedta lover i strid med EØS-avtalens forpliktelse. Det kan dog diskuteres hvor reell denne friheten er, ettersom de fleste siviliserte stater kvier seg for å bryte sine folkerettslige forpliktelse.

---

<sup>96</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1827.

<sup>97</sup> Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol.

<sup>98</sup> Ot.prp. nr. 79 (1991 – 1992) s. 5, heretter Ot.prp.

<sup>99</sup> Op.cit.

<sup>100</sup> Sejersted m.fl., s. 245.

<sup>101</sup> Ot.prp., s. 5.

Alle disse virkemidlene er altså med på å realisere innenfor rammen av EØS-avtalen, EF-rettens prinsipp om direktivers direkte virkning. Presumsjonsprinsippet er utgangspunktet, ettersom det er et tolkningsprinsipp som anvendes når domstolene står overfor en mulig konflikt mellom norsk rett og EF-rett. Dette prinsippet blir imidlertid styrket av alle de andre virkemidlene som fremgår av EØS-avtalen.

### **3.2 Presumsjonsprinsippetets anvendelsesområde**

Presumsjonsprinsippet er et tolkningsprinsipp, ikke et kollisjonsprinsipp. Det innebærer at presumsjonsprinsippet kan få betydning når man står overfor en lovregel initiert av EØS-samarbeidet og en annen lovregel. I slike tilfeller kan domstolene anvende presumsjonsprinsippet for å unngå en kollisjon mellom de ulike reglene. EØS-l. § 2 vil uansett løse en konflikt ved å la den EØS-initierte regelen gå foran, men det kan være bedre å komme fram til at det ikke foreligger motstrid, enn å tilsidesette en lovregel til fordel for en annen. Det kan foranledige lovendringsprosesser, og det kan være at domstolene synes det er et bedre alternativ å anvende presumsjonsprinsippet. Da slipper man å konstatere at Norge har en regel som strider mot EØS-retten.

I tillegg får presumsjonsprinsippet anvendelse når det foreligger et EF-direktiv som enten ikke har blitt forsøkt gjennomført, eller har blitt forsøkt gjennomført uten hell. I begge situasjonene kan man si at direktivet ikke har blitt gjennomført, ettersom direktivets mål ikke har blitt oppnådd. Det er dermed irrelevant om man kaller det feil gjennomført eller ikke-gjennomført når det gjelder presumsjonsprinsippetets anvendelse. Dette skillet kan derimot ha betydning for presumsjonsprinsippetets rekkevidde, siden et forsøk på gjennomføring kan tyde på at lovgiver har ønsket å overholde de folkerettslige forpliktelsene, som taler for å la presumsjonsprinsippet få gjennomslag. Dette skal jeg komme nærmere inn på under neste punkt.

I EF-landene gjelder det et lignende prinsipp som får anvendelse dersom et medlemsland ikke har gjennomført et direktiv. Det kalles prinsippet om direktivkonform fortolkning. Det går ut på at de nasjonale domstolene må prøve å fortolke den nasjonale rett innskrenkende slik at den kommer i samsvar med direktivene. Prinsippet er et middel til å unngå kollisjon mellom

regler, slik som det norske presumsjonsprinsippet. En sentral avgjørelse fra EF-domstolen om dette er Faccini Dori-saken.<sup>102</sup> EF-domstolen sa at EFT art. 5, nå EFT art. 10, som tilsvarer EØS art. 3, retter seg til alle myndighetene, også domstolene.<sup>103</sup> Videre kom EF-domstolen til at "...when applying national law, whether adopted before or after the directive, the national court that has to interpret that law must do so, as far as possible, in the light of the wording and the purpose of the directive so as to achieve the result it has in view and thereby comply with the third paragraph of article 189 of the Treaty."<sup>104</sup> Prinsippet om direktivkonform fortolkning utledes dermed av lojalitetsprinsippet i EFT art. 5 og forpliktelsen til å gjennomføre direktiv i henhold til daværende EFT art. 189 tredje ledd, nå art. 249 tredje ledd.

I Finangerdommen sa Høyesterett om dette prinsippet at det ikke går lenger enn presumsjonsprinsippet i norsk rett.<sup>105</sup> Det var derfor ikke nødvendig med en vurdering av om det gjaldt i norsk rett. Vi har et tolkningsprinsipp med samme anvendelsesområde og rekkevidde, og derfor er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på prinsippet om direktivkonform fortolkning.

---

<sup>102</sup> Case C-91/92.

<sup>103</sup> Case C-91/92, avsnitt 26.

<sup>104</sup> Op.cit.

<sup>105</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1829.

## 4 En analyse av Rt. 2000 s. 1811, Finangerdommen

### 4.1 Sakens faktum

Veronika Finanger var passasjer i en personbil som kjørte av veien. Føreren av bilen var alkoholpåvirket, noe Finanger visste. Finanger ble alvorlig skadet i ulykken, og disse skadene ble beregnet til å gi 60 prosent medisinsk invaliditet og 100 prosent ervervsmessig invaliditet. Finanger krevde i henhold til bilansvarsloven<sup>106</sup>, heretter bal., § 4 erstatning av bilens trafikksikringsselskap, Storebrand Skadeforsikring AS, heretter Storebrand.

Hovedregelen i bal. § 4 går ut på at enhver som er skadelidt av en bil, har krav på forsikring fra det forsikringsselskap som bilen er forsikret i. I utgangspunktet skulle altså Finanger få erstatning fra Storebrand. Det fins imidlertid diverse unntak fra denne hovedregelen, blant annet bal. § 7 tredje ledd bokstav b. Paragrafen er nå endret, men jeg kommer til å vise til bestemmelsen slik den var på domstidspunktet. Den lød: ”Skadelidaren kan ikkje få skadebot utan at særlege grunner er for det, dersom han av fri vilje køyrde eller let seg køyre i den vogna som gjorde skaden endå han... b) visste eller måtte vita at vognføraren var påverka av alkohol...”.

Forsikringsselskapet mente at Finanger hadde optrådt grovt uaktsomt ved å bli med på kjøreturen. Unntaket i bal. § 7 tredje ledd bokstav b måtte dermed komme til anvendelse. Finanger saksøkte Storebrand. I tingretten fikk hun medhold under henvisningen til ”særlige grunner” i bal. § 7 tredje ledd bokstav b, men erstatningen ble redusert med 50 prosent. Begge parter anket til Frostating lagmannsrett. Lagmannsretten kom fram til at Finanger hadde krav på erstatning, men avkortet med 30 prosent i henhold til medvirkningsbestemmelsen i bal. § 7 første ledd. Lagmannsretten begrunnet denne domslutningen med at bal. § 7 tredje ledd bokstav b stred mot EØS-reglene – det tredje rådsdirektiv om motorvognforsikring – og dermed måtte bestemmelsen settes til side i henhold til EØS-1. § 2. Storebrand anket saken til Høyesterett, som besluttet å innhente rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen i henhold til domstolloven<sup>107</sup>, heretter dl., § 51a.

---

<sup>106</sup> Lov 3. februar 1961, bilansvarslova.

<sup>107</sup> Lov 13. august 1915 nr. 5, domstolloven.



## 4.2 De relevante rettslige problemstillingene

Spørsmålet som ble sendt til EFTA-domstolen lød: ”**Er det uforenlig med EØS-retten at en passasjer som påføres skade ved frivillig kjøring i motorvogn, ikke har krav på erstatning med mindre særlige grunner foreligger, dersom passasjerens visste eller måtte vite at motorvognens fører var påvirket av alkohol på ulykkestidspunktet og det var årsakssammenheng mellom alkoholpåvirkningen og skaden?**”.<sup>108</sup> EFTA-domstolen kom til at så var tilfelle. Den neste problemstillingen gikk ut på ”hvor langt en norsk lovbestemmelse kan tolkes innskrenkende for å unngå motstrid med EØS-retten dersom lovgiveren uriktig har forutsatt at lovbestemmelsen er i samsvar med EØS-direktiv.”<sup>109</sup> En underproblemstilling var hvor stor vekt en avgjørelse fra EFTA-domstolen hadde. I tillegg var et vesentlig spørsmål hvor langt presumsjonsprinsippet gikk.

## 4.3 Flertallets votum

Når det gjelder forholdet til EØS-retten, som er det relevante i denne avhandlingen, velger førstvoterende Flock først å uttale seg om hvilken betydning EFTA-domstolens avgjørelse bør få. Førstvoterende understreker at avgjørelsen er rådgivende i henhold til ODA art. 34, som innebærer at ”...Høyesterett har myndighet og plikt til selvstendig å ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad uttalelsen skal legges til grunn for Høyesteretts avgjørelse.”<sup>110</sup> Høyesterett markerer her sin oppgave: å avgjøre tvister som går for norske domstoler, selv om tvistene består av EØS-rettslige problemstillinger. Likevel må EFTA-avgjørelsen ifølge førstvoterende, ”...tillegges vesentlig vekt...”.<sup>111</sup> Dette begrunnes først og fremst med opprettelsen av domstolen, som hadde som formål å sikre en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen. I tillegg mener førstvoterende at reelle grunner taler for at EFTA-avgjørelser skal ha vesentlig vekt, ettersom rettskildebruken innen EØS-retten kan avvike fra den

---

<sup>108</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1813.

<sup>109</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1811.

<sup>110</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1820.

<sup>111</sup> Op.cit.

nasjonale, og EFTA-domstolen har særskilt kunnskap på området.<sup>112</sup> Domstolene må altså se hen til hva både EF-domstolen og EFTA-domstolen har uttalt i saker som gjelder EØS-rett, ettersom disse domstolene har en spesiell kompetanse på området. Til sist peker førstvoterende på at Stortinget også har forutsatt at de rådgitende uttalelsene fra EFTA-domstolen skal tillegges vesentlig vekt.

Videre går førstvoterende gjennom de tre direktivene om motorvognforsikring, og kommer til samme resultat som EFTA-domstolen, nemlig at bal. § 7 tredje ledd bokstav b er uforenlig med EØS-retten. Vi ser altså at Høyesterett gjør en egen vurdering av motorvogn direktivene, og det ville vært mulig for Høyesterett å komme til motsatt resultat som EFTA-domstolen.

Det første motorvogn direktivet<sup>113</sup> oppstilte et krav om lovpliktig ansvarsforsikring av motorvogner som skulle dekke hele Fellesskapets territorium. Direktivet var en del av arbeidet med å oppfylle formålet om fri bevegelse av varer og personer mellom medlemsstatene i EU.<sup>114</sup> Dette direktivet krevde i henhold til dets art. 3 "...bare at erstatningsansvar som førere av kjøretøyer måtte pådra seg, er dekket av en forsikring."<sup>115</sup> Hvem og hvilke skadetyper som skulle omfattes av denne forsikring, var opp til det enkelte lands erstatningsrett.<sup>116</sup>

Det andre motorvogn direktivet<sup>117</sup> kom fordi det første ikke hadde klart å redusere ulikheten mellom medlemsstatenes lovgivninger om omfanget av forsikringsplikten.<sup>118</sup> Direktivets art. 1 nr. 1 bestemte dermed at forsikringen nevnt i det første motorvogn direktivets art. 3 skulle gjelde både tingskade og personskade. I tillegg ble det oppstilt et minimumsbeløp som den lovpliktige ansvarsforsikringen skulle dekke, jf. direktivets art. 1 nr. 2. Videre innskrenket direktivet adgangen til å unnta bestemte personer fra forsikringsdekning.<sup>119</sup> Direktivets art. 2 nr. 1 første og andre ledd bestemmer derimot blant annet at personer som frivillig har satt seg inn i et stjålet kjøretøy som deretter forårsaket skade, kan unntas fra forsikringsdekning dersom de visste at kjøretøyet var stjålet. Etter dette kunne altså ikke den enkelte stat fritt regulere forsikringens dekningsområde.

---

<sup>112</sup> Op.cit.

<sup>113</sup> Rådskdirektiv 72/166/EØF av 24. april 1972.

<sup>114</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1820.

<sup>115</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1821.

<sup>116</sup> Op.cit.

<sup>117</sup> Rådskdirektiv 84/5/EØF av 30. desember 1983.

<sup>118</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1821.

<sup>119</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1822.

Det tredje motorvogndirektivet skulle sikre "...lik behandling uansett hvor i Fellesskapet ulykken inntreffer", jf. dets fortale.<sup>120</sup> For å oppnå dette, ville man innføre regler som skulle beskytte passasjerene. Direktivets art. 1 første ledd sier: " Med forbehold for artikkel 2 nr. 1 annet ledd i direktiv 84/5/EØF skal forsikringen nevnt i artikkel 3 nr. 1 i direktiv 72/166/EØF dekke ansvar for personskader som skyldes bruk av et kjøretøy, for alle passasjerer bortsett fra føreren." Dette innebærer at direktivene til sammen bestemmer at det eneste unntaket fra forsikringsdekningen et medlemsland kan ha, er de tilfellene der passasjerer er satt i en stjålet bil og visste om at bilen var stjålet.<sup>121</sup>

I Høyesteretts vurdering av direktivene tar førstvoterende opp Ferreirasaken<sup>122</sup> fra EF-domstolen og vurderer om denne dommen kan gi grunn til å fravike EFTA-domstolens uttalelse. Han kommer til at dommen ikke gir en slik grunn.<sup>123</sup> Førstvoterende tar også for seg bal. § 7 tredje ledd bokstav b, og mener at Stortinget har tatt feil når den har karakterisert bestemmelsen som en medvirkningsregel, og ikke som et unntak fra trafikforsikringens dekningsområde.<sup>124</sup>

Etter at førstvoterende har konstatert at det foreligger motstrid mellom motorvogndirektivene og bal. § 7 tredje ledd bokstav b, går han over til å se på betydningen direktivene har for tolkningen av bestemmelsen. Først uttaler han at direktiv ikke kan ha direkte virkning i norsk rett, jf. ovenfor i punkt 3.1 om begrunnelsen.<sup>125</sup> Deretter sier han at EØS-l. § 2 heller ikke kan løse motstriden. Det er fordi bal. § 7 tredje ledd bokstav b ikke er en bestemmelse "...som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen...", jf. § 2, siden Stortinget ikke har klart å gjennomføre motorvogndirektivenes mål om forsikringsdekningen. Direktivene kan likevel ha betydning som tolkningsmoment i henhold til presumsjonsprinsippet.<sup>126</sup>

Presumsjonsprinsippet og prinsippet om direktivkonform fortolkning må vurderes med bakgrunn i at det eksisterer en lojalitetsplikt overfor medlemslandene. Dette utleder førstvoterende av EØS art. 3 og i tillegg EØS-avtalens fortale. Fortalen henvender seg også til domstolene, noe som innebærer at også de har en plikt til å utvise lojalitet overfor EØS-avtalen i sin rettsanvendelse.<sup>127</sup> Høyesterett mener videre at en følge av lojalitetsprinsippet er

---

<sup>120</sup> Rådsdirektiv 90/232/EØF av 14. mai 1990.

<sup>121</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1822.

<sup>122</sup> Case C-348/98, [2000] ECR I-6711.

<sup>123</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1825.

<sup>124</sup> Op.cit.

<sup>125</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1826.

<sup>126</sup> Op.cit.

<sup>127</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1827.

EØS art. 6 og ODA art. 3 som går ut på at norske domstoler og EFTA-domstolen skal fortolke bestemmelser som i sitt materielle innhold er lik EFT, i samsvar med EF-domstolens tolkninger av disse bestemmelsene. I tillegg er lojalitetsplikten styrket gjennom ODA art. 3 nr. 2, som sier at EFTAs overvåkingsorgan og EFTA-domstolen ved tolkningen og anvendelsen av EØS-avtalen, skal "...ta tilbørlig hensyn til de prinsipper som er fastlagt gjennom de relevante rettsavgjørelser..." som EF-domstolen har truffet etter inngåelsen av avtalen. Som nevnt i punkt 3.1 ovenfor, er lojalitetsplikten med på å styrke presumsjonsprinsippet i denne sammenheng.

Om presumsjonsprinsippet sier førstvoterende: "Gjennomslagskraften av dette prinsippet vil være avhengig av karakteren av de aktuelle folkerettslige forpliktelser og av hvilket rettsområde som den nasjonale rettsregel er knyttet til."<sup>128</sup> Videre uttaler han at "[d]en norske rettsregel vil yte liten motstand hvis det er tale om konflikt med en folkerettslig forpliktelse som gir borgerne beskyttelse mot inngrep fra det offentlige, mens motstanden vil være større der en slik forpliktelse griper inn i private rettsforhold."<sup>129</sup> I dette tilfellet er det snakk om en tvist mellom et forsikringsselskap og en skadelidt, altså et eventuelt inngrep i et privat rettsforhold. Dette taler for at presumsjonsprinsippet ikke vil få full gjennomslagskraft i denne saken. På den andre side er et forsikringsselskap i utgangspunktet en sterkere part enn en forsikringstaker. Forsikringsselskaper har offentligrettslige trekk, som for eksempel at de opererer med standardiserte vilkår. Det taler for at presumsjonsprinsippet bør få gjennomslag.

Førstvoterende ser også på hva forarbeidene til EØS-l. sier om presumsjonsprinsippet. Forarbeidene uttaler: "Presumsjonsprinsippet" om at norsk rett forutsettes å være i overensstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser, vil imidlertid som nevnt føre til at norske domstoler må forventes å utnytte alle de muligheter som anerkjente prinsipper for tolkning og anvendelse av rettsregler gir, for å unngå et folkerettsstridig resultat".<sup>130</sup> Videre sier forarbeidene at "...bare dersom Stortinget helt klart har gitt uttrykk for at en lov skal anvendes på en viss måte uten hensyn til om dette er i strid med internasjonale forpliktelser, eller dersom vedkommende lovbestemmelse ellers ville være helt uten innhold, vil norske domstoler føle seg tvunget til å anvende loven i strid med folkeretten."<sup>131</sup> Dette taler for at presumsjonsprinsippet har stor gjennomslagskraft på EØS-rettens område. Førstvoterende mener imidlertid at forarbeidenes uttalelser ikke gir et "...fullstendig uttrykk for hvilken

---

<sup>128</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1829.

<sup>129</sup> Op.cit.

<sup>130</sup> Ot.prp., s. 4.

<sup>131</sup> Op.cit.

rekkevidde dette prinsippet har.”<sup>132</sup> Han sier at løsningen av motstridsspørsmålet må bero på anvendelse av anerkjente tolkningsprinsipper.

Om dette konkrete tilfellet sier førstvoterende at presumsjonsprinsippet gjør seg gjeldende med særlig styrke, ettersom det eksisterer et lojalitetskrav og lovgiver har antatt at norsk rett var i overensstemmelse med EØS-direktivene. Likevel kommer flertallet til at ordlyden i bal. § 7 tredje ledd bokstav b setter en grense for å la presumsjonsprinsippet få gjennomslag.<sup>133</sup> Bestemmelsen lar seg ikke forstå på flere måter, og dermed vil en anvendelse av presumsjonsprinsippet ikke være et tolkningsresultat, men en tilsidesettelse av en klar lovbestemmelse. Dette vil i følge førstvoterende nærmest innebære å gi motorvogndirektivene direkte virkning og forrang, noe som er i strid med forutsetningene for inngåelsen av EØS-avtalen.<sup>134</sup> Videre viser dommer Flock til at den aktuelle lovbestemmelsen regulerer forholdet mellom private parter, noe som taler mot å la presumsjonsprinsippet få gjennomslag i dette tilfellet. I tillegg vil det kunne skape usikkerhet i rettsforholdet mellom private parter, og i forholdet mellom individ og det offentlige.<sup>135</sup> Man må som privat rettssubjekt kunne stole på at en norsk lovbestemmelse som Stortinget har forutsatt er i samsvar med EØS-retten, får anvendelse i det konkrete tilfellet.

Selv om lovgiver viste en vilje til å gjennomføre Norges folkerettslige forpliktelser ved gjennomgangen av motorvogndirektivene, mener flertallet i Høyesterett at det ikke kan være avgjørende for å gi presumsjonsprinsippet gjennomslag. Det er en lovgiveroppgave å gjennomføre direktivene i norsk rett, og dermed kan ikke domstolene tilsidesette en slik klar lovbestemmelse.<sup>136</sup> Flertallet i Høyesterett kom derfor til at bal. § 7 tredje ledd bokstav b ikke kunne tolkes slik at den samsvarte med innholdet i EØS-direktivene. Dette resultatet medførte i realiteten at Finanger måtte gå til ny rettssak mot staten for å få erstatningen hun skulle ha fått fra Storebrand dersom lovgiver hadde gjennomført direktivene korrekt.

---

<sup>132</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1831.

<sup>133</sup> Op.cit.

<sup>134</sup> Op.cit.

<sup>135</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1832.

<sup>136</sup> Op.cit.

#### 4.4 Mindretallets votum

Andrevoterende, som representant for mindretallet, konstaterer først at han er enig med førstvoterende når det gjelder forståelsen av konflikten og betydningen av EFTA-domstolens avgjørelse. Han er derimot kommet til et annet resultat når det gjelder hvordan konflikten mellom EØS-retten og norsk rett skal løses.

Først legger dommer Oftedal Broch til grunn at Stortinget ville ha endret bal. § 7 tredje ledd bokstav b dersom det hadde visst at bestemmelsen stred mot EØS-retten.<sup>137</sup> Videre mener han at denne feilen kan rettes opp av domstolenes tolkning.

Andrevoterende argumenterer for at presumsjonsprinsippet står sterkt på EØS-rettens område. Han nevner flere av EØS-avtalens virkemidler for å skape rettsenhet, blant annet fortalens formål om dette, lojalitetsplikten i EØS art. 3 og prinsippet om lik fortolkning i EØS-området i EØS art. 6 og ODA art. 3. Han påpeker at disse bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel er gjort til norsk lov gjennom EØS-l. § 1, slik at momentene som taler for et presumsjonsprinsipp med sterk gjennomslagskraft på EØS-rettens område, har trinnhøyde som lov.<sup>138</sup>

Videre viser andrevoterende til EFTA-domstolens avgjørelse i Sveinbjörnsdottir-saken<sup>139</sup>, som sier at EØS-avtalen utgjør "...en separat rettsorden, som bl.a inneholder målsettinger om lik tolkning av regelverket og likebehandling av enkeltpersoner og markedsdeltakere."<sup>140</sup> Denne uttalelsen taler for at man kan gå langt i å sørge for en lik fortolkning i EØS-området, og andrevoterende mener at EØS-l. § 1 innebærer at de ulike virkemidlene i EØS-avtalens hoveddel er lovkrav rettet til norske domstoler.<sup>141</sup>

Når andrevoterende går inn på drøftelsen av hvor langt presumsjonsprinsippet rekker, sier han først at det "...er et spørsmål om forståelse og anvendelse av norske fortolkningsregler. Det dreier seg ikke om å overføre lovgivningskompetanse til EØS-organene."<sup>142</sup> Dette utsagnet kan imøtegås. Det er fordi domstolene som rettsanvendere alltid må passe på ikke å komme i konflikt med lovgivers oppgave. Blir domstolene for rettskapende, eller bruker utvidende

---

<sup>137</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1835-36.

<sup>138</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1836.

<sup>139</sup> Case E-9/97.

<sup>140</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1837.

<sup>141</sup> Op.cit.

<sup>142</sup> Op.cit.

eller innskrenkende tolkninger i for stor grad, kan dette utfordre den maktfordelingen som eksisterer i samfunnet.

Videre går andrevoterende igjennom forarbeidene, slik førstvoterende gjorde. Han konkluderer med at EØS-avtalens formål, Norges folkerettslige forpliktelser og lovgivers uttalelser i forarbeidene "...med tyngde taler for å benytte presumsjonsprinsippet aktivt og så langt norske tolkningsprinsipper tillater for å sikre at Norge oppfyller sine forpliktelser etter EØS-avtalen."<sup>143</sup> Så langt er førstvoterende og andrevoterende enige om de grunnleggende utgangspunktene for anvendelsen av presumsjonsprinsippet på EØS-rettens område. Det de er uenige om, er om en anvendelse av presumsjonsprinsippet i dette tilfellet vil være å gå for langt.

Storebrand hevdet at presumsjonsprinsippet som hjemmel for å anvende EØS-direktivene i stedet for bal. § 7 tredje ledd bokstav b, vil innebære en overgang til monisme og en innføring av direktivers direkte virkning i norsk rett. Andrevoterende mener at disse innvendingene ikke passer i denne saken, ettersom lovgiver har ønsket å gjennomføre direktivene, men ikke fått det til.<sup>144</sup> Det er altså et spørsmål om hvor langt domstolene kan gå i å vektlegge lovgivers vilje, når denne viljen ikke medførte det ønskelige resultat. Andrevoterende hevder at dette spørsmålet må skilles fra det generelle spørsmålet om internrettslige virkninger av et ikke-gjennomført direktiv.<sup>145</sup>

Storebrand anførte at dersom presumsjonsprinsippet får gjennomslag, vil hele bal. § 7 tredje ledd bokstav b tilsidesettes for det som gjelder passasjerene. Dermed vil bestemmelsen "...være helt uten innhold...", jf. det som er sagt ovenfor i punkt 4.3 om forarbeidene. Mindretallet mener derimot at denne uttalelsen fra departementet ikke kan fungere som en absolutt grense. Det blir vist til en del rettspraksis på området, og da særlig Rt. 1997 s. 1019, Advokatkjennelsesaken. I denne saken ble en klar bestemmelse i dl. § 215 første ledd annet punktum satt til side grunnet rettssikkerhetshensyn. Bestemmelsen går ut på at den som ilegges rettergangsboter ikke trenger å ha uttalt seg på forhånd. Den gjør altså et unntak fra hovedregelen om at man skal få adgang til å uttale seg dersom man kan bli idømt en straff. Høyesterett mente at man måtte se bort fra denne bestemmelsen, og begrunnet dette med utviklingen i kravet til rettssikkerhet. Dette kravet hadde blitt styrket som følge av blant annet EMK art. 6 om at alle har krav på en rettferdig rettergang.

---

<sup>143</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1838.

<sup>144</sup> Op.cit.

<sup>145</sup> Op.cit.

Andrevoterende i Finanger tok denne dommen til inntekt for at man kan sette til side en klar lovbestemmelse. Førstvoterende mente imidlertid at faktum i Advokatkjennelsesaken skilte seg fra vår sak, og at dommen ikke kunne få noen vekt i denne sammenheng. Rt. 1997 s. 1019 handlet om å ilegge en straff, altså et inngrep i en privatpersons sfære fra det offentliges side, mens Finanger dreide seg om forholdet mellom to private parter. Det er altså to meget ulike tilfeller. I Advokatkjennelsesaken drøfter man grunnleggende rettssikkerhetshensyn, som særlig kommer inn når det er snakk om å anvende straff, som er svært inngripende. I Finangerdommen dreier det seg om erstatning som følge av EØS-direktiv. Riktignok kan man si at det å bli nektet erstatning, slik Finanger ble, kan føles nesten like inngripende som å bli idømt en straff. Det er likevel en grunnleggende formell forskjell, som taler for at presumsjonsprinsippet ikke kan strekkes like langt i dette tilfellet.

Mindretallet mener at konflikten mellom bal. § 7 tredje ledd bokstav b og EØS-direktivene må løses ved hjelp av en drøfting av tre vurderingstemaer: "...respekten for lovgiver, ønske om å hindre folkerettsbrudd og reelle hensyn, særlig til forutberegnelighet og innrettelse."<sup>146</sup> Når det gjelder respekten for lovgiver, mener andrevoterende at i dette tilfellet er det unødvendig å opprettholde den norske bestemmelsen, ettersom lovgiver ikke hadde et ønske om å la den være i strid med EØS-retten. Lovgiver trodde at bestemmelsen var i overensstemmelse med EØS-direktivene, og dermed har den ikke uttrykt en vilje til ikke å gjennomføre dem.<sup>147</sup> Respekten for lovgiver er dermed ivaretatt selv om man tilsidesetter bal. § 7 tredje ledd bokstav b.

I tillegg har Stortinget ved gjennomgangen av bal. uttrykt et ønske om å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-retten. Mindretallet mener at Stortinget ville ha endret bestemmelsen dersom det hadde blitt opplyst om konflikten med EØS-reglene. Dette må i følge andrevoterende, og sett i sammenheng med respekten for lovgiver, "...tillegges betydelig vekt...".<sup>148</sup> Han legger også vekt på at direktivene er godtatt av Norge, og mener dermed at bal. § 7 tredje ledd bokstav b må oppheves.

Det siste vurderingstemaet, altså hensynet til forutberegnelighet og innrettelse, taler mot å la EØS-direktivene få gjennomslag. Andrevoterende hevder at kompleksiteten på EØS-området gjør at det kan være vanskelig å forutberegne sin rettsstilling, noe som taler for ikke å la presumsjonsprinsippet få gjennomslag. Han mener likevel at forutberegnelighetshensynet ikke

---

<sup>146</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1839.

<sup>147</sup> Op.cit.

<sup>148</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1839-40.



må overdrives, ettersom EØS-retten vil bli mer integrert i den interne retten, og den juridiske litteratur vil omtale de usikre momentene. Gjennom en slik integrering av EØS-retten vil både forutberegnelighetshensynet og innrettelseshensynet bli bedre ivaretatt, ettersom usikkerhetsmomentene blir tilgjengelige for folk som følgelig kan innrette seg bedre. Hensynene er i følge andrevoterende viktige, men likevel kommer han til at de ikke kan få avgjørende vekt i denne saken. Konklusjonen blir følgelig at bal. § 7 tredje ledd bokstav b må tilsidesettes slik at EØS-retten får anvendelse.

## 4.5 Oppsummering

Hovedforskjellen på flertallet og mindretallet går ut på hvor langt de er villige til å strekke presumsjonsprinsippet for å unngå konflikt med EØS-retten. Flertallet mener at presumsjonsprinsippet ikke kan få gjennomslag der en lovbestemmelse er så klar at den ikke kan forstås på andre måter, slik at en anvendelse av tolkningsprinsippet i realiteten vil innebære å sette til side en regel og la EØS-regelen få direkte virkning og forrang i norsk rett. Mindretallet mener at spørsmålet ikke dreier seg om å gi et EØS-direktiv direkte virkning, men om hvor langt man kan gå uten å krenke lovgivers respekt. De ulike syn på maktfordelingen og oppgavefordelingen mellom domstoler og lovgiver kan ha vært hovedgrunnen til dissensen.

Resultatet av Finangersaken ble at bal. § 7 ble endret. Dens fjerde ledd bokstav b sier nå: "Skadeliden vognfører som kørde den vogn som gjorde skaden, kan ikkje få skadebot utan at særlege grunnar er for det dersom han visste eller måtte vita at...b) han var påverka av alkohol...". Det er altså samme regel for føreren, men lovgiver har fjernet det som gjaldt passasjerene, slik at bestemmelsen er i overensstemmelse med EØS-direktivene.

## **5 En sammenligning av prinsippet om direktivers direkte virkning og presumsjonsprinsippet**

### **5.1 Generell sammenligning med utgangspunkt i Finangerdommens anvendelse av presumsjonsprinsippet**

Det er viktig å understreke at utgangspunktet for en sammenligning er at prinsippene hører til to forskjellige, separate rettssystem. EU er et eget rettssystem med en egen lovgivningsprosess og en egen domstol. Norge er ikke medlem, og hører derfor ikke til i dette rettssystemet. Norge er derimot part i EØS-avtalen, som oppretter en nær forbindelse til EU. Den relevante EF-retten som gjaldt på avtaletidspunktet, er gjennomført i norsk rett, og vi har forpliktet oss til å gjennomføre den EF-retten som utvikles og som hører inn under EØS-avtalen. Norge har imidlertid en reservasjons- eller vetorett i forhold til disse rettsaktene. Denne retten har riktignok aldri blitt brukt, men muligheten er der. Muligheten er dog begrenset av den politiske uvilje til åpent å bryte folkerettslige forpliktelser. Dette gjelder særlig i forhold til forpliktelsene etter EØS-avtalen, ettersom EU i tilfelle av reservasjon har muligheten til å si opp den del av avtalen som Norge nekter å godta. Levedyktigheten til EØS-avtalen er nok betinget av at vetoretten forblir ubrukt, og dermed er tilknytningen til EF-retten sterkere enn EØS-avtalens regler tilsier. Like fullt er det snakk om to separate rettssystem, som gjør at EF-retten i utgangspunktet ikke er del av den norske retten, slik den for eksempel er i et EU-land som Danmark.

Presumsjonsprinsippet i norsk rett er et tolkningsprinsipp. Det får betydning for rettsanvenderes, særlig domstolenes, tolkning av lovbestemmelser som gjelder på et område som også EØS-direktiv regulerer. EF-rettens prinsipp om direktivers direkte virkning kommer til anvendelse når det fins et direktiv som ikke er gjennomført eller er feil gjennomført i et medlemsland. Prinsippet utgjør et rettslig grunnlag for en rettsfølge i disse situasjonene. Dersom EF-domstolen finner at de ulike vilkårene er oppfylt, får direktivet anvendelse. Hvis det foreligger motstrid med andre lovbestemmelser i det aktuelle medlemslandet, får det også forrang. De norske domstolene anvender derimot presumsjonsprinsippet som en del av flere elementer i tolkningsprosessen, og det gir ikke uttrykk for en rettsregel som får samme virkning i alle tilfeller, slik som EF-rettens prinsipp gjør. De rettslige egenskapene til prinsippene er dermed ulike.

Selv om denne forskjellen eksisterer, trenger ikke anvendelsen av prinsippene medføre så ulike resultater. Dersom for eksempel en norsk lovbestemmelse ikke skiller seg i særlig stor grad fra et EØS-direktiv, kan virkningen bli at presumsjonsprinsippet får gjennomslag og dermed at direktivet får anvendelse gjennom en utvidende eller innskrenkende tolkning av lovbestemmelsen. I Finangerdommen fikk riktignok bal. § 7 tredje ledd bokstav b anvendelse, slik at Storebrand ble frifunnet for det erstatningskrav som Finanger fremmet i henhold til bal. § 4. Selv om bestemmelsen i bal. stred mot motorvogndirektivene, mente flertallet at den måtte få anvendelse. Flertallet begrunnet det med at å la EØS-direktivene få virkning, ville være å strekke presumsjonsprinsippet og dermed domstolenes rolle for langt. Flertallet mente at det å gjennomføre EØS-direktiv måtte være lovgivers oppgave, og ikke domstolenes. I tillegg mente førstvoterende at en tilsidesettelse av bal. § 7 tredje ledd bokstav b nærmest ville innebære å gi direktivene direkte virkning og forrang.

Høyesteretts uttalelser innebærer at det skal være en forskjell på de to prinsippene. Prinsippet om direktivers direkte virkning er EF-rettslig, og Høyesterett vil ikke oppstille et tilsvarende prinsipp i norsk rett. EØS art. 7 forutsetter at verken forordninger eller direktiver skal ha direkte virkning i den interne retten til EØS-land. Det fremgår av bestemmelsen at begge rettsaktene må gjennomføres, forskjellen ligger i måten dette skal gjøres på. Det er altså ikke holdepunkter i EØS-avtalen for at EF-rettsakter skal kunne ha direkte virkning i den interne retten i EFTA-land. Dette fremgår også av EFTA-domstolens avgjørelse i Fürstliches Landgericht, jf. ovenfor i punkt 3.1. Høyesterett bekreftet dette i Finangerdommen, og bekreftet samtidig også at Norge har et dualistisk system, i hvert fall i forhold til EØS-retten. Likevel innebar Finangerdommen at presumsjonsprinsippet fikk en sterk stilling på EØS-rettens område, selv om det ikke fikk gjennomslag i akkurat dette tilfellet.

En annen grunn til at det ikke eksisterer et prinsipp om direktivers direkte virkning i Norge, kan være forskjellen mellom EFT og EØS-avtalen. Det er på det rene at EFT er en folkerettslig avtale som utgjør et eget rettssystem. Det fins egne selvstendige institusjoner som skal ta vare på fellesskapets interesser, blant annet en egen domstol og institusjoner med lovgivningsmyndighet. EØS-avtalen utgjør også et eget rettssystem. EFTA-domstolen uttalte i Sveinbjörnsdottirsaken at EØS-avtalen "...is an international treaty *sui generis* which contains a distinct legal order of its own."<sup>149</sup> EØS-avtalen går imidlertid ikke like langt som EFT. Den har ikke et like stort institusjonelt apparat med egne lovgivningsorganer som kan

---

<sup>149</sup> Case E-9/97, avsnitt 59.

foreslå ny lovgivning på eget initiativ. I tillegg går integreringen av EF-retten lengre i henhold til EFT. Dette fremgår av Sveinbjörnsdottirsaken: ”The depth of integration of the EEA Agreement is less far-reaching than under the EC Treaty, but the scope and objective of the EEA Agreement goes beyond what is usual for an agreement under public international law.”<sup>150</sup> Ettersom integrasjonshensynet ikke er like dyptgående i henhold til EØS-avtalen, er det naturlig at presumsjonsprinsippet ikke kan strekkes så langt at det nærmest vil innebære en innføring av prinsippet om direktivers direkte virkning.

Presumsjonsprinsippet får i henhold til flertallets votum ikke gjennomslag overfor en klar internrettslig lovbestemmelse som ikke gir rom for tolkningsalternativer. Dette vil ikke gjelde i EU-medlemsland. Flertallet i Finangerdommen legger stor vekt på at det er lovgiver som skal gjennomføre EØS-retten, og vil ikke tilside sette en klar lovbestemmelse med mindre det er veldig gode grunner for det, som i for eksempel Advokatkjennelsesaken<sup>151</sup>, jf. ovenfor i punkt 4.4. EF-domstolen legger større vekt på effektivitetshensyn og integrasjonshensyn, og mener at det er urimelig at et ikke-gjennomført direktiv skal medføre tap for en privatperson.

En grunn til denne forskjellen kan være at nasjonale domstoler og EF-domstolen har sin lojalitet til ulike ”myndigheter”. Norske domstoler vil i henhold til maktfordelingsprinsippet føle seg forpliktet til å oppfylle sin rolle som rettsanvender, og ikke lovgiver. Det gjelder en tilsvarende kompetansedeling mellom Kommisjonen som utøvende, Rådet og Parlamentet som lovgivende og EF-domstolen som dømmende myndighet. EF-domstolen har dermed lojalitet til fellesskapsretten og de lovgivende organer i EU, ikke til den nasjonale lovgiver. Selv om EF-domstolens dommere er påvirket av sitt lands rettstradisjoner, er den av enkelte regnet som ”...one of the most”European-minded” institutions in the Community.”<sup>152</sup> Det er således naturlig at EF-domstolen ikke vektlegger hensynet til den nasjonale lovgiver når den skal anvende prinsippet om direktivers direkte virkning. EF-domstolen fortolker traktaten med et bakteppe av blant annet lojalitetsprinsippet og integrasjonshensynet. Disse hensynene gjelder også for Høyesterett når den står overfor EØS-rettslige problemstillinger, men ikke i like stor grad som for EF-domstolen. Forskjellene i forhold til hvor de ulike domstolene har sin lojalitet kan forklare hvorfor et EFTA-land som Norge endte opp med ikke å tilside sette en klar lovbestemmelse til fordel for feil gjennomførte EØS-direktiv. Flertallets synspunkt på maktfordelingsprinsippet kan i det minste tyde på det.

---

<sup>150</sup> Op.cit.

<sup>151</sup> Rt. 1997 s. 1019.

<sup>152</sup> Hartley, s. 52.

Det fins imidlertid noen likheter mellom prinsippene. Begge er utslag av lojalitetsprinsippet. Det innebærer at statene lojalt skal følge traktatene, selvfølgelig inkludert EFT og EØS-avtalen. I tillegg er både prinsippet om direktivers direkte virkning og presumsjonsprinsippet begrunnet med integrasjonshensynet. Ønsket om å integrere EF-retten i den interne retten gjør at EF-domstolen ofte tolker for eksempel traktatbestemmelser utvidende. I denne sammenheng er integrasjonshensynet en viktig bakgrunn for EF-domstolens utvikling av prinsippet om direktivers direkte virkning. Hensynet er også et fremtredende argument for at presumsjonsprinsippet skal ha stor rekkevidde på EØS-rettens område. Integrasjonshensynet er imidlertid tydeligere i EF-retten enn i EØS-retten, jf. ovenfor om Sveinbjørnsdottirsaken. Videre er prinsippene begrunnet ut fra effektivitetshensyn. Man søker å la EØS-retten og EF-retten få gjennomslag i den interne retten, uavhengig av om myndighetene har rukket å gjennomføre den innen gjennomføringsfristen, eventuelt gjennomført den feil.

## **5.2 En mer spesifikk sammenligning med fokus på Høyesteretts argumentasjon i Finangersaken**

Mindretallet i Finanger mente at presumsjonsprinsippet skulle medføre en tilsidesettelse av bal. § 7 tredje ledd bokstav b for det som gjaldt passasjerer til fordel for motorvogndirektivene. Det kan hevdes at dette er det samme som å gi direktivene direkte virkning, ettersom lovbestemmelsen var klar og ikke åpnet for tolkningsalternativer. Mindretallets anvendelse av presumsjonsprinsippet ville medføre at lovbestemmelsen nærmest ble uten innhold. Det eneste som ville gjenstå av regelen var det som gjaldt for føreren av bilen. Den del av lovbestemmelsen som gjaldt passasjerene ville bli helt uten innhold. Dette taler for at mindretallet var nær ved å innføre et prinsipp om direktivers direkte virkning, eller i det minste et presumsjonsprinsipp som, i tillegg til å være et tolkningsprinsipp, kunne være et kollisjonsprinsipp.

Andrevoterende mente at en tilsidesettelse av bestemmelsen ikke ville innebære å gi motorvogndirektivene direkte virkning og forrang, og forankret det i et presumsjonsprinsipp med stor gjennomslagskraft. Han hevdet at problemstillingen gikk ut på hvor langt

domstolene kan strekke presumsjonsprinsippet ut fra anerkjente fortolkningsregler, ikke et spørsmål om "...å overføre lovgivningskompetanse til EØS-organene."<sup>153</sup> Selv om andrevoterende kalte det "...forståelse og anvendelse av norske fortolkningsregler...", kommer man ikke unna at realiteten i dette tilfellet var at man tilsidesatte en klar lovbestemmelse til fordel for et uriktig gjennomført EØS-direktiv.<sup>154</sup> Det kan altså hevdes at det reelt sett er et spørsmål om overføring av lovgivningskompetanse til EF-organene, slik som flertallet mente.<sup>155</sup> Dermed vil presumsjonsprinsippet etter mindretallets målestokk ikke være så forskjellig fra EF-rettens prinsipp om direktivers direkte virkning.

Hovedargumentet for at mindretallet kom fram til dette resultatet, var at en tilsidesettelse av bestemmelsen ikke ville innebære manglende respekt for lovgiver. Andrevoterende forutsatte, og med rimelig grunn, at Stortinget ville ha endret bestemmelsen dersom det hadde visst om konflikten med EØS-retten. En tilsidesettelse av bal. § 7 tredje ledd bokstav b ville derfor ikke være like inngripende i maktfordelingen mellom domstol og lovgiver. Mindretallet mente at domstolen kunne ta på seg oppgaven med å løse et motstridstilfelle dersom dette ikke innebar en mangel på respekt for lovgiver. Flertallet mente imidlertid at dette var lovgivers oppgave og at domstolene ikke kunne løse en konflikt basert på hypoteser. Det kan diskuteres hvem av flertallet og mindretallet som yter lovgiver mest respekt. Ved første øyekast kan det virke som om det er flertallet, ettersom det vektlegger maktfordelingen og dermed oppgavefordelingen mellom lovgiver og den dømmende makt. Mindretallet gjør imidlertid en nøye vurdering av hva Stortinget ville ha gjort dersom det hadde blitt informert om motstriden med motorvogn direktivene, og har gode holdepunkter for sin hypotese. Det er derfor ikke nødvendigvis slik at flertallet respekterer lovgiver mer enn mindretallet gjør.

Hensynet til respekten for lovgiver, som andrevoterende tillegger betydelig vekt, utgjør en vesensforskjell mellom EF-rettens prinsipp og mindretallets anvendelse av presumsjonsprinsippet. EF-domstolen la ikke vekt på slike hensyn i sin utvikling av prinsippet om direktivers direkte virkning, jf. punkt 5.1 ovenfor. Det er sannsynlig at mindretallet ikke ville ha kommet til samme resultat dersom Stortinget uttrykkelig hadde sagt at bestemmelsen skulle opprettholdes selv om den ville være i strid med EØS-direktivene. Det er riktignok ikke særlig sannsynlig at Stortinget ville ha uttalt noe sånt, ettersom det vil være svært uheldig for EØS-samarbeidet. En mulig situasjon kan være at Stortinget ikke har vurdert et direktiv i det

---

<sup>153</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1837.

<sup>154</sup> Op.cit.

<sup>155</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1831.

hele tatt. Da har domstolene mindre holdepunkter for å si hva lovgiver kommer til å gjøre, selv om man nesten alltid vil kunne presumere at Stortinget overholder lojalitetsplikten og de folkerettslige forpliktelser som følger av EØS-avtalen. I forarbeidene til EØS-l. ble forholdet mellom domstolenes anvendelse av presumsjonsprinsippet og Stortingets forutsetninger for en bestemt lov tatt opp, jf. sitatet fra forarbeidene i punkt 4.3 på side 36 ovenfor. Det innebærer at andrevoterende har gode holdepunkter for sin forutsetning om at Stortinget ville ha endret bestemmelsen om det hadde blitt informert om motstriden.

Det fins et eksempel på en bevisst motstrid mellom norsk rett og folkerett i Rt. 1997 s. 580 (OFS-dommen). Saken gikk ut på at Oljearbeidernes Fellessammenslutning (OFS) hadde gått til streik på grunn av uenighet etter mislykkete forhandlinger om en ny tariffavtale med NHO. Regjeringen kom da med en provisorisk anordning med streike- og blokadeforbud. Den var begrunnet med tungtveiende samfunnsmessige hensyn, blant annet fordi en slik arbeidsnedleggelse ville innebære store økonomiske tap for staten. Regjeringen hadde sagt uttrykkelig at den provisoriske anordningen skulle gjelde uansett om den var i strid med folkeretten. Høyesterett la dermed norsk rett til grunn, og fant den provisoriske anordningen gyldig. Selv om dette tilfellet er et eksempel på at myndighetene uttrykkelig vil opprettholde en bestemmelse uansett om den er i strid med folkeretten, er det nok lite sannsynlig at det kommer til å skje i forhold til en EØS-rettslig forpliktelse. Den politiske vilje til å opprettholde EØS-samarbeidet og trusselen om en eventuell oppsigelse av avtalen, begrenser en slik mulighet, selv om forarbeidene til EØS-l. åpnet for det, jf. avsnittet ovenfor.

Respekten for lovgiver og dens ønske om å hindre folkerettsbrudd er uansett en viktig del av begrunnelsen for at mindretallet kom fram til sitt resultat, og hvorfor man kan hevde at de ikke direkte gikk inn for et prinsipp om direktivers direkte virkning.

Andrevoterende i Finanger påpekte at EØS-avtalens hoveddel er gjort til norsk lov gjennom EØS-l. § 1, og at lojalitetsprinsippet og integrasjonshensynet følgelig har lovs rang og derfor må få vekt deretter. Flertallet nevnte også dette, og mente at lojalitetsplikten tilsa at presumsjonsprinsippet måtte ha stor gjennomslagskraft på EØS-rettens område. Førstvoterende mente imidlertid at denne plikten ikke gikk så langt at norske domstoler måtte tilsidesette en klar lovbestemmelse, og dermed utøve en manglende respekt for lovgivers oppgave. Mindretallet uttalte at en slik tilsidesettelse ikke ville være respektløst overfor lovgiver, og mente derfor at lojalitetsplikten kunne gå så langt. Det er således en sammenheng mellom lojalitetsplikten og hensynet til lovgiver. For å avgjøre hvilket hensyn som skal få

gjennomslag, må domstolene gjøre en avveining. I denne avveiningen var det altså en gradforskjell mellom mindretallet og flertallet, som kom av at de hadde ulike syn på hvor langt det var forsvarlig å gå ut fra reglene om maktfordelingen.

Selv om mindretallet i realiteten kom til et resultat som ville medføre at det norske presumsjonsprinsippet ikke ville skille seg i stor grad fra prinsippet om direktivers direkte virkning, er det forskjell på utgangspunktet for argumentasjonen og hvilke hensyn som vektlegges. Dette kommer av at EF-domstolen og Høyesterett er to domstoler fra to ulike rettssystemer, som nevnt i punkt 5.1 ovenfor.

Denne vesensforskjellen mellom EF-domstolen og Høyesterett kan forklare hvorfor mindretallet kunne komme til en løsning som nærmest ville tilsvare direktivers horisontale direkte virkning. EF-domstolen har uttalt at et direktiv som ikke er gjennomført, ikke kan pålegge en privat part plikter, jf. punkt 2.3.2 ovenfor. Flertallets standpunkt strider derfor i utgangspunktet ikke mot EF-retten, ettersom EF-domstolen ikke "...krever at entydige nasjonale lovbestemmelser som regulerer forholdet mellom private, skal settes til side."<sup>156</sup>

Dersom mindretallet hadde fått flertall, ville resultatet i Finangersaken ha blitt at Storebrand måtte betale erstatning til Finanger. Det ville innebære at motorvogndirektivene var grunnlaget for en erstatningsplikt som ble pålagt et privat rettssubjekt.

Selv om EF-domstolen ikke uttrykkelig har sagt at direktiver kan ha horisontal direkte virkning, har den i mange tilfeller gitt et direktiv rettsvirkninger mellom private, jf. punkt 2.3.3 ovenfor. Og i Mangoldsaken ble en privat part pålagt en plikt med grunnlag i et generelt prinsipp som var uttrykt i et direktiv. EF-domstolen har imidlertid ikke oppstilt en lære om at et ikke-gjennomført direktiv kan være det primære grunnlag for å pålegge et privat rettssubjekt en plikt. Mindretallet har heller ikke gjort det, men har anvendt presumsjonsprinsippet på en slik måte at det nærmest vil tilsvare å gi direktivene horisontal direkte virkning. Flertallet uttalte at mindretallets løsning "...også synes å gå lenger i retning av direktivkonform fortolkning enn det som kreves etter EU-retten ved motstrid mellom nasjonal rett og direktiver...".<sup>157</sup>

Det kan således, iallfall i henhold til førstvoterendes uttalelse, virke som om at mindretallet strekker presumsjonsprinsippet lenger enn det som er nødvendig i henhold til

---

<sup>156</sup> Frode Veggeland, "EØS, folkerett og maktfordeling: Høyesteretts dom i Finanger-saken", *Norsk statsvitenskapelig tidsskrift*, nr. 4 2002 s. 328–355 på s. 343.

<sup>157</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1831-1832.



lojalitetsprinsippet etter EØS-avtalen. Lojalitetsplikten og integrasjonshensynet går lenger i EF-retten enn etter EØS-avtalen, men mindretallets løsning kan tyde på at så ikke er tilfelle. Forklaringen på dette kan ligge i mindretallets utgangspunkt for drøftelsen. Andrevoterende mente at spørsmålet i saken ikke gikk ut på om man skulle overføre lovgivningsmyndighet til EF-organene, men om hvor langt presumsjonsprinsippet kunne strekkes ut fra norske fortolkningsregler, jf. ovenfor i punkt 4.4. Ettersom mindretallet la stor vekt på at respekten for lovgiver ikke var brutt, kan resultatet derfor forsvares ut fra maktfordelingsprinsippet.

Et annet poeng er at Storebrand ikke er et ”vanlig” privat rettssubjekt. Forsikringsselskapet har, som nevnt i punkt 4.3 ovenfor, offentligrettslige trekk. Dette blir også lagt vekt på i EF-domstolen, jf. for eksempel Foster v. British Gas, se punkt 2.3.2 ovenfor. Noen ganger har EF-domstolen tolket staten utvidende, slik at det har blitt statuert vertikal direkte virkning i stedet for horisontal direkte virkning. Storebrand kan tenkes å oppfylle noen av vilkårene i EF-domstolens test i Foster v. British Gas. Et forsikringsselskap anvender standardiserte vilkår, som kan ligne på lovgivningsvirksomhet. I tillegg er forsikringsselskapers virksomhet lovregulert, jf. for eksempel forsikringsavtaleloven<sup>158</sup>, fal. Regjeringen kan føre en viss kontroll med forsikringsselskaper, jf. for eksempel fal. § 2-3. Man kan imidlertid ikke si at Storebrand innehar noen spesiell kompetanse som gjør at det skiller seg fra andre kommersielle selskap. Man kan heller ikke si at det tilbyr offentlige tjenester. Høyesterett foretok ikke denne testen. Det er derfor ikke nødvendig å komme med en konklusjon på om Storebrand må identifiseres med staten eller ikke. Det kan imidlertid tenkes at det ville ha blitt ansett som et privat rettssubjekt. Det er uansett grunn til å påpeke at Storebrand på grunn av disse forhold, er en sterkere part enn Finanger, noe som er et argument for at mindretallet ikke gikk for langt.

Forutberegnelighetshensynet og hensynet til innrettelse talte mot å la presumsjonsprinsippet få gjennomslag i dette tilfellet. Flertallet la vekt på at ”...en slik anvendelse av presumsjonsprinsippet som A gjør gjeldende, vil kunne skape generell usikkerhet om hva som gjelder i rettsforhold mellom private rettssubjekter og det offentlige, og i rettsforhold mellom to private parter”.<sup>159</sup> Mindretallet så at dette hensynet var relevant og et klart motargument mot å la presumsjonsprinsippet få gjennomslag, men tilla det likevel ikke avgjørende vekt, jf. ovenfor i punkt 4.4. Et argument som er fremmet i teorien, er at forutberegnelighetshensynet

---

<sup>158</sup> Lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler.

<sup>159</sup> Rt. 2000 s. 1811 på s. 1832.

ikke skal ha like stor vekt på motorvognforsikringsrettens område.<sup>160</sup> Artikkelforfatteren begrunner dette med at "...privatrettslige forsikringsselskaper langt på vei utgjør en "offentligrettslig" brikke i vårt sosial og trygdesystem...".<sup>161</sup> Han mener at siden Storebrand måtte regnes som "offentligrettslig", burde ikke flertallet ha lagt så stor vekt på forutberegnelighetshensynet i denne saken. Mindretallet nevnte ikke dette som begrunnelse for sitt resultat, så man kan ikke spekulere i om det lå bak deres tankegang. Det kan imidlertid brukes som et argument for at forutberegnelighetshensynet ikke burde tillegges så stor vekt som flertallet ga uttrykk for, jf. punkt 4.3 ovenfor.

På den andre side er det snakk om en klar og presis lovbestemmelse. Det taler alltid for å tillegge forutberegnelighetshensynet større vekt. I forarbeidene til bilansvarsloven fremgår det at departementet har vurdert forholdet til motorvogn direktivene, og kommet til at bal. § 7 tredje ledd bokstav b ikke stred mot disse.<sup>162</sup> I slike tilfeller må folk kunne innrette seg etter hva lovgiver har vurdert.

Hensynet til forutberegnelighet og innrettelse har også vært en del av EF-domstolens begrunnelse for ikke å innføre en horisontal direkte virkning av direktiver. I Marshallsaken viste EF-domstolen til ordlyden i EFT art. 249 tredje ledd, jf. ovenfor i punkt 2.3.2. Privatpersoner må kunne forholde seg til nasjonale regler og stole på at EF-rettsakter som ikke har blitt gjennomført i den nasjonale retten, ikke kan pålegge dem plikter. Det må være opp til myndighetene å sørge for å oppfylle de folkerettslige forpliktelser, jf. EFT art. 249, tredje ledd om at et direktiv skal være bindende "for alle de medlemsstater det er rettet til". EF-domstolen har imidlertid ikke alltid vektlagt dette hensynet. I de sakene hvor domstolen har latt et ikke-gjennomført direktiv få rettsvirkninger mellom private parter, har dette hensynet ikke vært avgjørende, jf. ovenfor i punkt 2.3.3. I Mangoldsaken, som er den saken som går lengst i retning av å gi et direktiv horisontal direkte virkning, blir dette hensynet ikke tatt opp. Heller ikke i de sakene der EF-domstolen har latt traktatbestemmelser få horisontal direkte virkning, har forutberegnelighetshensynet fått avgjørende vekt.

Et poeng i denne sammenheng er at EU-borgeres forhold til forutberegnelighet er annerledes enn norske borgeres forhold til det. EU-borgere hører til to rettssystemer, som innebærer at de må ta hensyn til både nasjonal rett og EF-rett når de skal forutberegne sin rettsstilling. Selv

---

<sup>160</sup> Espen Skjerven, "Bilansvarsloven § 7 og EØS-rett: noen kommentarer etter Finanger-saken", *Lov og rett*, nr. 6 2001 s. 364–375.

<sup>161</sup> Skjerven, s. 374.

<sup>162</sup> Ot.prp. nr. 72 (1991 – 1992) s. 77.

om vi er med i EØS-avtalen, er norske borgere ikke tilhørere av rettssystemet som EFT utgjør. Dermed må norske borgere kunne nøye seg med å forholde seg til norske lover, ettersom det er myndighetene som har ansvar for å gjennomføre EØS-reglene i vårt rettssystem. Dette tilsier også at dersom man innretter seg etter EØS-retten i stedet for norske lovbestemmelser, vil ikke forutberegnelighetshensynet kunne få like stor vekt. Hensynet gjelder riktignok i forhold til alle rettskilder. Finangers behov for forutberegnelighet med hensyn til det å innrette seg etter presumsjonsprinsippet og EØS-direktivene taler derfor for mindretallets løsning. På den andre side må hensynet få større vekt der det fins en klar lovbestemmelse, som taler for flertallets løsning.

## 6 Avslutning

### 6.1 Oppsummering

EF-rettens prinsipp om direktivers direkte virkning innebærer at dersom et direktivs målsetting ikke har blitt gjennomført i den nasjonale retten, kan det likevel få rettsvirkning hvis enkelte vilkår er oppfylt. Dette prinsippet har blitt utviklet av EF-domstolen, begrunnet med et dyptgående integrasjonshensyn, en utstrakt lojalitetsplikt og effektivitetshensyn. I tillegg er dette prinsippet begrunnet med hensynet til den private part, og at en stats manglende gjennomføring av et direktiv som gir en privatperson rettigheter, ikke skal gå utover privatpersonen. Videre kan ikke privatpersoner bli pålagt plikter av et ikke-gjennomført direktiv, jf. læren om at et direktiv ikke kan ha horisontal direkte virkning, se punkt 2.3.2 ovenfor. Man ser imidlertid at EF-domstolens avgjørelser har medført at ikke-gjennomførte direktiver kan få negative virkninger overfor privatpersoner. Selv om domstolen til nå ikke har konstatert horisontal direkte virkning, fikk et direktiv indirekte en slik virkning i Mangoldsaken, jf. punkt 2.3.3 ovenfor. I tillegg har EF-domstolen i noen tilfeller tolket staten utvidende slik at en del rettssubjekter har blitt regnet som en del av staten. Dermed kunne EF-domstolen statuere vertikal direkte virkning av et ikke-gjennomført direktiv, i stedet for horisontal direkte virkning.

Presumsjonsprinsippet på EØS-rettens område, som har sitt grunnlag i norsk rett som et separat rettssystem, går i hovedsak ut på at norsk rett skal presumeres å være i samsvar med EØS-retten. Prinsippet gjennomslag går så langt at norske domstoler skal bruke alle anerkjente tolkningsmidler for å få norsk rett i samsvar med EØS-retten, men ikke så langt at man må tilsidesette en klar lovbestemmelse som ikke åpner for tolkningsalternativer, jf. flertallets syn i Finangerdommen. De fem høyesterettsdommerne som utgjorde mindretallet mente imidlertid at presumsjonsprinsippet måtte få gjennomslag slik at den norske lovbestemmelsen skulle bli satt til side til fordel for EØS-direktivene. At fem høyesterettsdommere tok dette standpunktet, har stor vekt i norsk rett, selv om de resterende ti dommerne kom til motsatt resultat. Dommen har også vært diskutert i etterkant, og en del teoretikere er enige med mindretallet. Man kan ikke se bort fra at mindretallets syn får gjennomslag i fremtiden.

## 6.2 Noen rettspolitiske refleksjoner

Det kan vurderes om mindretallets syn i Finangersaken bør få gjennomslag i fremtidige saker eller om flertallets standpunkt var det mest tjenlige.

Uenigheten mellom mindretallet og flertallet hadde først og fremst sin bakgrunn i synet på maktfordelingen eller oppgavefordelingen mellom lovgiver og domstoler.

Maktfordelingsprinsippet er en av grunnsteinene i vårt demokratiske samfunn. Domstolene skal være uavhengig som dømmende makt, og den resterende makten skal fordeles mellom en lovgivende makt og en utøvende makt. Det er imidlertid ikke skarpe grenser. Regjeringen står i mange tilfeller for regelskaping, gjennom utarbeiding av forskrifter og en sporadisk bruk av provisoriske anordninger. Domstolene tolker i noen tilfeller lovbestemmelser utvidende eller innskrenkende, og av og til driver de en rettsskapende virksomhet gjennom å oppstille nye rettsregler ved bruk av blant annet reelle hensyn.

Selv om maktfordelingen ikke har helt skarpe grenser, er likevel utgangspunktet at Stortinget er lovgiver, og at det har hovedansvaret for å gjennomføre eventuelle EØS-direktiv. Når mindretallet ville gi presumsjonsprinsippet gjennomslag overfor en klar norsk lovbestemmelse, tyder det på at disse fem dommerne mente at domstolene kunne ta på seg en rolle som blir tilnærmet en lovgiverrolle. Mindretallets løsning innebar iallfall at domstolene må påta seg et større ansvar for å avgjøre om norsk rett oppfyller forpliktelsene etter EØS-retten, og i tillegg vurdere hva lovgiver har ment da den vurderte situasjonen i norsk rett opp mot de nye EF-rettsaktene.<sup>163</sup> Selv om mindretallet i denne saken hadde gode holdepunkter for å forutsette hva Stortinget ønsket og ville ha gjort, åpner det for at domstolene må gjøre en vurdering på grunnlag av en hypotetisk lovgivervilje. Flertallet mente at dette var å gå for langt ut fra både maktfordelingsprinsippet og suverenitetsprinsippet. Stortinget er Norges lovgiver, ikke domstolene eller EF-organene. Flertallet mente at dersom domstolene tillater at et EØS-direktiv skal få gjennomslag til fordel for en klar lovbestemmelse, vil det innebære at EF-organene som produserer direktivene, får en lovgivningskompetanse som Norge ikke har godtatt gjennom inngåelsen av EØS-avtalen. Jeg er enig med flertallet når det gjelder vurderingen av hvor langt domstolene bør gå i denne sammenheng. Eckhoff har også uttrykt at dersom man i for stor grad åpner for at domstolene kan tilsidesette Stortingets lover, kan

---

<sup>163</sup> Veggeland, s. 343.

det føre til at domstolene ”...får en politisk myndighet som Grunnloven ikke tildeler dem...”<sup>164</sup>

Dersom man ser på de faktiske forhold i saken, og bort fra Grunnlovens begrensninger av domstolenes adgang til å tilside sette en lov til fordel for et EØS-direktiv, kan man forstå rimeligheten i mindretallets resultat. Flertallets syn innebar at Finanger ikke fikk erstatning fra Storebrand, noe hun egentlig skulle ha hatt dersom motorvogn direktivene hadde blitt gjennomført på en korrekt måte. Det kan synes urimelig at lovgivers feil skal gå utover henne, i sær når lovgiver har uttalt et ønske om å overholde forpliktelsene som fulgte av direktivene. Som jeg gjorde rede for i punkt 4.5, måtte Finanger i etterkant gå til sak mot staten for å få den erstatning hun hadde krav på. Også denne saken endte i Høyesterett, altså måtte hun gjennom mange runder i retten før hun fikk det hun hadde krav på. Situasjonen gjør at man vil godta mindretallets løsning, som virker mer rimelig i dette tilfellet.

På den andre side er dette en plenumsdom som skal avgjøre presumsjonsprinsippets gjennomslag på EØS-rettens område. Dersom man da ser på hva som er rimelig i det konkrete tilfellet, kan det få uheldige konsekvenser for framtiden. Mindretallets resultat innebærer at oppgavefordelingen, og dermed maktfordelingen, blir forflyttet, slik at domstolene får en lovgiverrolle det ikke skal ha i henhold til Grunnloven. Demokratihensyn taler også for at flertallets syn var mest hensiktsmessig.

Når det gjelder vektleggingen av reelle hensyn som forutberegnelighet og innrettelse, mener jeg at flertallets syn har mye for seg. Det er ikke bra at det skapes for mye usikkerhet for privatpersoner, selv om hensynene i dette tilfellet vil være til fordel for den sterkere part i saken, Storebrand. Dette tilfellet dreide seg om en klar lovbestemmelse, og da bør forutberegnelighetshensynet få stor vekt, jf. ovenfor i punkt 5.2.

Skjerven er enig i mindretallets resultat. Han mener for det første at flertallet tiller forutberegnelighetshensynet for stor vekt. I tillegg mener han at lovgiver viljen er tilstrekkelig klar til at Høyesterett burde ha lagt avgjørende vekt på den, slik mindretallet gjorde.<sup>165</sup> Videre hevder han at forarbeidenes uttalelser måtte ses på som ”...en forenklet veiledning til domstolene...”<sup>166</sup> Han mener også at bal. § 7 tredje ledd bokstav b ikke ville bli helt uten innhold, ettersom bestemmelsen fortsatt kunne anvendes overfor føreren av bilen. Veggeland

---

<sup>164</sup> Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan Helgesen, Oslo 2001, s. 327.

<sup>165</sup> Skjerven, s. 374.

<sup>166</sup> Op.cit.

fremmer i sin artikkel det motsatte syn. Han mener at flertallets argumentasjon har mest for seg. Begrunnelsen for dette er EØS-avtalens folkerettslige status og hensynet til maktfordelingsprinsippet og suverenitetsprinsippet.<sup>167</sup>

Det har altså vært ulike meninger om Finangerdommen, og hva som var den mest hensiktsmessige løsningen. Ulike standpunkter her kan komme av flere ting. Hvordan man ser på Norges forhold til EU kan være en faktor som påvirker hva man tenker om presumsjonsprinsippet gjennomslagskraft. Dersom man er for EU-medlemskap og positiv til en dyptgående integrering av EF-retten, vil det være naturlig at man er enig med mindretallet. Er man imidlertid imot at Norge skal være medlem av EU, vil man nok ha et styrket suverenitetsprinsipp og et presumsjonsprinsipp med mindre gjennomslagskraft på EØS-rettens område.

En annen faktor som kan virke inn på hvilket standpunkt man velger i denne sammenheng, kan være hva man mener om domstolenes rolle i slike saker. Dersom man ser på det som viktig at domstolene følger de begrensninger som følger av maktfordelingsprinsippet, vil man mest sannsynlig følge flertallets løsning. Dersom man mener at domstolene står mer fritt og for eksempel kan se hen til hva som er rimelig i det konkrete tilfellet, vil man kanskje være enig med mindretallet.

Man kan spekulere i hva som er grunnen til folks ulike standpunkter, men jeg skal ikke gå nærmere inn på det her. Jeg heller mot å være enig med flertallets standpunkt, ettersom jeg mener at maktfordelingen ikke bør forskyves i for stor grad. Jeg mener også det er viktig at Norge som part i EØS-avtalen ikke lar integrasjonshensynet få like stor betydning som det har i et EU-land. Det er viktig at man opprettholder forskjellen mellom et EØS-medlemskap og et EU-medlemskap. Det norske folk har tross alt ikke gått med på at Norge skal være medlem av EU, og da bør ikke domstolene gå for langt i å integrere EF-retten i norsk rett.

---

<sup>167</sup> Veggeland, s. 343-344.

## **Kilder:**

### **Lover:**

Lov 13. august 1915 nr. 5, domstolloven.

Lov 3. februar 1961, bilansvarslova.

Lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler.

Lov 27. november 1992 nr. 109, EØS-loven.

### **Lovforarbeider:**

Ot.prp. nr. 72 (1991 – 1992).

Ot.prp. nr. 79 (1991 – 1992).

### **Høyesterettsdommer:**

Rt. 1997 s. 580, OFS-saken.

Rt. 1997 s. 1019.

Rt. 2000 s. 1811, Finanger I.

Rt. 2005 s. 1365, Finanger II.

### **Folkerettslige avtaler:**

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, 4. november 1950.

Traktat om det europeiske kull – og stålfellesskap, 18. april 1951.

Traktat om opprettelse av det europeiske fellesskap, 25. mars 1957.

The European Free Trade Association, 4. januar 1960.

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol, 2. mai 1992.



Avtale om Det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde, 2. mai 1992.

### **Direktiver:**

Rådsdirektiv 64/221/EØF av 25. februar 1964 om samordning av de særbestemmelser om innreise og opphold for utenlandske statsborgere som er begrunnet med hensynet til offentlig orden og sikkerhet samt folkehelsen.

Rådsdirektiv 72/166/EØF av 24. april 1972, det første motorvogndirektiv.

Rådsdirektiv 76/207/EØF av 9. februar 1976 om gjennomføringen av prinsippet om likebehandling i arbeidslivet.

Rådsdirektiv 84/5/EØF av 30. desember 1983, det andre motorvogndirektiv.

Rådsdirektiv 85/337/EØF av 27. juni 1985 om vurdering av visse offentlige og private prosjekters innvirkning på miljøet.

Rådsdirektiv 90/232/EØF av 14. mai 1990, det tredje motorvogndirektiv.

Rådsdirektiv 2000/78/EF av 27. november 2000 om forbud mot diskriminering i arbeidslivet.

Europaparlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF av 12. desember om tjenesteytelser i det indre marked.

### **Dommer fra EF-domstolen:**

Case 26/62, [1963] ECR 1.

Case 41/74, [1974] ECR 1337.

Case 43/75, [1976] ECR 455.

Case 38/77, [1977] ECR 2203.

Case 148/78, [1979] ECR 1629.

Case 8/81, [1982] ECR 53.

Case 283/81, [1982] ECR 3415.

Case 14/83, [1984] ECR 1891.

Case 152/84, [1986] ECR 723.

Case 222/84, [1986] ECR 01651.

Case C-188/89, [1990] ECR I-03313.

Cases 6/90 and 9/90, [1991] ECR I-05357.

Case C-91/92, [1994] ECR I-03325.

Case C-201/02, [2004] ECR I-3711.

Case C-144/04, [2005] ECR I-9981.

### **Dommer fra EFTA-domstolen:**

Case E-9/97, [1998] REC s. 95.

Case E-1/07, [2007] 3. oktober 2007.

### **Litteratur:**

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan Helgesen, (Oslo 2001).

Hartley, TC., *The Foundations of European Community Law*, Sixth Edition, (Oxford University Press 2007).

Ruud, Morten og Ulfstein, Geir, *Innføring i folkerett*, 2. utgave, (Oslo 2002).

Sejersted, Fredrik; Arnesen, Finn; Rognstad, Ole-Andreas; Foyn, Sten og Kolstad, Olav, *EØS-rett*, 2. utgave, (Oslo 2004).

Skjerven, Espen, ”Bilansvarloven § 7 og EØS-rett: noen kommentarer etter Finanger-saken”, *Lov og Rett*, nr. 6 2001 s. 364–375.

Veggeland, Frode, ”EØS, folkerett og maktfordeling: Høyesteretts dom i Finanger-saken”, *Norsk statsvitenskapelig tidsskrift*, nr. 4 2002 s. 328–355 .

**Antall ord: 17880.**